



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Internacional

**RESPONSABILIDAD CORPORATIVA POR VIOLACIÓN A  
DERECHOS HUMANOS, LABORALES Y DAÑO AMBIENTAL EN  
EL ÁMBITO INTERNACIONAL**

Persiguiendo la responsabilidad de las empresas mediante la litigación trasnacional.

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y  
Sociales**

Julián Alberto Cárdenas Cornejo

Profesor Guía: Pilar Moraga Sariego, abogado

Santiago, Chile

2014



## **DEDICATORIA**

A todos quienes han sido víctimas de abusos por parte de empresas multinacionales, con el deseo de que nunca más ocurran las atrocidades de que he dado cuenta en esta tesis.

## **AGRADECIMIENTOS**

A mi madre, por su paciencia infinita a la hora de leer y revisar mi tesis, motivándome día a día;

A mi profesora, por enseñarme cómo hacer una tesis y cómo trabajar en general durante los años en que fui su alumno, y por haberme dado la oportunidad de tratar este tema que encuentro fascinante;

A mi amigo y colega, por haber tenido la prestancia para leer y aconsejarme sobre las partes críticas, así como el apoyo cuando he necesitado explayarme para aclarar mis propias ideas; y

A mi jefe, por haberme facilitado el tiempo necesario para concluir esta memoria.

## TABLA DE ABREVIACIONES RECURRENTE

AMI.....	Acuerdo Multilateral sobre Inversiones
ATCA.....	Alien Tort Claims Act
EEUU.....	Estados Unidos de Norteamérica
MNC.....	Corporación Multinacional
MNE.....	Empresa Multinacional
OCDE.....	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
OIT.....	Organización Internacional del Trabajo
OMC.....	Organización Mundial de Comercio
ONG.....	Organización no Gubernamental
ONU.....	Organización de Naciones Unidas
TNC.....	Corporación Transnacional

## TABLA DE CONTENIDO

<b>Introducción</b> .....	<b>1</b>
<b>Capítulo I: Corporaciones Multinacionales</b> .....	<b>12</b>
1. Qué son las corporaciones multinacionales .....	13
2. Por qué se crean las multinacionales .....	15
3. Estructura de las multinacionales .....	16
4. Origen del problema con miras a la presente tesis .....	19
<b>Capítulo II: Intentos por Regular a las Corporaciones Multinacionales</b> .....	<b>22</b>
<b>Capítulo III: Litigación trasnacional</b> .....	<b>36</b>
1. Reino Unido .....	37
2. Estados Unidos .....	45
3. Unión Europea .....	56
4. Australia .....	58
<b>Capítulo IV: Elementos Procedimentales</b> .....	<b>61</b>
1. Substancia .....	61
a. Lex loci delicti .....	63
b. Lex loci damni .....	66
c. Lex fori .....	68
d. Ley más favorable para el demandante .....	69
e. Normas de derecho internacional .....	70
f. Síntesis .....	72
2. Procedimiento .....	74
a. Forum rei, forum actoris, forum delicti .....	76
b. Forum non conveniens .....	78
i. Acceso a la evidencia .....	80
ii. Derecho aplicable .....	81
iii. Fondos .....	82
iv. Otros .....	82
c. Síntesis .....	83

3. Subjetividad.....	85
a. Conveniencia de juzgar a las empresas madres.....	86
b. Identidad corporativa .....	87
i. Control de facto.....	88
ii. Indicios de control sobre las subsidiarias .....	89
iii. Levantamiento del velo corporativo .....	90
iv. Deber de cuidado.....	91
c. Síntesis.....	92
<b>Conclusiones</b> .....	94
<b>Bibliografía</b> .....	99

## RESUMEN

En la actualidad no existen medios coercitivos para hacer frente a los abusos que realizan las multinacionales a los derechos humanos, laborales y medio ambientales. Ante esta situación, la figura de la litigación transnacional toma fuerza para emplazar a las corporaciones en el lugar de asiento de la empresa madre, reparándose así los daños causados a las víctimas.

El propósito que se persigue es demostrar que, ante la ausencia de normativa internacional que regule el actuar de las empresas multinacionales, la litigación transnacional es una herramienta viable para responsabilizarles cuando cometan violaciones en materia de derechos humanos, laborales y medio ambientales. Para ello, en el Capítulo I se estudiará qué son las empresas multinacionales y por qué ellas originan los abusos que esta tesis aborda. El Capítulo II se destinará a repasar los intentos internacionales con que se ha tratado de regular el actuar de las multinacionales, enunciando en definitiva el estado actual en que nos encontramos en esta materia. El Capítulo III recoge y analiza la jurisprudencia de distintos países en que la litigación transnacional ha sido intentada, identificando elementos fundamentales para el proceder futuro. Y finalmente, el Capítulo IV, analizará los elementos procedimentales fundamentales para la litigación transnacional, intentado resolver las preguntas de a quién hay que demandar, bajo el imperio de cuál ley, y ante qué tribunal hay que hacerlo.



## INTRODUCCIÓN.

En 1992 la empresa norteamericana Unocal emprendió una acción conjunta con el 'Concilio del Estado para el restablecimiento del orden y la ley' (hoy 'Consejo de Estado para la Paz y el Desarrollo', gobierno dictatorial de Birmania) y con la empresa francesa Total S.A. para la construcción de gasoductos que cruzasen el país birmano hasta la nación de Tailandia. En dicho actuar, numerosas villas fueron violentamente desalojadas para permitir el avance de las construcciones, y muchos de esos desalojados fueron obligados a potenciar la mano de obra destinada al proyecto. Otros, que pudieron escapar reinstalándose en villas aledañas, fueron posteriormente identificados, torturados e inclusive asesinados por desobedecer las órdenes del ejército de Unión de Myanmar.<sup>1</sup>

En 1997, casi veinte ciudadanos (junto a la 'Liga Nacional para la Democracia', Gobierno electo en Birmania pero en exilio ante la presencia militar) alegaron ante la Corte Federal del Noveno Distrito Central de California (haciendo uso de la legislación procesal estadounidense) el conocimiento y participación de la empresa Unocal en las alegadas violaciones a los derechos humanos de que fueron objeto, atentando contra el derecho a la vida e imponiendo trabajo forzado mediante tortura y violaciones sexuales. Si bien inicialmente se desechó la demanda por considerar la Corte que Unocal no podría ser considerada responsable al no haber manifestado voluntad concreta en los abusos cometidos por las autoridades militares, tras ser apelada la decisión fue revocada, declarándosele admisible para juicio.

No obstante el significativo avance en el procedimiento judicial (volviéndose un caso emblemático en la materia toda vez que se accedió a enjuiciar a una Multinacional por su cometido fuera del país donde ocurrieron los crímenes y daños),

---

<sup>1</sup> Doe I v. Unocal Corp., 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002). Más a su respecto será tratado en el Capítulo III cuando se estudie detenidamente el caso, así como sus implicancias jurídicas para la presente tesis.

se optó finalmente por un acuerdo extrajudicial entre demandantes y demandados a fines del 2004<sup>2</sup>.

Por su parte, en diciembre de 1984, en Bhopal, India, se produjo un escape químico de más de 40 toneladas de gases letales (entre ellos, isocianato de metilo, líquido de rápida y fácil evaporación que expuesto a los seres humanos en altas concentraciones puede producir fatales consecuencias pulmonares así como quemaduras severas y permanentes a ojos y piel)<sup>3</sup>. Calificado como el mayor desastre químico de la historia, derivó en la muerte inmediata de más de 8.000 personas y en la muerte total de alrededor de 20.000 producto de las secuelas a la exposición. Alrededor de 520.000 personas resultaron heridas, de entre las cuales casi 150.000 aún hoy padecen enfermedades crónicas, transmitidas a las nuevas generaciones<sup>4</sup> debido a que las inmediaciones a la fábrica han quedado severamente dañadas y los abastecimientos de agua significativamente contaminados.<sup>5</sup>

La empresa responsable, la norteamericana Union Carbide Corporation, hizo caso omiso a las diferentes acusaciones recibidas y tras 5 años de juicio legal (en que fuerza mencionar el sistema judicial estadounidense negó en primera y segunda instancia la posibilidad de enjuiciamiento en Estados Unidos, atendido que a su

---

<sup>2</sup> Publicado en marzo de 2005 por EarthRights International (ERI), ONG que actuó a favor de los demandantes en el caso como consejeros, disponible en <<http://www.earthrights.org/legal/final-settlement-reached-doe-v-unocal>> (consultado 24.03.13).

<sup>3</sup> ATSDR (Agencia para Sustancias Tóxicas y el Registro de Enfermedades), Departamento de Salud y Servicios Humanos de los EEUU, Servicio de Salud Pública, CAS # 624-83-9, documento disponible en <[http://www.atsdr.cdc.gov/es/toxfaqs/es\\_tfacts182.pdf](http://www.atsdr.cdc.gov/es/toxfaqs/es_tfacts182.pdf)> (consultado 24.03.13).

<sup>4</sup> Para ahondar en las consecuencias que el desastre de Bhopal ha significado a las nuevas generaciones, se recomienda el texto de SARANGI, Satinath et al. Effects of Exposure of Parents to Toxic Gases in Bhopal on the Offsprings. *American Journal of Industrial Medicine*, 53: 836-841, 2012.

<sup>5</sup> A su respecto, se recomiendan los textos de GREENPEACE INTERNATIONAL. Corporate Crimes: The need for an international instrument on corporate accountability and liability. Agosto 2002, disponible en

<<http://www2.ohchr.org/english/issues/globalization/business/docs/greenpeace1.pdf>>

(consultado 28.07.13); de MUCHLINSKI, Peter. Corporations in International Litigation:

Problems of Jurisdiction and the United Kingdom Asbestos Cases. *International and Comparative Law Quarterly*, 50(1): 1-25, 2001; y también de TWEEDALE, Geoffrey. y FLYNN, Laurie. Piercing the Corporate Veil: Cape Industries and Multinational Corporate Liability for a Toxic Hazard, 1950-2004. *Enterprise & Society*, 8(2): 268-296, 2007.

entendido la empresa que cometió el ilícito no fue Union Carbide Corporation, sino una 'entidad completamente distinta', a saber, su subsidiaria Union Carbide India Limited), llegó a un acuerdo extrajudicial con el gobierno indio (quien actuaba como representante de los afectados gracias a la "Bhopal Gas Leak Act", suscrita por el Gobierno indio en marzo de 1985) por la suma de 470 millones de dólares (poco más de 700 dólares por persona afectada), sin responsabilizarse por la fábrica ni por las toneladas de químicos que ahí permanecieron una vez que la Empresa decidió abandonar las instalaciones.<sup>6</sup>

Estos son sólo ejemplos de situaciones en las que los derechos humanos, los derechos laborales, y/o la protección ambiental han sido transgredidos por el actuar abusivo y/o negligente de corporaciones transnacionales, también conocidas como empresas multinacionales y como corporaciones multinacionales. Esto sucede gracias al actual escenario económico mundial<sup>7</sup>, en donde es frecuente encontrar empresas que, aprovechando la liberalización de los mercados y del comercio internacional, han expandido sus áreas de competencia a otros países, transformándose así en gigantes cadenas multinacionales o poderosas y especializadas empresas subsidiarias destinadas casi exclusivamente a proveer a sus empresas madres de los insumos necesarios para su funcionamiento<sup>8</sup>. Al momento de decidir dónde expandirse, estas empresas consideran la búsqueda de tanto nuevos y mejores mercados para publicitar sus productos como de lugares dónde conseguir las materias primas necesarias para producirlos, optando por lugares donde tengan mayor libertad de acción. Es bajo este segundo escenario, por ejemplo, que una de estas empresas puede encontrar atractivo crear una subsidiaria que procese y abastezca a la madre con los materiales o servicios requeridos para la producción final, dentro de los límites de un Estado que impulse el desarrollo económico de la nación por sobre la protección ambiental y

---

<sup>6</sup> Ídem.

<sup>7</sup> A su respecto, se sugiere texto de IRELAND, Paddy. Limited Liability, shareholder rights and the problem of corporate irresponsibility. *Cambridge Journal of Economics*, 34(5): 837-856, 2010.

<sup>8</sup> Cabe señalar que en numerosas ocasiones estas empresas subsidiarias son empresas distintas e independientes de las empresas madres a que proveen. Mas esta independencia puede ser sólo nominal al, en muchos casos, existir un control de facto de la empresa madre sobre la subsidiaria, incluso potenciada por acuerdos y contratos de exclusividad. De esto se hablará en el Capítulo IV.

social. Con esto, y como escribe David Detomasi<sup>9</sup>, se ha producido una 'carrera hacia abajo', en donde los Estados en desarrollo compiten promoviendo la ausencia de normas regulatorias, a fin de atraer inversionistas extranjeros<sup>10</sup>.

Reconociendo existen países con escasa protección ambiental, escasa legislación laboral, y escasa aplicación de la normativa internacional existente por los derechos humanos<sup>11</sup>, y reconociendo a veces los gobiernos no brindan la debida protección en varias de estas áreas (sea por decisiones económicas<sup>12</sup>, políticas o incluso militares)<sup>13</sup>, estas empresas pueden abaratar costos u obtener ventajas comparativas al someterse a estas regulaciones menos estrictas. Sin responsabilidades a nivel internacional, algunas de estas empresas se auto imponen restricciones mediante Códigos de Conducta propios o voluntarios sometimientos a propuestas de organizaciones internacionales<sup>14</sup>, tales como las provenientes de la OCDE<sup>15</sup> y la ONU<sup>16</sup>. Estas iniciativas, no obstante nobles en su origen y adopción,

---

<sup>9</sup> DETOMASI, David Antony. The Multinational Corporation and Global Governance: Modelling Global Public Policy Networks. *Journal of Business Ethics*, 71, 2007, p. 323.

<sup>10</sup> KRYVOI, Yaraslau. Enforcing Labor Rights against Multinational Corporate Groups in Europe. *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society*, 46(2), 2007, pp. 366-367.

<sup>11</sup> TWEEDALE y MUCHLINSKI.

<sup>12</sup> Las repercusiones de las inversiones de estas empresas multinacionales suelen significar un desarrollo económico para el país donde se invierte. Así, se crean empleos, se transfieren tecnología y técnicas de "know-how", etc. De este modo, es posible que se formen alianzas entre la multinacionales y los gobiernos. A su respecto, ver LETNES, Bjørn. Transnational Corporations and Human Rights: Silencing the Ontological Controversy. *Public Organization Review: A Global Journal*, 4, 2004, p. 268.

<sup>13</sup> A este respecto, Menno T. Kamminga ha expuesto que los "Estados pueden verse imposibilitados de hacer cumplir los principios de la responsabilidad social corporativa debido a que la globalización les demanda el competir agresivamente los unos con los otros a fin de poder atraer inversionistas", y/o que los "Estados pueden verse desinclinados de hacer cumplir los principios de la responsabilidad social corporativa debido a que gobiernos indeseables en los Estados de asiento pueden invitar a las compañías a coludirse con ellos en contra de la población local y del medio ambiente". (traducido por el autor). Kamminga Menno T. 'Corporate Obligations under International Law', presentada en la 71era Conferencia de la International Law Association, en Berlín el 17 de agosto de 2004, disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/issues/globalization/business/docs/kamminga.doc>> (consultado 09.05.2013).

<sup>14</sup> JOSEPH, Sarah. An Overview of the Human Rights Accountability of Multinational Enterprises. En: KAMMINGA, Menno T. y ZIA-ZARIFI, Saman (Eds.). *Liability of Multinational Corporations under International Law*. La Haya, Kluwer Law International, 2000. pp 75-93.

<sup>15</sup> Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para Empresas Multinacionales, 15 *ILM* (1976).

adolecen el no ser vinculantes, situación que puede derivar en una menor efectividad<sup>17</sup>. Y si bien es cierto existen empresas que respetan los derechos humanos, laborales y ambientales<sup>18</sup>, brindándole así un mayor valor social a su actuar, preocupan los casos en que ello sí sucede y, especialmente, aquellos en que en apariencia se actúa en completa conformidad con la legislación pero que en realidad ocultan acciones, que no habrían implementado en otras jurisdicciones que gozasen de legislaciones más robustas en estas materias.

Distintos enfoques ha recibido la materia, tanto en la doctrina<sup>19</sup> como en la jurisprudencia comparada<sup>20</sup>. Una primera posición, fomentada por alguno autores, sería la de celebrar acuerdos internacionales que establezcan patrones claros de conducta, imponiendo obligaciones concretas directamente a las empresas. A ese respecto, escribe Jonas Ebbesson que “los problemas subyacentes relativos al daño causado por corporaciones transfronterizas no pueden ser ignorados, y deberán ser lidiados de alguna u otra forma, formas más o menos coordinadas. Una alternativa sería una búsqueda multilateral: convenir una Conferencia intergubernamental para el tópico, evaluar las posibilidades de mejorar la coordinación y la cooperación en este campo (por ejemplo mediante una declaración, mediante el establecimiento de un órgano intergubernamental, o mediante la decisión de comenzar las negociaciones para alcanzar un acuerdo marco)”<sup>21</sup>, especulando así sobre un actuar conjunto de los

---

<sup>16</sup> El Pacto Mundial de las Naciones Unidas disponible en <<http://unglobalcompact.org/AboutTheGC/index.html>> (consultado 23.06.13).

<sup>17</sup> No existiendo la obligación para la empresa de someter íntegramente su actuar a estos Códigos de Conducta, propios o internacionales, y no existiendo verdaderas sanciones para el caso de transgresiones, su cumplimiento radica principalmente en la imagen corporativa que la empresa proyecta a la sociedad y en la mejora que el sometimiento a estos códigos le importa en dichos términos.

<sup>18</sup> LETNES p. 264.

<sup>19</sup> Se recomienda artículo de JOSEPH para ver sucintamente las posibilidades de regulación sugeridas a nivel doctrinario. Asimismo, consultar EBBESSON, Jonas. *Transboundary corporate responsibility in environmental matters: fragments and foundations for a future framework*. En: WINTER, Gerd (Ed.). *Multilevel Governance of Global Environmental Change: Perspectives from Science, Sociology and the Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006. pp 200-224.

<sup>20</sup> A su respecto, ver Capítulo III.

<sup>21</sup> EBBESSON p. 224. Traducido por el autor.

Estados capaz de potenciar su injerencia sobre empresas que parecieran ser, muchas veces, más poderosas que los mismos Estados donde tienen asiento.

Una serie de regulaciones (de distinto origen e índole) rigen hoy la materia, dispersas en numerosos textos legales y cuasi-legales de carácter internacional y nacional<sup>22</sup>, conformando así un punto de partida para cualquier intento de acuerdo internacional que verse sobre la materia. Ofreciéndonos verdaderos fragmentos de obligaciones empresariales en el plano internacional (en parte presentadas sistemáticamente por David Kinley y Sarah Joseph<sup>23</sup>), estas bases no deben menospreciarse. Aparte de los derechos constitucionales (e internacionalmente proclamados) de que gozan los ciudadanos y de la legislación interna que las distintas naciones han dictado para implementarlos, encontramos: la obligación de los Estados de castigar los actos de corrupción realizados por sus ciudadanos en el extranjero<sup>24</sup>, legislación nacional con aplicación extraterritorial sobre sus naturales y empresas corporativas<sup>25</sup>, códigos de conducta mandatorios de aplicación extraterritorial<sup>26</sup>, excepciones al comercio internacional bajo el régimen de la OMC<sup>27</sup>, códigos de conducta propuestos por entes internacionales (cómo serían los ya mencionados de la OCDE y de la ONU), y disposiciones en tratados internacionales donde se radica la

---

<sup>22</sup> A su respecto, ver Capítulo II.

<sup>23</sup> KINLEY, David y JOSEPH, Sarah. Multinational corporations and human rights: questions about their relationship. *Alternative Law Journal*, 27(1): 7-11, 2002.

<sup>24</sup> Por ejemplo, Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, disponible en <[http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/ConvCombatBribery\\_Spanish.pdf](http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/ConvCombatBribery_Spanish.pdf)> (consultado 28.07.13).

<sup>25</sup> Por ejemplo, el ATCA (Alien Torts Claims Act) federal norteamericano de 1789, Alien Tort Claims Act (ATCA), 28 United States Code sección 1350 (1789).

<sup>26</sup> Por ejemplo, el 'Corporate Code of Conduct Bill 2000' australiano, propuesto por la senadora Bourne, destinado a imponer estándares de conducta a corporaciones australianas que realicen actividades laborales en otros países. Para más información ver <[http://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=Id%3A%22legislation%2Fbills%2Fs259\\_first%2F0000%22;rec=0](http://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=Id%3A%22legislation%2Fbills%2Fs259_first%2F0000%22;rec=0)> (consultado 28.07.13).

<sup>27</sup> Por ejemplo, el Artículo XX del GATT de 1947 (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) faculta a los estados a imponer restricciones al comercio en casos, por ejemplo, "necesarios para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales" (Artículo XX letra b). General Agreement on Tariffs and Trade, Ginebra, 30 octubre 1947, 55 UNTS 187 (1947) (GATT 1947).

responsabilidad en las empresas que ostentan el control de facto sobre las actividades<sup>28</sup>.

Todo ello contribuye a suponer que la existencia de un tratado que rijan sobre estas materias no distaría de ser alcanzable. Mas, la realidad demuestra cuan lejos nos encontramos de ser capaces de celebrar un acuerdo de esta índole<sup>29</sup>, toda vez que las empresas no quieren tener obligaciones en un plano internacional<sup>30</sup> y los Estados se han mostrado reacios a derivar la competencia sobre esta responsabilidad a órganos de competencia internacional toda vez que ello podría importar relegar sus obligaciones estatales y permitir cuestionamientos a sus poderes soberanos (considérese, por ejemplo, el caso de que una empresa, no obstante estar actuando acorde a la legislación nacional, sea imputada ante un órgano internacional por daños ambientales y violaciones a derechos humanos: las impuncias, de manifiesto, serían el doblegar la voluntad soberana de los Estados que permiten estos actos para imponer la extranjera legislación, atentando así contra la seguridad jurídica de dicha nación)<sup>31</sup>. Tanto es así, que el consenso internacional en la materia ha sido de sólo fomentar acuerdos voluntarios, como lo son la Declaración Tripartita de Principios

---

<sup>28</sup> Ejemplo de esto es la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 sobre Responsabilidad Medioambiental en Relación con la Prevención y Reparación de Daños Medioambientales, que en su artículo 2 número 6 señala que se entenderá por 'operador' a "cualquier persona física o jurídica, privada o pública, que desempeñe o controle una actividad profesional o, cuando así lo disponga la legislación nacional, que ostente, por delegación, un poder económico determinante sobre el funcionamiento técnico de esa actividad, incluido el titular de un permiso o autorización para la misma, o la persona que registre o notifique tal actividad", estableciéndose luego las obligaciones a los estados partes de exigir a los operadores que tomen acción preventiva (artículo 5.1), brinden información cuando sea requerida (artículo 5.3 a), informen de daño ambiental ocurrido (artículo 6.1), busquen potenciales medidas reparadoras (artículo 7.1) y soporten los costos de las acciones preventivas y reparadoras (artículo 8.1), entre otras.

<sup>29</sup> A su respecto, ver MUCHLINSKI, Peter T. Attempts to Extend the Accountability of Transnational Corporation: The Role of UNCTAD. En: KAMMINGA, Menno T. y ZIA-ZARIFI, Saman (Eds.). Liability of Multinational Corporations under International Law. La Haya, Kluwer Law International, 2000. pp 97-117.

<sup>30</sup> Las razones son evidentes, toda vez que un acuerdo internacional obligatorio en esta materia restringiría ampliamente la competencia de las distintas empresas, limitando su libertad para discrecionalmente optar por alternativas a veces no sustentables y/o dañinas para el medio ambiente, imponiéndole costos adicionales por la imposibilidad de opción.

<sup>31</sup> Bajo este respecto, no obstante se han relegado competencias en casos de violaciones a derechos humanos realizadas por individuos, se ha evitado extender ello a las personas jurídicas.

sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, adoptada por la OIT<sup>32</sup>, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Sólo una reciente iniciativa de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, las Normas sobre las Responsabilidades de las Corporaciones Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos<sup>33</sup>, ha parecido reabrir el debate en cuanto a la posibilidad de regular internacionalmente el tema, pero ello dista aún de volverse eficiente toda vez que la Subcomisión es sólo un órgano de expertos con poca autoridad formal. De ahí en más, todos los intentos por regular de forma coercitiva el actuar de las multinacionales ha fracasado, imponiéndose hoy aún una política de irresponsabilidad empresarial<sup>34</sup>.

Una segunda alternativa, que no obstante atentar aparentemente contra la soberanía de los Estados mediante una supuesta aplicación extraterritorial de la ley<sup>35</sup>, y que ha tenido un tibio recibimiento jurisprudencial, ha sido el enjuiciar a las empresas madres por el cometido de sus empresas subsidiarias, o bien, enjuiciar a las empresas operantes en países extranjeros, en ambos caso ante los Tribunales del país donde tiene su 'centro neurálgico' (llámese, donde se toman las decisiones o donde se falló a un deber de cuidado). Esta institución concede competencia a los Tribunales que en teoría aparecen como más apropiados para sancionar el daño ambiental y las violaciones a derechos humanos y laborales, para que, haciendo uso de su propia legislación (*lex fori*), ella de la legislación del país donde el daño se originó o de la legislación del país donde el daño ocurrió (*lex loci delicti commissi*), de la legislación más favorable para el demandante, o incluso de tan sólo acuerdos internacionales, imputen a las empresas madres por la responsabilidad del daño ocurrido. Este camino ha sido seguido en reiteradas pero titubeantes ocasiones por Tribunales del Reino Unido, como se verá en el Capítulo III. Destaca, no obstante, el fallo de 2000 de la Casa de los Lores contra la defensa permitiendo a los demandantes del caso *Lubbe et*

---

<sup>32</sup> Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, 61 Boletín Oficial OIT (1978) Serie A, no. 1.

<sup>33</sup> Resolución 2003/16 (U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2) 26 de agosto de 2003.

<sup>34</sup> A su respecto, se aconseja el texto de IRELAND.

<sup>35</sup> A su respecto, ver opinión principal en fallo de la Casa de los Lores en causa *Lubbe et al v Cape Plc*, emitida por Lord Bingham of Cornhill. *Lubbe et al v Cape Plc* [2000] UKHL 41.



*al v Cape Plc*<sup>36</sup> buscar compensaciones económicas ante los tribunales ingleses, declarándose competente para conocer de un juicio contra la empresa anglosajona *Cape Asbestos Company Limited* por faltar ésta, supuestamente, a un deber de cuidado sobre la empresa sudafricana CASAP (*Cape Asbestos South Africa Limited*), donde inicialmente tuvo total dominio de sus acciones bursátiles, y luego una significativa participación. Asimismo, resalta lo dispuesto recientemente por la Corte de Apelaciones de dicha nación en el caso *Chandler v Cape Plc* al sancionar a la empresa madre por faltar al debido cuidado en las actuaciones de su subsidiaria, no obstante tener distinta personalidad legal<sup>37</sup>.

Es también esta línea la que sigue el *Alien Torts Claims Act* (ATCA), ley federal norteamericana que data de 1789 y que concede a los extranjeros la posibilidad de recurrir ante los tribunales norteamericanos por un delito o cuasidelito civil (*tort*) cometido en violación del derecho de gentes o lo dispuesto en tratados internacionales celebrados por Estados Unidos<sup>38</sup>. Se optó por este camino en *Filártiga v Peña-Irala*<sup>39</sup>, pionero en la aplicación extraterritorial del ATCA, en donde un joven paraguayo fue secuestrado y brutalmente asesinado por un policía del Paraguay en lo que se cree fue un acto de presión política contra el verdadero activista, su padre. En dicha ocasión, no obstante ser los dos (demandante y demandado) de nacionalidad paraguaya, se acogió la demanda por la circunstancia de encontrarse, aunque sólo transitoriamente, ambos en suelo norteamericano. Se falló a favor de la familia Filártiga por un total superior a los 10 millones de dólares.<sup>40</sup> No obstante ser este un fallo contra un individuo y no contra una empresa, devela el primer indicio de las acciones amparadas en el ATCA y por tanto un punto de partida que no debe menospreciarse.

---

<sup>36</sup> Lubbe et al v Cape Plc.

<sup>37</sup> Chandler v Cape Plc [2012] EWCA Civ 525.

<sup>38</sup> El texto original del ATCA dice: "The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States".

<sup>39</sup> Filartiga v. Peña Irala, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

<sup>40</sup> Cabe señalar, que en el caso particular la familia demandó primero la actuación del policía ante un tribunal del Paraguay, sin obtener resultado alguno. Sobre este caso se hablará más en el Capítulo III.

Un caso emblemático en esta materia, y relacionado al tema que nos atañe (responsabilidad corporativa), fue el llevado parcialmente en contra de la empresa Unocal<sup>41</sup>, previamente identificada. Acordada ya la composición de un jurado en California para el 2005, el juicio tuvo un abrupto final al conciliarse un acuerdo extrajudicial entre las partes afectadas<sup>42</sup>. “Muchos consideraban que podía ser el primer caso en acusar exitosamente a una corporación por violación indirecta a los derechos humanos”<sup>43</sup>.

La moderna tendencia de responsabilizar a las empresas ante foros más convenientes, o mejor dicho, apropiados<sup>44</sup> para la consecución de la justicia ha sido una solución efectiva a la hora de alcanzar reparaciones materiales. Mas, siendo por naturaleza una institución compleja, de difícil y cuestionada aplicación, donde entre otras cosas se ven comprometidas la seguridad jurídica de las empresas operantes o subsidiarias, posiblemente la soberanía nacional de los Estados donde se cometió el daño ambiental y/o las violaciones a derechos humanos así como la imagen de dicho Estado unilateralmente sobrepasado por otro que impuso una alegada mejor y más eficiente legislación (así como sistema jurídico), no debería considerársele sino como una solución transitoria a la problemática que nos atañe. Así “sería más que ingenuo asumir que el efectivo control de las MNEs/TNCs, etc. pueda alcanzarse mediante la mera jurisdicción extraterritorial y descoordinada de leyes nacionales”<sup>45</sup>, pero su completa prescindencia en esperas de un acuerdo internacional que rijan esta materia podría significar de facto desprotección al medio ambiente y a los derechos humanos y laborales propensos a ser transgredidos. En caso contrario, situaciones tales como las

---

<sup>41</sup> Doe I v. Unocal Corp., 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002).

<sup>42</sup> Debe señalarse que el gobierno de los Estados Unidos manifestó, mediante numerosos ‘amicus briefs’ (informes no vinculantes emitidos como amigo de la Corte), su oposición a la aplicación contemporánea del ATCA sobre las empresas.

<sup>43</sup> CHAMBERS, Rachel. The Unocal Settlement: Implications for the Developing Law on Corporate Complicity in Human Rights Abuses. Disponible en <<http://www.wcl.american.edu/hrbrief/13/unocal.pdf>> (consultado 28.07.13). Traducido por el autor.

<sup>44</sup> Nótese que Lord Goff of Chieveley, al fallar en *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* (cual se analizará en el Capítulo III), señaló que efectivamente lo que se discute en estos casos de foro no es la conveniencia del mismo para una u otra parte, sino cuál es el más apropiado para alcanzar justicia, considerando ciertamente las circunstancias del caso. *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* [1986] UKHL 10.

<sup>45</sup> EBBESSON p. 224. Traducido por el autor.

de Bhopal pueden repetirse proveyéndose soluciones ineficaces e inmensamente insatisfactorias para los afectados y para la reparación ambiental.

Distintas preguntas surgen ante esta propuesta: ¿Qué requisitos deben darse para que los tribunales acepten la procedencia de una acción en estos términos? ¿Cuál legislación ha de aplicarse? En casos de empresas subsidiarias como agentes del daño, ¿es efectivamente responsable la empresa madre? ¿Por qué convendría juzgarla a ella? En definitiva, ¿cómo se debe proceder atendido ya el prontuario histórico de fallos que han avanzado en esta materia?

¿Qué sucedería si en dos o más Estados se deducen, simultáneamente, acciones civiles destinadas a reparar el mismo daño y/o a indemnizar a los mismos afectados por idéntica violación a derechos humanos? ¿Cuál Estado tendría preeminencia en el orden mundial actual? ¿Cuál Estado debiera tenerla? ¿Estamos hablando, en efecto, de una violación a la soberanía de los Estados, o por el contrario estamos responsabilizando efectivamente a quienes tienen (o debieran tener) un deber de cuidado en las actividades realizadas?

El propósito de la presente tesis es demostrar que, ante la ausencia de normativa internacional que regule el actuar de las empresas multinacionales, la litigación transnacional es una herramienta viable para responsabilizarles cuando cometan violaciones en materia de derechos humanos, laborales y medio ambientales. Para ello, en el Capítulo I se estudiará qué son las empresas multinacionales y por qué ellas originan los abusos que esta tesis aborda. El Capítulo II se destinará a repasar los intentos internacionales con que se ha tratado de regular el actuar de las multinacionales, enunciando en definitiva el estado actual en que nos encontramos en esta materia. El Capítulo III recoge y analiza la jurisprudencia de distintos países en que la litigación transnacional ha sido intentada, identificando elementos fundamentales para el proceder futuro. Y finalmente, el Capítulo IV, analizará los elementos procedimentales fundamentales para la litigación transnacional, intentado resolver las preguntas de a quién hay que demandar, bajo el imperio de cuál ley, y ante qué tribunal hay que hacerlo.

## CAPÍTULO I: CORPORACIONES MULTINACIONALES.

Ya en 1970, Milton Friedman, al cuestionar el involucramiento de las empresas en labores sociales mediante prácticas como la responsabilidad social empresarial, señaló que "en una empresa libre y de propiedad privada, el ejecutivo es un empleado de los dueños del negocio. Así, tiene directa responsabilidad hacia sus empleadores. Esa responsabilidad se traduce en conducir el negocio de un modo afín con sus deseos, cuales generalmente consistirán en obtener la mayor cantidad de ganancia posible, ajustándose a las reglas básicas de la sociedad..."<sup>46</sup>. Si bien el artículo se centra en la para él cuestionable apropiación de recursos para estas actividades de carácter filantrópico-social y en su posterior consignación en asuntos sociales, atañe a la presente tesis su punto de partida cual señala que la responsabilidad de los negocios es (y debe ser) sólo encaminada hacia la maximización de las ganancias.

Baris Parkan, profundizando el entendido de Friedman, sostuvo luego que la actividad filantrópica de las multinacionales las conduce a una situación paternalista sobre los Estados, sobre sus fuerzas productivas, y sobre sus recursos naturales. Es más, sostiene el autor que con este actuar aumenta el control que estas empresas ostentan sobre los particulares y también sobre los propios Estados, volviéndose unos y otros en sus dependientes<sup>47</sup>. Esta postura ha sido adherida por Claire Apodaca, al precisar que "Los países tercermundistas son dependientes de las empresas multinacionales para el comercio, el flujo comercial, tecnología, transferencias, y oportunidades laborales para sus propios ciudadanos"<sup>48</sup>, dejando así en evidencia la siniestra relación que liga a los Estados con las multinacionales, toda vez que para los primeros el funcionamiento de estas empresas en su territorio resulta en un verdadero 'motor para el desarrollo', en tanto para las empresas transnacionales esa misma necesidad estatal de desarrollarse a sus expensas les habilita para convertir su

---

<sup>46</sup> FRIEDMAN, Milton. The Social Responsibility of Business is to increase its profits. New York Times Magazine, 13 sept. 1970. Traducido por el autor.

<sup>47</sup> PARKAN, Baris. On Multinational Corporations and the Provision of Positive Rights. Journal of Business Ethics, 85, 2009, p. 78.

<sup>48</sup> APODACA, Claire. The Globalization of Capital in East and Southeast Asia: Measuring the Impact on Human Rights Standards. Asian Survey, 42(6), 2002, p. 889.

presencia y actividad en 'herramientas para la explotación' de estos Estados<sup>49</sup>. Si bien es verdad lo ya mencionado en la Introducción con respecto a que no todas las empresas son iguales y por lo mismo existen aquellas que respetan y no respetan los derechos humanos, laborales y ambientales, lo cierto es que hay casos<sup>50</sup> en que estas empresas efectivamente desconocen el valor superior de estos derechos, volviéndose así imperativo esbozar caminos para hacer valer esta preeminencia ético/moral sobre las empresas reticentes, ante la ausencia de reglas uniformes.

#### 1. Qué son las corporaciones multinacionales<sup>51</sup>.

Antes de proceder a analizar de lleno el problema que nos acontece, resulta menester preguntarse qué son las corporaciones transnacionales y cómo se configura su compleja estructura, pues “es la habilidad de la multinacionales para operar tras las fronteras nacionales y fuera de la supervisión efectiva del derecho nacional e internacional lo que las hace actores importantes, y objeto de una mayor investigación, bajo el derecho internacional”<sup>52</sup>, toda vez que “... su amorfa estructura las vuelve inmunes al control de un Estado en particular, requiriendo regulación y protección a nivel internacional”<sup>53</sup>.

Es posible encontrar numerosas definiciones para las empresas transnacionales. Así, a fines de los años sesenta, en las aulas de la Universidad de Harvard, se definió a las multinacionales como una firma o empresa con centros de

---

<sup>49</sup> LETNES, Bjørn. Transnational Corporations and Human Rights: Silencing the Ontological Controversy. *Public Organization Review: A Global Journal*, 4, 2004, p. 259.

<sup>50</sup> Para un análisis jurisprudencial, ver el Capítulo III.

<sup>51</sup> Para efectos de la presente tesis, se tendrán por sinónimos Corporaciones Transnacionales (TNC por sus siglas en inglés), Corporaciones Multinacionales (MNC por sus siglas en inglés) y Empresas Multinacionales (MNE por sus siglas en inglés).

<sup>52</sup> KAMMINGA, Menno y ZIA-ZARIFI, Saman. Liability of Multinational Corporations Under International Law: An Introduction. En: KAMMINGA, Menno T. y ZIA-ZARIFI, Saman (Eds.). *Liability of Multinational Corporations under International Law*. La Haya, Kluwer Law International, 2000. p. 3. Traducido por el autor.

<sup>53</sup> Ídem. Traducido por el autor.

producción en varios países<sup>54</sup>. Posteriormente, Las Normas sobre las Responsabilidades de las Corporaciones Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos (en adelante, 'Las Normas'), precisaron que "Por 'empresa transnacional' se entiende una entidad económica que realiza actividades en más de un país o un grupo de entidades económicas que realizan actividades en dos o más países, cualquiera que sea la forma jurídica que adopte, tanto en su propio país como en el país de la actividad, y ya sea que se le considere individual o colectivamente". Por su parte, las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para Empresas Multinacionales (en adelante, 'Líneas Directrices de la OCDE') señalan que "Habitualmente se trata de empresas u otras entidades establecidas en más de un país y ligadas de tal modo que pueden coordinar sus actividades de diversas formas. Aunque una o varias de estas entidades puedan ser capaces de ejercer una influencia significativa sobre las actividades de las demás, su grado de autonomía en el seno de la empresa puede variar ampliamente de una empresa multinacional a otra. Pueden ser de capital privado, público o mixto"<sup>55</sup>. Finalmente, la doctrina moderna ha definido a las multinacionales como "una agrupación de corporaciones o cuerpos no incorporados de distinta nacionalidad, unidos por lazos de propiedad común y que responden a una misma estrategia administrativa"<sup>56</sup>,

Cualquiera sea la definición que se escoja, lo cierto es que destacan algunos elementos recurrentes que caracterizan a estas multinacionales. Por una parte, estas empresas tienen un estatus legal (toda vez que adquieren forma jurídica); por el otro, su fin último es obtener una mayor ganancia o rentabilidad. Además, realizan actividades económicas en más de un país<sup>57</sup>. Debe considerarse también que son

---

<sup>54</sup> ALARIK, Björn. From M-form to N-form: The Structure of Multinational Corporations. FE-rapport, 378, 2000, p. 11.

<sup>55</sup> Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para Empresas Multinacionales, 15 *ILM* (1976). Capítulo I párrafo 3.

<sup>56</sup> JOSEPH, Sarah. An Overview of the Human Rights Accountability of Multinational Enterprises. En: KAMMINGA, Menno T. y ZIA-ZARIFI, Saman (Eds.). *Liability of Multinational Corporations under International Law*. La Haya, Kluwer Law International, 2000. p. 75.

<sup>57</sup> A su respecto, destaca lo señalado por Peter Muchlinski respecto que esta estructura internacional de la empresa multinacional puede verificarse incluso cuando existen redes transnacionales o alianzas estratégicas, no obstante su apariencia de franquicias, acciones

entidades de una compleja estructura al componerse de una o más empresas, con un distinto grado de autonomía entre unas y otras<sup>58</sup>, pero con la capacidad fundamental de ejercer influencia significativa sobre las actividades de las demás, lo que deriva en el control de facto que ellas ostentan y que más adelante será analizado. El hecho de que puedan provenir de capitales privados, públicos o mixtos, resulta irrelevante para el objeto de la presente tesis, atendido que la estructura de estas empresas se sostiene en la separación entre el ente administrativo y el capital, por lo que poco y nada importa el titular del mismo.

## 2. Por qué se crean las multinacionales.

Los motivos para la constitución de una multinacional (o para que una multinacional ya establecida continúe expandiéndose) derivan de la necesidad de éstas de aumentar su rentabilidad, maximizando su eficacia tanto en su producción global como en la distribución de capacidades mediante la implementación de un sistema conectado de alianzas estratégicas, asociaciones y acuerdos de cooperación<sup>59</sup>. En virtud de ello, los riesgos de las multinacionales originados en las diferencias por tipo de cambio bajan en comparación a los que experimentan empresas no multinacionales, aumentando así las ganancias netas de las corporaciones<sup>60</sup>.

Al internacionalizarse, las multinacionales ganan ventajas competitivas al permitir que la empresa explote los beneficios de desarrollar una mayor gama de

---

conjuntas entre dos entidades distintas, o simples asociaciones. MUCHLINSKI, Peter. Corporations in International Litigation: Problems of Jurisdiction and the United Kingdom Asbestos Cases. International and Comparative Law Quarterly, 50(1), 2001, p. 7.

<sup>58</sup> A su respecto, se recomienda texto de ARSLAN, Ahmad. Impacts of institutional pressures and the strength of market supporting institutions in the host country on the ownership strategy of multinational enterprises: theoretical discussion and propositions. Journal of Management & Governance, 16(1): 107-124, 2012.

<sup>59</sup> DETOMASI, David Antony. The Multinational Corporation and Global Governance: Modelling Global Public Policy Networks. Journal of Business Ethics, 71, 2007, p. 322.

<sup>60</sup> CHOI, Jongmoo Jay y JIANG, Cao. Does multinationality matter? Implications of operational hedging for the exchange risk exposure. Journal of Banking & Finance, 33, 2009, pp 1981-1982.

actividades de forma interna<sup>61</sup>. Así, los resultados se traducen en que las multinacionales presentan un menor riesgo sistemático, un menor riesgo total, un mayor rentabilidad (ganancia/riesgo)<sup>62</sup>, lo cual claramente favorece la internacionalización empresarial hacia un nivel óptimo.

Por su parte, los Estados también se ven beneficiados por el establecimiento de transnacionales en sus países. No sólo importa una inversión significativa para el país de asiento y la creación de nuevos puestos de trabajo para los habitantes de dicho Estado (como se señaló precedentemente), sino también promueve el desarrollo económico del país mediante la transferencia de capitales, "*know-how*", y tecnología<sup>63</sup>.

### 3. Estructura de las multinacionales.<sup>64</sup>

Una de las características fundamentales en el nacimiento de una persona jurídica es la existencia de una ley detrás que reconozca su existencia (o mejor dicho, que valide el criterio para su reconocimiento)<sup>65</sup>. En el caso de las corporaciones multinacionales, este principio si bien existe, se tergiversa toda vez que no es la ley de un Estado en particular cual da vida y dirige el actuar como tal de la empresa, sino es la institucionalidad de varios Estados cuales proveen el marco de reglas, normas y creencias que fijan la realidad detrás de la transnacional<sup>66</sup>. Ello revela parte de la complejidad que rodea a las multinacionales y el engorroso escenario legal que oculta su organización.

---

<sup>61</sup> OMER, Khursheed et al. Degree of Multinationality and Financial Performance: A Study of U.S.-Based Multinational Corporations. Review of Quantitative Finance and Accounting, 11, 1998, p. 54.

<sup>62</sup> *Idem*.

<sup>63</sup> LETNES p. 261.

<sup>64</sup> Para profundizar en esta materia, en general se recomienda el texto de ALARIK.

<sup>65</sup> KAMMINGA pp. 3-4.

<sup>66</sup> ARSLAN, Ahmad. Impacts of institutional pressures and the strength of market supporting institutions in the host country on the ownership strategy of multinational enterprises: theoretical discussion and propositions. Journal of Management & Governance, 16(1), 2012, p. 110.



La estructura propia (local, nacional) de una empresa dependerá muchas veces de la legislación en la que se ha constituido. No obstante ello, existe una clara preeminencia a las sociedades por acciones cuales facilitan la obtención de los capitales necesarios para hacer frente, competitivamente, a los distintos mercados<sup>67</sup>, a la vez que limitan la responsabilidad de sus accionistas sólo al monto del capital invertido<sup>68</sup>. Ello ha significado la existencia de ciertos caracteres considerados prácticamente como necesarios por todas las legislaciones, a saber, la personalidad legal, la responsabilidad limitada, la posibilidad de transferir acciones, la posibilidad de delegar la administración de la empresa, y la primacía de los accionistas por sobre todas las cosas<sup>69</sup>. Es bajo esta estructura que puede una empresa nacional tener dentro de sus accionistas a empresas extranjeras (revelando pues caracteres de internacionalidad), al no existir restricción a la apropiación de estas acciones.

En reiteradas ocasiones, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia nacionales y extranjeros han considerado a las empresas madres como entidades completamente distintas a las subsidiarias que controlan, no obstante sean de su propiedad (incluso, exclusivamente), sometiéndose así pues a la protección de las distintas leyes de responsabilidad limitada<sup>70</sup>. Por lo mismo, no sorprende Yaraslau Kryvoi sostenga que es la sofisticada estructura corporativa que tienen las MNE, así como lo global de su alcance, lo que les permite beneficiarse de una extraordinaria falta de responsabilidad para todos salvo para sus accionistas<sup>71</sup>.

La estructura internacional de estas corporaciones es compleja. Una Multinacional se compone de una empresa madre (apoderada) y de sus afiliadas repartidas en el extranjero. Estas afiliadas pueden ser o ramificaciones de la empresa o subsidiarias a la misma (sea de su absoluta propiedad o de propiedad compartida con

---

<sup>67</sup> IRELAND, Paddy. Limited Liability, shareholder rights and the problem of corporate irresponsibility. Cambridge Journal of Economics, 34(5), 2010, p. 838.

<sup>68</sup> Para ver las justificaciones económicas para la responsabilidad limitada, ver texto de RAMSAY, Ian y NOAKES, David. Piercing the Corporate Veil in Australia. Company and Securities Law Journal, 19, 2001, pp. 254-256.

<sup>69</sup> IRELAND p. 837

<sup>70</sup> IRELAND p. 848.

<sup>71</sup> KRYVOI, Yaraslau. Enforcing Labor Rights against Multinational Corporate Groups in Europe. Industrial Relations: A Journal of Economy and Society, 46(2), 2007, p. 367.

otra empresa)<sup>72</sup>. En el caso de las subsidiarias, estas “... se encuentra[n] incorporada[s] bajo la legislación del país de asiento como otra entidad legal y por tanto, la empresa madre no es responsable, generalmente, por su conducta”<sup>73</sup>. Sobre ellas, la empresa madre puede ejercer control, a modo de ejemplo, mediante el dominio total de la subsidiaria, mediante una significativa participación en sus acciones, mediante la existencia de un convenio destinado a conceder a la apoderada control sobre el manejo de la empresa, mediante un contrato de exclusividad en la venta de los productos, mediante la concesión de derechos puntuales tales como el veto, mediante la concesión de derechos sobre puestos laborales de injerencia significativa en la conducción de la compañía y su devenir (directorío), etc.

Esta estructura reviste numerosas formas y extensos caminos contractuales y legales<sup>74</sup>, de modo tal que puede darse que una empresa madre lo sea de otra a través de una tercera (o terceras) empresa en la que tiene participación o dominio, así como también puede suceder que, a fin de cuentas, una subsidiaria lo sea de no sólo una empresa madre sino de más de una, en cuyo caso pasaría a ser controlada desde más de un país, con las repercusiones que eso puede acarrear y los inconvenientes que pueda ocasionar en aras de responsabilizar a alguien.

No sólo la estructura es compleja, sino también la conducta que pueden adoptar las transnacionales una vez delineada esta estructura. Howard Perlmutter<sup>75</sup> reconoce la existencia de tres tipos de gestión: uno etnocéntrico, donde el flujo de decisiones es de la madre hacia la subsidiaria, de modo que es la primera la cual toma las decisiones, entrena personal de su propio país para los altos cargos, y luego los nombra, ausente de todo empleado local; uno policéntrico, donde se reconoce la diferencia que hay en el país de asiento, y no obstante existir un sistema de control financiero, se escogen a los nacionales de confianza para altos cargos; y uno

---

<sup>72</sup> ARSLAN p. 112.

<sup>73</sup> HANAKOVA, Lea. Accountability of Transnational Corporations under International Standards. Tesis de Magiste, University of Georgia School of Law, Georgia, 2005, p. 4 disponible en <[http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1020&context=stu\\_llm](http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1020&context=stu_llm)> (consultado 28.07.13). Traducido por el autor.

<sup>74</sup> ALARIK p. 3, 5 y siguientes

<sup>75</sup> según ALARIK.

geocéntrico o mundial, donde las subsidiarias no son satélites ni actores autónomos, sino por el contrario son partes de un todo que se enfocan en lograr objetivos internacionales de la empresa, contribuyendo cada cual de su particular manera, sin importar la nacionalidad de los ejecutivos con tal que sean idóneos para el cargo. Y lo anterior se sostiene en que las posibilidades de coordinación mundial han experimentado un dramático crecimiento gracias a las nuevas tecnologías.

Para decidir la estructura a seguir por una multinacional, deben ponderarse los factores institucionales del país de asiento de la afiliada así como la necesidad de consistencia interna en la organización de la empresa a lo largo de todas sus subsidiarias<sup>76</sup>, desprendiéndose así una consecuencia importante y relevante para la presente tesis: la estructura de las multinacionales no es uniforme, no es única, pues está condicionada tanto por la voluntad de la empresa como por el ambiente institucional en que se desenvuelve. Esto importará que no sea sencilla la tarea de identificar quién ostenta el control de la empresa, o mejor dicho, quién toma las decisiones que se traducen luego en posibles daños para el medio ambiente, los trabajadores, o que vayan en desmedro de los derechos humanos de las comunidades locales. Por lo mismo, y como se verá en el capítulo III al analizar distintos fallos de Tribunales extranjeros, resulta medular la elaboración y establecimiento de un precedente, o si se prefiere, de un criterio uniforme para determinar en qué casos, indistinto a la estructura amorfa y creativa que revista la empresa multinacional, se está frente a una empresa que ostenta, efectivamente, el control de facto de su subsidiaria o asociada.

#### 4. Origen del problema con miras a la presente tesis.

La relación entre las empresas multinacionales y los Estados se caracteriza por perseguir objetivos centrales cuales no están necesariamente alineados: mientras las multinacionales buscan maximizar ganancias, los Estados se enmarcan en

---

<sup>76</sup> ARSLAN p. 3.

obligaciones sociales y económicas<sup>77</sup>. El problema resulta en que las multinacionales pueden socavar la autoridad estatal al perder el Estado poder de negociación gracias a los avances tecnológicos, la globalización e incluso la democracia, todos factores cuales favorecen a las empresas<sup>78</sup>, especialmente atendida su libertad para escoger dónde asentarse.

Se ha considerado que las empresas multinacionales operan en una 'zona gris' entre las distintas jurisdicciones nacionales en que tienen asiento, resultando difícil así controlar su actuar<sup>79</sup> al no existir un Estado capaz de someter a las empresas a su imperio. Por un lado, las multinacionales cuentan con tecnología de punta y libertad de acción para decidir dónde invertir, pudiendo negociar con relativa ventaja los términos en que se relacionarán con los Estados en que decidan asentarse. Por el otro, "la condición estructural de anarquía - en la cual ninguna autoridad internacional existe para realizar las funciones legislativas, ejecutivas o judiciales equivalentes a los Estados - impide la asignación clara de responsabilidad regulatoria"<sup>80</sup> sobre estas empresas. Ello ha significado que las trasnacionales, a la hora de buscar dónde realizar inversiones, opten por lugares donde los costos operacionales (considerados tanto aquellos costos económicos como salarios o infraestructura, y aquellos que no tienen un valor fijo asignado como las demandas regulatorias propias de los Estados de asiento) sean bajos<sup>81</sup>.

Dada la estructura generalmente por acciones de las multinacionales, la imposibilidad (o dificultad) para acreditar responsabilidades surge al no existir preocupación por cómo los dividendos son generados: los accionistas no son legalmente responsables de malversación corporativa, y sólo ponen en riesgo el capital inicialmente invertido<sup>82</sup>. Así, las empresas madres (cuales se ha sostenido ya, controlan a las subsidiarias, precisamente, al ser dueñas de la gran mayoría de las

---

<sup>77</sup> LETNES p. 261.

<sup>78</sup> LETNES p. 267.

<sup>79</sup> MATSUSHITA, Mitsuo et al. The World Trade Organization. Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 551.

<sup>80</sup> DETOMASI p. 322.

<sup>81</sup> DETOMASI p. 323.

<sup>82</sup> IRELAND p. 845.

acciones que estas últimas colocan en las bolsas bursátiles), teniendo participación y obteniendo dividendos del actuar de sus afiliadas, gozan de poder dirigir las conforme sus propios intereses, mas son consideradas, para todos los efectos legales, como entidades completamente distintas, sin responsabilidad alguna por sus deudas o sus actos<sup>83</sup>.

Mientras algunas empresas multinacionales maximizan ganancias gracias a las operaciones en los países en que tienen asiento ellas mismas o sus afiliadas, "efectos adversos como la corrupción, transferencia de precios, explotación laboral y ambiental, y una aumentada represión gubernamental (...) están lejos de ser poco comunes"<sup>84</sup>. Algunas casos en que efectos adversos han ocurrido serán analizados con posterioridad, en el capítulo III.

El escenario, por tanto, revela un doble problema: mientras los países en desarrollo se encuentran imposibilitados (al menos individualmente) de regular las actividades de las multinacionales pues necesitan captar inversionistas extranjeros y una excesiva regulación restrictiva no haría sino ahuyentarlos, la ley, en tanto crea responsabilidades gubernamentales bajo el alero de las leyes nacionales y los tratados internacionales, fracasa al articular obligaciones a las corporaciones y al proveer de mecanismos para la regulación de sus conductas en el marco de los derechos humanos, laborales y ambientales<sup>85</sup>. Como se explicará más adelante, la clave para que las multinacionales actúen responsablemente puede recaer, no en desmembrar la responsabilidad limitada de los derechos de control<sup>86</sup>, sino en levantar el velo corporativo para que, bajo el escenario actual, las empresas controladoras puedan ser consideradas responsables del actuar de las afiliadas o asociadas que efectivamente controlan.

---

<sup>83</sup> IRELAND p. 849.

<sup>84</sup> LETNES p. 261.

<sup>85</sup> SHAMIR, Ronen. Between Self-Regulation and the Alien Tort Claims Act: On the Contested Concept of Corporate Social Responsibility. Law & Society Review, 38(4), 2004, p. 637.

<sup>86</sup> IRELAND p. 853.

## **CAPÍTULO II: INTENTOS POR REGULAR A LAS CORPORACIONES MULTINACIONALES.**

En 1972, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas solicitó del Secretario General de la ONU (el ex Presidente de Austria, Kurt Waldheim) un estudio sobre el impacto de las empresas multinacionales<sup>87</sup>, proponiendo crear una Comisión, un Centro, y eventualmente, un Código de Conducta para estas empresas. Se reconoció entonces que, si bien era fundamental potenciar las inversiones de las transnacionales en los países en desarrollo, la amenaza que ellas podían significarle a estos países demandaba regulación nacional e internacional<sup>88</sup>. Ello propuesto, y con tratativas internacionales en camino, significativas diferencias surgieron entre los dos principales bloques de negociación, a saber, los países desarrollados y los en desarrollo, toda vez que los primeros instaban a incluir normas que protegieran a las empresas multinacionales y el trato que estas habrían de recibir en el exterior, mientras los segundos sólo abogaban por alocar responsabilidades en estas empresas. La Resolución 1980/60 de 24 de julio de 1980 zanjó la discusión, disponiendo que el Código de Conducta consistiría de dos partes, una sobre las actividades y responsabilidades de las multinacionales y otra sobre el trato que estas recibirían al invertir en un determinado país. Si bien con esto la carrera hacia un acuerdo internacional pareció encaminarse, numerosas suspensiones durante la década de los ochenta aplazaron su desarrollo hasta comienzos de los años noventa. Y si bien en 1990 se propuso un texto final<sup>89</sup> para acuerdo internacional, las constantes

---

<sup>87</sup> Reporte del Secretario General de la ONU sobre el Impacto de las Empresas Transnacionales en los Procesos de Desarrollo y otras Relaciones Internacionales, UN Doc. E/5500/Add. 1.

<sup>88</sup> MUCHLINSKI, Peter T. Attempts to Extend the Accountability of Transnational Corporation: The Role of UNCTAD. En: KAMMINGA, Menno T. y ZIA-ZARIFI, Saman (Eds.). *Liability of Multinational Corporations under International Law*. La Haya, Kluwer Law International, 2000, pp. 98-101.

<sup>89</sup> Comisión sobre las Empresas Transnacionales, *Desarrollo y Cooperación Económica Internacional: Empresas Transnacionales*, UN Doc. E/1990/94 (1990).

desavenencias al tenor de su redacción forzaron que las negociaciones culminaran en julio de 1992<sup>90, 91</sup>.

De modo paralelo, en 1976 se aprobaron, bajo los auspicios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, las llamadas Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) para las Empresas Multinacionales (en adelante, 'Líneas Directrices de la OCDE')<sup>92</sup>, cuales, si bien consideradas como derecho blando al no tener un organismo que garantice su cumplimiento, ofrecieron un considerable grado de seguridad atendida la presión pública que ejercían entre sí los países contratantes<sup>93</sup>.

En septiembre de 1995, nuevas negociaciones comenzaron para celebrar un Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (en adelante, AMI), a fin de darle mayor contenido y fuerza a las Líneas Directrices de la OCDE de 1976, pero se subestimó la complejidad de alcanzar dicho acuerdo, toda vez que ello importaría forzosamente una renovación sustancial de la normativa existente en muchos países en los ámbitos ambiental y laboral. "Todo esto provocó la demora en las negociaciones [...]. Con las ONGs y los parlamentos nacionales tornándose hostiles hacia el AMI, la mayoría de los gobiernos de los países miembros de la OCDE empezaron a adoptar una postura crecientemente hostil hacia el AMI, ya que la mayoría de los gobiernos de la OCDE empezaron a ver el AMI más como una carga que como una ventaja"<sup>94</sup>. Por su parte, la Cámara Internacional de Comercio no ocultaba su apoyo a una propuesta a nivel de la Organización Mundial de Comercio, en desmedro de aquella promovida en la OCDE.

---

<sup>90</sup> Reporte Anual de 1992 de la Cámara Internacional del Comercio.

<sup>91</sup> A su respecto, y para ahondar en el desarrollo histórico de las negociaciones ante Naciones Unidas, se recomienda el texto de MUCHLINSKI, Peter T. *Attempts to Extend the Accountability of Transnational Corporation: The Role of UNCTAD*. En: KAMMINGA, Menno T. y ZIA-ZARIFI, Saman (Eds.). *Liability of Multinational Corporations under International Law*. La Haya, Kluwer Law International, 2000. pp 97-117.

<sup>92</sup> Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para Empresas Multinacionales, 15 *ILM* (1976).

<sup>93</sup> HUNER, Jan. *The Multilateral Agreement on Investment and the Review of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. En: KAMMINGA, Menno T. y ZIA-ZARIFI, Saman (Eds.). *Liability of Multinational Corporations under International Law*. La Haya, Kluwer Law International, 2000, p. 198.

<sup>94</sup> HUNER p. 199. Traducido por el autor.

Consecuencialmente, si bien se fijó abril de 1998 como fecha límite para suscribir el AMI, a pedido de Francia esto se prorrogó hasta octubre y, posteriormente, frustró al auto-marginarse dicho país acusando el foro apropiado era, en definitiva, la OMC<sup>95, 96</sup>.

Para entender estos fracasos en las negociaciones internacionales, es necesario entender las variables histórico-políticas que hicieron juego. En primer lugar, el escenario internacional en la década del '70, acusaba el auge del llamado 'Nuevo Orden Económico Mundial', junto al cual aparecía la figura del derecho a la autodeterminación económica de los países como un aspecto necesario de la independencia política (atendida, especialmente, la situación de las naciones recientemente independizadas y de los países de Europa Oriental). Por ello, no sorprende que Naciones Unidas esgrimiera una política que incluyera, a priori, la afirmación legal del derecho de los países a controlar las actividades de las empresas multinacionales que operasen en su territorio<sup>97</sup>. Hacia fines de los '80, en tanto, la situación era otra: existiendo una actitud empresarial proclive a los negocios, los países en desarrollo se mostraban menos interesados en la regulación y más en la obtención de Inversión Extranjera Directa<sup>98</sup>, compitiendo así por capturar estos fondos. Ya en los '90, el auge de los códigos de conducta propios y la opción de entrar en conversaciones directas con los sindicatos y las ONGs, volvieron obsoleto cualquier intento de regulación e incluso las ya existentes Líneas Directrices de la OCDE<sup>99</sup>.

Desde entonces, numerosas propuestas han acaecido para intentar regular el actuar de las multinacionales, predominando no obstante las aproximaciones voluntarias que intentan ofrecer un camino basado en la autorregulación. Y si bien son numerosos los autores que abogan puntualmente por la creación de un tratado internacional que imponga deberes y responsabilidades derechamente a estas

---

<sup>95</sup> HUNER pp. 199-200.

<sup>96</sup> Para un análisis exhaustivo del texto propuesto de AMI, revisar T FITZGERALD, E.V.K et al. The Development Implications of the Multilateral Agreement on Investment: A report commissioned by the Department for International Development. Finance and Trade Policy Research Centre, University of Oxford, 1998, disponible en <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/1922690.pdf> > (consultado 28.07.13)

<sup>97</sup> MUCHLINSKI (2000), p. 99.

<sup>98</sup> HUNER p. 202.

<sup>99</sup> Ídem.



empresas<sup>100</sup>, hoy sólo existen aproximaciones que buscan encarrilar su comportamiento conforme estándares mínimos de conducta, por lo demás carentes de todo medio de enjuiciamiento compulsivo. Así, por ejemplo aparecen los códigos de conducta propios, iniciativas internacionales de derecho blando como las ya mencionadas Líneas Directrices de la OCDE o el Pacto Global de Naciones Unidas, o el reciente sistema de auditoría externa de sustentabilidad de una empresa, cuyo máximo expositor es el 'Dow Jones Sustainability Indices'. Pero, al tenor de esta tesis resalta mucho más el abanico de normas de carácter nacional que sostienen la incipiente práctica de la litigación transnacional, considerándose así a países desarrollados tales como Australia, Japón, Canadá, Estados Unidos, o el bloque de la Unión Europea. Es este un camino tímidamente explorado, y que, si bien disperso en las legislaciones de varios países, brinda un punto de partida para actuar hoy contra los excesos que puedan cometer las multinacionales, y quizá para mañana, por fin, negociar un tratado internacional que permita llevar a enjuiciamiento a estas empresas. De ello se hablará en el siguiente capítulo, a la vez que se estudian los numerosos fallos que sobre la materia se han dictado.

Las aproximaciones voluntarias son programas que promueven la autorregulación corporativa de las empresas hasta el límite de su administración sustentable. Así, estas iniciativas pueden, al menos en la teoría, ayudar a cimentar una cultura de liderazgo corporativo y de innovación en comportamientos responsables, trasladando la responsabilidad corporativa desde conceptos aislados a hechos concretos.<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> Ver, por ejemplo, a EBBESSON, Jonas. Transboundary corporate responsibility in environmental matters: fragments and foundations for a future framework. En: WINTER, Gerd (Ed.). *Multilevel Governance of Global Environmental Change: Perspectives from Science, Sociology and the Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006. pp 200-224. También se recomienda a CORDONIER, Marie-Claire. Sustainability and Corporate Accountability Regimes: Implementing the Johannesburg Summit Agenda. *Review of European Community & International Environmental Law*, 12(3): 295-309, 2003.

<sup>101</sup> LATHAM & WATKINS. The Importance of Voluntarism, disponible en <[http://unglobalcompact.org/docs/about\\_the\\_gc/Voluntarism\\_Importance.pdf](http://unglobalcompact.org/docs/about_the_gc/Voluntarism_Importance.pdf)> (consultado 23.06.13).

Dentro de las aproximaciones voluntarias con que las distintas multinacionales han hecho frente a la problemática que atañe esta tesis (llámese, la responsabilidad - o falta de responsabilidad - transnacional de las corporaciones), destacan sistemas internos y externos de administración y autorregulación corporativa, conforme diversos estándares de conducta que merecen particular atención.

En primera medida, y como se mencionó con anterioridad, resalta por su antigüedad y vigencia la existencia de las Líneas Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales, cuales vienen a constituir un intento de aplicar los estándares que siguen las corporaciones que operan dentro de los países miembros de la OCDE, a toda su actividad corporativa en el planeta, estableciendo una red de acercamiento entre países y empresas mediante puntos nacionales de contacto<sup>102</sup>. Destaca en ellas que, si bien dentro de un punto de vista netamente legal son sólo recomendaciones que hacen los gobiernos de los países miembros de las OCDE a las empresas que tienen asiento en ellas<sup>103</sup>, presentan un altísimo grado de cumplimiento por las empresas que las adhieren. Esto obedece, quizás, a que ellas han sido, desde siempre, apoyadas por tanto el sector empresarial como las fuerzas laborales, siendo ambos bloques extensamente consultados (tanto al momento de su redacción en 1976, como en sus enmiendas posteriores)<sup>104</sup>. Y si bien no permiten un cumplimiento coercitivo, el Consejo de la OCDE tiene el poder de adoptar decisiones que clarifiquen Las Líneas<sup>105</sup>, cuales son obligatorias para todos sus miembros, lo que se traduce en que las peticiones de clarificación exitosas son, de facto, consideradas como una condena al actuar de una empresa multinacional en un caso en particular<sup>106</sup>. Por tanto, no sorprende se diga que bajo Las Líneas de la OCDE, "el único incentivo para que las compañías cumplan reside en la publicidad negativa que podrían enfrentar si se

---

<sup>102</sup> CORDONIER p. 298.

<sup>103</sup> Ver Prefacio de las Líneas Directrices de la OCDE, Pto. 1. Así como el I.1 (concepto y principios pto. 1).

<sup>104</sup> HUNER p. 201.

<sup>105</sup> KRYVOI, Yaraslau. Enforcing Labor Rights against Multinational Corporate Groups in Europe. *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society*, 46(2), 2007, p. 370.

<sup>106</sup> HUNER p. 202.

rehúsan a cooperar para identificar una solución... ante el punto nacional de contacto"<sup>107</sup>.

La actual versión de Las Líneas enfatiza prioritariamente que las empresas deben contribuir al progreso económico, social y medioambiental con vistas a lograr un desarrollo sostenible<sup>108</sup>, así como respetar los derechos humanos de las personas afectadas por sus actividades de conformidad con las obligaciones y compromisos internacionales del gobierno de acogida<sup>109</sup>. El Capítulo IV entrega mayor contenido en lo que respecta a las relaciones laborales, al sostener que deben las empresas respetar el derecho de los trabajadores a ser representados por sindicatos u otros agentes legítimos<sup>110</sup>, y al presentar como metas la contribución de las empresas a la abolición del empleo infantil<sup>111</sup> y de toda forma de trabajo forzado<sup>112</sup>. En lo que respecta al medio ambiente, el Capítulo V, agregado a Las Líneas en 1991<sup>113</sup>, sostiene que se debe proteger el medio ambiente para contribuir así al objetivo más amplio del desarrollo sostenible<sup>114</sup>, brindando luego contenido a dicho mandato mediante el establecimiento y mantención de un sistema de administración medio ambiental apropiado<sup>115</sup> (mas, fuerza decir, sin ofrecer un real contenido a lo que ello implica), tendencioso a la mejora constante de los resultados medio ambientales de la empresa mediante, entre otros, la adopción de nuevas tecnologías y procedimientos, o la promoción de mayores niveles de conciencia de las implicancias ambientales de los distintos producto entre los consumidores<sup>116</sup>. Lo que ciertamente destaca es el apartado 3 de dicho capítulo, cual ordena a las empresas a someter los proyectos potencialmente dañinos al medio ambiente a un apropiado escrutinio, mediante la

---

<sup>107</sup> FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Position Paper: Comments to the Interim Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, February 22, 2006, p. 5, disponible en <<http://www.fidh.org/IMG/pdf/business442a.pdf>> (consultado 28.07.13).

<sup>108</sup> Capítulo II, Principios Generales, apartado 1.

<sup>109</sup> Capítulo II, Principios Generales, apartado 2.

<sup>110</sup> Capítulo IV, Empleo y Relaciones Laborales, apartado 1.a.

<sup>111</sup> Capítulo IV, Empleo y Relaciones Laborales, apartado 1.b.

<sup>112</sup> Capítulo IV, Empleo y Relaciones Laborales, apartado 1.c.

<sup>113</sup> HUNER p. 201.

<sup>114</sup> Capítulo V, Medio ambiente.

<sup>115</sup> Capítulo V, Medio ambiente, apartado 1.

<sup>116</sup> Capítulo V, Medio ambiente, apartado 6.a y 6.c.

preparación de una adecuada evaluación de impacto ambiental. Resalta, pues el mandato que tienen las empresas de proteger el medio ambiente, conforme Las Líneas, dice relación única y exclusivamente con la normativa legal, reglamentaria y administrativa, de los países donde ejercen su actividad, sólo considerando los acuerdos y/o principios internacionales como referenciales<sup>117</sup>, por lo que, en definitiva y en materia medio ambiental, las empresas pueden operar, aun bajo los auspicios de Las Líneas, en un país donde la regulación ambiental sea escasa o nula, y aprovecharse de ello para sus fines prácticos.

Sólo un año después de adoptadas Las Líneas Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales, la Organización Internacional del Trabajo presentó y aprobó, enfocado exclusivamente en las relaciones laborales, la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social<sup>118</sup>. Calificada por Jan Huner como uno de los dos instrumentos de mayor relevancia (junto a Las Líneas Directrices de la ONU) en lo que respecta a la regulación de las multinacionales a nivel internacional<sup>119</sup>, esta declaración apunta directamente a regular las relaciones laborales que rodean a las multinacionales, tomando como piedra angular de la Declaración su carácter tripartito, a saber, que "contiene un compendio de directrices voluntarias relativas a la política social acordadas por los tres grupos - las empresas, los trabajadores, y el gobierno"<sup>120</sup>. Destaca, dentro de la Declaración de la OIT, el llamado general que se hace a respetar los derechos soberanos de los Estados, observar las leyes y reglamentos nacionales, tener debidamente en cuenta las prácticas locales y respetar las normas internacionales aplicables<sup>121</sup>. Y aún más (y para efectos de esta Tesis), resulta del todo innovador que se promueva el cumplimiento de la Declaración y las convenciones y recomendaciones citadas en ella, aun en países que no hayan suscrito estos documentos o bien, que habiéndolos suscrito optasen por

---

<sup>117</sup> Capítulo V, Medio ambiente.

<sup>118</sup> *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social*,

61 *Boletín Oficial OIT* (1978) Serie A, no. 1.

<sup>119</sup> HUNER p. 200.

<sup>120</sup> KRYVOI p. 369.

<sup>121</sup> Párrafo 8.

no apegarse a ellos<sup>122</sup>. En este último sentido, la Declaración se extiende más allá de los límites planteados por Las Líneas de la OCDE<sup>123</sup>.

No obstante lo anterior, se ha criticado a la Declaración Tripartita de la OIT porque, tal y como Las Líneas Directrices de la OCDE, son voluntarias y carecen de mecanismos eficientes para ser aplicadas coercitivamente. Por lo mismo se ha sostenido que ambos documentos, si bien presentan incentivos para su cumplimiento, a fin de cuentas no son instrumentos eficientes para imponer obligaciones a las corporaciones transnacionales en las áreas de los derechos humanos, precisamente, por este carácter 'voluntario' que las define<sup>124</sup>.

Otra iniciativa de ejecución voluntaria es el Pacto Mundial de Naciones Unidas. Establecido en el año 2000 a propuesta de Kofi Annan, entonces Secretario General de Naciones Unidas, el Pacto Mundial es una iniciativa voluntaria de ciudadanía corporativa que tiene por finalidad brindar un marco contextual para incentivar la innovación, las soluciones creativas, y las buenas prácticas entre sus participantes<sup>125</sup>. Es una iniciativa de política estratégica para los negocios que están comprometidos en coordinar sus operaciones con diez principios universales en las áreas de los derechos humanos, del trabajo, del medio ambiente y de la corrupción.<sup>126</sup>

Sustentado en las fuerzas con los que cuenta el sector privado para encontrar soluciones<sup>127</sup>, esta iniciativa se funda en diez principios rectores, todos cuales han sido ya aceptados por la mayoría de los países del Mundo<sup>128</sup> al estar éstos basados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, la Organización Internacional del

---

<sup>122</sup> Párrafo 9.

<sup>123</sup> FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS p. 4.

<sup>124</sup> FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS p. 5.

<sup>125</sup> SANDS, Philippe. Principles of International Environmental Law. 2ª ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 116.

<sup>126</sup> Página web del Pacto Mundial, <<http://unglobalcompact.org/AboutTheGC/index.html>> (consultado 23.06.13).

<sup>127</sup> Ídem.

<sup>128</sup> KRYVOI p. 370.

Trabajo, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Dentro de los principios proclamados por el Pacto, es posible señalar que las empresas se comprometen a apoyar y respetar la protección de los derechos humanos proclamados en el ámbito internacional<sup>129</sup>, así como a no ser cómplices de abusos contra ellos<sup>130</sup>. También, deben eliminar el trabajo forzoso<sup>131</sup> e infantil<sup>132</sup>. Deben, finalmente, apoyar en la prevención de los problemas medioambientales<sup>133</sup>, promover la responsabilidad ambiental<sup>134</sup>, y fomentar el uso de nuevas y mejores tecnologías<sup>135</sup>.

Así visto, el Pacto Mundial de Naciones Unidas parece una herramienta muy beneficiosa y adecuada para encarrilar el caminar de las multinacionales por un camino responsable<sup>136</sup>. Mas, la iniciativa ha suscitado numerosas críticas entre la doctrina internacional y algunas Organizaciones no gubernamentales. Por ejemplo, en palabras de Jens Martens, "las ONG en la 'Alianza por una ONU sin Corporaciones' ha advertido que las Naciones Unidas se ha vendido a los intereses de las grandes Corporaciones, 'limpiando' a las compañías que violan los estándares internacionales"<sup>137</sup>. Acusa el autor, entre otras cosas, que el Pacto, si bien compromete a las empresas a respetar cierto estándares, también compromete a Naciones Unidas: no sólo les ayuda a cumplir los principios, sino que lo hace para favorecer el comercio y los mercados libres<sup>138</sup>. Asimismo, sostiene que el Pacto, si bien se ha dicho es un complemento para obligaciones coercitivas a las Multinacionales<sup>139</sup>, en realidad es una alternativa a la

---

<sup>129</sup> Primer Principio.

<sup>130</sup> Segundo Principio.

<sup>131</sup> Cuarto Principio.

<sup>132</sup> Quinto Principio.

<sup>133</sup> Séptimo Principio.

<sup>134</sup> Octavo Principio.

<sup>135</sup> Noveno Principio.

<sup>136</sup> WILLIAMS, Oliver. The UN Global Compact and doing the right thing. University of Notre Dame. 16 agosto 2012. commentary post. Disponible en

<[http://business.nd.edu/ask\\_more/commentary.aspx?id=11707](http://business.nd.edu/ask_more/commentary.aspx?id=11707)> (consultado 28.07.13)

<sup>137</sup> MARTENS, Jens. Six Problems of the Global Compact between Business and the UN. Global Policy Forum. 23 junio 2004. Disponible en

<<http://www.globalpolicy.org/component/content/article/225/32252.html>> (consultado 24.06.13).

<sup>138</sup> Ídem, citando a Kofi Annan al proponer el Pacto Mundial.

<sup>139</sup> A su respecto, ver texto LATHAM & WATKINS, así como la página oficial del Pacto.

regulación social y ambiental sobre el comercio y las inversiones ya que ha sido el mismo ex Secretario General de la ONU, Kofi Annan, quien al presentarlo en Suiza en el año 1999 lo calificó de tal, rechazando de plano cualquier tipo de restricción intergubernamental sobre ellas. "Existe una preocupación legítima. Pero aplicar restricciones al comercio e impedimentos a las inversiones no son el camino para hacerle frente [a los problemas ambientales y sociales]. En vez, debiéramos buscar un forma de alcanzar estos estándares de otra manera. Y eso es precisamente lo que el Pacto que les estoy proponiendo tiene por objeto hacer"<sup>140</sup>.

Por último, resulta necesario referirse a la Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otros Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos<sup>141</sup>. Si bien una iniciativa que no prosperó<sup>142</sup>, las Normas destacaron por haber sido un intento de regulación obligatoria para las transnacionales, contemplando mecanismos de implementación y de cumplimiento. Entre otras cosas, las Normas incluían provisiones que garantizaban el derecho a la seguridad personal, condenando a las empresas que se beneficiaran de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio, tortura, desapariciones forzadas, trabajo forzoso, toma de rehenes, ejecuciones sumarias o arbitrarias, violaciones de derecho humanitario o delitos internacionales de otra índole contra la persona humana<sup>143</sup>. Asimismo, prohibía el trabajo forzoso<sup>144</sup> y la explotación de niños<sup>145</sup>, a la vez que se garantizaba un entorno de trabajo seguro y saludable<sup>146</sup>. Finalmente, obligaban a las empresas a actuar conforme a las leyes, reglamentos, prácticas administrativas y políticas nacionales relativas a la conservación del medio ambiente del país donde realizaren sus actividades, así como de conformidad a acuerdos, principios, objetivos,

---

<sup>140</sup> Discurso dictado en Davos, Suiza, el 31 enero 1999. Disponible en <http://www.un.org/News/Press/docs/1999/19990201.sgsm6881.html> (consultado 23.06.13). Traducido por el autor.

<sup>141</sup> Texto disponible en el sitio

<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/a389702baa023990c1256d59004814a4?OpenDocument> (consultado 26.06.13).

<sup>142</sup> NOLAN, Justine y TAYLOR, Luke. Corporate Responsibility for Economic, Social and Cultural Rights: Rights in Search of a Remedy?. *Journal of Business Ethics*, 87, 2009, p. 445.

<sup>143</sup> Las Normas, párrafo 3.

<sup>144</sup> Las Normas, párrafo 5.

<sup>145</sup> Las Normas, párrafo 6.

<sup>146</sup> Las Normas, párrafo 7.

responsabilidades y normas internacionales pertinentes<sup>147</sup>. Especial mención recibe el que se remitiera, dentro de los criterios a seguir en materia medioambiental, a la plena aplicación del principio precautorio<sup>148</sup>, de forma tal de no comprometer el medio ambiente cuando existiera temor de un daño irreversible producto de su actuar.

Dentro de los problemas que evidenciaron las Normas, resalta que si bien se planteó como pilar el cumplimiento obligatorio de sus disposiciones, so pena de una respuesta coercitiva en el caso de incumplimiento, no dispuso cómo habían de proceder los Tribunales cuando hubieran problemas jurisdiccionales, dejando así sin respuesta la pregunta a cuál debiera ser el foro indicado para conocer de un asunto transnacional<sup>149</sup>. Pero no puede uno olvidarse que las Normas, si bien un intento fallido por establecer un marco internacional para regular el actuar de las Transnacionales, triunfó en tres aspectos muy particulares: primero, permitió que el debate sobre la conducta de las multinacionales volviera a plantearse en el foro internacional; segundo, sugirió en una mesa de diálogo que las transnacionales se responsabilicen de su actuar frente a la comunidad internacional toda; y tercero, sentó un invaluable precedente al fijar el contenido de su normativa, pues con ello envió un potente mensaje a las corporaciones advirtiéndoles sobre lo mínimo que podía esperarse de ellas.

Con todo, resulta claro han habido numerosos intentos de regular el actuar de las multinacionales mediante la creación de distintas aproximaciones voluntarias, introduciendo así estándares tanto a nivel nacional, regional, internacional, o simplemente empresarial. Así, no son sólo las empresas quienes pueden dictar sus propios códigos de conducta, sino también y como puede inferirse ya de los intentos (fallidos o exitosos...) previamente analizados, aparecen códigos propuestos por los

---

<sup>147</sup> Las Normas, párrafo 14.

<sup>148</sup> A su respecto, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, de 1992, enuncia el principio precautorio en los siguientes términos: "Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.". Párrafo 15 de la Declaración disponible en:

<http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>. Para mayor explicación, así como el desarrollo, del principio precautorio, se recomienda SANDS pp. 266-279.

<sup>149</sup> KRYVOI p. 370.



Estados, las ONG, los entes internacionales gubernamentales, entre otros tantos<sup>150</sup> que buscan en definitiva encauzar voluntariamente el actuar de las empresas a ciertos parámetros de conducta.

Y habiendo analizado ya varias propuestas de entidades ajenas al mundo empresarial, resta estudiar qué ocurre con los códigos de conducta propuestos por las mismas empresas. En principio, estas iniciativas destacan al tener claras ventajas. Parecen ser, cuando efectivamente se aplican, la única herramienta contra violaciones de subsidiarias o subcontratistas en países en desarrollo con precaria legislación (fuera, claro está, del camino de la litigación transnacional que nos acontece en esta Tesis). Además, en caso de judicializarse una violación, pueden los Tribunales tomar en consideración los códigos cuando los estándares de conducta de las multinacionales sean cuestionados<sup>151</sup>. Finalmente, estos mismos códigos pueden, en definitiva, inspirar la creación de leyes, pudiendo así ser utilizadas como herramientas interpretativas.<sup>152</sup>

Pero la voluntariedad que subyace detrás de todo código de conducta inspira fuertes críticas en su contra. Marie-Claire Cordonnier identifica, por ejemplo, que si bien los códigos de conducta son en teoría excelentes formas de controlar (o auto-controlar) el actuar de las multinacionales, el escenario torna sombrío una vez se consideran las variables de acceso a la información y de transparencia toda vez que resulta imposible saber hasta qué punto las empresas están cumpliendo con aquello que pregonan dirige su actuar. Si bien es cierto las empresas adhieren ciertos estándares de conducta en respeto a los derechos humanos, laborales, etc. con sus propios códigos de conducta, no necesariamente adscriben, simultáneamente y en virtud de ellos, la 'obligación' de revelar el nivel de cumplimiento que alcanzan respecto de esos estándares<sup>153</sup>. Es quizá por esto último que destaca, como se señaló anteriormente, la iniciativa de auditoría externa del 'Dow Jones Sustainability Indices', cual desde 1999 actúa como estudio comparativo o *benchmark* para los inversionistas

---

<sup>150</sup> KRYVOI p. 367.

<sup>151</sup> A su respecto, ver caso holandés Hof Amsterdam 21 Junio 1979, *NJ* 1980, 71, Batco.

<sup>152</sup> KRYVOI p. 373.

<sup>153</sup> CORDONIER p. 297.

que integran consideraciones sustentables en sus portafolios, proveyendo de una efectiva plataforma de compromiso para las compañías que quieran adoptar prácticas sustentables<sup>154</sup>. Así, "este tipo de iniciativas de inversión puede proveer de incentivos para que las corporaciones compitan por mejores prácticas de Responsabilidad Social Corporativa en el mercado global"<sup>155</sup>.

Sea cual sea la propuesta internacional que se siga, resaltan dos paradojas que no pueden obviarse. En primera medida, cualquier intento por regular a las multinacionales resulta controversial por una cuestión de soberanía<sup>156</sup>: quien tiene efectivamente imperio sobre el actuar de una empresa, cualquiera su estructura, es y siempre ha sido el país donde ella tiene asiento, por lo que relegar esta potestad a un ente internacional viene a significar al Estado, relegar su soberanía sobre las personas jurídicas. Pero, por su parte, la ausencia de un estándar homogéneo normativo de carácter internacional conlleva a la dependencia de la normativa nacional, con todas sus implicancias: en tanto existan distintos estándares de país en país, las empresas podrán simplemente cambiar su domicilio a fin de situarse en lugares donde no exista una normativa apremiante.

Una segunda paradoja la constituye la configuración con que se enmarca el actuar de las multinacionales, usando pues dos conceptos excluyentes, a saber, regulación y voluntariedad. "Las iniciativas voluntarias - cuales por definición no son legalmente vinculantes - no debieran ser nunca sustituto a una regulación efectiva"<sup>157</sup>. Y a tal efecto, no puede obviarse que por muy sólida y completa que parezca una declaración de principios, un código de conducta, o cualquiera otra aproximación voluntaria, ella requiere, para ser más que un solo artefacto de las relaciones públicas de la empresa<sup>158</sup>, de verificación externa, e incluso, de sanciones para el caso de

---

<sup>154</sup> Más información en <http://www.sustainability-indices.com/> (consultado 20.06.13).

<sup>155</sup> CORDONIER p. 299.

<sup>156</sup> KRYVOI p. 368

<sup>157</sup> LATHAM & WALKINS. Traducido por el autor.

<sup>158</sup> ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. Private Initiatives for Corporate Responsibility: An Analysis. Working Papers on International Investment, no. 2001/1, febrero 2001, p. 16. Disponible en <http://www.oecd.org/industry/inv/corporateresponsibility/2074991.pdf> (consultado 29.07.13).

incumplimiento. Basta sino ver lo ocurrido en Colombia en el año 2001, cuando una subsidiaria de Coca Cola, Panamco, asistió a la guerrilla colombiana en el asesinato de varios miembros del sindicato de trabajadores Sinaltrainal. Mientras Rafael Fernández, vocero de Coca Cola en Atlanta señalaba que "Coca Cola tiene un código de conducta estricto que todas sus subsidiarias y empresas anexas deben adherir", respetando así los derechos humanos, Terry Collingsworth, consejero de los demandantes en el caso seguido contra la multinacional sostenía que "[si bien] estas empresas crean estos códigos, después simplemente no los cumplen"<sup>159</sup>. Para mayor información en este caso, que no llegó a juicio por no cumplir requisitos procedimentales estadounidenses, se recomienda la lectura de Ronen Shamir<sup>160</sup>.

---

<sup>159</sup> LEECH, Gary. Coca-Cola Accused of Using Death Squads to Target Union Leaders. Columbia Journal, 23 julio 2001. Disponible en <<http://colombiajournal.org/colombia73.htm>> (consultado 29.07.13). Traducido por el autor.

<sup>160</sup> SHAMIR, Ronen. Between Self-Regulation and the Alien Tort Claims Act: On the Contested Concept of Corporate Social Responsibility. Law & Society Review, 38(4): 635-663, 2004.

### CAPÍTULO III: LITIGACIÓN TRANSNACIONAL.

Durante las últimas décadas ha habido una irrupción de casos en los que se ha intentado enjuiciar a las empresas transnacionales -especialmente a las empresas madres por el actuar de sus subsidiarias- con diversos resultados, la mayoría concluidos de forma temprana en virtud de acuerdos alcanzados entre las partes<sup>161</sup>. Hoy es posible afirmar que existe un piso común respecto de algunos elementos sustanciales y procedimentales para el proceder judicial (cuales serán analizados en este capítulo y, especialmente, en el siguiente), sin embargo dicho camino se ha pavimentado mediante tropiezos, triunfos parciales, y fallos aislados que han permitido, en definitiva, trazar esta senda a seguir, que requiere consistencia y diligencia en futuras acciones de esta índole.

Fundado entre otras cosas en el escepticismo que despierta la judicialización de una violación a derechos humanos, laborales o ambientales cuando el mismo Estado no protege a las víctimas, toda vez que "la presión política que recae sobre el Poder Judicial muchas veces compromete su voluntad y habilidad para proteger a las víctimas, si el gobierno no se muestra a favor de ello"<sup>162</sup>, los individuos que ven sus derechos básicos comprometidos o vulnerados aspiran a demandar en foros más favorables donde exista un estado de derecho e instituciones legales domésticas más fuertes, a fin de hacer frente efectivamente a sus pretensiones<sup>163</sup>.

En esta materia, la experiencia inglesa y norteamericana destacan precisamente por pertenecer a la tradición del *common law*, y así, por presentar un agitado cuestionamiento jurisprudencial de los principales temas que, como se verá en el siguiente capítulo, deben considerarse a la hora de establecer una pauta de acción.

---

<sup>161</sup> A su respecto, ver texto MEERAN, Richard. Tort Litigation against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: An Overview of the Position Outside the United States. City University of Hong Kong Law Review, 3(1): 1-41, 2011.

<sup>162</sup> DE SCHUTTER, Olivier. Towards Corporate Accountability for Human and Environmental Rights Abuses. The European Coalition for Corporate Justice, abril 2007, p. 3.

<sup>163</sup> BOGGIO, Andrea. The Global Enforcement of Human Rights: The Unintended Consequences of Transnational Litigation. International Journal of Human Rights, 10(4), 2006, p. 3.

Mientras otros países de cuna civilista (siendo el ejemplo más destacado el bloque de la Unión Europea...) tienen leyes escritas que definen, en mayor o menor medida, el curso de acción para proceder a litigar en estos casos, Inglaterra y Estados Unidos han construido jurisprudencialmente toda una institución de litigación transnacional.

En este capítulo procederé a analizar primero el desarrollo que ha tenido la jurisprudencia - especialmente la inglesa y norteamericana- en que se han ventilado casos de litigación transnacional contra las empresas transnacionales, para luego enunciar algunas normas y leyes aisladas de distintos países - principalmente de tradición civilista - para así poder sentar el estado en que nos encontramos en esta materia.

#### 1. Reino Unido.

Un primer caso en que se ventiló el tema de la personalidad corporativa data de 1897: *Salomon v. A Salomon & Co Ltd*<sup>164</sup>. En dicha oportunidad, la Casa de los Lores revocó sentencias de Primera y Segunda Instancia, sentando fuertemente el principio de la separación entre accionistas y empresas, al sostener que, al amparo de la *Companies Act* de 1862, no era posible perseguir en el patrimonio de los accionistas las deudas de una empresa. Así, en palabras de Lord Herschell, y atendido que la empresa se endeudó excesivamente por la creación de bonos sin garantía, "... al amparo de la ley actual, ciertamente no hay nada ilegal en la creación de tales títulos de crédito"<sup>165</sup>, por lo que la empresa habría actuado dentro de sus facultades y no sería imputable su falta de liquidez a sus dirigentes o propietarios.

Este caso ciertamente marcó un hito jurisprudencial, toda vez que el principio de la separación irrestricta entre empresa y accionista fue fuertemente marcado, y ha sido usado desde entonces por los distintos tribunales ingleses para justificar que una compañía madre no puede responsabilizarse por la conducta de una subsidiaria en la

---

<sup>164</sup> *Salomon v A Salomon & Co Ltd* [1897] AC 22.

<sup>165</sup> Ídem. Traducido por el autor.

que ha invertido, simplemente por el hecho de ser accionista de la misma<sup>166</sup>. Sólo con la lenta incursión de la teoría del levantamiento del velo corporativo, cual debe sus orígenes a la tradición judicial norteamericana, se ha permeado este, antaño, infranqueable muro para los litigantes.

Un segundo caso emblemático, cual efectivamente revistió caracteres de transnacionalidad, fue *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd*<sup>167</sup>. Gatillado por un derrame de azufre en dos navíos de transporte ocurrido en Columbia Británica (Canadá) al momento de la carga, los propietarios de los barcos 'Spiliada' y 'Cambridgeshire' procedieron a demandar en Reino Unido a la empresa exportadora del mineral.

Lord Goff of Chieveley asumió la redacción más significativa del fallo, elaborando pues lo que resultó ser el cimiento más sólido y duradero de la institución del *forum non conveniens*, es decir "la doctrina de que un foro apropiado - aunque competente al amparo de la ley - deba renunciar a su jurisdicción si, para la conveniencia de los litigantes y los testigos, aparece que la acción debe proceder en otro foro en el que la acción también podría haber sido ejercitada en un primer término"<sup>168</sup>, desglosando así varios principios básicos para determinar la existencia de un foro más adecuado. Con esto, y como concuerdan autores y otros jueces, surgió un verdadero examen, el *Test de Spiliada*, barrera necesaria para cualquier intento de acción en Reino Unido en que se ventilaran casos con injerencia transnacional. Bajo el escrutinio del test es fundamental señalar, primero, que la Corte se abstendrá de conocer sólo cuando esté satisfecha existe otro foro que, siendo competente, aparezca como más apropiado tanto para los intereses de las partes como para alcanzar verdadera justicia. La carga de la prueba en esta materia recaerá en el demandado. Y segundo, y no obstante la Corte pueda concluir existe efectivamente otro foro más apropiado para ejercitar la acción, seguirá conociendo de la causa si considera que,

---

<sup>166</sup> MEERAN p. 5.

<sup>167</sup> *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* [1986] UKHL 10.

<sup>168</sup> GARNER, Bryan (Ed.). *Black's Law Dictionary (Pocket)*. 3ª ed. Minnesota, Thomson West, 2006, p. 298. Traducido por el autor.

atendidas todas las circunstancias del caso, resulta a su juicio necesario continuar haciéndolo por razones de justicia.<sup>169</sup>

Un tercer caso en que se acentuó la separación existente entre empresa madre y subsidiaria fue *Adams v Cape Industries Plc*<sup>170</sup>. La empresa británica, Cape, tuvo subsidiarias en Sudáfrica cuales proveyeron años atrás de asbestos, entre otras, a una compañía de distribución en Texas, EEUU. Esta empresa americana, NAAC (también subsidiaria de Cape), ofrecía a la empresa madre una inmejorable posición al brindarle un camino directo a la *Asbestos Textile Institute* y así a la *Asbestos Information Association*, organizaciones que en definitiva dirigían la política norteamericana relativa a todo el proceso comercial del asbesto<sup>171</sup>. A fines de los ochenta, fue demandada NAAC conjuntamente con Cape en la Corte Federal del Distrito de Texas por numerosos casos de asbestosis<sup>172</sup> en trabajadores de NAAC, fallándose a favor de estos últimos. Pero, al momento de intentar ejecutar el fallo ante los Tribunales británicos, éstos rechazaron la acción señalando que, atendido que la empresa Cape no había aceptado someterse a la jurisdicción norteamericana, forzosamente resultaba necesario, para darle validez al fallo tejano, demostrar que Cape Industries plc estaba presente en EEUU, por lo que había que demostrar que ambas empresas, Cape y NAAC, en definitiva eran lo mismo. Si bien los demandantes ofrecieron prueba muy valiosa que apuntaba hacia una fachada de la subsidiaria NAAC para encubrir la existencia de Cape en Norteamérica<sup>173</sup>, se falló en definitiva rechazando el intento de alzar el velo corporativo toda vez que no se justificaba ello por "el solo hecho de que la estructura corporativa fuese usada para asegurar que la responsabilidad legal (en caso de haberla) respecto las acciones futuras de un grupo corporativo... cayeran sobre otro

---

<sup>169</sup> *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd*, parte considerativa del fallo de Lord Goff of Chieveley.

<sup>170</sup> *Adams v Cape Industries Plc* [1990] Ch 433.

<sup>171</sup> TWEEDALE, Geoffrey. y FLYNN, Laurie. Piercing the Corporate Veil: Cape Industries and Multinational Corporate Liability for a Toxic Hazard, 1950-2004. *Enterprise & Society*, 8(2), 2007, p. 282.

<sup>172</sup> La asbestosis es una enfermedad pulmonar cuya causa exclusiva es la inhalación y retención del polvo o fibra del asbesto. Esta enfermedad, muchas veces mortal al no tener cura, puede tardar en revelar sus síntomas hasta décadas después de la exposición al asbesto. Para mayor información, visitar <http://www.asbestos.com/asbestosis/> (consultado 15.05.13).

<sup>173</sup> Por ejemplo, que dos de los más altos directivos de NAAC eran escogidos por Cape, o que Cape al llevar su contabilidad incluía los devenires de la empresa americana.

miembro del grupo en vez de la empresa demandada. Sea o no esto deseable, el derecho a usar la estructura corporativa de esta manera es inherente a nuestra concepción corporativa"<sup>174</sup>. La decisión de la Corte británica demostró así que, al tiempo del fallo, la personalidad corporativa separada aún mantenía los mismos parámetros seguidos en *Salomon v. A Salomon & Co Ltd*. Y ello, aun en el entendido de que un caso como el actual permitió a una multinacional escapar a su responsabilidad y dejar a las víctimas sin camino alguno para obtener reparaciones<sup>175</sup>.

Otro caso destacable fue en *Ngcobo y otros v Thor Chemicals Holding Ltd. y otro*<sup>176</sup>, en donde un grupo de trabajadores sudafricanos demandó a la empresa Thor Chemicals Holding Ltd. por haber sufrido envenenamiento (y en algunos casos, muerte) por sobreexposición al mercurio. Aquí, el actuar negligente de la empresa y el innegable conocimiento que ella tenía de los efectos nocivos del contacto directo con mercurio, se remonta a las década de los ochenta cuando la empresa tenía sus plantas de manufactura en Margate, Inglaterra. Acusada constantemente por la instancia ejecutiva de Salud y Seguridad inglesa por sus malas prácticas laborales y la sobreexposición de trabajadores británicos al mercurio, cerró Thor la planta trasladando sus operaciones a Sudáfrica, donde continuó funcionando, ahora, utilizando mano de obra no calificada de nativos de origen *zulu*<sup>177</sup>. La estrategia seguida entonces por Thor fue brutal: en vez de tomar medidas para reducir los niveles de mercurio en el entorno laboral, Thor reclutaba a personas que diariamente hacían fila ante las puertas de su fábrica, las empleaba hasta que sus concentraciones de mercurio fuesen elevadas, y luego las reemplazaba por nuevos trabajadores sin sobreexposición<sup>178</sup>.

---

<sup>174</sup> Cita disponible en TWEEDALE p. 288. Traducido por el autor.

<sup>175</sup> TWEEDALE p. 292.

<sup>176</sup> *Ngcobo and others v. Thor Chemicals Holding Ltd. and another* [1995] TLR 579.

<sup>177</sup> BURRELL, Ian. Mercury Poisoning victims win pounds 1.3m in landmark case. *The Independent*, 12 abril 1997. Disponible en <<http://www.independent.co.uk/news/mercury-poisoning-victims-win-pounds-13m-in-landmark-case-1266578.html>> (consultado 29.07.13).

<sup>178</sup> MEERAN p. 25.



Calificado como el primer triunfo en Inglaterra en este tipo de casos<sup>179</sup>, en *Ngcobo y otros v Thor Chemicals Holding Ltd.* y otro el Tribunal de primera instancia, y luego la Corte de Apelaciones Inglesa, rechazaron la petición de la demandada de rehusarse a conocer en favor del foro sudafricano, fundado el primero en que no se probó que Sudáfrica fuese claramente el foro más apropiado, y luego la Corte porque al haberse defendido judicialmente Thor, se concluyó habría aceptado tácitamente la jurisdicción inglesa.<sup>180</sup> Para el registro, quedará, que ante la insalvable situación a que se enfrentaba Thor, un acuerdo extrajudicial se alcanzó el 11 de abril de 1997, por la suma de 1.300.000 libras esterlinas.

Significativo también fue el avance alcanzado en *Connelly v RTZ Corporation plc*<sup>181</sup>. Aquí, el Sr. Connelly demandó a R.T.Z. por el actuar de su subsidiaria, Rossing Uranium Ltd., cual no obstante ser de su completa propiedad aparecía legalmente como una empresa completamente distinta y ubicada en un país distinto, a saber, Namibia. Aquejado de cáncer por años trabajando en minas de uranio, el Sr. Connelly ejerció esta acción ante la empresa madre y en los Tribunales de Reino Unido, aduciendo una falta en el debido cuidado que esta empresa, en su calidad de madre, debía mantener respecto de su subsidiaria.

Luego de un vaivén de fallos contradictorios en primera y segunda instancia, el caso se resolvió en la Casa de los Lores cual, zanjando la discusión, aceptó la procedencia del caso en suelo inglés atendido que, si bien bajo el alero del *Test de Spiliada* la ausencia de asistencia financiera en otro foro no constituía motivo suficiente para que Inglaterra aceptase competencia sobre el juicio, excepcionalmente se conocería el caso al haber probado el demandante que la ausencia de ayuda financiera impediría se lograra justicia material en aquel otro foro<sup>182</sup>. Sin duda, esto fue una pequeña gran victoria para los litigantes, cual lamentablemente no pudo trascender

---

<sup>179</sup> MEERAN p. 25.

<sup>180</sup> MEERAN p. 26.

<sup>181</sup> *Connelly v RTZ Corporation Plc* [1998] AC 854.

<sup>182</sup> Opinión principal de Lord Goff of Chieveley, apoyada por los Lores Lloyd of Berwick, Hope of Craighead y Clyde. Opinión disidente de Lord Hoffmann.

luego ya que, al accionarse definitivamente en Inglaterra, la Corte declaró prescrita la acción al haber transcurrido ya holgadamente su máximo legal.<sup>183</sup>

Un fallo donde hubo otro notable progreso en aras de responsabilizar a las empresas transnacionales por su actuar en violación a derechos humanos fue *Lubbe et al v Cape Plc*<sup>184</sup>. En el caso en comento, se intentó accionar contra la empresa Cape Plc, de asiento británico, por el actuar de una subsidiaria suya, a saber, Cape Asbestos South Africa (Pty.) Limited (CASAP), empresa cual décadas atrás funcionó en el país sudafricano en la extracción de asbestos. En efecto, los demandantes accionaron contra la empresa madre acusando negligencia y falta al debido cuidado que debió ejercer ella como controladora, atendidas las consecuencias invalidantes y fatales que produjo el contacto reiterado con el mineral a los demandantes. Alegando asbestosis, un grupo cada vez mayor de afectados accionó en Inglaterra, obteniendo fallos dispares atendida la inicial singularidad de demandantes, y su posterior incremento a más de 3.000: si bien en un comienzo el Tribunal (de segunda instancia, tras apelar una sentencia en contra) rehusó abstenerse de conocer, atendido que en efecto se estaba demandado a la empresa madre y la subsidiaria hacía ya muchos años había cesado sus funciones en Sud África, con la inclusión de 2.000 nuevos demandantes, el Tribunal sostuvo que el acceso a la evidencia y pericia médica precisaría que el juicio se desarrollase en Sud África. Atendida esta situación, se apeló en definitiva ante la Casa de los Lores, tribunal que, zanjando la discusión, fijó un nuevo hito jurisprudencial al señalar como foro apropiado al inglés, atendido precisamente al resultado obtenido tras ejercitar el ya mencionado Test de Spiliada. Así, sostuvo que si bien existía a juicio del Tribunal otro foro aparentemente más apropiado para conocer del caso, se estimó que el declinar la competencia a su favor impediría a los demandantes alcanzar justicia puesto en Sudáfrica no existían -al tiempo del fallo- los medios legales, económicos y procedimentales para ejercitar estas acciones.

---

<sup>183</sup> MEERAN pp. 28-30.

<sup>184</sup> *Lubbe et al v Cape Plc* [2000] UKHL 41.

Si bien este caso terminaría luego en un acuerdo entre las partes<sup>185</sup>, destacan numerosos hitos jurisprudenciales sentados por el supremo tribunal inglés cuales merecen especial análisis toda vez que importan un notable avance en materia de litigación trasnacional. En primera medida, claro está, resalta el resultado del fallo al aceptar que se demande a Cape en Inglaterra, rechazando su petición de declinar competencia conforme a la doctrina del *forum non conveniens*. Debe, por tanto, destacarse que en este caso, aún aplicándose el Test de Spiliada, se sostuvo que el foro debía ser efectivamente el inglés pues de lo contrario se estaría privando a los demandantes de la opción de alcanzar justicia<sup>186</sup>. Fue esto un gran avance, ya que reveló que el concepto de 'privación de justicia' es amplio y por lo mismo permite que los jueces decidan si un determinado caso califica como tal o no, conforme el mérito del proceso.

En segundo lugar, y más importante aún, destaca lo señalado por Lord Hope of Craighead (opinión complementaria a la principal), y apoyada por Lord Bingham of Cornhill (opinión principal), respecto la injerencia del 'interés público' en este tipo de casos. Señalaron ambos Lores que las consideraciones de interés público que no guarden relación con los intereses privados de las partes y con los fines de justicia, no resultan importantes para la decisión que adopte la Corte. Así, en esta materia la Casa de los Lores se ha distanciado de lo sostenido en contadas ocasiones por los tribunales estadounidenses, donde se han negado a conocer conforme a fundamentos de política pública, como se verá.

El tema del interés público abre la discusión a si al permitirse la litigación trasnacional se está, en definitiva, trasgrediendo o no el derecho de un país a conocer de un determinado caso que, en principio, pareciera debió conocerse en su territorio y bajo el imperio de sus Tribunales. Pero la discusión parece zanjarse si se analiza el fin de todo procedimiento: la justicia. Y si se considera que 'justicia' significa 'dar a cada

---

<sup>185</sup> MEERAN pp. 35-36.

<sup>186</sup> Sexta conclusión a la que llega el Juez redactor de la opinión principal en el fallo.

uno lo suyo<sup>187</sup>, es difícil sostener que facilitar se dicte un fallo justo o alcance un acuerdo que en cierta medida repara los daños causados por una multinacional, resulte perjudicial a cualquier interés público legítimo<sup>188</sup>.

Finalmente, un último - y reciente - caso que merece especial análisis es *Chandler v Cape Plc*. David Chandler accionó contra Cape plc por haber enfermado de asbestosis al trabajar para una subsidiaria de la empresa multinacional, Cape Products, por un período no superior a 18 meses. Atendido que la subsidiaria ya no existía, el Sr. Chandler demandó a Cape alegando se faltó al deber de cuidado que ella, como madre, debía guardar respecto de los empleados de sus subsidiarias. En primera instancia<sup>189</sup>, el juez Wyn Williams sostuvo que efectivamente existía un deber de cuidado al hacer un triple análisis: previsibilidad del daño, proximidad entre ambas partes, y que imponer un deber de cuidado resulte justo y razonable. Respecto del primer requisito, el Juez estableció que efectivamente la empresa tenía conocimiento de las condiciones de trabajo empleadas por su subsidiaria, en la que los restos de la producción de asbestolux eran liberados sin perjuicio de las consecuencias, debiendo la empresa, por tanto, haber anticipado los riesgos de daños. En tanto, respecto el requisito de la proximidad, destaca que el Juez sostuviera no resultaba necesario probar que la multinacional controlase efectivamente todas las actividades de la subsidiaria, bastando pues acreditar ella controlaba o se había hecho responsable de dictar las medidas de Cape Products para proteger a sus empleados contra la exposición de asbestos<sup>190</sup>. Así pues, atendido que la empresa demandada había contratado científicos y médicos para atender los temas de salud y seguridad de todos los empleados del grupo corporativo (incluidas todas sus subsidiarias), sostuvo el tribunal en definitiva se configuraba el nivel de control requerido para determinar existía suficiente proximidad entre el demandante y la demandada<sup>191</sup>. En tanto, quedó

---

<sup>187</sup> Ulpiano, Aristóteles, Platón, entre otros, concuerdan que esta es la conceptualización que corresponde para el vocablo 'justicia'. WILLIAMS, Jaime. Lecciones de Introducción al Derecho. 4ª ed. Santiago, Ediciones Fundación de Ciencias Humanas, 2003, p. 276.

<sup>188</sup> MORSE, Robin. Not in the Public Interest? *Lubbe v. Cape PLC*. Texas International Law Journal, 37(54), 2002, p. 557.

<sup>189</sup> *Chandler v Cape Plc* [2011] EWHC 951 (QB).

<sup>190</sup> *Chandler v Cape Plc* [2011], párrafo 49.

<sup>191</sup> *Chandler v Cape Plc* [2011], párrafo 75.

demostrado que "a fines de los años cincuenta era claro para la demandada que la exposición a asbestos acarrea el significativo riesgo de contraer una enfermedad posiblemente mortal"<sup>192</sup>, por lo que el tercer requisito (consistente en que la imposición de un deber de cuidado fuese justo y razonable) resultó satisfecho.

La Corte de Apelaciones<sup>193</sup> inglesa confirmó el fallo de primera instancia sosteniendo que Cape plc era responsable, no por asumir la responsabilidad que le competía a su subsidiaria, sino porque ella misma tenía un deber de cuidado hacia el Sr. Chandler cual no se cumplió. Con ello, enfatizaba la Corte que de modo alguno se discutía la procedencia de aplicar la teoría del levantamiento del velo corporativo para hacer responsable a la empresa madre por los hechos de sus subsidiaria<sup>194</sup>. Se sostuvo, por tanto, "que en las circunstancias apropiadas la ley puede imponer a una empresa madre la responsabilidad por la salud y el cuidado de los trabajadores de sus subsidiarias"<sup>195</sup>. Con este fallo, calificado como 'histórico'<sup>196</sup>, la Corte sentó el primer hito jurisprudencial en que efectivamente se logró imponer un deber de cuidado a una empresa transnacional a los empleados de una de sus subsidiarias y con ello, abrió la puerta a que nuevas acciones demandas se intenten contra las transnacionales cuando se han vulnerado derechos fundamentales de los empleados de sus subsidiarias.

## 2. Estados Unidos.

Un escenario distinto existe en Estados Unidos, donde una pieza legislativa promulgada en el siglo XVIII, el 'Aliens Tort Claims Act' (en adelante, ATCA) ha dado pie para intentar accionar contra quienes cometen violaciones a derechos humanos

---

<sup>192</sup> Chandler v Cape Plc [2011], párrafo 76

<sup>193</sup> Chandler v Cape Plc [2012] EWCA Civ 525.

<sup>194</sup> Chandler v Cape Plc [2012], párrafo 69.

<sup>195</sup> Chandler v Cape Plc [2012], párrafo 80.

<sup>196</sup> MAYER BROWN. Chandler v Cape: Piercing the Corporate Veil: Lessons in Corporate Governance. Legal Update, mayo 2011. Disponible en [http://www.mayerbrown.com/files/Publication/3afefd67-6cd6-4697-ac33-b25564d1ff65/Presentation/PublicationAttachment/663d94ed-250d-467a-a303-138edc334847/chander\\_cape\\_120510.pdf](http://www.mayerbrown.com/files/Publication/3afefd67-6cd6-4697-ac33-b25564d1ff65/Presentation/PublicationAttachment/663d94ed-250d-467a-a303-138edc334847/chander_cape_120510.pdf) (consultado 29.07.13).

fundamentales fuera de dicho país. Recientemente, además, ha permitido expresamente juzgar a las personas jurídicas, a las corporaciones, por lo que adquiere excepcional relevancia con miras a la presente tesis.

El Congreso norteamericano dictó en su Primera Sesión de 17 de julio de 1789 que las Cortes de Distrito tienen competencia para conocer de todas las causas en que un extranjero demande por un *tort*, o delito o cuasidelito civil, en violación al *derecho de gentes*<sup>197</sup> o a un tratado suscrito por los Estados Unidos<sup>198</sup>. Actualmente, dicha oración se encuentra consagrada en el Código de los Estados Unidos en similares términos<sup>199</sup>, permaneciendo pues en absoluta vigencia.

Los motivos tras la redacción y promulgación del ATCA permanecen inciertos, pero se cree habría sido redactada a fin de demostrarle al mundo que Estados Unidos, nación recientemente independizada del Imperio Británico, era capaz de proteger a los diplomáticos extranjeros, luego del asesinato de un diplomático francés en Filadelfia, hecho ocurrido sin inmediatas reacciones por parte de la Nación americana<sup>200</sup>. Aumenta la incertidumbre sobre los motivos del ATCA el hecho de que ella no fuera invocada en los casi doscientos años que siguieron a su promulgación sino en pocas e irrelevantes ocasiones<sup>201</sup>, hasta 1980.

Así como se desconocen los motivos que gatillaron la redacción del ATCA, resulta incierto establecer cuál es su total campo de aplicación. A su respecto, ha habido fallos contradictorios entre los tres principales tribunales que han conocido de

---

<sup>197</sup> Derecho de gentes, o *ius gentium*, ha sido definido como un cuerpo de normas internacionales creadas por la práctica general y consistente de los Estados atendida una sensación de obligatoriedad legal. BERNARD, Anthony. Holding Corporations Liable in the United States for Aiding and Abetting Human Rights Violations Abroad: A Statutory Solution. *The George Washington Law Review*, 78, 2010, p. 618.

<sup>198</sup> First Judiciary Act de 1789, ch. 20 § 9(b), disponible en <http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=001/llsl001.db&recNum=196>

<sup>199</sup> Código de los Estados Unidos, 28 USC § 1350, disponible en <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1350>

<sup>200</sup> BERNARD p. 620.

<sup>201</sup> BERNARD p. 621.

estos casos (la Segunda, Novena y Onceava Corte de Distrito<sup>202</sup>), llegando la decisión a la Corte Suprema en sólo dos ocasiones, la última en abril de 2013, sin haber un pronunciamiento definitivo sobre las principales incertidumbres procedimentales que se han erigido con ocasión del ATCA. Por lo mismo, mientras numerosos autores han destacado el ATCA como una herramienta para hacer valer los derechos humanos cuando estos se ven vulnerados tanto por personas naturales como por corporaciones<sup>203</sup>, otros le han calificado de 'oscura'<sup>204</sup> y de 'potencialmente devastadora para las inversiones y el comercio internacional'<sup>205</sup>, sosteniendo que afectaría tanto a los EEUU al poner cientos de miles de empleos en riesgo, como a los países donde las corporaciones hacen negocios recortando pues el comercio, las inversiones, y acceso a crédito<sup>206</sup>.

Un primer caso de importancia en la litigación del ATCA fue *Filártiga v. Peña-Irala*<sup>207</sup>. Pronunciado por la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de Nueva York, este fallo que data de 1980, dio comienzo a lo que algunos han llamado una 'nueva era de litigación por los derechos humanos'<sup>208</sup>, al sostener el Tribunal que tenía jurisdicción sobre una acción interpuesta por la familia de Joelito Filártiga, nacional paraguayo quien a los 17 años fue torturado y posteriormente asesinado por Américo Norberto Peña Irala, otrora Inspector General de la Policía paraguaya, en respuesta al activismo político de su padre. Encontrándose coincidentemente ambas partes en EEUU (la familia Filártiga por asilo político y Peña de visita), el Tribunal sostuvo que el ATCA concedía jurisdicción federal para el caso de haber tortura, sin atender a la nacionalidad de los involucrados. Se sostuvo además que el derecho de gentes, al ser creado por las prácticas de los Estados, evoluciona gradualmente con el paso del

---

<sup>202</sup> ADAMSKI, Theresa. The Alien Tort Claims Act and Corporate Liability: A Threat to the United States' International Relations. *Fordham International Law Journal*, 34(6), 2011, p. 1504.

<sup>203</sup> Por ejemplo, SCHOEN, Edward et al. The Alien Tort Claims Act of 1789: Globalization of Business Requires Globalization of Law and Ethics. *Journal of Business Ethics*, 62: 41-56, 2005.

<sup>204</sup> ADAMSKI p. 1503.

<sup>205</sup> HUFBAUER, Gary Clyde y MITROKOSTAS, Nicholas. International Implications of the Alien Tort Statute. *Journal of International Economic Law*, 7(2), 2004, p. 245.

<sup>206</sup> HUFBAUER pp. 255-257.

<sup>207</sup> *Filartiga v. Peña Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

<sup>208</sup> GALLAGHER, Katherine. Civil Litigation and Transnational Business: An Alien Tort Statute Primer. *Journal of International Criminal Justice*, 8, 2010, p. 748.

tiempo<sup>209</sup>, lo que conlleva que para acreditar su existencia hay que consultar la obra de juristas, las prácticas y usanza general de los Estados, o las decisiones judiciales previas que reconocen y aplican este derecho<sup>210</sup>. Usando como fuentes el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la Carta de Naciones Unidas, distintas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, y acuerdos regionales de Derechos Humanos, entre otros, la Corte sostuvo que la tortura, tal y como antes lo fuera la piratería y el comercio de esclavos, constituye una actitud *hostis humani generis*, enemiga de toda la humanidad, por tanto contraria al derecho de gentes y así accionable bajo el ATCA<sup>211</sup>. Se condenó así a Peña por la no menor suma de \$10.4 millones de dólares. Este primer falló constituyó, en palabras de la misma Corte de Apelaciones, "un pequeño pero importante paso hacia la realización de aquel eterno sueño de librar a toda la humanidad de la violencia brutal"<sup>212</sup>.

Luego de Filártiga, numerosos casos han sido intentados bajo los auspicios del ATCA, obteniéndose resultados diversos pero que han ido cimentando, poco a poco, la posibilidad de actuar contra las multinacionales por sus abusos en materia de derechos humanos.

Un primer caso en este sentido ha sido *Kadic v. Karadzic*<sup>213</sup>, en donde víctimas bosnias y croatas alegando violaciones, torturas, ejecuciones sumarias, embarazos forzados, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, accionaron contra el entonces Presidente de la República Srpska, Radovan Karadzic. Si bien tradicionalmente se ha sostenido que sólo los actores estatales pueden violar el derecho de gentes<sup>214</sup>, se sentó aquí un fuerte precedente al plasmar el Tribunal por primera vez en la historia del ATCA que los actores privados sí pueden ser responsables por violaciones al derecho internacional. En efecto, advirtiendo esta inquietud, sostuvo la Corte que ciertas formas de conducta violan efectivamente el derecho de gentes, sea actuando bajo los auspicios de un Estado o como actores

---

<sup>209</sup> Filartiga v. Peña Irala, p. 881.

<sup>210</sup> Filartiga v. Peña Irala, p. 880.

<sup>211</sup> Filartiga v. Peña Irala, p. 890.

<sup>212</sup> Filartiga v. Peña Irala, p. 890. Traducido por el autor.

<sup>213</sup> *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2nd Cir. 1995).

<sup>214</sup> BERNARD p. 617.



enteramente privados<sup>215</sup>: mientras el genocidio y los crímenes de guerra pueden ser cometidos directamente por actores no estatales, otras conductas como la tortura y la ejecución sumaria requieren algún tipo de participación estatal<sup>216</sup>, salvo cuando se realizan en pos del genocidio o de crímenes de guerra<sup>217</sup>. Con este importante fallo, como diría Katherine Gallagher, "se abrieron las puertas a casos contra las corporaciones"<sup>218</sup> (como efectivamente trascendió...), pero a su vez surgió la preocupación que ha remecido el andar del ATCA desde entonces: el aumento en las tensiones en la relaciones internacionales de los EEUU al adjudicarse este país jurisdicción sobre crímenes ocurridos en el extranjero<sup>219</sup>.

En 1996 se logró, por vez primera, enjuiciar efectivamente a una corporación multinacional<sup>220</sup>. Como se adelantó en la Introducción de esta tesis, en *Doe I v. Unocal Corp*<sup>221</sup> se accionó contra la multinacional Unocal, responsabilizándose por los trabajos forzados, violaciones, asesinatos y torturas cometidos por el gobierno dictatorial de Myanmar durante la construcción de un gasoducto que atravesare la nación birmana, en un proyecto de acción conjunta entre el gobierno, la acusada Unocal (a través de una subsidiaria), y la multinacional Total S.A. Acusada de haber tenido conocimiento de estos abusos a los derechos humanos, así como de haber asistido e instigado a su ejecución, Unocal marcó un hito en la litigación del ATCA al ser la primera de este tipo de causas en que se logró sobrevivir a una eventual moción de rechazo, y a un posible juicio sumario, destinándose a juicio ante un jurado.

Mientras en primera instancia, si bien se aceptó que las empresas podían ser responsabilizadas al alero del ATCA, se falló sosteniendo que Unocal no lo era toda vez que los demandantes no probaron que la empresa, efectivamente, quisiera que los militares cometieran los abusos. Atendido ello, los demandantes apelaron, ante lo cual,

---

<sup>215</sup> Kadic v. Karadzic, p. 239.

<sup>216</sup> Kadic v. Karadzic, p. 245.

<sup>217</sup> Kadic v. Karadzic, p. 244.

<sup>218</sup> GALLAGHER, p. 750 .Traducido por autor.

<sup>219</sup> ADAMSKI p. 1517

<sup>220</sup> ADMASKI p. 1517.

<sup>221</sup> Doe I v. Unocal Corp., 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002).

considerando la Corte de Apelaciones del Noveno Distrito de California que Unocal sí era responsable, se procedió a revertir el fallo.

Dentro de los motivos que se tuvieron en vista para responsabilizar a Unocal, está el que a juicio de la Corte la empresa tuvo claro conocimiento de que la acción conjunta con el gobierno militar birmano traería aparejado trabajo forzoso para pobladores de Myanmar. Como prueba de esto se consideró el que Unocal condujo un estudio de riesgos antes de embarcarse en el proyecto en que dicha posibilidad fue expresamente señalada. Además, varias ONGs, entre ellas Amnistía Internacional, advirtieron a la empresa de la casi segura ocurrencia de este tipo de trabajo. En tanto, un consultante externo a la empresa efectivamente les reveló se estaba empleando trabajo forzado, lo que manifiestamente era de conocimiento de la empresa atendidas las comunicaciones sostenidas entre Unocal y su socia Total S.A. en que revelaban saber de esta práctica.

Así, se sostuvo que Unocal era responsable, primero, como actor individual toda vez que el trabajo forzoso, a juicio de la Corte<sup>222</sup>, constituía una forma de esclavitud, "una de las normas del derecho de gentes que puede ser violado por un actor privado"<sup>223</sup>, como se sostuvo ya en el caso de *Filártiga*. En segundo lugar, Unocal podía ser condenada por haber ayudado e incitado al gobierno Birmano al sometimiento de los pobladores al trabajo forzado bajo el estándar de "asistencia o instigación práctica con conocimiento que tiene un efecto sustancial en la perpetración del crimen"<sup>224</sup>. Para sostener que el comercio de esclavos no requería de acción estatal, la Corte usó como precedente documentación internacional de la época posterior a la Segunda Guerra Mundial, así como normas especiales de los Tribunales Penales Especiales de la ex Yugoslavia y de Rwanda<sup>225</sup>. La Corte decidió volver a ver

---

<sup>222</sup> Doe I v. Unocal Corp, pp. 946-947.

<sup>223</sup> BERNARD p. 625.

<sup>224</sup> Traducido por el autor.

<sup>225</sup> GALLAGHER p. 751.

la Apelación, pactando nueva fecha para ello, pero a falta de un solo día, se logró un acuerdo entre las partes<sup>226</sup>.

El caso *Unocal* trascendió, principalmente, por dos motivos: por un lado, el acuerdo suscrito entre ambas partes demostró a la comunidad legal que el ATCA era un instrumento viable para responsabilizar a las multinacionales por las violaciones a los derechos humanos; por el otro, también demostró a las multinacionales y a la comunidad internacional el potencial y elevado costo y amenaza que presenta la litigación bajo el ATCA a sus intereses privados.<sup>227</sup> No sorprende, por tanto, que desde entonces la aplicación del ATCA para enjuiciar a las multinacionales haya sido objeto de duras críticas<sup>228</sup>, al punto de que el mismo gobierno de los EEUU emitió un *amicus brief* oponiéndose a este tipo de litigación, debido al riesgo y a las eventuales consecuencias negativas para las relaciones internacionales de la nación. En tanto otros autores<sup>229</sup>, atendiendo oportunamente a aquella principal responsabilidad que tienen todos los seres humanos, Estados y empresas, de evitar las violaciones a los derechos humanos, reconocen que este fallo, al permitir que Unocal se vea económicamente afectada, permite que el gobierno Birmano se vea públicamente afectado. Porque, "más allá de conocer la realidad en Burma, la gente no tiene idea existe siquiera un país llamado Burma"<sup>230</sup>.

En el año 2004, un primer caso de esta naturaleza llegó a conocimiento de la Corte Suprema. En *Sosa v. Álvarez-Machain*<sup>231</sup>, y tras un intento frustrado por responsabilizar judicialmente a Humberto Álvarez-Machain (mexicano) por su alegada participación en el asesinato de un agente de la Administración de Cumplimiento de Leyes sobre las Drogas (DEA, por sus siglas en inglés) americana, Álvarez-Machain

---

<sup>226</sup> Publicado en marzo de 2005 por EarthRights International (ERI), ONG que actuó a favor de los demandantes en el caso como consejeros, disponible en <<http://www.earthrights.org/legal/final-settlement-reached-doe-v-unocal>> (consultado 24.03.13).

<sup>227</sup> ADAMSKI p. 1519

<sup>228</sup> Para más información ver HUFBAUER.

<sup>229</sup> Por ejemplo, HOLZMEYER, Cheryl. Human Rights in an Era of Neoliberal Globalization: The Alien Tort Claims Act and Grassroots Mobilization in *Doe v. Unocal*. Law & Society Review, 43(2): 271-304, 2009.

<sup>230</sup> Cita disponible en HOLZMEYER p. 292.

<sup>231</sup> *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004).

accionó contra el gobierno norteamericano y contra distintos nacionales mexicanos por haberle secuestrado en México para así ingresarlo a EEUU. Luego de que en primera y segunda instancia se afirmara que efectivamente se violó el derecho internacional, y que por tanto la demanda sí era accionable al alero del ATCA, la Corte Suprema fue requerida para conocer del caso, revocando definitiva y unánimemente los fallos anteriores atendido que, atendido el espíritu del estatuto, el secuestro no era una causa justificable para accionar bajo el ATCA toda vez que no era ello una violación al derecho de gentes.

Al decidir del caso, la Corte Suprema sostuvo interesantes aspectos de la litigación al amparo del ATCA que han sido considerados claves por la doctrina<sup>232</sup>: por una parte, el estatuto del ATCA no crea realmente una causa para accionar, sino sólo concede jurisdicción a los tribunales federales para conocer de determinados casos; por la otra, para inferir una causa de acción se requiere que la norma que ha sido violada tenga un nivel de aceptación y especificación similar al que tenía el derecho de gentes al momento de la promulgación del ATCA. La Corte sostuvo así, que mientras en 1789 los tres delitos que pretendía castigar el ATCA (violación de salvo conductos, la trasgresión a los derechos de los embajadores, y la piratería)<sup>233</sup> eran de consensuado repudio internacional, hoy los delitos accionables, si bien probablemente ampliados atendida la innegable dinámica del derecho internacional, requieren de un escrutinio cuidadoso y vigilante de parte del poder judicial<sup>234</sup>. El fallo de la Corte dio pocas luces respecto cuáles serían estas normas del derecho de gentes que hoy, de ser violadas, permitirían una demanda al alero del ATCA<sup>235</sup>. Por lo mismo, no sorprende que bajo este 'Test de Sosa' las Cortes busquen precedente en Tribunales Internacionales Especiales a fin de fundamentar la aceptación y especificación del delito que se intenta enjuiciar, así como para demostrar la naturaleza obligatoria de la norma trasgredida<sup>236</sup>.

---

<sup>232</sup> BERNARD p. 624.

<sup>233</sup> Sosa v. Alvarez-Machain, p. 725.

<sup>234</sup> Sosa v. Alvarez-Machain, p. 729.

<sup>235</sup> NORBERG, Naomi. The US Supreme Court Affirms the Filartiga Paradigm. Journal of International Criminal Justice, 4, 2006, p. 395.

<sup>236</sup> GALLAGHER p. 751.

Si bien han habido innumerables casos que han remecido las Cortes estadounidenses al amparo del ATCA (destacándose, además de los ya enunciados, los casos de *Sinaltrainal v. Coca-Cola*<sup>237</sup>, *Flores v. Southern Peru Copper Corp*<sup>238</sup>, entre otros muchos), resalta su paulatino desarrollo en aras de enjuiciar a las multinacionales. Así, aparece el caso *Romero v. Drummond Company*<sup>239</sup> en el cual, si bien se falló a favor de la demandada, se reconoció expresamente la extensión de la responsabilidad al alero del ATCA a una corporación, específicamente, por asistir e instigar a la violación de una norma reconocida por el derecho de gentes. En idéntica línea se encuentra el caso *Bowoto v. Chevron Corp*<sup>240</sup>. Pero sin duda el caso que mayor revuelo ha causado al alero del ATCA fue el reciente *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*<sup>241</sup>. En el año 2002, Esther Kiobel (nigeriana) intentó una acción grupal contra Royal Dutch Petroleum Company del Holanda, Shell Transport and Trading Company de Reino Unido, y sus subsidiarias, acusando que una de éstas, al izarse protestas a razón del impacto medio ambiental que tendría la exploración y desarrollo de proyectos de explotación petroleras, enlistó al ejército nigeriano para "masacrar a los pobladores de Ogoni, violando y arrestando residentes, y saqueando con aprobación y asistencia de los demandados"<sup>242</sup>. Siendo rechazada en primera instancia, en apelación se confirmó el fallo sosteniendo la Corte del Segundo Distrito que las corporaciones no pueden ser responsabilizadas bajo el derecho internacional, y por tanto, tampoco pueden serlo bajo el ATCA<sup>243</sup>. Así, la Corte realmente sostuvo que si los tribunales norteamericanos identificaban la responsabilidad corporativa como un

---

<sup>237</sup> Para mayor información sobre este caso (que no vio juicio), se recomienda SHAMIR, Ronen. *Between Self-Regulation and the Alien Tort Claims Act: On the Contested Concept of Corporate Social Responsibility*. *Law & Society Review*, 38(4): 635-663, 2004.

<sup>238</sup> *Flores v. Southern Peru Copper Corp.*, 414 F. 3d 233 (2nd Cir. 2003).. En este caso se demandó por daño pulmonar y ambiental causado por la polución que arrojaba una mina en Ilo, Perú. La Corte sostuvo, en definitiva, que los daños ambientales alegados no cumplían los estándares de aceptación universal sentados en *Filartiga*, al menos en su concepción al año 2003. pp. 254-255.

<sup>239</sup> *Romero v. Drummond Co.*, 552 F.3d 1303 (11th Cir. 2008).

<sup>240</sup> *Bowoto v. Chevron Corp.*, 621 F.3d 1116 (9th Cir. 2010).

<sup>241</sup> *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 621 F.3d 111 (2d Cir. 2010).

<sup>242</sup> ADAMSKI p. 1529.

<sup>243</sup> *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 621 F.3d 111.

nuevo estándar de derecho consuetudinario, se correría el riesgo de ofender a otros países y así de contrariar el propósito original del ATCA<sup>244</sup>.

Luego del fallo de la Corte de Apelaciones, Kiobel solicitó su revisión por la Corte Suprema<sup>245</sup>, resolviéndose ésta en abril de 2013. Amparada en una extraña y cuestionada interpretación legal<sup>246</sup>, la Corte en su opinión mayoritaria rechazó la posición de Kiobel atendido que el ATCA no es un estatuto que permita la aplicación extraterritorial de la ley estadounidense pues, al no señalar específicamente si tiene o no dicha aplicación, debe entenderse que no la tiene<sup>247</sup>. Con ello, se evita una suerte de 'imperialismo judicial' en la aplicación del ATCA<sup>248</sup>. Esta decisión mayoritaria ha recibido críticas atendido que pareciera estar destinada más a lograr una conclusión específica que a analizar objetivamente la ley<sup>249</sup>. Por su parte, la opinión concurrente (pero que rechazó la línea argumentativa de la mayoría...) de los jueces Breyer, Ginsburg, Sotomayor y Kagan, ha entendido que la jurisdicción del ATCA debe limitarse a los casos en que el delito ocurra en tierra norteamericana, el demandado sea nacional norteamericano, o cuando el actuar del demandado afecte sustancial y adversamente un importante interés nacional, lo que incluye el interés nacional de convertir a Estados Unidos en un 'puerto seguro' para torturadores y otros enemigos comunes a toda la humanidad<sup>250</sup>.

---

<sup>244</sup> ADAMSKI 1538.

<sup>245</sup> Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 569 U.S. \_\_\_\_\_ (2013).

<sup>246</sup> Ver BANHAM, Cynthia. Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co - implicacion for international human rights litigation in the US. Regarding Rights, 14 junio 2013. Disponible en <<http://asiapacific.anu.edu.au/regarding-rights/2013/06/14/kiobel-v-royal-dutch-petroleum-co-implications-for-international-human-rights-litigation-in-the-us-2/>> (consultado 29.07.13).

<sup>247</sup> Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co. (2013), slip opinion p. 5 (el número de página indicado corresponde a una referencia con el comienzo del fallo pues, al ser reciente, por lo pronto carece de numeración definitiva).

<sup>248</sup> ADAMSKI p. 1540

<sup>249</sup> BURTON, John. Interview with Paul Hoffman, lawyer for the plaintiffs. World Socialist Web Site, 23 abril 2013. Disponible <<https://www.wsws.org/en/articles/2013/04/23/hoff-a23.html?view=print>> (consultado 29.07.13).

<sup>250</sup> Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co. (2013), slip opinion p. 7 (el número de página indicado corresponde a una referencia con el comienzo del fallo pues, al ser reciente, por lo pronto carece de numeración definitiva).

Atenido el reciente fallo de Kiobel, muchas dudas quedan respecto de la aplicación futura del ATCA en la lucha contra la violación a los derechos humanos cometidos por las multinacionales. Muchos ven la decisión de la Corte como una decisión ambigua e incompleta, que no resuelve definitivamente los temas principales presentados en el caso<sup>251</sup>, dejando abierta la posibilidad de accionar bajo el ATCA en casos en que exista mayor cercanía con EEUU (por ejemplo, tratándose de una corporación norteamericana). Pero el problema subsiste y reside, en palabras de Paul Hoffman, abogado de los demandantes, en que "no existe ninguna corte internacional en la cual puedan deducirse acciones contra las corporaciones [por lo que] civilmente, una persona debe sí o sí demandar en la corte nacional de algún lado"<sup>252</sup>. Si bien la aplicación del ATCA como esta herramienta contra violaciones a derechos humanos ha sido duramente enfrentada<sup>253</sup> y cuestionada<sup>254</sup>, su prescindencia atenta directamente contra el ideal de sancionar concreta y realmente a los perpetradores de delitos *hostis humani generis*, enemigos de toda la humanidad, cuando no existen, quizá, otras avenidas para intentarlo. No por nada, y como ya se ha señalado, en 1980 cuando surgió la aplicación jurisprudencial del ATCA para el enjuiciamiento de las violaciones a los derechos humanos fundamentales, la Corte celebró el pequeño pero importante paso dado hacia la liberación de toda la humanidad de la violencia brutal<sup>255</sup>. Hoy, ciertamente, no se sabe si habrá o no un siguiente paso por esta vía que parecía ser, a juicio de quien escribe, tan prometedora hasta hace solo unos cuantos meses atrás.

---

<sup>251</sup> BROWN, Raymond. Kiobel v. Royal Dutch petroleum: Supreme Court issues murky opinion that may ironically clear some waters. *Lexology*, 23 abril 2013. Disponible en <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=199e67d7-618e-47a8-98c8-04a9d5e0d497>> (consultado 29.07.13).

<sup>252</sup> BURTON.

<sup>253</sup> A su respecto, puede revisarse <<http://www.usaengage.org>> (consultado 23.06.13), sitio que reúne grupos que se oponen a la aplicación del ATCA sobre el actuar de las empresas.

<sup>254</sup> "El Congreso jamás ha pasado una ley autorizando directamente juicios [de esta naturaleza]... Y tratando estos juicios en vez bajo el estatuto del ATCA crea graves problemas de contabilidad democrática, involucrando a las cortes en juicios de política exterior, área en la cual no tiene ninguna pericia". THE WASHINGTON POST. Policing Human Rights. *The Washington Post*, 14 agosto 2003. Disponible en <<http://pqasb.pqarchiver.com/washingtonpost/access/383988661.html?FMT=ABS&FMTS=ABS:FT&date=Aug+14%2C+2003&author=&pub=The+Washington+Post&edition=&startpage=A.18&desc=Policing+Human+Rights>> (consultado 29.07.13). Traducido por el autor.

<sup>255</sup> Filartiga v. Peña Irala, p. 890.

### 3. Unión Europea.

La legislación armonizada del bloque europeo permite a los países miembros conocer de causas en que se busque responsabilizar a las multinacionales que tengan asiento en el continente. Esto se desprende de la aplicación del Reglamento 2001/44/CE 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 (también conocida como Reglamento de Bruselas)<sup>256</sup>, cual dispone en su artículo 2 apartado 1 que "las personas domiciliadas en un Estado miembro están sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado"<sup>257</sup>. En tanto el artículo 60 apartado 1 señala que se entiende "... 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"<sup>258</sup>. Por su parte, y conforme lo dispuesto por el artículo 5 apartado 5, "Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser [también] demandadas en otro Estado miembro: (5) si se tratare de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el tribunal del lugar en que se hallaren situados"<sup>259</sup>. Así, en definitiva, el Reglamento de Bruselas permite demandar aún cuando el daño ocurra fuera de la Unión Europea, y aún cuando la víctima no tenga domicilio en Europa<sup>260</sup>. Lo fundamental, en todo caso, es que las empresas estén registradas y tengan asiento en algún país miembro del continente<sup>261</sup>.

---

<sup>256</sup> Reglamento 2001/44/CE 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 (Reglamento de Bruselas).

<sup>257</sup> Art 2(1).

<sup>258</sup> Art 60(1)

<sup>259</sup> Art. 5(5)

<sup>260</sup> WOUTERS, Jan y CHANET, Leen. Corporate Human Rights Responsibility: A European Perspective. *Northwestern Journal of International Human Rights*, 6(2), 2008, p. 295.

<sup>261</sup> PRIHANDONO, Iman. Barriers to transnational human rights litigation against transnational corporations (TNCs): The need for cooperation between home and host countries. *Journal of Law and Conflict Resolution*, 3(7), 2011, p. 94.



Esta normativa europea, que parece tan prometedora para la litigación transnacional (y que valga señalar ha recibido loas de algunos autores<sup>262</sup>) al prescribir la aplicación del *forum non conveniens* en los países británicos, al no requerir forzosamente que los demandantes sean extranjeros, y al permitir que cualquier juicio de carácter civil o comercial pueda ser intentado (en oposición al ATCA que sólo permite juicios en que se trasgreda el derecho de gentes), no ha estado ausente de críticas. Se ha sostenido, por ejemplo, que un obstáculo potencial que presenta esta normativa reside en el procedimiento para establecer y determinar la responsabilidad de una apoderada respecto el actuar de su subsidiaria. Esto, pues no existe uniformidad entre los países europeos respecto a cómo proceder para levantar el velo corporativo. Aún, sostiene Iman Prihandono, existen caminos, como por ejemplo, enjuiciar a una apoderada por fallar al debido cuidado<sup>263</sup>. En efecto, ello fue precisamente lo que ocurrió en el caso inglés *Chandler v Cape Plc*, ya estudiado.

Por su parte, cabe señalar que tras el fallo del caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, seguido ante los tribunales norteamericanos en atención al ATCA y estudiado precedentemente, al ser consultado el abogado de los demandantes sobre la posibilidad de accionar en otro tribunal (idealmente internacional), sostuvo que además de los Estados Unidos existía la posibilidad de demandar en Nigeria (donde se cometieron las violaciones a los derechos humanos...) o en Holanda (donde estaba -y sigue- registrada y domiciliada Shell)<sup>264</sup>. Probablemente, y como ha ocurrido en otros tantos casos<sup>265</sup>, no se accionó en la Unión Europea toda vez que a diferencia de lo que ocurre en EEUU, en Europa no puede accionarse conjuntamente contra demandados de distinta nacionalidad<sup>266</sup>. Además, las leyes procedimentales en Europa son menos favorables que en Estados Unidos, debiendo contemplarse entre otras cosas las costas del juicio en caso de resultar la parte vencida. Finalmente, y como se analizará en detención en el siguiente capítulo, la legislación europea contempla para los casos judiciales en que haya conflicto de leyes, y como regla general, el uso de la ley del

---

<sup>262</sup> Por ejemplo, WOUTERS.

<sup>263</sup> PRIHANDONO p. 95.

<sup>264</sup> BURTON.

<sup>265</sup> Por ejemplo, el caso *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F. 3d 88 (2nd Cir. 2000).

<sup>266</sup> PRIHANDONO p. 95.

lugar donde ocurrió el daño (o *lex loci damni*)<sup>267</sup>, lo que se traduce, como se sostendrá luego, en que en la mayoría de los casos se aplicará la ley que resulta menos favorable para los demandantes por ser aquella del lugar donde, no sólo ocurrió el daño, sino más bien, se permitió ello sucediera.

#### 4. Australia.

En Australia no existen leyes sustantivas ni procedimentales para enjuiciar a sus nacionales en el extranjero por violación a los derechos humanos<sup>268</sup>. Pero no obstante lo anterior, se ha sostenido existe la posibilidad de perseguir la responsabilidad de las empresas transnacionales en este país<sup>269</sup>, principalmente, porque a diferencia de otros países donde se sigue la doctrina del *forum non conveniens*, aquí existe un planteamiento más favorable para el litigante que acciona. En efecto, el derecho australiano es reacio a declinar jurisdicción en pos de otro tribunal que pueda ser considerado más apropiado, cuando la empresa demandada tiene domicilio dentro de las fronteras australianas<sup>270</sup>. Atendido esto, las multinacionales demandadas en Australia han optado en la mayoría de los casos por resolver los juicios proponiendo acuerdos extrajudiciales<sup>271</sup>.

El gran inconveniente que ha develado la litigación trasnacional en Australia, no obstante, dice relación con el fallo del caso *British South Africa Co v. Companhia de Moçambique*<sup>272</sup>, en el cual se sentó fuertemente un precedente que vino en limitar a la jurisdicción sustantiva de las cortes australianas. En dicha oportunidad, se sostuvo que

---

<sup>267</sup> Reglamento 2007/864/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicables a las obligaciones extracontractuales (Reglamento de Roma II), artículo 4, apartado 1.

<sup>268</sup> PRIHANDONO p. 95.

<sup>269</sup> RUGGIE, John. Obstacles to Justice and Redress for Victims of Corporate Human Rights Abuse. Oxford Pro Bono Publico, 3 noviembre 2008, p. 335. Disponible en <<http://198.170.85.29/Oxford-Pro-Bono-Publico-submission-to-Ruggie-3-Nov-2008.pdf>> (consultado 29.07.13).

<sup>270</sup> PRIHANDONO p. 95.

<sup>271</sup> Por ejemplo, *Dagi v Broken Hill Proprietary Company Limited (No 2)* [1997] 1 VR 428.

<sup>272</sup> *British South Africa Co v. Companhia de Moçambique* [1893] AC 602.

no puede la Corte adjudicarse casos que les obliguen a determinar quién es propietario de bienes inmuebles situados en el extranjero. Es de esperarse, no obstante, que atendida la figura tradicional de una multinacional sus activos principales sean de propiedad de la empresa madre<sup>273</sup>. Pero, ciertamente, no hay certeza a su respecto toda vez que la red corporativa puede distribuir sus principales bienes de la forma que mejor le plazca, lo que se traduce en la posibilidad de que, en efecto, y si bien se accione contra aquella empresa que aparece como la más atractiva económicamente, se llegue a punto muerto ante la imposibilidad de resarcir los daños ocasionados.

Lord Sumner en *Gas Lighting Co Ltd v Inland Revenue Commissioners*<sup>274</sup> sostuvo que cuando una compañía actúa, lo hace por sí y no como un alias para sus controladores, lo que conllevaría un rechazo inicial a la idea de alzar el velo corporativo para así poder enjuiciar a la empresa madre por el actuar de su subsidiaria. Pero, existen numerosos casos en que los Tribunales australianos sí han permitido la aplicación de esta figura, y si bien no existe un criterio común, uniforme, para determinar cuándo la Corte debe hacer pie esta institución<sup>275</sup>, es posible identificar algunos parámetros.

Como señalan Ian Ramsay y David Noakes<sup>276</sup>, son cinco los fundamentos en que se han sostenido los tribunales australianos para levantar el velo corporativo: agencia, fraude, simulación o fachada, grupo corporativo, y justicia. El primero, obedece a cuando una empresa madre (o un accionista privado en general) tiene un alto grado de control sobre la empresa subsidiaria, al punto de que ésta es considerada prácticamente un *alter ego* de la misma<sup>277</sup>. El segundo, dice relación al uso de la figura corporativa, por parte de la controladora, para evadir una obligación legal y/o fiduciaria, debiendo demostrarse que la controladora efectivamente tuvo la intención de usar la estructura corporativa de tal modo de impedir al demandante el uso y/o goce de un derecho legal preexistente. El tercero, apunta al uso corporativo para esconder el

---

<sup>273</sup> Ver Capítulo I.

<sup>274</sup> *Gas Lighting Co Ltd v Inland Revenue Commissioners* (1923) AC 723

<sup>275</sup> Juez Roger, en el caso *Briggs v James Hardie & Co Pty Ltd* (1989) 16 NSWLR 549, p 567

<sup>276</sup> RAMSAY, Ian y NOAKES, David. Piercing the Corporate Veil in Australia. *Company and Securities Law Journal*, 19: 250-271, 2001.

<sup>277</sup> Ver por ejemplo caso *Brewarrana v Commissioner of Highways* (1973) 4 SASR 476, p 480

propósito real de la controladora, escondiéndose el verdadero giro o finalidad de la empresa, o las transacciones y actividades que realmente ocurren. El cuarto fundamento de grupo corporativo, en tanto, busca nivelar el uso indiscriminado de la figura corporativa, usada a veces con el solo objeto de hacer a cada entidad individual indistinguibles. Finalmente, el quinto, y a juicio de quien escribe, más importante fundamento, consiste en justificar el levantamiento del velo corporativo cuando sólo así resulte posible alcanzar un resultado justo o equitativo, lo que se traduce, como ya se ha sostenido a lo largo de esta tesis, en el fin último que se persigue en estos casos de litigación trasnacional.

## **CAPÍTULO IV: ELEMENTOS PROCEDIMENTALES.**

Habiendo ya revisado en los capítulos anteriores qué son las multinacionales, cómo se les ha intentado regular, y más importante aún, el movimiento que ha ocurrido a nivel jurisprudencial para proceder a enjuiciar su actuar en los distintos tribunales nacionales, procede ahora entrar a recopilar las enseñanzas que pueden desprenderse a fin de intentar ofrecer un camino más homogéneo para su enjuiciamiento, partiendo siempre de la base de que no es sino una propuesta que atiende a los logros alcanzados, a los errores cometidos y al criterio de quien escribe.

No es objeto de esta tesis ahondar en el estudio de los elementos de derecho internacional privado que puedan tener relevancia para el tema de la responsabilidad corporativa. Por el contrario, interesa abordarlos sólo desde un punto de vista práctico relacionado a sus implicancias concretas en el tema de injerencia transnacional, cuidando de satisfacer los principales elementos a ser resueltos en la aplicación de la ya expuesta institución.

Así, compete enunciar, estudiar y enjuiciar los elementos sustantivos, procesales y subjetivos que tienen clara repercusión y, más aun, cuestionada aplicación, para responsabilizar a las multinacionales ante tribunales nacionales por su cometido transnacional.

Preguntas tales como '¿cuál debe ser la legislación aplicable?', '¿cuál es el tribunal competente?' y '¿quién debe ser imputado por el daño cometido?', son claves para dilucidar y alcanzar soluciones concretas. Todas tienen cuestionamientos significativos y puntos de vista diversos que merecen ser abordados para dilucidar conclusiones.

### 1. Substancia

Al momento de analizar la responsabilidad de las empresas por daños con repercusión internacional, fundamental resulta cuestionarse sobre cuáles serán los criterios sustantivos bajo los cuales se habrá de enjuiciar ese actuar dañino. Si lo que se pretende es que un tribunal distinto a aquel con competencia dónde ocurrió el daño dirima, ¿habrá de hacerlo usando su propia legislación, o por el contrario, usando ella del país donde ocurrió el detrimento?<sup>278</sup>

La solución, dada hoy sólo por la decisión de los tribunales que conocen estos casos, no es fácil de alcanzar y reviste enorme importancia. El decidir sobre cuál legislación aplicar importa decidir sobre cuáles son los parámetros y patrones de enjuiciamiento para la empresa, así como los estándares de conducta esperados y los criterios de responsabilidad. Esto debiera determinar el comportamiento esperado de las corporaciones y, para el caso, las consecuencias de su incumplimiento.

Si lo que se busca es alcanzar una efectiva justicia en materia ambiental, de derechos humanos y derechos laborales, es importante ponderar el que, quizá, una legislación particular no provea las soluciones necesarias. Si los Estados pueden verse imposibilitados de hacer cumplir principios de responsabilidad corporativa por la presión que les importa la globalización y la competencia internacional para atraer inversionistas<sup>279</sup>, estos Estados pueden dictar leyes que importen una disminución en los criterios de imputación por daños ocurridos, o, lisa y llanamente, la aplicación de sanciones irrisorias para los casos de incumplimiento. Es por esto que resulta necesario cuestionarse sobre cuál ha de ser el criterio a utilizar para determinar la legislación a aplicar en el caso puntual.

Lo anterior se responde sobre la base de diversos criterios, primando los conceptos de *lex loci damni* (ley del lugar donde ocurrió el daño) y de *lex loci delicti* (ley del lugar donde se cometió el delito) por sobre los demás. Además encontramos el criterio de *lex fori* (ley del lugar de asiento del tribunal), la legislación más favorable

---

<sup>278</sup> Compete apuntar que el caso de Estados Unidos es especial, toda vez que el ATCA permite enjuiciar acorde a, sólo, el derecho internacional ("derecho de las naciones").

<sup>279</sup> Ver Introducción y Capítulo I.

para el demandante o la opción de perseguir responsabilidad acorde a normas de derecho internacional público.

Aun, deben enunciarse otras alternativas posibles como por ejemplo lo es el que las partes, de común acuerdo, decidan por la legislación a aplicar. Existiendo ordenamientos jurídicos que permiten esto para los casos de derecho internacional privado (como ocurre en la mayoría de los ordenamientos jurídicos atendida la autonomía de la voluntad), podría evitarse la decisión del Tribunal en la materia (cual como se verá, puede oscilar en muchos criterios, algunos un tanto arbitrarios). Y debe señalarse que esto no sería tan complejo de alcanzar si se consideran beneficios que algunas legislaciones más favorables para el demandante podrían importarle al demandado, como sucedería con opciones amplias de apelar, o la existencia de otros recursos procesales.

a. *Lex loci delicti*

La aplicación del *lex loci delicti*, o ley del lugar donde se cometió el ilícito, ha sido la tendencia moderna en al menos tres países centrales en materia de litigación transnacional: Australia, Canadá y el Reino Unido<sup>280</sup>. Como sostuvo el Juez La Forest en el caso *Tolofson v Jensen* (Canadá), "cada Estado tiene jurisdicción para dictar y aplicar leyes dentro de sus límites territoriales... [por lo que] los otros Estados (...) ordinariamente respetarán esas acciones y se mostrarán reacios a interferir con lo que otro Estado decida hacer dentro de esos límites. (...) [Resulta así] axiomático... que, al menos como regla general, la ley que deba ser aplicada... es la ley del lugar donde la actividad ocurrió, es decir, la *lex loci delicti*"<sup>281</sup>.

Juzgar a las empresas utilizando la ley del lugar donde se cometió el ilícito implicaría, en principio, que la legislación estaría más o menos determinada con la sola identificación del 'dónde'. Pero, tratándose de las multinacionales, esto puede no ser

---

<sup>280</sup> MORTENSEN, Reid. Homing Devices in Choice of Tort Law: Australian, British and Canadian Approaches. *International and Comparative Law Quarterly*, 55, 2006, p. 839.

<sup>281</sup> *Tolofson v Jensen* [1994] 3 SCR 1022. Traducido por el autor.

tan sencillo toda vez que el ilícito puede comenzar en un país (mediante, por ejemplo, la toma de decisiones o aplicación de primeras medidas, o por contrario, debido a una falta al debido cuidado) y continuar (o manifestarse) en otro. A veces incluso pueden darse casos de mayor complejidad en los que las decisiones que conducirían a un delito comenzasen en un país A, las acciones concretas que configurarían el ilícito sucediesen en un país B, mientras que sus repercusiones alcanzasen a un tercer país, C.

Por consiguiente, determinar en base al principio de *lex loci delicti* puede resultar del todo complejo y difícil. Además, ante casos donde existan argumentos fundamentados para optar por una u otra legislación, la decisión tomada por el tribunal podría ser catalogada de arbitraria, lo que sería bastante significativo toda vez que la decisión de una u otra legislación puede conducir a distintos resultados. Como bien señala Liesbeth Enneking, decidir sobre la legislación a utilizar puede ser crucial ya que pueden ocurrir grandes diferencias en los resultados obtenidos, especialmente al considerarse factores tales como estándares de cuidado, estándares regulatorios, y determinación de montos para resarcir a las víctimas<sup>282</sup>.

Para avanzar en esta materia, importa primero el determinar cómo se estructura el sujeto a quien estamos responsabilizando. Es decir, si es una rama de la empresa madre o si es una subsidiaria de ella. En el primer caso, podría argumentarse que el delito se cometió, realmente, en el país de asiento de la empresa madre y que éste sólo se manifestó (cual repercusión) en el país donde opera la subsidiaria. Si se ha optado por perseguir la responsabilidad de la empresa madre ante el tribunal de su país, debiera juzgarse a esta empresa por el ilícito en que ella ha incurrido ante quienes tienen la competencia original para supervisarla. Como la legislación que en principio la determina y limita es la legislación de su país (no obstante la subsidiaria actúe en otro), pareciera corresponder que responda por las infracciones cometidas ante el enjuiciamiento de la legislación de ese mismo país, y no de otro.

---

<sup>282</sup> ENNEKING, Liesbeth. Crossing the Atlantic? The Political and Legal Feasibility of European Foreign Direct Liability Cases. The George Washington International Law Review, 40, 2009, p. 928.



El precedente argumento, que pareciera ser lógico siguiendo el razonamiento esbozado, puede ser fácilmente contrariado al alegarse que el daño, indistinto de dónde comenzó o fue decidido, sucedió en el otro país, y que por tanto el ilícito se configuró definitivamente allí. Por tanto, sería su legislación la que debiera regular su actividad. Y si ya la subsidiaria se somete en todo su actuar a la legislación de ese país, ¿por qué no habría de someterse también a su legislación en caso de incumplimiento, para que bajo ella se determinen las medidas o sanciones aplicables, en caso de proceder?

Tratándose de una subsidiaria, lo antedicho también operaría pero con la forzosa necesidad de probar, como requisito, el que la empresa madre ejerce control de facto y/o que tiene un deber de cuidado sobre ella. Para esto se debe atender al criterio de subjetividad, de modo tal de determinar la estructura de la empresa demandada y verificar su verdadera injerencia sobre el cometido de la subsidiaria, como se señaló efectivamente en el caso inglés *Chandler v Capel Plc*<sup>283</sup>.

Las desventajas de optar por este criterio aparecen de evidente manifiesto. Primero, la seguridad jurídica se vería severamente comprometida pues no habría certeza respecto de cuál legislación regiría<sup>284</sup>, toda vez que ello quedaría determinado en el caso a caso por una decisión jurisdiccional, decisión que podría resultar determinante para el devenir del litigio. Asimismo, se daría cabida a la arbitrariedad interpretativa del juez quién habría de optar por una u otra legislación siendo, en principio, ambas justificables<sup>285</sup>. Tercero, y como sucedería en cualquier caso que

---

<sup>283</sup> *Chandler v. Cape Plc* [2012] EWCA Civ 525, párrafos 69 y siguientes.

<sup>284</sup> A su respecto, la Unión Europea ha preferido abogar por la previsibilidad y la seguridad jurídica al establecer, como regla general, el criterio de *lex loci damni*, como bien señala el considerando (6) del Reglamento 2007/864/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicables a las obligaciones extracontractuales (Reglamento de Roma II).

<sup>285</sup> En el caso norteamericano *Doe I v Unocal Corp*, la primera tarea que emprendió la Corte, una vez decidido que Unocal había participado de los abusos que originaban la demanda, fue decidir cuál derecho aplicar, considerando así la ley del lugar donde ocurrieron los daños, la ley de foro, la legislación federal estadounidense, o el derecho internacional (*jus cogens*). *Doe I v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002), p. 948.

permita el uso de una legislación ajena a la del mismo tribunal, importaría un impedimento para quien conozca del litigio toda vez que podría no resultarle familiar la legislación extranjera (imagínese el caso de que uno de los países siga la tradición del *common law*, mientras el otro no).

Mas, contemplando el fin último de este tipo de litigación trasnacional, cual es alcanzar la justicia y reparar de mejor y más íntegra forma el daño cometido<sup>286</sup>, podría argumentarse que al permitirle al juez definir cuál legislación aplicar se le estaría facultando para discrecionalmente evaluar la verdadera posibilidad de conseguir justicia, ante situaciones donde una legislación pueda aparecer como deficiente en contraste con otra, o en donde no obstante existir una efectiva legislación esta adolecería de falta de aplicabilidad debido a la institucionalidad existente en dicho país<sup>287</sup>.

*b. Lex loci damni*

Como se señaló en el capítulo anterior, juzgar a las empresas conforme la ley del lugar donde ocurrió el daño es un concepto propio de la Unión Europea. El Reglamento 2007/864/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicables a las obligaciones extracontractuales (Reglamento de Roma II) entró en vigencia en enero de 2009, disponiendo en su artículo 4, apartado 1, que "Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión"<sup>288</sup>. Así pues, la regla en materia de enjuiciamiento para los casos que revistan caracteres trasnacionales como

---

<sup>286</sup> Recordar la palabras de la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito (EEUU), al celebrar en el caso de *Filártiga v Álvarez-Macháin* el que con el enjuiciamiento de las violaciones a los derechos humanos fundamentales se da un pequeño paso hacia la liberación de toda la humanidad de la violencia brutal. *Filartiga v. Peña Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980), p. 890.

<sup>287</sup> ENNEKING p. 929.

<sup>288</sup> Reglamento de Roma II, artículo 1.

los que se han consultado en esta tesis consiste en aplicar la ley del país donde se encuentra situada la subsidiaria ya que es ahí donde típicamente ocurren los daños.

No obstante lo anterior, la antedicha norma tiene excepciones, de las cuales una es particularmente relevante para esta tesis. El artículo 7 del Reglamento de Roma II señala que "La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de un daño medioambiental o de un daño sufrido por personas o bienes como consecuencias de dicho daño, será la ley determinada en virtud del artículo 4, apartado 1, a menos que la persona que reclama el resarcimiento de los daños elija basar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño"<sup>289</sup>.

Las ventajas de seguir este criterio son del todo evidentes: permite obtener un alto grado de seguridad jurídica y previsibilidad respecto cuáles serán las normas que regularán el caso de una infracción legal. Pero sorprende que, si bien cierto lo anterior, la misma Unión Europea haya permitido la existencia de una excepción tan calificada como la medioambiental. Su motivación se encontraría plasmada en un memorando explicativo de la Comisión Europea, cual señala que las posibles desigualdades causadas por estándares legales divergentes en distintos países justifica esta norma excepcional. Resalta no se haya seguido el mismo criterio para otros temas que puedan revestir urgencia<sup>290</sup>, como lo serían los derechos humanos y laborales.

Esta elección de la Unión Europea ha sido criticada por diversos autores<sup>291</sup>, atendido principalmente porque su aplicación, salvo las excepciones existentes (de las cuales sólo trasciende una para esta tesis, como se señaló...), conduce casi automáticamente a la aplicación de la normativa del país en que ocurrió el daño, cual típicamente resulta ser una legislación menos favorable. No obstante aquello, dos apreciaciones merecen ser atendidas respecto este tema. Primero, y si bien es cierto que la remisión al derecho del país donde ocurrió el daño puede ser visualizado como

---

<sup>289</sup> Reglamento de Roma II, artículo 7.

<sup>290</sup> ENNEKING p. 929.

<sup>291</sup> Por ejemplo, ENNEKING. Misma línea sigue PRIHANDONO, Iman. Barriers to transnational human rights litigation against transnational corporations (TNCs): The need for cooperation between home and host countries. Journal of Law and Conflict Resolution, 3(7): 89-103, 2011.

un aspecto criticable en la elección de la ley a aplicar, no puede olvidarse que, en casos donde no existe voluntad política de aplicar las leyes existentes (por ejemplo, al haber una colusión entre el gobierno y la empresa para la ejecución de un determinado proyecto indistintamente de sus consecuencias), la aplicación de este derecho por un Tribunal extranjero que no tiene las aprensiones políticas de por medio, permitiría salvaguardar el espíritu real de la legislación del país donde se cometió el daño.

En segundo lugar, no puede olvidarse lo ocurrido en *Chandler v Cape Plc*<sup>292</sup>. El ámbito de aplicación del Reglamento de Roma II se restringe, como señala su artículo 1, a los casos en que haya conflicto de leyes<sup>293</sup>. Si, como hizo la Corte de Apelaciones inglesa, se considera no hay que hablar de una empresa madre responsabilizándose por las acciones de su subsidiaria, sino por el contrario, hay que responsabilizar a la empresa madre por su propio actuar negligente o defectuoso al no cumplir ella con un deber de cuidado que trascendía a todas sus subsidiarias, este 'problema' se soluciona.

### c. *Lex fori*

La ley del lugar de asiento del tribunal importa la ventaja de que el tribunal que dirima ha de conocer ampliamente la legislación aplicable. Además significa la seguridad respecto a cuál será la legislación a emplear, sin requerir el arbitrio del juez para definirlo.

La desventaja (o más bien dicho, el problema) es excesivamente evidente: la aplicación extraterritorial de la ley, sin ningún fundamento justificante (en el caso de *lex loci delicti*, no obstante puede coincidir la legislación aplicable con ella del foro del tribunal, esto sucedería justificado ante la injerencia de la empresa madre en la actividad de la subsidiaria o rama). Así, ¿cómo puede justificarse el enjuiciar a una empresa en base a una legislación distinta a aquella que enmarca todo el resto de su actuar en un determinado lugar? Es cierto que se estaría enjuiciando a la empresa

---

<sup>292</sup> *Chandler v. Cape Plc* [2012] EWCA Civ 525.

<sup>293</sup> Reglamento de Roma II, artículo 1.

madre usando la legislación de su país, pero no menos cierto es que el actuar de su rama o subsidiaria se enmarca en un escenario distinto donde existe otra legislación competente.

¿Qué sucede en el caso de que la legislación del país de asiento de la subsidiaria (o la rama) no sancione el delito cometido, mientras la legislación del país de asiento de la empresa madre (donde estaría el foro) sí lo haga? ¿Cómo podría justificarse esta aplicación extraterritorial de la ley, y específicamente, de criterios y requisitos de conducta, sin justificar previamente el por qué de la legislación a emplear?

Bien escribe Jonas Ebbesson que “Esto tendría por efecto el imponer, desde el extranjero, restricciones o medidas de seguridad a ser implementadas en el Estado donde ocurra la actividad. Mientras que la extraterritorialidad es controversial particularmente en lo que respecta a demandar el cumplimiento de requisitos de ejecución, la alternativa a la extraterritorialidad puede significar la ausencia total de medios para que los afectados fueren el cese de la actividad”<sup>294</sup>. Pero, sin ir muy lejos, el ya presentado criterio del *lex loci delicti* permitiría enjuiciar, quizá usando la misma legislación que se emplearía siguiendo el criterio del *lex fori*, pero con una vía de justificación completamente distinta, capaz de evitar, al tener una justificación a lo menos lógica, algunos de los inconvenientes señalados.

d. Ley más favorable para el demandante

La idea detrás del criterio de la ley más favorable para el demandante es proteger a este, ya que en la mayoría de los casos se encontrará en una posición más débil respecto de la empresa, por lo que se verá sustancialmente favorecido por una legislación que le sea amigable. Así, por ejemplo, podría preferirse la legislación

---

<sup>294</sup> EBBESSON, Jonas. Transboundary corporate responsibility in environmental matters: fragments and foundations for a future framework. En: WINTER, Gerd (Ed.). Multilevel Governance of Global Environmental Change: Perspectives from Science, Sociology and the Law. Cambridge, Cambridge University Press, 2006. p. 213.

británica, atendido lo ocurrido, por ejemplo, en el caso *Lubbe et al v Cape Plc*<sup>295</sup>, donde se permitió accionar en Inglaterra entre otras cosas porque la ley procedimental sudafricana no contemplaba acciones grupales (se recordará que eran más de 3000 los demandantes), mientras la legislación inglesa sí.

Este principio parecería funcional para alcanzar justicia y reparar el daño toda vez que favorecería a quienes le hubiesen padecido, mas, a juicio de quién escribe, no debiera proceder salvo en caso de existir una estipulación expresa plasmada en algún acuerdo internacional. Se recordará que aquí, si bien se intenta abrir vías de reparación a las víctimas de abusos a derechos humanos, laborales y ambientales, se parte de la base de buscar justicia por lo que resulta medular decisión de un órgano superior<sup>296</sup> que, en forma previa, confiera este beneficio al demandante. Además, invariablemente su aplicación significará una alteración en la carga procesal de ambas partes toda vez que, quizá excesivamente, se impondría a la multinacional la tarea de 'remar contra la corriente' en las apreciaciones legales.

Como antecedente para su aplicación, cabe mencionar la *Nordic Convention on the Protection of the Environment* de 1974 (Convención Nórdica para la Protección Ambiental)<sup>297</sup>, suscrita por Suecia, Dinamarca, Noruega y Finlandia, que señala en su artículo 3 inciso segundo parte final, que “La interrogante sobre la compensación no debe juzgarse usando reglas que sean menos favorables a la parte afectada que las reglas de compensación del Estado en donde las actividades se están efectuando”<sup>298</sup>.

#### e. Normas de Derecho Internacional

---

<sup>295</sup> *Lubbe et al v Cape Plc* [2000] UKHL 41.

<sup>296</sup> En estos casos, un órgano superior podría ser una entidad internacional con competencia en la materia, un tratado internacional que trate del asunto, un acuerdo bilateral entre los países afectados, o quizá incluso la costumbre internacional.

<sup>297</sup> *Nordic Convention on the Protection of the Environment*, Estocolmo, 19 febrero 1974, 13 *ILM* (1974).

<sup>298</sup> *Nordic Convention on the Protection of the Environment*, artículo 3 inciso 2. Traducido por el autor.

“En casos de litigación transnacional, el derecho internacional público aparece más neutral y justo para las partes que la aplicación de la legislación de un Estado. Al aplicar el derecho nacional se presenta la inevitable consecuencia de que una parte quede sujeta a las leyes de otro Estado, leyes en cuya creación el propio país no ha jugado rol alguno”<sup>299</sup>. Así, la decisión del Juez en torno a cuál legislación aplicar redundaría en una injusticia para una de las partes y en un acto de extraterritorialidad de la ley para uno de los Estados. Y como ya se ha mencionado, esa decisión podría adolecer de arbitrariedad.

Otra ventaja de aplicar las normas del derecho internacional público dicen relación con el factor de que en contadas ocasiones sólo esas normas podrían proceder. Así pues, en un caso donde ninguna legislación nacional pareciera tener competencia, serían sólo las normas de derecho internacional público las que podrían zanjar el asunto. Un ejemplo de ello lo encontramos en la decisión de la Corte de Distrito de Róterdam, cual, ante una disputa entre el Estado holandés, junto a la Oficina de Correos de Inglaterra, contra el dueño de una embarcación por alegados daños causados a un cable telefónico fuera de las aguas territoriales, apuntó que “Dado que el evento ocurrió en alta mar, ningún sistema de legislación nacional puede ser identificado, en base a determinar si el evento constituye o no un ilícito civil, y a qué relación legal entre las partes podría resultar de aquello. No obstante, en el lugar donde el evento ocurrió las normas de derecho internacional público sí son aplicables, en base a poder determinar lo precedentemente expuesto”<sup>300</sup>.

No obstante lo anterior, para quien escribe no resulta viable la opción de aplicar el derecho internacional público propiamente tal. Se ha sostenido por diversos autores<sup>301</sup> que el derecho internacional público atañe a los Estados, no a las personas

---

<sup>299</sup> NOLLKAEMPER, André. Litigation Against MNCs: Public International Law in the Netherlands. En: KAMMINGA, Menno T. y ZIA-ZARIFI, Saman (Eds.). Liability of Multinational Corporations under International Law. La Haya, Kluwer Law International, 2000, p. 267. Traducido por el autor.

<sup>300</sup> Cita y Traducción realizada por A. Nollkaemper a la Corte de Distrito de Róterdam, disponible en NOLLKAEMPER p. 269.

<sup>301</sup> A su respecto, consultar EBBESSON.

(sean estas naturales o jurídicas). Por lo mismo, entrar a justificar que deban invocarse esas normas para proceder en casos de litigación transnacional, resulta inconcebible.

Si bien es cierto existen casos en que los tratados internacionales han impuesto obligaciones y responsabilidades directamente a los individuos particulares<sup>302</sup>, ello de modo alguno puede generalizarse para permitir la aplicación extensiva de otro tratado que no contempla expresamente esa situación. Más bien, la existencia de este tipo de normativa conlleva a suponer que un tratado que regule el actuar de las multinacionales no sería inconcebible, pero de modo alguno implicaría que ya se está, no obstante su ausencia, capacitado para actuar de esta forma.

Ahora bien, distinto sería aplicar, no el derecho internacional público, sino ciertas normas que hoy informan a este como principios o axiomas. Así, por ejemplo, el concepto de *ius gentium* (derecho de gentes) que se emplea en el ATCA norteamericano, especialmente si se considera, como hizo la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito en el caso *Kadic v Karadzic*, donde se sostuvo que ciertas formas de conducta prescritas por el derecho internacional, y así en principio para los entes estatales (como el genocidio y los crímenes de guerra), pueden ser cometidas por actores privados, pudiendo por tanto éstos ser responsabilizados por su trasgresión<sup>303</sup>. Por su parte, en el caso *Doe I v Unocal Corp*, la Corte de Apelaciones del Noveno Distrito norteamericano, al evaluar respecto qué legislación aplicar, sostuvo que resulta preferible aplicar el derecho internacional en vez de la ley de un Estado en particular, toda vez que la ley de un Estado cualesquiera o es idéntica a las normas de *ius cogens* del derecho internacional, o simplemente no es válida<sup>304</sup>.

#### f. Síntesis

---

<sup>302</sup> Por ejemplo, la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, disponible en <[http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/ConvCombatBribery\\_Spanish.pdf](http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/ConvCombatBribery_Spanish.pdf)> (consultado 28.07.13).

<sup>303</sup> *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2nd Cir. 1995), p. 239.

<sup>304</sup> SCHOEN, Edward et al. The Alien Tort Claims Act of 1789: Globalization of Business Requires Globalization of Law and Ethics. *Journal of Business Ethics*, 62, 2005, p. 44.



El tema de cuál legislación aplicar no es uno fácil ni sencillo. Existen numerosas alternativas y numerosas interrogantes que, dada la naturaleza de esta tesis, no pueden ser abordadas. A modo enunciativo, uno puede cuestionarse qué sucedería con las normas de derecho consuetudinario así como con los distintos principios internacionalmente reconocidos, como lo serían el principio precautorio (especialmente en materia ambiental), el principio de transparencia, o el gran principio del desarrollo sustentable.

Mas, debiendo recapitular en base a los criterios enunciados y forzando el hecho de que existan ventajas y desventajas significativas en cada uno de esos criterios, parece que la mejor solución es invocar lo antedicho sobre el acuerdo de las partes para definir cuál ha de ser la legislación a aplicar. De fallar eso, pareciera ser que el criterio rector (como lo ha sido usualmente) debiese ser el de *lex loci delicti*, toda vez que:

- el establecimiento de reglas claras respecto de cómo se decidiría cuál legislación aplicar cuando exista justificación para ambos foros, a modo de darle uniformidad (aunque sea dentro del país donde se asienta el Tribunal) y no obstante se conceda cierta discrecionalidad al Juez para decidir respecto al caso a caso, salvaría en parte la falta de seguridad jurídica que se podría originar por la aplicación del criterio, así como la acusación por la arbitrariedad en la toma de decisión;
- la aplicación del sistema europeo de *lex loci damni* tiende a sentenciar anticipadamente que la normativa a emplear sea la del país donde tiene asiento la subsidiaria, cual en el mayor de los casos será la legislación menos favorable para los demandantes;
- si se estandarizan y sistematizan reglas básicas de decisión, al menos dentro del país donde tiene asiento el Tribunal que dirimirá (como por ejemplo podría ser el establecer que probado el control de facto de la empresa madre sobre la subsidiaria, esta deberá responder por su hecho propio, sea este falta de supervisión o toma de decisiones) se evitaría el tener que incurrir en una aplicación extraterritorial de la ley, como sucedería en el caso de la *lex fori*;

- si no existe una regla precedente que conceda el beneficio al demandante de hacer uso de la ley que le sea más favorable (como sucede con la *Nordic Convention on the Protection of the Environment*), esta alteración de la carga procesal sería del todo injusta e injustificada y no debiera proceder, cosa que no sucedería si, por el contrario, se sigue el criterio del *lex loci delicti*; y
- si bien las normas del derecho de gentes o del *ius cogens* pueden ser fácilmente aplicables (como han sostenido los tribunales estadounidenses), su contenido está muy limitado a las pocas normas de los derechos humanos que han sido reconocidas (o mejor dicho, que pueden ser reconocidas) como tales, escapando pues a su competencia el derecho ambiental y el derecho laboral.

Salvo el inconveniente de la no familiaridad con el derecho extranjero (no obstante superable), pareciera ser más favorable para el curso del litigio y para las partes la decisión en cuanto al criterio del *lex loci delicti*, como ha sido ya extensamente expuesto. Tal y como se sostuvo en el caso *Tolofson v Jensen*, en Canadá, cada país ha dictado normas para su propio territorio, por lo que en definitiva es solamente lógico aplicar esas normas cuando acaece un ilícito dentro de los límites de ese Estado.

## 2. Procedimiento

Los párrafos anteriores han presentado distintos criterios para determinar cuál debiera ser la legislación a emplear al momento de perseguir la responsabilidad corporativa de las empresas por violaciones a derechos humanos y daño ambiental. Mas, no existiendo consenso en ello, ha quedado dicho que, no obstante aparecer más conveniente perseguir la responsabilidad usando el criterio de *lex loci delicti*, esta decisión recaerá finalmente en el tribunal que tenga a vista la causa. Ahora bien, ¿cuál ha de ser este tribunal, y más importante aun, cuál será el criterio para determinarlo?

Es de vital importancia considerar que, lamentablemente, muchos Estados pueden verse reacios a aplicar su legislación con todo su vigor, toda vez que distintas

situaciones de mercado o de facto pueden guiar la conducta de sus gobiernos. Así, no sorprendería que los Estados se viesen tanto imposibilitados de demandar el cumplimiento de sus leyes (debido a la ardua competencia que la globalización les importa para atraer inversionistas) como desinclinados a ello (en razón de que sus gobiernos, indeseables, se coludan con las empresas), por lo que establecer cuál ha de ser el juez que decida sobre la cuestión controvertida puede resultar en extremo gravitante para la consecución final de justicia.<sup>305</sup>

Existen numerosas vías para determinar cuál ha de ser el tribunal que dirima. Así, podría ser aquél del país donde se cometió el ilícito (suscitándose nuevamente la pregunta de qué significa aquel 'dónde', ya explicitada durante el estudio del *lex loci delicti*), aquél del lugar donde el daño se manifestó (debiendo tomarse en cuenta las posibilidad, muy factible, de que el daño se manifieste en más de un Estado toda vez que, por ejemplo, la contaminación de un río puede significar detrimento para todos los que se provean de él), aquél del domicilio del demandado (o *forum rei*; debe contemplarse, no obstante, la dificultad que importa el determinar quién será el demandado, llámese, la empresa madre o la subsidiaria), aquél del domicilio del demandante (*forum actoris*), o aquél Tribunal que sea más conveniente para perseguir y alcanzar la justicia (*forum conveniens*).

El tema, al igual que con la legislación a emplear, no es menor: se decidirá qué poder judicial decidirá el caso. Esto repercute toda vez que significa la existencia de precedente al momento de juzgar, de imparcialidad por parte del Tribunal (fuerza preguntarse si el sistema judicial dentro de uno u otro país es realmente independiente, o si por el contrario, se encuentra subordinado a otros poderes públicos y/o militares), entre otros. Una decisión apresurada (como lo sería, por ejemplo, decidir sin más por el domicilio del demandado sin considerar la verdadera viabilidad de alcanzar justicia) puede atentar substancialmente contra el curso de la acción, mientras que un estudio detallado de los hechos puntuales del caso puede ayudar a obtener la mejor solución en aras del fin último de reparar el daño e indemnizar a los afectados.

---

<sup>305</sup> A su respecto, ver el Capítulo I.

Y, en efecto, la elección de uno u otro sistema judicial será apoyada en forma distinta por las distintas partes. Como bien señala Richard Meeran, “La verdad del asunto es que los demandantes quieren demandar en Inglaterra [o cualquiera otro foro que aparezca como exigente al momento de aplicar la legislación relevante existente] porque ellos no pueden obtener justicia en el extranjero, y las multinacionales quieren paralizar las acciones precisamente por aquella razón”<sup>306</sup>. Es por tanto que la pregunta de cuál foro emplear no es uno menor y merece estudio, como se dispondrá en este apartado.<sup>307</sup>

a. *Forum rei, forum actoris, forum delicti*

Dentro de los criterios antes señalados, se encuentra la posibilidad de perseguir la responsabilidad corporativa ante la jurisdicción de los tribunales del domicilio del demandado, o *forum rei*. Es esta la línea que, por ejemplo, sigue el Reglamento de Bruselas en su artículo 2 que, como se señaló anteriormente, dispone que “Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado”.

Pero la interrogante (y dificultad) ante este planteamiento resalta como evidente: ¿cuál es el domicilio del demandado en el caso de tratarse de una empresa multinacional? Si en especial se atiende a que las transnacionales tienen una estructura complejísima, donde la figura corporativa puede alcanzar incontables formas y la red de participación en empresas subordinadas puede extenderse ilimitadamente, ¿cómo se puede determinar cuál es el domicilio del demandado sin antes recurrir a preguntarse a quién se está demandando? Para el caso de la presente tesis, se tendrá por demandada a la empresa madre. Asimismo, ¿será el domicilio del demandado el

---

<sup>306</sup> MEERAN, Richard. Liability of Multinational Corporations: A Critical Stage in the UK. En: KAMMINGA, Menno T. y ZIA-ZARIFI, Saman (Eds.). Liability of Multinational Corporations under International Law. La Haya, Kluwer Law International, 2000, p. 261. Traducido por el autor.

<sup>307</sup> Se subentiende que, para la determinación del tribunal competente, no habrá acuerdo entre las partes toda vez que a una parte convendrá la designación de uno, y a la otra, la del otro.

lugar más idóneo para obtener justicia? La estricta aplicación de este criterio puede no ser conducente a obtener las debidas reparaciones, por lo que fuerza indagar en otras posibilidades.

Una segunda alternativa es seguir el criterio del *forum actoris*, es decir, la jurisdicción de tribunal del domicilio del demandante. Esta vía sería muy útil para un litigante domiciliado en un país donde se aplica estrictamente la legislación ambiental o de derechos humanos que ha padecido un menoscabo mayor, por ejemplo, a su salud producto de la grave contaminación de un río colindante con un predio de su pertenencia. Pero, en términos generales, adolece de falta de efectividad toda vez que serían muy pocos los casos en que se podría configurar así el tribunal (normalmente los afectados residirán en el país donde sucedieron los daños, es decir, el foro más 'ineficaz' al momento de aplicar la legislación). Y, debiendo contemplar que en ocasiones la demanda puede contar con numerosos demandantes actuando conjuntamente, cuales pueden o no tener la misma nacionalidad y domicilio<sup>308</sup>, sería contraproducente este criterio toda vez que la interrogante respecto cuál tribunal correspondería persistiría.

Un tercer criterio posible sería determinar el tribunal competente conforme la regla del *forum delicti*, cual dicta que debe serlo aquél donde la actividad dañina ha ocurrido. Pero, tal y como sucede con el criterio del *lex loci delicti* para determinar la legislación a aplicar, acá la pregunta no quedaría del todo satisfecha toda vez que el 'dónde' ha ocurrido la actividad dañina no sería del todo claro. ¿Debe considerarse restrictivamente el entendido de actividad dañina, considerando así solamente la actividad que genera un daño inmediato, o debe, por el contrario, tomarse extensivamente, incluyendo actos u omisiones que deriven en el hecho que genere la actividad, como sucedería con la falta de supervisión por parte de una empresa madre? Nuevamente, existirían argumentos para sostener que el tribunal competente es uno u otro, y muy probablemente uno y otro litigante buscarán la aplicación de uno u

---

<sup>308</sup> Ejemplo de esto lo encontramos en *Lubbe et al v Cape Plc*, en donde actuaron conjuntamente más de 3000 demandantes, entre los cuales se contaban sudafricanos e italianos.

otro tribunal. Así, la decisión de recibir una causa o de desestimarla recaerá en el juicio que el Juez atribuya al caso, pudiendo, lamentablemente, adolecerse de arbitrariedad al momento de tomar dicha decisión.

b. *Forum non conveniens*.

La importancia de estudiar la doctrina del *forum non conveniens* reside principalmente en que ella se ha utilizado constantemente en tribunales de tradición anglosajona, como los de Australia, Canadá o Estados Unidos (y hasta muy recientemente, en Reino Unido), para determinar cuál tribunal, en caso de haber dos o más en los que podría presentarse la acción, resulta ser el más apropiado para alcanzar verdadera justicia. Así, en virtud de este criterio, la decisión sobre cuál será el tribunal más conveniente para conocer del tema (para los casos donde no exista una norma previa que confiera competencia exclusiva a uno u otro tribunal) recaerá en patrones ya más o menos establecidos por la jurisprudencia. No obstante, fuerza precisar que esta doctrina resulta desconocida y ajena a los sistemas civiles de derecho, como el europeo continental o el chileno. Y si bien se practica dentro de los países de corte anglosajón, su aplicación ha sido cuestionada actualmente al no parecer afín con los estándares contemporáneos de acceso a la justicia que informan los derechos humanos<sup>309</sup>.

Se ha definido esta doctrina como “La doctrina de que un foro apropiado – aunque competente al amparo de la ley – deba renunciar a su jurisdicción si, para la conveniencia de los litigantes y los testigos, aparece que la acción debe proceder en otro foro en el que la acción podría haber sido ejercitada en un primer término”<sup>310</sup>. En otras palabras, la doctrina del *forum non conveniens* estipula que, en caso de haber otro foro en el cual ejercer la acción, deberá el tribunal (que ha recibido la solicitud por parte de la defensa para detener el procedimiento) juzgar sobre la conveniencia de

---

<sup>309</sup> BOYLE, Alan. Globalising Environmental Liability: The Interplay of National and International Law. *Journal of Environmental Law*, 17(1): 3-26, 2005.

<sup>310</sup> GARNER, Bryan (Ed.). *Black's Law Dictionary (Pocket)*. 3ª ed. Minnesota, Thomson West, 2006, p. 298. Traducido por el autor.

continuar la acción en dicho juzgado o, por el contrario, optar porque sea el otro foro quien deba ejercer jurisdicción sobre la acción.

Sus orígenes, según opina una gran mayoría, se remonta a los fallos estatales escoceses, donde surge con dos enfoques: uno para evitar abuso de proceso y otro para elegir el foro más apropiado para conocer del caso. Es este último el que prevalece y deviene en lo que actualmente se entiende por *forum non conveniens*.<sup>311</sup> Ya en 1892 se sentaron las primeras bases para detener los procedimientos haciendo uso de esta herramienta. Así, “La contestación a la demanda [que busque detener la acción] no puede ser sostenida a menos que la corte esté satisfecha de que no existe algún otro tribunal, con jurisdicción competente, en el cual el caso pueda ser intentado en forma más apropiada para los intereses de todas las partes y para los fines de justicia”<sup>312</sup>.

Recibiendo distintos enfoques tanto en Estados Unidos como en Inglaterra, la doctrina ha padecido distinta evolución, enfocándose sólo recientemente en casos de índole comercial. En lo referente al Reino Unido, el caso *Spiliada Maritime Corp. v Cansulex Ltd*<sup>313</sup> ha entregado líneas directrices para la aplicación de la doctrina, estableciendo, primero, que el tribunal deberá desestimar la demanda si existe otro tribunal con competencia para conocer del caso y que sea más apropiado para los intereses de las partes y para la consecución de la justicia, en cuyo caso la carga de prueba para demostrar la existencia de este otro tribunal corresponderá al demandado. Así, “Si el tribunal concluye que existe ‘otro claro e inequívoco foro, que resulte más apropiado, más conveniente para el juicio y los fines de justicia’, la carga [de prueba] se transfiere al demandante para demostrar por qué, si es que en algún caso, la justicia no podrá alcanzarse en aquel foro”<sup>314</sup>. Mas, una vez probada la existencia de este tribunal competente para conocer del caso, corresponderá al demandante demostrar

---

<sup>311</sup> UNITED STATES OF AMERICA, DEPARTMENT OF STATE. The Doctrine of Forum Non Conveniens in the United States. Disponible en <[http://www.state.gov/www/global/legal\\_affairs/us\\_annex-c.html](http://www.state.gov/www/global/legal_affairs/us_annex-c.html)> (consultado 29.07.13).

<sup>312</sup> Sim v. Robinow (1892) 19 R (Ct. of Sess.) 665. Traducido por el autor.

<sup>313</sup> Spiliada Maritime Corp. v Cansulex Ltd [1987] A.C. 460.

<sup>314</sup> MEERAN p. 254. Traducido por el autor.

que en ese foro la justicia no podrá ser alcanzada. Asimismo, se ha establecido que la ponderación de las variables (como lo son la disponibilidad de testigos, la ley que rige la relación contractual de las partes, o la disponibilidad y accesibilidad a las pruebas, entre otros) deberá realizarse caso a caso. Finalmente, el tribunal no permitirá que se detengan las acciones si considera que no se conseguirá justicia en otros foros, mas no obstante ello el tribunal podrá suspender las acciones en virtud del *forum non conveniens* si el demandado accede a conceder algunas garantías (como lo serían algunas estipulaciones).

No existe claridad respecto cuándo debe aplicarse esta doctrina. Mas, distintos fallos que han tratado la materia permiten inferir indicios de procedencia para desestimar la solicitud de la defensa de dar curso al *forum non conveniens*, permitiendo proceda el juicio en el tribunal elegido por los demandantes.

i. Acceso a la evidencia

Uno de los factores decisivos al momento de determinar la procedencia del *forum non conveniens* reside en la posibilidad concreta que tendrá el tribunal para tener acceso a la evidencia. Ello significa, lisa y llanamente, el acceso a las pruebas, y en especial, a las pruebas de peritos y de testigos.

Si existen dos posibles tribunales con competencia para juzgar el caso, y uno de ellos tiene asiento en el país donde ocurrieron los daños, fácilmente podrá justificarse el que ese tribunal sea en el cual se radique la acción toda vez que tendrá inmediato acceso a las consecuencias materiales de la actividad dañina, así como a los informes de testigos y a la declaración del demandante. Cabe recordar, además, que en muchos de estos casos se tratará con más de un litigante y se elevarán acciones conjuntas entre muchos afectados, argumento que puede llevar al otro tribunal a sostener que, efectivamente, será más conducente para el devenir del



proceso el radicar la causa en el otro foro. Esta línea se puede vislumbrar en el caso *Lubbe et al v Cape Plc*<sup>315</sup>.

## ii. Derecho aplicable

En caso de determinarse que la legislación que corresponderá aplicar será la del país donde efectivamente se materializaron los daños (es decir, no aquella donde el deber de vigilancia se incumplió), pareciera ser que el tribunal de dicho país también sería más conveniente para la consecución de la justicia y el beneficio de las partes, toda vez que dicho tribunal estará más familiarizado con dicha legislación. Y viceversa: para el caso de determinarse que la legislación a aplicar es aquella del otro país a donde se materializaron los daños, pareciera ser que el tribunal de ese país será en efecto el más conveniente para el devenir del proceso. Mas ello no puede ni debe ser considerado en forma aislada toda vez que puede un Estado tener una amplia legislación para proteger el medio ambiente y los derechos humanos, pero carecer de voluntad para aplicarlas. Así, tal y como señala Ebbesson, “un caso para aplicar *lex loci delicti* fuera del Estado de la actividad/daño sería cuando ese Estado tiene leyes disponibles, pero carece de adecuados remedios o instituciones para demandar el cumplimiento de esas leyes”<sup>316</sup>, dejando entrever que a veces la aplicación de una legislación distinta a la del país del tribunal sí procedería si con ello se consigue evitar la inoperancia de esas mismas leyes por falta de aplicación.

Por consecuencia, no obstante ser un fuerte indicio de que procedería radicar la causa en el tribunal de la legislación a ser aplicada, ello no obsta el impedir que un

---

<sup>315</sup> “El emerger de más de 3000 nuevos demandantes luego de la decisión de la primera Corte de Apelaciones tuvo un obvio y significativo efecto en el balance de los procedimientos. Mientras el tema de la responsabilidad de la compañía madre se mantuvo en lo que siempre fue, el tema de las lesiones personales adquirió bastante mayor significancia. Para investigar, preparar y resolver estos temas, en relación a cada uno de los demandantes, se requeriría lisa y llanamente un cuidadoso, detallado y hostil cuestionamiento factual y, al menos potencialmente, un muy grande cuerpo de evidencia experta. Ante esta nueva situación Buckley J. (...) reconoció a Sudáfrica claramente como el foro más apropiado para el juicio de la acción conjunta, y la Corte de Apelaciones lo ratificó. Ambos tribunales estaban en mi opinión en lo correcto.” *Lubbe et al v Cape Plc*. Traducido por el autor.

<sup>316</sup> EBBESSON p. 211. Traducido por el autor.

tribunal distinto conozca de la causa: la existencia de asesorías para la mejor aplicación de esta legislación extranjera podría reducir el impacto de esta no familiaridad, permitiendo así una mejor consecución de la justicia y un mayor beneficio para las partes, en caso de estimarse aquello necesario.

### iii. Fondos

En lo que respecta a los fondos para financiar la acción a entablar, se ha sostenido que “La ausencia general de algún tipo de apoyo financiero no es una justificación suficiente para rehusar el alto a la acción porque no debe olvidarse que la asistencia financiera para litigar no está considerada necesariamente como esencial, ni siquiera en los más sofisticados sistemas legales”<sup>317</sup>.

No obstante lo anterior, puede suceder que debido a la ausencia de medios económicos se decida por rehusar la solicitud de la defensa de detener la acción por *forum non conveniens*, si de ello se colige la imposibilidad de la parte demandante de obtener justicia. En efecto, ello ha sido lo substancialmente apuntado por el Lord Bingham de Cornhill en el fallo *Lubbe et al v Cape Plc*, al considerar que “Si estos procedimientos fueran suspendidos a favor del foro más apropiado en Sudáfrica la probabilidad es que los demandantes no tendrían medios para obtener la representación profesional y la evidencia experta que serían esenciales si estas demandas hubieren de ser decididas de manera justa. Esto se traduciría en una negación a la justicia”<sup>318</sup>.

### iv. Otros.

La inexistencia de un listado detallado y comprensivo de los criterios a tener en consideración para determinar la procedencia o no del *forum non conveniens*, fuerzan la participación activa del tribunal en una discrecional determinación de ello atendiendo a los hechos puntuales del caso a caso. Explayarse sobre las innumerables variantes

---

<sup>317</sup> *Connelly v RTZ Corporation Plc* [1998] AC 854, p. 873. Traducido por el autor.

<sup>318</sup> *Lubbe et al v Cape Plc*. Traducido por el autor.

que pueden tomarse en cuenta a la hora de determinar la procedencia o no de la figura sería una tediosa y poco fructífera tarea toda vez que nuevas consideraciones siempre pueden surgir, relativas a casos en particulares o situaciones especiales tanto de los foros a ser considerados como de las partes a litigar. A modo enunciativo, podemos señalar el caso de que existan terceras partes involucradas (las cuales pueden también tener injerencia en las actividades dañinas y, por tanto, ser consideradas responsables) o el caso de que en uno u otro foro el demandante tenga algún tipo de beneficio personal o judicial. Además, existe un temor innegable, en casos de violaciones a derechos humanos fundamentales (como la vida) por parte de empresas coludidas con los gobiernos de que, en caso de recurrir a la justicia local, los demandantes sean castigados severamente por las autoridades locales (no obstante estas puedan ser de facto, como sucedería bajo un gobierno militar).

En definitiva, sea cual sea el caso, lo más importante para determinar la procedencia del *forum non conveniens* será la evaluación que realice el juez ante la situación particular, cual forzosamente deberá tomar en consideración las múltiples aristas que se pueden suscitar y que pueden afectar la consecución efectiva de justicia.

### c. Síntesis

Para determinar el tribunal adecuado para juzgar a una empresa multinacional por su responsabilidad en casos de daño ambiental y violación a derechos humanos y laborales ciertamente no es uno fácil. Existen numerosos criterios a seguir, entre los que destacan los anteriormente expuestos del *forum rei*, *forum actoris* y *forum delicti*. El primero de estos, el *forum rei* o foro del demandado, parece muy prometedor para perseguir la responsabilidad de las empresas multinacionales cuando las demandadas tengan domicilio en países con una legislación vigorosa, como serían los miembros de la Unión Europea. Pero el problema evidente con esto sería el riesgo de un abuso por parte de los demandantes quienes, amparados en este criterio (que parece ser más un privilegio...), podrían accionar en estos tribunales por las ventajas procedimentales que pueden haber en esos países y que no estén, en principio, contempladas para los extranjeros.

Por su parte, sólo recientemente se ha extendido la aplicación del criterio del *forum conveniens* y de la doctrina del *forum non conveniens* (como contrapeso) para casos de índole transnacional. Y es este el criterio que, a juicio de quien escribe, más se acerca a una justa elección de tribunal toda vez que:

- siguiendo la doctrina del *forum non conveniens*, la elección de dónde entablar la acción (propia del demandante) podrá ser contrarrestada por el demandado si existen argumentos sólidos que permitan concluir que existe otro foro más conveniente para radicar la acción, en aras de alcanzar justicia sin desfavorecer a ambas partes. Con esto se evita se abuse del sistema del *forum rei*, así como de los beneficios que ciertamente no están destinados a ser usados por litigantes extranjeros;
- existen dificultades evidentes al momento de utilizar el criterio del *forum delicti*, toda vez que no existe una clara determinación respecto a dónde se cometió el ilícito en los casos de corporaciones transnacionales con manifiestos u ocultos deberes de vigilancia;
- la factibilidad de utilizar el *forum actoris* como un criterio eficiente no es tal toda vez que los demandantes en estos casos normalmente residirán en el país donde ocurrió el daño, cual probablemente será aquél con un sistema judicial más deficiente;
- lo normal en estos casos es que la acción sea elevada por más de un demandante, en cuyo caso puede que estos no compartan domicilio y nacionalidad, razón por la cual, nuevamente, el criterio de *forum actoris* no resultaría eficiente, y
- en caso de aplicarse el *forum rei*, la interrogante de cuál es el domicilio del demandado así como la de si será éste el foro más apropiado perdurarán, pudiendo en definitiva, y como se señaló anteriormente, prestarse el sistema para un abuso favorable, más que para alcanzar justicia (ejemplo, en el caso de existir una multinacional que tenga dos empresas madres, optarse por aquella donde existan los mejores beneficios económicos para los litigantes, no obstante no ser el foro más apropiado para litigar el juicio en comento).

No obstante ser la doctrina del *forum non conveniens* una práctica constante de los tribunales que siguen la tradición del *common law*, y por lo mismo, ser un tema que resulta muy desconocido para los tribunales civilistas, lo cierto es que su aplicación permite, cuando es ejercida responsablemente, que se persiga la responsabilidad de las empresas multinacionales donde efectivamente resulta más conveniente hacerlo.

### 3. Subjetividad

Determinadas tanto la legislación a emplear como el tribunal que conocerá del asunto, la mayor de las interrogantes se presenta: ¿cuál será la empresa imputada? Las posibilidades son sólo dos: perseguir la responsabilidad corporativa de la subsidiaria o rama, o por el contrario, perseguirla directamente de la empresa madre. Es esta última posibilidad la que presenta mayores inconvenientes procesales, pero también es esta alternativa la que brinda mayores ventajas a la hora de obtener reparación y de prevenir futuros daños.

La interrogante es compleja. La estructura actual de las corporaciones multinacionales es tal que, legalmente hablando, las empresas madres y sus subsidiarias son consideradas sujetos distintos<sup>319</sup>. Esto no impide, sin embargo, que alguna relación entre una y otra pueda ser identificada. Así, para Jonas Ebbesson "... la relación formal entre las diferentes unidades [de la empresa multinacional] no provee una imagen completa de la organización o de dónde las decisiones referentes a políticas, medidas, y omisiones son realmente tomadas. Lo que importa desde un punto de vista organizacional es más bien el elemento del control de facto"<sup>320</sup>.

Esta línea es la que han seguido algunos acuerdos internacionales, los cuales han radicado la responsabilidad en quienes ostentan el poder de facto sobre las acciones de la empresa que genera la actividad dañina. A modo de ejemplo, puede

---

<sup>319</sup> Ver Capítulo I.

<sup>320</sup> EBBESSON p. 216. Traducido por el autor.

citarse la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, cual en su Artículo 2.6 define operador como “cualquier persona física o jurídica, privada o pública, que desempeñe o controle una actividad profesional o, cuando así lo disponga la legislación nacional, *que ostente, por delegación, un poder económico determinante sobre el funcionamiento técnico de esa actividad*, incluido el titular de un permiso o autorización para la misma, o la persona que registre o notifique tal actividad”<sup>321</sup>. En efecto, este poder económico determinante no es otro a aquél control de facto al que Ebbesson hace alusión.

El problema reside, no obstante, en la separación legal que una empresa madre y su subsidiaria puedan tener en lo que respecta a su identidad. Esta separación es para muchos asimilable a aquella de un accionista respecto de la sociedad en la cual tiene participación. Pero, “Se ha sugerido que, provisto que exista suficiente implicancia en el control sobre y conocimiento de las operaciones de la subsidiaria por parte de la empresa madre, no hay razón a por qué lo principios generales de la negligencia no debiesen operar a modo de que en ciertas circunstancias aquel deber [legal de cuidado] sí debiese existir”<sup>322</sup>.

a. Conveniencia de juzgar a las empresas madres.

La conveniencia de juzgar a las empresas madres resalta de evidente: estas empresas normalmente presentan mayores recursos económicos y por tanto, pueden solventar de forma íntegra la obligación que devenga de una eventual sentencia en su contra, sin incurrir en bancarrota<sup>323</sup>. Esto tiene enorme importancia si se considera que las reparaciones ambientales y de derechos humanos y laborales son significativas.

---

<sup>321</sup> Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

<sup>322</sup> MEERAN p. 261. Traducido por el autor.

<sup>323</sup> A su respecto, ver MUCHLINSKI, Peter. Corporations in International Litigation: Problems of Jurisdiction and the United Kingdom Asbestos Cases. International and Comparative Law Quarterly, 50(1), 2001, p. 16. También se recomienda el texto de TWEEDALE, Geoffrey. y FLYNN, Laurie. Piercing the Corporate Veil: Cape Industries and Multinational Corporate Liability for a Toxic Hazard, 1950-2004. Enterprise & Society, 8(2), 2007, p. 283.

Además, siendo estas empresas las que dirigen el actuar de sus subsidiarias, al imputarlas a ellas se obtendrá mayor confianza en que no volverán a lesionar los derechos humanos ni menoscabar el medio ambiente mediante alguna otra subsidiaria, so peligro de ser nuevamente consideradas responsables. Asimismo, si la empresa madre resultase imputada, ésta se verá inducida a tomar medidas más eficientes para prevenir futuros eventos de esta naturaleza y evitar así un nuevo juicio en su contra. Esto derivaría, pues, en un manejo de la empresa más conducente a proteger los derechos humanos y a evitar los daños ambientales. Basta recordar que en el caso *Doe I v Unocal Corp.*<sup>324</sup>, el Tribunal norteamericano sostuvo que Unocal tuvo conocimiento, incluso anterior, de las violaciones a derechos humanos en que incurrió el gobierno dictatorial birmano, optando no obstante por hacer caso omiso a ello, siguiendo adelante con su proyecto. De tener conocimiento Unocal del riesgo de un juicio en su contra, habría, probablemente, ponderado de distinta forma su inclusión en la cuestionada construcción del gasoducto.

b. Identidad corporativa.

Las empresas madres y las subsidiarias no se encuentran (generalmente...) ligadas por una relación tal que permita identificarles como a una misma empresa, sino por el contrario, se encuentran unidas por relaciones y redes complejas y poco identificables. "...Esta estructura y relación corporativa sirve a dos propósitos. Primero, permite que el control del negocio desde un centro se asegure; segundo, protege a la empresa multinacional como grupo entero toda vez que los obstáculos legales y las dificultades para obtener acceso a la justicia en los tribunales locales contra las subsidiarias locales (cuales muchas veces son insolventes y no aseguradas), importan que la multinacional escape a la responsabilidad en su conjunto y que las víctimas se mantengan sin reparación"<sup>325</sup>.

Por tanto, para poder demandar a la empresa madre es necesario burlar de alguna forma esta supuesta falta de identidad corporativa, tarea no fácil si se considera

---

<sup>324</sup> Ver Capítulo 3. *Doe I v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002).

<sup>325</sup> MEERAN p. 252. Traducido por el autor.

que la intención de la empresa ha sido precisamente separarla (o al menos, distanciarla). Por consecuencia, un estudio deberá realizarse para determinar en el caso a caso si la empresa madre tiene o no responsabilidad en el actuar de la subsidiaria, cosa que se alcanzará al determinar si existe o no un control de facto de la primera sobre el actuar de la segunda.

i. Control de facto.

El control de facto es aquel control que se ejerce en la práctica, en los hechos, sin importar si existe una relación de derecho que la avale. Del entendido de 'control' como "El poder directo o indirecto para dirigir el manejo y políticas de una persona o entidad, sea teniendo seguridades en la toma de elecciones, a través de contratos, o mediante otras formas"<sup>326</sup> y 'de facto' como "teniendo efecto aun cuando no sea formal o legalmente reconocido"<sup>327</sup>, se concluye aquello. Así, el control de facto sería aquel poder para manejar el actuar de personas o entidades, directo o indirecto, que se materializa sin tener una apariencia formal o legalmente reconocida.

Es esta idea la que prevalece en los casos de las empresas transnacionales, toda vez que las empresas madres pueden, sin una relación legal que las ate a sus subsidiarias (es decir, sin una relación de derecho), mantener una significativa injerencia en su actuar mediante una relación de mero hecho. Y en efecto, ello es lo que se ha juzgado en más de alguna ocasión. Así, en el caso *Chandler v Cape Plc* se sostuvo, que el deber de cuidado que la empresa madre guardaba respecto los trabajadores de su subsidiaria obedecía a la imposición de estándares de salubridad e higiene desde aquella empresa a esta, incluyéndose así médicos y especialistas<sup>328</sup>. Con esto, no hizo la Corte sino plasmar que Cape, al controlar en los hechos las políticas de seguridad e higiene de su subsidiaria sudafricana, era directamente responsable de ellas.

---

<sup>326</sup> GARNER, Bryan (Ed.). Black's Law Dictionary (Pocket). 3ª ed. Minnesota, Thomson West, 2006, p. 146. Traducido por el autor.

<sup>327</sup> GARNER pp. 187-188. Traducido por el autor.

<sup>328</sup> Chandler v. Cape Plc.



ii. Indicios de control sobre las subsidiarias.

Como es de imaginar, la tarea de establecer que una empresa madre ejerce realmente control de facto sobre sus subsidiarias recaerá en el tribunal que conozca del asunto, toda vez que será éste quien deba sancionar si procederá o no la demanda en su contra. Para ello, no obstante no existir una pauta decisiva de los criterios a seguir para determinarlo, pueden vislumbrarse indicios que permitan inferir el antedicho control.

Así, puede enunciarse la existencia de códigos de conducta común (indicio claro de que la empresa madre está entregando patrones para el desempeño de la empresa subsidiaria), la existencia de relaciones contractuales exclusivas o significativas (imagínese el caso de una empresa que provee exclusivamente a la madre de insumos, o al revés, de una empresa madre que provee, por mínimas sumas, a la subsidiaria de los equipamientos necesarios para su funcionamiento), la existencia de una relación de pertenencia íntegra previa (muchas veces, una empresa grande podrá crear una rama en otro país y luego desprenderse del dominio de esta, mas muchas veces las pautas de operación, la infraestructura y los códigos de conducta permanecerán siendo los mismos), o la existencia de ciertos derechos de preferencia para las empresas madres en la Directiva de la subsidiaria (por ejemplo, la empresa madre puede obtener derecho a veto, o derecho a elegir a un número de miembros del Directorio o inclusive al mismo Director), entre otros muchos.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ofrece lineamientos para determinar la autonomía de una subsidiaria. Así, ello ocurriría, por ejemplo, si pertenece a un grupo multinacional establecido en numerosos países; si manufactura productos estandarizados; si las actividades entre los distintos miembros se encuentra extensamente integrado y hay un flujo constante entre ellos; si ha sido creado para servir un mercado bastante mayor al del país donde está situada; o si, simplemente, la empresa madre ostenta una gran cantidad de sus acciones<sup>329</sup>.

---

<sup>329</sup> A su respecto, ver MUCHLINSKI p. 9.

No existe un listado exclusivo y excluyente para determinar si existe o no una relación de control de facto, toda vez que el ingenio de los empresarios y la explosión de figuras para configurar estas redes de empresas multinacionales encontrarán nuevas formas para continuar distanciando la existencia de este control práctico. Por lo mismo, para determinar el verdadero control de facto que ostenta una empresa madre hay que analizar *in situ* una serie de factores e indicios, a fin de develar la mayor o menor autonomía de su subsidiaria.

### iii. Levantamiento del velo corporativo

La teoría del levantamiento del velo corporativo "es una doctrina de equidad mediante la cual un tribunal responsabiliza a un accionista por las obligaciones de la corporación [de la que participa]"<sup>330</sup>. Así, la aplicación de esta teoría permite a un tribunal tratar a dos corporaciones aparente y legalmente distintas, como una sola entidad, responsabilizándose así la una por las deudas de la otra, comprometiendo pues ambos patrimonios.

Si bien no existen lineamientos claros para establecer cuándo procede el levantamiento del velo corporativo, destacan los intentos doctrinarios y jurisprudenciales por establecer parámetros más o menos uniformes. Por ejemplo, Judith Elkin sostiene, dentro de los elementos que permiten alzar el velo corporativo, el desprecio a las formalidades corporativas; la superposición de propietarios, gerentes y directores; la ausencia de empleadores distintos; la existencia de las mismas cuentas bancarias; la constitución como aval de una empresa respecto de la otra en forma indiscriminada; el pago de las deudas de una por la otra; entre otros tantos factores<sup>331</sup>. Por lo tanto, la tarea que le corresponderá realizar al juez no es sencilla, debiendo probar el control de facto existente de una empresa sobre la otra, demostrando así que la aparente independencia de ambas no es más que ello, una mera apariencia.

---

<sup>330</sup> ELKIN, Judith. *Lifting the Veil and Finding the Pot of Gold: Piercing the Corporate Veil and Substantive Consolidation in the United States*. Dispute Resolution International, 6(2), 2012, p. 133. Traducido por el autor.

<sup>331</sup> ELKIN p. 134

En *Ngcobo y otros v Thor Chemicals Holding Ltd. y otro*, se determinó que la empresa madre era responsable por diseñar con negligencia, transferir, establecer, operar, supervisar y monitorear un procedimiento intrínsecamente dañino y peligroso<sup>332</sup>. Es decir, se levantó el velo corporativo y se decidió que la empresa madre era responsable del actuar de su rama. En *Connelly v RTZ Corporation Plc*, tras comprobarse que decisiones políticas y estrategias técnicas claves fueron tomadas en las oficinas inglesas de la empresa RTZ, se determinó que la Directiva de las empresas inglesas serían directamente responsables por su actuar negligente<sup>333</sup>. Misma situación se vivió en *Chandler v Cape Plc*<sup>334</sup>, donde, si bien se explicitó que la decisión tomada en modo alguno atendía al levantamiento o no del velo corporativo, el resultado obtenido fue precisamente aquél ya que, sin más, se responsabilizó a la empresa madre por el salud de los empleados de la subsidiaria.

Siguiendo los criterios enunciados en el apartado anterior, y aplicándolos al caso a caso (sin menospreciar otros posibles indicios de control de facto de la empresa madre sobre la subsidiaria), los distintos tribunales pueden, como en los casos recién señalados, realizar el levantamiento del velo corporativo con el fin de sancionar sin reparos a la empresa madre por el actuar de sus dependientes.

#### iv. Deber de cuidado.

Como puede desprenderse del estudio de jurisprudencia elaborado en el Capítulo III, especialmente en lo que respecta a la jurisprudencia británica, el principal elemento para en el futuro responsabilizar a las empresas madres por el actuar de sus subsidiarias pareciera ser el de 'deber de cuidado'.

El deber de cuidado debe ser entendido, ante la figura, como el principal criterio de imputación una vez determinada la existencia de control de facto de la empresa madre sobre la subsidiaria. Así, una vez que haya quedado establecido que la empresa

---

<sup>332</sup> Más información sobre este caso disponible en el Capítulo III. *Ngcobo and others v. Thor Chemicals Holding Ltd. and another* [1995] TLR 579.

<sup>333</sup> *Connelley v RTZ Corporation Plc* [1998] AC 854.

<sup>334</sup> *Chandler v Cape Plc*, párrafos 69 y 70.

madre ostenta el antedicho control, deberá cuestionar el tribunal si efectivamente la empresa incurrió en un actuar irresponsable ante la gestión de la subsidiaria.

Este deber de cuidado puede traducirse en una acción o en una omisión. Un ejemplo de acción sería, por ejemplo, el establecer códigos de conducta deficientes o tomar medidas activas que ignorasen los riesgos inherentes de la actividad, como ya se ha dicho ocurrió (y se juzgó) en el caso inglés *Chandler v Cape Plc*. Asimismo lo sería el disponer (a través de una decisión o similar) que la empresa subsidiaria incurriera derechamente en actuaciones atentatorias contra los derechos humanos, laborales, o el medioambiente. Mientras, un ejemplo de omisión sería la falta de supervisión de las acciones tomadas por la subsidiaria, acciones que irremediamente conducirían al deterioro o lesión de estos derechos<sup>335</sup>, o simplemente hacer caso omiso a las violaciones que están ocurriendo con motivo de su participación económica, como ocurrió en el caso norteamericano *Doe I v Unocal Corp*.

El cuidado, "Típicamente, involucra a una persona brindando atención tanto a posibles peligros y errores, como a escollos y maneras para minimizar esos riesgos"<sup>336</sup>. Asimismo, debe entenderse como una conducta demandada a una persona en determinadas ocasiones. Ello significa, finalmente, que el deber de cuidado deberá ser uno integral y constante para menguar los riesgos inherentes a cualquier actividad, impidiendo, por supuesto, cualquier actuar nocivo o dañino.

### c. Síntesis.

Será el juez quien deba determinar cuál será la empresa objeto de la imputación, es decir, si lo será la empresa madre o si lo será la subsidiaria. Para ello, deberá realizar un examen casuístico que determine si existe efectivamente un control

---

<sup>335</sup> Como habría ocurrido en el caso de *Sinaltrainal v Coca Cola*, cual no logró judicializarse. A su respecto, ver texto de SHAMIR, Ronen. *Between Self-Regulation and the Alien Tort Claims Act: On the Contested Concept of Corporate Social Responsibility*. *Law & Society Review*, 38(4): 635-663, 2004.

<sup>336</sup> GARNER p. 87. Traducido por el autor.

de facto de la apoderada sobre la rama, examen que considerará muchos criterios, cuales no deben ni pueden ser considerados exclusivos y excluyentes por la pericia con que los empresarios tejen las redes de estas empresas multinacionales.

Para ello, será necesario levantar el velo corporativo. Ello significará que el juez deba estudiar los elementos del caso, identificando indicios de identidad corporativa, resultándole en extremo útil el trabajo que tanto la doctrina como la jurisprudencia de distintos países ha empleado para zanjar esta materia.

El principal criterio para responsabilizar a la empresa madre, una vez levantado el velo corporativo entre ella y la subsidiaria, será el del deber de cuidado que la primera debió tener en el actuar de la segunda. Fundamental le resultará al juez realizar un nuevo examen sobre si la empresa madre pudo obrar de manera distinta para evitar el actuar que derivó en el daño y/o las lesiones. Será ésta, pues, una difícil tarea que quedará entregada al juicio del tribunal y a la capacidad de los jueces para dilucidar los verdaderos deberes que una y otra empresa debieron haber cumplido. A su respecto, lo establecido los Tribunales en los casos de *Chandler v Cape Plc* y de *Doe I v Unocal Corp*, estudiados en el Capítulo III, resultará medular ya que, en definitiva, delineará el curso a seguir en futuros casos en que se intente responsabilizar a una empresa madre por faltar al debido cuidado en el actuar de su subsidiaria.

## CONCLUSIONES.

Es un hecho que las multinacionales impactan y pueden llegar a dañar los derechos humanos, laborales y ambientales de los distintos países en que tienen asiento. Prueba fidedigna de ello es el innumerable repertorio de casos en que la justicia ha sido requerida por los abusos que han cometido estas empresas, y de las cuales esta tesis sólo enuncia y analiza unas cuantas. Sea asistiendo e incitando a la violación de derechos humanos (*Doe I v Unocal Corp*), sea fallando a un deber de cuidado que atiende a normas mínimas de trabajo (*Chandler v Cape Plc*), sea sobreexponiendo a los trabajadores a condiciones inhóspitas (*Ngcobo y otros v Thor Chemicals Holdings Ltd. y otro*), lo cierto es que las multinacionales han sabido aprovechar (y en muchos casos, lo han hecho...) la preeminencia económica que tienen respecto muchos países en desarrollo donde deciden asentarse<sup>337</sup>, así como las dificultades con que son controladas al no existir un Estado capaz de someterlas a su imperio<sup>338</sup>.

Afectados por estos abusos, las víctimas han intentado por distintas vías ser resarcidas, ya que los daños y violaciones sufridas han sido devastadores. En palabras de Albert Dlamini, trabajador de la empresa Thor Chemicals Holding Ltd., "Trabajar para Thor destruyó mi vida. Siento una amargura enorme al saber que esta empresa británica ha venido a mi país y ha adoptado condiciones de trabajo que jamás habrían sido aceptadas en su propio país"<sup>339</sup>.

La estructura actual de las multinacionales permite que efectivamente se cometan abusos ya que las empresas madres, que generalmente sólo se vinculan a las subsidiarias mediante el dominio de acciones en ellas, gozan de poder dirigir las de acuerdo a sus propios intereses e intenciones, pero son consideradas para todos los

---

<sup>337</sup> Como ha sido sostenido al comienzo de esta tesis.

<sup>338</sup> MATSUSHITA, Mitsuo et al. *The World Trade Organization*. Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 551.

<sup>339</sup> BURRELL, Ian. Mercury Poisoning victims win pounds 1.3m in landmark case. *The Independent*, 12 abril 1997. Disponible en <<http://www.independent.co.uk/news/mercury-poisoning-victims-win-pounds-13m-in-landmark-case-1266578.html>> (consultado 29.07.13).

efectos legales como entidades distintas y sin responsabilidades por sus deudas o sus actos<sup>340</sup>.

Cierto es que han habido intentos por regular el actuar de las multinacionales. Como se estudió en el Capítulo II, tanto la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), han intentado regular su actuar mediante instrumentos internacionales de mayor o menor nivel coercitivo. Mas, sólo han sido las aproximaciones voluntarias, como Las Líneas Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales o el Pacto Mundial de la ONU, las que han perdurado en su iniciativa y vigencia. Esto, pues "gran parte de la pasión... de la discusión anterior se ha desvanecido. El debate de las décadas de los 60s, 70s, e incluso de comienzos de los 80s, era de verdaderos creyentes. Las miradas que existían sobre los méritos ('las corporaciones transnacionales son el motor del progreso') o los deméritos ('la pobreza es su resultado') eran sostenidas con un fervor religioso y seguro, que conducía a aseveraciones evangélicas"<sup>341</sup>.

En la actualidad resulta imposible hablar de una responsabilidad de las empresas multinacionales en el plano internacional toda vez que no existe ningún instrumento vinculante que efectivamente les obligue. Sólo es posible encontrar documentos de naturaleza, ejecución y cumplimiento voluntarios, así como códigos de conducta (también voluntarios...) que las mismas corporaciones deciden adoptar. Esto conlleva cuestionamientos a la voluntariedad como herramienta de regulación, lo que, como se sostuvo ya, ha sido objeto de fuertes y airadas críticas<sup>342</sup>.

---

<sup>340</sup> IRELAND, Paddy. Limited Liability, shareholder rights and the problem of corporate irresponsibility. Cambridge Journal of Economics, 34(5), 2010, p. 12.

<sup>341</sup> RUBIN, Seymour. Transnational Corporations and International Codes of Conduct: A Study of the Relationship Between International Legal Cooperation and Economic Development. American University International Law Review, 10(4), 1995, p. 1276.

<sup>342</sup> CORDONIER, Marie-Claire. Sustainability and Corporate Accountability Regimes: Implementing the Johannesburg Summit Agenda. Review of European Community & International Environmental Law, 12(3), 2003, pp. 297 y 299.

Ante este escenario actual, y amparados en piezas legislativas existentes en el plano nacional de los distintos países involucrados (a veces de muy larga data, como ocurre en Estados Unidos), y en fallos aislados de los distintos tribunales nacionales e internacionales, surge la posibilidad de enjuiciar a las multinacionales no obstante la ausencia de acuerdo internacional que rija la materia. Y como bien se ha sostenido, "el camino de la litigación internacional puede, muchas veces, proveer de la única fórmula para detener las trasgresiones a los derechos de los individuos y de proveer compensaciones económicas y no económicas a las víctimas de estas violaciones"<sup>343</sup>.

Si bien estos casos de litigación transnacional han tenido un lento y paulatino desarrollo, hoy es posible detectar cierta consistencia en los pareceres de los jueces, lo que permite sacar conclusiones importantes para proceder en el futuro. Así, preguntas como 'qué ley debe usarse', 'cuál tribunal debe conocer', y 'quién debe responsabilizarse por el actuar de la multinacional', parecen encaminarse hacia una solución.

Respecto la primera de estas interrogantes, cuál legislación a aplicar, se ha sostenido en esta tesis que, a juicio de quien escribe, el criterio que debiera seguirse es, en ausencia de acuerdo entre las partes, el de *lex loci delicti*, o ley del lugar donde ocurrió el delito, como ha sido utilizado en las jurisdicciones australianas, canadienses y británicas. Ello, pues permite que las partes puedan anticiparse efectivamente a qué legislación será utilizada al saber dónde se cometió el ilícito, con la suficiente flexibilidad para sancionar en el país donde éste se gestó intelectualmente, de haber una falta de debido cuidado o de existir control de facto de parte de la empresa madre por sobre su subsidiaria. Con esto se protege, además, que no se utilice indiscriminadamente una legislación que usualmente será más perjudicial para el demandante, como se ha sostenido ocurriría con el criterio europeo del *lex damni*. Finalmente, esta elección evita la aplicación extraterritorial de la ley, como ocurriría con la elección de la ley mediante el criterio de *lex fori*.

---

<sup>343</sup> BOGGIO, Andrea. The Global Enforcement of Human Rights: The Unintended Consequences of Transnational Litigation. International Journal of Human Rights, 10(4), 2006, p. 3.



La segunda de las preguntas fundamentales, cuál tribunal es el adecuado para juzgar a una empresa multinacional, reconoce, como se sostuvo en el Capítulo IV, muchos criterios. Entre ellos, no obstante, y si bien es cierto que parece más favorable para el demandante el demandar en el foro del demandado (*forum rei*), el riesgo de un abuso por parte de los demandantes para accionar aquí en atención a las ventajas procedimentales hace preferible inclinarse por el criterio del *forum conveniens* y de la doctrina del *forum non conveniens*, es decir, la aplicación de la institución de que debe ser el foro más apropiado quien conozca del asunto. Conforme ella, se garantiza efectivamente la posibilidad que el tribunal donde el demandante accionó cuestione y sopesa jurídica y prudencialmente cuál debiera ser el foro más indicado para conocer de la causa. Ello, de haber independencia absoluta del poder judicial, sería ciertamente favorable para el fin último de todo tipo de litigación, a saber, hacer justicia, como ya se ha sostenido.

Finalmente, para determinar quién debe responsabilizarse por el actuar de una multinacional, y por consiguiente, quién debe ser juzgado por las acciones de ésta, resulta medular reconocer ello será labor del juez quien caso a caso deberá verificar si existe control de facto de la empresa madre sobre su subsidiaria. Para ello, será necesario levantar el velo corporativo, identificando indicios de identidad corporativa entre ambas empresas conforme los distintos elementos del caso, cuidando luego de revisar si hubo o no algún deber de cuidado en juego que haya sido vulnerado. Así, resultará en extremo valioso lo establecido por los tribunales en los casos de *Chandler v Cape Plc* y de *Doe I v Unocal Corp*, estudiados en el Capítulo III, al servir de sólido pie para delinear a futuro el curso de acción a seguir en los casos en que se intente responsabilizar a una empresa madre por faltar al debido cuidado en el actuar de su subsidiaria.

Se ha señalado, además, que el demandar a las empresa madres tendría aparejado otros beneficios, por ejemplo, de índole económica. Así, sostiene Peter Muchlinski que en los distintos casos en que se ha accionado por daños producto de asbestos, "no resulta inmediatamente obvio por qué el costo de hacer frente a estas

lesiones relacionadas al asbesto deba recaer exclusivamente en las subsidiarias, cuando ellas pueden no contar con los fondos para compensar a los demandantes"<sup>344</sup>.

Conforme lo estudiado en esta tesis, mientras no haya acuerdo internacional, la litigación transnacional es la mejor herramienta para hacer frente a los abusos de las multinacionales, pues por una parte, permite enjuiciarles directamente a fin de obtener reparaciones materiales para las víctimas de sus abusos, mientras por la otra, es un elemento disuasivo para las malas prácticas en que incurren las empresas. Si bien su ejercicio conlleva riesgos como afectar el empleo al socavar a las multinacionales y restringirlas en su actuar<sup>345</sup>, ello es sólo una cara de la moneda. Los afectados, a veces pueblos enteros, resienten el actuar de las multinacionales cuando por su actuar se cometen atrocidades, fundadas en aras de este progreso<sup>346</sup>.

Algunos autores han acusado que con este sistema se socava a los gobiernos locales y sus poderes judiciales al hacerse una imposición valórica desde otro país<sup>347</sup>. Otros critican que con la litigación transnacional hay poca certeza respecto qué le ocurrirá a las empresas, ya que no saben con exactitud a qué atenerse<sup>348</sup>. Uno y otro argumento no tienen verdadero asidero ni trasfondo, ético o legal. El primero, pues no se pasan a llevar los Estados ya que no existe aplicación extraterritorial de la ley al responsabilizarse, derechamente, a quien cometió el delito, atendido el control de facto que mantuvo respecto de sus subsidiarias. El segundo, y más importante aún, pues las empresas sí saben, siempre saben, a qué deben atenerse: a no violar los derechos humanos fundamentales, ni a someter a sus trabajadores a condiciones denigrantes, ni a contaminar el medio ambiente. Lo contrario es... insostenible.

---

<sup>344</sup> MUCHLINSKI, Peter. Corporations in International Litigation: Problems of Jurisdiction and the United Kingdom Asbestos Cases. *International and Comparative Law Quarterly*, 50(1), 2001, p. 16. Traducido por el autor.

<sup>345</sup> HUFBAUER, Gary Clyde y MITROKOSTAS, Nicholas. International Implications of the Alien Tort Statute. *Journal of International Economic Law*, 7(2), 2004, p. 257.

<sup>346</sup> Cita disponible en HOLZMEYER, Cheryl. Human Rights in an Era of Neoliberal Globalization: The Alien Tort Claims Act and Grassroots Mobilization in *Doe v. Unocal*. *Law & Society Review*, 43(2), 2009, pp. 293-294.

<sup>347</sup> BOGGIO p. 11.

<sup>348</sup> BERNARD, Anthony. Holding Corporations Liable in the United States for Aiding and Abetting Human Rights Violations Abroad: A Statutory Solution. *The George Washington Law Review*, 78, 2010, p. 617.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

### **LIBROS Y ARTÍCULOS EN LIBROS**

AVERY, Chris. Business and Human Rights in a Time of Change. En: KAMMINGA, Menno T. y ZIA-ZARIFI, Saman (Eds.). Liability of Multinational Corporations under International Law. La Haya, Kluwer Law International, 2000. pp 17-73.

EBBESSON, Jonas. Transboundary corporate responsibility in environmental matters: fragments and foundations for a future framework. En: WINTER, Gerd (Ed.). Multilevel Governance of Global Environmental Change: Perspectives from Science, Sociology and the Law. Cambridge, Cambridge University Press, 2006. pp 200-224.

GARNER, Bryan (Ed.). Black's Law Dictionary (Pocket). 3ª ed. Minnesota, Thomson West, 2006. 840p.

GREEN, Jennifer y HOFFMAN, Paul. US Litigation Update. En: KAMMINGA, Menno T. y ZIA-ZARIFI, Saman (Eds.). Liability of Multinational Corporations under International Law. La Haya, Kluwer Law International, 2000. pp 231-249.

HALEY, John. The Adjudatory Jurisdiction of Japanese Courts in Transnational Litigation. En: NAFZIGER, James y SYMEONIDES, Symeon (Eds.). Law and Justice in a Multistate World. New York, Transnational Publishers, 2002. pp 705-719.

HUNER, Jan. The Multilateral Agreement on Investment and the Review of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. En: KAMMINGA, Menno T. y ZIA-ZARIFI, Saman (Eds.). Liability of Multinational Corporations under International Law. La Haya, Kluwer Law International, 2000. pp 197-205.

JOSEPH, Sarah. An Overview of the Human Rights Accountability of Multinational Enterprises. En: KAMMINGA, Menno T. y ZIA-ZARIFI, Saman (Eds.). Liability of Multinational Corporations under International Law. La Haya, Kluwer Law International, 2000. pp 75-93.

KAMMINGA, Menno y ZIA-ZARIFI, Saman. Liability of Multinational Corporations Under International Law: An Introduction. En: KAMMINGA, Menno T. y ZIA-ZARIFI, Saman (Eds.). Liability of Multinational Corporations under International Law. La Haya, Kluwer Law International, 2000. pp 1-15.

MATSUSHITA, Mitsuo et al. The World Trade Organization. Oxford, Oxford University Press, 2003. 666p.

MEERAN, Richard. Liability of Multinational Corporations: A Critical Stage in the UK. En: KAMMINGA, Menno T. y ZIA-ZARIFI, Saman (Eds.). Liability of Multinational Corporations under International Law. La Haya, Kluwer Law International, 2000. pp 251-264.

MUCHLINSKI, Peter T. Attempts to Extend the Accountability of Transnational Corporation: The Role of UNCTAD. En: KAMMINGA, Menno T. y ZIA-ZARIFI, Saman (Eds.). Liability of Multinational Corporations under International Law. La Haya, Kluwer Law International, 2000. pp 97-117.

NOLLKAEMPER, André. Litigation Against MNCs: Public International Law in the Netherlands. En: KAMMINGA, Menno T. y ZIA-ZARIFI, Saman (Eds.). Liability of Multinational Corporations under International Law. La Haya, Kluwer Law International, 2000. pp. 265-281.

SANDS, Philippe. Principles of International Environmental Law. 2<sup>a</sup> ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2003. 1246p.

STEPHENS, Beth. Corporate Accountability: International Human Rights Litigation Against Corporations in US Courts. En: KAMMINGA, Menno T. y ZIA-ZARIFI, Saman (Eds.). Liability of Multinational Corporations under International Law. La Haya, Kluwer Law International, 2000. pp 209-229.

WEISSBRODT, David. The Beginning of a Sessional Working Group on Transnational Corporations Within the UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protections of Minorities. An Overview of the Human Rights Accountability of Multinational Enterprises. En: KAMMINGA, Menno T. y ZIA-ZARIFI, Saman (Eds.).

Liability of Multinational Corporations under International Law. La Haya, Kluwer Law International, 2000. pp 119-138.

WILLIAMS, Jaime. Lecciones de Introducción al Derecho. 4ª ed. Santiago, Ediciones Fundación de Ciencias Humanas, 2003. 460p.

### **ARTICULOS EN REVISTAS**

ADAMSKI, Theresa. The Alien Tort Claims Act and Corporate Liability: A Threat to the United States' International Relations. Fordham International Law Journal, 34(6): 1502-1543, 2011.

ALARIK, Björn. From M-form to N-form: The Structure of Multinational Corporations. FE-rapport, 378: 1-48, 2000.

APODACA, Claire. The Globalization of Capital in East and Southeast Asia: Measuring the Impact on Human Rights Standards. Asian Survey, 42(6): 883–905, 2002.

ARSLAN, Ahmad. Impacts of institutional pressures and the strength of market supporting institutions in the host country on the ownership strategy of multinational enterprises: theoretical discussion and propositions. Journal of Management & Governance, 16(1): 107-124, 2012.

BECKMAN, Terry et al. The Emergence of Corporate Social Responsibility in Chile: The importance of Authenticity and Social Networks. Journal of Business Ethics, 86(2): 191-206, 2009.

BERNARD, Anthony. Holding Corporations Liable in the United States for Aiding and Abetting Human Rights Violations Abroad: A Statutory Solution. The George Washington Law Review, 78: 615-635, 2010.

BLANKENBURG, Stephanie et al. Limited liability and the modern corporation in theory and in practice. Cambridge Journal of Economics, 34: 821-836, 2010.

BOGGIO, Andrea. The Global Enforcement of Human Rights: The Unintended Consequences of Transnational Litigation. International Journal of Human Rights, 10(4): 325-344, 2006.

BOYLE, Alan. Globalising Environmental Liability: The Interplay of National and International Law. Journal of Environmental Law, 17(1): 3-26, 2005.

BRIDGEMAN, Natalie. Human Rights Litigation Under the ATCA as a Proxy For Environmental Claims. Yale Human Rights & Development Law Journal, 6: 1-43, 2003.

BUCHELI, Marcelo. Multinational Corporations, Business Groups, and Economic Nationalism: Standard Oil (New Jersey), Royal Dutch-Shell, and Energy Politics in Chile, 1913-2005. Enterprise and Society, 11(2): 350-399, 2010.

BURKE, John. Foreclosure of the Doctrine of Forum Non Conveniens under the Brussels I Regulation: Advantages and Disadvantages. The European Legal Forum, 1(3): I-121 - I-126, 2008.

CHOI, Jongmoo Jay y JIANG, Cao. Does multinationality matter? Implications of operational hedging for the exchange risk exposure. Journal of Banking & Finance, 33: 1973-1982, 2009.

CORDONIER, Marie-Claire. Sustainability and Corporate Accountability Regimes: Implementing the Johannesburg Summit Agenda. Review of European Community & International Environmental Law, 12(3): 295-309, 2003.

D'AMORE, Carolyn. Sosa v. Alvarez-Machain and the Alien Tort Statute: How Wide Has the Door to Human Rights Litigation Been Left Open?. Akron Law Review, 39: 593-633, 2006.

DAVIS, Jeffrey. Human Rights in US Courts: Alien Tort Claims Act Litigation after Sosa v. Alvarez-Machain. Human Rights Review, 8(4): 341-368, 2007.

DE SCHUTTER, Olivier. Towards Corporate Accountability for Human and Environmental Rights Abuses. The European Coalition for Corporate Justice: 1-15, abril 2007.

DETOMASI, David Antony. The Multinational Corporation and Global Governance: Modelling Global Public Policy Networks. Journal of Business Ethics, 71: 321-334, 2007.

ECKERT, Andrew et al. Environmental Liability in Transboundary Harms: Law and Forum Choice. The Journal of Law, Economics, & Organization, 24(2): 434-457, 2007.

ELKIN, Judith. Lifting the Veil and Finding the Pot of Gold: Piercing the Corporate Veil and Substantive Consolidation in the United States. Dispute Resolution International, 6(2): 131-148, 2012.

ENNEKING, Liesbeth. Crossing the Atlantic? The Political and Legal Feasibility of European Foreign Direct Liability Cases. The George Washington International Law Review, 40: 903-938, 2009.

FIGUEROA, Dante. Are there Ways out of the Current Forum Non Conveniens Impasse Between the United States and Latin America? Business Law Brief: 42-48, Primavera 2005.

FRIEDMAN, Milton. The Social Responsibility of Business is to increase its profits. New York Times Magazine, 13 sept. 1970.

FUKS, Igor. Sosa v. Alvarez-Machain and the Future of ATCA Litigation: Examining Bonded Labor Claims and Corporate Liability. Columbia Law Review, 106: 112-143, 2006.

GALLAGHER, Katherine. Civil Litigation and Transnational Business: An Alien Tort Statute Primer. Journal of International Criminal Justice, 8: 745-767, 2010.

GIANNINI, Tyler y FARBSTEIN, Susan. Corporate Accountability in Conflict Zones: How Kiobel Undermines the Nuremberg Legacy and Modern Human Rights. Harvard International Law Journal Online, 52: 119-135, 2010.

HESS, David. Social Reporting: A Reflexive Law Approach to Corporate Social Responsiveness. The Journal of Corporation Law, 25: 41-84, 1999.

HOLZMEYER, Cheryl. Human Rights in an Era of Neoliberal Globalization: The Alien Tort Claims Act and Grassroots Mobilization in Doe v. Unocal. Law & Society Review, 43(2): 271-304, 2009.

HUFBAUER, Gary Clyde y MITROKOSTAS, Nicholas. International Implications of the Alien Tort Statute. Journal of International Economic Law, 7(2): 245-262, 2004.

IKEDA, Tatsuo et al. Transnational Litigation and the Evolution of the Law of Evidence in Japan. Osaka University Law Review, 42: 41-60, 1995.

IRELAND, Paddy. Limited Liability, shareholder rights and the problem of corporate irresponsibility. Cambridge Journal of Economics, 34(5): 837-856, 2010.

JAEGER, Kathleen. Environmental Claims Under the Alien Tort Statute. Berkeley Journal of International Law, 28(2): 519-536, 2010.

KAZEN-ALLEN, L. Global Asbestos Justice: South African Asbestos Victims Win Right to Sue Cape plc in UK Courts. Multinational Monitor, 21(9): 9-11, 2000.

KINLEY, David y JOSEPH, Sarah. Multinational corporations and human rights: questions about their relationship. Alternative Law Journal, 27(1): 7-11, 2002.

KOH, Harold Hongju. Separating Myth from Reality about Corporate Responsibility Litigation. Journal of International Economics Law, 7(2): 263-274, 2004.

KRYVOI, Yaraslau. Enforcing Labor Rights against Multinational Corporate Groups in Europe. Industrial Relations: A Journal of Economy and Society, 46(2): 366-386, 2007.

KUNSTLE, David. Kadic v. Karadzic: Do Private Individuals Have Enforceable Rights and Obligations Under the Alien Tort Claims Act? Duke Journal of Comparative & International Law, 6: 319-346, 1996.

LETNES, Bjørn. Transnational Corporations and Human Rights: Silencing the Ontological Controversy. Public Organization Review: A Global Journal, 4: 259-277, 2004.



MEERAN, Richard. Tort Litigation against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: An Overview of the Position Outside the United States. City University of Hong Kong Law Review, 3(1): 1-41, 2011.

MENON, Jaykumar. The Alien Tort Statute: Blackstone and Criminal/Tort Law Hybridities. Journal of International Criminal Justice, 4: 372-386, 2006.

MORSE, Robin. Not in the Public Interest? Lubbe v. Cape PLC. Texas International Law Journal, 37(54): 541-558, 2002.

MORTENSEN, Reid. Homing Devices in Choice of Tort Law: Australian, British and Canadian Approaches. International and Comparative Law Quarterly, 55: 839-878, 2006.

MOSTAJELEAN, Bahareh. Foreign Alternatives to the Alien Tort Claims Act: The Success (or is it Failure?) of Bringing Civil Suits Against Multinational Corporations that Commit Human Rights Violations. The George Washington International Law Review, 40: 497-525, 2008.

MUCHLINSKI, Peter. Corporations in International Litigation: Problems of Jurisdiction and the United Kingdom Asbestos Cases. International and Comparative Law Quarterly, 50(1): 1-25, 2001.

NOLAN, Justine y TAYLOR, Luke. Corporate Responsibility for Economic, Social and Cultural Rights: Rights in Search of a Remedy?. Journal of Business Ethics, 87: 433-451, 2009.

NORBERG, Naomi. The US Supreme Court Affirms the Filartiga Paradigm. Journal of International Criminal Justice, 4: 387-400, 2006.

OLUFEMI, Okoji. Corporate Social Responsibility of Multinational Oil Corporations to Host Communities in Niger Delta Nigeria. IFE Psychologia , 18(2): 21-34, 2010.

OMER, Khursheed et al. Degree of Multinationality and Financial Performance: A Study of U.S.-Based Multinational Corporations. Review of Quantitative Finance and Accounting, 11: 53-68, 1998.

PARKAN, Baris. On Multinational Corporations and the Provision of Positive Rights. Journal of Business Ethics, 85: 73-82, 2009.

PERLMUTTER, Howard. The Tortuous Evolution of the Multinational Corporation. Columbia Journal of World Business: 9-18, 1969.

PRIHANDONO, Iman. Barriers to transnational human rights litigation against transnational corporations (TNCs): The need for cooperation between home and host countries. Journal of Law and Conflict Resolution, 3(7): 89-103, 2011.

RAMSAY, Ian y NOAKES, David. Piercing the Corporate Veil in Australia. Company and Securities Law Journal, 19: 250-271, 2001.

RUBIN, Seymour. Transnational Corporations and International Codes of Conduct: A Study of the Relationship Between International Legal Cooperation and Economic Development. American University International Law Review, 10(4): 1275-1289, 1995.

SARANGI, Satinath et al. Effects of Exposure of Parents to Toxic Gases in Bhopal on the Offsprings. American Journal of Industrial Medicine, 53: 836-841, 2012.

SCHOEN, Edward et al. The Alien Tort Claims Act of 1789: Globalization of Business Requires Globalization of Law and Ethics. Journal of Business Ethics, 62: 41-56, 2005.

SHAMIR, Ronen. Between Self-Regulation and the Alien Tort Claims Act: On the Contested Concept of Corporate Social Responsibility. Law & Society Review, 38(4): 635-663, 2004.

THORNTON, Justine y TROMANS, Stephen. Human Rights and Environmental Wrongs; Incorporating the European Convention on Human Rights: Some Thoughts on the Consequences for UK Environmental Law. Oxford University Press, 11(1): 35-57, 1999

TOWNSEND, John. Schemes of Arrangement and Asbestos Litigation: In Re Cape plc. The Modern Law Review, 76(5): 837-856, 2007.

TWEEDALE, Geoffrey. y FLYNN, Laurie. Piercing the Corporate Veil: Cape Industries and Multinational Corporate Liability for a Toxic Hazard, 1950-2004. Enterprise & Society, 8(2): 268-296, 2007.

URBINA, Ignacio. Levantamiento del Velo Corporativo. Revista Chilena de Derecho, 38(1): 163-171, 2011.

WANLESS, Cory. Corporate Liability for International Crimes under Canada's Crimes Against Humanity and War Crimes Act. Journal of International Criminal Justice, 7: 201-221, 2009.

WOUTERS, Jan y CHANET, Leen. Corporate Human Rights Responsibility: A European Perspective. Northwestern Journal of International Human Rights, 6(2): 262-303, 2008.

### **ARTÍCULOS DE ORIGEN ELECTRÓNICO**

BANHAM, Cynthia. Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co - implicacion for international human rights litigation in the US. Regarding Rights, 14 junio 2013. Disponible en <http://asiapacific.anu.edu.au/regarding-rights/2013/06/14/kiobel-v-royal-dutch-petroleum-co-implications-for-international-human-rights-litigation-in-the-us-2/> (consultado 29.07.13).

BROWN, Raymond. Kiobel v. Royal Dutch petroleum: Supreme Court issues murky opinion that may ironically clear some waters. Lexology, 23 abril 2013. Disponible en <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=199e67d7-618e-47a8-98c8-04a9d5e0d497> (consultado 29.07.13).

BURRELL, Ian. Mercury Poisoning victims win pounds 1.3m in landmark case. The Independent, 12 abril 1997. Disponible en <http://www.independent.co.uk/news/mercury-poisoning-victims-win-pounds-13m-in-landmark-case-1266578.html> (consultado 29.07.13).

BURTON, John. Interview with Paul Hoffman, lawyer for the plaintiffs. World Socialist Web Site, 23 abril 2013. Disponible <<https://www.wsws.org/en/articles/2013/04/23/hoff-a23.html?view=print>> (consultado 29.07.13).

CHAMBERS, Rachel. The Unocal Settlement: Implications for the Developing Law on Corporate Complicity in Human Rights Abuses. Disponible en <<http://www.wcl.american.edu/hrbrief/13/unocal.pdf>> (consultado 28.07.13).

FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Position Paper: Comments to the Interim Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, February 22, 2006, disponible en <<http://www.fidh.org/IMG/pdf/business442a.pdf>> (consultado 28.07.13).

FITZGERALD, E.V.K et al. The Development Implications of the Multilateral Agreement on Investment: A report commissioned by the Department for International Development. Finance and Trade Policy Research Centre, University of Oxford, 1998, disponible en <<http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/1922690.pdf>> (consultado 28.07.13)

GREENPEACE INTERNATIONAL. Corporate Crimes: The need for an international instrument on corporate accountability and liability. Agosto 2002, disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/issues/globalization/business/docs/greenpeace1.pdf>> (consultado 28.07.13).

HANAKOVA, Lea. Accountability of Transnational Corporations under International Standards. Tesis de Magister, University of Georgia School of Law, Georgia, 2005 disponible en <[http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1020&context=stu\\_llm](http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1020&context=stu_llm)> (consultado 28.07.13).

KAMMINGA, Menno T. Corporate Obligations under International Law, ponencia presentada en la 71era Conferencia de la *International Law Association*, en Berlín el 17 de agosto de 2004, disponible en

<<http://www2.ohchr.org/english/issues/globalization/business/docs/kamminga.doc>>  
(consultado 09.05.13).

LATHAM & WATKINS. The Importance of Voluntarism, disponible en  
<[http://unglobalcompact.org/docs/about\\_the\\_gc/Voluntarism\\_Importance.pdf](http://unglobalcompact.org/docs/about_the_gc/Voluntarism_Importance.pdf)>  
(consultado 23.06.13)

LEECH, Gary. Coca-Cola Accused of Using Death Squads to Target Union Leaders. Columbia Journal, 23 julio 2001. Disponible en  
<<http://colombiajournal.org/colombia73.htm>> (consultado 29.07.13).

MARTENS, Jens. Six Problems of the Global Compact between Business and the UN. Global Policy Forum, 23 junio 2004. Disponible en  
<<http://www.globalpolicy.org/component/content/article/225/32252.html>> (consultado 24.06.13).

MAYER BROWN. Chandler v Cape: Piercing the Corporate Veil: Lessons in Corporate Governance. Legal Update, mayo 2011. Disponible en  
<[http://www.mayerbrown.com/files/Publication/3afefd67-6cd6-4697-ac33-b25564d1ff65/Presentation/PublicationAttachment/663d94ed-250d-467a-a303-138edc334847/chander\\_cape\\_120510.pdf](http://www.mayerbrown.com/files/Publication/3afefd67-6cd6-4697-ac33-b25564d1ff65/Presentation/PublicationAttachment/663d94ed-250d-467a-a303-138edc334847/chander_cape_120510.pdf)> (consultado 29.07.13).

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. Private Initiatives for Corporate Responsibility: An Analysis. Working Papers on International Investment, no. 2001/1, febrero 2001. Disponible en  
<<http://www.oecd.org/industry/inv/corporateresponsibility/2074991.pdf>> (consultado 29.07.13).

RUGGIE, John. Obstacles to Justice and Redress for Victims of Corporate Human Rights Abuse. Oxford Pro Bono Publico, 3 noviembre 2008. Disponible en  
<<http://198.170.85.29/Oxford-Pro-Bono-Publico-submission-to-Ruggie-3-Nov-2008.pdf>>  
(consultado 29.07.13).

THE WASHINGTON POST. Policing Human Rights. The Washington Post, 14 agosto 2003. Disponible en

<<http://pqasb.pqarchiver.com/washingtonpost/access/383988661.html?FMT=ABS&FMTS=ABS:FT&date=Aug+14%2C+2003&author=&pub=The+Washington+Post&edition=&startpage=A.18&desc=Policing+Human+Rights>> (consultado 29.07.13).

UNITED STATES OF AMERICA, DEPARTMENT OF STATE. The Doctrine of Forum Non Conveniens in the United States. Disponible en <[http://www.state.gov/www/global/legal\\_affairs/us\\_annex-c.html](http://www.state.gov/www/global/legal_affairs/us_annex-c.html)> (consultado 29.07.13).

WILLIAMS, Oliver. The UN Global Compact and doing the right thing. University of Notre Dame. 16 agosto 2012. commentary post. Disponible en <[http://business.nd.edu/ask\\_more/commentary.aspx?id=11707](http://business.nd.edu/ask_more/commentary.aspx?id=11707)> (consultado 28.07.13).

## **DOCUMENTOS LEGALES**

Alien Tort Claims Act (ATCA), 28 United States Code sección 1350 (1789).

Comisión sobre las Empresas Transnacionales, *Desarrollo y Cooperación Económica Internacional: Empresas Transnacionales*, UN Doc. E/1990/94 (1990).

Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, disponible en <[http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/ConvCombatBribery\\_Spanish.pdf](http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/ConvCombatBribery_Spanish.pdf)> (consultado 28.07.13).

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 14 junio 1992, (1992) 31 ILM 874.

Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, 61 Boletín Oficial OIT (1978) Serie A, no. 1.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Resolución 217 A (III) de la Asamblea General, UN Doc. A/180 (1948).

Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 sobre Responsabilidad Medioambiental en Relación con la Prevención y Reparación de Daños Medioambientales.

General Agreement on Tariffs and Trade, Ginebra, 30 octubre 1947, 55 UNTS 187 (1947) (GATT 1947).

Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para Empresas Multinacionales, 15 *ILM* (1976).

Nordic Convention on the Protection of the Environment, Estocolmo, 19 febrero 1974, 13 *ILM* (1974).

Reglamento 2001/44/CE 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 (Reglamento de Bruselas).

Reglamento 2007/864/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicables a las obligaciones extracontractuales (Reglamento de Roma II).

Reporte Anual de 1992 de la Cámara Internacional del Comercio

Reporte del Secretario General de la ONU sobre el Impacto de las Empresas Transnacionales en los Procesos de Desarrollo y otras Relaciones Internacionales, UN Doc. E/5500/Add. 1.

Resolución 2003/16 (**U.N. Doc.** E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2) 26 de agosto de 2003.

## **FALLOS**

### Estados Unidos:

Bowoto v. Chevron Corp., 621 F.3d 1116 (9th Circ. 2010).

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

Filartiga v. Peña Irala, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

Flores v. Southern Peru Copper Corp., 414 F. 3d 233 (2nd Cir. 2003).

Kadic v. Karadzic, 70 F.3d 232 (2nd Cir. 1995).

Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 569 U.S. \_\_\_\_\_ (2013).

Kiobel v. Royal Dutch Petroleum, 621 F.3d 111 (2d Cir. 2010).

Romero v. Drummond Co., 552 F.3d 1303 (11th Cir. 2008).

Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692 (2004).

Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co., 226 F. 3d 88 (2nd Cir. 2000).

#### Reino Unido:

Adams v Cape Industries Plc [1990] Ch 433.

Chandler v. Cape Plc [2011] EWHC 951 (QB).

Chandler v. Cape Plc [2012] EWCA Civ 525.

Connelley v RTZ Corporation Plc [1998] AC 854.

Lubbe et al v Cape Plc [2000] UKHL 41.

Ngcobo and others v. Thor Chemicals Holding Ltd. and another [1995] TLR 579.

Salomon v A Salomon & Co Ltd [1897] AC 22.

Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd [1986] UKHL 10.

#### Australia:

Brewarrana v Commissioner of Highways (1973) 4 SASR 476.

Briggs v James Hardie & Co Pty Ltd (1989) 16 NSWLR 549.

British South Africa Co v. Companhia de Moçambique [1893] AC 602.



Dagi v Broken Hill Proprietary Company Limited (No 2) [1997] 1 VR 428.

Gas Lighting Co Ltd v Inland Revenue Commissioners (1923) AC 723.

#### Canadá

Canadian Overseas Ores Limited v. Compania de Acero del Pacifico, S.A., 528 F.Supp. 1337 (S.D.N.Y.1982).

Tolofson v Jensen [1994] 3 SCR 1022

#### Escocia

Sim v. Robinow (1892) 19 R (Ct. of Sess.) 665

#### Holanda

Hof Amsterdam 21 Junio 1979, *NJ* 1980, 71, Batco.

### **PÁGINAS WEB CONSULTADAS**

<http://unglobalcompact.org/AboutTheGC/index.html>

[http://www.aph.gov.au/Parliamentary\\_Business/Bills\\_Legislation/Bills\\_Search\\_Results/Result?bld=s259](http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bld=s259)

[http://www.asbestos.com/asbestosis/.](http://www.asbestos.com/asbestosis/)

[http://www.atsdr.cdc.gov/es/toxfaqs/es\\_tfacts182.pdf](http://www.atsdr.cdc.gov/es/toxfaqs/es_tfacts182.pdf)>

<http://www.blm-law.com/2301/12311/objects/blm-e-bulletin-topic/asbestos---chandler-v-cape-plc--2011--ewhc-951--qb-.html>

<http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/Coca-ColalawsuitreIndia>

[http://www.corporatecampaign.org/history\\_sinaltrainal\\_coca-cola\\_2003.php](http://www.corporatecampaign.org/history_sinaltrainal_coca-cola_2003.php)

<http://www.earthrights.org/legal/does-v-unocal>

<http://www.earthrights.org/legal/final-settlement-reached-does-v-unocal>

<http://www.economist.com/node/13648978>

[http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol123\\_simaltrainal\\_v\\_cocacola.pdf](http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol123_simaltrainal_v_cocacola.pdf)

<http://www.righttowater.info/ways-to-influence/legal-approaches/case-against-cocacola-kerala-state-india/>

<http://www.sustainability-indices.com/>

<http://www.un.org/News/Press/docs/1999/19990201.sgsm6881.html>

<http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/a389702baa023990c1256d59004814a4?Opendocument>

<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/a389702baa023990c1256d59004814a4?Opendocument>

<http://www.usaengage.org/?id=1>