

HURI-AGE

Red Tiempo de los Derechos



Papeles el tiempo de los derechos

EMPRESAS MULTINACIONALES Y DD.HH.: ¿HACIA EL FIN DE LA IMPUNIDAD? APUNTES A LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO CANADIENSE EN *NEVSUN RESOURCES LTD. v. ARAYA*

MULTINATIONAL ENTERPRISES AND HUMAN RIGHTS: TOWARDS THE END OF IMPUNITY? NOTES ON THE CANADA SUPREME COURT'S DECISION OF NEVSUN RESOURCES LTD. v. ARAYA

**Francisco Javier Zamora Cabot
María Chiara Marullo**

Palabras clave: Canadá, Sector Extractivo, Decisión *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, Acto de Estado. Derecho Internacional consuetudinario, Litigios Transnacionales sobre Derechos Humanos.

Key Words: Canada, Extractive Industries, Decision *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, Act of State, Customary International Law, Transnational Human Rights Litigation.

Número: 20 Año: 2020

ISSN: 1989-8797

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

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

**EMPRESAS MULTINACIONALES Y DD.HH.: ¿HACIA EL FIN DE
LA IMPUNIDAD? APUNTES A LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL
SUPREMO CANADIENSE EN *NEVSUN RESOURCES LTD. v.
ARAYA***

***MULTINATIONAL ENTERPRISES AND HUMAN
RIGHTS: TOWARDS THE END OF IMPUNITY? NOTES ON THE
CANADA SUPREME COURT'S DECISION OF NEVSUN
RESOURCES LTD. v. ARAYA***

Francisco Javier Zamora Cabot*

María Chiara Marullo**

**Sumario: I.- Introducción. II.- Decisión *Nevsun*. 1.- Antecedentes. 2.
Ponencia de la Juez Abella. III.- Evaluación. IV. -Reflexiones Conclusivas.**

Resumen

Tras una introducción en la que se sitúa en contexto la decisión objeto de estas páginas, se procede a presentarla en sus antecedentes y aspectos principales, referidos al Acto de Estado y al sometimiento de las empresas al Dº internacional consuetudinario. Sigue una evaluación pormenorizada, apoyando la solución que alcanza el Tribunal Supremo del Canadá en el supuesto estudiado, que se proyecta hacia el futuro en fase de conclusiones, integrándola en recientes e importantes tendencias perceptibles entre los grandes operadores económicos y en una vigencia de los derechos humanos consustancial con la propia supervivencia de nuestra especie.

Abstract

After an introduction that contextualizes the decision on which these pages focus, such decision is presented in its background and main aspects, which refer to the Act of State and the submission of companies to customary international law. This is followed by a detailed evaluation supporting the solution reached by the Supreme Court of Canada on the case studied, which is projected into the future in the conclusions phase, integrating it in recent and important, perceptible trends among large economic operators and in a validity of human rights that is consubstantial with the survival of our species.

*Catedrático de Dº internacional privado, UJI de Castellón. Coordinador de la RED AUIP: Empresas y DDHH, incidencia especial en el extractivismo y los acaparamientos de tierra y agua. Más información en: Redhexata.com. Email: zamora@uji.es

**Profesora Ayudante Dr. (Acreditada a Contratado Dr., ANECA/AVAP). Miembro de la Redhexata. Email: marullo@uji.es

I.-Introducción

Impunidad es siempre una palabra fuerte, máxime cuando se trata de un entorno de derechos humanos. Pero entendemos que referida a las relaciones de las empresas multinacionales con éstos, es lo que ha venido prevaleciendo hasta tiempos muy recientes, apenas hace unas décadas. Sucede que los Estados Unidos a través de sus sedes federales y la práctica del célebre *Alien Tort Statute*¹ abrieron un frente de lucha contra ella, traducido en un importante acervo jurisprudencial que, por desgracia, conoce en nuestros días horas bajas. Sigue a causa de algunas recientes decisiones de su Tribunal Supremo claramente limitativas de la posibilidad que el citado texto abría respecto del acceso a la justicia de las víctimas de las actividades de las multinacionales, un acceso entendido en términos abiertos y generosos. De forma concomitante, sin embargo, esa especie de *retirada* - nunca total, hay que decir - de los Estados Unidos, se ha visto en cierto sentido compensada por la tendencia que claramente se aprecia en otros países hacia una creciente involucración de sus sedes judiciales respecto de facilitar tal acceso. Todo ello es bien conocido, y hemos tenido ocasión de estudiarlo en diversos trabajos que se han reflejado en un número de publicaciones².

De modo significativo, ahora, incluídos en la tendencia a la que acabamos de referirnos, es preciso que aludamos a los tribunales canadienses. Dentro del ámbito de las empresas y los derechos humanos, el sector extractivo del Canadá es uno de los mayores focos de preocupación respecto de sus actividades en terceros países. Lo es por su enorme magnitud, ya que detenta una práctica hegemonía a nivel mundial y, particularmente, porque el impacto de tales actividades viene siendo demoledor respecto de los citados derechos, podría decirse que suscita el núcleo principal de las mayores violaciones que éstos sufren a lo largo y ancho de nuestro planeta. Al respecto, la sociedad civil del país norteamericano -ejemplo en muchos otros órdenes-, consciente de ello, no ha podido sin embargo conseguir que sus representantes políticos reviertan esta situación por lo que, a falta fundamentalmente de una vigorosa normativa de control, solo queda el recurso a los citados tribunales que, tradicionalmente, han sido remisos a ponerle remedio. Pero las cosas están cambiando³.

Con algunos precedentes a los que aludiremos más adelante, la decisión *Nevsun*⁴ objeto de estas páginas viene a representar al mayor nivel cómo el sistema judicial del referido país está

¹28 U.S.C. 1330.

²Referido al *Alien Tort Statute*, vid., v. gr., nuestro "Never Send to Know...Comentario Crítico a la Sentencia *Jesner v. Arab Bank*, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos", en estos *Papeles el tiempo de los Derechos*, 2018 (32).

³Situando el problema descrito, vid., v.gr., Francisco Javier Zamora Cabot, "Las industrias extractivas canadienses y su impacto sobre los derechos humanos: esperando a Trudeau", en estos *Papeles...*, 2016 (17). Asimismo, vid., en general, v.gr., Amissi Amirabona y Yenny Vega Cárdenas, *Extractive Industries and Human Rights in an Era of Global Justice: New Ways of Resolving and Preventing Conflicts*, LexisNexis Canada, 2019.

⁴2020 SCC5. En adelante, cit., *Nevsun*.

asumiendo la necesidad de adoptar nuevos planteamientos. En los que el imperio de la ley y el acceso de las víctimas a la justicia ocupan un lugar destacado, el que consideramos corresponde siempre y, con mayor razón, cuando lo que está en juego son los derechos humanos. Se trata de una decisión importante, muy extensa y elaborada, llamada a constituir un hito dentro de la defensa y promoción de esos derechos así como un referente de primer orden respecto de los litigios transnacionales que les incumben. Entendemos que *Nevsun* representa un paso decisivo hacia el fin de la citada impunidad y merecedor de un estudio profundo que nos comprometemos a intentar en circunstancias mejores que las actuales, cuando nos lo permitan un mayor sosiego y el pleno acceso a los recursos de los que disponemos en nuestra vida ordinaria, tan alejada hoy a causa del confinamiento que, en nuestros respectivos hogares, observamos debido a la pandemia que sufre nuestro mundo.

Pero, mientras nos cabe realizar tal estudio, proponemos ahora en estas páginas unos *apuntes*, los reflejados en su título que, al menos, den una noticia cabal y argumentada de éste, repetimos, hito en la jurisprudencia comparada a cargo del Tribunal Supremo canadiense. A ello, en los términos prevenidos en el Sumario, nos dedicamos seguidamente.

II.- Decisión *Nevsun*

1.- Antecedentes

Recogidos en la Ponencia⁵, los presupuestos del caso se resumen de forma sintética por el Tribunal Supremo canadiense en su página web, del siguiente modo:

Eritrea is a country in east Africa. It has a “National Service Program,” where all Eritreans have to do military training and military or other public service when they turn eighteen. But people in this program are forced to work for years and years on projects supported by military or political party officials. The Bisha mine was built starting in 2008. It is owned by the Bisha Mining Share Company. Workers from the National Service Program were used to help build it. They were forced to work under harsh and dangerous conditions for years. They weren’t allowed to leave. They were beaten and punished in many ways. Three workers said they arrived at the Bisha mine between 2008 and 2010. They said they were forced to work at least twelve hours a day, six days a week, in temperatures close to 50°C. They escaped Eritrea between 2011 and 2013 and became refugees. Nevsun is a Canadian company based in British Columbia. It owns the Bisha Mining Share Company. The workers sued Nevsun, saying it was responsible for slavery; forced labour; cruel, unusual, or degrading treatment; and crimes against humanity. They said these were violations of “customary international law.” They said customary international law was part of Canadian law. They said that meant Canadian

⁵Vid., *Nevsun*, paras. (7)-(15).

courts should be able to hold Nevsun responsible for the harm they suffered. “Customary international law” is part of international law. It is like the common law of the international legal system. Within customary international law, some rules are so important that no one is allowed to ever break them. These are called “peremptory norms.” (“Peremptory,” is pronounced per-REMP-torr-ee. Peremptory norms are rules that can never be avoided). The violations the workers were claiming were violations of peremptory norms. Nevsun said British Columbia courts didn’t have the power to rule on the workers’ lawsuit. It said it was immune because of something called the “act of state doctrine.” This doctrine says courts in one country aren’t allowed to rule on what another country does. It had never been applied in Canada before. Nevsun also said it couldn’t be sued for violating customary international law.⁶

También se reflejan en la Ponencia⁷ los dos pronunciamientos en las sedes inferiores, esto es, la decisión del *Chambers Judge* Abrioux en 2016⁸ y la del Tribunal de Apelación de la Columbia Británica, en 2018, de la que fue Ponente el Juez Newbury, con el respaldo unánime de los demás miembros del Tribunal⁹. Contienen aspectos de interés pero, a la postre, en ambas sedes se rechazan las peticiones de la empresa de desestimación en la fase inicial de los procedimientos, con lo que Nevsun Resources, tras serle permitido, solicita al Tribunal Supremo que se pronuncie sobre los dos alegatos principales que sostiene, es decir, la aplicación en la especie del llamado *Acto de Estado - Act of State-* y la imposibilidad de hacer responder a un demandado no estatal en Canadá por supuestas violaciones en el extranjero del Dº internacional consuetudinario -CIL¹⁰.

A ello se ceñirá el Alto Tribunal, como daremos cuenta aquí pero, en este punto y concluyendo el presente epígrafe, creemos oportuno recordar que las sedes canadienses ya habían tenido algunas ocasiones recientes de modular su, como dijimos, tradicional escaso entusiasmo a la hora de enjuiciar las actividades en el extranjero de las mineras de su país. Las llevadas a cabo en Guatemala, por ejemplo, por el coloso minero Hudbay, o por Tahoe Resources, encontraron respuesta favorable hacia las víctimas en algunos tribunales subordinados al Supremo, por lo que éste disponía ya de un cierto sustrato, de la constancia de un cambio tendencial, al entrar a decidir el caso objeto de estas páginas, *Nevsun*¹¹.

2.- Ponencia de la Juez Abella.

⁶Vid., *Case in Brief*, accesible en <https://www.scc-csc.ca/case-dossier/cb/2020/37919-eng.aspx> .

⁷Vid. *Nevsun*, paras. (16)-(25).

⁸2016 BCSC 1856,

⁹2017 BCCA 401. Sobre ella, vid., v.gr., Jolane T. Lauzon, “*Araya v. Nevsun Resources*: remedies for victims of human rights violations committed by canadian mining companies abroad”, *Revue Québécoise de Droit International*, Vol. 31 (1) 2018, pp. 143-169 y Jolene Hansell, “Case note: Case of *Araya v. Nevsun Resources* in the Canadian Courts”, *Genocide Studies and Prevention*, vol. 12 (3) 2018, pp. 177-181.

¹⁰Vid. *Nevsun*, para. (26).

¹¹Hay abundante información sobre los casos que involucran a ambas empresas, v.gr., en la web del *Business and Human Rights Resource Centre*, accesible en <https://www.business-humanrights.org/en> .

Se desarrolla en términos extensos y elaborados y, en lo principal, en torno a los dos alegatos citados de la empresa y por el orden que se indicó. La resumimos seguidamente comenzando, entonces, por el Acto de Estado y su eventual aplicación en Canadá¹².

Respecto de él cabe destacar inicialmente como hace opinión autorizada comentando la Ponencia, que la doctrina que lo fundamenta se vincula estrechamente con la de Inmunidad de los Estados y que, admitida esta última de modo formal en la ley canadiense *-State Immunity Act*¹³-, toca dilucidar si por otras vías el Acto de Estado pertenece también al acervo jurídico del país norteamericano¹⁴. En este punto, se recuerda que la Juez Abella recurre a un pormenorizado análisis histórico que involucra a los tribunales de Inglaterra y a los australianos, del que deduce que, aunque tanto el Acto de Estado como la Inmunidad reposan en el principio de igualdad entre estados soberanos, aquél es creación del *common law*, mientras que la inmunidad viene requerida por el Dº internacional¹⁵.

Así, no se pueden igualar ambos conceptos, porque este último Derecho no obliga a los estados a limitar la competencia de sus tribunales cuando los estados extranjeros no son partes en el proceso, lo que significa que no puede inferirse la aplicación del Acto de Estado en Canadá del hecho de que la Inmunidad se encuentre en vigor allí¹⁶. Deja también la Ponente señalado que tanto en Inglaterra como en Australia el citado Acto viene suscitando fundadas críticas, habiéndose visto obligadas las sedes judiciales de ambos países a introducir diversas modulaciones en su aplicación práctica¹⁷.

En otro orden, resulta asimismo destacable que la Juez Abella incida en que, mientras que los jueces ingleses han integrado los fundamentos del Acto de Estado, es decir, el conflicto de leyes y la autolimitación judicial en su interpretación usual de la práctica de esa doctrina, tales fundamentos han sido desarrollados en el Canadá de forma separada¹⁸. Así, por ejemplo, mientras que en la aplicación del derecho extranjero se ha venido recurriendo al Dº internacional privado y, eventualmente, a uno de sus elementos primordiales, el orden público internacional - *public policy*-, los jueces canadienses no han obviado entrar a dirimir casos en los que existían violaciones claras del Dº internacional y los Derechos Fundamentales¹⁹. Por ello, ante un desarrollo histórico diferenciado, la Ponente concluye que el Acto de Estado no forma parte del derecho común

¹²Vid. *Nevsun*, paras. (27)-(59).

¹³R.S.C., 1985, c. S-18.

¹⁴Vid., Beedell, Jeff y Tamrat, Wudassie, "Supreme Court of Canada case in depth: *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5", *Lexology*, 12-III-2020.

¹⁵Ibidem, p. 4.

¹⁶Ibidem.

¹⁷Ibidem.

¹⁸Ibidem.

¹⁹Ibidem.

canadiense, ni los principios en los que se basa tal doctrina salen al paso en *Nevsun* de las pretensiones de las víctimas²⁰. Seis de sus compañeros -clara mayoría de siete sobre nueve- concurren con ella en este resultado.

Pero, en lo que atañe al Dº internacional consuetudinario y su juego en el presente caso, la segunda cuestión a resolver y, segun entendemos, la de mayor relieve y en los términos en los que se contesta, la llamada a una mayor proyección allende Canadá, solo alcanza una mínima mayoría , algo que simboliza las tensiones de todo orden en las que se suelen desenvolver este tipo de litigios, en los que los intereses en juego son muy variados y de gran magnitud. Veamos, ahora, cómo un autor del mayor prestigio, William S. Dodge, del *American Law Institute*, resume la opción sostenida por la mayoría:

By a vote of five to four, the Canadian Supreme Court held in *Nevsun* that claims for violations of international human rights norms abroad may be brought in Canadian courts. The majority based its decision on the doctrine of “adoption” (called “incorporation” in English law), which the Court traced to William Blackstone’s famous *Commentaries of the eighteenth century*. (para. 87). The Court explained:

[A]s a result of the doctrine of adoption, norms of customary international law — those that satisfy the twin requirements of general practice and opinio juris — are fully integrated into, and form part of, Canadian domestic common law, absent conflicting law . . . Legislatures are of course free to change or override them, but like all common law, no legislative action is required to give them effect. (para. 94).

The Court further held that because customary international law is part of Canadian law, its content need not be proved as a fact and is appropriate for judicial notice. (para. 98). The norms alleged to have been breached in this case — those prohibiting crimes against humanity, slavery, forced labor, and cruel, inhuman, and degrading treatment — were all found to be well established as *jus cogens* in customary international law. (paras. 99-103). (-) The majority made short work of the defendant’s argument that norms of international human rights law do not apply to corporations. It noted that some norms of customary international law “*prohibit conduct regardless of whether the perpetrator is a state*” (para. 105) and that norms applicable to private actors could cover corporations. (para. 111).

The majority therefore concluded: “*it is not ‘plain and obvious’ that corporations today enjoy a blanket exclusion under customary international law from direct liability for violation of ‘obligatory, definable, and universal norms of international law,’ or indirect liability for their involvement in . . . ‘complicity offenses.’*” (para. 113).(-) Invoking the general principle that there must be a remedy where there is a right (para. 120), the majority held that courts could develop “*a civil remedy in domestic law for corporate violations of the customary international law norms adopted in Canadian law.*” (para. 122). Treating human rights violations only as ordinary domestic torts like battery and unlawful confinement would not be sufficient “*to adequately address the heinous nature*

²⁰Ibidem.

of the harm caused by this conduct.” (para. 125). The Court left it to the trial judge to determine in the first instance whether to recognize new domestic torts like slavery based on customary international law or to apply customary international law directly to the defendant’s conduct, but the majority expressed a clear preference for the direct application of international law as more consistent with the doctrine of adoption and as more appropriate to the gravity of the offenses. (paras. 127-129)²¹ .

De las cuatro opiniones disidentes, por su parte, dos, las de los Jueces Brown y Rowe, avanzan su parecer contrario al que finalmente prevalece en el Alto Tribunal, concurriendo en ello los Jueces Moldaver y Côté. Tal parecer se construye a dos niveles. En el primero, considerando que las demandas de las víctimas están llamadas a fracasar, aquéllos estiman que, en relación con una aplicación correcta del Dº internacional consuetudinario en Canadá, *se debe identificar sus normas implicadas en el caso y cómo podría dárseles efecto de la mejor forma* y, después, *determinar si existe alguna legislación interna que impida el cambio del derecho común jurisprudencial -common law-* a tal efecto²². Advertido ésto, y es el segundo nivel citado, aún reconociendo con la mayoría el carácter especial - de *jus cogens*- de las normas que se denuncia han sido conculcadas en el caso, y según expresa William S. Dodge:

Two dissenting opinions took issue with the majority on a number of points relevant to corporate liability. *Both opinions asserted that customary international law does not recognize corporate liability for human rights violations* (paras. 191, 269). Quoting the U.S. Court of Appeals decision in *Khulumani*, Justices Brown and Rowe went on to note that international law “*leaves to each nation the task of defining the remedies that are available for international law violations.*” (para. 197). In their view, criminal law was better suited to remedy violations of international human rights norms. (paras. 208, 218). They noted that Parliament could choose to create a civil cause of action for violations of international human rights, but for the Supreme Court to do so as a matter of common law broke “*the unwritten constitutional principle of legislative supremacy*” (para. 225). Finally, with respect to the possibility that the trial court might recognize new domestic torts rather than applying customary international law directly, Justices Brown and Rowe questioned whether Canadian law properly applied to conduct in Eritrea, because under Canadian conflict of laws rules “*[i]t is the law of the place of the tort that will, normally, govern.*” (para. 252)²³.

Los argumentos de los magistrados disidentes, y con ésto concluimos el presente epígrafe y su correspondiente Apartado, se antojan de desigual entidad y en su conjunto responden bien a posturas muy conocidas ya y marcadamente inmovilistas. Son extremos en los que coinciden

²¹Vid. su “Supreme Court of Canada recognizes corporate liability for human rights purposes”, accesible en:<https://www.justsecurity.org/69349/supreme-court-of-canada-recognizes-corporate-liability-for-human-rights-violations/>. *Cursiva propia.*

²²Vid. la síntesis presntada al respecto por Beedell, Jeff y Tamrat, Wudassie, op. cit., p. 6.

²³Op. cit., p.2. *Cursiva propia.*

generalmente los asesores legales de las empresas multinacionales y un sector de los medios académicos. Aquí han logrado calar también en una parte de quienes administran la justicia. Volveremos sobre ello, de forma concisa, más adelante.

III.- Evaluación.

Comenzamos este Apartado con algunas reflexiones sobre la respuesta de la Juez Abella sobre el Acto de Estado. Vaya por delante que consideramos que se ha construído de forma rigurosa, y que coincidimos con el resultado que alcanza. Así, por ejemplo, nos parece oportuno el desarrollo histórico llevado a cabo, poniendo de relieve los diferentes enfoques dentro de la familia jurídica anglosajona, centrándose en Inglaterra y Australia y, en todo caso, el carácter controvertido de la doctrina, como se puede comprobar, por ejemplo, en las diferentes matizaciones que proyectaron sobre ella los Jueces Lores del Tribunal Supremo británico en *Belhaj v. Straw*²⁴. Además, tratándose de una doctrina que proviene de la cortesía internacional -*international comity*- y no de un mandato del Dº internacional, los Estados no están obligados a mantenerla sino, si es del caso, en los términos que consideren oportunos en cuanto al efecto deseado. Así pues, el desglose que la Ponente hace de los fundamentos del Acto de Estado en el conflicto de leyes y la autolimitación judicial, y su utilización por los tribunales canadienses, colma el citado efecto, sin que sea preciso recurrir a aquél.

Por otra parte pensamos que, dados los orígenes de la doctrina en la citada cortesía, resulta muy dudoso o harto improbable que, aún en países donde se le ha otorgado carta de naturaleza hubiera de ser activada en supuestos como el presente, donde median violaciones del *jus cogens*. A partir de nuestras investigaciones sobre la jurisprudencia de los Estados Unidos, por ejemplo, podemos afirmar que en tales supuestos los jueces federales -los que administran el Acto de Estado- no lo opondrían a demandantes víctimas de gruesas violaciones de los derechos humanos, como los de *Nevsun*²⁵. Y, en su Ponencia en éste, la Juez Abella lo deja bien sentado cuando afirma que: " (...) la deferencia que concede la cortesía a los sistemas legales extranjeros 'finaliza cuando comienzan claras violaciones del derecho internacional y los derechos fundamentales' (cita varios precedentes)"²⁶.

²⁴Vid., v.gr., William S. Dodge, "The UK Supreme Court's landmark judgment *Belhaj v. Straw*: A view from the US", accesible en <https://www.justsecurity.org/36507/uk-supreme-courts-landmark-judgment-belhaj-v-straw-view-united-states/> y Francisco Javier Zamora Cabot, "Imperio de la ley y acceso a la justicia en algunas recientes y claves decisiones de la jurisdicción británica", en estos *Papeles*, 2017 (3). También, vid., v.gr., Ekaterina Aristova, "Canadians Supreme Court gives go ahead for consideration of the CSR issues in *Nevsun Resources*", accesible en <https://gavclaw.com/2020/02/29/canadian-supreme-court-gives-go-ahead-for-consideration-of-the-csr-issues-in-nevsun-resources/>.

²⁵En este sentido, vid., v.gr., William S. Dodge, "The UK...", cit., p. 6.

²⁶Vid. *Nevsun*, para. (50). Cursiva propia.

Por todo ello, la opinión disidente sobre este punto de los Jueces Côté y Moldaver²⁷, que hubieran inadmitido la demanda aún en esas condiciones, se antoja radical y fruto de una cierta visceralidad, lo que seguramente haya propiciado el que haya quedado en un poco espléndido -y creemos que merecido- aislamiento, frente a la mayoría, siete miembros, de sus compañeros.

Pasando ahora a lo que consideramos núcleo principal de la decisión *Nevsun*, mostramos nuestro acuerdo con la Ponencia, como sucedía en el punto anterior, y en los términos más rotundos. Varias son las razones que nos conducen a ello. La primera, por ejemplo, nuestra concordancia con cuanto viene reflejado y significa lo que la Juez Abella expresa en el inicio de su argumentación: "Esta apelación conlleva la aplicación del Derecho moderno derecho internacional de los derechos humanos, el fénix que resurgió de las cenizas de la Segunda Guerra Mundial y declaró la guerra a los abusos de derechos humanos. Su mandato fue prevenir lesiones de las normas internacionalmente aceptadas. *Esas normas no se dirigían hacia aspiraciones teóricas o lujos legales, sino a imperativos morales y necesidades legales.* La conducta que lesionase las normas debía de identificarse y confrontarse (...) El proceso de identificar y confrontar de modo responsable las violaciones del Dº internacional de los derechos humanos incumbe a una variedad de actores. *Entre ellos, los tribunales, a quienes se puede solicitar que determinen y desarrollen el ámbito de la ley en un caso determinado...*"²⁸.

Así las cosas, si una vez que se pone de relieve sin objeción alguna por reflejar la realidad que el Dº internacional consuetudinario es incorporado al acervo jurídico canadiense a través del derecho común generado en el país, se deduce la posibilidad de trascender que se le conceda un mero carácter interpretativo, para que las instancias judiciales deduzcan de él *directamente* nuevos títulos para accionar - *causes of action* -, ello parece un desarrollo completamente aceptable, incluso exigido por la altura de los tiempos cuando se trata de víctimas de sucesos atroces, en directa violación del *jus cogens* como es el caso.

No cabe reprochar, entonces, al Tribunal Supremo canadiense que lleve a sus lógicas consecuencias y vea la forma de hacer plenamente efectivas las obligaciones internacionales que su país tiene asumidas en materia de trabajo forzado y responsabilidad empresarial²⁹. Autoridad sobre su *common law* tiene y según autorizada opinión, posiblemente más que su homólogo de los Estados Unidos sobre el generado en su país³⁰. Por otra parte, los sistemas del *common law*, acostumbran utilizar el Dº internacional consuetudinario para desarrollar obligaciones de derecho privado en un conjunto de sectores, como el comercio o el transporte internacional, entre otros, habiendo confirmado los tribunales canadienses esa posibilidad una vez que asumen su competencia

²⁷Ibidem, para. (272).

²⁸Vid., *Nevsun*, paras. (1) y (2). cursiva propia.

²⁹Sobre ellas, vid., v.gr., Jolane T. Lauzon, "Araya v. Nevsun Resources...", op. cit., pp. 149-154.

³⁰Vid., v.gr., William S. Dodge, "Supreme Court of Canada...", op. cit., p. 2, *in fine*.

sobre el litigio³¹. No se entiende porqué no puedan hacer lo propio en este contexto.

Y, en otro orden, tampoco creemos que quepa compartir la opinión de los disidentes cuando afirman que supuestos como los aquí tratados se pueden resolver utilizando diversas categorías de ilícitos civiles prevenidas en el derecho doméstico del Canadá, como las agresiones o el confinamiento ilegal - *battery* o *unlawful confinement*. No es que se carezca de precedentes de ello en el plano comparado, pero son soluciones, si se permite, de pura supervivencia, una especie de justicia de segundo rango. El Tribunal Supremo canadiense simplemente no se acomoda con ello, entendiendo que la aplicación, dijimos, *directa* del Dº internacional consuetudinario se adecúa más a su vía de incorporación al acervo jurídico del país y la gravedad de las ofensas³². Tampoco, creemos que con razón, asume que sea *únicamente* el poder legislativo el legitimado para dar respuesta a estos problemas, aunque llegado el caso prevalezcan las leyes promulgadas en ejercicio de sus funciones. Mientras tanto, y como bien indica, "*donde existe un derecho debe existir una vía para ejercitarlo -remedy*"³³. La que el Tribunal Supremo ha habilitado aquí, valiente, cabe decir, merece en nuestra opinión ser valorada de modo favorable.

Queda otra cuestión, como hemos venido señalando, y es de la mayor importancia: ¿puede extraerse del Dº internacional consuetudinario una exigencia de responsabilidad de las empresas multinacionales? O, en otras palabras, ¿se encuentran éstas sometidas a sus mandatos? El Alto Tribunal contesta en un sentido positivo, en el que coincidimos, recurriendo entre otras cosas a un elenco de autores del mayor prestigio³⁴ y a la superación de una visión fosilizada del Dº internacional en la que solo los Estados se ven sometidos a esos mandatos incluso si como en la especie, están en juego las normas nucleares, inderogables, de tal Derecho. De tiempo ya se viene reconociendo en él como no podía ser de otra manera, un creciente protagonismo del ser humano y el correspondiente énfasis en su protección, no solo frente al actuar de los Estados, sino también de quienes no teniendo tal condición, caso de particulares o empresas, son susceptibles de lesionar sus inalienables derechos.

Como indica la Juez Abella, "Los últimos 70 años han visto una proliferación de la ley de derechos humanos que ha transformado el Dº internacional y convertido al individuo en parte integrante de este ámbito legal, reflejado en la creación de una compleja red de convenios e instrumentos normativos encaminados a la protección de los derechos humanos y a asegurar su cumplimiento efectivo"³⁵. Algo indudable, y que ese gran acervo produzca los efectos para los que

³¹Vid., v.gr., Jolene Mansell, " Case Note...", op. cit., p. 179, *in fine*.

³²Vid., *Nevsun*, paras. (127)-(129). La prefiere a la posibilidad que también otorga a los jueces de instancia de deducir nuevos ilícitos domésticos , como la esclavitud, del Dº internacional consuetudinario; vid., William S. Dodge, *op. ult. cit*, p. 1, *in fine*.

³³Vid., *Nevsun*, para. (120). Cursiva propia.

³⁴Vid., *Nevsun*, paras. (104)-(114).

³⁵Ibidem, para. (107).

está siendo creado nos resulta incompatible con que se exima en la práctica de su cumplimiento a quienes, como las empresas multinacionales, muestran desde hace mucho una gran capacidad para conculcar sus mandatos, por más que ellas y su legión de valedores se empeñen en mantener lo contrario.

En otro orden, también cabe mostrar acuerdo con la Ponente cuando, trayendo a colación a un autor de gran prestigio, H.H.Koh, nos recuerda que los actores no estatales, como las empresas, pueden ser tenidas como responsables por violaciones del Dº penal internacional y, siendo así, lo ilógico de que no lo puedan ser civilmente... Junto al "mito" de la idea de que los tribunales estatales no pueden dirimir los casos en los que las empresas incurran en responsabilidad civil por violaciones de la ley internacional³⁶. Algo que viene ocurriendo ya de tiempo y responde a una creciente tendencia en el plano comparado.

Cabe asimismo valorar de modo favorable que el Tribunal Supremo canadiense haya afrontado directamente esta cuestión, dándole la solución correcta, diremos, cuando su homólogo estadounidense la ha venido eludiendo muy estudiadamente en sus últimos hitos jurisprudenciales - no muy afortunados - a este respecto de los litigios transnacionales por violaciones de los derechos humanos perpetradas por las empresas³⁷. Aunque quizá no pueda eludirla ya más si acaba aceptando revisar la importante decisión del Noveno Circuito Federal en *Nestlé v. Doe*³⁸ que, por cierto, trata también del trabajo forzado, como *Nevsun*. No es, como dice el Alto Tribunal, "evidente" -*plain*- u "obvio" -*obvious*-, que la pregunta respecto del sometimiento de *Nevsun* a los mandatos del Dº internacional haya de contestarse en sentido negativo³⁹. Su argumento al respecto, pues, debe decaer.

No queremos, sin embargo, concluir este Apartado sin hacer referencia a las opiniones que desde algunos medios profesionales y la minoría disidente se han expresado frente a la decisión del caso objeto aquí de estudio. Giran las de aquéllos, por ejemplo, sobre la *incertidumbre* a que se somete a las empresas extractivas canadienses ante esa posibilidad de verse sometidas a *imprecisos* mandatos del dº internacional. Así, por ejemplo, para superarla, se invoca a los diversos legislativos de la Federación para que hagan su trabajo y den término a la posibilidad abierta por el Tribunal Supremo de hacer a aquéllas responsables por sus muchos desmanes en el extranjero⁴⁰. Es decir, a

³⁶Ibidem, para. (112).

³⁷Vid., v.gr., W.S. Dodge, "Supreme Court...", op. cit., p. 2 e Ídem, "Jesner v. Arab Bank: the Supreme Court preserves the possibility of human rights suits against U.S. Corporations", accesible en <https://facultyblog.law.ucdavis.edu/post/jesner-v-arab-bank-the-supreme-court-preserves-the-possibility-of-human-rights-suits-against-us-corporations.aspx> . Sobre este caso, vid., v.gr., nuestro "Never send to know... , Comentario crítico a la sentencia *Jesner v. Arab Bank*, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos ", en estos *Papeles*, 2018 (32).

³⁸No. 17- 55435 (9th Cir. Oct. 23, 2018).

³⁹Vid., *Nevsun*, para (113).

⁴⁰Vid., v.gr., Miranda Lam *et al.*, "Supreme Court of Canada cracks open the door for international rights tort claims in *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*", *Lexology*, 4-III-2020, p. 5. Una actitud contraria a la decisión del Alto Tribunal también se refleja, por ejemplo, desde los medios académicos, por Stephen A. Pitel, "Claims against corporate

que legislen *contra* los derechos humanos.

Mientras tanto, otras posturas por su parte instruyen a las empresas hacia la necesidad de impulsar la diligencia debida -*due diligence*- y adoptar programas más estrictos de responsabilidad social corporativa, lo que parece razonable y acomodado a buena práctica en un asesoramiento jurídico especializado⁴¹. En cuanto a la minoría disidente, nos ha sorprendido pero creemos harto significativo que los Jueces Moldaver y Côte hayan incluso considerado que este tipo de litigios conlleven consecuencias negativas como exponer a las extractivas canadienses a litigios en el extranjero, poner en peligro a nacionales canadienses y menoscabar la reputación del Canadá como un lugar atractivo para el comercio y la inversión internacional⁴².

Son argumentos similares a algunos que hemos podido conocer surgidos de sedes judiciales federales de los Estados Unidos, en litigios sobre el cit. *Alien Tort Statute* pero, en todo caso, no alcanzan a superar un prisma ético. La reputación del Canadá como una nueva Isla de la Tortuga, por ejemplo, no parece ser algo que merezca ser puesto en valor y, con todo respeto, menos aún desde una instancia judicial del prestigio del Tribunal Supremo canadiense.

IV.- Reflexiones conclusivas

Muy brevemente ya. El análisis de ésta desde luego muy notable decisión *Nevsun*, nos ha aportado muchos elementos de reflexión interesantes hacia el futuro, y reforzado nuestra convicción de que existe una creciente y tal vez imparable progresión hacia el sometimiento de las actividades de las multinacionales al imperio de la ley y la observancia de los derechos humanos. Percibimos también, junto a los consabidos planteamientos contrarios a este desarrollo, posturas que pudiéramos llamar *equidistantes*, que tratan de cohonestar un clásico *management* empresarial con los nuevos retos a los que conduce la citada progresión, lo que desde foros de prestigio se ha podido denominar la *Human Rights Zone*⁴³. Como sucede en otros contextos que implican a los derechos humanos, sin embargo, entendemos que en el equilibrio buscado entre su plena observancia y el logro de los fines empresariales, son aquellos los que deben prevalecer. Y no es ésta ya una visión en exceso idealista, en cuanto que cada vez se asume más desde los grandes intereses económicos que una correcta gestión exige en nuestros días que sean tenidos en cuenta no solo los tradicionales

defendant founded on customary international law can proceed in Canada", accesible en <https://conflictflaws.net/2020/claims-against-corporate-defendant-founded-on-customary-international-law-can-proceed-in-canada/>.

⁴¹Vid., v.gr., Robert Wisner, "Supreme Court of Canada opens the door to novel international human rights claims: the uncertain implications for Canadian resource companies", *Lexology*, 3-III-2020, p.4.

⁴²Vid. *Nevsun*, para. (300), y Jacqueline Code, *et.al.*, "Supreme Court of Canada opens door to liability for alleged human rights abuses abroad", *Lexology*, 4-III-2020, p.4.

⁴³Vid., v.gr., Malcolm Rogge, "Nevsun puts Canada's corporate decision makers in the *Human Rights Zone*", Harvard Kennedy School, 19-III-2020, CRI Working Paper No. 70.

fines centrados en el beneficio y los dividendos de los accionistas, sino cuanto atañe al conjunto de partes interesadas -*stakeholders*- relacionadas con las actividades corporativas. Así se entiende, por ejemplo, y se ha expresado reiteradamente, desde la *Corporate Business Roundtable*, foro del mayor nivel en el que participan buena parte de los principales operadores económicos de los Estados Unidos⁴⁴.

Bajo esta luz, entonces, se puede valorar en su plenitud el alcance de la decisión *Nevsun*, con la que el Alto Tribunal canadiense atenúa también el menoscabo cierto que la buena imagen tradicional de su país en el contexto internacional viene sufriendo a causa de la descontrolada conducta de su sector extractivo en el extranjero. Es preciso acabar con la impunidad, y no solo ya respecto de tal sector y país, sino la que todavía se percibe en muchas ocasiones respecto de las actividades de las empresas multinacionales, a lo largo y ancho del mundo. Una impunidad, en fin, que sin duda coadyuva de modo fundamental en la magnitud de los retos a los que se enfrenta la Humanidad, cambio climático, surgimiento de riesgos biológicos como el C-1945, aumento exponencial de la desigualdad, contaminación ambiental por residuos, etc. Ponerle coto no es solo ya una cuestión de justicia y de dignidad del ser humano, sino entendemos que de pura supervivencia de nuestra especie.

.....

⁴⁴Vid., v.gr., su ya famoso *Statement* accesible en <https://opportunity.businessroundtable.org/wp-content/uploads/2019/08/BRT-Statement-on-the-Purpose-of-a-Corporation-with-Signatures.pdf> .

⁴⁵Vid., v.gr., ECCJ, Declaración accesible en <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/from-impossible-to-inevitable.-corporate-justice-in-times-of-covid-19.pdf> .