

RESPONSABILIDAD CIVIL CORPORATIVA POR VIOLACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO. NOTA SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE CANADA EN EL CASO *NEVSUN*

CORPORATE CIVIL LIABILITY FOR VIOLATIONS OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW. A CASE NOTE ON THE SUPREME COURT OF CANADA DECISION IN NEVSUN

JAIME JOSÉ HURTADO COLA *

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. HECHOS. III. HISTORIA JUDICIAL. IV. CUESTIONES JURÍDICAS SUSCITADAS. V. LA POSTURA DE LA MAYORÍA Y LOS VOTOS PARTICULARES. VI. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: En sentencia dictada en febrero de 2020 en el caso *Nevsun c. Araya* el Tribunal Supremo de Canadá abre la puerta a reclamaciones civiles contra empresas privadas en tribunales canadienses por daños sufridos por individuos a consecuencia de violaciones del derecho internacional consuetudinario presuntamente acaecidas en el extranjero. La sentencia repasa y analiza en profundidad el derecho canadiense y anglosajón en relación con problemas jurídicos tan fundamentales y controvertidos como la inmunidad estatal, la doctrina del *act of state*, la incorporación al ordenamiento interno del derecho internacional consuetudinario, la aplicabilidad directa a actores privados de normas de derecho internacional público, la competencia extraterritorial de los tribunales civiles, la división de poderes y la “justiciabilidad” (o exigibilidad) en foros domésticos de los actos soberanos de otros Estados, además de la responsabilidad empresarial por incumplimientos de normas de derecho internacional consuetudinario (incluyendo los preceptos internacionales sobre protección de derechos humanos).

ABSTRACT: In its judgment rendered on February 2020 in the case of Nevsun v. Araya, the Supreme Court of Canada opens the door to civil claims for damages by individuals against corporations before Canadian courts for violations of customary international law allegedly occurred abroad. The opinion revisits and analyzes in depth the state of the Canadian common law with respect to fundamental and controversial legal issues such

Fecha de recepción del trabajo: 1 de agosto de 2020. Fecha de aceptación de la versión final: 3 de noviembre de 2020.

* Abogado (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid), Solicitor & Barrister-at-Law (Law Society of Ontario), Attorney-at-Law (Washington State Bar Association), Abogado/Dikigoros (Colegio de Abogados de Atenas). jaimehcola@icam.es.

as state immunity, the act of state doctrine, the adoption of the customary international law into the domestic legal system, the direct application of norms of public international law to private actors, the extraterritorial jurisdiction of civil courts, the division of powers and justiciability in domestic courts of acts by sovereign states, as well as the corporate liability for violations of customary international law norms (including human rights international law).

PALABRAS CLAVE: Derecho internacional de los derechos humanos – responsabilidad civil por violaciones de derecho internacional consuetudinario – doctrina del *act of state* - derecho transnacional – cuasidelitos transnacionales – jurisdicción civil universal

KEYWORDS: *International human rights law – civil liability for breaches of customary international law – the act of state doctrine – transnational law – transnational torts – universal civil jurisdiction*

I. INTRODUCCIÓN

¿Genera el derecho internacional consuetudinario obligaciones directamente aplicables a la empresa privada? ¿Tienen los Estados la obligación de permitir acciones civiles por daños para reivindicar la violación de normas de derecho internacional consuetudinario? ¿Cuáles son los límites en la potestad de crear derecho de los tribunales del *common law*? Estas son algunas de las cuestiones discutidas en el caso *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*¹ (en adelante, “*Nevsun*”).

Respondiendo a estas preguntas, en *Nevsun* el Tribunal Supremo de Canadá abre la puerta a reclamaciones civiles contra empresas privadas en tribunales canadienses por daños sufridos por individuos a consecuencia de violaciones de normas de derecho internacional consuetudinario presuntamente acaecidas en el extranjero. En sentencia dictada el 28 febrero de 2020, una escueta mayoría (5-2-2) del alto tribunal desestima el recurso de apelación del coloso de la minería *Nevsun Resources Ltd.* y devuelve el expediente a la primera instancia para que continúe el proceso.

En 2014, varios trabajadores eritreos que alegan haber sido sometidos a trabajos forzosos y esclavitud en la construcción de una mina de oro, cobre y zinc en Eritrea, demandaron en el tribunal de primera instancia de la Columbia Británica (Canadá) al promotor de la mina, la sociedad canadiense *Nevsun*, constituida en la propia Columbia Británica.

¹ 2020 SCC 5. El texto de la sentencia puede consultarse aquí: <https://www.scc-csc.ca/case-dossier/info/webcastview-webdiffusionvue-eng.aspx?cas=37919&id=2019/2019-01-23--37919&date=2019-01-23>

La demanda civil, que solicita a Nevsun el pago de indemnizaciones monetarias, alega la ocurrencia de cuasidelitos (*torts*)² “tradicionales”, así como violaciones del derecho internacional consuetudinario. Nevsun, por su parte, sostiene que en virtud de la doctrina del *act of state*, los tribunales canadienses carecen de jurisdicción para adjudicar presuntos actos ilícitos cometidos por Estados soberanos. Asimismo, según Nevsun, los tribunales canadienses no están legitimados para atribuir responsabilidad civil a incumplimientos de preceptos de derecho internacional consuetudinario, perteneciendo esa competencia exclusivamente al poder legislativo.

El fallo de la mayoría, así como los dos votos particulares, repasan y analizan en profundidad el derecho canadiense y anglosajón en relación con problemas jurídicos tan fundamentales y controvertidos como la inmunidad estatal, la doctrina del *act of state*, la incorporación al ordenamiento interno del derecho internacional consuetudinario, la aplicabilidad directa a actores privados de normas de derecho internacional público, la competencia extraterritorial de los tribunales civiles, la división de poderes y la “justiciabilidad” (o exigibilidad) en foros domésticos de los actos soberanos de otros Estados, además de la responsabilidad empresarial por incumplimientos de normas de derecho internacional consuetudinario (incluyendo los preceptos internacionales sobre protección de derechos humanos).

El Tribunal acaba concluyendo que, dándose las circunstancias adecuadas en los hechos del caso, el *common law* canadiense puede llegar a admitir la existencia de responsabilidad *civil* atribuible a sociedades canadienses derivada de incumplimientos de derecho internacional consuetudinario cometidos en el extranjero por Estados soberanos.

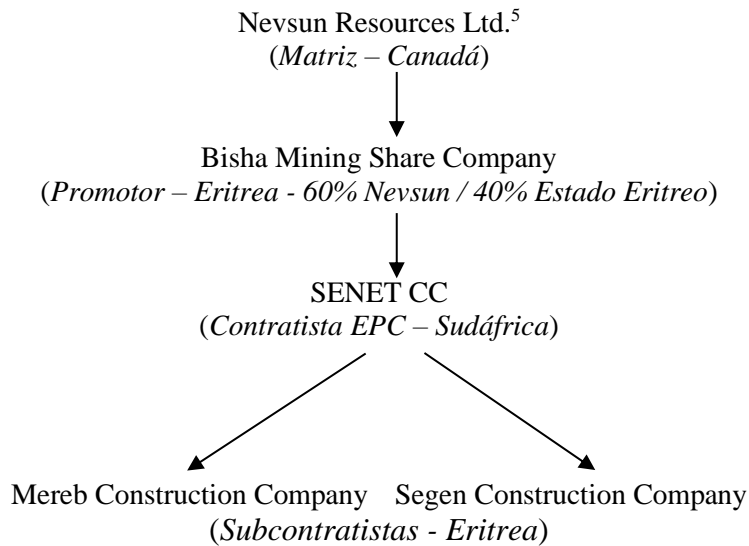
² A lo largo de esta nota utilizaré el termino “cuasidelito” para referirme al concepto de *tort* del *common law*. Aunque en gran medida se solapan, el alcance del concepto *iuscivilista* continental de “responsabilidad civil extracontractual” no coincide exactamente con los contornos anglosajón de “*tort*”. Todos los *torts* generan potencialmente responsabilidad extracontractual, pero existe en *common law* responsabilidad extracontractual más allá del ámbito de los *torts* (por ejemplo, el *breach of trust*, *breach of patent*, *breach of copyrights*, enriquecimiento injusto y, posiblemente, el *quantum meruit*). Se ha elegido aquí el término de cuasidelito al ser el que mejor se ciñe, en español, a la sistemática de tipos del *tort law* canadiense. Sobre la diferencia entre ilícitos públicos (*public wrongs*) y privados, y los distintos tipos de ilícitos privados (*private wrongs*) en derecho canadiense, véase el capítulo 1 de la obra FRIDMAN G.H.L., *Introduction to the Canadian Law of Torts*, 3ª ed, LexisNexis Canada, Markham, 2012. También, el capítulo 1 de la obra SOLOMON R. ... [et al.], *Cases and materials on the law of torts*, 9ª, Carswell, Toronto, 2015.

II. HECHOS

Los demandantes Araya, Fshazion y Tekle son tres³ refugiados de nacionalidad eritrea que alegan haber sido sometidos a trabajos forzados, tortura, esclavitud así como a otras violaciones de derechos humanos al haber sido reclutados contra su voluntad por las autoridades de Eritrea para trabajar en la mina de Bisha.

Nevsun Resources Ltd. (en adelante, “Nevsun”) es una sociedad cotizada constituida en la Columbia Británica (en adelante, “British Columbia” o “BC) con sede en Vancouver, BC, Canadá.

La mina de Bisha⁴, situada a unos 150 km de la capital de Eritrea (Asmara), es una de las mayores explotaciones mineras de oro, zinc y cobre del mundo, operada por una sociedad mixta (Bisha Mining Share Company, o “BMSC”) en la que Nevsun controla (a través de una cadena de filiales) el 60% y el Estado eritreo el 40% del accionariado. El esquema societario de la explotación es el siguiente:



Los demandantes, así como centenares más de trabajadores eritreos de la mina, habrían sido reclutados forzosamente como parte del programa estatal de servicio militar obligatorio

³ La acción comenzó como una acción colectiva o “class action”. Tras rechazarse en el juzgado de primera instancia que concurriesen los requisitos de tal procedimiento, la acción ha continuado por el proceso ordinario. En paralelo al caso Araya, existen otras diez demandas civiles con pretensiones y hechos prácticamente idénticos, para un total de 62 demandantes.

⁴ <http://www.zijinmining.com/business/product-detail-47445.htm>

⁵ La cadena societaria entre la matriz canadiense Nevsun Resources Ltd. Bisha Mining Share Company incluye tres entidades intermedias: Nevsun (Barbados) Holdings. Ltd > Nevsun Africa (Barbados) Ltd. > Nevsun Resources (Eritrea) Ltd.

indefinido. En este régimen, los trabajadores alegan haber sido forzados a trabajar para los subcontratistas en la mina de Bisha contra su voluntad, en condiciones calamitosas de seguridad y salud, sometidos a castigos físicos, con un salario paupérrimo y sin posibilidad de renuncia.

En noviembre del año 2014, Araya y sus codemandantes, habiendo llegado como refugiados a Canadá, interpusieron una demanda civil contra la matriz canadiense⁶ Nevsun reclamando una indemnización por daños y perjuicios basándose en los hechos arriba descritos. Para ello, alegan dos tipos de pretensiones. Por un lado, que los hechos descritos constituyen los cuasidelitos de *conversion* (privación o destrucción de propiedad mobiliaria ajena), *battery* (contacto físico ilegítimo o lesiones), *unlawful confinement* (detención ilegal), negligencia, conspiración, y *negligent infliction of mental distress*. Por otro (y esta es la parte novedosa de la demanda y del caso), que estos mismos hechos constituyen violaciones de normas imperativas de derecho internacional consuetudinario a las que Nevsun está sujeto, violaciones que generarían *directamente* responsabilidad civil extracontractual. Así, según la demanda:

“53. The plaintiffs seek damages under customary international law, as incorporated into the law [of] Canada, from Nevsun for the use of forced labour, slavery, cruel, inhuman or degrading treatment, and crimes against humanity.”

En otras palabras, los demandantes arguyen que:

1. El empleo de trabajos forzosos, la esclavitud, la tortura y los tratos inhumanos constituyen violaciones de normas de *ius cogens* del derecho internacional consuetudinario.
2. Las normas de derecho internacional consuetudinario se integran automáticamente en el ordenamiento jurídico canadiense interno y, por tanto, su incumplimiento puede ser reivindicado en los tribunales internos.
3. Nevsun es un sujeto de derecho canadiense y, por consiguiente, debe responder frente a los incumplimientos que de aquellos preceptos haya cometido, directamente o por complicidad.

En su exposición oral ante el Tribunal Supremo de Canadá, el abogado de los demandantes describió esta pretensión como “*a transnational human rights claim*”⁷.

Según los demandantes, Nevsun sería responsable *directamente* de los citados cuasidelitos y violaciones del derecho internacional por haberse beneficiado del trabajo en régimen de

⁶ En 2018, Nevsun fue adquirida por el gigante minero chino Zijin Mining. <https://www.bnnbloomberg.ca/chinese-company-zijin-mining-group-successful-in-takeover-of-nevsun-resources-1.1189117>

⁷ Vista oral, 1:11:50, Intervención de J. Fiorante, QC.

esclavitud de los demandantes, por haber condonado y por no haber evitado la conducta de los subcontratistas implicados en estas prácticas de explotación. Asimismo, Nevsun habría incurrido en responsabilidad por hechos ajenos de esos mismos subcontratistas y del ejército eritreo.

III. HISTORIA JUDICIAL

En 2015 la sociedad demandada lanzó tres ataques contra la demanda. El primero, jurisdiccional, alegando que British Columbia es *forum non conveniens* y, por tanto, debían abstenerse de conocer de la controversia. El segundo, sustantivo, pidiendo la desestimación completa de la demanda (*motion to dismiss*) en aplicación de la doctrina del *act of state*, que impediría a la justicia canadiense evaluar la legalidad de actos (legislativos o ejecutivos) de otros Estados soberanos. El tercero, también sustantivo pero parcial (*motion to strike*), solicitando que las pretensiones sustentadas en violaciones del derecho internacional consuetudinario debían desestimarse al ser, según Nevsun, jurídicamente inviables.

En primera instancia, el tribunal supremo⁸ de la Columbia Británica, rechazó las tres cuestiones preliminares (*forum application*, *motion to dismiss* y *motion to strike*) en las que Nevsun planteaba estos tres argumentos.

Es importante aclarar el estándar que se aplica en la resolución de este tipo de cuestiones preliminares. Así, para que una demanda se desestime en su totalidad (*dismiss*) o parcialmente (*strike*), se asumen los hechos alegados por la parte demandante como ciertos y probados. Si aun así resulta “claro y evidente” (“*plain and obvious*”) que la demanda o pretensión que se ataca está inexorablemente abocada al fracaso (“*is certain to fail*” o “*bound to fail*”), entonces la cuestión preliminar se acepta y la demanda se desestima (total o parcialmente, según el caso). En este sentido, es importante recordar que la doctrina del Tribunal Supremo de Canadá reconoce expresamente que, en este análisis, deben tratarse favorablemente demandas que presenten teorías jurídicas novedosas. O, dicho de otra manera, el simple hecho de que la demanda en cuestión se fundamente en proposiciones jurídicas nuevas no implica ni mucho menos que esté inexorablemente abocada al fracaso (“*bound to fail*”). De esta manera se favorece la evolución del *common law* canadiense⁹.

El resultado no fue diferente ante la corte de apelación de British Columbia. En fallo unánime (3-0) emitido en noviembre de 2017, la ponente Madam Justice Newbury refrenda el auto del juez de primera instancia y rechaza desestimar la demanda.

⁸ En la provincia canadiense de la Columbia Británica, el juzgado civil, penal y administrativo de primera instancia recibe el nombre de “Supreme Court of British Columbia”.

⁹ Vid. sentencia del Tribunal Supremo de Canadá en *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, p. 477.

A continuación, como era de esperar, Nevsun interpuso un recurso ante el Tribunal Supremo de Canadá¹⁰, que fue admitido a trámite el 14 de junio de 2018. Además de las partes, multitud de *amici curiae* presentaron alegaciones¹¹: Amnistía Internacional, EarthRights International¹², Canadian Mining Association, Mine Watch Canada, la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto (International Human Rights Program), la Comisión Internacional de Juristas¹³ y la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York (Global Justice Clinic). Aproximadamente un año después de la celebración de la vista¹⁴, un tribunal dividido (5-2-2) dictó sentencia el pasado 28 de febrero de 2020. Una escueta mayoría de magistrados (Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon y Martin) votó a favor de la desestimación del recurso de Nevsun, devolviendo el caso a la primera instancia para que continúe el proceso. Los magistrados Moldaver y Côté emitieron un voto particular en contra. Los magistrados Brown y Rowe, otro parcialmente en contra.

IV. CUESTIONES JURÍDICAS SUSCITADAS

Varias e importantes son las cuestiones suscitadas en este caso, cuestiones que son analizadas en el marco de los tres argumentos planteados por Nevsun contra la demanda: (1) *forum non conveniens*, (2) *act of state* e (3) inviabilidad de pretensiones civiles basadas en el derecho internacional consuetudinario.

1. Cuestiones de Competencia (*Forum Non Conveniens*)

Sostuvo la demandada Nevsun que el tribunal debía abstenerse de conocer de la causa porque Eritrea, y no British Columbia, es el foro más apropiado (*forum conveniens*) para el desarrollo del pleito. Los demandantes replicaron (a la postre, con éxito) que ello no era así, y que no se daban los presupuestos para el ejercicio de la facultad discrecional de los tribunales para declararse no competentes.

El punto de partida del análisis y regla general es que los tribunales de justicia de la Columbia Británica poseen jurisdicción territorial sobre personas que ordinariamente residan en esa provincia (artículo 3 de la *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*¹⁵, o “CJPTA”).

¹⁰ Excepto en asuntos penales, el Tribunal Supremo de Canadá tiene total discreción para decidir qué causas admite a trámite y cuáles no. ([Supreme Court Act](#), RSC. 1985, c. S-26, art. 40).

¹¹ Los escritos de alegaciones de todas las partes, incluyendo los *amici curiae*, están publicados en la web del Tribunal Supremo de Canadá, en <https://www.scc-csc.ca/case-dossier/info/af-ma-eng.aspx?cas=37919>

¹² <https://earthrights.org>

¹³ <https://www.icj.org>

¹⁴ La grabación de la vista puede consultarse en la web del Tribunal Supremo de Canadá, en <https://www.scc-csc.ca/case-dossier/info/webcastview-webdiffusionvue-eng.aspx?cas=37919&id=2019/2019-01-23--37919&date=2019-01-23>

¹⁵ “A court has territorial competence in a proceeding that is brought against a person only if ... (d) that person is ordinarily resident in British Columbia at the time of the commencement of the proceeding”.

Nevsun, constituida en BC y con sede en Vancouver, se considera residente ordinario. A continuación, la CJPTA codifica en su artículo 11 la excepción de “*forum non conveniens*”, en virtud de la cual un tribunal puede renunciar a su jurisdicción si considera que “otro Estado es un foro más apropiado en el que sostener el proceso¹⁶”. Los factores a tener en cuenta están tasados en la CJPTA e incluyen, entre otros, la conveniencia y gastos estimados del proceso según el lugar de celebración del mismo, el derecho aplicable, así como las posibilidades de ejecución de la sentencia, debiendo estos factores ser ponderados “tras considerar los intereses de las partes del proceso y los fines de la justicia”.

En apoyo de su petición al tribunal para que declinase conocer del asunto, Nevsun arguyó que el derecho sustantivo aplicable a la disputa puede bien acabar siendo el de Eritrea, y que la gran mayoría de los documentos y testigos se encuentran en Eritrea, sin que el tribunal de BC tenga jurisdicción para forzar su comparecencia. Por su parte, los demandantes replicaron que un proceso en Eritrea no posee las garantías procesales de un juicio justo y, por tanto, consideraciones de mera conveniencia o economía no justifican la aplicación de la excepción a la regla general del foro del domicilio del demandado. Al fin y al cabo, Nevsun está siendo demandada en el foro de su domicilio. En palabras del abogado de los demandantes Joe Fiorante, QC durante la vista frente al Tribunal Supremo “[t]here is no real alternative forum for these plaintiffs other than BC¹⁷”.

La petición de Nevsun de que Eritrea es el *forum conveniens* para esta causa fue rechazada en primera y segunda instancia. Es más, Nevsun renunció a plantear la cuestión jurisdiccional basada en *forum non conveniens* ante el Tribunal Supremo de Canadá, aceptando de esta manera de forma definitiva la jurisdicción de los tribunales de British Columbia.

2. La Doctrina del *Act of State* (o sobre la “justiciabilidad” de las pretensiones)

Según Nevsun, la demanda debe desestimarse en su totalidad porque, en aplicación de la doctrina del *act of state*, un tribunal canadiense no es competente para dirimir una controversia que requiere para su solución una determinación sobre la legalidad de los actos de un Estado soberano (Eritrea, en este caso). Los demandantes contraargumentan, en primer lugar, que la doctrina no forma parte del derecho canadiense. Segundo, subsidiariamente, caso de que esto no sea así, una de las excepciones a la misma doctrina aplicaría a los hechos del caso, haciéndola inaplicable.

El llamado *act of state* es una doctrina de derecho inglés (aplicada también en Australia) cuyo origen se remonta al siglo XVII, citándose el caso de *Blad v. Bamfield* (1674) como el ejemplo más temprano. Según esta doctrina, los tribunales internos de un Estado carecen de

https://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/03028_01

¹⁶ “...on the ground that a court of another state is a more appropriate forum in which to hear the proceeding.” Art. 11 CJPTA.

¹⁷ Vista oral, 1:16:30, Intervención de J. Fiorante, QC.

jurisdicción para determinar la legalidad de los actos soberanos de un Estado extranjero. Así, en el caso de *Blad*, el rey de Dinamarca había otorgado a un mercader danés una carta patente en exclusiva para la explotación del comercio en Islandia. Al amparo de este privilegio regio, Peter Blad confiscó en alta mar y por la fuerza mercaderías de Bamfield, un comerciante inglés al que Blad acusaba de haber pescado en aguas islandesas, en violación de su carta patente. A raíz del incidente, Bamfield demandó a Blad en Inglaterra (Blad se encontraba visitando el país, a la sazón), pero su demanda fue desestimada. El motivo de la desestimación, según la sentencia de Lord Nottingham, fue que juzgar a Blad por estos hechos equivaldría a someter a juicio la validez de las cartas patentes emitidas por el rey de Dinamarca, lo que sería no sólo “absurdo y monstruoso”¹⁸ sino que podría llegar a constituir “una infeliz ocasión para una guerra”¹⁹.

Aunque con ciertos solapes en su origen y fundamento, no debe el *act of state* confundirse con la inmunidad de jurisdicción y ejecución. Mientras que la inmunidad es relevante en acciones suscitadas frente a Estados, la doctrina del *act of state*, una criatura del *common law* (y no del legislador, ni del derecho internacional) aplica a pleitos en los que el demandado puede no ser un Estado (aunque el litigio, en el fondo, implique la actuación de un Estado), sino un particular. En cualquier caso, el efecto último de la inmunidad y el *act of state* es el mismo: “determinadas pretensiones no son justiciables”²⁰.

A lo largo de su evolución, la doctrina ha ido conociendo limitaciones y excepciones. Así, en la sentencia de la Cámara de los Lores en el caso de *Oppenheimer v. Cattermole*, [1976], se reconoció que la deferencia a la actuación de los Estados extranjeros tiene límites. En este pleito, el tribunal se negó a reconocer la validez de (y, por tanto, a aplicar) leyes del régimen nacionalsocialista alemán que desposeían a personas de religión judía de la nacionalidad alemana y con ello de sus patrimonios.

Más recientemente, en el caso de *Yukos v. OJSC Rosneft Oil Co.* (2012), la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales sistematizaría las excepciones y límites a la doctrina de *act of state*. Así, para su aplicación, se requiere que el acto en cuestión: (1) haya acaecido en el territorio del Estado extranjero que alega su aplicación, (2) no viole normas de derecho internacional claramente establecidas, o principios de orden público del derecho inglés, así como violaciones graves de los derechos humanos, (3) no sea de naturaleza judicial, y (4) no sea de carácter comercial.

Asimismo, la doctrina no aplica cuando la cuestión litigiosa consista en determinar si ciertos hechos han ocurrido, en contraposición a la determinación sobre sus efectos legales.

¹⁸ *Blad v. Bamfield*, p. 607.

¹⁹ *Idem.*, p. 606.

²⁰ *Nevsun*, párr. 276.

Volviendo a la sentencia en *Nevsun*, según el fallo de la mayoría (en el que concurren también los magistrados Rowe y Brown, pero no Moldaver y Côté), la doctrina del *act of state* como tal, no se ha desarrollado ni es de aplicación en Canadá. Sin embargo, los principios en los que se basa (mayormente, deferencia hacia la actuación de Estados extranjeros) sí han sido tratados y se respetan en derecho canadiense, aunque de distinta manera. Así, cuestiones de aplicabilidad de normas jurídicas extranjeras son evaluadas rutinariamente por los tribunales canadienses mediante el uso de las herramientas propias del derecho internacional privado. El principio de deferencia a los actos legislativos de otros Estados se respeta, condicionado por, al menos, tres excepciones reconocidas por la doctrina del Tribunal Supremo, a saber:

1. Orden Público. Un tribunal de justicia no aplicará normas extranjeras contrarias al orden público canadiense. Por ejemplo, en el caso de *Laane and Baltser v. Estonian State Cargo & Passenger s. s. Line*, [1949], ninguno de los magistrados del Tribunal Supremo dudó en pronunciarse sobre la (i)legalidad de las actuaciones del gobierno de la Unión Soviética, que había decretado la nacionalización de todos los buques con bandera estonia.
2. Cuestiones Incidentales. Los tribunales canadienses no deben dudar en examinar la validez de leyes “extranjeras” cuando tal examen sea puramente incidental en la resolución de las controversias a resolver en el pleito en cuestión²¹ (*Hunt v T&N plc*, [1993]). Mas aún, en la cuestión de constitucionalidad sobre la secesión del Quebec, el supremo confirmó que “en ciertas circunstancias, el enjuiciamiento de cuestiones de derecho internacional por parte de los tribunales canadienses será necesario para determinar derechos u obligaciones dentro de nuestro ordenamiento jurídico y, en tales casos, dirimir esas cuestiones es no sólo permisible sino inevitable”²².
3. Violaciones de Derechos Humanos. Igualmente, la deferencia que normalmente es debida en virtud del principio de *comity* a los sistemas jurídicos extranjeros acaba “en el momento en que empiezan claras violaciones del derecho internacional y de los derechos fundamentales”²³ (*R. v. Hape*).

A continuación, la magistrada ponente Abella, concluye negando rotundamente que la doctrina del *act of state* forme parte del derecho canadiense:

“[59] *The doctrine is not part of Canadian common law, and neither it nor its underlying principles as developed in Canadian jurisprudence are a bar to the Eritrean workers’ claims.*”

²¹ “*there is no jurisdictional bar to a Canadian court dealing with the laws or acts of a foreign state where “the question arises merely incidentally”* (*Ibid.*, párr. 49).

²² *Ibid.*, párr. 49.

²³ “*... the deference accorded by comity to foreign legal systems “ends where clear violations of international law and fundamental human rights begin”* (*Ibid.*, párr. 50).

Así, el primer motivo del recurso de casación es desestimado.

Como se anticipó más arriba, los magistrados Côté y Moldaver disienten, al entender que una vertiente de la doctrina del *act of state* (la doctrina de la “justiciabilidad”) sí forma parte del derecho canadiense y, además, aplicaría a los hechos alegados por los trabajadores eritreos. Según Côté y Moldaver la demanda no puede prosperar porque la cuestión que se plantea no es “justiciable”, en el sentido de que no compete al poder judicial el juzgar la adecuación al derecho internacional de los actos de un Estado soberano²⁴. En caso contrario, los tribunales estarían usurpando el campo de las relaciones internacionales, constitucionalmente reservado al ejecutivo.

3. Responsabilidad Civil por Violaciones de Derecho Internacional Consuetudinario

Los demandantes solicitan una indemnización por daños y perjuicios derivados de la violación por Nevsun (directamente o por complicidad con el Estado eritreo, o por omisión) de las normas de *ius cogens* consuetudinario que prohíben la tortura, la esclavitud y el empleo de trabajos forzosos.

Para ello, argumentan dos posibles vías que justifican tal obligación de indemnizar: una directa y otra mediante la creación de un nuevo tipo de cuasidelito (*tort*) de violación del derecho internacional consuetudinario. No existe precedente en el *common law* canadiense ni inglés que fundamente ninguno de estos dos vehículos o institutos propuestos.

A) Acción “Directa” por Violación de Normas de *Ius Cogens*

La primera vía (es decir, reconocimiento de una acción “directa” en derecho canadiense derivada del incumplimiento por una empresa de una norma perentoria de derecho internacional consuetudinaria) requiere de la satisfacción de dos condiciones necesarias (aunque no suficientes). Primero, el reconocimiento de que empresas privadas (es decir, un actor no estatal) están sujetas al cumplimiento de la citada norma de derecho internacional consuetudinario. Segundo, que la norma en concreto forme parte del ordenamiento jurídico canadiense.

Según la opinión de la mayoría del alto tribunal, no hay necesidad de crear un nuevo cuasidelito:

“...The claims may well be allowed to proceed based on the recognition of new nominate torts, but this is not necessarily the only possible route to resolving the Eritrean workers’

²⁴ “the Canadian jurisprudence leads to the conclusion that some claims are not justiciable, because adjudicating them would impermissibly interfere with the conduct by the executive of Canada’s international relations.” (*Ibid.*, párr. 276)

*claims. A compelling argument can also be made, based on their pleadings, for a direct approach recognizing that since customary international law is part of Canadian common law, a breach by a Canadian company can theoretically be directly remedied based on a breach of customary international law.*²⁵ [subrayado del autor]

O en palabras de los demandantes, lo que se pide al tribunal es “el reconocimiento de un recurso en *common law* basado en violaciones de normas imperativas del derecho internacional consuetudinario”²⁶.

The Alien Tort Statute (28 U.S.C. § 1350)²⁷

A modo de breve excurso, cabe señalar que en el derecho de los EE. UU. tal responsabilidad civil directa por violaciones del derecho internacional está reconocida en el brevísimo (un solo artículo) y antiquísimo (promulgado en 1789, pero en vigor) *Alien Tort Statute* (en adelante, “ATS”), que reza así:

“The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.”

Según Nevsun, “[t]he only State that recognizes a civil claim for breach of international law is the U.S.”²⁸.

Aunque evidentemente el ATS no es de aplicación en Canadá, ambas partes citan esta ley estadounidense en apoyo de sus argumentos. Así, los demandantes lo emplean como ejemplo de que este tipo de responsabilidad civil por violaciones de derecho internacional no es un concepto inaudito. Más aun, sostienen varios de los *amici curiae*²⁹, antes de la codificación legislativa en el ATS, esta acción ya formaba parte del *common law* de EE. UU., tal y como habría sido “recibido” del derecho inglés. Por su parte, Nevsun arguye que en EE. UU. este tipo de reclamaciones son viables precisamente porque el legislador así lo decidió mediante la promulgación del ATS, pero que la judicatura no tiene tal potestad.

²⁵ *Ibid.*, párr. 127.

²⁶ Vista oral, 1:12:45, Intervención de J. Fiorante, QC.

²⁷ El *Alien Tort Statute* puede consultarse aquí: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1350>. Uno de los casos más significativos de la aplicación del ATS es *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004), que se puede consultar en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/542/692/>.

²⁸ Vista oral, 50:47, Intervención de A. Nathanson.

²⁹ Escrito de apoyo al recurso de los *Amici Curiae* EarthRights International and The Global Justice Clinic at New York University School of Law, párr. 19.

Entidades Privadas como Sujetos de Derecho Internacional Consuetudinario

Para la mayoría del tribunal, no hay duda de que actores no estatales (individuos, sociedades) pueden ser sujetos de ciertas normas de derecho internacional público consuetudinario³⁰. Así, la magistrada Abella afirma con contundencia que “el derecho internacional ha abandonado la postura de exclusivamente tratar con Estados para, ahora, tratar también con individuos³¹”. En particular, normas de protección de los derechos humanos serían claramente aplicables a estos agentes. Citando al profesor de la universidad de Yale Howard Koh, la magistrada Abella explica que no tendría mucho sentido que empresas privadas (e individuos) puedan ser objeto de responsabilidad penal por violaciones del derecho internacional de protección de derechos humanos, pero no asimismo de responsabilidad civil³². Y concluye en el párrafo 107 de la sentencia que “ya no existe ninguna base sostenible para circunscribir la aplicación del derecho internacional consuetudinario a las relaciones entre Estados³³”.

Esta cuestión fue discutida profusamente durante la vista oral. Entre otros argumentos, el abogado de los trabajadores eritreos Joe Fiorante Q.C. explicó que existen ejemplos históricos de la aplicabilidad del derecho internacional a individuos, a saber: los piratas³⁴ y los tratantes de esclavos. Asimismo, en el escrito de interposición de los demandantes, se aduce que en los llamados “Procedimiento Subsiguientes” de los juicios de Núremberg se reconoció la responsabilidad de directivos de empresas alemanas (I.G. Farben, Krupp, Flick) por violación de normas de derecho internacional (incluyendo el uso de trabajadores esclavizados). Así, citando directamente al Tribunal Militar Estadounidense en el juicio contra los directivos de I.G. Farben:

“Where private individuals, including juristic persons, proceed to exploit the military occupancy by acquiring private property against the will and consent of the former owner, such action, not being expressly justified by any applicable provision of the Hague Regulations [of 1907 with Respect to the Laws and Customs of War on Land], is in violation

³⁰ “...international law has so fully expanded beyond its Grotian origins that there is no longer any tenable basis for restricting the application of customary international law to relations between states” (Nevsun, párr. 107).

³¹ “International law has moved away from just dealing with States into now also dealing with individuals” (Vista oral, 45:00, Magistrada Abella).

³² “...Professor Koh observes that non-state actors like corporations can be held responsible for violations of international criminal law and concludes that it would not “make sense to argue that international law may impose criminal liability on corporations, but not civil liability” (Koh, “Separating Myth from Reality”, at p. 266).” (Nevsun, párr. 112).

³³ “international law has so fully expanded beyond its Grotian origins that there is no longer any tenable basis for restricting the application of customary international law to relations between states.” (Ibid., párr. 107)

³⁴ “...customary international law has long imposed legal consequences on corporations, particularly in the area of piracy. One of the earliest examples is a claim for relief against the Dutch East India Company for acts of piracy in violation of the “jus gentium” (“law of nations”) in seizing two English merchant ships on the high seas.” (Escrito de interposición del recurso, párr. 130).

of international law.” [notas internas omitidas; subrayado en el escrito de interposición del recurso]³⁵

Por otra parte, según el voto particular de los magistrados Côté y Moldaver, no existe consenso en el derecho internacional en cuanto a la aplicabilidad de las normas de derecho internacional consuetudinario a sociedades. Así, “[t]he widespread, representative and consistent state practice and opinio juris required to establish a customary rule do not presently exist to support the proposition that international human rights norms have horizontal application between individuals and corporations”³⁶ [notas internas omitidas]. Más aún, los magistrados Brown y Rowe, citando un informe de la Asamblea General de las Naciones Unidas³⁷, sostienen que el derecho internacional consuetudinario no reconoce, a día de hoy, la responsabilidad corporativa por violaciones de derechos humanos. Y concluyen diciendo que “[f]uera del ámbito del derecho penal, el derecho internacional consuetudinario impone prohibiciones y mandatos a los Estados, pero no así a actores privados”³⁸.

Incorporación Automática del Derecho Internacional Consuetudinario al Ordenamiento Jurídico Canadiense

El derecho internacional se incorpora al ordenamiento interno canadiense de distinta manera según se trate de derecho internacional bien convencional o consuetudinario. A las normas contenidas en tratados internacionales aplica un sistema dualista, que exige intervención legislativa (bien del parlamento federal o de las asambleas provinciales). La aplicación del principio dualista en el caso de los tratados se justifica en el plano doctrinal como necesaria para preservar la separación de poderes y evitar que el ejecutivo legisle *de facto* mediante el uso de su potestad constitucional de negociar, firmar y ratificar tratados internacionales³⁹. En cambio, el derecho internacional consuetudinario se incorpora (o “adopta”⁴⁰, según la

³⁵ Escrito de interposición del recurso, párr. 131. El informe del juicio contra I.G. Farben, en la p. 44, continúa incidiendo en la capacidad de individuos y empresas de violar normas de derecho internacional: “*Similarly where a private individual or a juristic person becomes a party to unlawful confiscation of public or private property by planning and executing a well-defined design to acquire such property permanently, acquisition under such circumstances subsequent to the confiscation constitutes conduct in violation of the Hague Regulations*” (United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, Vol X The I.G. Farben and Krupp Trials (London: H.M.S.O. for the United Nations War Crimes Commission, 1949)).

³⁶ *Nevsun*, párr. 269.

³⁷ Report of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, U.N. Doc. A/HRC/4/035, February 9, 2007.

³⁸ “*Outside the realm of criminal law, customary international law imposes prohibitions and mandates on states, not private actors.*” (*Nevsun*, párr. 205).

³⁹ “*Giving an unimplemented treaty binding effect in Canada would result in the executive creating domestic law — which, absent legislative delegation, it cannot do without infringing on legislative supremacy and thereby undermining the separation of powers.*” (*Ibid.*, párr. 159).

⁴⁰ “*This doctrine is called “adoption” in Canada and “incorporation” in its English antecedents*” (*Ibid.*, párr. 165)

terminología canadiense) al derecho interno automáticamente (sistema monista)⁴¹, salvo que exista legislación contraria al respecto.

Esta doctrina de la “adopción” automática (es decir, sin necesidad de intervención legislativa) del derecho internacional consuetudinario ha sido confirmada recientemente por el Tribunal Supremo de Canadá en la sentencia de *R. v. Hape*, donde se justifica la misma mediante la afirmación de que “la costumbre internacional, siendo el derecho de las naciones, es asimismo el derecho de Canadá⁴²”.

A los efectos del caso en cuestión, apoyándose en esta doctrina, la magistrada ponente Abella añade que “el hecho de que el derecho internacional consuetudinario sea parte de nuestro *common law* significa que debe ser tratado con el mismo respecto que cualquier otra ley.⁴³”. Y ello es así, continúa la ponente, con mayor autoridad y fuerza, con respecto a las normas consideradas como de *ius cogens*, entre las que se incluyen los preceptos que los demandantes consideran violados (por acción u omisión) por la empresa Nevsun: crímenes contra la Humanidad, prohibición contra la esclavitud y contra los trabajos forzosos, prohibición contra la tortura y tratos crueles e inhumanos.

Ubi Ius, Ibi Remedium

Es en este punto donde la argumentación de los demandantes realiza el salto lógico más arriesgado⁴⁴. Es correcto que el *common law* inglés⁴⁵ y canadiense reconocen el axioma de que los tribunales tienen la obligación de formular un recurso (o “remedio”) para la vindicación de cada derecho (*ubi ius, ibi remedium*). Asimismo, determinados tratados internacionales de protección de derechos humanos exigen a los Estados parte que arbitren un recurso efectivo en caso de violación⁴⁶.

Sin embargo, de ahí no se deriva necesariamente que la violación de todo derecho genere obligatoria o automáticamente el derecho al resarcimiento de daños y perjuicios (*damages*). En primer lugar, según la demandada Nevsun, en el derecho internacional público no habría cristalizado todavía la obligatoriedad de atribuir remedios de derecho civil a violaciones de

⁴¹ “Once a rule becomes recognized as customary law, it is automatically part of the Canadian common law” (Law Commission of Canada, *Crossing Borders: Law in a Globalized World*, Ottawa: Government of Canada, 2006, p. 29)

⁴² “international custom, as the law of nations, is also the law of Canada” (*R. v. Hape*, párr. 39).

⁴³ “The fact that customary international law is part of our common law means that it must be treated with the same respect as any other law” (*Nevsun*, párr. 95).

⁴⁴ “117. To be clear, the [workers] do not contend that the adoption of *jus cogens* norms into Canadian law leads automatically to a civil remedy for the violation of those norms” (Escrito de interposición del recurso, párr. 117)

⁴⁵ “But there is no such Notion in the Law of England as a Right without a Remedy.” *Ashby v. White*, [(1703), 2 Ld. Raym. 938].

⁴⁶ Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.3.

sus preceptos. Así, sostiene el magistrado Moldaver, aun cuando “el derecho internacional consuetudinario dice que la tortura y el trabajo en régimen de esclavitud son contrarios a los derechos humanos ... no hay una norma de derecho internacional consuetudinario que diga que acciones civiles por daños pueden sostenerse contra empresas de un país por violaciones acaecidas en otro Estado”⁴⁷.

En contra de esta posición, el *amicus curiae* Amnistía Internacional argumenta que “el derecho a un recurso efectivo por violaciones de derechos humanos es un derecho sustantivo en sí mismo”⁴⁸

y que “la Comisión de Derechos Humanos [de las Naciones Unidas], ha concluido que los convenios internacionales de derechos humanos obligan a los Estados a proporcionar acceso a recursos efectivos a las víctimas de abusos de derechos humanos cometidos en el extranjero por empresas domiciliadas en su territorio.”⁴⁹

En segundo lugar, sostiene la demandada, existen otros recursos posibles, tal y como por ejemplo sanciones penales, administrativas o anulación del acto administrativo (si alguno hubiera mediado en la violación), y no es necesario en todos los casos el resarcimiento civil. Esta es una elección, concluye Nevsun, que compete al legislador⁵⁰.

En este sentido, la doctrina del Tribunal Supremo de Canadá ha rechazado tajantemente la proposición de que todo incumplimiento de una norma de derecho administrativo dé lugar a responsabilidad civil por parte del violador de la misma. Así, en el caso de *R. in Right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, el propio Tribunal Supremo no aceptó la existencia de un cuasidelito por “violación de ley” (“*statutory breach*”). A lo sumo, la violación de una ley debe ser uno de los factores a considerar en la apreciación de la existencia de negligencia en la actuación de un demandado⁵¹.

Más aún, el voto particular de los magistrados Rowe y Brown considera que la cuestión ha quedado zanjada (en sentido negativo) en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de Canadá en *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, que reza, con respecto a la tortura que “el derecho internacional consuetudinario no extiende la prohibición de la tortura hasta el

⁴⁷ Vista oral, 53:56, magistrado Moldaver. En el mismo sentido, “*international law does not itself recognize tortious or delictual responsibility and there is no international consensus that international law should be enforced by way of civil claims brought in domestic courts*” (Vista oral, 38:44, Intervención de A. Nathanson).

⁴⁸ Vista oral, 2:22:45, Intervención de Paul Champ.

⁴⁹ Escrito de apoyo al recurso de Amnistía Internacional, párr. 6.

⁵⁰ “*States have a variety of choices as to how to implement domestically the international law. A civil remedy is just one of many options. Parliament for example decided that that should be the case in terrorism and created a statutory cause of action.*” (Vista oral, 56:02, Intervención de A. Nathanson)

⁵¹ “*I would be adverse to the recognition in Canada of a nominate tort of statutory breach. Breach of statute, where it has an effect upon civil liability, should be considered in the context of the general law of negligence.*” *R. in Right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, p. 225.

punto de exigir un *remedio* civil en caso de tortura cometida en un Estado extranjero”⁵². Y, en el mismo sentido, citan la sentencia estadounidense de *Khulumani v. Barclay National Bank Ltd.* cuando aclara que “el derecho de las naciones generalmente no crea acciones privadas para remediar sus violaciones, sino que deja a cada nación la tarea de definir los *remedios* disponibles por incumplimientos del derecho internacional”⁵³.

Y sin embargo, para la magistrada ponente Abella, que la violación de una norma de derecho internacional consuetudinario dé lugar a una acción civil por daños en derecho canadiense no sólo es posible, sino que constituye un “desarrollo necesario” para el *common law* de Canadá⁵⁴. Y añade en el párrafo 119 de la sentencia que “...al igual que el resto de Estados parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Canadá posee obligaciones internacionales de asegurar la disponibilidad de un recurso efectivo para la violación de esos derechos (art.2) ... no sólo por parte de Estados sino también por individuos y personas jurídicas⁵⁵”. Más aún, “exigir que la creación de nuevos cuasidelitos como condición para otorgar *remedios* por violaciones de normas de derecho internacional automáticamente incorporadas al *common law* [canadiense] puede no sólo diluir la doctrina de la adopción sino incluso negar su aplicabilidad⁵⁶”.

Los magistrados Rowe y Brown, en su voto particular, critican ferozmente esta postura ya que la consideran sin fundamento alguno en derecho canadiense. Así, afirman con rotundidad (y cierto desdén) que esta teoría “*must be a species of action not known to Canadian common law, and so should fail simply on that basis*”⁵⁷.

Charter Damages

En este punto, es conveniente aclarar que la Constitución de Canadá⁵⁸ ofrece protección frente a violaciones de derechos fundamentales (tales como el derecho a la vida y a la integridad física), entre las cuales se encuentra el derecho a resarcimiento civil. Así, el

⁵² “*customary international law does not extend the prohibition of torture so far as to require a civil remedy for torture committed in a foreign state.*” (*Kazemi Estate*, párr. 153).

⁵³ “*As the Second Circuit Court of Appeals observed in Khulumani v. Barclay National Bank Ltd., 504 F.3d 254 (2nd Cir. 2007), the “law of nations generally does not create private causes of action to remedy its violations, but leaves to each nation the task of defining the remedies that are available for international law violations” (at p. 269, citing Kadic v. Karadžić, 70 F.3d 232 (2nd Cir. 1995), at p. 246).*” (*Nevsun*, párr. 197)

⁵⁴ “*In my respectful view, recognizing the possibility of a remedy for the breach of norms already forming part of the common law is such a necessary development*” (*Idem.*, párr. 118).

⁵⁵ “*... like all state parties to the International Covenant on Civil and Political Rights, Canada has international obligations to ensure an effective remedy to victims of violations of those rights (art. 2) ... not just by states, but also by private persons and entities*” (*Ibid.*, párr. 119).

⁵⁶ “*Requiring the development of new torts to found a remedy for breaches of customary international law norms automatically incorporated into the common law may not only dilute the doctrine of adoption, it could negate its application.*” (*Ibid.*, párr. 128).

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 137.

⁵⁸ *The Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982 (UK), 1982*, c 11.

artículo 24(1) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades reconoce el derecho a la tutela de los tribunales para el caso de violaciones de los derechos recogidos en la Carta. Entre otros recursos, se encuentran los llamados “*Charter damages*”, que consisten en una indemnización monetaria.

Sin embargo, este derecho solo aplica cuando las violaciones de derechos que se alegan han sido cometidas *por el Estado canadiense o sus agentes*, y no por particulares (con la excepción de particulares en el ejercicio delegado de funciones públicas)⁵⁹ o Estados extranjeros. Por este motivo, los demandantes no pueden solicitar resarcimiento monetario bajo este precepto constitucional.

B) Creación de un Nuevo Tipo de Cuasidelito (*Tort*) de Violación de Norma Imperativa de Derecho Internacional Consuetudinario

De no existir un derecho a indemnización directamente derivado del incumplimiento de una norma de *ius cogens* internacional, la siguiente avenida sería reconducir la acción a través de un nuevo tipo de cuasidelito, para cuya creación los tribunales estarían plenamente facultados.

La Responsabilidad Extracontractual en General en Derecho Canadiense (“Nominate Torts”)

En el *common law* angloamericano no existe una teoría general de la responsabilidad civil extracontractual. Lo más cerca que el *common law* ha llegado a un esquema teórico similar al de la responsabilidad aquiliana del derecho continental ha sido a través del desarrollo ubicuo del cuasidelito de “negligencia”.

Por razones históricas, el derecho anglosajón de la responsabilidad extracontractual está compuesto por una multitud de cuasidelitos (*torts*) que cubren toda una constelación⁶⁰ de conductas ilícitas causantes de perjuicios patrimoniales específicamente descritas⁶¹, pero sin un principio unificador equivalente a, por ejemplo, el art. 1902 del Código Civil español. Sin embargo, una cierta sistemática es posible. Así, se distingue entre los llamados “intentional torts” por un lado, y el cuasidelito de negligencia por otro. Entre los “intentional torts” se encuentran actos ilícitos contra la persona tales como *battery* (contacto físico impermissible), *assault* (amenaza de un contacto físico impermissible), *false imprisonment* (detención ilegal), así como contra el patrimonio, por ejemplo *trespass* (invasión de la propiedad inmobiliaria de otro), *conversion* (daños al patrimonio mobiliario ajeno), y otros más. Por su parte, la negligencia es el cajón de sastre, el “*tort* estrella”, en el que se encaja cualquier conducta

⁵⁹ Vid. *Ward v Vancouver (City)*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28.

⁶⁰ “...tort law was merely a patchwork of distinct causes of action” (*Nevsun*, párr. 126).

⁶¹ “*Torts are harm-causing acts or omissions considered by the law to be wrongful*”: FRIDMAN G.H.L., *op. cit.*, p. 3.

lesiva causada mediante una acción u omisión en violación de un deber de cuidado o diligencia (“*duty of care*”) hacia un tercero.

De la aplicación de este modelo se deriva que un demandante, para obtener una indemnización por daños debe, en principio, demostrar que la conducta del demandado encaja en alguno de los tipos cuasi-delictuales reconocidos por el derecho. Si esto no fuera posible, en la mayoría de las ocasiones, la demanda no fructificará. Sin embargo, es un principio reconocido que el sistema de *torts* no es un *numerus clausus* y que, dadas las circunstancias adecuadas, un tribunal de *common law* puede reconocer la existencia de un nuevo cuasidelito.

Requisitos para la Creación Jurisprudencial de Nuevos Tipos Cuasi-Delictuales

El derecho canadiense no reconoce actualmente un cuasidelito constituido por la violación de una norma de *ius cogens* internacional. Sin embargo, este hecho no supone el final del análisis ya que, como se ha dicho más arriba, es incontestable en derecho canadiense e inglés que los tribunales están facultados para crear nuevos tipos cuasi-delictuales⁶². La verdadera cuestión consiste en si se dan, en los hechos de este caso, los requisitos para el ejercicio legítimo de esta facultad.

Los elementos para la creación jurisprudencial de nuevos cuasidelitos en derecho canadiense aparecen resumidos en la sentencia del tribunal de apelación de Ontario en el caso *Merrifield v. Canada (Attorney General)*⁶³. El tribunal, al analizar (y rechazar) la posible creación de un nuevo cuasidelito de acoso (*harassment*), diserta sobre la naturaleza del cambio en el *common law*. Así, explica que los tribunales, para la introducción de cambios en el derecho existente (por ejemplo, creando un nuevo cuasidelito), deben proceder “de manera lenta e incremental en lugar de veloz y dramáticamente... basándose mayormente en el mecanismo de extender un principio existente a nuevas circunstancias” porque “los tribunales de justicia puede que no se encuentren en la mejor posición para resolver problemas en el derecho existente; cambios significativos deben mejor dejarse al legislativo” (*Merrifield*, párr. 20-21). Algunos de los factores que deben concurrir para el reconocimiento de un nuevo *tort* son (1) que la conducta en cuestión no se encuadre ya en el tipo de otro *tort* o esté contemplada en un esquema legislativo existente, (2) que el nuevo *tort* propuesto haya sido reconocido en otros ordenamientos jurídicos, en particular aquellos de la tradición del *common law*, (3) que la sociedad claramente demande la protección del interés jurídico subyacente lesionado por la acción del demandado, y (4) que la introducción del nuevo tipo implique un cambio “en incrementos”, no radical, del derecho existente.

⁶² Un ejemplo reciente de creación de un nuevo cuasidelito se encuentra en la sentencia de 2012 del tribunal de apelación de Ontario en *Jones v Tsige*, que crea el *tort* de “*intrusion upon seclusion*”.

⁶³ 2019 ONCA 205.

Además de estos requisitos generales, la demandada aduce que, en casos relativos al derecho internacional, la labor creativa de derecho de los tribunales cuenta con límite añadido: “el *common law* debe desarrollarse en línea con el consenso internacional”⁶⁴.

Importancia Estratégica para los Demandantes del Reconocimiento de un nuevo “Super-Tort”

Como hemos indicado más arriba, los demandantes exigen a Nevsun responsabilidad civil basándose, no sólo en incumplimientos de derecho internacional, sino también en cuasidelitos tradicionales tales como *battery*, negligencia, *unlawful confinement*, y enriquecimiento injusto. Siendo así, ¿por qué la necesidad de mantener el argumento extremadamente complicado de la necesidad de crear un nuevo “super-tort” basado directamente en el incumplimiento de una norma de *ius cogens*?

Los demandantes aducen varios motivos. Primero, por razones de sistemática, el nuevo cuasidelito es necesario porque incluiría “ingredientes” de varios de los *torts* tradicionales. De esta manera, el ilícito de la conducta se capturaría en un tipo unitario⁶⁵. Pero, además, porque la gravedad de conductas tales como la sumisión a trabajos forzosos, esclavitud y tortura, ameritan un tratamiento *cualitativamente* distinto. Tal y como explica la magistrada ponente Abella “rechazar el reconocimiento de las diferencias entre los cuasidelitos [tradicionales] existentes y los trabajos forzosos, esclavitud, tratos crueles, inhumanos y degradantes, y crímenes contra la humanidad puede llegar a socavar la capacidad del tribunal de tomar en consideración adecuadamente la naturaleza odiosa del daño ocasionado por tales conductas⁶⁶”.

Asimismo, aunque no está así declarado en la demanda ni en los escritos de interposición del recurso, parece razonable concluir que el reconocimiento de este nuevo tipo posee un valor estratégico importante para los demandantes. Para empezar, es probable que facilite el levantamiento del velo en la maraña societaria que media entre la filial eritrea directamente involucrada en el desarrollo y construcción de la mina de Bisha y la matriz demandada en British Columbia. Igualmente, el nuevo *tort* podría evitar la dificultad que presenta la comisión “por omisión” o “por complicidad” alegada en la acción de los trabajadores eritreos. Asimismo, Nevsun ha alegado que las acciones han prescrito ya sea en aplicación del derecho eritreo o canadiense, y al crear un nuevo cuasidelito, el tribunal tiene la potestad de establecer un periodo de prescripción singular. Finalmente, no es descartable que el reconocimiento de una violación de normas imperativas universalmente aceptadas y moralmente impactantes

⁶⁴ Vista oral, 53:15, Intervención de A. Nathanson.

⁶⁵ “*Torture may be an extreme form of battery but the issue of forced labour and the use of force labour would have to be addressed through an amalgam of existing nominate torts to fully capture the nature of the impugned conduct*” (Vista oral, 1:35:40, Intervención de J. Fiorante, QC).

⁶⁶ *Nevsun*, párr. 125.

como la prohibición de la esclavitud y la tortura dé lugar a indemnizaciones monetarias de mayor cuantía que las que probablemente derivarían de cuasidelitos “tradicionales”.

V. LA POSTURA DE LA MAYORÍA Y LOS VOTOS PARTICULARES

1. La Opinión de la Mayoría

Como hemos visto, según la mayoría del Tribunal Supremo, la acción de los demandantes no es inviable y, por tanto, debe continuar en la primera instancia. Los pasos del razonamiento para llegar a esta conclusión serían los siguientes:

- 1) La prohibición de los trabajos forzosos, la esclavitud y la tortura son normas de derecho internacional consuetudinario imperativo.
- 2) Estas normas de *ius cogens* citadas forman parte del derecho canadiense, puesto que el derecho internacional consuetudinario se incorpora automáticamente al ordenamiento jurídico interno.
- 3) Dentro del arsenal de recursos judiciales disponibles para reivindicar este tipo de violaciones, los tribunales tienen la facultad de otorgar indemnizaciones por daños y perjuicios, bien directamente o a través de la creación de un nuevo tipo cuasidelictual.
- 4) Por consiguiente, la parte de la demanda basada en violaciones del derecho internacional consuetudinario no está necesariamente destinada a fracasar.

2. Los Votos Particulares

Según el voto particular (parcialmente disidente) de los magistrados Rowe y Brown, la doctrina del *act of state* no aplicaría y por tanto el proceso puede continuar su curso en relación con las pretensiones basadas en cuasidelitos tradicionales. Sin embargo, consideran inviable la parte de la demanda fundamentada en el derecho internacional consuetudinario. Ni existe en derecho canadiense una acción directa por violación de normas de *ius cogens*, ni, en su opinión, concurren los elementos para la creación legítima por parte de los tribunales de British Columbia de un nuevo tipo cuasidelictual de “violación del derecho internacional consuetudinario”. En este último sentido, dos son sus argumentos principales. En primer lugar, la creación de este nuevo *tort* muy lejos de ser un avance “incremental” del *common law* más bien constituye un cambio radical (un “*sea change*” en palabras del magistrado Moldaver/Rowe), de los que los tribunales de *common law* no están facultados a efectuar. Segundo, el reconocimiento de esta potestad a los tribunales de justicia constituiría una usurpación de competencias que, según la constitución canadiense, pertenecen a los poderes legislativo y ejecutivo⁶⁷.

⁶⁷ “*The creation of a cause of action for breach of customary international law would require the courts to encroach on the roles of both the legislature (by creating a drastic change in the law and ignoring the doctrine of incrementalism), and the executive (by wading into the realm of foreign affairs).*” (*Ibid.*, párr. 262).

Más radical es todavía el voto disidente de los magistrados Moldaver y Côté, pues según ellos la acción no puede prosperar de ninguna de las maneras y, por tanto, debe desestimarse en su totalidad porque los hechos planteados no son “justiciables” en aplicación de una variante de la teoría del *act of state* (la llamada doctrina de la “justiciabilidad”). Según esta variante, no es permisible constitucionalmente que el poder judicial invada el terreno del ejecutivo mediante el enjuiciamiento de la legalidad de las acciones de Estados soberanos.

VI. CONCLUSIÓN

Aunque es cierto que la sentencia ofrece más dudas que respuestas (especialmente dada la beligerancia de los votos particulares), la dirección en la que indica el tribunal que el derecho canadiense debe moverse es clara: los tribunales canadienses deben velar por que violaciones de derecho humanos cometidas (o toleradas) por empresas canadienses no deben quedar impunes por el simple hecho de haber sido cometidas fuera del territorio canadiense, o promovidas por Estados soberanos.

El fallo de la mayoría refleja una postura más “activista” de la judicatura en favor de la defensa de los derechos humanos. Los votos particulares, en cambio, ofrecen una visión tradicional o conservadora⁶⁸ del papel de los tribunales en la creación y la evolución del derecho. La polarización del tribunal queda ilustrada en la descripción que del papel de los tribunales ofrece cada una de las facciones. Así, por una parte, según los magistrados Rowe y Brown:

“The courts’ role within this country is, primarily, to adjudicate on disputes within Canada, and between Canadian residents⁶⁹”

En cambio, la magistrada ponente Abella invita abiertamente a la judicatura a adquirir un mayor protagonismo cuando proclama que:

“there is no reason for Canadian courts to be shy about implementing and advancing international law⁷⁰”

Finalmente, en el enconado debate entre las dos facciones del alto tribunal canadiense subyace la siguiente cuestión: en un estado democrático y de derecho ¿a qué poder institucional debe encomendarse la creación de normas jurídicas para la salvaguarda de derechos humanos a nivel internacional?

⁶⁸ *“The judiciary is confined to making incremental changes to the common law”* (*Ibid.*, párr. 256).

⁶⁹ *Ibid.*, párr. 259.

⁷⁰ *Ibid.*, párr. 71.

JURISPRUDENCIA CITADA

Ashby v. White [(1703), 2 Ld. Raym. 938]

Belhaj & Anor v. Straw & Ors, [2017] UKSC 3

Blad v. Bamfield (1674), 3 Swans 604, 36 E.R. 992

Buttes Gas and Oil Co. v. Hammer (No. 3), [1982] A.C. 888 (H.L.)

Duke of Brunswick v. King of Hanover (1848), 2 H.L.C.1, 9 E.R. 993

Habib v. Commonwealth of Australia, [2010] FCAFC 12

Hunt v. T&N plc, [1993] 4 S.C.R. 289

Jones v. Tsige, 108 O.R. (3d) 241; 2012 ONCA 32

Kazemi State v. Islamic Republic of Iran, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176

Khulumani v. Barclay National Bank Ltd., 504 F.3d 254 (2d Cir, 2007)

Laane and Baltser v. Estonian State Cargo & Passenger s.s. Line, [1949] S.C.R. 530

Merrifield v. Canada (Attorney General), 2019 ONCA 205

Operation Dismantle v. The Queen, [1985] 1 S.C.R. 441

Oppenheimer v. Cattermole, [1976] A.C. 249

R. in Right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool, [1983] 1 S.C.R. 205

R. v. Hape, [2007] 2 S.C.R. 292, 2007 SCC 26

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

Ward v Vancouver (City), 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28

Yukos Capital sarl v. OJSC Rosneft Oil Co. (No. 2), [2012] EWCA Civ 855, [2014] Q.B. 458