

CAPÍTULO 3

LA APLICACIÓN DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL A LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES: EL ANÁLISIS DEL CASO NEVSUN RESOURCES LTD V. ARAYA

Lucas Sebastián DE ERICE ARANDA*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES DEL CASO. 2.1. El Programa de Servicio Nacional de Eritrea. 2.2. La situación en la mina Bisha. 2.3. Partes del caso y contenido de la demanda. 3. ASPECTOS RELEVANTES DEL PROCEDIMIENTO. 3.1. Costumbre internacional y normas *ius cogens*. 3.2. La recepción del derecho internacional en Canadá. 4. CONCEPTOS CLAVES SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL. 4.1. La aplicación de la costumbre internacional a las personas jurídicas. 4.2. Existencia de remedio efectivo. 5. PRINCIPALES APORTES DEL CASO PARA EL DEBATE EMPRESAS-DERECHOS HUMANOS. 6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El caso *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5¹ (en adelante caso *Nevsun*), celebrado ante la Corte Suprema de Canadá (CSC), supo-

* Profesor Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de la Laguna (*lsebastian@ull.edu.es*). El presente estudio ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “Sostenibilidad ambiental, social y económica de la justicia. Retos de la Agenda 2030” (PID2021-126145OB-I00) y del proyecto de investigación “Las nuevas normas de debida diligencia obligatoria como respuesta para hacer frente a la violencia que sufren las personas defensoras de los derechos humanos y el medio ambiente” (ICI019/22/000010).

¹ Corte Suprema de Canadá: *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5, de 28 de febrero de 2020.

ne uno de los más novedosos aportes a la discusión sobre empresas y derechos humanos ya que aborda un aspecto de esta relación que no ha sido explorado hasta la fecha con demasiada profundidad: la posible aplicación directa de la costumbre internacional a las personas jurídicas.

En este caso, tres trabajadores de nacionalidad eritrea demandaron a la compañía canadiense Nevsun Resources, argumentando que, en una mina situada en Eritrea de la que dicha empresa es accionista mayoritario, se estaban llevando a cabo actividades que suponen una violación del derecho consuetudinario internacional. En particular, los demandantes solicitaron indemnización por daños y perjuicios por la violación de las prohibiciones, consagradas en la costumbre internacional, del trabajo forzoso, la esclavitud, el trato cruel, inhumano y degradante, y los crímenes contra la humanidad. Ante esta petición, la CSC analizó hasta qué punto la costumbre internacional es enjuiciable e invocable en procesos de derecho civil interno y entró a considerar si el derecho canadiense cuenta con mecanismos de aplicación que puedan responsabilizar a las empresas transnacionales que lleven a cabo actividades que supongan una violación del derecho consuetudinario internacional.

Pese a que el caso fue finalmente resuelto mediante un acuerdo entre las partes cuyo contenido fue confidencial², la sentencia que aquí se analiza, supone un aporte de gran magnitud a la discusión sobre empresas y derechos humanos, ya que explora la posibilidad de perseguir judicialmente en los tribunales internos de los países de origen de las empresas, las actividades cometidas por estas en el extranjero que puedan suponer una violación de, al menos, algunos aspectos de la costumbre internacional. Este capítulo busca exponer brevemente los aspectos más relevantes de dicho caso y reflexionar sobre las consecuencias que esta decisión puede tener para el futuro.

² Amnesty International (2020). Amnesty International applauds settlement in landmark Nevsun Resources mining case. Disponible en: <https://www.amnesty.ca/news/amnesty-international-applauds-settlement-in-landmark-nevsun-resources-mining-case/>.

2. ANTECEDENTES DEL CASO

Para comprender los antecedentes del caso Nevsun debe llevarse a cabo una breve exposición de la situación en Eritrea en la fecha de los acontecimientos y la relación de la empresa Nevsun Resources con dicho país. Eritrea es un país situado al noreste de África con aproximadamente seis millones de habitantes. Es un Estado militarizado y autoritario, en el que no se han celebrado elecciones democráticas desde 1993, año de su independencia de Etiopía. Cuenta con un sistema político de partido único, el Frente Popular para la Democracia y la Justicia (FPDJ), liderado desde hace veinte años por Isais Afwerki, único presidente desde la independencia del país. El gobierno se ha caracterizado por sus altos niveles de corrupción (Transparencia Internacional coloca a Eritrea entre los veinte países más corruptos del mundo³), y por sus amplias violaciones de derechos humanos, en especial las relacionadas con el servicio militar⁴.

2.1. *El Programa de Servicio Nacional de Eritrea*

El servicio militar, instaurado en 1995 y conocido oficialmente como Programa de Servicio Nacional, establece el reclutamiento obligatorio de todos los eritreos de 18 años de edad. En los primeros años de su funcionamiento, estipulaba la obligación de servir durante 18 meses: 6 meses dedicados al entrenamiento y 12 meses a servicios de desarrollo militar, durante los cuales los reclutas eran enviados a una unidad castrense⁵. Así mismo, el servicio militar puede asignar a los reclutas durante esos doce meses a participar en proyectos de construcción relacionados con iniciativas de interés nacional⁶. Dichos proyectos suelen estar gestionados por empresas extranjeras, por lo que en la práctica, parte del servicio militar obligatorio consiste en trabajar en grandes infraestructuras (obra pública, minería, etc.) gestionadas por corporaciones internacionales.

³ Transparencia Internacional, “Our work in Eritrea” disponible en: <https://www.transparency.org/en/countries/eritrea>.

⁴ Amnistía Internacional (2022), *Informe 2021/2022 Amnistía Internacional. La situación de los derechos humanos en el mundo*, pág. 187.

⁵ Corte Suprema de Canadá (2020), *op.cit.*, párr. 9.

⁶ *Ídem.*

Al estallar la guerra con Etiopía en 1998, el gobierno decidió retirar el límite de 18 meses y, justificando una situación de emergencia nacional, todos los reclutas del servicio militar fueron retenidos de forma indefinida⁷. En el año 2002, y pese a que la guerra con Etiopía había concluido, el gobierno de Eritrea impulsó la campaña de desarrollo militar *Warsai Yekalo* que introdujo de forma oficial el servicio militar indefinido. Esta decisión fue defendida argumentando que el país precisaba de dichos reclutas para protegerse de significativas amenazas exteriores⁸. Por ello, desde 1995, miles de reclutas eritreos han sido retenidos contra su voluntad y forzados a prestar sus servicios de forma indefinida, tanto en unidades de carácter militar como en infraestructuras gestionadas por grandes empresas.

Al hecho de ser retenidos contra su voluntad, se añaden las extremas condiciones de vida y trabajo en dichos lugares, que han sido observadas con gran preocupación por agentes internacionales. Un informe del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) calificó esta situación como una violación sistemática de un conjunto de derechos humanos, que tienen un alcance y una magnitud “rara vez observados en otras partes del mundo”:

En particular, la comisión concluye que el servicio militar supone la violación de los derechos de los eritreos a la vida; a la libertad y a la seguridad; a no ser sometidos a actos de tortura o a tratos crueles, inhumanos degradantes; a recibir un trato humano y respetuoso de la dignidad inherente a la persona humana durante la privación de libertad; al reconocimiento de la personalidad jurídica en todas partes; a gozar de la libertad de pensamiento, conciencia, religión, expresión y circulación; a la privacidad y a la vida familiar; a la educación; al nivel más alto posible de salud física y mental; a no ser sometido a trabajos forzados; y a ganarse la vida con un trabajo libremente elegido y aceptado⁹.

Dicho informe recoge el testimonio de personas que llegaron a estar 17 años retenidos contra su voluntad. También se hace eco de la participación de las corporaciones, señalando que el Gobierno se

⁷ Consejo de Derechos Humanos (2015), Informe de la comisión de investigación sobre los derechos humanos en Eritrea. A/HRC/29/42. Naciones Unidas, párr. 57.

⁸ *Ídem*.

⁹ *Ibidem*, párr. 61.

aprovecha a menudo del trabajo casi gratuito de los reclusos al “pres-tarlos” a empresas extranjeras¹⁰.

Abandonar el Programa de Servicio Nacional resulta igualmente complicado, y a menudo sólo es posible si la persona opta por desertar y huir del país, con todos los riesgos y peligros que esto puede suponer para su vida. El CDH afirma que:

[...] la duración indeterminada del servicio militar, sus condiciones espantosas -incluidas la detención arbitraria, la tortura, la tortura sexual, el trabajo forzoso, la ausencia de permisos y la mala remuneración- y sus repercusiones en cuanto a la posibilidad de cualquier persona de fundar una familia, llevar una vida familiar y trabajar en condiciones favorables hacen del servicio militar una institución en la que las prácticas similares a la esclavitud forman parte de la cotidianidad¹¹.

2.2. *La situación en la mina Bisha*

Una de las infraestructuras eritreas que ha contado históricamente con esta fuerza de trabajo basada en “prácticas similares a la esclavitud” es la mina Bisha, situada a 150 kilómetros al oeste de Asmara, capital de Eritrea. Su construcción comenzó en el año 2008 e inició su producción en 2011¹². Es un importante yacimiento de depósitos de sulfuros masivos volcanogénicos, ricos en oro, plata, zinc y cobre, y es considerada una de las principales fuentes de ingreso de la economía del país¹³. Dicha mina es propiedad de la empresa eritrea Bisha Mining Share Company, que pertenece en un 40 por ciento a la Eritrean National Mining y, a través de filiales, el 60 por ciento restante es propiedad de Nevsun Resources, una sociedad anónima constituida en Canadá con arreglo a la Ley de sociedades mercantiles de Columbia Británica, S.B.C. 2002, c. 57, y protagonista del caso que nos ocupa¹⁴.

La empresa Bisha Mining Share Company tiene relación directa con el Programa de Servicio Militar, por lo que ha sido receptora habitual de reclutas que eran obligados a trabajar de forma indefini-

¹⁰ *Ibidem*, párr. 78.

¹¹ *Ibidem*, párr. 60.

¹² Corte Suprema de Canadá (2020), *op.cit.*, párr. 4.

¹³ *Ibidem*, párr. 7.

¹⁴ *Ídem*.

da, tanto en la construcción como en el funcionamiento, en la mina Bisha¹⁵. Trabajadores y reclutas que han conseguido escapar de las instalaciones, aseguran que fueron obligados a trabajar en condiciones duras y peligrosas durante años y que, como medio para asegurar la obediencia en la mina, se utilizaban diversos castigos¹⁶:

[...] these punishments included “being ordered to roll in the hot sand while being beaten with sticks until losing consciousness” and the “‘helicopter’ which consisted of tying the workers’ arms together at the elbows behind the back, and the feet together at the ankles, and being left in the hot sun for an hour”¹⁷.

Los supervivientes también afirman que en caso de enfermedad perdían su paga (que en el mejor de los casos alcanzaba los treinta dólares mensuales), que en las horas de descanso eran confinados en campamentos en contra de su voluntad y que en los casos en los que hubo intentos de fuga, los familiares solían sufrir las consecuencias¹⁸.

2.3. Partes del caso y contenido de la demanda

Tres trabajadores de la mina consiguieron escapar y llegar hasta Canadá, dónde una vez conseguido el estatus de refugiado, demandaron a la empresa canadiense Nevsun Resources Ltd, propietaria mayoritaria de la mina Bisha en la fecha de los hechos¹⁹. El primero de los demandantes, Gize Yebeyo Araya, quien presta su nombre al caso, alega que estuvo trabajando de manera forzada para el servicio militar de Eritrea durante más de catorce años, el último de los cuáles estuvo en la mina Bisha bajo tratos inhumanos y degradantes²⁰. Kesete Tekle Fshazion afirma haber pasado trece años al servicio del

¹⁵ *Ibidem*, párr. 11.

¹⁶ *Ídem*.

¹⁷ *Ídem*.

¹⁸ *Ibidem*, párr. 12.

¹⁹ En el año 2018, la propia empresa anunció que había pasado a manos de la corporación china Zijin Mining Group Co. Ltd. (Nevsun Resources Ltd. (2018). *Zijin Mining Succeeds in Bid for Nevsun Resources and Announces Mandatory Extension of Tender Period*. Disponible en: <https://www.prnewswire.com/news-releases/zijin-mining-succeeds-in-bid-for-nevsun-resources-and-announces-mandatory-extension-of-tender-period-300771371.html>).

²⁰ Corte Suprema de Canadá (2020), *op.cit.*, párr. 13.

ejército, cinco de ellos en las instalaciones mineras²¹ y Mihretab Yemane Tekle afirma que tras ser reclutado en 1994 no pudo escapar del servicio militar hasta el año 2011, después de pasar un año trabajando en la mina²².

En el año 2014, los tres trabajadores eritreos presentaron una demanda ante la Corte Superior de Columbia Británica alegando que Nevsun había llevado a cabo actividades que suponían una violación de la costumbre internacional²³. En concreto, argumentan que las acciones de la empresa en relación con la mina Bisha suponen un incumplimiento de la prohibición de trabajos forzados, la prohibición de esclavitud, prohibición de tratos inhumanos, crueles y degradantes y prohibición de crímenes contra la humanidad²⁴. La parte demandante alega que estos cuatro elementos suponen violaciones del derecho internacional consuetudinario y del *ius cogens* y, teniendo en cuenta que éste forma parte del derecho canadiense, afirman que debe poder ser recurrible y accionable ante tribunales internos²⁵.

Tras varias decisiones judiciales, el caso es apelado por la parte demandada ante la Corte Suprema de Canadá, utilizando como argumento principal que la demanda no tiene posibilidad razonable de prosperar. El derecho canadiense estipula que, en cualquier fase del procedimiento, el tribunal podrá ordenar que se suprima una petición cuando considere que ésta no tiene un fundamento razonable o es innecesaria, escandalosa, frívola o vejatoria²⁶. Al encontrarse en una fase de apelación, el procedimiento que aquí se expone no entra al fondo del asunto y no analiza si los hechos concretos suponen una violación de la costumbre internacional. Siguiendo la jurisprudencia canadiense, la Corte se centra exclusivamente en discernir si se puede afirmar de forma “clara y obvia” (*plain and obvious*) que la reclamación no tiene ninguna perspectiva razonable de éxito²⁷.

²¹ *Ibidem*, párr. 14.

²² *Ibidem*, párr. 15.

²³ *Ibidem*, párr. 4.

²⁴ *Ídem*.

²⁵ *Ibidem*, párr. 60.

²⁶ Norma 9-5(1) de la *Supreme Court Civil Rules* de la Columbia Británica.

²⁷ Corte Suprema de Canadá (2020), *op.cit.*, párr. 64.

Pero pese a esta función procesal, la Corte debe abordar ciertos aspectos de gran interés y se plantea preguntas que deben llamar inmediatamente la atención de toda la academia dedicada a la relación entre empresas y derechos humanos: ¿puede una persona jurídica canadiense violar el derecho internacional consuetudinario? ¿Puede una violación del derecho consuetudinario sustentar una demanda por daños y perjuicios en el derecho interno canadiense? Y en caso afirmativo, ¿existen mecanismos para que las víctimas puedan acceder a un remedio? O lo que es lo mismo, ¿puede ser una empresa canadiense responsable directo por una violación de la costumbre internacional?

3. ASPECTOS RELEVANTES DEL PROCEDIMIENTO

Para resolver estas cuestiones, y después de atender algunos aspectos procesales que se escapan del interés de esta obra, la Corte se plantea en primer lugar cuál es el papel de los tribunales nacionales en el desarrollo del derecho internacional. En este sentido, afirma que éste no se limita a filtrarse en sentido descendente en la esfera doméstica, sino que también existe una influencia en sentido ascendente, por lo que no hay razón para que los tribunales canadienses sean tímidos a la hora de implementar avances en el mismo²⁸. Así mismo, la Corte añade que:

Understanding and embracing our role in implementing and advancing customary international law allows Canadian courts to meaningfully contribute, as we already assertively have, to the “choir” of domestic court judgments around the world shaping the “substance of international law”²⁹.

3.1. *Costumbre internacional y normas ius cogens*

Una vez aclarado y aceptado su rol en relación con el derecho internacional, la Corte entra a analizar qué es la costumbre internacional y si los actos alegados por los demandantes podrían suponer una violación de la misma. Para ello define a esta, en todo un ejercicio

²⁸ *Ibidem*, párr. 71.

²⁹ *Ibidem*, párr. 72.

expositivo de teoría iusinternacionalista, como una de las fuentes primarias del DI que precisa de dos elementos constitutivos: la práctica general, pero no necesariamente universal, y la *opinio iuris*, es decir, la creencia de que dicha práctica equivale a una obligación legal³⁰. Citando a la Comisión de Derecho Internacional, la Corte señala que para cumplir el primer requisito la práctica debe ser suficientemente general, extendida, representativa y consistente. Mientras que para alcanzar el requisito de la *opinio iuris*, la práctica debe ser llevada a cabo con un deber de realizarse con un sentido de derecho u obligación legal, a diferencia del mero uso o hábito³¹.

Citando a la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, la Corte añade que en el marco del derecho consuetudinario internacional, existen una serie de normas conocidas como *ius cogens* que han sido aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados, ante las que no es posible derogación alguna y que únicamente pueden ser modificadas por una subsiguiente norma general de derecho internacional del mismo rango³².

Tras definir la costumbre internacional y las normas de *ius cogens*, la Corte aborde el análisis sobre si las actividades argumentadas en la demanda podrían llegar a ser constitutivas de una violación de estas. El tribunal concluye que, sin ningún lugar a dudas, los crímenes contra la humanidad, la esclavitud, los trabajos forzados y los tratos crueles inhumanos y degradantes son normas ampliamente consagradas como *ius cogens*, por lo que su respeto es innegociable³³.

Una vez estipulado que los hechos argumentados por los demandantes podrían constituir violación de normas de *ius cogens* (recuérdese que la Corte no está analizando si los hechos concretos suponen una violación sino que se centra en despejar cualquier duda de que la demanda carezca de opciones de prosperar), la Corte expone una cuestión de vital importancia para el caso, y para la relación de Canadá con el derecho internacional: ¿cómo se aplica el derecho interna-

³⁰ *Ibidem*, párr. 77.

³¹ *Ibidem*, párr. 78.

³² *Ibidem*, párr. 83.

³³ *Ibidem*, párrs. 100-103.

cional y por lo tanto la costumbre internacional en el sistema jurídico canadiense?

3.2. *La recepción del derecho internacional en Canadá*

La recepción del derecho internacional en Canadá sigue un modelo mixto: el derecho convencional sigue un modelo dualista mientras que el derecho consuetudinario se rige por un modelo monista. Esto significa que las provisiones de los tratados únicamente son vinculantes en el derecho canadiense si se les otorga efecto a través de actos legislativos internos³⁴. En cambio, la costumbre internacional tiene efecto directo sin necesidad de desarrollo legislativo³⁵. Según la conocida como doctrina de la adopción, las normas consuetudinarias son consideradas parte del derecho interno y deben ser aplicadas como tal, con la salvedad de que se incorporan sólo en la medida en que no sean incompatibles con leyes del Parlamento o con decisiones judiciales previas³⁶.

Por lo tanto, como resultado de esta doctrina, las normas de derecho internacional consuetudinario, es decir, las que cumplen el doble requisito de la práctica general y la *opinio iuris*, se integran plenamente en el derecho común interno canadiense y forman parte de él, siempre que no exista una ley que estipule lo contrario³⁷. Por ello, la Corte analiza si existe alguna ley interna contraria a la costumbre internacional alegada en el caso y resuelve que no sólo no existen normas que la contradigan sino que son numerosos los documentos y normativas gubernamentales que la apoyan³⁸. En consecuencia, los tribunales canadienses están obligados, argumenta la Corte, a tratar la costumbre alegada en el caso como derecho aplicable a la empresa Nevsun³⁹.

³⁴ Van Ert, G. (2019), The Domestic Application of International Law in Canada. *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*. Oxford University Press, pág. 6.

³⁵ *Ibidem*, pág. 9.

³⁶ Corte Suprema de Canadá (2020), *op.cit.*, párr. 86.

³⁷ *Ibidem*, párr. 94.

³⁸ *Ibidem*, párr. 115.

³⁹ *Ibidem*, párrs. 116.

4. CONCEPTOS CLAVES SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

Tras demostrar que los hechos alegados podrían constituir una violación de normas de *ius cogens*, y por lo tanto de costumbre internacional, y demostrar que éstas forman parte del ordenamiento jurídico canadiense, la Corte ahonda en uno de los aspectos centrales del caso: la aplicabilidad de la costumbre internacional a una empresa privada.

4.1. *La aplicación de la costumbre internacional a las personas jurídicas*

En su escrito de apelación, Nevsun argumenta que incluso en el caso de que se llegara a considerar que las normas de derecho consuetudinario internacional alegadas por los trabajadores de Eritrea son parte del derecho interno canadiense debido a la doctrina de la aplicación, esto es del todo irrelevante. Al tratarse de una persona jurídica, alega la empresa, es inmune a su aplicación⁴⁰. La Corte responde a dicho argumento considerando que la postura de la corporación refleja una mala interpretación del DI moderno y añade que

International law does not contain general norms of liability or non-liability applicable to categories of actors. [...] Though certain norms of customary international law, such as norms governing treaty making, are of a strictly interstate character and will have no application to corporations, others prohibit conduct regardless of whether the perpetrator is a state⁴¹.

La Corte expone que el derecho internacional ha evolucionado ampliamente desde el paradigma basado en la centricidad del Estado establecido tras las Paz de Westfalia⁴² y afirma que no hay base argumentativa sostenible para defender que la aplicación de la costumbre internacional debe restringirse a las relaciones entre Estados⁴³. El derecho internacional, añade, ha evolucionado hasta una concepción en la que el ser humano ha sustituido al Estado como centro del sistema.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 140.

⁴¹ *Ibidem*, párr. 105.

⁴² *Ibidem*, párr. 106.

⁴³ *Ibidem*, párr. 107.

Como consecuencia a esta posición del individuo en el derecho internacional, una de las principales características del nuevo paradigma es que los derechos humanos no existen tan solo como un contrato entre el Estado y sus ciudadanos⁴⁴:

While the rights are certainly enforceable against the state, they are not defined by that relationship. [...] They are discrete legal entitlements, held by individuals, and are to be respected by everyone⁴⁵.

La Corte hace suyos los argumentos de la profesora Stepehns, quien defiende que, en el contexto en el que deben ser interpretados hoy en día los derechos humanos, las normas internacionales son aplicadas de forma rutinaria a los actores privados:

It is clear that individuals today have both rights and responsibilities under international law. Although expressed in neutral language, many human rights provisions must be understood today as applying to individuals as well as to states⁴⁶.

La Corte añade que no hay razón alguna para que el concepto de actores privados no incluya a las corporaciones⁴⁷. El tribunal también hace suya la reflexión del profesor Koh, quien explica que si los Estados y los individuos pueden ser considerados responsables por la violación del derecho internacional también deberían serlo las corporaciones, ya que estas no son más que ficciones legales a través de las cuáles aquéllos actúan⁴⁸.

Como resultado de toda esta argumentación, la Corte alcanza el punto culmen de su planteamiento y concluye señalando que, desde su punto de vista, no puede considerarse claro y obvio que las empresas gocen hoy en día de una exclusión general, en virtud del derecho internacional consuetudinario, de la responsabilidad directa por violaciones de “normas obligatorias, definibles y universales del derecho internacional”⁴⁹. En conclusión, añade lo siguiente:

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 108.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 110.

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 111.

⁴⁷ *Ídem*.

⁴⁸ *Ibidem*, párr. 112.

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 113.

Ultimately, for the purposes of this appeal, it is enough to conclude that the breaches of customary international law, or *jus cogens*, relied on by the Eritrean workers may well apply to Nevsun⁵⁰.

Pese a lo anterior, la Corte explica que debido al proceso de apelación del que se trata, no le corresponde determinar a ella si los hechos específicos del caso constituyen una violación de la costumbre internacional, ya que esto será labor del tribunal que estudie el fondo del caso⁵¹.

4.2. *Existencia de remedio efectivo*

Tras exponer la idea de que Nevsun, y por lo tanto cualquier persona jurídica, tiene capacidad de violar normas propias de la costumbre internacional, la Corte se plantea si existen en el derecho interno canadiense mecanismos apropiados para dotar de remedio a las víctimas de dichas violaciones⁵².

De forma específica en relación a las alegaciones presentadas por los trabajadores eritreos, la Corte argumenta, que siguiendo el artículo segundo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Canadá, como Estado parte del mismo, tiene la obligación internacional de asegurar un remedio efectivo a las víctimas de violaciones de dichos derechos. Así mismo, la Corte recuerda que en el sistema jurídico canadiense existe un principio general que estipula que “dónde hay un derecho, debe haber un remedio a su violación”⁵³. El tribunal defiende que en la actualidad no existe en el derecho canadiense un mecanismo adecuado para ofrecer remedio a las víctimas, pero esto no significa que los tribunales internos no puedan desarrollarlo. De nuevo utilizando la misma fórmula, el tribunal señala que no es claro y obvio que los tribunales canadienses no pueden desarrollar un remedio civil en su derecho interno en contra de violaciones de la costumbre internacional cometidas por empresas⁵⁴.

⁵⁰ *Ibidem*, párr. 114.

⁵¹ *Ibidem*, párr. 113.

⁵² *Ibidem*, párr. 117.

⁵³ *Ibidem*, párr. 120.

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 122.

Por todo lo anterior, la Corte concluye que:

Customary international law is part of Canadian law. Nevsun is a company bound by Canadian law. It is not “plain and obvious” to me that the Eritrean workers’ claims against Nevsun based on breaches of customary international law cannot succeed. Those claims should therefore be allowed to proceed⁵⁵.

5. PRINCIPALES APORTES DEL CASO PARA EL DEBATE EMPRESAS-DERECHOS HUMANOS

El caso Nevsun arroja algo de luz sobre uno de los aspectos más controvertidos en relación con la problemática empresas-derechos humanos: el encaje que tienen las grandes empresas en el derecho internacional. El modelo tradicional de derecho internacional ha defendido que el gran protagonista del mismo son los Estados y que las personas jurídicas no pueden ser considerados sujetos de éste, por lo que no pueden ser destinatarios de derechos ni obligaciones⁵⁶. Dicho paradigma se cimienta en el convencimiento de que los entes no estatales y en particular las empresas, no son destinatarias de las normas de derecho internacional, por lo que no pueden ser responsabilizadas por su incumplimiento y solo podrán sentir sus efectos a través de la transposición de dichas normas a los ordenamientos jurídicos internos⁵⁷. El caso Nevsun rebate estos posicionamientos y, argumentando que el paradigma de derecho internacional que coloca al Estado en el centro ha sido superado por la idea de que el individuo y su protección deben ser el principal objetivo a perseguir, afirma que la costumbre internacional es de aplicación a las personas jurídicas.

Es cierto que la Corte hace hincapié en el hecho de que las empresas están obligadas por el derecho canadiense y no de forma directa por el derecho internacional. Pero la doctrina de adopción que defien-

⁵⁵ *Ídem.*

⁵⁶ Clapham, A. (2006), *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford University Press, pág. 36.

⁵⁷ López Latorre, A. F. (2020), In Defence of Direct Obligations for Businesses under International Human Rights Law. *Business and Human Rights Journal*, 5 (1), 56-83, pág. 58.

de que la costumbre internacional se convierte automáticamente en norma interna, siempre y cuando no exista una ley contraria, provoca que, en la práctica, las empresas que realicen actividades que incumplan el derecho consuetudinario podrán ser perseguidas por ello. Así mismo, la Corte señala que pese a no existir a día de hoy mecanismos para que las víctimas accedan a remedio, todo parece indicar que los tribunales canadienses tienen capacidad para crearlos. Ya que el caso finalizó con un acuerdo entre las partes y por lo tanto los tribunales no entraron a juzgar el fondo del asunto, dichos mecanismos no han llegado a ser diseñados. Pero nada impide pensar que puedan ser esbozados en el futuro.

La magistrada Abella, quien escribe la argumentación de la postura mayoritaria de la sentencia, comienza su escrito con estas potentes palabras:

This appeal involves the application of modern international human rights law, the phoenix that rose from the ashes of World War II and declared global war on human rights abuses. Its mandate was to prevent breaches of internationally accepted norms. Those norms were not meant to be theoretical aspirations or legal luxuries, but moral imperatives and legal necessities. Conduct that undermined the norms was to be identified and addressed⁵⁸.

Como imperativo moral y legal en el que se ha convertido, el derecho internacional de los derechos humanos, o por lo menos una gran parte de él, forma parte sin ninguna duda de la costumbre internacional⁵⁹. Incluso algunos aspectos centrales de los derechos humanos, como es el caso de las prohibiciones de genocidio, esclavitud, discriminación racial o tortura, han sido reconocidos sin discusión como normas de *ius cogens*⁶⁰. Por ello, el planteamiento de la Corte tiene un potencial inmenso. El hecho de que la costumbre internacional sea aplicable a las personas jurídicas da lugar al posible enjuiciamiento directo de un amplio abanico de violaciones de derechos humanos

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 1.

⁵⁹ Hannum, H. (1998), The UDHR in National and International Law. *Health and Human Rights*, 3(2), pág. 148.

⁶⁰ Gómez-Robledo Verduzco, A. (2008), Naturaleza de los Derechos Humanos y su validez en el derecho internacional consuetudinario. *Derecho Internacional. Temas selectos*. (pp. 647-663). ITJ. Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 660.

cometidas por empresas de origen canadiense en todo el mundo. Además, pese a que las conclusiones de la Corte únicamente son de aplicación en Canadá y por lo tanto su efecto se limitará a corporaciones canadienses, el caso Nevsun puede servir de ejemplo e inspiración a tribunales de todo el mundo.

6. CONCLUSIONES

Como expone la magistrada Abella, el derecho internacional debe declararle la guerra a los abusos de derechos humanos. Estos no pueden ser considerados un lujo opcional, sino un imperativo moral y jurídico que obliga a un estándar de comportamiento dirigido en primer lugar a los Estados pero también a las personas jurídicas. Al considerar a las empresas como destinatarias de obligaciones emanadas de la costumbre internacional, la Corte Suprema de Canadá abre una vía de acción que puede tener repercusiones de gran relevancia para la lucha contra la impunidad empresarial. El caso Nevsun tendrá repercusiones directas sobre todas las corporaciones canadienses, que deberán adecuar sus actividades en todo el mundo a las normas consuetudinarias. Pero además, la Corte canadiense ha defendido una postura que puede servir de inspiración a tribunales de todo el mundo. En un futuro cercano, diversos litigios estratégicos podrán esgrimir ante cortes nacionales las mismas alegaciones que plantearon los trabajadores eritreos por lo que los tribunales tendrán que plantearse las mismas preguntas y, quizás, obtener las mismas respuestas.

Considerar que la costumbre internacional genera obligaciones dirigidas a las personas jurídicas permitirá perseguir el comportamiento empresarial que suponga una violación de las normas consuetudinarias y establecer mecanismos para castigar a las corporaciones que violen derechos humanos en todo el mundo.