

El foro de necesidad y el acceso internacional a la justicia ante la vulneración de derechos humanos por parte de sujetos económicos privados

The forum of necessity and international access to justice in the face of human rights violations by private economic agents

DANIELA BARDEL*

*Profesora de Teoría General del Derecho- Becaria postdoctoral CONICET
Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires*

IRENE MERINO CALLE**

*Investigadora Postdoctoral Margarita Salas
Universidad de Valladolid*

Recibido: 15.06.2023// Aceptado: 10.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8054

Resumen: El derecho de acceso a la justicia es uno de los derechos humanos que ha generado un replanteamiento a las ramas jurídicas, entre las que se encuentra el Derecho Internacional Privado. Este trabajo tiene por objetivo exponer cómo el derecho de acceso a la justicia interpela el posicionamiento de esta área, poniendo en agenda la oportunidad de regular el foro de necesidad como *ultima ratio* para el acceso a la justicia. En especial, esta situación será abordada en la relación de empresas y derechos humanos, es decir, en el vínculo entre la regulación de los sujetos económicos en su actuación transnacional y el respeto a los derechos humanos. Para ello, en primer lugar, analizaremos el acceso a los sistemas judiciales y en particular la situación de las empresas y los derechos humanos; y, en segundo lugar, exploraremos la regulación del *forum necessitatis* en la Unión Europea y en Latinoamérica, particularizando en el derecho español y argentino. Finalmente, se postula el argumento de pensar la posibilidad del uso estratégico en la regulación del foro de necesidad, y se justifica el instituto con referencia en casos jurisprudenciales.

Palabras clave: Derechos Humanos; Derecho Internacional Privado; *Forum Necessitatis*; sujetos económicos privados.

Abstract: The right to access to justice is one of the human rights that has prompted a reconsideration of legal branches, including Private International Law. This work aims to expose how the right to access to justice repositions this field, putting on the agenda the opportunity to regulate the forum of necessity as a last resort for accessing justice. Specifically, this situation will be addressed in the relationship between companies and human rights, that is, the link between the regulation of economic

* Profesora en Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, Facultad de Derecho, CIEP, Azul, Buenos Aires, Argentina y Universidad del CEMA, Argentina. Becaria posdoctoral Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Argentina.

** Investigadora postdoctoral acreditada a prof. contratado doctor por la ANECA. Este artículo ha sido realizado gracias a las Ayudas para la recualificación del sistema universitario español para 2021- 2023 de la Universidad de Valladolid. Modalidad Margarita Salas. Programa financiado por la Unión Europea *NextGeneration*.

actors in their transnational operations and the respect for human rights. To do so, firstly, we will analyze access to judicial systems, particularly the situation of companies and human rights. Secondly, we will explore the regulation of the *forum necessitatis* in the European Union and Latin America, focusing on Spanish and Argentinian law. Finally, the argument is put forward to consider the possibility of strategic use in regulating the forum of necessity, and the institute is justified with reference to case law.

Keywords: Human rights; International Private Law; *Forum Necessitatis*; private economic subjects.

Sumario: I. Introducción. II. El acceso a los sistemas judiciales: una cuestión de derechos humanos para el Derecho Internacional Privado. 1. Aspectos generales. 2. La técnica del foro de necesidad. 3. La situación de acceso a los sistemas judiciales en relación con las empresas y los derechos humanos. III. El *forum necessitatis* en Europa y Latinoamérica. 1. La dimensión europea del *forum necessitatis*. 2. Regulación nacional: España. 3. La dimensión latinoamericana del *forum necessitatis*. 4. Regulación nacional: Argentina. 5. Funcionamiento conjetural y restricción de las conductas: el uso estratégico del foro de necesidad. IV. Justificación jurisprudencial del foro de necesidad. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. En un mundo cada vez más interconectado, caracterizado por la continua y creciente movilidad de personas (físicas y jurídicas), capitales y servicios, la protección de los derechos humanos, incluyendo el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva (prohibición de denegación de justicia), es crucial¹. El arbitraje es una opción recurrente para resolver conflictos comerciales², pero se necesitan otros mecanismos, como el proceso judicial, para resolver las controversias que puedan surgir en el marco de las relaciones privadas internacionales que involucran a pequeñas y medianas empresas, o empresas donde participa también el Estado, así como a individuos³. Por ello que, cada vez haya más normas que regulan la cooperación procesal internacional y sus cuestiones conexas, para garantizar la justicia en todo el mundo⁴. Tal y como refiere Fernández Arroyo, “hoy en día resulta una verdad de perogrullo que las cuestiones

¹ De acuerdo con Werner Goldschmidt, para resolver un caso con elementos extranjeros, es necesario investigar su tratamiento en la sociedad extranjera. Por razones de justicia, es necesario explorar la realidad social extranjera para encontrar la solución. W. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, 9. ed., Buenos Aires: Depalma, 2002, p. XXVII. Friedrich Juenger defendía que el Derecho Internacional Privado sólo perpetuaría sus objetivos en la búsqueda de soluciones más justas para el caso transnacional, mediante la promoción de la cooperación y armonización de las decisiones judiciales. F.K. JUENGER, *Derecho Internacional Privado y Justicia Material*, México: Editorial Porrúa, 2006, p. LXII.

² D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Propuestas para una evolución deseable del problema de la competencia judicial internacional”, en M. J. OYARZÁBAL (coord.), *Derecho procesal transnacional*. Homenaje al Profesor Doctor Gualberto Lucas, Buenos Aires: Ábaco, 2012, pp. 139 y ss., especialmente p. 145. M.A. ALBORNOZ, “Acceso a la justicia en las relaciones privadas internacionales: intereses en juego”, *Rev. Secre. Trib. perm. Revis.*, año 5, n° 9, 2017, pp-170-195, en especial pp. 171-172.

³ S.I. STRONG, *Why is Harmonization of Common Law and Civil Law Procedures Possible in Arbitration But Not Litigation?* School of Law, University of Missouri, Legal Studies Research Paper Series Research, paper n° 2013-12, p. 7. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2266672>. J.L. OCHOA MUÑOZ, “Algunas consideraciones sobre el acceso internacional a la justicia”, en AA.VV., *Los servicios en el Derecho internacional privado*, Jornadas de la ASADIP, Asociación americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), Univeridade Federal de Rio Grande do sul (UFRGS), Porto Alegre, Brasil, 2014, pp. 235-260, en especial p. 236-237. Resulta indudable también que dichos entes tienen una gran influencia, desde un punto de vista positivo (creación de empleo, generación y aumento de la riqueza y el desarrollo de aquellas Naciones donde tienen presencia); como negativo (de no regular y encauzar sus conductas, los derechos de las personas, tanto individuales como colectivos, pueden quedar sin protección). M.A. BOLLO AROCENA, “Violación de derechos humanos y empresas transnacionales. Hacia un tratado sobre empresas y derechos humanos (¿responsabilidad de quién, de qué tipo y ante qué tribunales?)”, *REEI*, n° 42, 2021, pp. 1-32, en especial, p. 31. DOI: 10.17103/reei.42.1

⁴ E. TELLECHEA BERGMAN, “Balance y perspectivas de la cooperación jurisdiccional internacional en el ámbito de Mercosur”, *Revista uruguaya de Derecho internacional Privado*, n° 6, 2005, págs. 55-72.

“procesales” y “cooperacionales” del Derecho Internacional Privado (DIPr.) han desplazado en su interés y desarrollo a las que conciernen al Derecho aplicable al fondo, las cuales tradicionalmente habían sido consideradas como el contenido esencial -y, en algunos casos, único- de la disciplina”⁵.

2. Con todo, acceder a la justicia puede ser un desafío, tanto a nivel nacional como internacional⁶. En el ámbito internacional, el proceso civil se complica debido a la existencia de diferentes jurisdicciones. Sin embargo y a pesar de los obstáculos que existen, es importante garantizar este derecho humano que habilita la resolución de conflictos⁷. Como indica Ochoa Muñoz, la estructura de la sociedad internacional dificulta el acceso a la justicia y requiere soluciones únicas que superen las formas convencionales de regulación de asuntos privados internacionales, como las reglas de determinación de la jurisdicción, los sistemas de cooperación judicial tradicionales, entre otros⁸.

3. Precisamente este derecho humano básico de acceso a la justicia, se presenta como una solución eficaz para solventar los obstáculos referidos⁹. El acceso internacional a la justicia ha dejado de ser exclusivo de las élites y las grandes corporaciones y se ha convertido en algo que enfrentan con mayor frecuencia las pequeñas y medianas empresas, así como las personas comunes¹⁰. Esto es corroborado por las manifestaciones realizadas por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuando dice “(q)ue ampliar el acceso a la justicia es fundamental para el pleno ejercicio de los derechos humanos y la gobernabilidad democrática; asimismo, es indispensable en el marco de estrategias exitosas de seguridad ciudadana, así como para la eliminación de la pobreza y la desigualdad [...]”¹¹.

4. Específicamente la cuestión relativa al acceso a la justicia de las víctimas de abusos empresariales preocupa a nivel mundial. Las iniciativas regulatorias sobre la conducta empresarial han tenido

⁵ D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana”, en E. PICAND ALBÓNICO/ H. LLANOS MANSILLA, (coords.), *Estudios de Derecho Internacional: libro homenaje al profesor Santiago Benadava*, vol. 2, Santiago de Chile: Librotecnia, 2008, p. 295. Disponible en: Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana (oas.org).

⁶ Si en la esfera nacional las principales barreras hacen referencia al estrato económico de los individuos, o las propias diferencias culturales, en el marco internacional, además se incluye la diferencia lingüística y la falta de conocimiento acerca de los foros extranjeros y sus ordenamientos jurídicos. J. THOMPSON, “Comparación de resultados”, en J. THOMPSON, (ed.), *Acceso a la justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina*, San José: Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, p. 415. L. FERRAJOLI, “La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública”, en MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA, ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS (dir.), *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2008, p. 77, citados por M.M. ALBORNOZ, “Acceso a la justicia...”, *op. cit.*, pp. 171-172.

⁷ Las desigualdades entre las personas, que constituyen uno de los principales obstáculos para el acceso a la justicia, siempre van a existir, por lo que los intentos de garantizar la igualdad entre los litigantes nunca serán totalmente exitosos: “Esta igualdad perfecta, por supuesto, es utópica [...]. La cuestión es saber hasta dónde debemos tratar de llevar ese objetivo utópico, y a qué costo.” C. MAURO Y B. GARTH, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, (trad. M. Miranda), México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 22.

⁸ J.L. OCHOA MUÑOZ, “Algunas consideraciones sobre...”, *op. cit.*, pp. 236-237.

⁹ V. EDUARDO, “Derechos humanos, principios ALI/UNIDROIT y cooperación judicial internacional”, *Las personas frente a la dinámica y exigencias del mundo globalizado*, Jornadas de ASADIP, Montevideo: ASADIP/CEDEP, 2010, pp. 75 ss., especialmente p. 76. A. CAÑADO TRINDADE, *La ampliación del contenido material del ius cogens*, recurso online disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.DM.MR.1-16.pdf>. J.A. SILVA, “Comisiones consulares como medio de cooperación al proceso. La regulación mexicana”, *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración*, Libro Homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano, Asunción: CEDEP, 2013, pp. 521 ss. D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Propuestas para una evolución...”, *op. cit.*, p. 143. Germán Bidart Campos sostiene que la efectividad del derecho depende de que el poseedor de este tenga la legitimidad para poder ejercerlo y disfrutarlo, y que también tenga las medidas adecuadas para hacerlo valer, protegerlo, lograr su reconocimiento, impedirlo o posponerlo, y reparar su violación. G. BIDART CAMPOS, *Sobre derechos humanos, obligaciones y otros temas afines*, Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio, México: UNAM, 1988, t. I, p. 75.

¹⁰ J.L. OCHOA MUÑOZ, “Algunas consideraciones sobre...”, *op. cit.*, pp. 235-260, en especial p. 235. M. RÁBAGO DORBECKER, “El acceso a la justicia en casos de litigio internacional: foro de necesidad, asistencia judicial gratuita y cautio iudicatio solvi”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2004, n° 34, pp. 81 ss.

¹¹ AG/RES. 2703 (XLII-O/12) Fortalecimiento de las actividades del programa interamericano de facilitadores judiciales, aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2703_XLII-O-12.pdf.

presente la necesidad de acceso a la reparación de las víctimas cuando sus derechos humanos fueron vulnerados. Esto se advierte, v.gr. en el Tercer Pilar de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (en adelante PR), dedicados precisamente al acceso a la reparación¹². O, en un sentido más abarcador, en la interpretación de la debida diligencia como parte del deber de respetar de las empresas, con un último eslabón de reparación. En los PR, la reparación se interpreta en un sentido amplio, no obstante, sus recomendaciones han de enfrentarse con las normas del Derecho Internacional Privado de los Estados, y la situación da cuenta que tanto la normativa de la Unión Europea como la interpretación jurisprudencial de Estados Unidos no abren la posibilidad a nuevos criterios de jurisdicción (foro de necesidad), con la excepción de las disposiciones que puedan encontrarse en el caso de la Unión Europea en cada Estado en particular y/o en determinadas interpretaciones judiciales relativas al tema que nos ocupa. Igualmente, desde septiembre de 2014, a raíz de una propuesta presentada por Ecuador y Sudáfrica, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó una resolución para crear un Grupo de Trabajo Intergubernamental encargado de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante con el objetivo de garantizar el acceso a la justicia y la reparación a las víctimas de abusos empresariales¹³. Sin perjuicio de las bajas expectativas en cuanto a la posibilidad de aprobación, la discusión pone en agenda la necesidad de modificar las normas de DIPr. de los Estados parte contratantes y la introducción de un nuevo criterio de jurisdicción¹⁴. Actualmente, y en el seno de dicho Consejo, el pasado enero de 2023, se publicó el tercer borrador revisado por los Estados del instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales (ETNs) y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos¹⁵. Al mismo tiempo, se discuten otras propuestas de regulación sobre debida diligencia en el marco de la Unión Europea o de los Estados miembros¹⁶. De esta manera, los retos actuales de exigir responsabilidades a las empresas multinacionales suponen que las normas internacionales privadas son una herramienta importante para garantizar a las víctimas de abusos empresariales un acceso seguro a la justicia. Estos textos y sus resultados serán cruciales para fomentar el acceso a la justicia de las víctimas a nivel global. Puede servir de impulso para su debate la resolución a la que ha llegado el Instituto de Derecho Internacional, en su reunión del año 2021, sobre los derechos de la persona humana, en la cual se remarca la importancia del reconocimiento del mecanismo del foro de necesidad (art. 4). Este mecanismo puede ser utilizado en relación con el derecho humano de acceso a la justicia y la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos (art.19)¹⁷.

¹² Resolución 17/4, Consejo de Derecho Humanos, 16 de junio de 2011, “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”.

¹³ Resolución A/HRC/26/9, Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, 26ª sesión, 14 de julio de 2014, Elaboración de un instrumento internacional legalmente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en relación con los derechos humanos. El primer borrador de este tratado (llamado ‘borrador cero’) fue publicado en julio de 2018 y se llevaron a cabo discusiones en las Naciones Unidas en octubre de 2018. El ‘borrador cero’ del tratado está disponible en: <www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>. Último acceso, 22 septiembre de 2022.

¹⁴ A. MICHOU, “Of Rights and Men: An Assessment of European Jurisdictional Rules over Transnational Corporate Abuse Claims”, *Trinity College Law Review*, n° 22, 2019, pp. 7-34. HeinOnline, en especial p. 34.

¹⁵ Resolution A/HRC/52/41/Add.1, United Nations, General Assembly, Human Rights Council, Fifty-second session 27 February–31 March 2023. Agenda item 3. Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Text of the third revised draft legally binding instrument with the textual proposals submitted by States during the seventh session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights. Disponible en: [G2300893.pdf \(un.org\)](https://www.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_52_41_Add1.pdf); 52nd regular session of the Human Rights Council: Reports | OHCHR. Último Acceso, 24 abril de 2023. Se mantienen las mismas premisas del segundo borrador, donde se sigue haciendo referencia al foro de necesidad en los arts. 9.4. y 9.5.

¹⁶ El pasado día 1 de junio se adoptó en sesión plenaria del Parlamento Europeo, una serie de Enmiendas sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (COM (2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)). Texto disponible en: [TA \(europa.eu\)](https://www.europa.eu). Último acceso, 09/06/2023. Tras la aprobación de la posición del PE, pueden comenzar las negociaciones con los Estados miembros, que acordaron su propia postura en noviembre de 2022. Texto disponible en: [pdf \(europa.eu\)](https://www.europa.eu). SALA DE PRENSA PARLAMENTO EUROPEO, El Parlamento Europeo quiere mitigar el impacto de las empresas sobre las personas y el planeta, 01-06-2013, disponible en: [El PE quiere mitigar el impacto de las empresas sobre las personas y el planeta | Noticias | Parlamento Europeo \(europa.eu\)](https://www.europa.eu). Último acceso, 09/06/ 2023.

¹⁷ En el seno de la Conferencia de la Haya, en particular, el Grupo de Trabajo para el proyecto de jurisdicción creado por mandato del Consejo de Asuntos Generales y Política (CGAP) de la *Hague Conference on Private International Law*, en su in-

5. En el presente artículo se pretende poner de manifiesto la idoneidad del *forum necessitatis* como mecanismo de *ultima ratio* del DIPr. para la aplicación del derecho humano de acceso a la justicia¹⁸. Para ello se analiza la importancia de este derecho y su relación con las normas de jurisdicción del DIPr., particularmente en casos de abuso por parte de sujetos económicos privados¹⁹. Se exponen los marcos europeo y latinoamericano, particularizando la regulación de España y Argentina. Se cuestiona también la adecuación en Europa del Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I bis/RBI bis), y se destaca la posición favorable en América Latina expresada en diversos instrumentos de *soft law*, para la regulación del foro de necesidad. Finalmente, se postula el argumento del uso conjetural y estratégico de la regulación del instituto, y se da cuenta del uso del mismo en casos jurisprudenciales.

II. El acceso a los sistemas judiciales: una cuestión de derechos humanos para el Derecho Internacional privado

1. Aspectos generales

6. Garantizar y proteger los derechos humanos guía y dirige toda solución que se procure por el DIPr., bien sea a nivel legislativo, interno, internacional o inclusive, jurisprudencial²⁰. Si bien, Erik Jayme manifestaba la importancia determinante a la hora de resolver los conflictos de leyes (materia propia de la disciplina), no presentan menos relevancia y determinación el sector de la competencia judicial internacional o jurisdicción internacional²¹. El hecho de que cualquier persona, sin importar su origen, tenga acceso a la justicia representa un avance en la democracia, ya que si todos somos iguales ante la ley, también debemos ser iguales en la posibilidad de hacer valer nuestros derechos ante la jurisdicción de cualquier Estado²².

7. El acceso a un sistema judicial eficaz, también conocido como derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, se considera un derecho fundamental y constitucional²³. Este derecho implica que tanto la parte demandada como la parte demandante están facultadas para acudir a un tribunal y a ser escucha-

forme aprobado el pasado mes de febrero de 2023, aprobó un borrador de disposiciones para procesos concurrentes. El foro de necesidad fue definido preliminarmente como la prevención de una manifiesta denegación de justicia. Las próximas reuniones del grupo están programadas para la segunda mitad de 2023 antes del CGAP en 2024. La resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional debería considerarse para perfilar el articulado del texto y dar cabida específica al foro de necesidad, como se requiere también en la resolución de 2021 sobre derechos humanos y DIPr. Informe del grupo de trabajo de la Haya: Working Group on Jurisdiction: Report (hcch.net). Última consulta, 08/06/2023. Instituto de Derecho Internacional, 2021, documento disponible en: Microsoft Word - 4 RES EN.docx (idi-iil.org). Última consulta, 6/6/2023.

¹⁸ Para el desarrollo de la investigación nos valdremos de las siguientes fuentes documentales: a) normas vigentes y proyectos normativos; b) instrumentos de *Soft Law*; c) pronunciamientos de diversos órganos; d) producciones doctrinarias.

¹⁹ En similar sentido J. GUNNAR HORRACH ARMO, "El fórum necessitatis en la Unión Europea: análisis sobre su idoneidad en el ámbito de los derechos humanos vulnerados por las empresas transnacionales", en A. PIGRAU SOLÉ, Antoni *et al.* (dir.), *La comunidad internacional ante el desafío de los objetivos de Desarrollo Sostenible*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 409 y ss.

²⁰ L. SCOTTI, "El acceso a la justicia en el Derecho Internacional Privado argentino: nuevas perspectivas en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Red Sociales, Revista del Departamento de Ciencias Sociales*, Vol. 03, n° 6, 2016, pp. 22-47, en especial p. 25.

²¹ E. JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Recueil des cours*, 1995, vol. 251, p. 49. A. DURÁN AYAGO, "El derecho a la asistencia jurídica gratuita en los litigios transfronterizos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 22, 2011, p. 2. [Consulta: 10-12-2022]. Disponible en: www.reei.or. En Argentina se utiliza el término jurisdicción internacional y se alude a la competencia para hacer referencia al ejercicio de la jurisdicción en los casos internos; de allí que no suela utilizarse la expresión competencia judicial internacional como se hace en otros lugares (Europa). D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires: Zavallia, 2003, p. 138; y A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 5ª ed., Granada: Comares, 2004, pp. 71-72.

²² E. JAYME, "Identité culturelle et intégration...", *op. cit.*, p. 49.

²³ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed., Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 25.

das, mientras que el proceso judicial garantiza el respeto de ciertas garantías mínimas²⁴. En España, este derecho se convirtió en un derecho social fundamental y se protegió formalmente en la Constitución de 1978²⁵. Debe aplicarse a todos por igual y requiere una acción afirmativa por parte del Estado, en el sentido de establecer herramientas jurídicas que garanticen su aplicación real y material (así se deduce del artículo 9.2. del texto constitucional)²⁶. Es importante contar con procedimientos que aseguren la practicidad de la norma y medios y herramientas que garanticen que los actos del poder público se ajusten a los cauces jurídicos²⁷. Ahí es donde entra en juego lo recogido por el art. 24 del texto constitucional, y donde se regula el derecho a la tutela judicial efectiva, interpretado y analizado en varias ocasiones por el Tribunal Constitucional, ya sea en relación con su contenido, como a qué tipo de sujetos beneficia su aplicación²⁸. En el caso de Argentina, tras la reforma constitucional de 1994, el acceso a la justicia se convirtió en un derecho fundamental orientando al legislador, juez y a todo operador jurídico. La República Argentina está obligada a respetar el derecho fundamental y garantías procesales de acceso al sistema judicial reconocido por el artículo 18 de la Constitución Nacional²⁹.

8. Pues bien, es importante destacar que estos derechos fundamentales no agotan su ejercicio en el articulado constitucional nacional, sino que deben interpretarse de acuerdo con la normativa internacional de derechos humanos de la que el país sea parte. En el caso de España, el artículo 10.2 de la Constitución de 1978 establece esta obligación, mientras que, en Argentina, el artículo 75, inciso 22, establece que los tratados de los que el país sea parte tienen jerarquía superior a las leyes, y los Tratados de derechos humanos incluidos en el mencionado inciso o a incluirse conforme al mecanismo institucional establecido, tienen jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución³⁰.

9. De esta forma la cuestión de los derechos humanos dejó de ser una materia confinada a los fueros estatales para incorporar temas que afectan al Derecho Internacional, e igualmente, a la discipli-

²⁴ M. ALBORNOZ, “Acceso a la justicia...”, *op. cit.*, p. 171. Así lo reitera también jurisprudencia actual del TS. Ver fundamento de derecho segundo, apartado 3. STS 941/2022 - ECLI:ES:TS: 2022:941 Id Cendoj: 28079110012022100196 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil Sede: Madrid Sección: 1 Fecha: 03/03/2022

²⁵ D. MAURICE, *Instituciones políticas y de derecho constitucional*, Barcelona: Ariel, 1970, p. 92. G. BURDEAU, *El liberalismo político*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1979, p. 12, citado por L. ORTIZ AHLF, “El derecho de acceso a la justicia”, en M. BECERRA RAMÍREZ *et al.* (ed.), *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. II, p. 416. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2547/20.pdf>.

²⁶ M. RISSO FERRAND, “El Estado social y democrático de derecho. Concepto y evolución”, *Revista de las Facultades de Derechos Confiadas a la Compañía de Jesús*, México, n° II, 2005, p. 20.

²⁷ H. CASSINELLI MUÑOZ, *Derecho público*, Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria, 1995, vol. I, p. 36.

²⁸ Alguna corriente doctrinal ha señalado que el concepto de derecho de acceso a la justicia se encuentra limitado por la idea de efectividad, por lo que no resulta extraño ver recogido en textos la idea de “acceso efectivo a la justicia”. D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La tendance à la limitation de la compétence judiciaire à l’épreuve du droit d’accès à la justice”, *Mélanges Bernard Audit*, Paris: LGDJ, 2014, pp. 285-306. Con todo, el tecnicismo es innecesario ya que el derecho ha demostrado que la eficacia es esencial en él. El “acceso a la justicia” y la “tutela judicial efectiva” se consideran equivalentes en el ámbito judicial. A veces se ubican como componentes uno del otro. J.L. OCHOA MUÑOZ, “Algunas consideraciones sobre...”, *op. cit.*, pp. 237 y ss. La UE reconoce el acceso a la justicia como un derecho fundamental en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Este derecho se aplica a cualquier persona cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la UE hayan sido violados. A. MICHOU, “Of Rights and men...”, *op. cit.*, pp. 7-34. El TC en sentencias como la 24/1981, del 14 de julio, o la 99/1985, del 30 de septiembre, se centra en el derecho de tutela judicial efectiva. La sentencia establece que el ámbito de validez personal de esta disposición se extiende a todas las personas, tanto nacionales como extranjeras. El Tribunal Constitucional señala que todas las personas tienen derecho al acceso a los tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, y también tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los tribunales, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. La tutela efectiva implica que los recurrentes tengan derecho a ser escuchados y a una decisión fundamentada en Derecho, ya sea favorable o adversa. L. ORTIZ AHLF, “El derecho de acceso...”, *op. cit.*, p. 416. De dicha interpretación se deduce que todas las personas, nacionales o extranjeras, tienen derecho no sólo al acceso a los tribunales de manera formal, sino a una garantía efectiva, que conlleva a asegurar, según sea el caso, que no se origine un estado de indefensión. *Idem*.

²⁹ L. SCOTTI, “El acceso a la justicia...”, *op. cit.*, p. 25.

³⁰ Señala el art. 75 inc. 22 en su parte pertinente “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”

na, el DIPr. En efecto, los derechos humanos representan una constante, en la medida que se encuentran en la base de protección de los individuos y el comercio a nivel global³¹.

10. Continuando con la esfera internacional, se parte, al igual que en los órdenes nacionales, de un sistema generalista de protección, pues no hay que olvidar que el derecho de acceso a un sistema judicial se integra por una serie de obligaciones mínimas que tienen los Estados en relación con este derecho³². En el Derecho Internacional General se encuentra un principio general de obligado cumplimiento por todos los Estados, al haber sido aceptado históricamente y estar consolidado en la práctica internacional. Ese principio no es otro que la prohibición de la denegación de justicia, que, en su sentido amplio, se identifica “con cualquier daño infligido a un extranjero a causa de la conducta arbitraria o improcedente de uno de los poderes del Estado”; y, en su sentido estricto, se considera cuando el Estado rechaza a un extranjero “el libre acceso a los tribunales del Estado” o lleva a cabo “una discriminación injusta del extranjero en el acceso a la jurisdicción”³³.

11. Partiendo de un orden garantista amplio, debe observarse lo recogido en el art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, donde se reconoce el derecho de toda persona “a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”; o el art.10, que recoge el derecho “a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal independiente e imparcial”³⁴. Igualmente, este precepto ha sido reforzado a través de otros instrumentos internacionales, donde se ampara el derecho de todo individuo a acceder a la justicia, tal y como lo disponen tanto el art.14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”³⁵; como el art. 6. apartado 1, interpretado en consonancia con el art.13 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de 1950 (CEDH)³⁶; así como los art. 7, 8 y 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José)

³¹ L. PEREZNIETO CASTRO, “El derecho internacional privado y los derechos humanos”, *Cuarta época*, año IV, nº 12, julio-diciembre de 2017, pp. 123-158, en especial p. 142, disponible en: <https://doi.org/10.22201/ij.24487902e.2017.12.11929>

³² L. ORTIZ AHLF, “El derecho de acceso...”, *op. cit.*, p. 408.

³³ J. VICENTE BLANCO, *La protección de la inversión extranjera y la liberalización del comercio internacional*, Tesis doctoral, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2001, pp. 134-143.

³⁴ G. DE VERGOTTINI, *Derecho constitucional comparado*, 2a. ed., Madrid: Espasa-Calpe, 1985, p. 205. El artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre de 1948 establece que “toda persona tiene derecho a recurrir a los tribunales para hacer respetar sus derechos”, incluso antes de la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas.

³⁵ El Comité de Derechos Humanos de la ONU afirmó en su Observación General No. 32 de 2007 que las garantías procesales son inherentes a los derechos humanos y no pueden ser dejadas a la discreción de los ordenamientos estatales. Debe haber un respeto independiente de la tradición jurídica y el derecho interno de cada Estado en su interpretación y configuración. Comité de Derechos Humanos, 90º período de sesiones, Ginebra, 9 a 27 de julio de 2007, CPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007. En: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/S-gencom32.pdf>, citado por J.L. OCHOA MUÑOZ, “Algunas consideraciones sobre...”, *op. cit.*, pp. 237-239.

³⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consideró que este “derecho a un tribunal” podía estar sujeto a restricciones legítimas, en particular por las normas sobre la competencia judicial internacional de los tribunales. CEDH, 3ème section, 1 mars 2016, *Arlewin c. Suède* (22302/10), cons. 66 – 67. Sin embargo, el Tribunal señaló “que el artículo 6 implica una revisión de las normas de competencia vigentes en los Estados contratantes con el fin de garantizar que no vulneran un derecho protegido por el Convenio”. CEDH, 5ème section, décision sur la recevabilité, 17 juin 2008, *McDonald c. France* (18648/04). En Droit, B. En este contexto, afirmó que un Estado contratante está obligado *prima facie* a conceder la competencia de sus tribunales si los contactos entre los hechos de un caso y ese Estado constituyen un vínculo estrecho. CEDH, n. 51, cons. 72, constatant et énumérant les contacts qui auraient, dans cette espèce, obligé la Suède à mettre ses tribunaux à la disposition de la victime d’une diffamation. J. BASEDOW, *4ème commission Droits de l’homme et droit international privé. Human Rights and Private International Law*, Annuaire de l’Institut de Droit international - Séssion de Hyderabad, 2017, vol. 78 – Délibérations, p. 23, disponible en: Microsoft Word - 8. séances plénières Basedow.docx (idi-iil.org)

de 1969³⁷. Con todo, y sobre el pilar de ese contenido de mínimos en relación con el derecho humano de acceso a la justicia, es que desde el propio marco internacional se han ido desarrollando una serie de instrumentos jurídicos (predominantemente de naturaleza “suave”) para que orienten las acciones de los Estados, en aras de conseguir una debida conceptualización de dicho derecho³⁸. Así, por ejemplo, y delimitado al marco de estudio de nuestro trabajo, encontraríamos los instrumentos ya mencionados, como la Resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2021 sobre los derechos de la persona humana y Derecho Internacional Privado; y los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos. Todas estas resoluciones, principios y demás instrumentos jurídicos tienen en común el desarrollar las obligaciones de mínimos del derecho humano de acceso a la justicia. De esta forma, determinado el concepto, se pueden plasmar en las legislaciones internas y conseguir una aplicación eficaz de éste. Así, encontramos dentro del concepto la garantía de acceder a la jurisdicción, a la tutela judicial efectiva, a la igualdad ante la ley y los tribunales, a la no discriminación, o a un derecho de defensa (entre otros).

12. Para Robert Alexy es también manifiesto que en el DIPr. podemos hablar de normas de derechos fundamentales³⁹, y, por lo tanto, de derechos humanos, porque se refieren a normas o instituciones jurídicas con validez en numerosos Estados y que representan los derechos que las personas tienen por el mero hecho de ser personas (independientemente de dónde, cuándo y cómo se produzcan los movimientos transfronterizos). Éstos deben seguir siempre a la persona⁴⁰. De acuerdo con este autor, los derechos humanos tienen cuatro propiedades: universalidad, en el sentido de que su titularidad la ostenta todo ser humano; validez moral, puesto que hablamos de derechos morales; fundamentalidad, es decir, hace referencia al objeto de esos derechos; y, prioridad ante el derecho positivo⁴¹. De otro lado, y centrándonos en el objeto del artículo, Cappelletti y Garth sostienen que el acceso efectivo a la justicia es el requisito más básico y fundamental en un sistema legal igualitario moderno que pretenda garantizar los derechos de todos, y en consecuencia no se produzca una denegación de justicia⁴². Es el “derecho de garantía” o más bien la “garantía de las garantías”⁴³. Con todo, este derecho está en constante evolución y se nutre de instrumentos internacionales, resoluciones, fallos judiciales y doctrina⁴⁴. De hecho, la progresión de este derecho ha conllevado a una expansión conceptual. Por ello que, de acuerdo con Loreta Ortiz, el contenido sustantivo del derecho al acceso a la justicia debe incluir el acceso a la jurisdicción, un juez competente, imparcial y predeterminado por ley, la tutela judicial efectiva, un juicio justo, igualdad ante la ley, no discriminación y presunción de inocencia, entre otros aspectos⁴⁵. Consecuentemente, este derecho (y todo el contenido implícito que despliega) es el que trata de preservar y salvaguardar las normas de competencia judicial, tal como se demuestra en la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2021 y en los documentos preparatorios del mismo⁴⁶.

³⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (Gaceta Oficial No. 9460 del 11 de febrero de 1978), disponible en: Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (oas.org)

³⁸ M. CARBONELL, *Los derechos fundamentales en México*, México: CNDHUNAM, 2004, p. 726.

³⁹ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007, pp 27 y ss.

⁴⁰ L. PEREZNIETO CASTRO, “El derecho internacional privado...” *op. cit.*, p. 146.

⁴¹ R. ALEXY, “La Institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Revista de Derecho Constitucional*, año XXII, n° 66, septiembre-diciembre de 2002, p. 21 y ss, citado por L. PEREZNIETO CASTRO, “El derecho internacional privado...”, *op. cit.*, p. 143.

⁴² M. CAPPELLETTI, Y B. GARTH, *El acceso a...*, *op. cit.*, p. 22.

⁴³ J.A. MABAROTTO LUGARO, “Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México: UNAM, 2003, pp. 291 ss., especialmente p. 295, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr16.pdf>.

⁴⁴ L. ORTIZ AHLF, “El derecho de acceso...”, *op. cit.*, p. 408, citado por J.L. OCHOA MUÑOZ, “Algunas consideraciones sobre...”, *op. cit.*, pp. 237-239. El derecho de acceso a la justicia originalmente se limitaba a la posibilidad formal de acceder a la jurisdicción según la ideología liberal de los Estados burgueses posteriores a la Revolución Francesa. Sin embargo, el avance de los derechos humanos llevó a que este acceso debiera ser real y no solo teórico, convirtiéndose en un derecho fundamental que requiere una regulación detallada para garantizar su efectividad. C. MAURO Y B. GARTH, *El acceso a...*, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁵ L. ORTIZ AHLF, “El derecho de acceso...”, *op. cit.*, pp. 6-7, citado por J.L. OCHOA MUÑOZ, “Algunas consideraciones sobre...”, *op. cit.*, p. 237 y ss.

⁴⁶ J. BASEDOW, *4ème commission Droits de l'homme...*, *op. cit.*, pp. 23-33.

13. Pues bien, el derecho de acceso a la justicia es complejo y su variedad normativa se demuestra, especialmente en el contexto de la vida privada internacional, donde coexisten diversas jurisdicciones legítimas. Por lo tanto, resulta ilógico aislar conceptualmente este derecho requiriendo la cooperación y coordinación internacional para superar la separación de las soberanías⁴⁷. Tal y como manifiesta Abellán Honrubia, la organización y el funcionamiento de la administración de justicia del Estado deben asegurar el ejercicio del derecho a la justicia en la forma en que es reconocido por el Derecho Internacional, y la existencia de este límite implica la obligación internacional del Estado de garantizar todas las garantías jurídicas - sustantivas y procesales - que configuran el derecho a la justicia⁴⁸. Cuando surge un conflicto en el seno de una relación jurídico-privada internacional, converge de un lado la pretensión de los individuos de acceder a la justicia como un medio de obtener la tutela de sus intereses en juego y del Estado de garantizarlo⁴⁹. Pero al mismo tiempo, surge la divergencia del propio Estado de restringir el número de causas en las que sus tribunales resultan competentes para enjuiciarlos⁵⁰.

14. Respecto del primero de los intereses en juego, es decir, el derecho de los sujetos a ser tutelados por la justicia, conllevando por tanto evitar una denegación de justicia, se perfila como el derecho humano de acceso a la justicia, y, como una obligación del Estado de salvaguardarlo. Es aquí donde radica un punto de convergencia: al derecho de las personas físicas y jurídicas de obtener la tutela jurisdiccional ante un conflicto, se suma correlativamente, el deber del Estado de garantizar un acceso real a la justicia, poniendo a su servicio sus diversos órganos judiciales⁵¹. Como ya mencionamos al comienzo de esta sección, el concepto de acceso a la justicia queda salvaguardado en el ámbito nacional, estando a su vez reforzado por la esfera internacional, donde la idea de este derecho se ha ido configurando de forma gradual, adoptando elementos de diversos instrumentos como tratados, declaraciones, jurisprudencia o la propia doctrina⁵².

15. De otro lado, y a pesar del ánimo expansivo de este derecho de acceso a la justicia, es cierto que los Estados tienden a limitar el ámbito de su competencia judicial internacional⁵³. Normalmente las condiciones por las que el Estado restringe su competencia atendiendo a su interés legítimo son, en primer lugar, un motivo de capacidad institucional, es decir, debido a que en ocasiones los órganos judiciales están sobrecargados, no pueden tramitar todos los litigios que reciben⁵⁴. En segundo lugar, e íntimamente relacionado con la causa anterior, se encuentran los motivos económicos; en otras palabras, tramitar una disputa poniendo al servicio de las partes el entramado judicial conlleva costes para las partes, e indirectamente para los contribuyentes de una nación, por ello que el Estado se apoye en estas causas para restringir la cantidad de casos que someten a su jurisdicción⁵⁵. La tercera de las circunstancias se sustenta en la razonabilidad. Esto quiere decir que sería incongruente que una jurisdicción

⁴⁷ Para Fernández Arroyo, esta circunstancia genera especiales desafíos para el análisis del acceso internacional a la justicia y requiere enfoques más complejos que tomen en cuenta la eficacia de la justicia, el equilibrio, la igualdad y el derecho a la defensa de todas las partes. D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La tendance à la limitation...”, *op. cit.*, pp. 285-306.

⁴⁸ A. HONRUBIA, *Internacionalización de los derechos humanos y dimensión internacional de su violación*, Málaga: Servicio de Publicaciones y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga, 2012, p. 57.

⁴⁹ L. PEREZNIETO CASTRO, “El derecho internacional privado...”, *op. cit.*, p. 128.

⁵⁰ M.M. ALBORNOZ, “Acceso a la justicia...”, *op. cit.*, p. 172.

⁵¹ *Ibidem*, 174.

⁵² L. ORTIZ AHLF, “El derecho de acceso...”, *op. cit.*, p. 408. Por ello que, al no ser un proceso evolutivo terminado, es que los órdenes nacionales deben adaptarse a los nuevos cambios que se propongan internacionalmente.

⁵³ Mediante la utilización de foros exclusivos y la controvertida utilización de los cada vez menos foros exorbitantes. D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, 2006, t. 323, pp. 9 y ss. D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La tendance à la limitation...”, *op. cit.*, p. 302.

⁵⁴ Esta lentitud de la justicia ha ocasionado incluso que se tomen en consideración mecanismos alternativos de resolución de conflictos, sobre todo en aquellos países donde no se utiliza de forma generalizada, M.M. ALBORNOZ, “Acceso a la justicia...”, *op. cit.*, p. 179.

⁵⁵ Una de las medidas a tomar para mejorar los recursos asignados al funcionamiento del tribunal consiste en procurar reducir o evitar el exceso de trabajo. Por ello que la sobrecarga de la que hablábamos antes tenga relación con el número de causas admitidas a trámite. *Idem*.

que por motivos institucionales de administración de justicia y por razones económicas restringiese la competencia de determinados asuntos internacionales, asumiera un criterio amplio para aceptar dicha competencia, con menos razón aún cuando el conflicto no presentase vínculos o conexiones con ese país, y consecuentemente, no aportase ningún beneficio como contrapartida del gasto efectuado⁵⁶.

16. Esta pretensión resulta contraria a los intereses de los individuos que acabamos de manifestar. Para el DIPr., no es algo nuevo el tratar de aportar soluciones acerca de los derechos humanos, bien como derechos humanos internacionalmente protegidos, o como derechos constitucionales defendidos por los ordenamientos internos⁵⁷. Algún sector de la doctrina asegura que los derechos humanos en general vienen a revisar el DIPr., lo que también puede acarrear riesgos, sobre todo por un desbordamiento conceptual, de acuerdo con el cual, toda relación jurídica estaría marcada por lo que se entendería por dicho derecho⁵⁸. Sin embargo, el peligro que presenta dicha corriente doctrinal tendría más que ver con el conflicto de leyes e incluso con la materia del orden público en el contexto material, toda vez que la calificación presenta dificultad para actuar sobre algunas cuestiones en función de su adecuación a los derechos fundamentales⁵⁹. Pero, tal problema de la calificación no suele darse con la misma complejidad en el debate de los aspectos procesales, por ello que el tema de los derechos humanos esté llamado a tener mayor protagonismo y a desprender efectos más potentes en la estructura y alcance de sus normas⁶⁰.

2. La técnica del foro de necesidad

17. Debemos poner precisamente el acento aquí, en los asuntos procesales, que conforman uno de los pilares sobre el que gira el DIPr.⁶¹. La internacionalidad, es una característica intrínseca de las relaciones jurídicas que están conectadas con dos o más ordenamientos jurídicos, y consecuentemente, genera ciertos interrogantes en relación con la determinación del tribunal ante el que se puede y debe plantear la controversia que pueda surgir de dicha relación⁶². El DIPr ha sido concebido tradicionalmente como el Derecho que regula las relaciones privadas transnacionales. Sus normas tratan de asignar la competencia o jurisdicción a los tribunales nacionales de la forma más adecuada y eficaz⁶³. Claro está que no siempre es fácil establecer cuándo un juez es competente o tiene jurisdicción; además de que los criterios (foros) de atribución de dicha competencia o jurisdicción suelen alterarse geográfica y tempo-

⁵⁶ *Idem*

⁵⁷ Didier Operti Badán sostiene que no es necesario que los derechos humanos influyan en la estructura del DIPr., sino que simplemente se incorporen y aporten nuevos y ricos contenidos a la aplicación del Derecho, lo que ayuda a flexibilizar el sistema, aunque con variaciones, sin mayores problemas. D. OPERTI BADÁN, "Reflexiones sobre un tema esencial: Derecho Internacional Privado y derechos humanos", *Libro Homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción: CEDEP, 2013, pp. 63-86, especialmente p.73.

⁵⁸ *Idem*

⁵⁹ J.L. OCHOA MUÑOZ, "Algunas consideraciones sobre...", *op. cit.*, pp.237 y ss.

⁶⁰ *Idem*

⁶¹ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana", en H. LLANOS MANSILLA Y E. PICAND ALBÓNICO (Ed.), *Estudios de Derecho Internacional - Libro Homenaje al Profesor Santiago Benadava*, Santiago: Librotecnia, 2008, T. II (Derecho Internacional Privado), p.119. La conexión entre una disputa y un tribunal se establece a través de los foros de competencia, que a menudo se usan para identificar la ley aplicable. No obstante, aquí la finalidad del establecimiento de la proximidad se limita a conferir competencia internacional, sin que esto implique que el Derecho aplicable a la sustancia del litigio deba necesariamente ser la *lex fori*. B. AUDIT, "Le droit international privé en quête d'universalité", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, 2003, t. 305, p. 374-375. Algunos de estos criterios (también usados para determinar la ley aplicable) incluyen: domicilio, residencia, nacionalidad, localización de bienes, lugar de comisión de actos ilícitos, lugar de celebración de contratos y autonomía de la voluntad de las partes. M.M. ALBORNOZ, "Acceso a la justicia...", *op. cit.*, p. 180.

⁶² Otros interrogantes surgen en relación con el ordenamiento jurídico que debe ser aplicado al conflicto, o el reconocimiento y ejecución de sentencias, cuando sobre éstas se han pronunciado jueces estatales o árbitros que actúan fuera del territorio del Estado en que se pide el reconocimiento. Sin embargo, ambas cuestiones exceden las pretensiones del presente artículo por lo que no serán desarrolladas. R. MICHAELS, "Forthcoming", *Encyclopedia of private international law*, Edward Elgar 2017, pp. 2 y ss.

⁶³ A. MILLS, *The Confluence of Public and Private International Law*, Cambridge, 2009, p. 228.

ralmente⁶⁴. Igualmente, en relación con estos criterios, cada Estado establece los propios de una forma unilateral, o los armoniza mediante instrumentos convencionales, de alcance universal, regional o bilateral. Ya lo recoge Fernández Arroyo cuando dice, “las normas que atribuyen jurisdicción para los casos de DIPr. obligan exclusivamente a los jueces y tribunales del Estado que las elabora -cuando se trata de normas que pertenecen a la dimensión autónoma de los sistemas de DIPr. -, o de los Estados que forman parte del sistema convencional o institucional que las contiene. Esto es así porque siendo la jurisdicción una cuestión en la que está implicado el ejercicio de una de las funciones esenciales del Estado, resulta impensable que un juez pueda considerarse competente en función de lo que establezcan las normas de jurisdicción vigentes en otros Estados y no en el suyo; cosa bien distinta es que dicho juez pueda tomar en consideración las normas de jurisdicción extranjeras para modular su actividad en determinadas circunstancias, como pueden ser las que se dan cuando se presenta una demanda ante él en un supuesto en el cual un ordenamiento extranjero dispone la jurisdicción exclusiva de sus jueces y tribunales”⁶⁵. Por ende, cada legislación, bien sea de fuente interna o internacional, delimita y clasifica los foros en función de si son foros razonables o exorbitantes, cuáles son foros generales y cuáles especiales, si se encuentran ante foros exclusivos o concurrentes⁶⁶. Igualmente delimita en qué casos y ante qué circunstancias puede un Estado prorrogar su jurisdicción en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, así como regular los foros más controvertidos: *forum necessitatis* y *forum non conveniens*⁶⁷.

18. En países como España o Argentina, la competencia se limita normativamente de la siguiente forma: en España se está a lo recogido en el RBI bis, y cuando éste no sea susceptible de activarse, se estará a lo recogido en la normativa interna de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en particular en el art. 22. En Argentina, la competencia legislativa relativa a la jurisdicción internacional por mandato del art. 75 inc. 32 de la Constitución Nacional (CN), recae en la Nación. Los criterios atributivos de dicha jurisdicción internacional se establecen por medio de leyes con vigencia en todo el territorio de la Nación, por lo que, en consecuencia, las normas de jurisdicción internacional son normas federales, dictadas por el Congreso de la Nación⁶⁸. El Derecho Internacional Privado argentino hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (CCC) en 2015 no contó con un conjunto de normas sistematizadas en un solo cuerpo normativo de alcance nacional que estableciese principios generales y reglas particulares en materia de jurisdicción internacional, cuestión que se encuentra ahora regulada en el CCC⁶⁹.

19. Justamente, es en el proceso civil internacional donde se localizan, íntimamente vinculados, los aspectos relacionados con el acceso a la justicia, de modo que, las soluciones jurídicas que se alcancen alrededor de las figuras clásicas del proceso civil internacional deben configurarse en estrecha observación de los requerimientos de la justicia, sin lo cual, se producirá una denegación de ésta. Sin entrar en profundidad, si observamos los denominados foros exorbitantes, estaríamos en presencia de un mecanismo que vulnera el derecho de acceso a la justicia (en este caso del demandado). También, la ausencia de criterios oportunos que permitan el ejercicio adecuado de la jurisdicción perjudica el derecho de acceso a la justicia de la persona que precisa de tutela judicial.

⁶⁴ J.M. ESPINAR VICENTE, *Ensayos sobre teoría general del Derecho Internacional Privado*, Madrid: Civitas, 1997, pp. 137-138, en especial. p. 153.

⁶⁵ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (coord.), *Derecho Internacional Privado de..., op., cit.*, p. 149 y ss. Citado por L. SCOTTI, “El acceso a la justicia...”, *op., cit.*, p. 28.

⁶⁶ El foro de necesidad y el foro exorbitante difieren en su propósito. El primero busca asegurar acceso a la justicia cuando no hay tribunal competente, mientras que el segundo se aplica sin tener en cuenta la competencia de otros tribunales. Al eliminarse los foros exorbitantes, el *forum necessitatis* puede ser una “compensación”, pero solo se basa en cuestiones procesales, mientras que la jurisdicción exorbitante depende de la nacionalidad del demandado. Sin embargo, estos instrumentos no están uniformemente protegidos y en algunos Estados no están disponibles o no son efectivos. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Rigidez versus flexibilidad en la ordenación de la competencia judicial internacional”, en V. ROJAS AMANDI (coord) *Desarrollos modernos del Derecho Internacional Privado, libro homenaje al Dr. Leonel Pereznieta Castro*, Tirant lo Blanch, 2017, págs. 229-286, en especial epígrafe 12.

⁶⁷ L. SCOTTI, “El acceso a la justicia...”, *op., cit.*, p. 27.

⁶⁸ W. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado, op., cit.*, pp. 462-463.

⁶⁹ L. SCOTTI, “El acceso a la justicia...”, *op., cit.*, p. 28.

20. Fernández Arroyo manifiesta que pareciese darse una situación contradictoria entre el derecho de acceso a la justicia y la tendencia a limitar el ejercicio de la jurisdicción, únicamente a aquellos litigios que muestran una vinculación razonable con el foro, lo que conduce a analizar los casos según se trate de circunstancias ordinarias o donde se produzcan violaciones de derechos humanos⁷⁰. Por ello que, ante la restricción de casos susceptibles de ser enjuiciados por un órgano judicial, lo que conduciría a una denegación de justicia y por tanto una restricción del derecho humano de acceso a la justicia, es que es necesario, desde el DIPr., presentar una serie de mecanismos y herramientas en materia de competencia judicial o jurisdicción internacional, que persigan conseguir equilibrar los intereses que venimos manifestando (el interés de los individuos de que su caso sea encausado, y el interés legítimo del Estado de restringir el número de causas en las que sus tribunales resultan competentes para enjuiciarlos). Uno de ellos es el conocido como *forum necessitatis* o foro de necesidad⁷¹.

21. A grandes rasgos, el *forum necessitatis* o foro de necesidad, le otorga al juez el poder de declararse competente si se cumplen una serie de requisitos en aquellos casos en que un tribunal ha declinado su competencia⁷². Por tanto, esta flexibilidad jurisdiccional se da en aras de favorecer la defensa y consecución de derechos humanos como el acceso a la justicia y la obligación del Estado de garantizarlo, al tiempo que se conjuga con su interés legítimo de tasar los casos sometidos a su jurisdicción. Sin embargo, y debido al proceso de globalización en el que vivimos, es posible que continúe sucediendo vulneraciones de este derecho de acceso a la justicia, por ello, nociones como la efectividad, la igualdad, el derecho a la defensa y al juez natural son esenciales en la compleja concepción contemporánea del acceso a la justicia. Al valorar estas ideas en relación a las jurisdicciones internacionales, en términos de equivalencia y legitimidad, es necesario incorporar un elemento adicional de cooperación y coordinación en el ámbito global, que es igualmente importante y consustancial al acceso a la justicia⁷³. Esto quiere decir que -e independientemente de que se pueda o no activar la herramienta del foro de necesidad-, ante la ausencia de una instancia supranacional con potestad para resolver conflictos de jurisdicción o competencia entre órganos judiciales de distintos territorios, y teniendo en cuenta que las diferentes jurisdicciones nacionales que a su vez concurren lo hacen en un plano de igualdad, es necesario más que nunca el mecanismo de la cooperación internacional entre jurisdicciones.

22. En síntesis, el *forum necessitatis* reconoce que el juez pueda aceptar la competencia internacional, aunque en principio no la tenga, con el objetivo de evitar la denegación de justicia. Audit señala que esta discrecionalidad es positiva, ya que permite a las partes tener igualdad de armas en la defensa de su acción y acceder a tribunales inicialmente incompetentes⁷⁴. El foro de necesidad representa una excepción a la regla general de que los tribunales deben declararse incompetentes si su normativa de

⁷⁰ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La tendance à la limitation...”, *op. cit.*, pp. 298 y ss.

⁷¹ Existen en el DIPr. otros mecanismos o herramientas susceptibles de ayudar a resolver los casos internacionales en que el acceso a la justicia afecte a los particulares. Nos estamos refiriendo a por ejemplo el *Forum non Conveniens* y los acuerdos de elección de foro. Sin embargo y debido a la extensión del trabajo, no pueden ser objeto de examen. Para un estudio relativo a éstos, véase M.M. ALBORNOZ, “Acceso a la justicia...”, *op. cit.*, pp. 182-188. Únicamente se debe destacar la afirmación de Ciuro Caldani de que la doctrina del *forum non conveniens* no puede ser utilizada por razones de justicia, ya que el funcionamiento de la norma jurisdiccional requiere el rechazo de la denegación de justicia y la intervención de un foro no conveniente, ya que son principalmente formas de plantear carencias dikelógicas que tienen una referencia “natural” aunque pueden tener una consagración positiva. El valor de la justicia exige que no se deniegue la justicia y que no se interfiera en un foro inadecuado. M.A. CIURO CALDANI, *Una nueva versión de la concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado*, Rosario, FII, 1997, pp. 5-23. En el DIPr., la protección del acceso a la justicia conduce a prohibir el uso de foros de competencia excesivos.

⁷² S. REDFIELD, “Searching for Justice: The Use of Forum Necessitatis”, *Georgetown Journal of International Law*, 2014, vol. 45, p. 916. Esta declinación de competencia puede ser el resultado de la falta de funcionamiento de los tribunales del Estado competente, por ejemplo, en caso de guerra o de disturbios. También puede ser el resultado de una mala coordinación entre las normas jurisdiccionales de los Estados en cuestión. En estas situaciones, el derecho de acceso a un tribunal exige corregir el funcionamiento de las normas jurisdiccionales. J. BASEDOW, *4ème commission Droits de l’homme...*, *op. cit.*, pp. 23-33.

⁷³ J.L. OCHOA MUÑOZ, “Algunas consideraciones sobre...”, *op. cit.*, pp. 237 y ss.

⁷⁴ B. AUDIT, “Le droit international privé en quête d’universalité”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International*, 2003, t. 305, p. 387. Y. GAUDIO CARNERO, “Forum Necessitatis: uma proposta de efectivacão do acesso á justiça”, en *Anais do III Congresso de Processo Civil Internacional*, vitoria, 2018, pp-445-447.

competencia no se desprende de su predeterminación legal. El tribunal se declara con competencia incluso si no está predeterminada con el objetivo de evitar una denegación de justicia⁷⁵. Por tanto, de esta figura se desprende un marcado interés por respaldar y proteger el derecho de acceso a la justicia.

3. La situación de acceso a los sistemas judiciales en relación con las empresas y los derechos humanos

23. Desde hace tiempo la literatura académica ha estudiado el déficit de gobernanza que presenta el sistema de producción económico actual, y en particular por lo que a este trabajo respecta, se ha analizado los límites -sobre todo conforme a la *lege lata*- y las posibilidades -sobre todo conforme a la *lege ferenda*- del DIPr., en especial de los Estados sedes de las empresas multinacionales para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violaciones de derechos humanos por parte de sujetos económicos privados⁷⁶.

24. Con una postura crítica general sobre la falta de respuesta de la rama jurídica en relación con los embates que la interpelan se ha apuntado su postura silenciosa en relación a los problemas reales del mundo globalizado, y su no intervención en la distribución de riqueza y poder de los actores, desentendiéndose de las injusticias que en consecuencias pueden sufrir las personas, en áreas tales como los mercados financieros, la contaminación, las deudas soberanas, la confiscación de los recursos naturales, la ayuda al desarrollo, la migración, entre otros⁷⁷.

25. El estado de la situación en el tema que nos ocupa ha llevado a ser calificado por Sales Pallarés y Marullo como “el ángulo muerto del Derecho Internacional Privado”, en el entendimiento que la ausencia de normas de *hard law* para responsabilizar a las empresas por graves ilícitos internacionales en su actuación extraterritorial a través de las cadenas de suministro impide el acceso a la justicia de las víctimas. El foro de necesidad es para las autoras una de las opciones normativas a evaluar para colmar el mencionado ángulo muerto⁷⁸.

26. Por ello, y por las posibilidades de brindar respuestas jurídicas Zamora Cabot ha destacado la función del DIPr. en la defensa y promoción de los derechos humanos, y en especial en el acceso a la justicia, lo cual lleva a integrar tal función en dos de los pilares fundamentales del DIPr., como son la competencia jurisdiccional y el Derecho aplicable⁷⁹.

27. Los estudios consultados sobre la materia se han abocado al análisis de la regulación, por un lado, de la Unión Europea y de Gran Bretaña; y de otro lado de Estados Unidos de América y Canadá. Sus resultados indican que los marcos regulatorios de los Estados calificados como *home state* no ofrecen en la interpretación actual la posibilidad de acceso a la justicia a las víctimas de violaciones de derechos humanos por parte de sujetos económicos privados que hayan acaecido en terceros Estados, y de modo general, aunque con excepciones, no habilitan el recurso al foro de necesidad para no incurrir en una denegación de justicia.

⁷⁵ N. GONZÁLEZ MARTÍN Y S. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, *Derecho Internacional Privado – Parte General*. México: Ed. Nostra Ediciones, 2010, p. 101.

⁷⁶ Puede verse G. PALAO MORENO, “La Estrategia Europea sobre diligencia debida y “cadenas de valor”: una aproximación desde el Derecho Internacional Privado”, A. ORTEGA GIMÉNEZ, (coord.), *Estrategia Europea 2030 y sus retos sociales. Una lectura desde el Derecho Internacional Privado*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 45 y ss.

⁷⁷ J. L. OCHOA MUÑOZ, “Acceso transnacional a la justicia y gobernanza global (comentarios introductorios a los principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia)”, *Revista de Direito Brasileira*, Vol. 20, n° 8, 2018, p. 348.

⁷⁸ L. SALES PALLARÉS Y M. MARULLO, “El “ángulo muerto” del Derecho Internacional: las empresas transnacionales y sus cadenas de suministro”, *Persona y Derecho*, n° 78, 2018/1, pp. 261-291, en especial 289-290.

⁷⁹ F. ZAMORA CABOT, “Derecho Internacional Privado y derechos humanos: nuevas interacciones”, *Papeles el tiempo de los Derechos*, n° 4, 2021, pp. 5- 6.

28. En el caso de la UE se torna difícil la acreditación de la “conexión comunitaria”. Esta circunstancia, se vuelve especialmente compleja, en tanto, el diseño institucional del Derecho Comercial se funda en la separación de las personalidades jurídicas de las sociedades comerciales (como sucedería en el caso de las filiales o de grupos de sociedades); o en vínculos contractuales (como acontece en el supuesto de las cadenas de producción). En este marco, las normas de conflicto no brindan una respuesta jurídica que habilite la posibilidad de litigación en los Estados sedes de las empresas multinacionales. De este modo, las técnicas de conflicto no dan cuenta de un control social que equipare el poder y la esfera de influencia de los actores económicos⁸⁰.

29. En tanto, en Estados Unidos la vía de acceso se daba por la *Alien Tort Statute*. No obstante, las interpretaciones jurisprudenciales vigentes no harían viable para el supuesto en estudio, el acceso a la justicia por esta vía⁸¹.

30. Un análisis de esta situación ha resultado en la aguda crítica con relación a cómo se diseñan las técnicas del DIPr. destacándose la posibilidad del uso de las reglas de jurisdicción y conflicto de leyes como posibilidades de control social en la conducta estatal y de los particulares. De esta manera, los actores no estatales podrían verse forzados a realizar un “aterrizaje jurisdiccional” ampliando su responsabilidad social y ambiental para que coincida con su esfera de influencia⁸².

31. Por ello, en este contexto el recurso al foro de necesidad aparece como la *ultima ratio* para habilitar la jurisdicción, cuando en caso de no hacerlo, lo mismo implique una denegación de justicia. El Instituto de Derecho Internacional en su resolución ya mencionada del año 2021 relativo a los derechos humanos y el Derecho Internacional Privado, ha tenido presente también la conveniencia del foro de necesidad en su artículo 4°.

32. Las últimas propuestas normativas, tanto a nivel internacional como es el caso del Tercer Borrador sobre la propuesta de Tratado sobre derechos humanos y empresas; como a nivel regional en el ámbito de la Unión Europea en torno al establecimiento de la obligación de debida diligencia con la Resolución del Parlamento y la propuesta de Directiva sobre debida diligencia de las empresas en materia de sostenibilidad, volvieron a abrir el debate sobre la necesidad y utilidad del *foro necessitatis* para

⁸⁰ M. REQUEJO ISIDRO, “La responsabilidad de las empresas por violación de derechos humanos deficiencias del marco legal”, *Scientia Juris*, 2011, pp. 10-44. G. SKINNER, (et. al.), *The third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, ICAR, CORE, ECCJ, 2013. M. ÁLVAREZ TORNÉ, “El Derecho Internacional Privado ante las vulneraciones de derechos humanos cometidos por empresas y respuestas en la UE”, *REDI*, Vol. LXV/2, 2013, pp. 157-190. M. GOLDBABER, “Corporate Human Rights Litigation in Non-US Courts: A Comparative Scorecard”, *UC Irvine Law Review*, n° 127, Vol. 3 (1), pp. 127-149. F. ZAMORA CABOT, “Las empresas multinacionales y su responsabilidad en materia de derechos humanos: una visión de conjunto”, *Papeles el tiempo de los derechos*, n° 6, 2013, pp. 1-23. M. FONT MÀS, “Los obstáculos de una demanda civil de responsabilidad transnacional por violación de derechos humanos: desde la perspectiva del titular del derecho”, *Empresas y derechos humanos, Cuadernos Europeos de Deusto*, n° 63, 2020, pp. 113-152. M. REQUEJO ISIDRO, “Empresas y derechos humanos: el “tercer pilar” desde la Unión Europea”, en A. SALINAS DE FRÍAS/ E. MARTÍNEZ PÉREZ, (dir.), “La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 61-90. En Reino Unido: F. ZAMORA CABOT, “Imperio de la ley y acceso a la justicia en algunas recientes y claves decisiones de la jurisdicción británica”, *Papeles el tiempo de los derechos*, n° 3, 2017, pp. 1-20; F. ZAMORA CABOT, “Acceso a la justicia y empresas y derechos humanos: importante decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso Vedanta v. Lungowe”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2020, n° 63, pp. 33-56. Situación en Canadá: F. ZAMORA CABOT/ M. MARULLO, “Empresas Multinacionales y DDHH: ¿Hacia el fin de la impunidad? Apuntes a la decisión del Tribunal Supremo canadiense en Nevsun Resources Ltd. v. Araya”, *Papeles el tiempo de los derechos*, n° 20, 2020, pp. 1-15.

⁸¹ Puede verse recientemente F. ZAMORA CABOT, “El caso Doe vs. Nestlé ante el Tribunal Supremo de Estado Unidos ¿culmina el largo adiós del Alien Tort Statute?”, en A. PIGRAU SOLÉ, et. al. (dir.), *La comunidad internacional ante el desafío de los objetivos de Desarrollo Sostenible*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 371-392.

⁸² H. MUIR WATT, *Private International Law as Global Governance: Beyond the Schism, from Closet to Planet*, p. 50. R. WAL, “Transnational Lifftoff And Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 40, 2002, pp. 265-268, citados en J.L. OCHOA MUÑOZ, “Acceso transnacional a la...”, *op., cit.*, p. 349.

el acceso a la justicia⁸³. En este sentido, queremos aludir al análisis de ambas, en tanto vuelven a poner en agenda de discusión las posibilidades de regulación del foro de necesidad, cuyo estado de situación vigente desarrollaremos en el punto III de este trabajo.

33. El Tratado Internacional sobre empresas y derechos humanos: como se mencionó, en el año 2014 las delegaciones de Ecuador y Sudáfrica impulsaron una resolución en el Consejo de Derechos Humanos con la finalidad de crear un proceso intergubernamental de negociación para adoptar un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. Como señala Cantú Rivera, entre otros propósitos, buscaban cubrir la laguna en el derecho internacional de los derechos humanos. Para el autor, una fuente vinculante en la materia puede contribuir de un lado, a visibilizar los mecanismos de derecho estatal disponibles; y de otra, a reforzar las estructuras normativas que habiliten o faciliten el acceso a la reparación cuando se trate de casos transnacionales⁸⁴.

34. Debemos señalar que la posición asumida por la Unión Europea es de mantenerse al margen de la negociación. Como relata Fernández Liesa el Consejo de la Unión Europea no ha adoptado una decisión de apertura de negociaciones, ni unas directrices de negociación, ni ha designado un negociador⁸⁵. No obstante, llama la atención Cantú Rivera sobre cómo, a partir de 2014 –con la adopción de la resolución 26/9 –, el interés de la Unión Europea por impulsar la implementación de los Principios Rectores en lugar de negociar un instrumento internacional se vio acompañado de un aumento en la adopción de Planes de Acción Nacional en Europa⁸⁶, y recientemente de la posición favorable a regular la debida diligencia de las empresas con carácter general – y no sectorial-, como ya había sucedido con las regulaciones de la madera en el año 2010 y de minerales en el año 2017⁸⁷.

35. La tercera revisión del Tratado contiene la siguiente regulación sobre el foro de necesidad:

“Art. 9.5. Courts shall have jurisdiction over claims against legal or natural persons not domiciled in the territory of the forum State if no other effective forum guaranteeing a fair judicial process is available and there is a connection to the State Party concerned as follow:

- a. the present of the claimant on the territory of the forum;
- b. the present of the assets of the defendant; or
- c. a substantial activity of the defendant”⁸⁸.

36. Zamora Cabot valora positivamente la regulación propuesta del *forum necessitatis*, destacando la forma de llevarla a cabo, al exigirse la existencia de un vínculo con el foro que va a adquirir la competencia respecto de personas físicas y jurídicas no domiciliadas en su territorio, siempre que no

⁸³ Sobre el foro de necesidad en relación con la actuación de las empresas multinacionales y la reparación civil, puede verse, entre muchos M. MARULLO, “La lucha contra la impunidad: el *forum necessitatis*”, *Indret*, 3/2015, pp. 1-47. I. DEL TORO HUERTA, “La jurisdicción universal en materia civil y el deber de reparación por violaciones graves a los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VII, 2007, pp. 315-349.

⁸⁴ H. CANTÚ RIVERA, “El proceso hacia un tratado internacional en materia de empresas y derechos humanos: reflexiones sobre sus causas y efectos”, en H. CANTÚ RIVERA, (coord.), *El tratado sobre las empresas y los derechos humanos. Perspectivas latinoamericanas*, Tirant Lo Blanch: México, 2022, pp. 39- 56-59.

⁸⁵ C. FERNÁNDEZ LIESA, “La debida diligencia de las empresas y los derechos humanos: hacia una ley española”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, n° 2, 2022, p. 438.

⁸⁶ H. CANTÚ RIVERA, “El proceso hacia...”, *op. cit.*, p. 60.

⁸⁷ Reglamento (UE) n° 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera, DOUE L. 295/23, 12 de noviembre de 2010 y Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen las obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo, DOUE L. 130/1, 19 de mayo de 2017.

⁸⁸ Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G23/008/93/PDF/G2300893.pdf?OpenElement>. Como puede observarse la redacción tiene reservas de Palestina, Brasil y China.

exista otro que permita garantizar un juicio justo⁸⁹. La tercera versión incorpora así criterios indicadores de “conexión suficiente”, cuestión que había sido señalada como necesaria, a efectos de delimitar el ámbito de interpretación del juez del foro, la cual podría resultar en una aplicación restrictiva⁹⁰.

37. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad⁹¹: la Propuesta de Directiva se inscribe en el contexto *ut supra* referenciado con relación a la iniciativa de discusión sobre el Tratado Internacional, esto es, a la negativa a formar parte de este proceso; pero al mismo tiempo, promocionando diversas acciones políticas y legislativas en consonancia con el deber del Estado de proteger, la obligación de las empresas de respetar; y el acceso a los mecanismos de reparación planteados por los Principios Rectores de Naciones Unidas. A esto se suma, que algunos Estados de la Unión Europea aprobaron legislaciones nacionales sobre el deber de vigilancia de las empresas, como los casos de Francia y Alemania, o de Países Bajos con relación al trabajo infantil. Este contexto de creación normativa ha generado que desde la Unión Europea se valore como necesario regular la materia, en pos de asegurar también condiciones equitativas de mercado⁹².

38. La primera propuesta fue dada por el Parlamento Europeo en marzo de 2021 a través de la Propuesta sobre debida diligencia de las empresas y responsabilidad corporativa, y en febrero del año 2022 tuvo lugar la propuesta de Directiva de la Comisión, la cual sigue en curso de discusión⁹³. En lo que a este trabajo respecta, es decir, el acceso a la justicia, y en particular el foro de necesidad como último recurso a tal fin, ha tenido un tratamiento inexistente en la propuesta de Directiva de la Comisión, pero sí había sido considerado por las Recomendaciones de la Propuesta del Parlamento.

39. En este aspecto, la propuesta de Directiva de la Comisión ha recibido críticas por no realizar mención alguna con relación a la jurisdicción y el derecho aplicable⁹⁴. Como es sabido, el texto normativo se decanta por el establecimiento de una norma imperativa, pero deja dudas interpretativas, o más bien, lagunas que harían necesaria su integración⁹⁵. Como fue mencionado *ut supra* con fecha 1 de junio se han aprobado las Enmiendas por el Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad⁹⁶. En el instrumento no se incluye ninguna consideración en relación al artículo 22 apartado 5°.

40. Por el contrario, las Recomendaciones de la propuesta del Parlamento incluían proposiciones para la modificación de la competencia judicial, incorporando así el foro de necesidad⁹⁷. Esta medida, ha sido recomendada también por diversos estudios de especialistas. Así, la Recomendación del

⁸⁹ F. ZAMORA CABOT, “Derecho Internacional Privado y...”, *op. cit.*, p. 8.

⁹⁰ Esto ha sido señalado en C. BRIGHT, (*et. al.*), “Private International Law Aspects of the Second Revised Draft of the legally binding instrument on business and human rights”, *NIPR*, 2021 (1), pp. 35-52.

⁹¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, [COM (2022) 71 final, 23 de febrero de 2022].

⁹² Sobre la propuesta de Directiva puede verse A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, y J. TOLE MARTÍNEZ, “Iniciativas Legislativas y Leyes de debida diligencia empresarial en derechos humanos: visiones del Sur y experiencias del Norte”, *Anuario Mexicano de Asuntos Globales*, Vol. 1, n° 1, 2022, pp. 299-328.

⁹³ Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129 (INL)).

⁹⁴ Como valora Palao Moreno con la propuesta de Directiva se mantienen los límites y obstáculos del sistema de DIPr. europeo vigente. G. PALAO MORENO, “Hacia una regulación europea en materia de diligencia debida de las cadenas de valor empresariales: retos que suscita al Derecho Internacional Privado”, en M. MARULLO; L. SALES PALLARÉS, y F. ZAMORA CABOT, (dir.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, A Coruña: Colex, 2023, p. 53.

⁹⁵ En el artículo 22.5 se establece “Los Estados miembros velarán porque la responsabilidad establecida en las normas de derecho nacional que traspongan el presente artículo sea de aplicación imperativa y prevalente en aquellos casos en los que la ley aplicable a las denuncias correspondientes no sea la de un Estado miembro”.

⁹⁶ No podemos profundizar en la misma atento a su reciente publicación y la fecha de envío de este trabajo.

⁹⁷ Recomendaciones para la elaboración de un reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I). Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/a-9-2021-0018_es.html

Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los derechos humanos y las empresas del año 2016 encomendaba⁹⁸: “Cuando las empresas comerciales no estén domiciliadas dentro de su jurisdicción, los Estados miembros deberían considerar permitir a sus tribunales nacionales ejercer la jurisdicción en relación con las demandas civiles sobre los abusos de los derechos humanos relacionados con estas empresas, de no existir ningún otro foro que garantice un juicio justo (*forum necessitatis*) y si hay una conexión suficientemente vinculante con el Estado miembro relacionado”

41. Asimismo, el Informe de *European Coalition for Corporate Justice* destacaba la conveniencia de la Reforma del RBI para permitir que los tribunales puedan: a) conocer de un litigio cuando no exista un foro alternativo disponible que garantice el derecho a un juicio justo⁹⁹.

42. Como apunta Durán Ayago la propuesta del Parlamento se proponía introducir dos modificaciones a las normas de competencia internacional: añadir un nuevo apartado al artículo 8º y agregar el artículo 26 bis, permitiendo el foro de necesidad¹⁰⁰. Este estaría condicionado a dos elementos: por un lado, un riesgo de denegación de justicia en el tercer país donde se haya cometido la transgresión a los derechos humanos; y de otro lado, una conexión lo suficientemente estrecha con el Estado miembro en cuestión. La autora se cuestiona si no constituye un elemento suficiente de conexión el hecho que la empresa que ha causado el daño forme parte de una cadena de suministro de una empresa que está domiciliada en la Unión Europea¹⁰¹.

III. El *forum necessitatis* en Europa y Latinoamérica

43. En la esfera internacional, la figura del foro de necesidad se formula de manera general si se la compara con la regulación que adquiere a nivel regional o nacional, donde a dicho mecanismo se le considera como algo excepcional, además de exigírsele un vínculo suficiente entre el litigio y el foro¹⁰².

1. La dimensión europea del *forum necessitatis*

44. En efecto, en el contexto europeo, esta herramienta ha ido institucionalizando el derecho humano del acceso a la justicia¹⁰³. Tras el tratado de Ámsterdam, se buscó crear una “genuina área de

⁹⁸ Recomendación CM/Rec (2016) del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre los Derechos Humanos y las empresas, 2/3/2016.

⁹⁹ EUROPEAN COALITION FOR CORPORATE JUSTICE (ECCJ) (2021). *Demandando a Goliath. Recomendaciones para mejorar el acceso a la justicia de las víctimas de abusos contra los derechos humanos y daños medioambientales en las operaciones y cadenas de valor globales de las empresas*, Madrid, [versión reducida, adaptada y traducida al castellano del informe ‘Suing Goliath’]. Recuperado de <https://corporatejustice.org/publications/suing-goliath>, p. 7.

¹⁰⁰ *Artículo 26 bis*. Por lo que respecta a las demandas civiles de índole mercantil sobre violaciones de los derechos humanos en la cadena de valor de una sociedad domiciliada en la Unión o que opera en la Unión dentro del ámbito de aplicación de la Directiva xxx/xxxx sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa, cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro posea competencia judicial en virtud del presente Reglamento, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro podrán, excepcionalmente, conocer del asunto si el derecho a un juicio justo o el derecho de acceso a la justicia así lo exigen, en particular: a) si no pudiere razonablemente incoarse o desarrollarse a cabo una acción o resultare imposible en un tercer Estado con el cual el litigio guarda estrecha conexión; o b) si una resolución dictada sobre la demanda en un tercer Estado no pudiere ser objeto de reconocimiento y ejecución en el Estado miembro del tribunal al que se hubiere interpuesto la demanda conforme a la ley de ese Estado y dicho reconocimiento y dicha ejecución fueren necesarios para garantizar el respeto de los derechos del demandante; y el litigio guardare una conexión suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer sobre él.

¹⁰¹ A. DURÁN AYAGO, “Derechos humanos, diligencia debida y sostenibilidad empresarial: implicaciones para el Derecho Internacional Privado europeo a propósito de una propuesta de Directiva en el aire”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, t. XXII, 2022, p. 344 y 346. G. PALAO MORENO, “Hacia una regulación...”, *op. cit.*, p. 63 y ss. Remarca el autor que la propuesta de modificación se previó en la propuesta inicial de Directiva de 2020 y de febrero de 2021, pero que desaparecen en la posterior de marzo de ese mismo año.

¹⁰² D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Compétence exclusive...”, *op. cit.*, t. 323, pp. 9 y ss. D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La tendance à la limitation...”, *op. cit.*, p.302.

¹⁰³ H. HELEN ELIZABETH, “Institutionalizing Justice in the Europe Union”, *Journal of International Law and Business*, Northwestern School of Law, n° 2000, pp. 132 y ss.

justicia” en Europa que permitiera el acceso a los sistemas judiciales de la misma manera que en la jurisdicción nacional¹⁰⁴. Para ello, se propuso crear un mecanismo normativo común basado en los distintos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y en el derecho comunitario, que regulara el proceso civil internacional. Por ello, las materias reguladas por el Convenio de Bruselas de 1968 pasaron a formar parte de las políticas comunitarias, con arreglo al artículo 61, letra c), y al artículo 65, del Tratado CE¹⁰⁵. Como consecuencia de esto, el Convenio de Bruselas de 1968 se convirtió en un Reglamento, a saber, el Reglamento (CE) n° 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (RBI), que establece normas como el acceso a la información pública en materia de justicia, la promoción de medios alternativos de solución de controversias y la creación de procedimientos comunes en materia de protección al consumidor y demandas transfronterizas. Además, se establecieron mecanismos para que las personas sin recursos pudieran acceder a los tribunales sin costo alguno. Estas normas también constituían un sistema de mínimos a partir del cual varios países europeos realizaron mejoras en sus sistemas nacionales para mejorar y modernizar los tribunales y sus procesos¹⁰⁶.

45. Sin embargo y a pesar de los esfuerzos, el proceso de unificación de normas relativas al proceso civil internacional continúa inacabado debido a la coexistencia de diversos sistemas judiciales en Europa. Esto es especialmente significativo en el caso que nos ocupa, porque si bien se admite el *forum necessitatis* en las normas generales relativas al DIPr., queda fuera del régimen general contenido en Bruselas I (si bien con el Reglamento original 44/2001 se podían alcanzar soluciones que perseguían el objetivo similar de evitar la denegación de justicia). Así, de un lado, los conflictos de competencia positiva entre los tribunales de los Estados miembros fueron resueltos por el propio Reglamento, ya que sus normas sobre litispendencia y conexidad se aplicaron con independencia de que los tribunales en cuestión fundamentaran su competencia en normas nacionales, consuetudinarias o comunitarias¹⁰⁷.

46. Por otra parte, los conflictos jurisdiccionales negativos también encontraron solución a partir de los principios básicos de los Estados miembros e incluso de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. Los tribunales de la UE podrían ampliar su jurisdicción si el solicitante no podía activar la jurisdicción de otro país (tercer Estado o Estado miembro), siempre que tuviera una relación suficiente con la UE. Lo que nada impediría que en el futuro se expresara de forma explícita el foro de necesidad, ya que el problema fue reconocido en la revisión del Reglamento 44/2001 y otras normas sectoriales¹⁰⁸.

47. El argumento a favor de incluir ese “foro de necesidad” se basó en lo que recogía el art. 6.1. del CEDH con relación a un proceso equitativo, conllevando en consecuencia a evitar una denegación de justicia y a eliminar los nada bien vistos foros exorbitantes frente a aquellos domiciliados fuera de la UE. Además, debido a la multiplicidad de ordenamientos jurídicos nacionales relativos a las empre-

¹⁰⁴ Conclusiones de la presidencia del Consejo de Europa en Tampere. Boletín de la Unión Europea, 10-1999, pp. I.1- I.16.

¹⁰⁵ Comisión de las Comunidades Europeas, “Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la conclusión, en nombre de la Comunidad, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, [COM(2008) 116 final, 29/02/2008], disponible en: EN (europa.eu). Último acceso, 12/06/2023.

¹⁰⁶ Italia, Alemania, Francia, Inglaterra y Suecia, Proyecto Florencia para el Acceso a la Justicia, tomo I Access to Justice: A World Survey (compiladores Cappelletti y Garth), Leyden y Milán, Sijthoff y Guiffre, 1975. Dicho tomo contiene 23 informes nacionales, citado por L. ORTIZ AHLF, “El derecho de acceso...”, *op. cit.*, p. 421.

¹⁰⁷ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Rigidez versus flexibilidad” ..., *op. cit.*, epígrafe 14.

¹⁰⁸ Así en materia de alimentos y sucesiones, este problema de inexactitud se resolvió, incorporando cláusulas específicas del foro de necesidad. Por ejemplo, ver el reglamento de alimentos de 2009 (art.7). Reglamento del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DO 2009, L 7, p. 1). Igualmente ver las conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona presentadas el 18 de junio de 2020, en el *Asunto C-540/19 WV contra Landkreis Harburg*. El *forum necessitatis* fue incluido en el “Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001”. La Propuesta de la Comisión consideró que era oportuno crear nuevos criterios de competencia para los litigios en los que estén implicados demandados de un tercer país, incluyendo el foro de necesidad a través de una cláusula abierta en el art. 26. Esta solución fue criticada por exigir conexión entre litigio y el foro con relación a un Estado miembro y no de la UE en su conjunto, lo que llevó a que su inclusión se postergara para una próxima revisión del Reglamento. *Ibidem*, epígrafe 14.

sas europeas, parecía apropiado ofrecer a las transacciones con nacionales de terceros países el mismo acceso a la protección jurídica que tendrían si tuvieran su sede en la UE¹⁰⁹. Como resultado surgió el actual RBI bis¹¹⁰. Con todo, y a pesar de adoptar las modificaciones efectuadas al reglamento 44/2001, sin embargo, no se aceptaron las relativas a la propuesta de adopción del art. 26 donde se recogería el foro de necesidad¹¹¹.

48. El Parlamento Europeo discutió ampliar el poder de los tribunales europeos para sancionar violaciones de derechos fundamentales en cualquier lugar del mundo, incluso para empresas no europeas¹¹², pero la propuesta fue rechazada¹¹³. En 2009, se propuso ampliar el RBI de 2001 para cubrir las demandas contra filiales extranjeras de empresas matrices europeas. A pesar de la oposición de algún país como Holanda¹¹⁴, esta idea recibió apoyo internacional, incluyendo la del Comité de Derechos Humanos de la ONU, que supervisa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual instó a los Estados miembros a proteger a las víctimas de actividades comerciales en el extranjero. Algunos expertos también apoyaron la idea de una competencia territorial más amplia para los tribunales europeos en casos de violaciones de derechos humanos cometidas por filiales en terceros Estados¹¹⁵. Inclusive, sectores doctrinales acompañaron esta propuesta.

49. Así, por ejemplo, Muir Watt reclamaba ya la introducción de un mayor ámbito territorial de competencia para los tribunales europeos: “La UE necesita una competencia específica para garantizar

¹⁰⁹ Pero también se encontraron dificultades políticas en el sentido de que era necesaria la creación de algún tipo de foro contra los demandados domiciliados en terceros países, lo que significaría que los demandantes tendrían prioridad en los tribunales de la UE. Del mismo modo, se planteó la cuestión de si una decisión dictada por un tribunal nacional puede ser reconocida y ejecutada en el país de origen del demandado. U. MAGNUS Y P. MANKOWSKI, “Joint Response to the Green Paper on the Review of the Brussels I Regulation”, ap. 2.4.3 [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/] citado por *Ibidem*, epígrafe 15.

¹¹⁰ El Reglamento tiene por objeto promover la libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión y crear el mayor grado posible de seguridad jurídica. P. JENARD, “Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Bruselas” (27 de septiembre de 1968, Diario Oficial C 59 de 5 de marzo de 1979) http://aei.pitt.edu/1465/1/commercial_reportjenard_C59_7_9.pdt consultado en diciembre de 2022. A grandes rasgos, deben cumplirse tres condiciones para que se aplique el Reglamento: se aplica a litigios civiles y mercantiles, con condiciones acumulativas de materia, ámbito temporal y domicilio del demandado. Se aplica desde el 10 de enero de 2015. Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, se aplicarán las normas jurisdiccionales nacionales. Si el demandado está domiciliado en un Estado miembro, se aplicará el Reglamento. Los tribunales europeos solo pueden considerar los criterios de competencia del texto normativo. El artículo 8 permite la acumulación de procedimientos entre una sociedad matriz y filial si los demandados están domiciliados en un Estado miembro de la UE. El Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) ha indicado que deben cumplirse dos condiciones para acumular demandas contra dos demandados: no demandar a la sociedad matriz solo para llevar a la filial ante tribunales europeos y existir una relación previa entre los demandados. Ver Asunto C-26/91, *Handte/TMCS*, Rec. 1992, p. 1-1; asunto C-145/10, *Fainer/Standard Berlags GmbH*, Rec. 2011, p. 1-12533, y el asunto C-616/10, *Solvay SA/Honeywell Fluorine Products Europe BV*, Rec. 2012, p. 1-12533. Véase V. SORIANO Y F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Civitas, 2007, pp. 214-215. Citados por A. MICHOD, “Of Rights and Men...”, *op. cit.*, pp. 7-34. Algunos Estados Miembro permiten acumular casos contra demandados dentro y fuera de la UE, incluso si no se aplica el Reglamento. España reformó en 2015 para permitir la acumulación de casos contra demandados extranjeros si uno está domiciliado en España y las demandas están conectadas. El RBI bis también tiene motivos de competencia adicionales en casos excepcionales. El artículo 7(2) permite que los tribunales en el Estado donde ocurrió el daño tengan competencia. No está claro cómo se aplica a la responsabilidad de las empresas, pero podría permitir que los tribunales juzguen a empresas europeas que controlan sus filiales en el extranjero, asegurando la responsabilidad empresarial y la claridad entre matriz y filial. *Ibidem*, 11-19.

¹¹¹ Ni siquiera se recogía de forma más o menos atenuada, como proponía la propuesta del art. 26. P. DE MIGUEL ASENSIO, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *Diario La Ley*, nº 8012, 31 de enero de 2013, p. 12.

¹¹² Parlamento Europeo, “Resolución sobre la responsabilidad social de las empresas en los acuerdos comerciales internacionales” A7-0317/2010, 2010.

¹¹³ P. ETIENNE, “Les règles de compétences juridictionnelles en Europe et le rôle du juge à l’épreuve des violations des droits sociaux” en M.-A. MOREAU (ed.), *Justice et mondialisation du droit du travail*, Dalloz, 2010, citado por A. MICHOD, “Of Rights and Men...”, *op. cit.*, pp. 7-34.

¹¹⁴ *Advies oterwerp-Verordening Brussel I COM (5689654/11/6) (2010) 748.*

¹¹⁵ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Alemania, (CCPR/C/DEU/CO/6, 2012).

que se pueda invocar la responsabilidad de las empresas cuya sede se encuentra fuera de un Estado miembro, en casos de violaciones de los derechos humanos cometidas por sus filiales en terceros Estados, a menudo Estados en vías de desarrollo, donde no están sujetos a normas estrictas¹¹⁶. En su revisión de la doctrina del *forum necessitatis* en todo el mundo, Chilenye Nwapi concluyó que la aplicación de la doctrina requiere generalmente la existencia de cuatro condiciones acumulativas: a) debe haber una ausencia de jurisdicción en el foro que conoce del asunto; b) debe existir alguna conexión con ese foro, pero debe ser imposible entablar un procedimiento en el foro extranjero competente; c) debe ser razonable exigir al demandante que inicie el procedimiento en el foro extranjero; e) debe haber una ausencia de acceso a un juicio justo en el foro extranjero¹¹⁷.

50. También El Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (EGPIL), siguiendo la misma idea, consideró que sería deseable evitar la creación de una cierta impunidad para las empresas privadas en cuanto se supere el ámbito geográfico de aplicación del RBI¹¹⁸. En el transcurso de la revisión de 2009 del RBI, la Comisión Europea propuso la inclusión de una norma de *forum necessitatis*. El nuevo artículo 26 del RBI refundido proponía la adopción de un criterio de competencia excepcional, en virtud del cual los tribunales nacionales europeos podrían, a pesar de no existir ningún criterio de competencia aplicable, conocer de un asunto si “el derecho a un proceso equitativo o el derecho de acceso a la justicia así lo exigen” (en particular, en los casos en que el asunto no pudiera ser razonablemente juzgado en un tercer Estado en el que la demanda esté más estrechamente vinculada)¹¹⁹. Lamentablemente, las reformas propuestas del Reglamento RBI para facilitar el acceso a la justicia en casos de ilícitos cometidos por empresas en países no pertenecientes a la UE no han logrado reunir el apoyo suficiente hasta la fecha¹²⁰. Por lo que, como ya mencionamos anteriormente, en el RBI bis, no es posible encontrar recogido el foro de necesidad.

51. La exclusión del foro general de necesidad puede mostrar que los países no quieren ponerse de acuerdo sobre reglas demasiado amplias; o quizás, que reina una excesiva prudencia ante este tipo de foro. Quizás, precisamente, existe una excesiva precaución ante el foro de necesidad, porque, su aplicación por los jueces nacionales, podría tener el riesgo de dar entrada a la figura del *forum shopping*, dado que sería de aplicación discrecional por los jueces. A pesar de este varapalo, esto no impide la posibilidad de determinar el interés relevante del tercer país¹²¹. Aunque existe el riesgo de que los tribunales de un tercer Estado en cuestión no se consideren competentes, el foro de necesidad continúa mostrando su razón de ser¹²². Cumple el derecho humano de acceso a la justicia y se basa en los principios generales

¹¹⁶ A. MICHOU, “Of Rights and Men ...”, *op. cit.*, p. 24.

¹¹⁷ C. NWAPI, “Jurisdiction by Necessity and the Regulation of the International and European Law Transnational Corporate Actor”, *Utrecht Journal of International and European Law*, 24, 2014, p. 40.

¹¹⁸ Informe de las sesiones de trabajo del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (GEDIP), Dix-huitième reunion, Bergen 19-21 septembre 2008, point 9, consultado el 07/12/ 2022.

¹¹⁹ La Comisión Europea propuso dos condiciones para establecer el *forum necessitatis*: suficientes vínculos y riesgo de denegación de justicia en otro Estado. Pero se rechazó el artículo 26 y el ámbito universal del Reglamento. Comisión Europea “Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil” COM (2009) 175 final (21 de abril de 2009); Comisión, “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil” COM (2010) 748 final (14 de diciembre de 2010). Véase también C. KESSEDIAN, “Commentaire de la refonte du règlement n° 44/2001 l” 47, *Revue Trimestrielle de Droit Europeen*, 2011 1,1; J. WEBER, “Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation”, *Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 75(3), 2011, pp. 619, 636-637. Comisión, “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Refundición 2010/0383 (COD); todos citados por A. MICHOU, “Of Rights and Men...”, *op. cit.*, p. 24 y ss.

¹²⁰ En 2012, la Asociación de Derecho Internacional -una ONG- sugirió la inclusión de una norma *forum necessitatis* en la reforma del RBI para evitar la denegación de justicia en casos sin motivo objetivo de competencia. Aunque la ONG expresó su apoyo a la idea, actualmente y hasta la fecha, no se ha discutido la introducción de una norma de jurisdicción universal, que afectaría al vigente RBI bis. Asociación de Derecho Internacional, Informe de la Septuagésima Quinta Conferencia (2012) 363, citado por *Ibidem*, 25.

¹²¹ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Rigidez versus flexibilidad...”, *op. cit.*, pp. 229-286, en especial epígrafe 15.

¹²² A.L. CALVO CARAVACA, Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., vol. I, Granada: Comares,

del Derecho Internacional en materia de derechos humanos¹²³. En Europa, esto se ve como una aplicación del art. 6.1 del CEDH, que prohíbe normas de competencia judicial que conduzcan a la denegación de justicia o a una falta de tutela judicial efectiva¹²⁴. De hecho, el *forum necessitatis* sigue aplicándose como criterio de competencia en varios Estados miembros de la UE, ya sea sobre una base legal o en la jurisprudencia¹²⁵. Los órganos judiciales pueden asumir una “competencia de acogida” para evitar la indefensión de los individuos, siempre que se reúnan ciertos requisitos. En consecuencia, aquellos procesos internacionales que no presentan un vínculo claro con el foro pueden ser atraídos por éste, otorgándole la “necesaria” protección jurisdiccional¹²⁶. Esto no condiciona el resultado final del proceso.

2. Regulación nacional: España

52. Descendiendo al orden nacional, si tomamos como comparación la situación de los Estados miembros de la UE, el punto de partida es recordar que las reglas de competencia internas son generalmente más extensas que las reglas uniformes de la legislación de la UE, especialmente en relación con la inclusión de foros desleales (exorbitantes), que aún no han sido abolidos y tienen un impacto directo en el alcance del *forum necessitatis* en los sistemas que mantienen este tipo de foros¹²⁷. Ahora bien, la inclusión del foro de necesidad en los sistemas internos de DIPr. se ha generalizado, tal y como recoge el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque su alcance varíe considerablemente desde una concepción amplia, donde la falta de foro disponible en el extranjero es fuente de una especie de jurisdicción universal, hasta una construcción que prescribe la consecución de una serie de requisitos, o la existencia de “vínculos estrechos” con el Estado¹²⁸. Esta falta de criterios comunes entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales compromete la perspectiva de adoptar un único enfoque armonizado que pueda aplicarse a nivel europeo. La propia naturaleza del foro de necesidad desaconseja exigir el vínculo entre

2009, p. 132. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Dimensión externa del Derecho procesal europeo”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. IX, 2009, pp. 97–114, en especial, p. 104. Citados por *Idem*.

¹²³ Cuestión distinta es si las normas internacionales, comunitarias y nacionales sobre el foro de necesidad son expresiones o constituyen un principio general de Derecho. G. GAJA, “General Principles of Law”, *Max Planck Encyclopedia of Public international law*, Oxford University Press, 2008. Esta cuestión debería responderse afirmativamente, puesto que evitar la denegación de justicia es un principio general de Derecho, y el foro de necesidad pretende evitar la denegación de justicia, los primeros deben tener la misma naturaleza jurídica que los segundos. Por otra parte, aunque el *forum necessitatis* amplía la regla de evitar la denegación de justicia, incluyendo a ciudadanos y extranjeros, esto no cambia nuestra conclusión. Este foro también previene la discriminación en el acceso a los tribunales, y ambos, prevención en la discriminación, y el acceso a los tribunales son un derecho humano fundamental, y, como tales, constituyen principios generales de Derecho. *Ibidem*, epígrafe 13.

¹²⁴ En el tráfico privado externo, la denegación de justicia puede ocurrir por la falta de tribunales disponibles o la mala coordinación entre normas internacionales, por ejemplo, en caso de guerra o de revueltas. En Italia, la Sentencia de la Corte di cassazione Sezioni Unite n° 19595 de 2008 declaró la jurisdicción italiana a partir de la admisión del *forum necessitatis* con referencia al art. 6° CEDH en un caso que no cumplía con los requisitos legales para ser conocido por los tribunales italianos y tampoco para ser conocido por otros tribunales extranjeros. *Diritto marittimo*, 2009, p. 144. G. ROSSOLILLO, “Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell’Unione Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n° 1, 2010, pp. 404-418, esp. p. 405. Citado por *Ibidem*, epígrafe 13.

¹²⁵ El apartado de jurisprudencia será analizado en la sección correspondiente. Igualmente ver nota 130.

¹²⁶ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Rigidez versus flexibilidad...”, *op. cit.*, pp. 229-286, en especial epígrafe 12 y ss.

¹²⁷ *Ibidem*, epígrafe 20 y ss.

¹²⁸ En Suiza, la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de 1987 establece que sus tribunales podrían conocer de estos litigios en los casos en que la jurisdicción extranjera original “no sea posible” o no podía “exigirse razonablemente”. En Portugal, artículo. 65, 1, d, del Código de Procedimiento Civil, desde 1961, ya positivó el *forum necessitatis*. En Portugal, el *forum necessitatis* se ha positivado desde 1961 y se regula en los artículos 62 y 65, d, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2013. Los tribunales portugueses tienen competencia internacional si el derecho invocado no puede ejecutarse en el extranjero o si el demandante encuentra dificultades para presentar la demanda en el extranjero, siempre que haya un elemento de conexión personal o real. (CPC 2015). R. M. MOURA RAMOS, “A Recente Reforma do Direito Processual Civil Internacional em Portugal”, *O Direito Internacional no Terceiro Milênio*, São Paulo: Ltr, 1998. En Francia, la aplicación del *forum necessitatis* también se presenta como un requisito de una negación de la justicia. Sus requisitos son: el demandante debe probar que es imposible que presente el caso en un tribunal extranjero y debe haber algún vínculo con los tribunales franceses. S. REDFIELD, “Searching for justice: The use of forum necessitates”, *Georgetown Journal of International Law*, Colorado, USA, 2014, Vol. 45, p. 893. Disponible en:

^h<https://www.law.georgetown.edu/academics/law-journals/gjil/recent/upload/zsx00314000893>.

el caso y el foro, y si se reclamase, debería ser una conexión débil para proteger adecuadamente los bienes jurídicos vulnerados¹²⁹. La creación de un foro de necesidad es necesaria para garantizar un refugio seguro a las víctimas de los daños empresariales, independientemente de dónde se hayan producido, y para impedir que las empresas multinacionales operen con impunidad.

53. En España con anterioridad a la modificación de la Ley Orgánica del poder judicial en julio de 2015, en particular del art. 22 *octies*, apartado 3, la jurisprudencia, la doctrina española y algún que otro tratado bilateral, ya reconocían el foro de necesidad, sobre la base del art. 24 de la Constitución española y el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), y el derecho a un proceso justo del art.6 del CEDH¹³⁰. Con todo, la norma española del poder judicial fue muy criticada por su excesiva rigidez¹³¹. Todas las hipótesis que recoge el artículo exigen que exista una “conexión con España”, y los distintos supuestos no especifican hasta qué punto debe tener esta conexión. Igualmente, esta disposición impone una carga indebida a los demandantes al tener que presentar su reclamación en todos los Estados que presenten un vínculo con el caso y obtener en cada supuesto una declaración de falta de competencia¹³². Por esta razón se necesita una flexibilización de la norma empleando unos criterios interpretativos basados en la propia aplicación que fija.

54. De esta forma, y de acuerdo con la doctrina, para activar el foro de necesidad, se necesita que el foro original no tenga competencia y que sea difícil o imposible buscar justicia en el extranjero¹³³. Esto significa que el demandante debe probar que el tribunal extranjero no tuvo competencia o desestimó la demanda por falta de competencia. Determinar si estas dos condiciones se cumplen favorece ejercer el derecho humano fundamental de acceso a la justicia, lo que puede darse con una interpretación amplia del foro de necesidad¹³⁴. En la sección de jurisprudencia mostraremos ejemplos que apoyen esta teoría.

3. La dimensión latinoamericana del *forum necessitatis*

55. En Latinoamérica diversos instrumentos de *soft law* se han decantado por la inclusión del *forum necessitatis*, al mismo tiempo que han resaltado su importancia. En esta línea podemos destacar la Ley Modelo Latinoamericana de protección internacional de los Derechos Humanos (la ley modelo Dahl) del año 2010; los Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la Justicia de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado del año 2016¹³⁵; y finalmente los Estándares Interamericana-

¹²⁹ M. REQUEJO ISIDRO, “Litigación civil internacional por abusos contra derechos humanos. El problema de la competencia judicial internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 269 y ss. nota 16, pp. 282 y ss.

¹³⁰ Art. 5 del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, hecho en Madrid el 17 de abril de 1989; y art. 7. 2º del Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000. Sentencia de TC nº. 61/2000 de 13 de marzo de 2000. BOE 14.4.2000. Citada como ejemplo de vinculación del sistema español de competencia judicial internacional al derecho humano a la tutela judicial efectiva. P. KINSCH, “Droits de l’homme, droits fondamentaux et Droit International Privé”, *Recueil des Cours*, t. 318, 2005, p. 45. Citado por J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Rigidez versus flexibilidad...”, *op. cit.*, pp. 229-286, en especial epígrafe 10.

¹³¹ La rigidez de la norma resulta particularmente desafortunada desde la perspectiva de la jurisdicción voluntaria, teniendo en cuenta las particularidades reseñadas en este ámbito, lo que refuerza la justificación de una interpretación flexible de la norma”. P. DE MIGUEL ASENSIO, “Ley de la jurisdicción voluntaria y Derecho Internacional Privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 147-197, en especial, p. 158.

¹³² F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial internacional en la reforma de la LOPJ”, *Almacén de Derecho*, 23 julio 2015. Disponible en: <http://almacenderecho.org/la-competencia-judicial-internacional-en-la-reforma-de-la-lopj>; citado por J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Rigidez versus flexibilidad...”, *op. cit.*, p. 24.

¹³³ M. VIRGÓS SORIANO, y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional (Litigación internacional)*, 2ª ed., Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2007, p. 76; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 8ª ed., Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2015, p. 96; A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. 1, 15ª ed. (2014–2015), Granada: Comares, 2014, pp. 305–308.

¹³⁴ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Rigidez versus flexibilidad...”, *op. cit.*, p. 25.

¹³⁵ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, (et. al.), *Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la Justicia (TRANSJUS)*, aprobado por Asamblea de la ASADIP, Buenos Aires, 12/11/2016. http://www.asadip.org/v2/?page_id=231

nos sobre empresas y derechos humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del año 2019, los cuales se pronuncian directamente sobre los riesgos del *forum non conveniens* e indirectamente sobre la admisibilidad del foro de necesidad. Veamos en particular, cada posicionamiento.

56. La Ley Modelo Latinoamericana de protección internacional de los derechos humanos fue presentada por el abogado Henri Saint Dahl en 2010 en la reunión de la Federación Interamericana de Abogados, celebrada en San José de Costa Rica¹³⁶. En el artículo 1º otorga competencia a los tribunales civiles de primera instancia, sobre las demandas civiles -interpuestas por nacionales o extranjeros- por violaciones de derechos humanos cometidas en país extranjero “cuando no sea jurídica o fácticamente razonable requerir al actor que acuda a tal país”.

57. Los Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la Justicia de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado constituyen una propuesta de *soft law* que contienen una serie de reglas y enunciados orientados a regular litigios privados transnacionales¹³⁷. Expresan en su preámbulo el objetivo de mejorar el acceso a la justicia de las personas en los litigios privados de carácter transnacional, incluyendo aquellos casos en los que estén involucradas entidades estatales, pero la controversia sea predominantemente comercial o por actos *jure gestionis*.

58. Continúa el preámbulo señalando que los Principios establecen estándares mínimos para garantizar el acceso a la justicia sin discriminación y de conformidad con el Derecho Internacional de los derechos humanos y los principios consagrados por la generalidad de las constituciones modernas. Al mismo tiempo, tienen el propósito de constituirse en parte y vector de la gobernanza global, intentando articular los poderes de los Estados en una relación de coordinación y cooperación para el logro de una justicia transnacional efectiva. Los principios podrán invocarse cuando las partes hayan acordado su aplicación a los aspectos procesales de su relación jurídica, a menos que exista prohibición expresa del ordenamiento del foro. Asimismo, desempeñan una función en relación a la interpretación, integración y complementación de reglas que resulten competentes para regir la materia. Finalmente, otra función estaría en torno a la orientación para la codificación del derecho procesal civil y comercial a nivel estatal e internacional.

59. Se entiende que los principios constituyen una aplicación específica de *ius cogens*, en particular, del derecho humano de acceso a la justicia. En el artículo 3.10 se admite la posibilidad de *forum necessitatis*: “Aunque no estén satisfechos los criterios de atribución de jurisdicción del Estado del foro, excepcionalmente éste podrá asumir jurisdicción a fin de garantizar el acceso a la justicia, siempre y cuando compruebe, tomando en cuenta los derechos y posibilidades de ambas partes, que el demandante no podrá obtener un acceso efectivo y razonablemente disponible en otra jurisdicción”.

60. Continúa el artículo señalando las posibilidades de atribución excepcional de jurisdicción de forma no excluyente, a casos de daños ambientales, daños derivados de las relaciones individuales de trabajo, de consumo o violaciones de derechos humanos, en procura que sujetos en situación de vulnerabilidad como niños, refugiados y migrantes de escasos recursos cuenten con un acceso eficaz a la justicia. Al mismo tiempo, se admite la posibilidad de ejercer jurisdicción para dictar medidas provisionales para la protección de personas o bienes que se encuentre en el territorio del juez, aunque carezcan de jurisdicción para conocer del fondo del litigio¹³⁸.

¹³⁶ J. ÁLVAREZ RUBIO ET. AL., “A propósito de la ley modelo latinoamericana de protección internacional de los derechos humanos” (la ley modelo Dahl)”, *Revista de estudios jurídicos*, nº 11, 2011, p. 1.

¹³⁷ J.L. OCHOA MUÑOZ, “Acceso transnacional a la...”, *op. cit.*, p. 337.

¹³⁸ “Esta atribución excepcional de jurisdicción debe ser ejercida especial pero no exclusivamente en casos de daños ambientales o daños derivados de relaciones individuales de trabajo, de consumo y de violaciones de derechos humanos, procurando que personas particularmente vulnerables, como los niños, los refugiados y los migrantes de escasos recursos, cuenten con un acceso eficaz a la justicia. Los tribunales siempre pueden ejercer su jurisdicción para dictar medidas provisionales de protección de las personas y bienes que se encuentren en su territorio, aunque carezcan de tal jurisdicción para conocer del fondo del litigio, debiendo estarse en definitiva a lo que decida el tribunal internacionalmente competente”.

61. Por su parte, los Estándares Interamericanos “Empresas y Derechos Humanos”, elaborados por la Relatoría Especial sobre derechos económicos, sociales, culturales, ambientales (REDESCA) y aprobados por la CIDH¹³⁹ contienen diversas orientaciones sobre el tema en tratamiento. En cuanto a su vinculatoriedad apunta Iglesia Márquez que no es una cuestión definitiva dado que su principal función es la de sistematizar estándares preexistentes y avanzar en el desarrollo de otros. Su principal valor radica entonces en dar legitimidad a las orientaciones para los Estados y los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) en la aplicación de la normativa interamericana en el contexto de actividades empresariales¹⁴⁰.

62. El Informe al desarrollar las obligaciones internacionales de los Estados en el contexto de actividades empresariales, en particular el deber de investigar, sancionar y garantizar acceso a mecanismos efectivos de reparación parte de considerar el acceso a la justicia como uno de los tres pilares fundamentales de los PR (párr. 121), en concreto el Principio Fundacional n° 25 y los Principios Operativos n° 26 a 31, por medio de los cuales los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar que las personas y comunidades afectadas por abusos y violaciones a los derechos humanos producidas bajo su jurisdicción puedan acceder a mecanismos de reparación efectivos, lo cual incluye la rendición de cuentas de las empresas y la determinación de su responsabilidad penal, civil o administrativa¹⁴¹.

63. En principio, se identifica la intención de esclarecer no sólo el contenido de las obligaciones que emanan de la Convención Americana, sino también de la Declaración Americana, considerada en el SIDH como una fuente de obligaciones jurídicas para los Estados miembros de la OEA. De esta manera, se promueve la incorporación de los estándares en la legislación, políticas y prácticas de países como Estados Unidos y Canadá, que no han ratificado la Convención Americana, pero cuyas empresas han generado impactos negativos sobre los derechos humanos y el medio ambiente¹⁴².

64. El Informe si bien no hace mención explícita al foro de necesidad, en los párrafos 132 a 134 establece su posicionamiento en relación al acceso a la justicia, vinculado a la actuación internacional de las empresas multinacionales y a los problemas que plantean los límites de la configuración, tanto del Derecho Internacional Privado, como del Derecho de Sociedades Comerciales. Señala el Informe “La Comisión y su REDESCA observan la dificultad de que las empresas matrices sean investigadas por abusos de derechos humanos cometidos por sus subsidiarias o a través de sus cadenas de suministro ubicadas en otros Estados” (párr. 132).

65. En este marco, cuestiona la posibilidad de utilización del *forum non conveniens* para denegar el acceso a la justicia de las víctimas de violaciones que involucran a empresas multinacionales. Considera que el uso irrestricto de la doctrina ha impedido en la práctica la investigación y eventual sanción de dichas empresas debido a la ineficacia o debilidad de sistemas judiciales y legislativos de determinados Estados donde tuvieron lugar las violaciones (párr. 132). En otros casos la demanda de la empresa en su Estado de origen será la única forma de garantizar el acceso a la justicia, v.gr. ante supuestos de disolución, insolvencia o insuficiencia de recursos para afrontar los reclamos, o cuando lo que se cuestiona es la “falta de debida diligencia en materia de derechos humanos de una empresa respecto de su cadena de suministro o relaciones comerciales con actores ubicados en terceros Estados que socavan o vulneran los derechos humanos, independientemente de la responsabilidad de estos últimos actores” (párr. 133).

¹³⁹ Sobre el informe puede verse D. IGLESIA MÁRQUEZ, “Estándares interamericanos sobre empresas y derechos humanos: Nuevas perspectivas para la conducta empresarial responsable en las Américas”, *Anuario de derechos humanos*, Vol. 16, n° 2, 2020, pp. 347-379.

¹⁴⁰ D. IGLESIA MÁRQUEZ, “Estándares interamericanos sobre empresas ...”, *op. cit.*, p. 354.

¹⁴¹ Sobre propuestas de legislación en materia de debida diligencia en Latinoamérica puede verse A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, Y J. TOLE MARTÍNEZ, “Iniciativas Legislativas...”, *op. cit.*, pp. 315 y ss.

¹⁴² D. IGLESIA MÁRQUEZ, “Estándares interamericanos sobre empresas ...”, *op. cit.*, p. 356.

66. El Informe identifica una serie de medidas que los Estados deben implementar para asegurar un recurso efectivo y acceso a la justicia en estos contextos, todas las cuales revisten especial interés para superar los obstáculos que presenta la litigación transnacional, pero dado el objeto de este trabajo resaltamos el relativo a la doctrina del *forum non conveniens*. Respecto de ella, se señala “es necesario valorar debidamente las restricciones a su aplicación, así como la posibilidad realista de que los denunciantes accedan a un recurso y reparación efectivos en la jurisdicción donde ocurrieron los hechos” (párr. 134). El documento vuelve sobre la cuestión al abordar la “Aplicación extraterritorial de las obligaciones de los Estados en el contexto de actividades empresariales y el deber de cooperar”. En este apartado nos interesa resaltar el párr. 159 donde se destaca la Recomendación CM/Rec (2016) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los derechos humanos y las empresas ya citada, en especial, la recomendación a los Estados de asegurar que sus tribunales nacionales tengan jurisdicción sobre demandas civiles por abusos de derechos humanos en contra de empresas domiciliadas en su jurisdicción, y la no aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*. Asimismo, la exhortación a que los Estados evalúen dotar a sus tribunales de la jurisdicción necesaria sobre demandas civiles en contra de las filiales de empresas domiciliadas en su jurisdicción vinculadas a abusos de derechos humanos, prescindiendo del lugar donde operen las filiales y siempre que exista una conexión estrecha entre la empresa matriz y la filial respecto de la afectación de los derechos humanos (párr. 159).

67. Finalmente, en la sección de Recomendaciones el Informe recalca la necesidad que la doctrina estricta del *forum non conveniens* y las figuras comunes del derecho corporativo (como disolución, escisión, adquisición, venta o fusión) no impidan u obstaculicen el análisis de las reclamaciones sobre violaciones de derechos humanos en contextos de actividad empresarial transnacional o de la efectiva ejecución de decisiones judiciales finales que hayan sido emitidas en respeto del debido proceso (Recomendación n° 8).

68. Desde el *hard law* se reconoce a la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras (CIDIP III) del año 1984 como instrumento que prevé el foro de necesidad como norma de competencia indirecta en su artículo 2° en los siguientes términos: “Se considerará también satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional si, a criterio del órgano jurisdiccional del Estado Parte donde deba surtir efectos, el órgano jurisdiccional que pronunció la sentencia asumió competencia para evitar denegación de justicia por no existir órgano judicial competente”¹⁴³. Se apunta que la formulación de la convención resulta general frente a la tendencia a la reducción del ámbito de aplicación del instituto, y su consideración como excepcional, junto con la exigencia de conexión suficiente entre el caso y el foro¹⁴⁴. Es de señalar que la Convención solo rige entre Uruguay y México.

69. La presencia de estas iniciativas da cuenta del escenario de nueva gobernanza que atraviesa al Derecho en general, y al DIPr. en particular. Como señala Scotti el nuevo escenario, marcado por el proceso de globalización, y de integración/marginación en palabras de Ciuro Caldani, lleva a repensar las técnicas del DIPr. formado en torno a las normas de conflicto en cuya lógica subyacen relaciones diferenciadas entre Estados soberanos¹⁴⁵. El proceso de producción económica lleva a repensar a la rama, ya sea mediante la utilización de otras técnicas: tales como las normas de policía o el replanteamiento de la autonomía material; así como también en la oportunidad para replantear el foro de necesidad. Todo ello, en vista al proceso de materialización de los derechos humanos que moldea al DIPr.

¹⁴³ Puede consultarse en <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-50.html> Puede verse D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Aspectos esenciales de...”, *op. cit.*, pp. 310- 316.

¹⁴⁴ M.A ALBORNOZ, “Acceso a la justicia...”, *op. cit.*, p. 190.

¹⁴⁵ L. SCOTTI, “Los escenarios del Derecho Internacional Privado actual: globalización, integración y multiculturalidad”, en D.P. FERNÁNDEZ ARROYO/ J. MORENO RODRÍGUEZ, (coord.), *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración- Libro Homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, CEDEP: Asunción, 2013, p. 18. Sobre globalización/marginación puede verse M.A CIURO CALDANI, “Globalización/marginación ¿implosión demográfica?”, *Bioética y Bioderecho*, Vol. 5, 2000, pp. 9-14.

4. La regulación nacional: Argentina

70. Para la Corte IDH la garantía a un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”. Entre los aportes de la Corte IDH se destacan dos aspectos relevantes: a) la promoción de una concepción amplia (*lato sensu*) del derecho de acceso a la justicia que envuelve a la generalidad de las garantías procesales, entre ellas, el debido proceso y el derecho a un recurso efectivo; y b) su consideración como una parte del contenido material del *ius cogens*. Esta idea había encontrado eco en la jurisprudencia argentina, antes de la modificación del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) del año 2015¹⁴⁶.

71. Como señalan Scotti y Baltar y ya se ha remarcado en este trabajo, la determinación de cuándo las autoridades judiciales de un Estado cuentan con competencia para entender las relaciones jurídicas internacionales está en relación directa con los derechos humanos, en especial, con la defensa en juicio y la tutela judicial efectiva¹⁴⁷. En Argentina la figura del foro de necesidad fue incorporada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso E. Cavura c. A Vlasov en el año 1960¹⁴⁸.

72. A partir del año 2015 se encuentra expresamente regulada en el artículo 2602 del CCCN: “Aunque las reglas del presente Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz”¹⁴⁹. De un análisis exegético del mismo, se desprenden como sus requisitos de procedibilidad ante el supuesto que las reglas del CCCN no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, los mismos pueden intervenir: a) con la finalidad de evitar la denegación de justicia; b) siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero; c) en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país; d) se garantice el derecho de defensa en juicio; e) se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz¹⁵⁰. Desde la estructura de la norma, y siguiendo a Soto, el foro de necesidad se ubica en las características negativas de la consecuencia jurídica de la norma indirecta referida a los problemas generales de la jurisdicción internacional¹⁵¹.

73. La exigencia de contacto suficiente buscar evitar la asunción exorbitante de jurisdicción, descartando la posibilidad de jurisdicción universal a favor del juez argentino. Se trata de un concepto indeterminado, que necesita ser precisado en su alcance, pero la adjetivización da cuenta que no basta con cualquier contacto¹⁵². Como explican Scotti y Baltar debe ser excepcional y no la regla, para no caer en foros exorbitantes¹⁵³, y en ese sentido los recaudos que se establecen para su procedencia. No

¹⁴⁶ J.L. OCHOA MUÑOZ, “Acceso transnacional a la...”, *op. cit.*, p. 340-341.

¹⁴⁷ L. SCOTTI/ L. BALTAR, “El *forum actoris* en el Derecho Internacional Privado argentino”, *Pensar en derecho*, 9, n° 15, 2020, p. 375.

¹⁴⁸ CSJN, Cavura de Vlasov, Emilia c/ Vlasov, Alejandro sobre divorcio y separación de bienes, 28/3/1960. Fallos 246:87.

¹⁴⁹ Se señalan como antecedentes el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 (art. 2500) y el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado Argentino de 2003 (art. 19). Puede verse G. GERBAUDO, “La aplicación del foro de necesidad en los contratos internacionales de consumo electrónicos”, *Diario Comercial*, n° 223, 2019, p. 1. J. PASCARELLI, “Algunos aspectos de la regulación de la jurisdicción internacional en el Código Civil y Comercial de la Nación”, SJA 18/11/2015, 26, TR LALEY AR/DOC/5537/2015, p. 7.

¹⁵⁰ L. SCOTTI, “El acceso a la...”, *op. cit.*, p. 36. Puede verse también: D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Artículo 2602. Foro de necesidad”, en J. RIVERA Y G. MEDINA (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, CABA: La ley, 2014, pp. 804-807. A. DREYZIN DE KLOR, “Artículo 2602. Foro de necesidad”, en R. LORENZETTI (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. XI, Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2015, pp. 513-517.

¹⁵¹ A. SOTO, “Artículo 2602. Foro de necesidad”, en J. ALTERINI (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, T. XI, CABA: La ley, 2016, p. 1002.

¹⁵² J. QUARANTA COSTERG, “Identificación de problemas sobre jurisdicción internacional. Soluciones”, *El Derecho- diario*, Tomo 273, 769. Cita on line ED-DCCLXXVI-778, 2017, p. 2.

¹⁵³ L. SCOTTI/ L. BALTAR, “El *forum actoris* en el...”, *op. cit.*, p. 408.

obstante, lo cual, tales requisitos pueden ser valorados cómo de una exigencia tal que tornen operativa la posibilidad de aplicación fáctica¹⁵⁴.

5. Funcionamiento conjetural y restricción de las conductas: el uso estratégico del foro de necesidad

74. Consideramos que el establecimiento del foro de necesidad como *ultima ratio* para el acceso a la tutela judicial efectiva ha de ser considerado también en su funcionamiento conjetural y de este modo analizar su potencial para el control social a través de la restricción de las conductas de los sujetos¹⁵⁵. Como ha sido analizado por Whytock las funciones de gobernanza global de los tribunales nacionales son importantes para los litigantes, de igual manera que su función jurisdiccional, pero lo son más allá de las fronteras y de los juicios particulares, afectando el comportamiento de los actores transnacionales. De este modo, el autor toma la metáfora de la “sombra transnacional de la ley” para hacer referencia a los efectos de los tribunales domésticos que se irradian más allá de las fronteras y más allá de las partes en juicios particulares¹⁵⁶.

75. Específicamente aplicado al foro de necesidad Marullo ha señalado la posibilidad de su rol disuasorio respecto de la restricción por parte de las empresas multinacionales en la violación de los derechos humanos¹⁵⁷. Esta situación nos llevaría a pensar la estrategia jurídica en relación a la regulación del foro de necesidad, en vínculo a las posibilidades conjeturales de su uso ya mencionadas¹⁵⁸. Como remarca Whytoc en ocasiones los demandantes están más interesados en la estrategia que en los efectos directos del litigio transnacional, como sucede en los casos de litigio de derecho público transnacional. Siguiendo a Koh, explica el autor que los jueces pueden afirmar que están resolviendo solo una disputa en particular, pero en realidad están “declarando (o negando) normas internacionales que los litigantes transportan a otros foros para su uso en la negociación”¹⁵⁹.

76. Muir-Watt apunta que, a través de la afirmación de la territorialidad como principio rector, el DIPr. ha sido cómplice en impedir la afirmación de la responsabilidad social de las empresas multinacionales. Así, ha mantenido la responsabilidad corporativa dentro de los límites de la ley local compartimentada a través tanto del *forum non conveniens* como de la *lex loci delicti*, lo que ha alentado la migración de los sitios de producción a entornos legales donde, detrás del velo soberano, la competencia internacional por la inversión tiende a mantenerse¹⁶⁰. Como relata Zamora Cabot contamos con múltiples tomas de posturas doctrinarias para preservar e impulsar el acceso a la justicia¹⁶¹.

IV. Justificación jurisprudencial del *forum necessitatis*

77. En este apartado se consignan resoluciones judiciales en las que se analiza la institución del foro de necesidad. De la propia definición, así como del carácter excepcional de este foro, se desprende lógicamente la consecuencia que un tribunal puede declararse competente para evitar una denegación internacional de justicia a pesar de que no haya en su sistema una norma expresa que lo faculte a actuar

¹⁵⁴ Puede verse T. SOSA, “Competencia basal en el Código Civil y Comercial. Medidas provisionales urgentes y foro de necesidad”, *La ley*, La Ley 2016-F, 619, TRLA LEY AR/DOC/3338/2016, p. 3.

¹⁵⁵ Sobre funcionamiento conjetural puede verse M.A CIURO CALDANI, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario: FIJ, 2000.

¹⁵⁶ C. WHYTOCK, “Domestic Court and Global Governance”, *Tulane Law Review*, Vol. 84, 67, 2009, pp. 97-99.

¹⁵⁷ M. MARULLO, “La lucha contra la impunidad...”, *op. cit.*, p. 31.

¹⁵⁸ Sobre estrategia jurídica puede verse M. CIURO CALDANI, *Estrategia Jurídica*, Rosario: UNR editora, 2011.

¹⁵⁹ C. WHYTOCK, “Domestic Court...”, *op. cit.*, p. 100.

¹⁶⁰ H. MUIR WATT, “Private International Law Beyond the Schism”, *Transnational Legal Theory*, 2 (3), 2011, p. 43.

¹⁶¹ F. ZAMORA CABOT, “Gobernanza mundial y el binomio empresas-derechos humanos”, *Anales de la Real Academia de los doctores de España*, Vol. 5, n° 1, 2020, p. 107.

de ese modo. Una conclusión adelantada nos permite manifestar que dicho foro favorece el derecho humano fundamental de acceso a la justicia.

78. De esta forma, encontramos en primer lugar el Caso Akala et. al. contra Comilog International, *SA Francia y Congo, 2007-2015*¹⁶². El caso hace referencia a la declaración de incompetencia por parte de un tribunal francés en 2011 para conocer del conflicto suscitado entre una empresa congoleña, filial del grupo francés Eramet, y casi 1000 trabajadores por su despido sin indemnización. Los trabajadores decidieron interponer un recurso de apelación ante la corte de París. Este tribunal, ya en 2013, sí asumió la competencia por virtud del foro de necesidad. El juez argumenta que no se puede denegar el acceso a la justicia a unos trabajadores que han visto como su petición no se resolvía desde comienzo de los años 90: “Una situación como esa, contraria al principio según el cual la justicia debe llevarse a cabo en un plazo razonable, comporta evidentemente una denegación de justicia”. Así, se satisfacen los requisitos para que el foro de necesidad se pueda activar: que exista imposibilidad de que otro tribunal pueda conocer del caso, y que, a su vez, el litigio esté conectado con la corte francesa, en el caso que se presenta, a través del vínculo de la nacionalidad de la empresa (francesa). De esta forma, decidió condenar a la empresa congoleña a indemnizar a los trabajadores por despido improcedente. A pesar de recurrirse dicha sentencia por la empresa, el tribunal de casación francés ratifica en 2015 la sentencia del 2013¹⁶³.

79. En el caso Anvil Mining la Asociación Canadiense contra la Impunidad inició una demanda colectiva contra Anvil Mining Ltd. en Quebec por las acciones de la empresa en una masacre en la República Democrática del Congo (RDC) acaecida en el año 2004. La empresa tenía su casa matriz en Australia, pero había abierto una oficina en Montreal en el año 2005, siendo su actividad principal la explotación de una mina en la RDC. La Corte Suprema de Quebec en 2011 se pronunció por su jurisdicción para conocer en el asunto, argumentando que en el supuesto de decidir el rechazo de la solicitud no habría una mejor jurisdicción para tramitar la reclamación civil de las víctimas. El juez entendió que, dado que la mina ubicada en la RDC era la principal mina de Anvil Mining Ltd, entonces el trabajo en la compañía en Quebec estaba necesariamente relacionado con las operaciones en la RDC. El magistrado reconoce como aplicable el artículo 3136 que regula el foro de necesidad. No obstante, la Corte de Apelaciones de Quebec en 2012 anuló la decisión y desestimó la demanda entendiendo que la corte de primera instancia no tenía jurisdicción. Fundamentó remarcando que en el momento de la masacre no había actividad u oficina en Quebec, y que la controversia no estaba sustancialmente vinculada con el trabajo de Anvil Mining Ltd en Quebec. Sentenció que la reclamación podía presentarse en Australia, donde la empresa tenía su casa matriz, o ante los tribunales de la RDC¹⁶⁴.

80. En el caso Choc v. Hudbay Minerals el Tribunal Superior de Justicia de Ontario en el año 2013 se declaró competente para conocer en las acciones iniciadas contra la empresa Hudbay Minerals por las violaciones a los derechos humanos de miembros de la comunidad Maya Q’eqchi’ cometidos por su filial en Guatemala en el año 2009. Las víctimas alegaron negligencia por parte de la empresa matriz que autorizó al personal de seguridad de la filial a intervenir con el uso de la fuerza durante la protesta en el Proyecto Minero Fénix y en ese accionar mataron y agredieron sexualmente a integrantes de la comunidad. En el caso, se considera que hay una conexión suficiente entre Ontario y el objeto de litigio dado que la empresa está constituida en Canadá y tiene presencia en el país. Se valora asimismo que en virtud del *common law* vigente, Canadá tenía jurisdicción para decidir sobre las acciones presentadas, y que lo contrario hubiese implicado la denegación del acceso a la justicia para las víctimas¹⁶⁵.

¹⁶² OBSERVATORIO DE RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA, *Los mecanismos de acceso a remedio en materia de empresas y derechos humanos*, Madrid: Ministerio de asuntos exteriores y cooperación, 2019, pp. 16-17.

¹⁶³ *Cour d’appel de Paris, 10 septembre 2015. Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 28 janvier 2015.*

¹⁶⁴ S. IMAI ET. AL., “El Sistema Judicial Canadiense y la Empresa Minera Hudbay en Guatemala”, Research Paper, *Comparative Research in Law & Political Economy*, n° 11, 2013, pp. 28-31. S. MIJARES PEÑA, “Human Rights Violations by Canadian Companies Abroad: Choc v. Hudbay Minerals Inc”, *Western Journal of Legal Studies*, Vol. 5, Issue 1, 2014, p. 7.

¹⁶⁵ S. MIJARES PEÑA, “Human Rights Violations...”, *op. cit.*, pp. 1-19, en especial pp.15-16.

81. Otro caso en el que aparece la cuestión del foro de necesidad (aunque fue rechazada su utilización), fue en un conflicto entre una nacional española, la Sra. Mercedes y Ashghal, una entidad pública de Qatar, y el Estado de Qatar. El caso fue seguido por la Audiencia Provincial de Barcelona en marzo de 2015¹⁶⁶. La Sra. Mercedes presentó una demanda alegando que era la autora de una obra de diseño y que ambas demandadas habían vulnerado sus derechos morales sobre la obra. Ashghal y el Estado de Qatar presentaron una declinatoria alegando inmunidad de jurisdicción, falta de competencia internacional y falta de competencia territorial de los juzgados de Barcelona. El juzgado mercantil resolvió primero la falta de competencia internacional, basándose en el lugar donde se produjo la infracción, que sería Qatar. Sin embargo, no resolvió sobre la alegación de inmunidad de jurisdicción. Mercedes interpuso un recurso de apelación argumentando la competencia de los tribunales españoles y alegando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva. También cuestionó la interpretación del artículo 22. 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) realizada por el juzgado mercantil. El tribunal considera que es inquestionable que la interpretación y aplicación de las reglas de competencia judicial internacional pueden afectar el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, señala que el derecho de acceso a la tutela se refiere al acceso mismo y no necesariamente al derecho de obtener una tutela de fondo. No se ha alegado que existan dificultades en el acceso a la justicia en este caso. En cuanto a la interpretación del artículo 22. 3º LOPJ, el tribunal analiza si es necesario aplicar los criterios jurisprudenciales en torno al artículo 5.3 del Reglamento comunitario 44/2001. Considera que no se justifica abrir un foro de necesidad a favor de los tribunales españoles, ya que no se han presentado datos que demuestren que existen dificultades mayores para obtener tutela en Qatar. Además, el foro de necesidad solo se justifica en situaciones extremas, que no son aplicables en este caso. En resumen, el tribunal no encuentra justificación para abrir un foro de necesidad a favor de los tribunales españoles. Tampoco considera que la interpretación del artículo 22. 3º LOPJ realizada por el juzgado mercantil sea errónea a la luz de los criterios jurisprudenciales.

82. Finalmente, encontramos la sentencia *Vedanta Resources Plc. & another v. Lungowe* (2019), en el que se sitúa al caso como un supuesto de acceso a la justicia¹⁶⁷. Este litigio involucró a un grupo de 1.826 ciudadanos de Zambia que vivían en cuatro comunidades cerca de la Mina de Cobre Nchanga en Zambia. Alegaron que las emisiones tóxicas de la mina causaron perjuicios a su salud y actividades agrícolas. La mina es propiedad de Konkola Copper Mines (KCM), una empresa pública en Zambia, y su empresa matriz es Vedanta Resources, un grupo multinacional con sede en el Reino Unido. Las reclamaciones contra ambos demandados se basaron en la negligencia del derecho común y el incumplimiento del deber legal. El principal problema en esta apelación es la jurisdicción de los tribunales en Inglaterra y Gales para conocer estas reclamaciones. Los demandantes argumentaron que la jurisdicción debía establecerse de acuerdo con el Reglamento de Bruselas I bis para Vedanta, y el Código procesal inglés para KCM. La historia procesal involucra la emisión del formulario de demanda, la notificación de documentos y la impugnación de la jurisdicción por parte de ambos demandados. Las impugnaciones de ambas empresas fueron inicialmente desestimadas tanto por el Tribunal Superior como posteriormente por la Corte de Apelación. Los demandados, en un último intento de conseguir su pretensión de impugnar la jurisdicción, apelaron ante el Tribunal Supremo, apelación que se resolvió en enero de 2019. El fallo de dicho tribunal hace especial énfasis en la importancia de la proporcionalidad a la hora de debatir las cuestiones de jurisdicción. Llegó a la conclusión no sólo de que existía un riesgo real, sino una probabilidad de que los demandantes no obtuvieran acceso a la justicia, de modo que, en su opinión, y a pesar de la necesidad de cautela y de pruebas convincentes, esta razón para preferir la jurisdicción inglesa a la zambiana estaba demostrada por un margen sustancial más allá del riesgo real que exige la ley. También enfatizó el fallo del Tribunal Supremo, en la importancia de la contención judicial en disputas de jurisdicción que llegan a tribunales superiores, especialmente cuando la Corte de Apelación ya ha coincidido con el análisis del juez de primera instancia¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Roj: AAP B 1256/2015 - ECLI:ES: APB:2015: 1256ª. Mercedes vs. ASHGHAL. Y el Estado de Qatar

¹⁶⁷ M. MARULLO, J. ESTEVE-MOLTÓ, y F. ZAMORA-CABOT, "La responsabilidad de las empresas multinacionales a través de la litigación transnacional: estudio comparado de casos de relieve", *Iberoamerican Journal of Development Studies*, 2021, p. 16. DOI: 10.26754/ojs_ried/ijds.676

¹⁶⁸ F. ZAMORA-CABOT, "Acceso a la justicia y empresa y derechos humanos: importante decisión del Tribunal Supremo de

V. Conclusiones

83. Es necesario abordar la cuestión de la jurisdicción en el proceso civil internacional y replantearla desde la vertiente de los derechos humanos, en particular, desde el derecho de acceso a la justicia, que garantice el ejercicio de la tutela judicial y que conlleve a una prohibición de denegación de la justicia.

84. Del análisis de los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Constitucional comparado se deduce que se han realizado importantes aportaciones para el reconocimiento y positivización de los derechos y garantías del acceso a la justicia, lo cual representa un desafío para los legisladores y los jueces y demás operadores judiciales, que deben aplicar integradamente los diferentes instrumentos normativos, a fin de garantizar el derecho de acceso a la justicia, sin distinciones ni privilegios injustificados.

85. Igualmente si la UE quiere plasmar sus propias normas y aplicar a fondo el artículo 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, debería considerar la posibilidad de abrir su sistema judicial para garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales en todas partes, incluso en el caso de nacionales de terceros países que se hayan visto afectados por las actividades de producción de empresas de la UE en el extranjero. El ejercicio de la jurisdicción en estos casos no debe percibirse como una invasión de la soberanía de otros países. Al contrario, debe considerarse como el debido ejercicio de la soberanía de los propios Estados europeos sobre sus personas jurídicas. Quizás existe una excesiva precaución ante el foro de necesidad, porque, su aplicación por los jueces nacionales, podría tener el riesgo de dar entrada a la figura del *forum shopping*, dado que sería de aplicación discrecional por los jueces.

86. Los criterios acumulativos desarrollados por Chilenye Nwapi son útiles para intentar circunscribir las condiciones que dan lugar a la apertura de una jurisdicción *forum necessitatis*. Sin embargo, la armonización de los criterios que deben mantenerse en el Reglamento RBI bis si el *forum necessitatis* se consagrara en una futura versión refundida del marco del Reglamento promete ser difícil. De hecho, hasta la fecha, ninguna jurisdicción ha sido capaz de proporcionar una definición clara de estas condiciones, dejando mucho margen de maniobra a los tribunales nacionales en cuanto a los criterios justificativos para la aplicación de la doctrina del *forum necessitatis*¹⁶⁹ La propia recomendación del Consejo de Europa del 2016, ya avisaba a “los tribunales nacionales que ejerzan su jurisdicción sobre las demandas civiles relativas a abusos de los derechos humanos relacionados con las empresas contra las filiales, dondequiera que tengan su sede, de las empresas comerciales domiciliadas en su jurisdicción, si tales demandas están estrechamente relacionadas con las demandas civiles contra estas últimas empresas”¹⁷⁰.

87. En Latinoamérica se ha relevado una posición favorable a la regulación del foro de necesidad a través de diversos instrumentos de *soft law*, así como una posición restrictiva en relación a la admisibilidad de *forum non conveniens*. En cuanto a las normas de *hard law*, solo se encuentra recepcionado como jurisdicción indirecta en la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras (CIDIP III) del año 1984. No obstante, se advierte el restringido ámbito de aplicación al haber sido ratificado sólo por dos Estados. La recepción en particular como norma interna de DIPr., como sucede en el caso argentino, y que por razones de extensión no hemos analizado en otros Estados del continente, puede ir en la tónica de las legislaciones que garantizan el acceso a la justicia.

Reino Unido en el caso *Vedanta v. Lungo*”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n° 63, 2020, pp. 33-56. En especial, y sobre el razonamiento para declararse competente ver pp. 38-43.

¹⁶⁹ A. MICHOD, “Of Rights and Men...”, *op.*, cit., p. 26 y ss.

¹⁷⁰ Consejo de Europa, “Recomendación CM/Rec (2016) 5 del Comité de ministros “a los Estados miembros sobre la libertad en Internet” (13 de abril de 2016) párrafo 35. Citado por A. MICHOD, “Of Rights and Men...”, *op.*, cit., p. 31.

88. Entendemos valiosa la posibilidad de pensar la admisibilidad como *ultima ratio* del *forum necessitatis*, en razón de la función de control social de las conductas que puede llevar a cabo, y sobre todo por significar la garantía de acceso a la justicia en los casos en que de otra manera se produciría una denegación de la misma. La admisibilidad del foro de necesidad en los casos jurisprudenciales da cuenta de cómo puede funcionar como último bastión para la garantía del derecho humano, máxime cuando se trate de supuestos de graves violaciones a los derechos humanos. La entidad de los hechos denunciados y la conexión con el foro, da cuenta de que cabe la posibilidad del instituto sin convertirse en un foro exorbitante, ni dar entrada a la figura del *forum shopping*.

89. Quedan por supuesto, más opciones legislativas a analizar sobre el binomio empresas-derechos humanos, tales como las conexiones para pensar en un sentido más amplio la jurisdicción competente y el Derecho aplicable, en el entendimiento que el DIPr tiene a su alcance estrategias regulatorias para desarrollar en el escenario de la gobernanza actual.