

**Resúmenes de los fallos,
opiniones consultivas
y providencias
de la
Corte Internacional de Justicia
2008-2012**



NACIONES UNIDAS

**Resúmenes de los fallos,
opiniones consultivas
y providencias
de la
Corte Internacional de Justicia
2008-2012**



Naciones Unidas • Nueva York, 2015

ST/LEG/SER.F/1/Add.5

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Copyright © Naciones Unidas, 2013
Reservados todos los derechos

ÍNDICE

	<i>Página</i>
PRÓLOGO.....	vii
168. CASO RELATIVO A LA SOBERANÍA SOBRE PEDRA BRANCA/PULAU BATU PUTEH, MIDDLE ROCKS Y SOUTH LEDGE (MALASIA/SINGAPUR) Fallo de 23 de mayo de 2008.....	1
169. CAUSA RELATIVA A CIERTAS CUESTIONES DE ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL (DJIBOUTI CONTRA FRANCIA) Fallo de 4 de junio de 2008.....	15
170. SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN DEL FALLO DE 31 DE MARZO DE 2004 EN LA CAUSA RELATIVA A AVENA Y OTROS NACIONALES MEXICANOS (<i>MÉXICO CONTRA ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA</i>) (MÉXICO CONTRA ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) [SOLICITUD DE INDICACIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES] Providencia de 16 de julio de 2008.....	30
171. CAUSA RELATIVA A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL (GEORGIA CONTRA LA FEDERACIÓN DE RUSIA) [SOLICITUD DE INDICACIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES] Providencia de 15 de octubre de 2008.....	36
172. CASO RELATIVO A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO (CROACIA CONTRA SERBIA) [EXCEPCIONES PRELIMINARES] Fallo de 18 de noviembre de 2008.....	42
173. SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN DEL FALLO DE 31 DE MARZO DE 2004 EN LA CAUSA RELATIVA A AVENA Y OTROS NACIONALES MEXICANOS (<i>MÉXICO CONTRA ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA</i>) (MÉXICO CONTRA ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) Fallo de 19 de enero de 2009.....	59
174. CASO RELATIVO A LA DELIMITACIÓN MARÍTIMA EN EL MAR NEGRO (RUMANIA CONTRA UCRANIA) Fallo de 3 de febrero de 2009.....	65
175. CASO RELATIVO A LAS CUESTIONES SOBRE LA OBLIGACIÓN DE PROCESAR O EXTRADITAR (BÉLGICA CONTRA EL SENEGAL) [SOLICITUD DE INDICACIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES] Fallo del 28 de mayo de 2009.....	91
176. CAUSA RELATIVA A LA CONTROVERSIA SOBRE DERECHOS DE NAVEGACIÓN Y DERECHOS CONEXOS (COSTA RICA CONTRA NICARAGUA) Fallo de 13 de julio de 2009.....	98
177. CAUSA RELATIVA A LAS PLANTAS DE CELULOSA EN EL RÍO URUGUAY (ARGENTINA CONTRA URUGUAY) Fallo de 20 de abril de 2010.....	113

	<i>Página</i>
178. CIERTAS CUESTIONES REFERENTES A LAS RELACIONES DIPLOMÁTICAS (HONDURAS CONTRA BRASIL) [DESISTIMIENTO] Providencia de 12 de mayo de 2010	145
179. CAUSA RELATIVA A LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES DEL ESTADO (ALEMANIA CONTRA ITALIA) [RECONVENCIÓN] Providencia de 6 de julio de 2010	146
180. CONFORMIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE INDEPENDENCIA RELATIVA A KOSOVO Opinión consultiva de 22 de julio de 2010	150
181. DETERMINADOS PROCEDIMIENTOS PENALES EN FRANCIA (REPÚBLICA DEL CONGO CONTRA FRANCIA) [DESISTIMIENTO] Providencia de 16 de noviembre de 2010	173
182. CAUSA RELATIVA A AHMADOU SADIO DIALLO (REPÚBLICA DE GUINEA CONTRA la REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO) Fallo de 30 de noviembre de 2010	175
183. CIERTAS ACTIVIDADES LLEVADAS A CABO POR NICARAGUA EN LA ZONA FRONTERIZA (COSTA RICA CONTRA NICARAGUA) [SOLICITUD DE INDICACIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES] Providencia de 8 de marzo de 2011	201
184. APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL (GEORGIA CONTRA LA FEDERACIÓN DE RUSIA) Fallo de 1 de abril de 2011	212
185. COMPETENCIA JUDICIAL Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL (BÉLGICA CONTRA SUIZA) [DESISTIMIENTO] Providencia de 5 de abril de 2011	238
186. CONTROVERSA TERRITORIAL Y MARÍTIMA (NICARAGUA CONTRA COLOMBIA) [SOLICITUD DE COSTA RICA DE PERMISO PARA INTERVENIR] Fallo de 4 de mayo de 2011	239
187. CONTROVERSA TERRITORIAL Y MARÍTIMA (NICARAGUA CONTRA COLOMBIA) [SOLICITUD DE HONDURAS DE PERMISO PARA INTERVENIR] Fallo de 4 de mayo de 2011	249
188. INMUNIDADES JURISDICCIONALES DEL ESTADO (ALEMANIA CONTRA ITALIA) [SOLICITUD DE LA REPÚBLICA HELÉNICA DE PERMISO PARA INTERVENIR] Providencia de 4 de julio de 2011	260
189. SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN DEL FALLO DE 15 DE JUNIO DE 1962 EN LA CAUSA RELATIVA AL TEMPLO DE PREAH VIHEAR (CAMBOYA CONTRA TAILANDIA) (CAMBOYA CONTRA TAILANDIA) [SOLICITUD DE INDICACIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES] Providencia de 18 de julio de 2011	264
190. APLICACIÓN DEL ACUERDO PROVISIONAL DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 1995 (EX REPÚBLICA YUGOSLAVA DE MACEDONIA CONTRA GRECIA) Fallo de 5 de diciembre de 2011	276

	<i>Página</i>
191. FALLO No. 2867 DICTADO POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO CON MOTIVO DE LA DEMANDA PRESENTADA CONTRA EL FONDO INTERNACIONAL DE DESARROLLO AGRÍCOLA Opinión consultiva de 1 de febrero de 2012	288
192. INMUNIDADES JURISDICCIONALES DEL ESTADO (ALEMANIA CONTRA ITALIA: INTERVENCIÓN DE GRECIA) Fallo de 3 de febrero de 2012	300
193. AHMADOU SADIO DIALLO (REPÚBLICA DE GUINEA CONTRA LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO) [INDEMNIZACIÓN DEBIDA POR LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO A LA REPÚBLICA DE GUINEA] Fallo de 19 de junio de 2012	317
194. CUESTIONES REFERENTES A LA OBLIGACIÓN DE JUZGAR O EXTRADITAR (BÉLGICA CONTRA SENEGAL) Fallo de 20 de julio de 2012	328
195. CONTROVERSA TERRITORIAL Y DELIMITACIÓN MARÍTIMA (NICARAGUA CONTRA COLOMBIA) Fallo de 19 de noviembre de 2012	353
CUADRO DE CASOS DESGLOSADOS POR FECHA DE ADOPCIÓN	
1. Casos contenciosos	377
2. Opiniones consultivas	382

PRÓLOGO

La presente publicación contiene los resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de carácter sustantivo dictados por la Corte Internacional de Justicia, órgano judicial principal de las Naciones Unidas, entre el 1º de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2012. Constituye la continuación de cuatro publicaciones anteriores sobre el mismo tema (ST/LEG/SER.F/1 y Add.1, 2 y 3), que abarcaban los períodos 1948-1991, 1992-1996, 1997-2002 y 2003-2007, respectivamente¹.

Durante el período abarcado por la presente publicación, la Corte dictó 28 fallos, opiniones consultivas y providencias de carácter sustantivo. Cabe señalar que los materiales que integran la presente publicación son los resúmenes preparados por la Secretaría de la Corte, pero no entrañan la responsabilidad de la propia Corte.

La División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos desea agradecer la inestimable asistencia recibida de la Secretaría de la Corte al suministrar dichos resúmenes para su publicación.

¹ Los fallos, opiniones consultivas y providencias de carácter sustantivo dictados por la Corte Internacional de Justicia que aquí se incluyen se hallan bajo la signatura ST/LEG/SER.F/1/Add.4. Esta edición consolida esos documentos con los recogidos bajo la presente signatura: ST/LEG/SER.F/1/Add.5

168. CASO RELATIVO A LA SOBERANÍA SOBRE PEDRA BRANCA/PULAU BATU PUTEH, MIDDLE ROCKS Y SOUTH LEDGE (MALASIA/SINGAPUR)

Fallo de 23 de mayo de 2008

El 23 de mayo de 2008 la Corte Internacional de Justicia emitió su Fallo relativo a *la soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks y South Ledge (Malasia/Singapur)*.

La composición de la Corte fue la siguiente: Vicepresidente Al-Khasawneh, Presidente en funciones; Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Parra-Aranguren, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; Magistrados *ad hoc* Dugard, Sreenivasa Rao; Secretario Couvreur.

*
* *
*

En el párrafo dispositivo (párr. 300) del fallo se señala lo siguiente:

“... ”

LA CORTE,

1) Por doce votos a favor y cuatro votos en contra,

Considera que la soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh pertenece a la República de Singapur;

VOTOS A FAVOR: Vicepresidente, Presidente en funciones, Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Buergenthal, Owada, Tomka, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; Magistrado *ad hoc* Sreenivasa Rao;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Parra-Aranguren, Simma, Abraham; Magistrado *ad hoc* Dugard;

2) Por quince votos a favor y un voto en contra,

Considera que la soberanía sobre Middle Rocks pertenece a Malasia;

VOTOS A FAVOR: Vicepresidente, Presidente en funciones, Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Parra-Aranguren, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; Magistrado *ad hoc* Dugard;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado *ad hoc* Sreenivasa Rao;

3) Por quince votos a favor y un voto en contra,

Considera que la soberanía sobre South Ledge pertenece al Estado en cuyas aguas territoriales se encuentra.

VOTOS A FAVOR: Vicepresidente, Presidente en funciones, Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; Magistrados *ad hoc* Dugard, Sreenivasa Rao;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Parra-Aranguren.”

*
* *

El Magistrado Ranjeva adjuntó una declaración al fallo de la Corte; el Magistrado Parra-Aranguren adjuntó una opinión separada al Fallo de la Corte; los Magistrados Simma y Abraham adjuntaron una opinión disidente conjunta al Fallo de la Corte; el Magistrado Bennouna adjuntó una declaración sobre el Fallo de la Corte. El Magistrado *ad hoc* Dugard adjuntó una opinión disidente respecto al fallo de la Corte. El Magistrado *ad hoc* Sreenivasa Rao adjuntó una opinión separada sobre el Fallo de la Corte.

*
* *

Cronología del procedimiento y presentaciones de las Partes
(párrs. 1 a 15)

A través de una carta conjunta de 24 de julio de 2003, Malasia y Singapur notificaron al Secretario de la Corte que ambos Estados habían concluido un Acuerdo Especial, firmado en Putrajaya el 6 de febrero de 2003 y que entró en vigor el 9 de mayo de 2003. En dicho Acuerdo Especial, solicitaban a la Corte que dirimiera si la soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, sobre Middle Rocks y sobre South Ledge pertenecía a Malasia o a Singapur.

Cada una de las Partes presentó una memoria, una contramemoria y una respuesta en los plazos fijados por la Corte, con arreglo a las disposiciones del Acuerdo Especial relativas a los alegatos escritos. En el Acuerdo Especial se preveía la posibilidad de que cada una de las partes presentara un cuarto alegato. Sin embargo, en una carta conjunta de 23 de enero de 2006, las Partes informaron a la Corte de que habían acordado que no sería necesario intercambiar escritos ulteriores.

Ya que la Corte no contaba entre sus miembros con ningún Magistrado cuya nacionalidad fuera de alguno de los Estados Parte, cada Parte procedió a ejercer el derecho de elegir un Magistrado *ad hoc* para que formara parte del tribunal que dirimía este caso y que se recoge en el apartado 3 del Artículo 31 del Estatuto. Malasia eligió al Sr. Christopher John Robert Dugard y Singapur al Sr. Sreenivasa Rao Pemmaraju.

Antes de que fuera elegida como la Presidenta del Tribunal, la Magistrada Higgins rechazó participar en este caso, acogiéndose al Artículo 17, apartado 2 del Estatuto. Por ello, la tarea de ejercer la función de presidente en este caso recayó en el Magistrado Al-Khasawneh, en virtud de los apartados 1 y 2 del Artículo 13 del Reglamento de la Corte. Se realizaron audiencias públicas del 6 al 23 de noviembre de 2007.

Geografía, contexto histórico general e historia de la controversia (párrs. 16 a 36)

Geografía (párrs. 16 a 19)

En primer lugar, la Corte describe el contexto geográfico de la controversia.

Pedra Branca/Pulau Batu Puteh es una isla de granito, que mide 137 metros de longitud y 60 metros de anchura por término medio y que cubre un área de aproximadamente 8.560 metros cuadrados en marea baja. Está ubicada en la entrada oriental de los Estrechos de Singapur, en el lugar en el que éstos se abren ante el mar de China meridional. Pedra Branca/Pulau Batu Puteh está ubicada a 1° 19' 48" de latitud norte y a 104° 24' 27" de longitud este. Se encuentra a aproximadamente 24 millas náuticas al este de Singapur, a 7,7 millas náuticas al sur del Estado de Johor en Malasia y a 7,6 millas náuticas al norte de la isla indonesia de Bintan. Los nombres Pedra Branca y Batu Puteh significan "roca blanca" en portugués y malayo, respectivamente. En la isla se erige el faro de Horsburgh, construido a mediados del siglo XIX.

Middle Rocks y South Ledge son las dos formaciones marítimas más cercanas a Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Middle Rocks está ubicada a 0,6 millas náuticas al sur y está constituida por dos grupos de pequeñas rocas separados por una distancia de aproximadamente 250 metros que están en todo momento sobre la superficie del agua y cuya altura oscila entre 0,6 y 1,2 metros. South Ledge, que se encuentra a 2,2 millas náuticas al sursuroeste de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, es una formación rocosa únicamente visible en marea baja. [Véase el mapa esquemático No. 2]

Contexto histórico general (párrs. 20 a 29)

Posteriormente, la Corte presenta una visión general del complejo trasfondo histórico de la controversia entre las Partes (únicamente se mencionan partes del mismo seguimiento).

Tras la ocupación de Malaca por los portugueses en 1511, se creó el Sultanato de Johor. A mediados del siglo XVII, los Países Bajos se hicieron con el control de varias regiones en el área de Portugal. En 1795, los británicos lograron el control de varias posesiones holandesas en el archipiélago de Malay pero, en 1814, devolvieron las antiguas posesiones holandesas en el archipiélago de Malay a los Países Bajos. En 1819, la compañía East India creó una "fábrica" británica (punto de intercambio comercial) en la isla de Singapur (que pertenecía a Johor) y que actuaba como agente del Gobierno británico para varias posesiones británicas. Este hecho incrementó la tensión entre el Reino Unido y los Países Bajos debido a sus respectivas pretensiones colonialistas contrarias sobre la región. El 17 de marzo de 1824, ambas potencias colonialistas firmaron un tratado. Como resultado de este tratado, una parte del Sultanato de Johor recayó bajo dominio británico y la otra bajo dominio holandés.

El 2 de agosto de 1824, se firmó un Tratado de amistad y de alianza (en adelante, el "Tratado Crawfurd") entre la compañía East India y el Sultán de Johor y el Temenggong (un funcionario malayo de alto nivel) de Johor, por el que se acordaba la cesión plena de Singapur, así como de sus islas adyacentes en un radio de 10 millas geográficas, a la compañía East India.

Tras el fallecimiento del Sultán Mahmud III de Johor en 1812, sus dos hijos reclamaron la sucesión al Sultanato de Johor. El Reino Unido reconoció como heredero al hijo mayor, Hussein (que residía en Singapur) mientras que los Países Bajos reconocieron como heredero al hijo menor, Abdul Rahman (que residía en Riau, en la actualidad Pulau Bintan, en Indonesia). El 25 de junio de 1825, el Sultán Abdul Rahman envió una carta a su hermano mayor en el que le "donaba" parte de los terrenos concedidos al Sultán Hussein con arreglo al tratado anglo-holandés de 1824.

Entre marzo de 1850 y octubre de 1851, se construyó un faro en Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.

En 1867, los Asentamientos de los Estrechos, una agrupación de los territorios de la compañía East India constituidos en 1826 y que incluían, *entre otros* territorios, a Penang, Singapur y a Malacca, se convirtieron en una colonia británica. En 1885, el Gobierno británico y el Estado de Johor firmaron el Tratado de Johor, que concedía al Reino Unido derechos de tránsito y de comercio terrestres en todo el Estado de Johor, así como la competencia en materia de relaciones exteriores y le encomendaba la tarea de proteger su integridad territorial.

Los Asentamientos de los Estrechos se disolvieron en 1946; en ese mismo año, se creó la Unión Malaya, que abarcaba parte de los antiguos Asentamientos de los Estrechos (a excepción de Singapur), los Estados federados malayos y cinco Estados malayos no federados (incluido Johor). A partir de 1945, Singapur fue administrada como una colonia de la Corona Británica en su totalidad. En 1948, la Unión Malaya se convirtió en la Federación Malaya, una agrupación de colonias británicas y de Estados malayos bajo la protección de los británicos. La Federación Malaya logró su independencia de Gran Bretaña en 1957 y Johor se convirtió en un Estado miembro de la Federación. En 1958, Singapur se convirtió en una colonia autónoma. En 1963, se creó la Federación de Malasia, compuesta por la unión de la Federación Malaya y de las antiguas colonias británicas de Singapur, Sabah y Sarawak. En 1965, Singapur abandonó la Federación y se convirtió en un Estado soberano e independiente.

Antecedentes históricos de la controversia (párrs. 30 a 36)

La Corte señala que, el 21 de diciembre de 1979, Malasia publicó un mapa titulado "Aguas territoriales y límites de la plataforma continental de Malasia" (en adelante, "el mapa de 1979"). En el mapa, aparecía la isla de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh dentro de las aguas territoriales de Malasia.

A través de un comunicado diplomático de 14 de febrero de 1980, Singapur rechazó la “pretensión” de Malasia sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh y solicitó que se corrigiera el mapa de 1979. Este comunicado provocó un intercambio de correspondencia y, posteriormente, negociaciones intergubernamentales entre 1993 y 1994, que no condujeron a una solución de la controversia. Durante la primera ronda de negociaciones en febrero de 1993, se suscitó también la cuestión de la propiedad de Middle Rocks y de South Ledge. En consideración de la ausencia de avances en las negociaciones bilaterales, las Partes acordaron que la Corte Internacional de Justicia dirimiera sobre la controversia.

La Corte recuerda que, en el contexto de cualquier controversia relativa a la soberanía sobre un territorio, reviste gran importancia la fecha en la que se inicia la controversia. En opinión de la Corte, la controversia respecto de la soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh se originó el 14 de febrero de 1980, fecha en la que Singapur formalizó su protesta en respuesta a la publicación, por parte de Malasia, del mapa de 1979. Por lo que respecta a la soberanía sobre Middle Rocks y sobre South Ledge, la Corte considera que la controversia se originó el 6 de febrero de 1993, fecha en la que Singapur hizo referencia a estos territorios marítimos en el contexto de su pretensión sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, en el marco de las negociaciones bilaterales entre las Partes.

Soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh (párrs. 37 a 277)

Posturas de las Partes (párrs. 37 a 42)

Malasia declara en sus alegatos escritos que “tiene, desde hace un largo periodo de tiempo, un título original sobre Pulau Batu Puteh. Pulau Batu Puteh es, y ha sido siempre, parte del Estado malayo de Johor. No se ha producido ningún acontecimiento que haya provocado la pérdida de la soberanía, por parte de Malasia, sobre este territorio. La presencia de Singapur en la isla con el simple objetivo de construir y mantener un faro en ella —con el beneplácito del Estado que tiene la soberanía sobre dicha isla— no le confiere el derecho a la soberanía de la isla”. Asimismo, Malasia sostiene que la isla “no ha podido ser considerada *terra nullius* en ningún momento y que, por tanto, no se puede haber conseguido la soberanía a través de la ocupación”.

Singapur aduce que “la selección de Pedra Branca como lugar de construcción del faro con la autorización de la Corona británica”, un proceso que se inició en 1847, “constituye un supuesto clásico de posesión en *calidad de soberano*”. Según Singapur, la Corona británica se hizo con el dominio de la isla con arreglo a los principios legales vigentes en aquella época y, desde entonces, “ha sido mantenido por la Corona Británica y por su sucesora legítima, la República de Singapur”. Si bien en la Memoria y en la Contramemoria de Singapur no se señala expresamente en ningún momento

que el estado de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh sea el de *terra nullius*, la Corte señala que, en su Respuesta, Singapur indica expresamente que “es obvio que el estado de Pedra Branca en 1847 era el de *terra nullius*”.

A la luz de lo antedicho, la Corte señala que la cuestión se reduce a dirimir si Malasia puede defender su título original retro trayéndose al periodo anterior a las actividades de Singapur de 1847 y de 1851 y si Singapur puede alegar que se hizo con “la posesión legítima de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh” en algún momento de mediados del siglo XIX, cuando los agentes de la Corona británica comenzaron a construir el faro.

La cuestión de la carga de la prueba (párrs. 43 a 45)

En relación con esta cuestión, la Corte considera que, con arreglo a su jurisprudencia, el principio general del derecho estipula que la parte que señala un hecho en defensa de su alegato debe probar dicho hecho.

Estado jurídico de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh *antes de 1840* (párrs. 46 a 117)

— *Título original sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh* (párrs. 46 a 80)

Para empezar, la Corte señala que no se cuestiona que, desde su origen en 1512, el Sultanato de Johor se constituyó como un Estado soberano con ciertos dominios territoriales en parte de Asia sudoriental bajo su soberanía. Tras examinar los argumentos de las Partes, el Tribunal señala que, desde el siglo XVII al menos hasta comienzos del siglo XIX, se reconocía que el dominio territorial y marítimo del Reino de Johor abarcaba una parte considerable de la Península Malaya, se extendía a los Estrechos de Singapur e incluía las islas y los islotes en el área de los Estrechos, en donde está ubicada Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.

Acto seguido, la Corte examina si el título original sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, reclamada por Malasia, es legítimo.

Reviste particular importancia el hecho de que la isla de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh ha representado siempre un peligro para la navegación a través de los Estrechos de Singapur. Por esta razón, es evidente que esta isla no era *terra incognita*. Otro elemento importante es que no existen pruebas durante toda la historia del antiguo Sultanato de Johor de que se haya presentado ninguna reclamación reivindicatoria sobre las islas en el área de los Estrechos de Singapur.

La Corte recuerda la decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el caso relativo al *Estatuto jurídico de Groenlandia Oriental* respecto de la relevancia de la ausencia de reclamaciones contrarias. Con ocasión de dicho caso, la CPJI señaló que, si bien “en la mayoría de los casos referidos a reclamaciones de soberanía territorial existen dos reclamaciones contrapuestas de soberanía”, en el caso

que le ocupa, “hasta 1931 ninguna potencia había presentado ninguna reclamación de dicha soberanía, a excepción de Dinamarca”. Por ello, la CPIJ señaló que, en consideración del “carácter inaccesible de las partes no colonizadas del país, el Reino de Dinamarca y de Noruega desplegó su autoridad entre 1721 y 1814 de tal forma que permite conceder, a este país, una pretensión legítima sobre la soberanía, y considerar que sus derechos sobre Groenlandia no se limitan al área colonizada”.

La Corte señala que también cabe aplicar esta conclusión al presente caso relativo a una pequeña isla no habitada ni habitable, respecto de la cual ninguna potencia ha reclamado su soberanía a lo largo de los años desde comienzos del siglo XVI hasta mediados del siglo XIX. En este contexto, la Corte señala también que no es necesario que se demuestre la autoridad de un Estado “de forma fáctica en todo momento y en cada lugar de un territorio”, tal como se señala en el *Caso de la Isla de Palmas (Los Países Bajos contra los Estados Unidos de América)*.

A la luz de lo antedicho, la Corte concluye que el dominio territorial del Sultanato de Johor abarca, en principio, todas las islas y los islotes de los Estrechos de Singapur, e incluye la isla de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Señala que la posesión de las islas por parte del Sultanato nunca fue cuestionada por ninguna otra potencia en la región y que, en consideración de todas estas circunstancias, puede considerarse que aquél satisface la condición de “manifestación continua y pacífica de soberanía territorial”. Por ello, la Corte considera que el Sultanato de Johor tenía un título original sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.

Tras examinar los vínculos de lealtad existentes entre el Sultanato de Johor y los Orang Laut (“las gentes del mar”), que desempeñaban actividades pesqueras y de piratería en los Estrechos de Singapur, la Corte considera que las descripciones contenidas en informes oficiales de la época elaborados por funcionarios británicos en relación con la naturaleza y las características de la relación entre el Sultán de Johor y los Orang Laut confirman el antiguo título original del Sultanato de Johor sobre dichas islas, incluida Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.

Posteriormente, la Corte vuelve a examinar la cuestión de si su título se vio afectado por los acontecimientos acaecidos en el periodo comprendido entre 1824 y 1840.

— *La importancia jurídica del Tratado anglo-holandés de 1824* (párrs. 81 a 101)

En primer lugar, la Corte señala que las pruebas documentales demuestran fehacientemente que el Sultanato de Johor continuó existiendo como la misma entidad soberana durante el periodo comprendido entre 1512 y 1824, a pesar de los cambios en la extensión geográfica exacta de su dominio territorial y de las diversas circunstancias económicas en las que se encontró el Sultanato a lo largo del tiempo, y que estos cambios y estas circunstancias no afectaron al es-

tado jurídico por lo que respecta al área de los Estrechos de Singapur, que siguieron perteneciendo al dominio territorial del Sultanato de Johor.

En segundo lugar, la Corte precisa que ambas Partes admitieron que el Tratado anglo-holandés de 1824 dividió la región en dos partes, una que pertenecía a la esfera de influencia de Holanda (el Sultanato de Riau-Lingga, bajo el mando de Abdul Rahman) y la otra bajo la esfera de influencia británica (el Sultanato de Johor, bajo el mando de Hussein). Sin embargo, parece que Singapur sostiene que el Tratado dejó fuera la totalidad del territorio de los Estrechos y que Pedra Branca/Pulau Batu Puteh siguió siendo *terra nullius* o se había convertido en *terra nullius* tras la división del “antiguo Sultanato de Johor”, permitiendo así la posibilidad de la “posesión legítima” de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh por parte de los británicos durante el periodo comprendido entre 1847 y 1851.

Tras un cuidadoso análisis del tenor del Tratado anglo-holandés de 1824, la Corte concluye que este Tratado reflejó jurídicamente el acuerdo político alcanzado entre las dos potencias colonialistas de dividir el dominio territorial del antiguo Sultanato de Johor en dos sultanatos que recaerían dentro de sus respectivas esferas de influencia. Así, con arreglo a este plan, no cabía la posibilidad de ningún vacío legal que permitiera la una posesión legítima de una isla que se encontrara entre ambas esferas de influencia.

La referencia general contenida en el Artículo 12 del Tratado al “resto de las islas al sur de los Estrechos de Singapur” podría indicar que todas las islas y los islotes entre los Estrechos recaerían dentro de la esfera de influencia británica. Esto incluiría, naturalmente, a la isla de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh que, por tanto, seguiría formando parte de lo que se siguió denominando el “Sultanato de Johor” tras la división del antiguo Sultanato.

— *La trascendencia del Tratado Crawford de 1824* (párrs. 102 a 107)

La Corte examina, en el contexto de la controversia, la trascendencia del “Tratado Crawford”, en virtud del cual el Sultán y el Temenggong de Johor cedieron la isla de Singapur a la compañía East India. La Corte señala que no cabe deducir del Tratado un “reconocimiento, por parte de los británicos, de la soberanía previa y continua del Sultanato de Johor sobre todas las islas restantes en el Estrecho de Singapur y en sus alrededores, incluida la isla de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, tal como sostenía Malasia. No obstante, la Corte precisa que esta conclusión no significa, *por el contrario*, que las islas de los Estrechos de Singapur que recayeron fuera del ámbito de aplicación del Artículo II de este Tratado fueran *terrae nullius* ni pudieran ser poseídas mediante “ocupación legítima”. Este último punto sólo puede ser juzgado desde el prisma de la repercusión jurídica que la división del antiguo Sultanato de Johor ejerció sobre las islas en el área de los Estrechos de Singapur, en particular, a la luz de la pertinencia

jurídica, *vel non*, de la llamada carta “de donación” de 1825 enviada por el Sultán Abdul Rahman de Riau-Lingga a su hermano el Sultán Hussein de Johor.

— *La trascendencia jurídica de la carta “de donación” de 1825* (párrs. 108 a 116)

La Corte examina si la carta “de donación” del Sultán Abdul Rahman a su hermano Hussein tiene el efecto jurídico de transferir el título al territorio indicado en dicha carta “de donación”. La Corte señala que la llamada carta “de donación” del Sultán Abdul Rahman a su hermano Hussein confirma simplemente la división acordada en el Tratado anglo-holandés de 1824 y que, por tanto, carece de efectos jurídicos.

— *Conclusión* (párr. 117)

La Corte concluye que Malasia ha determinado, para su satisfacción, que, en el momento en el que los británicos comenzaron los preparativos para la construcción del faro en Pedra Branca/Pulau Batu Puteh en 1844, la isla se encontraba bajo la soberanía del Sultán de Johor.

Estado jurídico de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh después de 1840 (párrs. 118 a 272)

La Corte señala que, a fin de determinar si Malasia ha mantenido su soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh tras 1844 o si dicha soberanía se transfirió a Singapur después de la fecha antedicha, es necesario examinar los hechos pertinentes —relativos principalmente al comportamiento de las Partes durante dicho periodo a la luz de los principios y las normas vigentes en materia de derecho internacional.

— *Legislación aplicable* (párrs. 118 a 125)

La Corte señala que se podría realizar una transferencia de soberanía a través de un acuerdo entre los dos Estados en cuestión. Dicho acuerdo podría adoptar la forma de un tratado como, por ejemplo, el Tratado Crawford de 1824 y el Acuerdo de 1927 previamente mencionado. Sin embargo, el acuerdo podría ser tácito y emanar de la conducta de las Partes. A este respecto, el derecho internacional no exige ninguna forma concreta, si bien hace énfasis en las intenciones de las partes. En ocasiones, se puede transferir la soberanía sobre un territorio bajo determinadas circunstancias como resultado de la ausencia de reacción por parte del *Estado que tiene la soberanía* ante al comportamiento del otro Estado que actúa en calidad de soberano o ante manifestaciones concretas del ejercicio de soberanía territorial por parte del otro Estado. Dichas manifestaciones de muestra de soberanía son susceptibles de reacción si no pueden oponerse al Estado en cuestión. La ausencia de reacción por parte de un Estado puede significar su consentimiento. Esto equivale a decir que el silencio otorga, pero únicamente en caso de que la conducta del otro Estado haga necesaria una reacción. En

la evaluación realizada por la Corte sobre la conducta de las Partes, resulta crucial la gran importancia que la soberanía sobre el territorio y la estabilidad y certidumbre de dicha soberanía tienen en el derecho internacional y en las relaciones internacionales. Por esta razón, toda transferencia de soberanía sobre un territorio basada en la conducta de las Partes debe deducirse clara e inequívocamente de dicha conducta y de los hechos pertinentes.

— *El proceso de selección de la ubicación del faro de Horsburgh* (párrs. 126 a 148)

En 1836, los comerciantes y los marineros manifestaron su deseo de construir uno o varios faros en memoria de James Horsburgh, un hidrógrafo de la compañía East India. En noviembre de 1836, se decidió que “Pedra Branca” era el lugar idóneo. En una carta enviada al Gobernador de Singapur el 1 de marzo de 1842, “Pedra Branca” era la única ubicación que se mencionaba expresamente. La Corte señala que, en su primera comunicación formal, los intereses comerciales privados reconocieron que el Gobierno británico debería llevar esta propuesta a la práctica y aportar los fondos necesarios.

En la correspondencia posterior entre los suscriptores y las autoridades británicas, se examinaron otras ubicaciones alternativas. En octubre de 1844, se determinó que la isla de Peak Rock era el lugar más adecuado. A finales de noviembre, W. J. Butterworth, que se había convertido en el Gobernador de los Asentamientos de los Estrechos en 1843, recibió respuestas a las cartas que había escrito al Sultán y al Temenggong de Johor. A pesar de la exhaustiva investigación de las Partes, no se han encontrado las cartas del Gobernador, pero las Partes facilitaron a la Corte copias de las traducciones de las respuestas, ambas fechadas el 25 de noviembre de 1844, en las que el Sultán y el Temenggong dieron su autorización para la construcción de un faro en los Estrechos de Singapur, sin mencionar la ubicación exacta.

Al examinar si Johor cedió su soberanía sobre el territorio concreto que el Reino Unido escogería para la construcción y la operación del faro con el objetivo indicado o si únicamente concedió el permiso para su construcción y operación, la Corte decidió que la correspondencia existente al respecto no es concluyente.

Al no existir ningún acuerdo escrito en relación con las modalidades de mantenimiento del faro ni con la isla en la que debía construirse, la Corte considera que no se encuentra en situación de adoptar una decisión respecto del contenido de un posible acuerdo alcanzado en noviembre de 1844.

— *La construcción y la puesta en marcha del faro de Horsburgh entre 1850 y 1851* (párrs. 149 a 163)

La Corte señala que la planificación de la construcción, así como la propia construcción, eran responsabilidad del Topógrafo del Gobierno de Singapur, John Thomson, que fue nombrado arquitecto del proyecto por el Gobernador Butterworth. En diciembre de 1849, el Topógrafo del Gobierno

comenzó a organizar la construcción. El 24 de mayo de 1850 se colocó la primera piedra de los cimientos. La Corte toma nota de que las autoridades de Johor no estuvieron presentes en la ceremonia. No existe siquiera ninguna información que apunte a que éstas fueran invitadas por el Gobernador. Este hecho podría indicar que las autoridades británicas y de Singapur no consideraban necesario informar a Johor de sus actividades en Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. El Temenggong de Johor únicamente realizó una visita a la roca, acompañado de 30 miembros de su séquito, nueve días después de la colocación de la primera piedra de los cimientos.

Una vez descritas las modalidades de la construcción y la puesta en marcha del faro, la Corte decide que no puede extraer ninguna conclusión por lo que respecta a la cuestión de la soberanía. Considera que estos acontecimientos se enmarcan más bien en el contexto de la evolución de los puntos de vista de las autoridades de Johor y de Singapur por lo que respecta a la soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.

— *La conducta de las Partes entre 1852 y 1952*
(párrs. 164 a 191)

En primer lugar, la Corte toma en consideración el sistema de iluminación de los Estrechos y la legislación del Reino Unido y de Singapur en la materia. Señala que, desde un punto de vista jurídico, un faro puede construirse en el territorio de un Estado y ser administrado por otro Estado con el consentimiento del primer Estado. Un elemento central de la tesis de Malasia es que, como el faro de Horsburgh se construyó en una isla en la que Johor tenía la soberanía, todas las acciones de las autoridades británicas y, posteriormente, de las autoridades de Singapur son simplemente acciones que han de acometerse en el proceso normal de operación del faro. Singapur, en cambio, sostiene que algunas de las acciones no se debían simplemente a cuestiones operativas del faro sino que fueron realizadas, en parte o en su conjunto, *en calidad de soberano*. Singapur hace referencia a la legislación promulgada por Singapur y por quienes le precedieron en la posesión del título, que regulaban la financiación de los costes de la construcción y la operación del faro, conferían su control a varios órganos gubernamentales y regulaban las actividades de las personas que residía en Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, la visitaban o trabajaban en ella. Desde el punto de vista de la Corte, sin embargo, las disposiciones a las que alude Singapur no demuestran, por sí mismas, la soberanía británica sobre las áreas a las que se aplican, porque también se aplican igualmente a los faros que están, sin duda, en el territorio de Johor, así como en Pedra Branca/Pulau Batu Puteh y porque, además, en ellas no se realiza ninguna mención expresa a la soberanía.

Por lo que respecta a los diversos acontecimientos constitucionales alegados por Malasia, incluido el Acuerdo de los Estrechos de 1927 y el Acuerdo de las aguas territoriales de Johor, la Corte considera que no contribuyen a la resolución

de la cuestión de la soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. La Corte observa que el objeto del Acuerdo era el de “devolver” a Johor ciertas áreas que habían sido cedidas por Johor a la compañía East India en 1824 y que se encontraban, en su totalidad, en un radio de 10 millas alrededor de la isla principal de Singapur. Por tanto, entre estas áreas no se incluía Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, pues la isla se encontraba fuera del ámbito de aplicación del Acuerdo.

Por lo que se refiere al alegato de Malasia de que el Temenggong continuaba controlando la actividad pesquera en las inmediaciones de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh tras la construcción del faro, tal como se demuestra en un intercambio de correspondencia entre Johor y las autoridades británicas en Singapur en 1861, la Corte observa que las cartas hacen referencia a hechos que acaecieron dentro del radio de 10 millas alrededor de la isla de Singapur. Por tanto, no se puede extraer ninguna conclusión del hecho que las autoridades de Singapur no hicieran ninguna referencia, en dicho contexto, a la jurisdicción sobre las aguas de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.

— *La correspondencia de 1953* (párrs. 192 a 230)

La Corte señala que, el 12 de junio de 1953, el Secretario colonial de Singapur escribió al Consejero británico del Sultán de Johor que “le había sido encomendada la tarea de solicitar información sobre la roca que se encuentra aproximadamente 40 millas de Singapur y es conocida como Pedra Branca” con miras a “determinar los límites de las aguas territoriales de la Colonia”. Al reconocer que, en el caso de Pulau Pisang, una isla “que también se encuentra fuera de los límites del Tratado de la Colonia”, estaba “claro que no existía abrogación de la soberanía de Johor”, el Secretario solicitó que se le informara sobre “cualquier documento que demostrara que el Gobierno del Estado de Johor hubiera arrendado o cedido la roca o dispuesto de la misma de cualquier otra forma”. Más tarde, en el mismo mes, el Secretario del Consejero británico del Sultán de Johor señaló al Secretario colonial que había enviado la carta al Secretario de Estado de Johor, quien “sin duda deseaba consultar al Comisario de tierras y minas y con el topógrafo principal, así como cualquier archivo existente, antes de remitir las observaciones del Gobierno estatal al Secretario principal”. En una carta de 21 de septiembre de 1953, el Secretario de Estado en funciones de Johor respondió que “el Gobierno de Johor no reclama[ba] la propiedad de Pedra Branca”.

La Corte considera que esta correspondencia y su interpretación revisten una importancia crucial a la hora de determinar la concepción cambiante de ambas partes respecto de la soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.

La Corte señala que la carta de Singapur de 12 de junio de 1953 perseguía el objetivo de recabar información sobre “la roca” en su conjunto y no sólo sobre el faro, con miras a determinar las aguas territoriales de la Colonia, una cuestión que depende de la soberanía sobre la isla. La Corte preci-

sa que la carta surtió el efecto de advertir a las autoridades de Johor de que, en 1953, las autoridades de Singapur comprendieron que sus predecesores creyeron que Pedra Branca/Pulau Batu Puteh había sido cedida “gratuitamente” por el Sultán y el Temenggong a las autoridades de la compañía East India. La Corte opina que la carta demuestra que las autoridades de Singapur no tenían certeza respecto de los acontecimientos ocurridos un siglo antes y que no estaban seguros de que sus archivos fueran completos.

Volviendo a la respuesta del Secretario de Estado en funciones de Johor, la Corte rechaza el alegato de Malasia de que, con arreglo a las disposiciones del Acuerdo de Johor entre la corona británica y el Sultán de Johor y del Acuerdo de la Federación Malaya entre la corona británica y nueve estados malayos (incluido Johor), el Secretario de Estado en funciones “no estaba, bajo ningún concepto, autorizado” ni disponía de “la capacidad legal para escribir la carta de 1953 ni para rechazar, ceder o confirmar el título de ninguna parte de los territorios de Johor”.

La Corte considera que el Acuerdo de Johor no es trascendente, pues la correspondencia fue iniciada por un representante del Gobierno británico de su Majestad que, en aquel momento, no era considerado un Estado extranjero; además, fue el Consejero británico del Sultán de Johor el que transmitió la carta inicial al Secretario de Estado del Sultánato. La Corte considera asimismo que el Acuerdo de la Federación Malaya no apoya el argumento de Malasia ya que la acción de responder a una solicitud de información no supone un “ejercicio” de “autoridad ejecutiva”. Además, el hecho de que Malasia no alegara este argumento, ni a lo largo de todo el periodo de negociaciones bilaterales con Singapur ni durante el proceso, hasta bien entrada la fase oral, respalda la presunción de regularidad sostenida por Singapur.

Tras examinar el contenido de la carta de 1953, la Corte opina que la respuesta de Johor es claro: Johor no reclama la propiedad de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Esta respuesta hace referencia a la isla en su totalidad y no sólo al faro. Si la carta de Johor se interpreta desde el contexto de la solicitud, por parte de Singapur, de información en relación con el estado de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, tal como se explica anteriormente, se entiende claramente que la carta aborda la cuestión de la soberanía sobre la isla. Por tanto, la Corte considera que la respuesta de Johor pone de manifiesto que, en 1953, Johor comprendió que no tenía soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. A la luz de la respuesta de Johor, las autoridades de Singapur no tenían ninguna razón para cuestionar la soberanía del Reino Unido sobre la isla.

Las autoridades de Johor desconocían las medidas adoptadas por las autoridades de Singapur como reacción a la respuesta final, y dichas medidas tienen poca trascendencia para la evaluación de la Corte respecto de cualquier posible evolución del entendimiento entre las Partes. El expediente del caso pone de manifiesto que, tras la recepción de la respuesta de Johor, el Secretario colonial de Singapur envió

un memorando interno al Procurador General en el que indicaba que estimaba que “en consideración de la respuesta, podemos reclamar Pedra Branca...” El Procurador General señaló que estaba de acuerdo. Con arreglo al expediente del caso, las autoridades de Singapur no adoptaron medidas ulteriores. Éstas ya habían recibido comunicados al respecto desde Londres, que la Corte pasa a examinar en adelante.

— *La conducta de las Partes después de 1953*
(párrs. 231 a 272)

En primer lugar, la Corte examina la pretensión de Singapur según la cual Singapur y sus predecesores habían ejercido la soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh al investigar los naufragios en las aguas territoriales de la isla. La Corte considera que esta conducta sustenta considerablemente el alegato de Singapur, y también recuerda que Malasia sólo protestó contra esta conducta de Singapur en junio de 2003, con ocasión del Acuerdo especial mediante el cual se dejaba en manos de la Corte la decisión sobre la controversia.

Tras examinar el argumento de Singapur de que ejercía un control exclusivo sobre las visitas a Pedra Branca/Pulau Batu Puteh y el uso de la isla por parte de los funcionarios de Singapur, así como de otros Estados, entre los que se incluye Malasia, la Corte señala que muchas de las visitas realizadas por el personal de Singapur se debían a motivos de mantenimiento y de operación del faro y no son trascendentes para el caso. No obstante, estima que la conducta de Singapur en virtud de la cual concedió o denegó permisos a los funcionarios de Malasia en el contexto de una investigación sobre las aguas que rodeaban a la isla en 1978 puede considerarse como una conducta *en calidad de soberano* y que sustenta de forma significativa el alegato de soberanía de Singapur sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.

Ambas partes sostienen que sus patrullas y ejercicios navales en torno a Pedra Branca/Pulau Batu Puteh desde la formación de sus respectivas flotas constituyen muestras de sus derechos soberanos sobre la isla. La Corte estima que esta actividad no reviste trascendencia para ninguna de las Partes. Observa que los buques navales que parten del puerto de Singapur debían pasar con frecuencia por las inmediaciones de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh por motivos meramente geográficos.

Por lo que respecta al alegato de Singapur de que la exhibición de las banderas de Gran Bretaña y de Singapur en el faro de Horsburgh desde que se puso en funcionamiento hasta la fecha es un signo inequívoco de soberanía, la Corte considera que la exhibición de banderas no constituye, normalmente, una manifestación de soberanía. Sin embargo, sí considera que debe concederse cierta importancia al hecho de que Malasia no protestara ante la exhibición de la bandera en el faro de Horsburgh.

Posteriormente, la Corte toma en consideración la instalación de una estación repetidora por parte de la marina de

Singapur en mayo de 1977 para una estación militar de comunicaciones en Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Singapur defiende que la instalación se realizó de forma transparente. Malasia afirma que la instalación se realizó en secreto y que únicamente tuvo constancia de la misma tras la recepción de la Memoria de Singapur. La Corte no puede evaluar la veracidad de las afirmaciones realizadas por ambas partes respecto del conocimiento, por parte de Malasia, de la instalación. Esta conducta es incoherente con que Singapur reconozca algún límite a su libertad de acción.

Por lo que respecta a los planes para reivindicar áreas en las inmediaciones de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh que habían sido examinadas en varias ocasiones en los años 70 por la Autoridad portuaria de Singapur, la Corte señala que, si bien la reivindicación no prosperó y algunos de los documentos no fueron publicados, el anuncio de licitación fue público y recibió respuestas. Además, la acción propuesta fue más allá del mantenimiento y la puesta en marcha del faro, de conformidad con el anuncio. Esta conducta respalda la postura de Singapur.

En 1968, el Gobierno de Malasia y la compañía petrolífera Continental Oil de Malasia firmaron un acuerdo por el que se autorizaba la exploración petrolera en toda la zona de la plataforma continental de la costa oriental de Malasia occidental. En consideración de los límites territoriales y de las condiciones recogidas en la concesión, así como de que no se publicaran las coordenadas, la Corte considera que esta concesión no reviste importancia.

En virtud de una ley promulgada en 1969, Malasia amplió sus aguas territoriales de 3 a 12 millas náuticas. Malasia defiende que la legislación “amplió las aguas territoriales de Malasia hasta la ubicación de Pulau Batu Puteh y más allá de ésta”. Sin embargo, la Corte señala que dicha ley no identifica las áreas a las que se aplica, sino que incluye una cláusula genérica: únicamente se especifica que se aplicará “a lo largo de todo Malasia”.

Malasia invoca varios acuerdos territoriales en defensa de su pretensión de soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh: El Acuerdo sobre la plataforma continental entre Indonesia y Malasia de 1969, el Acuerdo sobre el mar territorial de 1970 y el Acuerdo sobre el mar territorial entre Indonesia y Singapur de 1973. La Corte considera que no cabe otorgar importancia a estos acuerdos en el contexto de la soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, pues éstos no trataron la cuestión de la isla. Asimismo, la Corte considera que, a efectos del caso, no reviste importancia la cooperación en los Estrechos de Malacca y Singapur aprobada en 1971 por Indonesia, Malasia y Singapur, invocada por Singapur.

La Corte estima también que determinadas publicaciones oficiales de Singapur en las que se describe su territorio son desautorizadas y descriptivas y, según Malasia, dichas publicaciones se caracterizan por no hacer ninguna referencia a Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, en contraste con las aproxi-

madamente 60 islas que sí se mencionan en dichas descripciones.

Por último, la Corte examina aproximadamente cien mapas oficiales presentados por las Partes. Malasia resalta que, de todos los mapas presentados a la Corte, Singapur únicamente incluye la isla de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh dentro de su territorio en un mapa que publicó en 1995. La Corte recuerda que, hasta 1995, Singapur no publicó ningún mapa en el que incluyera a Pedra Branca/Pulau Batu Puteh dentro su territorio. Sin embargo, en opinión de la Corte, esta omisión reviste mucha menos importancia que los mapas publicados por Malaya y por Malasia entre 1962 y 1975. La Corte señala que, en general, dichos mapas confirman que Malasia consideraba que Pedra Branca/Pulau Batu Puteh se encontraba bajo la soberanía de Singapur.

Conclusión (párrs. 273 a 277)

La Corte considera que todos los hechos relevantes, incluida la conducta de las Partes, reflejan una evolución convergente de las posturas de las Partes en relación con el título de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. La Corte considera por tanto, especialmente en atención a la conducta de Singapur y de sus predecesores *en calidad de soberano*, y a la conducta de Malasia y de sus predecesores y de su ausencia de reacción ante la conducta de Singapur y de sus predecesores, que en 1980 la soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh se transfirió a Singapur.

Por las razones antedichas, la Corte considera que la soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh pertenece a Singapur.

Soberanía sobre Middle Rocks y sobre South Ledge (párrs. 278 a 299)

Argumentos de las Partes (párrs. 278 a 287)

La Corte señala que Singapur defiende la postura de que la soberanía sobre Middle Rocks y sobre South Ledge va pareja a la soberanía sobre Branca/Pulau Batu Puteh. Así, según Singapur, el Estado que posea Pedra Branca/Pulau Batu Puteh poseerá Middle Rocks y South Ledge ya que, afirma, son partes aledañas de la isla de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh y forman, con esta última, un único grupo de formaciones marítimas. Malasia, por el contrario, considera que estos tres territorios no constituyen un grupo identificable de islas ni desde un punto de vista histórico ni geomorfológico, y añade que siempre ha considerado que estas formaciones recaían bajo la jurisdicción de Johor y de Malasia.

Estado jurídico de Middle Rocks (párrs. 288 a 290)

En primer lugar, la Corte señala que la cuestión del estado jurídico de Middle Rocks debe evaluarse desde el prisma de su razonamiento sobre la cuestión principal de este caso. La Corte recuerda que ha llegado a la conclusión de que la soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh pertenece a

Singapur, en consideración de las circunstancias particulares que caracterizan este caso. Sin embargo, dichas circunstancias no se aplican a otras formaciones marítimas en las inmediaciones de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh como, por ejemplo, Middle Rocks o South Ledge. Ninguna de las conductas de las Partes examinadas en la parte anterior del Fallo puede aplicarse al caso de Middle Rocks.

Por tanto, la Corte considera que el título original de Middle Rocks debe permanecer bajo la soberanía de Malasia, en tanto que Estado sucesor del Sultanato de Johor.

Estado jurídico de South Ledge (párrs. 291 a 299)

Por lo que respecta a South Ledge, la Corte considera que deben tenerse en cuenta las particularidades de esta formación, ya que South Ledge presenta unas características geográficas especiales, en tanto que formación que queda al descubierto en marea baja.

La Corte recuerda el Artículo 13 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y considera su jurisprudencia previa y los argumentos de las partes, así como las pruebas que le han sido presentadas.

La Corte considera que South Ledge recae dentro de las aguas territoriales que, al parecer, se solapan, y que se desprenden del área principal de Malasia, de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh y de Middle Rocks. Recuerda que, en el Acuerdo Especial y en las presentaciones finales, las Partes pidieron específicamente que se decidiera separadamente sobre la soberanía de cada una de estas tres formaciones marítimas. Además, la Corte observa que las Partes no le han encargado que decida la delimitación de las aguas territoriales de Malasia y de Singapur en el área en cuestión.

Bajo estas circunstancias, la Corte concluye que la soberanía sobre South Ledge pertenece al Estado en cuyas aguas territoriales se encuentra.

*
* *
*

Declaración del Magistrado Ranjeva

El Magistrado Ranjeva considera que no cabe formular ninguna objeción de fondo al presente Fallo, pues el título histórico inmemorial sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh está establecido incluso aunque la soberanía de Singapur sobre esta isla en la fecha del Fallo de la Corte no puede ser cuestionada razonablemente. Esto, sin embargo, no se aplica al razonamiento de la Corte respecto de la transferencia de la soberanía de Johor a Singapur. Así, el Magistrado Ranjeva señala que el propósito de su declaración es presentar una tesis alternativa sobre la cual la Corte hubiera podido basar su decisión.

En el presente Fallo, la Corte presupone que Johor consiente la transferencia de su título de soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Desde el punto de vista del Ma-

gistrado Ranjeva, la transferencia de soberanía sólo puede darse en dos supuestos: que se produzca un acto equivalente (la posibilidad a la que se hace referencia en el apartado 120 del Fallo) o bien que exista un título jurídico superior. En ausencia de la última situación, el Magistrado Ranjeva se pregunta cómo se habría haberse extinguido el título de Johor sin el consentimiento de Johor. Ante la ausencia de pruebas, en el Fallo se llega a la conclusión de que la soberanía se ha transferido sobre la base del consentimiento presunto; este razonamiento es susceptible de críticas, pues no se ajusta a los hechos.

El Magistrado Ranjeva considera que en el Fallo se llegó a esta conclusión porque no se tuvo en cuenta el enfoque de la crítica histórica a la hora de interpretar los hechos en su contexto político y legal contemporáneo. Si bien las relaciones entre las potencias colonialistas soberanas se enmarcaban en el contexto del derecho internacional, es difícil argumentar que los acuerdos entre el Reino Unido y el Sultanato de Johor se basaban en relaciones entre entidades soberanas e iguales de derecho internacional. Así, la soberanía reconocida a las autoridades autóctonas era inoperante respecto a las potencias colonialistas, y la única obligación de estas autoridades era someterse a la voluntad de las potencias. Bajo estas circunstancias, el Sultán de Johor no podía oponerse en absoluto a una decisión de los británicos. Por tanto, el Magistrado Ranjeva considera que no puede interpretarse el presente caso desde el contexto de una transferencia internacional del título por consentimiento cuando, con arreglo a las normas y a la práctica de las potencias colonialistas, lo que se producía era el ejercicio de un título territorial colonial. Por tanto, el silencio de Johor a lo largo del periodo colonial no puede esgrimirse en su contra. Sin embargo, la situación cambió cuando las Partes lograron la independencia: Malasia ya no puede usar el argumento de su silencio en respuesta a las conductas que suponían una muestra, por parte de Singapur, de soberanía Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. En conclusión, Singapur tiene la soberanía sobre la isla.

Opinión separada del Magistrado Parra-Aranguren

I

1. El Magistrado Parra-Aranguren considera que las conclusiones a las que ha llegado la Corte en su Fallo demuestra que siempre se pueden encontrar argumentos jurídicos para respaldar cualquier conclusión.

II

2. El Magistrado Parra-Aranguren votó en contra del subapartado 1) del apartado 300 del Fallo porque se sustentaba principalmente en interpretación la correspondencia de 1953 recogida en la sección 5.4.5. que, a su juicio, no se puede aceptar.

3. El 12 de junio de 1953, Singapur pidió información a Johor para intentar clarificar el estado de Pedra Branca/

Pulau Batu Puteh debido a la relevancia de esta isla en la determinación de las aguas territoriales de Singapur; Singapur preguntó concretamente si existía algún documento en el que se probara que la isla había sido cedida o arrendada o que Johor hubiera cedido la isla o dispuesto de la misma de cualquier otra forma. En una carta de 21 de septiembre de 1953, el Secretario de Estado en funciones de Johor respondió que “el Gobierno de Johor no reclama la propiedad de Pedra Branca” (párrs. 192 y 196 del Fallo).

4. Singapur mantenía que “al declarar que Johor no reclamaba Pedra Branca, la carta [del Secretario de Estado de Johor] tenía el efecto de confirmar el título de Singapur sobre Pedra Branca y de confirmar que Johor no tenía ningún título, ni de carácter histórico ni de ningún otro tipo, sobre la isla”. Además, Singapur enfatizó que su argumento no era “que Johor hubiera abandonado o cedido su título sobre Pedra Branca en 1953” y que el efecto que tuvo la carta de Johor de 1953 fue el de “declarar explícitamente que Johor no reclamaba la posesión de Pedra Branca”.

5. A este respecto, el Magistrado Parra-Aranguren recuerda que, en secciones previas del Fallo, la Corte concluyó que, antes de 1953, Pedra Branca/Pulau Batu Puteh pertenecía a Malasia y que, por este motivo, en su opinión, la carta de 1953 de Johor no podía tener el efecto de confirmar ni que Singapur poseía un título sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh ni que Johor no tuviera un título sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, tal como sostenía Singapur.

6. Singapur no defendió que la carta de 1953 debiera entenderse como una renuncia, abandono o cesión, por parte de Johor, de su título sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh y, por tanto, el Magistrado Parra-Aranguren considera que este argumento no debería haber sido analizado ni empleado para sustentar la tesis de que Singapur tiene un título sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.

7. En el apartado 196 del Fallo se indica lo siguiente: “No se mantuvo una correspondencia ulterior y las autoridades de Singapur no adoptaron medidas públicas”.

8. En opinión del Magistrado Parra-Aranguren, sorprende el hecho de que “no se mantuvo una correspondencia ulterior”, ya que Johor no había facilitado la información solicitada por Singapur y la práctica básica que se emplea en las relaciones internacionales cuando una cuestión no se ha resuelto es la de repetir la solicitud por escrito y en insistir que se facilite la información. Singapur decidió no proceder de esta forma y no explicó a la Corte por qué se abstuvo de actuar.

9. Además, en la carta de 1953 de Johor se respondía a una cuestión totalmente diferente a la preguntada por Singapur y en ella únicamente se declaraba que “el Gobierno de Johor no reclama la propiedad de Pedra Branca”. En el apartado 222 del Fallo se reconoce que la “propiedad” es, en principio, distinta de la “soberanía” pero que “en los litigios internacionales, la ‘propiedad’ de un territorio se emplea en

ocasiones como un término equivalente a la ‘soberanía’”. Johor emplea, de hecho, el término “propiedad” y no el de “soberanía”. Por ello, en opinión del Magistrado Parra-Aranguren, si Singapur comprendió que la carta de 1953 en realidad significaba que Johor “no reclamaba la soberanía sobre Pedra Branca”, al menos debería haber solicitado las explicaciones necesarias a Malasia para “clarificar el estado de Pedra Branca”, que era el principal objetivo perseguido por Singapur al enviar la carta de 12 de junio de 1953.

10. La ausencia de “medidas públicas” por parte de las autoridades de Singapur es más difícil de comprender que la “ausencia de correspondencia ulterior”.

11. En opinión del Magistrado Parra-Aranguren, si Singapur consideró que su soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh había sido reconocida, a pesar de la redacción ambigua de la carta de 1953 de Johor, los principios elementales de la buena fe hacían necesario que Singapur realizara una reclamación formal respecto de la soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, especialmente a la luz de los hechos mencionados en los apartados 196 y 224 del Fallo. No obstante, Singapur no lo hizo y, como resultado de su inactividad, en vez de aclararse el estado de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, éste siguió siendo incierto.

12. Además, cabe observar que, si bien se deseaba recabar información sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh porque “era relevante para la determinación de los límites de las aguas territoriales de la Colonia”, no se adoptaron acciones, tal como se reconoce en el apartado 225 del Fallo.

III

13. El Magistrado Parra-Aranguren votó en contra del subapartado 1) del apartado 300 del Fallo porque no está de acuerdo con el examen de “la conducta de las partes después de 1953” realizado en la sección 5.4.6.

14. En esta sección, la Corte señala que el Reino Unido y Singapur actuaron como los operadores del faro de Horsburgh, pero “esto no fue así en todos los aspectos”; además, “sin ser exhaustiva”, la Corte recuerda las acciones que Singapur realizó en calidad de soberano. No obstante, “en su gran mayoría” se realizaron después de 1953, tal como se menciona en el apartado 274 del Fallo, y la Corte ya dirimió, en su Fallo de 10 de octubre de 2002, que un periodo de aproximadamente 20 años es “demasiado corto” (*Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (Camerún contra Nigeria: Guinea Ecuatorial (interviniente))*, Sentencia, Informes de la C.I.J. de 2002, p. 352, apdo. 65). En el presente caso, la Corte señala, en el apartado 34 del fallo, que el 14 de febrero de 1980 es la fecha crítica a efectos de la controversia relativa a la soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Por ello, incluso asumiendo que Singapur realizó las acciones mencionadas en la sección 5.4.6. de la Sentencia *en calidad de soberano*, el periodo en el que se circunscriben es “demasiado corto” y, por esta razón, en opinión del Magistrado Parra-Aranguren, no son suficientes para acabar con

el título histórico sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Las *efectividades* de Singapur no se corresponden con la ley y, tal como ha reiterado la Corte en más de una ocasión, “cuando el acto no se corresponde con la ley, en aquellos casos en que el territorio que es objeto de la controversia es administrado efectivamente por un Estado distinto del que posee el título legal, debe darse preferencia al tenedor del título”. (*Controversia fronteriza (Burkina Faso/República de Mali)*, Sentencia, Informes de la C.I.J. de 1986, p. 587, apdo. 63).

15. En el apartado 275 del Fallo se señala que “las autoridades de Johor y sus sucesores no adoptaron ninguna acción en absoluto sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh desde junio de 1850 durante todo el siglo posterior o durante un periodo mayor”. Se recogen declaraciones similares en otros apartados del Fallo y Singapur las realizó repetidamente en los presentes procedimientos. No obstante, en opinión del Magistrado Parra-Aranguren, las autoridades de Johor y sus sucesores no tenían ninguna obligación internacional de adoptar ninguna acción en absoluto, porque Johor tenía un título histórico sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, tal como se reconoce en la Sentencia. Por el contrario, la clarificación sobre el estado de la isla era un asunto que revestía una importancia crucial para Gran Bretaña, porque ésta última había realizado una cuantiosa inversión para la construcción y el mantenimiento del faro de Horsburgh. Sin embargo, Gran Bretaña se mantuvo en silencio con el transcurso de los años y el estado de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh seguía siendo dudoso en 1953, tal como queda plasmado en la carta del Sr. J. D. Higham.

IV

16. En el Apartado 297 del Fallo se señala que la Corte “procederá sobre la base de si South Ledge recae dentro de las aguas territoriales creadas por Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, que pertenece a Singapur, o dentro las aguas territoriales que, aparentemente, se solapan y que se originan en el territorio continental de Malasia, Pedra Branca/Pulau Batu Puteh y Middle Rocks”. La Corte añade, en el apartado 298, que “en el acuerdo especial y en las presentaciones finales, se le pidió específicamente que decidiera separadamente sobre la cuestión de la soberanía de cada una de los tres formaciones marítimas” pero, al mismo tiempo, observa que “las Partes no le encomendaron la labor de determinar la línea de delimitación de las aguas territoriales de Malasia y de Singapur en el área en cuestión”. En consecuencia, en el subapartado 3) del párrafo 300 del Fallo, la Corte “considera que la soberanía sobre South Ledge pertenece al Estado en cuyas aguas territoriales se encuentra”.

17. Tal como se explica más arriba, el Magistrado Parra-Aranguren considera que Pedra Branca/Pulau Batu Puteh pertenece a Malasia y coincide en que Middle Rocks se encuentra bajo la soberanía de Malasia, tal como se señala en el subapartado 2) del apartado 300 del Fallo. Por tanto, en su opinión, South Ledge está ubicada en las aguas territoriales

de Malasia y, por esta razón, pertenece a Malasia. En consecuencia, el Magistrado Parra-Aranguren votó en contra del subapartado 3) del apartado 300 del Fallo.

V

18. El 23 de noviembre de 2007, la Corte informó a Malasia y a Singapur de se retiraría para deliberar. Las audiencias públicas sobre el fondo del caso presentadas por Djibouti contra Francia comenzaron el 21 de enero de 2008 y la Corte se retiró ocho días después para deliberar, y aún no ha adoptado una decisión. Las audiencias públicas sobre las Objeciones Preliminares en el caso relativo a la Aplicación de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia contra Serbia y Montenegro)* que se celebrará del 26 al 30 de mayo de 2008, hacen necesario que se examinen cuidadosamente y con antelación los argumentos escritos y algunas de las peticiones realizadas por las Partes.

19. Por ello, el Magistrado Parra-Aranguren desea enfatizar que las restricciones derivadas de los límites temporales fijados por la Corte para la elaboración de esta opinión separada le han impedido redactar una explicación exhaustiva de su desacuerdo con los subapartados 1) y 3) del apartado 200 y que, por esta razón, se ha limitado a describir algunas de las razones principales por las que ha votado en contra de dichos subapartados.

Opinión conjunta discrepante de los Magistrados Simma y Abraham

Los Magistrados Simma y Abraham expresan su desacuerdo con el primer punto de la cláusula dispositiva del Magistrado que atribuye la isla de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh a Singapur.

Refrendan la conclusión a la que llega la Corte al final de la primera parte de su razonamiento, según la cual en 1844, en los momentos previos a la construcción del faro de Horsburgh, la isla se encontraba bajo la soberanía del Sultanato de Johor.

Sin embargo, discrepan con la Sentencia cuando afirma que, entre 1844 y 1980, la soberanía pasó a Singapur, como resultado de la conducta de las Partes que reflejaba una evolución convergente de sus posturas respecto del estado de la isla.

En primer lugar, los Magistrados Simma y Abraham señalan que la Corte se abstuvo de indicar claramente qué fundamento jurídico empleó para justificar dicho cambio de titularidad de la soberanía, en ausencia de ningún acuerdo expreso entre las Partes afectadas. En la presentación abstracta que el Fallo hace de la legislación aplicable, se hace referencia a la posibilidad de un “acuerdo tácito” o de “consentimiento” por parte del soberano original, pero no se decanta por ninguna de las dos opciones al llegar a la conclusión concreta que extrae del examen de la conducta de las partes, ni indica

si es posible que ambas opciones se pudieran combinar ni de qué modo podría ocurrir esto último. Además, en el Fallo no se menciona la noción de “prescripción consentida”, que podría justificar un proceso por el cual un Estado adquiere la soberanía sobre un territorio que no le pertenecía originalmente y sin el consentimiento expreso del soberano original.

Los Magistrados Simma y Abraham consideran, no obstante, que, en esencia, el Fallo emplea criterios jurídicamente adecuados para evaluar la conducta de las Partes, incluso aunque no haga referencia con la suficiente claridad a las categorías jurídicas pertinentes, lo que no consideran que sea el punto más importante.

Sin embargo, los Magistrados Simma y Abraham discrepan respecto de la manera en la que la Sentencia aplica dichos criterios al caso en cuestión y, por tanto, de las conclusiones que se desprenden de los mismos.

Así, los hechos no demuestran que Singapur ni su predecesora, Gran Bretaña, realizaran un ejercicio suficientemente claro, coherente y público de la soberanía estatal sobre la isla, por lo que no cabe deducir un consentimiento de ningún tipo para la transferencia de la soberanía de la ausencia de acción por parte de Malasia y de su predecesor, Johor.

Según los Magistrados Simma y Abraham, faltan, por tanto, dos condiciones por lo menos para que se pueda aplicar la prescripción consentida —bien a través de un acuerdo tácito, o bien mediante consentimiento, ya que estas dos categorías jurídicas no están totalmente separadas la una de la otra—, a saber, por un lado, el ejercicio efectivo de las prerrogativas de la soberanía por parte del Estado que la pretende (Singapur, en este caso) junto a la intención de actuar como soberano y, por otro lado, la visibilidad de dicho ejercicio de soberanía, que permita suponer la aceptación del soberano original por su falta de reacción (Malasia, en este caso).

Los actos examinados por la Corte como manifestaciones de soberanía por Singapur son menores y esporádicos, y su significado no era claro en absoluto desde el punto de vista de Johor y de Malasia. Por ello, la Corte no debería haber decidido que la soberanía sobre la isla se había transferido a Singapur. Por el contrario, debería haberla atribuido a Malasia, en tanto que sucesor incuestionable del Sultanato de Johor.

Declaración del Magistrado Bennouna

A pesar de que el Magistrado Bennouna votó a favor de la cláusula dispositiva del Fallo, no le convence en absoluto el razonamiento que adoptó por la Corte al justificarla. Tras revisar las dudas que le surgieron a la Corte en fallos pasados en las que tuvo que consultar el derecho colonial, el Magistrado Bennouna señala que, en su opinión, la Corte debería haberse basado, en el presente caso, en la práctica de los dos Estados después de que Singapur lograra su independencia en 1965 tras su retirada de la Federación de Malasia, que había sido creada en 1963. En su opinión, al obrar de esta manera, la Corte habría evitado adoptar una decisión sobre

la base de prácticas coloniales derivadas, en gran medida, de la rivalidad entre dos potencias europeas que perseguían el objetivo de afianzar su hegemonía en la región.

Opinión disidente del Magistrado Dugard

El Magistrado *ad hoc* Dugard disiente respecto de la decisión sobre la soberanía de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh pero coincide con la Corte en su apreciación de que Malasia tiene un título territorial sobre Middle Rocks y de que la soberanía de South Ledge debe decidirse de conformidad con el derecho que rige la demarcación territorial marítima.

El Magistrado *ad hoc* Dugard coincide con la Corte en que Malasia tenía un título original sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh y considera que ni la conducta de Malasia ni la de Singapur entre 1850 y 1980 han afectado a este título. Considera, en concreto, que la correspondencia de 1953 entre Johor y Singapur no condujo ni contribuyó a transferir la soberanía de Johor a Singapur. El Magistrado *ad hoc* Dugard defiende que la conducta de ambas Partes entre 1953 y 1980 es equívoca y que no cabe indicar, sobre la base de su interpretación, que Malasia había abandonado su título sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh o consentido la apropiación del título sobre la isla por parte de Singapur.

El Magistrado *ad hoc* Dugard critica las razones jurídicas esgrimidas por la Corte para defender la tesis de que la soberanía pasó de Johor/Malasia a Singapur. Considera que los hechos no sustentan los conceptos de acuerdo tácito derivado de la conducta de las partes, ni el entendimiento en evolución entre las Partes o el consentimiento y que aquéllos no ofrecen una justificación jurídica aceptable para fundamentar la transferencia de soberanía de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh de Johor/Malasia a Singapur.

Opinión separada del Magistrado Sreenivasa Rao

El Magistrado *ad hoc* Sreenivasa Rao, que discrepa en parte, explicó por qué, a su juicio, la soberanía sobre Middle Rocks debería haber sido atribuida también a Singapur. Desde su punto de vista, Malasia no cumplió con su obligación de presentar la carga de la prueba para determinar que Johor tenía el título original sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh y sobre las otras dos formaciones marítimas, Middle Rocks y South Ledge. En su opinión, no se puede considerar que la descripción histórica general del Reinado de Malay sea siquiera una prueba inequívoca y convincente de que Johor considerara que estas formaciones marítimas le pertenecían. Para que prospere cualquier pretensión de posesión inmemorial, en primer lugar debe comprobarse que existe una posesión efectiva, ininterrumpida e incuestionable. Como no existen pruebas de una posesión de estas características, como máximo se podría haber considerado que Johor tenía un título incipiente basado en el descubrimiento que, sin embargo, no perfeccionó. Por esta razón, debía demostrar una autoridad estatal pacífica y continua acorde con la

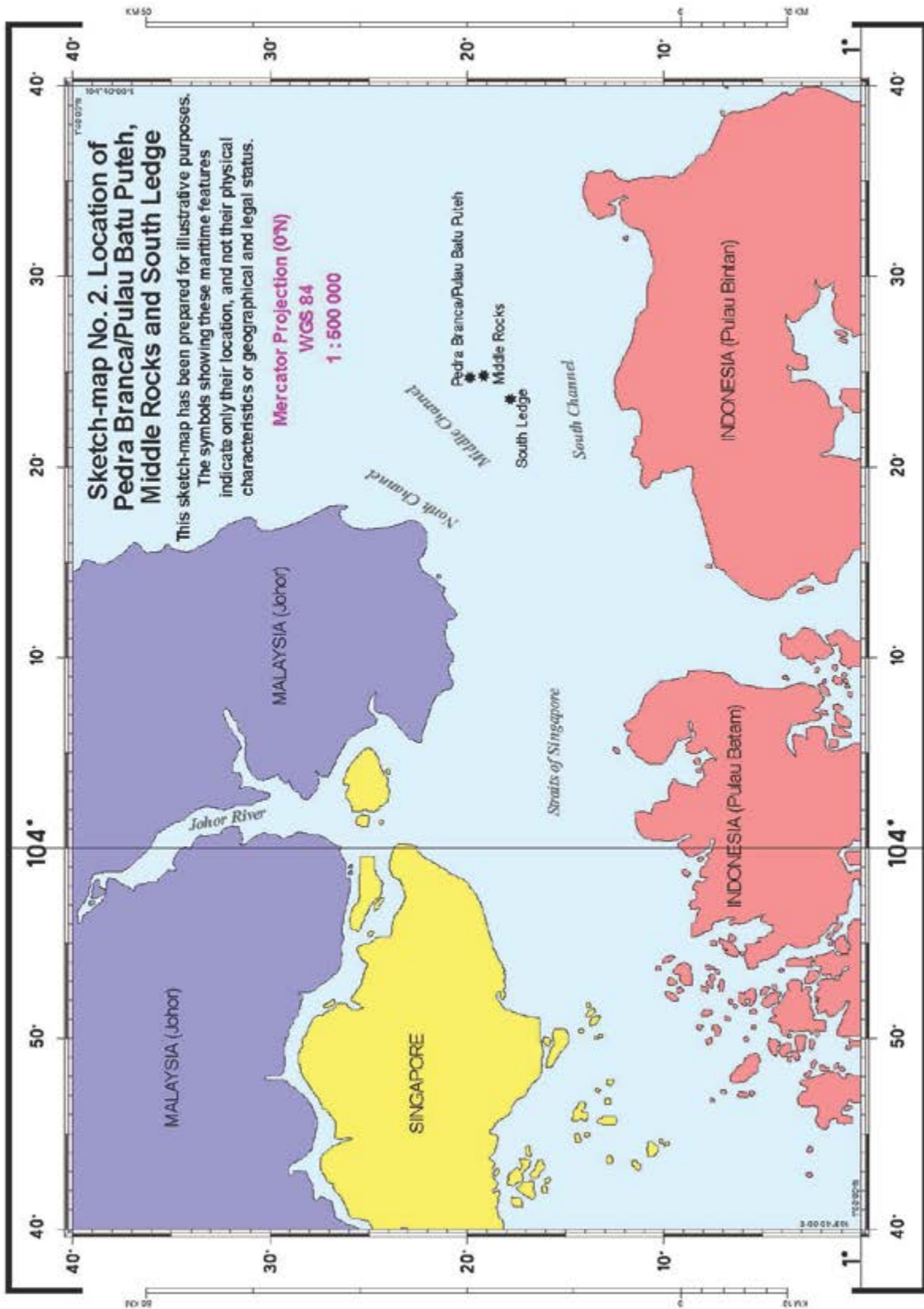
naturaleza del territorio concernido. Las actividades de los Orang Laut, en tanto en cuanto son aceptados como sujetos de Johor, son de carácter privado y no son una muestra de la autoridad estatal de Johor. Las actividades de piratería de Orang Laut son, incluso, aún menos admisibles como prueba para determinar el título original de Johor.

El Magistrado *ad hoc* Sreenivasa Rao señaló, además, que, por el contrario, Singapur ejerció varias funciones de Estado en relación con Pedra Branca/Pulau Batu Puteh y ejerció control sobre las aguas que rodeaban la isla durante más de 130 años, desde que tomó posesión de la misma en 1847. Por tanto, a pesar de que, en el momento en el que Gran Bretaña tomó posesión de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh,

ésta no era *terra nullius*, en consideración de la exhibición de efectividades superiores durante un periodo de 130 años, podría considerarse que Gran Bretaña/Singapur desplegó un comportamiento soberano sobre las aguas que rodeaban la isla. Por tanto, Singapur adquirió el título, el cual mantuvo sin interrupción ni controversia. La respuesta de Johor a Singapur en 1953, en la que afirmaba que no reclamaba la propiedad de la isla, sustenta esta tesis. En virtud de dicha soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh y sobre las aguas que la rodean, Singapur también tendría la soberanía sobre Middle Rocks y sobre South Ledge, pues estas formaciones marítimas recaen dentro de las aguas territoriales de Singapur.

Mapa esquemático No. 2

Ubicación de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks y South Ledge



169. CAUSA RELATIVA A CIERTAS CUESTIONES DE ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL (DJIBOUTI CONTRA FRANCIA)

Fallo de 4 de junio de 2008

El 4 de junio de 2008, la Corte emitió su fallo en relación con la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti contra Francia)*.

La composición de la Corte fue la siguiente: Presidenta Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Parra-Aranguren, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna y Skotnikov; Magistrados *ad hoc* Guillaume y Yusuf; Secretario Couvreur.

*
* *
*

La parte dispositiva (párr. 205) del fallo dice lo siguiente:

“[...]”

LA CORTE,

1) Por lo que se refiere a la competencia de la Corte,

a) Por unanimidad,

Declara que es competente para pronunciarse sobre la controversia relativa a la ejecución de la comisión rogatoria dirigida a la República Francesa por la República de Djibouti el 3 de noviembre de 2004,

b) Por 15 votos a favor y 1 en contra,

Declara que es competente para pronunciarse sobre la controversia relativa a la citación para comparecer como testigo dirigida al Presidente de la República de Djibouti el 17 de mayo de 2005 y las citaciones para comparecer como *témoins assistés* (testigos con derecho a asistencia letrada) dirigidas a dos funcionarios superiores de Djibouti los días 3 y 4 de noviembre de 2004 y 17 de junio de 2005;

VOTOS A FAVOR: Presidenta Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna y Skotnikov; Magistrados *ad hoc* Guillaume y Yusuf;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Parra-Aranguren;

c) Por 12 votos a favor y 4 en contra,

Declara que es competente para pronunciarse sobre la controversia relativa a la citación para comparecer como testigo dirigida al Presidente de la República de Djibouti el 14 de febrero de 2007;

VOTOS A FAVOR: Presidenta Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Shi, Koroma, Buergenthal, Owada, Simma, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna y Skotnikov; Magistrado *ad hoc* Yusuf;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Ranjeva, Parra-Aranguren y Tomka; Magistrado *ad hoc* Guillaume;

d) Por 13 votos a favor y 3 en contra,

Declara que no es competente para pronunciarse sobre la controversia relativa a las órdenes de detención dictadas contra dos funcionarios superiores de Djibouti el 27 de septiembre de 2006;

A FAVOR: Presidenta Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Parra-Aranguren, Buergenthal, Simma, Tomka, Keith, Sepúlveda-Amor y Bennouna; Magistrado *ad hoc* Guillaume;

EN CONTRA: Magistrados Owada y Skotnikov; Magistrado *ad hoc* Yusuf;

2) Por lo que respecta a las pretensiones finales sobre el fondo de la República de Djibouti,

a) Por unanimidad,

Declara que la República Francesa, al no motivar su negativa a ejecutar la comisión rogatoria presentada por la República de Djibouti el 3 de noviembre de 2004, incumplió la obligación internacional que le incumbe con arreglo al artículo 17 del Convenio sobre asistencia mutua en materia penal suscrito entre ambas partes en Djibouti el 27 de septiembre de 1986, y que la constatación de este incumplimiento constituye una reparación adecuada;

b) Por 15 votos a favor y 1 en contra,

Desestima las demás pretensiones finales formuladas por la República de Djibouti.

A FAVOR: Presidenta Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Parra-Aranguren, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna y Skotnikov; Magistrado *ad hoc* Guillaume;

EN CONTRA: Magistrado *ad hoc* Yusuf.”

*
* *

Los Magistrados Ranjeva, Koroma y Parra-Aranguren adjuntaron sendas opiniones separadas al fallo de la Corte; el Magistrado Owada adjuntó una declaración; el Magistrado Tomka adjuntó una opinión separada; los Magistrados Keith y Skotnikov adjuntaron sendas declaraciones; el Magistrado *ad hoc* Guillaume adjuntó una declaración; el Magistrado *ad hoc* Yusuf adjuntó una opinión separada.

*
* *

Cronología del procedimiento y pretensiones de las partes
(párrs. 1 a 18)

El 9 de enero de 2006, la República de Djibouti (en adelante “Djibouti”) interpuso en la Secretaría de la Corte una demanda, con fecha de 4 de enero de 2006, contra la República Francesa (en adelante “Francia”) respecto de una controversia:

“en relación con la negativa de las autoridades gubernamentales y judiciales francesas a cumplir una comisión rogatoria internacional por la cual se solicitaba la transmisión a las autoridades judiciales de Djibouti del expediente relativo a la investigación realizada en la Causa contra X por el homicidio de Bernard Borrel, infringiendo el Convenio sobre asistencia mutua en materia penal entre el Gobierno [de Djibouti] y el Gobierno [de Francia], de 27 de septiembre de 1986, e incumpliendo otras obligaciones internacionales de [Francia] respecto a [...] Djibouti”.

En lo referente a la mencionada negativa a ejecutar la comisión rogatoria internacional, la demanda presumía la violación del Tratado de amistad y cooperación firmado entre Francia y Djibouti el 27 de junio de 1977.

La demanda también se refería a las citaciones como testigos dictadas por las autoridades judiciales francesas al Jefe de Estado de Djibouti y a funcionarios superiores de Djibouti, que supuestamente incumplían las disposiciones del Tratado de amistad y cooperación, los principios y normas que rigen los privilegios e inmunidades de los diplomáticos establecidos en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961 y los principios establecidos conforme al derecho internacional consuetudinario relativos a las inmunidades internacionales, tal y como se reflejan, en concreto, en la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973.

En su demanda, Djibouti indicó que pretendía fundar la competencia de la Corte en el párrafo 5 del artículo 38 del Reglamento de ésta, y añadió que “confiaba en que la República Francesa aceptara la competencia de la Corte para solucionar la controversia”.

El Secretario, de acuerdo con el párrafo 5 del artículo 38 del Reglamento de la Corte, remitió inmediatamente un copia de la demanda al Gobierno de Francia e informó a ambos Estados de que, de acuerdo con dicha disposición, ni se incluiría la demanda en el Registro de la Corte ni se emprendería acción alguna en el procedimiento, salvo y hasta que el Estado en contra del cual se había interpuesto la demanda aceptara la competencia de la Corte en esta causa.

Por carta de fecha 25 de julio de 2006, recibida por la Secretaría de la Corte el 9 de abril de 2006, el Ministro de Asuntos Exteriores de Francia informó a la Corte de que Francia “aceptaba la competencia de la Corte para conocer de la demanda exclusivamente sobre la base del [...] párra-

fo 5 del artículo 38” del Reglamento de la Corte, y especificó que su consentimiento era “válido únicamente a los efectos de la causa, en el sentido del párrafo 5 del artículo 38, es decir, respecto de la controversia objeto de la demanda y dentro de los límites estrictos de las pretensiones formuladas en ella” por Djibouti. Se incluyó la causa en el Registro de la Corte con fecha de 9 de agosto de 2006.

Por carta de fecha de 17 de octubre de 2006, el Secretario informó a las partes de que el Miembro de la Corte de nacionalidad francesa había notificado a ésta su intención de no participar en la decisión de la causa a tenor de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 17 del Estatuto. De conformidad con el artículo 31 del Estatuto y el párrafo 1 del artículo 37 del Reglamento de la Corte, Francia designó al Sr. Gilbert Guillaume para que actuara como Magistrado *ad hoc* en la causa. Dado que la Corte no disponía de ningún Magistrado con nacionalidad de Djibouti, Djibouti ejerció el derecho contemplado en el artículo 31 del Estatuto de designar a un Magistrado *ad hoc* para que actuara en la causa: eligió al Sr. Abdulqawi Ahmed Yusuf.

Mediante providencia de 15 de noviembre de 2006, la Corte fijó el 15 de marzo de 2007 y el 13 de julio de 2007, respectivamente, como plazos para la presentación de la memoria de Djibouti y la contramemoria de Francia; ambos escritos fueron presentados dentro de los plazos fijados. Las partes no consideraron necesario presentar una réplica o una dúplica, ni tampoco la Corte. Por lo tanto, la vista estaba lista para que se iniciara el procedimiento oral.

Se celebraron vistas públicas del 21 al 29 de enero de 2008, al término de las cuales las partes presentaron a la Corte las siguientes pretensiones finales:

En nombre del Gobierno de Djibouti,

“La República de Djibouti pide a la Corte que falle y declare que:

1. La República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo a la Convención de 1986:

i) Al no cumplir su compromiso de 27 de enero de 2005 de ejecutar la comisión rogatoria de la República de Djibouti de fecha 3 de noviembre de 2004;

ii) Con carácter subsidiario, al no cumplir la obligación que le incumbe con arreglo al artículo 1 de esa Convención tras su negativa ilícita manifestada mediante carta de 6 de junio de 2005;

iii) Con carácter aún más subsidiario, al no cumplir la obligación que le incumbe con arreglo al artículo 1 de esa Convención tras su negativa ilícita manifestada mediante carta de 31 de mayo de 2005.

2. Una vez emitido el fallo de la Corte, la República Francesa debe proceder inmediatamente:

i) A transmitir el “expediente Borrel” en su totalidad a la República de Djibouti;

ii) Con carácter subsidiario, a transmitir el “expediente Borrel” a la República de Djibouti en las condiciones que determine la Corte.

3. La República Francesa ha incumplido la obligación que le incumbe con arreglo a los principios del derecho internacional consuetudinario y general de no cometer actos que menoscaben la inmunidad, el honor y la dignidad del Presidente de la República de Djibouti al:

i) Citar como testigo al Presidente de la República de Djibouti el 17 de mayo de 2005;

ii) Repetir ese acto o tratar de repetirlo el 14 de febrero de 2007;

iii) Dar publicidad a ambas citaciones transmitiendo inmediatamente esa información a los medios de comunicación franceses;

iv) No responder de manera adecuada a las dos cartas de protesta del Embajador de la República de Djibouti en París de fechas 18 de mayo de 2005 y 14 de febrero de 2007.

4. La República Francesa ha incumplido la obligación que le incumbe con arreglo a los principios del derecho internacional consuetudinario y general de evitar el menoscabo de la inmunidad, el honor y la dignidad del Presidente de la República de Djibouti;

5. Una vez emitido el fallo de la Corte, la República Francesa debe retirar inmediatamente y declarar nula la citación para comparecer como testigo de 17 de mayo de 2005;

6. La República Francesa ha incumplido la obligación que le incumbe con arreglo a los principios del derecho internacional consuetudinario y general de no atentar contra la persona, la libertad y el honor del *Fiscal General* y del Jefe de la Seguridad Nacional de la República de Djibouti;

7. La República Francesa ha incumplido la obligación que le incumbe con arreglo a los principios del derecho internacional consuetudinario y general de prevenir las agresiones contra la persona, la libertad y el honor del *Fiscal General* y del Jefe de la Seguridad Nacional de la República de Djibouti;

8. Una vez emitido el fallo de la Corte, la República Francesa debe retirar inmediatamente y declarar nulas las citaciones para comparecer como *témoins assistés* (testigos con derecho a asistencia letrada) y las órdenes de detención dictadas contra el *Fiscal General* y el Jefe de la Seguridad Nacional de la República de Djibouti;

9. La República Francesa, al obrar de manera contraria a los artículos 1, 3, 4, 6 y 7 del Tratado de amistad y cooperación de 1977, considerados por separado o de manera conjunta, o al no obrar de conformidad con ellos, ha vulnerado el espíritu y el fin de ese Tratado, así como las obligaciones que se derivan de él;

10. La República Francesa debe poner fin a su comportamiento ilícito y cumplir escrupulosamente en el futuro las obligaciones que le incumben;

11. La República Francesa debe ofrecer a la República de Djibouti garantías específicas de que no se repetirán los actos ilícitos denunciados”.

En nombre del Gobierno de Francia,

“Por las razones expuestas en su contramemoria y en sus alegaciones orales, la República Francesa pide a la Corte que:

1. a) Declare que carece de competencia para pronunciarse sobre las pretensiones formuladas por la República de Djibouti en sus alegaciones orales, que van más allá del objeto de la controversia tal como figura en su demanda, o las declare inadmisibles;

b) Con carácter subsidiario, declare que esas pretensiones carecen de fundamento;

2. Desestime las demás pretensiones formuladas por la República de Djibouti”.

Hechos de la causa (párrs. 19 a 38)

La Corte empieza señalando que las partes coinciden en que no es la Corte quien tiene que determinar los hechos y establecer responsabilidades en la causa Borrel, y en particular, en las circunstancias que produjeron su muerte. Añade que están de acuerdo en que la controversia planteada ante la Corte se origina sin embargo en esta causa, como consecuencia de la apertura de un número de procedimientos judiciales, en Francia y en Djibouti, y del recurso a mecanismos de tratados bilaterales de asistencia mutua entre las partes. La Corte describe detenidamente los hechos, algunos admitidos y otros discutidos por las partes, y los procedimientos judiciales iniciados en relación con la causa Borrel.

Competencia de la Corte (párrs. 35 a 39)

La Corte recuerda que Djibouti pretendía fundar la competencia de la Corte en el párrafo 5 del artículo 38 del Reglamento de ésta. La Corte señala que, si bien Francia admite que la competencia de la Corte para solucionar la controversia está fuera de duda en virtud de dicha disposición, refuta el alcance de dicha competencia *ratione materiae* y *ratione temporis* para ocuparse de determinadas infracciones denunciadas por Djibouti.

Cuestiones previas relativas a la competencia y la admisibilidad (párrs. 45 a 50)

La Corte observa que, al determinar el alcance del consentimiento expresado por una de las partes, se pronuncia sobre su competencia y no sobre la admisibilidad de la demanda. Pasa, pues, a examinar las objeciones formuladas por Francia respecto al alcance de su competencia.

Competencia ratione materiae (párrs. 51 a 64)

Tras exponer las posiciones de las partes, la Corte observa que, en el marco de las condiciones expresadas anteriormente, su competencia se basa en el consentimiento de los Estados, y que ni el Estatuto ni el Reglamento de la Corte exigen que el consentimiento de las partes que le confiere la competencia se exprese en una forma particular. La Corte recuerda que, además, ha interpretado el párrafo 1 del artículo 36 del Estatuto como un consentimiento habilitador que se puede deducir de ciertos actos, aceptando así la posibilidad del *forum prorogatum*. De este modo, para que la Corte ejerza su competencia con arreglo al *forum prorogatum*, la Corte opina que el elemento de consentimiento debe ser explícito o claramente derivado de la conducta pertinente de un Estado.

La Corte observa que es la primera ocasión en que la Corte tiene que pronunciarse respecto a una controversia interpuesta en una demanda basada en el párrafo 5 del artículo 38 del Reglamento de la Corte. Indica que dicha disposición, introducida por la Corte en su Reglamento en 1978, permite a un Estado que pretenda fundar la competencia de la Corte para conocer de una causa en un consentimiento todavía no dado o manifestado por otro Estado presentar una demanda que exprese sus pretensiones y que invite a este último a consentir que la Corte se ocupe de éstas, sin perjuicio de las normas que regulan la buena administración de la justicia. Observa que el Estado cuyo consentimiento a la competencia de la Corte se solicita para solucionar una controversia es completamente libre para responder como estime conveniente; si consiente la competencia de la Corte, especificará, de ser necesario, los aspectos de la controversia que acepta someter al fallo de la Corte. Explica que la naturaleza diferida y *ad hoc* del consentimiento del demandado, de conformidad con el párrafo 5 del artículo 38 del Reglamento de la Corte, hace del procedimiento iniciado un medio de establecer el *forum prorogatum*. La Corte añade que su competencia se puede fundar en el *forum prorogatum* de diferentes formas, ninguna de ellas recogidas en el párrafo 5 del artículo 38. Estipula, no obstante, que ningún demandante puede recurrir a la Corte sin ser capaz de indicar en su demanda el Estado contra el que se formula la pretensión y el objeto de la controversia, así como la naturaleza exacta de dicha pretensión y los hechos y los motivos en los que se basa.

Alcance del consentimiento mutuo de las partes (párrs. 65 a 69)

La Corte vuelve así a la cuestión de discernir el alcance del consentimiento mutuo de las partes. A tal fin, examina los términos de la aceptación por parte de Francia de la competencia de la Corte y los términos de la demanda de Djibouti a los que responde dicha aceptación.

La Corte observa que Francia ha manifestado la opinión de que sólo aceptaba la competencia de la Corte respecto del objeto de la causa expuesto en el párrafo 2, y únicamente en

dicho párrafo, de la sección “Objeto de la controversia” de la demanda.

Dicho párrafo reza así:

“El objeto de la controversia guarda relación con la negativa de las autoridades gubernamentales y judiciales francesas a cumplir una comisión rogatoria internacional por la cual se solicitaba la transmisión a las autoridades judiciales de Djibouti del expediente relativo a la investigación realizada en la Causa contra X por el homicidio de Bernard Borrel, infringiendo el Convenio sobre asistencia mutua en materia penal celebrado entre el Gobierno de la República de Djibouti y el Gobierno de la República Francesa el 27 de septiembre de 1986, e incumpliendo otras obligaciones internacionales de Francia respecto a la República de Djibouti”.

Basándose en su jurisprudencia, la Corte indica que el objeto de la controversia no tenía que determinarse exclusivamente mediante referencias a los asuntos expuestos en la sección pertinente de la demanda. De este modo, la Corte observa que la demanda, entendida en su totalidad, tiene un alcance más amplio que el descrito en el párrafo mencionado anteriormente e incluye las citaciones enviadas al Presidente de Djibouti el 17 de mayo de 2005 y las enviadas a otros funcionarios de Djibouti el 3 y 4 de noviembre de 2004.

La Corte indica que las partes no rebaten que las pretensiones relativas a la comisión rogatoria de Djibouti de 3 de noviembre de 2004 y, por lo tanto, la cuestión concreta del cumplimiento del Convenio sobre asistencia mutua en materia penal está sujeta a su competencia. Observa, sin embargo, que no están de acuerdo en la cuestión de si las pretensiones relativas a las citaciones enviadas por Francia al Presidente de Djibouti, al *Fiscal General de la República* y el Jefe de la Seguridad Nacional de Djibouti, así como las órdenes de detención dictadas contra estos últimos, están dentro de su competencia.

Las frases dispositivas de la respuesta de Francia a la demanda de Djibouti son las siguientes: “Tengo el honor de informarle de que la República Francesa acepta la competencia de la Corte para conocer de la demanda, exclusivamente sobre la base del párrafo 5 del artículo 38 [del Reglamento de la Corte].

Dicho consentimiento a la competencia de la Corte es válido únicamente a los efectos de la causa, en el sentido del párrafo 5 del artículo 38, es decir, respecto de la controversia objeto de la demanda y dentro de los límites estrictos de las pretensiones formuladas en ella por la República de Djibouti”.

Tras examinar la carta de aceptación de Francia, la Corte declara que, con arreglo a una simple lectura del texto de la carta y a tenor de las palabras elegidas, la aceptación del demandado no se limita al “objeto de la controversia” tal y como se describe en el párrafo 2 de la demanda de Djibouti. La Corte opina que, cuando Francia, que tenía pleno cono-

cimiento de las pretensiones formuladas por Djibouti en su demanda, envió su carta a la Corte, no pretendía excluir de su competencia determinados aspectos de la controversia objeto de la demanda. Por consiguiente, la Corte sostiene que, respecto a la competencia *ratione materiae*, la controversia relativa a ambos objetos expuestos en la demanda de Djibouti, concretamente la negativa de Francia de cumplir la comisión rogatoria internacional y las citaciones de comparecencia enviadas por el poder judicial francés por un lado al Presidente de la República de Djibouti el 17 de mayo de 2005 y, por otro, a dos funcionarios superiores de Djibouti los días 3 y 4 de noviembre de 2004 y 17 de junio de 2005, están dentro de la competencia de la Corte.

La Corte vuelve así a la cuestión de su competencia sobre la citación como testigo de 2007 recibida por el Presidente de Djibouti y las órdenes de detención de 2006 dictadas contra funcionarios superiores de Djibouti [acciones que se produjeron tras interponer la demanda]. Recuerda que, en su memoria, Djibouti exponía que se había reservado el derecho a enmendar y complementar la demanda y que observaba que las controversias basadas en las infracciones del derecho internacional sobre inmunidades que tuvieran lugar después del 9 de enero de 2006 no eran nuevas o externas a las pretensiones iniciales y que todas guardaban relación con las pretensiones expuestas en la demanda y se basaban en los mismos criterios jurídicos. La Corte observa que Francia, por su parte, ha sostenido que cualquier posible competencia de la Corte para tratar dichas infracciones no se podría ejercer respecto de los hechos que ocurrieron después de interponer la demanda.

Respecto a las órdenes de detención dictadas contra los funcionarios superiores de Djibouti, la Corte indica que la carta de Francia deja claro que su aceptación no va más allá de lo que consta en la demanda. Subraya que, cuando la competencia se basa en el *forum prorogatum*, se debe tener un gran cuidado en lo relacionado con el alcance de la aceptación tal y como lo haya limitado el Estado demandado. La Corte recuerda que el consentimiento de Francia es “válido únicamente a los efectos de la causa”, es decir, respecto de “la controversia objeto de la demanda y dentro de los límites estrictos de las pretensiones formuladas en ella por la República de Djibouti”; que en la demanda de Djibouti no existen pretensiones relativas a las ordenes de detención; y que, aunque las ordenes de detención se podrían considerar un método de cumplir las citaciones, representan actos jurídicos nuevos, por lo que no puede considerarse que Francia haya aceptado de forma implícita la competencia de la Corte. Por lo tanto, la Corte opina que las pretensiones relativas a las órdenes de detención surgen respecto a cuestiones que están fuera del alcance de la competencia *ratione materiae* de la Corte.

Respecto a la citación del Presidente de Djibouti de 14 de febrero de 2007, la Corte indica que estaba relacionada con la misma causa que la citación inicial enviada al Presidente

de Djibouti el 17 de mayo de 2005, que fue dictada por el mismo Magistrado y que estaba relacionada con la misma cuestión jurídica, pero que en este caso se había respetado la forma exigida por la legislación francesa. La Corte opina que, aunque se había corregido en cuanto a la forma, constituía una repetición de la citación como testigo de 17 de mayo de 2005. La Corte subraya que, en la lista de criterios jurídicos en los que Djibouti basaba su demanda (véase el párrafo 3 de dicho documento), se refería de forma expresa a las agresiones a una persona que ocupa el cargo de Jefe de Estado. Al observar que Francia ha aceptado la competencia de la Corte respecto de las “pretensiones formuladas” en la demanda de Djibouti, la Corte llega a la conclusión de que tiene competencia para examinar las dos citaciones mencionadas anteriormente.

Supuesta infracción del Tratado de amistad y cooperación entre Francia y Djibouti de 27 de junio de 1977
(párrs. 96 a 114)

Djibouti sostiene que Francia infringió una obligación general de cooperación prevista en el Tratado de amistad y cooperación (firmado por ambos Estados el 27 de junio de 1977) al no cooperar en el contexto de la instrucción judicial de la causa Borrel, al cometer agresiones contra la dignidad y el honor del Jefe de Estado y de otras autoridades de Djibouti y al actuar sin respetar los principios de igualdad, respeto mutuo y paz establecidos en el artículo 1 del Tratado. Francia, por su parte, sostiene que cualquier interpretación del Tratado que tenga como resultado el conocimiento de la existencia de una obligación general de cooperar jurídicamente vinculante respecto de la ejecución de la comisión rogatoria internacional es contraria no sólo a los términos de Tratado, sino también a su objeto, su propósito, su contexto y a la voluntad de las partes.

La Corte llevó a cabo un examen meticuloso de las disposiciones del Tratado. Si bien observa que las respectivas obligaciones contempladas en el Tratado son obligaciones de derecho, expresadas como obligaciones de medios, en virtud de las cuales las partes se comprometen a colaborar en la consecución de determinados objetivos, declara que la asistencia mutua en materia penal (la cuestión reglamentada por el Convenio de 1986), no es una cuestión mencionada en las áreas de cooperación enumeradas en el Tratado de 1977.

Además, si bien la Corte llega a la conclusión de que el Tratado de amistad y cooperación de 1977 guarda cierta relación con la interpretación y la aplicación del Convenio sobre asistencia mutua en materia penal (de 27 de septiembre de 1986 entre Djibouti y Francia), ya que éste se debe interpretar y aplicar de tal manera que contemple la amistad y la cooperación establecidas entre Francia y Djibouti como base de sus relaciones mutuas en el Tratado de 1977, cabe señalar que ello es cierto en la medida en que la relación entre ambos instrumentos se puede explicar en términos

jurídicos. Por lo tanto, la Corte opina que, a la luz de su jurisprudencia y de la norma consuetudinaria establecida en el párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969, una interpretación del Convenio de 1986 que tenga en cuenta debidamente el espíritu de amistad y cooperación estipulados en el Tratado de 1977 no puede impedir que una parte del Convenio dependa de una disposición que permita el incumplimiento de una obligación convencional en determinadas circunstancias.

Supuesta infracción del Convenio sobre asistencia mutua en materia penal entre Djibouti y Francia de 27 de septiembre de 1986 (párrs. 115 a 156)

Djibouti arguye que Francia infringió el Convenio mencionado anteriormente al negarse a ejecutar la comisión rogatoria dictada el 3 de noviembre de 2004 por las autoridades judiciales de Djibouti. La Corte examina las tres alegaciones presentadas por Djibouti para sostener esta pretensión.

Obligación de cumplir la comisión rogatoria internacional (párrs. 116 a 124)

Según Djibouti, la obligación de cumplir la comisión rogatoria internacional establecida en el artículo 1 del Convenio de 1986 impone supuestamente a las dos partes una obligación de reciprocidad en la ejecución del Convenio. La Corte observa en este sentido que, en el contexto de las relaciones entre Djibouti y Francia, el artículo 1 del Convenio de 1986 hace referencia al cumplimiento mutuo de las obligaciones establecidas en el mismo. La Corte considera a este respecto que cada parte debe examinar las solicitudes de asistencia jurídica en función de lo expresado por dicho artículo. La Corte señala igualmente que en el Convenio no se prevé que la concesión de asistencia por parte de un Estado respecto a una cuestión imponga al otro Estado la obligación de hacer lo mismo cuando se le solicite asistencia. Por consiguiente, la Corte considera que Djibouti no puede basarse en el principio de reciprocidad para pedir la ejecución de la comisión rogatoria internacional presentada a las autoridades judiciales francesas.

En cuanto a la obligación de ejecutar comisiones rogatorias internacionales establecida en el artículo 3 del Convenio de 1986, la Corte señala que debe cumplirse de conformidad con el derecho procesal del Estado requerido. La Corte indica que el tratamiento final de una solicitud de asistencia mutua en materia penal depende claramente de la decisión de las autoridades nacionales competentes, siguiendo el procedimiento establecido por la legislación del Estado requerido. Aunque dicho Estado debe asegurarse de que se inicie el procedimiento, ello no garantiza el resultado de dicho procedimiento, en el sentido de la transmisión del expediente solicitado en la comisión rogatoria. La Corte señala que el artículo 3 debe leerse junto con los artículos 1 y 2 del Convenio.

Supuesto compromiso de Francia de cumplir la comisión rogatoria internacional solicitada por Djibouti (párrs. 125 a 130)

La Corte evalúa una carta de fecha 27 de enero de 2005 remitida por el Jefe de gabinete del Ministro de Justicia de Francia al Embajador de Djibouti en París, en la que se indica que:

“He solicitado que se adopten todas las medidas necesarias para garantizar que se remite una copia del informe de la investigación de la muerte de Sr. Bernard Borrel al Ministro de Justicia y Asuntos Penales y Musulmanes de la República de Djibouti antes de finales de febrero de 2005 (este plazo es necesario debido al volumen del material que tiene que reproducirse).

También he solicitado al *fiscal* de París que garantice que no se produzca un retraso indebido al llevar a cabo dicha tarea”.

Djibouti sostiene que ello equivalía a un compromiso del Jefe de gabinete (que obligaba al Ministro de Justicia y al Estado francés en su conjunto), y que dicho compromiso suscitó una esperanza legítima por su parte de que el expediente se iba a remitir.

La Corte señala que los términos de la carta de 27 de enero de 2005, en su sentido corriente, no implican ningún compromiso formal del Jefe de gabinete del Ministro de Justicia en relación con la transmisión del expediente Borrel; la carta informaba más bien al Embajador de Djibouti en Francia de los pasos que se habían dado para que se iniciara el proceso judicial que hacía posible la transmisión del expediente. La Corte añade que, en cualquier caso, el Jefe de gabinete no podría haber adoptado un compromiso definitivo, ya que la legislación francesa (art. 694-2 del Código de Procedimiento Penal francés) otorga autoridad para ejecutar comisiones rogatorias exclusivamente a los jueces de instrucción. Por consiguiente, la Corte considera que, en virtud de su contenido y de las circunstancias jurídicas y de hecho que la rodean, la carta de 27 de enero de 2005 no implica por sí misma un compromiso jurídico de Francia de ejecutar la comisión rogatoria internacional comunicada por Djibouti el 3 de noviembre de 2004.

Negativa de Francia de cumplir la comisión rogatoria internacional (párrs. 131 a 156)

Djibouti sostiene que Francia no puede basarse en las disposiciones del apartado c) del artículo 2 del Convenio de 1986, en virtud del cual un Estado puede denegar la asistencia mutua si considera que el cumplimiento de la solicitud podría perjudicar sus intereses esenciales. Además, indica que no se puede interpretar que la legislación francesa otorgue poder exclusivo al juez instructor para determinar los intereses esenciales del Estado. Djibouti argumenta que Francia, en la carta de su Embajador en Djibouti al Ministro de Asuntos Exteriores de Djibouti de 6 de junio de 2005, no

proporcionó ningún motivo respecto a su negativa unilateral de asistencia recíproca, lo que infringe el artículo 17 del Convenio de 1986, en el que se establece que “deberán aducirse motivos para negar la asistencia mutua”. Según Djibouti, la obligación de explicar los motivos es, de hecho, un requisito para la validez de la negativa. A este respecto, Djibouti destaca que la mera mención del apartado c) del artículo 2 se puede considerar, en el mejor de los casos, como un tipo muy general de “notificación”, que no es, en su opinión, lo mismo que dar “motivos”.

Francia, por su parte, señala que no corresponde a otro Estado determinar la manera en que Francia debe organizar sus propios procedimientos. Observa que los asuntos penales, más que otros, afectan a la soberanía nacional de los Estados y a su seguridad, *orden público* y otros intereses esenciales, como se indica en el apartado c) del artículo 2 del Convenio de 1986. Francia añade que no sólo informó a Djibouti el 31 de mayo de 2005 mediante una carta remitida por el Director de Asuntos Penales e Indultos del Ministerio de Justicia al Embajador de Djibouti en Francia, sino que también explicó los motivos concretos de la negativa aludiendo al apartado c) del artículo 2 del Convenio de 1986. En este sentido, Francia considera que citar dicho artículo es suficiente como exposición de los motivos exigidos por el artículo 17 del Convenio.

Dado que Djibouti niega que su Embajador en París haya recibido la carta de fecha 31 de mayo de 2005, y que Francia no puede demostrar que dicha carta fuera enviada a las autoridades de Djibouti, la Corte llega a la conclusión de que no se puede tener en cuenta dicho documento en el marco del examen de la presente causa.

Después de recordar las circunstancias en las que las autoridades judiciales francesas tomaron la decisión de negarse a ejecutar la comisión rogatoria internacional y la forma en que se informó a Djibouti de dicha decisión, la Corte indica que no puede aceptar la alegación de Djibouti según la cual, de conformidad con la legislación francesa, la determinación de los asuntos relativos a la seguridad y el *orden público* no puede recaer únicamente sobre el poder judicial. La Corte declara tener conocimiento de que, en un momento dado, el Ministerio de Justicia había trabajado activamente en relación con dichas cuestiones. No obstante, añade que la Sala encargada de las diligencias de prueba del *Tribunal de Apelación* de París, en su fallo de 19 de octubre de 2006, estableció cuál era la autoridad máxima para la respuesta a una comisión rogatoria. La Sala encargada de las diligencias de prueba sostenía que la aplicación, en un sentido o en otro, del artículo 2 del Convenio de 1986 a una petición cursada por un Estado era una cuestión exclusiva del juez instructor (que dispondría de información de los departamentos pertinentes del Gobierno). Asimismo, el Tribunal de Apelación estableció que la decisión de un juez instructor es una decisión definitiva, y no un consejo para el ejecutivo. Esta Corte

no puede sino aceptar las conclusiones del Tribunal de Apelación de París sobre esta cuestión.

Con respecto a si la decisión de la autoridad competente se tomó de buena fe y está dentro del alcance del artículo 2 del Convenio de 1986, la Corte recuerda que, en su comunicado de 8 de febrero de 2005, la Magistrada Clément explicó los motivos de su decisión de desestimar la petición de asistencia mutua. La Magistrada explicaba en dicho comunicado que la transmisión del expediente se consideraba contraria a los intereses esenciales de Francia, ya que dicho expediente contenía documentos desclasificados considerados secretos de defensa, así como información y declaraciones de testigos respecto a otras causas en curso, cuya transmisión a una autoridad política extranjera habría significado una infracción de la legislación francesa, ya que se trataba de documentos a los que sólo podían acceder Magistrados franceses. La Corte indica además que en el comunicado no se explicaba de manera evidente por qué la Magistrada Clément determinó que no era posible transmitir parte del expediente, ni tan siquiera tras eliminar o tachar algunos documentos. Explica, sin embargo, que de las alegaciones orales y escritas de Francia se podía deducir que había presentes en todo el expediente documentos e información del servicio de inteligencia. Por consiguiente, la Corte estima que los motivos proporcionados por la Magistrada Clément recaían dentro del ámbito del apartado c) del artículo 2 del Convenio de 1986.

La Corte no puede aceptar que, como sostiene Francia, no existe infracción del artículo 17 debido a que supuestamente se informó a Djibouti de que se había invocado el apartado c) del artículo 2. Igualmente, la Corte no puede aceptar el argumento de Francia según el cual el hecho de que Djibouti haya tenido conocimiento de los motivos durante estas actuaciones implique que no ha habido infracción del artículo 17. La obligación jurídica de notificar las razones de la negativa a ejecutar una comisión rogatoria no se cumple cuando el Estado solicitante tiene conocimiento de los documentos pertinentes durante el litigio, varios meses después. Al no haberse proporcionado ningún motivo en la carta de 6 de junio de 2005, la Corte llega a la conclusión de que Francia no cumplió su obligación en virtud del artículo 17 del Convenio de 1986.

La Corte señala a este respecto que, incluso si estuviera convencida de la transmisión de la carta de 31 de mayo de 2005, la mera referencia que, según se aduce, ésta contenía al apartado c) del artículo 2 no habría sido suficiente para cumplir con la obligación de Francia en virtud del artículo 17. La Corte considera que se requería una breve explicación adicional y que no se trata de una simple cuestión de cortesía. De esta manera, el Estado requerido habría justificado igualmente su buena fe en la desestimación de la petición.

La Corte observa finalmente que hay una cierta relación entre los artículos 2 y 17 del Convenio en el sentido de que las razones que pueden justificar la denegación de la asistencia mutua debida en cumplimiento del artículo 17 in-

cluyen los motivos especificados en el artículo 2. Al mismo tiempo, los artículos 2 y 17 recogen obligaciones distintas, y los términos del Convenio no indican que para recurrir al artículo 2 se deba cumplir el artículo 17. Por lo tanto, la Corte concluye que, a pesar de que Francia no ha respetado el artículo 17, cabía pensar que este último se basaba en el apartado c) del artículo 2 y que, por consiguiente, no se ha incumplido el artículo 1 del Convenio.

Supuestas infracciones de la obligación de evitar agresiones a la persona, la libertad o la dignidad de una persona protegida en el ámbito internacional (párrs. 157 a 200)

Djibouti considera que Francia, al enviar las citaciones de comparecencia como testigos al Jefe de Estado y a funcionarios superiores de Djibouti, ha incumplido la obligación derivada de los principios establecidos del derecho internacional consuetudinario y general de evitar agresiones a la persona, la libertad o la dignidad de una persona protegida en el ámbito internacional.

Supuestas agresiones a la inviolabilidad o a la inmunidad de jurisdicción del Jefe de Estado de Djibouti (párrs. 161 a 180)

Djibouti pone en tela de juicio dos citaciones de comparecencia como testigo de la causa Borrel dirigidas al Presidente de la República de Djibouti por la jueza instructora francesa, la Magistrada Clément, el 17 de mayo de 2005 y el 14 de febrero de 2007.

— *Citación de comparecencia como testigo dirigida al Jefe de Estado de Djibouti el 17 de mayo de 2005*

La Corte recuerda que, el 17 de mayo de 2005, la jueza instructora responsable de la causa Borrel envió un fax a la Embajada de Djibouti en Francia con una citación de comparecencia como testigo destinada al Presidente de Djibouti, que se encontraba de visita oficial en Francia, en la que le invitaba a asistir en persona al despacho de la Magistrada el día siguiente. Para Djibouti, dicha citación no sólo era inapropiada en cuanto a la forma, sino que representaba también un elemento de coacción a tenor de los artículos 101 y 109 del Código de Procedimiento Penal francés. Además, Djibouti deduce de la ausencia de disculpas y del hecho de que la citación no se declarara nula que la agresión a la inmunidad, el honor y la dignidad del Jefe de Estado ha continuado.

Francia, por su parte, sostiene que la citación de un Jefe de Estado extranjero como testigo ordinario no constituye en sentido alguno una infracción del carácter absoluto de la inmunidad de jurisdicción o incluso de ejecución de que gozan los Jefes de Estado extranjeros. En su opinión, las citaciones de comparecencia como testigo dirigidas al Jefe de Estado de Djibouti consistían estrictamente en una invitación que no le imponía ninguna obligación.

La Corte indica que, como ya recordó en la causa de la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo contra Bélgica)*, “en el derecho internacional

ha quedado firmemente establecido que [...] determinados altos funcionarios del Estado, como el jefe de Estado [...] gozan en otros Estados de inmunidad de jurisdicción tanto civil como penal” (*Fallo, I.C.J. Reports 2002*, págs. 20 y 21, párr. 51). En su opinión, un Jefe de Estado goza en particular de “plena inviolabilidad e inmunidad con respecto a la jurisdicción penal” que le protegen “de cualquier acto de la autoridad de otro Estado que entorpezca el ejercicio de sus funciones” (*Ibíd.*, pág. 22, párr. 54). De esta forma, el factor determinante para apreciar si ha habido o no un atentado contra la inmunidad del Jefe de Estado radica en la sujeción de éste a un acto de autoridad coercitivo.

En la presente causa, la Corte concluye que la citación no estaba asociada con ninguna medida de coacción contemplada en el artículo 109 del Código de Procedimiento Penal francés; de hecho, se trataba simplemente de una invitación a testificar que el Jefe de Estado podía aceptar o rechazar libremente. Por consiguiente, la Corte sostiene que Francia no atentó contra la inmunidad de jurisdicción penal de que goza el Jefe de Estado.

No obstante, la Corte observa que la jueza instructora, la Magistrada Clément, dirigió la citación al Presidente de Djibouti sin tener en cuenta los procedimientos formales establecidos en el artículo 656 del Código de Procedimiento Penal francés, referente a la “declaración por escrito del representante de un Estado extranjero”. La Corte considera que, al invitar a un Jefe de Estado a prestar declaración simplemente enviándole un fax y concediéndole, sin consulta previa, un plazo extremadamente corto para comparecer en su despacho, la jueza instructora no actuó de acuerdo con la cortesía debida a un Jefe de Estado extranjero.

Habiendo tenido conocimiento de todos los defectos formales que rodearon la citación conforme a la legislación francesa, la Corte considera que no constituyen en sí mismos una infracción por parte de Francia de sus obligaciones internacionales en relación con la inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros. No obstante, la Corte observa que Francia tendría que haber presentado disculpas.

La Corte recuerda además que la norma del derecho internacional consuetudinario reflejada en el artículo 29 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, según la cual los Estados receptores tienen la obligación de proteger el honor y la dignidad de los agentes diplomáticos, es aplicable a los Jefes de Estado. A este respecto, la Corte observa que si Djibouti hubiese probado que instancias judiciales francesas habían comunicado información confidencial relativa a la citación de comparecencia como testigo dirigida al Presidente de Djibouti a los medios de comunicación, en dicho contexto ello habría podido constituir no sólo una violación del derecho francés, sino también una violación por Francia de sus obligaciones internacionales. Sin embargo, la Corte reconoce que no dispone de ninguna prueba convincente que establezca que las instancias judiciales francesas

estén detrás de la difusión de la información confidencial en cuestión.

— *Citación de comparecencia como testigo dirigida al Jefe de Estado de Djibouti el 14 de febrero 2007*

Respecto a la segunda citación, la Corte estima que se dictó siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 656 del Código de Procedimiento Penal francés y que, por lo tanto, es conforme a la legislación francesa. La Corte señala que el consentimiento del Jefe de Estado fue pedido expresamente en esta solicitud de declaración, que se transmitió por intermedio de las autoridades y en la forma establecida por la ley. En consecuencia, la Corte considera que esta medida no puede haber infringido las inmunidades de jurisdicción de que goza el Jefe de Estado de Djibouti.

En cuanto al argumento de Djibouti de que la divulgación a los medios de comunicación de información confidencial relativa a la segunda citación de comparecencia como testigo, incumpliendo así la confidencialidad de la investigación, debe considerarse como una agresión al honor o la dignidad de su Jefe de Estado, la Corte vuelve a indicar que no se ha proporcionado ninguna prueba concluyente que permita establecer que las autoridades judiciales francesas fueron la fuente de difusión de la información confidencial sobre esta cuestión.

Supuestas agresiones a las inmunidades de que deben gozar el Fiscal de la República y el Jefe de la Seguridad Nacional de Djibouti (párrs. 181 a 200)

La Corte examina las cuatro citaciones como *témoins assistés* dictadas en 2004 y 2005 por Magistrados franceses y dirigidas a los funcionarios superiores de Djibouti el Sr. Djama Souleiman Ali y el Sr. Hassan Said Khaireh, *Fiscal de la República* y Jefe de la Seguridad Nacional de Djibouti, respectivamente. Según aduce Djibouti, dichas citaciones de comparecencia como testigos infringen las obligaciones internacionales respecto a la inmunidad, ambas convencionales y derivadas del derecho internacional general.

La Corte recuerda que las citaciones como *témoins assistés*, según la legislación francesa, se aplican cuando existen sospechas respecto a la persona en cuestión, sin que haya suficientes pruebas para seguir adelante con *un procesamiento*. Por lo tanto, se obliga a la persona concernida a comparecer ante el Magistrado bajo pena de ser obligado a hacerlo por las fuerzas del orden (artículo 109 del Código de Procedimiento Penal francés).

Inicialmente, Djibouti alegó que el *Fiscal de la República* y el Jefe de la Seguridad Nacional gozaban de inmunidad personal de jurisdicción penal e inviolabilidad, antes de rechazar esta alegación en el juicio oral. Se argumentó entonces en términos de “inmunidad funcional o *ratione materiae*”. Según Djibouti, existe un principio del derecho internacional por el que no se puede considerar a una persona responsable penalmente a título individual por actos realizados en representación del Estado y, aunque pueda haber ciertas ex-

cepciones a dicha norma, no cabe duda de que es aplicable en la presente causa. La Corte observa que dicha pretensión es, en esencia, una pretensión de inmunidad para el Estado de Djibouti de la que se beneficiarían el *Fiscal de la República* y el Jefe de la Seguridad Nacional.

Francia, en respuesta a esta nueva formulación de la alegación de Djibouti, indicó que, al no ser las inmunidades funcionales absolutas, es el sistema judicial de cada país el que, cuando se inicia un procedimiento penal contra un individuo, evalúa si éste, a tenor de las acciones ejercidas en cumplimiento de sus obligaciones como autoridad pública, debe gozar de la inmunidad de jurisdicción penal otorgada a los Estados extranjeros. Según Francia, los dos funcionarios superiores interesados nunca han hecho uso ante los tribunales penales franceses de la inmunidad que Djibouti reivindica en su nombre.

La Corte observa inicialmente que no se ha “verificado concretamente” ante ella que los actos que eran objeto de las citaciones como *témoins assistés* por Francia fueran efectivamente actos realizados en el marco de sus funciones como órganos del Estado. La Corte señala que de los términos de las pretensiones finales de Djibouti no se desprende que la pretensión de que el Sr. Djama Souleiman Ali y el Sr. Hassan Said Khaireh gozaban de inmunidad como órganos del Estado constituya la alegación única o principal de Djibouti.

La Corte señala que no existen bases en el derecho internacional por las que se pueda afirmar que los funcionarios afectados tenían derecho a gozar de inmunidad a título individual, ya que no podían considerarse diplomáticos según los términos de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, y que la Convención sobre las Misiones Especiales de 1969 no era aplicable.

La Corte debe también hacer constar que en ningún momento fueron los tribunales franceses (ante los cuales normalmente cabría esperar que se formulara la impugnación de la jurisdicción), ni, de hecho, esta Corte, informados por el Gobierno de Djibouti de que los actos denunciados por Francia eran sus actos propios, y de que el *Fiscal de la República* y el Jefe de Seguridad Nacional eran sus órganos, establecimientos u organismos para ejecutar tales actos.

La Corte recalca que el Estado que propone invocar la inmunidad respecto de uno de sus órganos debe notificar de ello a las autoridades del otro Estado interesado. Ello permitiría que el tribunal del Estado del foro se cerciorara de que no deja de respetar ningún derecho a inmunidad, desconocimiento que podría comprometer la responsabilidad de dicho Estado. Además, el Estado que notifica a un tribunal extranjero de que el proceso judicial no debe seguir adelante contra sus órganos, por razones de inmunidad, asume responsabilidad por cualquier acto improcedente internacionalmente ilícito que hayan cometido dichos órganos.

En vista de todos estos elementos, la Corte no acepta las pretensiones finales sexta y séptima de Djibouti.

Habiendo declarado que las razones invocadas de buena fe por Francia conforme al apartado c) del artículo 2 satisfacen las disposiciones del Convenio de 1986, la Corte no ordenará que se transmita el expediente Borrel con algunas páginas suprimidas, tal y como había solicitado Djibouti como alternativa. Al no tener conocimiento del contenido de dicho expediente, la Corte considera que no está en condiciones de hacerlo.

Respecto a las reparaciones por la infracción por parte de Francia de su obligación ante Djibouti conforme al artículo 17 del Convenio de 1986, la Corte declara que no ordenará la publicación de los motivos subyacentes a la decisión especificados en el comunicado de la Magistrada Clément, del que se desprendería el rechazo de la solicitud de asistencia mutua, ya que entretanto pasaron a ser de dominio público. La Corte determina que su conclusión de que Francia ha infringido dicha obligación constituye una reparación adecuada.

*
* *

Opinión separada del Magistrado Ranjeva

En opinión del Magistrado Raymond Ranjeva, el fallo no consigue satisfacer los requisitos del *forum prorogatum* cuando, al declarar que la segunda citación de comparecencia como testigo de fecha 14 de febrero de 2007 era competencia de la Corte, amplía dicha competencia *ratione materiae*. Si bien los errores que deterioraron la primera citación de comparecencia como testigo explican por qué se dictó la segunda, lo cierto es que, desde un punto de vista jurídico, esta última constituye un acto judicial independiente.

En efecto, para que la segunda citación de comparecencia como testigo tuviera forma jurídica, era necesario que la jueza instructora actuara con discreción y optara deliberadamente por tomar una nueva decisión judicial. El Magistrado Ranjeva considera que el fallo llega a la conclusión anterior al abandonar la definición del objeto de la controversia utilizada en la demanda y adoptar en su lugar la definición de la Memoria: “La violación de [...] obligaciones [...]” (véase la demanda) en virtud del Convenio sobre asistencia mutua en materia penal no puede significar en francés, el idioma oficial de ambas partes, “así como la [...] violación de [...] obligaciones internacionales” (véase la Memoria). En esta causa, el consentimiento del demandado se basaba en la definición del objeto de la controversia de acuerdo con los términos utilizados en la demanda. En caso de duda, debería haberse llevado a cabo un análisis crítico de los términos de la demanda, pero en el fallo no se hizo así. Por consiguiente, y en contra de las normas del *forum prorogatum*, al ampliar la competencia *ratione materiae* de la Corte, el fallo no ha tenido en cuenta la controversia justiciable en sí, sino la controversia en su totalidad.

Opinión separada del Magistrado Koroma

En su opinión separada, el Magistrado Koroma afirma haber votado a favor de los párrafos de la parte dispositiva por varios motivos, entre los que cabe destacar la decisión de Francia de dar su consentimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 38 del Reglamento de la Corte, que permite que ésta ejerza su competencia en este causa.

En opinión del Magistrado Koroma, la cuestión planteada a la Corte no es si el Convenio sobre asistencia mutua en materia penal de 1986 permite el incumplimiento de una obligación convencional en función de determinadas circunstancias, sino más bien si, en el marco de la aplicación de dicho Convenio a la investigación del homicidio de un ciudadano de una de las partes en el Convenio, se debe tener en consideración el Tratado de amistad y cooperación de 1977 entre las dos partes, sobre todo cuando se invoca dicho Tratado no con la intención de impedir o subvertir la investigación, sino para facilitarla. Permitir que las partes se acojan al Tratado en este sentido no sólo redundaría en beneficio de sus intereses, sino que también coincide con su objeto, su propósito y su espíritu, ya que ambas partes están interesadas en desvelar los hechos y las circunstancias que rodearon la muerte del Magistrado Borrel.

El Magistrado Koroma también destaca en su opinión separada que, aparte de la obligación de las partes en el Tratado de 1977 de cooperar, dicho Tratado también reconoce que las relaciones entre las dos partes deben basarse en la igualdad y el respeto mutuo. Al aplicarse el Convenio de 1986 deberían haberse tenido en cuenta dichos principios, especialmente cuando Djibouti, en un espíritu de cooperación, igualdad y respeto mutuo, había respondido a la solicitud de Francia de ejecutar la comisión rogatoria internacional relativa a la investigación de la muerte del Sr. Borrel, permitiendo el acceso a los documentos, testigos y lugares necesarios, entre ellos el palacio presidencial de Djibouti. Por otra parte, si Djibouti hubiese denegado dicha cooperación al no ejecutar la comisión rogatoria de Francia, no sólo podría haberse considerado que incumplía su obligación de cooperar en la investigación de la muerte, sino que se habría generado una deducción negativa en cuanto a su culpabilidad.

Además, en respuesta al argumento del demandado de que tenía que respetar su legislación nacional, justificando así el incumplimiento del Convenio sobre asistencia mutua en materia penal de 1986 entre los dos países, el Magistrado recuerda que una parte en un tratado no puede invocar su legislación nacional para justificar el incumplimiento de una obligación.

En opinión del Magistrado Koroma, la Corte debería haber tenido en cuenta el principio de reciprocidad inherente a cualquier tratado bilateral, como el Convenio de 1986. El Magistrado subraya que, cuando un Estado suscribe un tratado, espera que la otra Parte cumpla sus propias obligaciones convencionales y a las que se obliga en virtud del tratado.

Por consiguiente, Djibouti tenía derecho a esperar de Francia que, de conformidad con el principio de reciprocidad, cumpliera la solicitud de Djibouti de ejecutar su comisión rogatoria internacional ya que, por su parte, había satisfecho la solicitud de Francia en relación con la misma cuestión, a saber, la investigación de la muerte del Sr. Borrel.

El Magistrado Koroma opina que la Magistrada francesa infringió la obligación de respeto a la dignidad y el honor del Jefe de Estado de Djibouti no sólo cuando le envió las citaciones como testigo por fax y le concedió un corto plazo para comparecer en su oficina, sino también cuando por las filtraciones a la prensa. El Magistrado señala que el derecho internacional impone a los Estados receptores la obligación de respetar la inviolabilidad, el honor y la dignidad de los Jefes de Estado, entendidos como la inmunidad ante cualquier interferencia, ya sea en virtud de la ley, el derecho u otros, y entraña una obligación especial de protección frente a cualquier interferencia o el mero insulto por parte del Estado receptor. En su opinión, los asuntos denunciados implicaban no simplemente un tratamiento de cortesía, sino a la obligación de respetar la inmunidad del Jefe de Estado frente a un proceso judicial. En opinión del Magistrado Koroma, cuando la Corte llegó a la conclusión de que se había producido una infracción y se debía una disculpa en forma de reparación, ello debería haberse reflejado en el párrafo de la parte dispositiva como una conclusión de la Corte, ya que dicho párrafo tiene un sentido jurídico propio y con respecto a la parte en favor de la cual se pronuncia un fallo y a la cual se otorga el derecho a verlo ejecutado.

Opinión separada del Magistrado Parra-Aranguren

1. El voto del Magistrado Parra-Aranguren a favor de los incisos a) y d) del apartado 1) y el apartado 2) del párrafo 205 del fallo no significa que esté de acuerdo con todas y cada una de las partes del razonamiento de la Corte para llegar a sus conclusiones. El breve tiempo de que dispuso para presentar su opinión separada dentro el plazo fijado por la Corte no le permitió formular una explicación completa de su desacuerdo con los incisos b) y c) del apartado 1) del párrafo 205. No obstante, ha presentado algunas de sus principales razones para votar en contra.

2. Djibouti pidió en su demanda que se fundara la competencia de la Corte con arreglo al párrafo 5 del artículo 38 del Reglamento de la Corte. A través de una carta de su Ministro de Asuntos Exteriores de fecha 25 de julio de 2006, Francia informó a la Corte de su consentimiento “a la competencia de la Corte para conocer de la demanda, exclusivamente sobre la base del párrafo 5 del artículo 38” del Reglamento de la Corte, especificando que su consentimiento era válido únicamente “a los efectos de la causa”, es decir, respecto de “la controversia objeto de la demanda y dentro de los límites estrictos de las pretensiones formuladas en ella por la República de Djibouti”.

3. En opinión de Francia, la competencia de la Corte se restringe a decidir únicamente sobre “la controversia objeto de la demanda” tal y como queda establecida en el párrafo 2, es decir, “la negativa de las autoridades gubernamentales y judiciales francesas a cumplir una comisión rogatoria internacional por la cual se solicitaba la transmisión a las autoridades judiciales de Djibouti del expediente relativo a la investigación realizada en la causa contra X por el homicidio de Bernard Borrel, infringiendo el Convenio sobre asistencia mutua en materia penal entre el Gobierno de la República de Djibouti y el Gobierno de la República Francesa, de 27 de septiembre de 1986, e incumpliendo otras obligaciones internacionales de la República Francesa respecto a la República de Djibouti”.

4. Djibouti sostiene, por el contrario, que “la controversia objeto de la demanda” respecto a la que Francia dio su consentimiento implica no sólo la negativa de las autoridades francesas a ejecutar la comisión rogatoria emitida el 3 de noviembre de 2004, sino también el incumplimiento de Francia de su obligación de evitar agresiones a la persona, la libertad y la dignidad del Jefe de Estado de Djibouti, del Fiscal General de Djibouti y del Jefe de la Seguridad Nacional de Djibouti.

5. Al determinar su competencia *ratione materiae* en el fallo, la Corte acepta el argumento de Djibouti.

6. La Corte sostiene que el objeto de la controversia podría discernirse mediante la lectura de toda la demanda y señala: que en el párrafo 2 de la demanda de Djibouti, titulado “Objeto de la controversia”, no se menciona ninguna otra cuestión que Djibouti solicite plantear a la Corte, a saber, las varias citaciones al Presidente de Djibouti y a dos funcionarios superiores; que dichas citaciones se mencionan en la demanda de Djibouti bajo el título de “Criterios jurídicos” y “Naturaleza de la pretensión”; que la solicitud, a pesar de la breve descripción del tema de la controversia en el párrafo segundo, entendida en su totalidad, tiene un alcance más amplio que incluye las citaciones enviadas al Presidente de Djibouti el 17 de mayo de 2005 y las que se enviaron a otros funcionarios de Djibouti el 3 y 4 de noviembre de 2004; y que Francia tenía conocimiento de las pretensiones formuladas por Djibouti en su demanda cuando envió a la Corte su carta de 25 de julio de 2006, pero no buscaba excluir de su competencia ciertos aspectos de la controversia objeto de la demanda.

7. El Magistrado Parra-Aranguren considera que Francia no aceptó la competencia de la Corte en la presente causa respecto a todas las pretensiones mencionadas en la demanda de Djibouti porque, de haber sido el caso, su carta de 25 de julio de 2006 habría manifestado sencillamente que Francia aceptaba que la Corte fallara sobre la demanda de Djibouti, sin más detalles. En su opinión, la referencia a la demanda de Djibouti en términos generales se encuentra en el párrafo primero de la carta francesa, no en el segundo, en el que Francia expresa su consentimiento limitado en

relación con la competencia de la Corte. Por consiguiente, Francia no estaba de acuerdo con que la Corte fallara sobre todas las pretensiones mencionadas en la demanda de Djibouti, sino solamente sobre algunas, a saber, las “relativas a la controversia objeto de la demanda” y “dentro de los límites estrictos de las pretensiones formuladas en ella” por Djibouti. Por lo tanto, contrariamente a lo se dice en la última frase de párrafo 83 del fallo, la declaración francesa leída en su conjunto e interpretada en armonía con una forma natural y razonable de leer el texto, lleva a la conclusión de que la verdadera intención de Francia era aceptar la competencia de la Corte sólo con respecto a “la controversia objeto de la demanda”, tal y como se había definido unilateralmente en el párrafo 2 de la demanda de Djibouti.

8. Además, el Magistrado Parra-Aranguren señala que en el segundo párrafo de su carta de fecha 25 de julio de 2006, Francia aceptaba que la Corte fallara sobre la controversia objeto de la demanda, y no sobre la demanda en su totalidad. Por lo tanto, el consentimiento de Francia se otorgaba respecto a la controversia descrita por Djibouti no en el conjunto de la demanda, sino únicamente en el párrafo 2, titulado “Objeto de la controversia”, en el que no se menciona ninguna supuesta infracción de Francia a su obligación de evitar agresiones a la persona, la libertad y la dignidad del Jefe de Estado de Djibouti, del *Fiscal General* de Djibouti y del Jefe de la Seguridad Nacional de Djibouti. Por consiguiente, en su opinión, no forman parte de la controversia objeto de la demanda, que es el único asunto respecto del cual Francia aceptaba el fallo de la Corte, y por dicha razón la Corte no tiene competencia para fallar sobre los mismos.

9. Además, el Magistrado Parra-Aranguren señala que en los párrafos 1 y 22 de su demanda, Djibouti describe el “Objeto de la controversia” en términos semejantes a los utilizados en el párrafo 2. Tal y como se indica en el fallo, Djibouti menciona las citas dictadas por Francia infringiendo sus obligaciones internacionales en el marco de los títulos “Criterios jurídicos” y “Naturaleza de la pretensión”. Sin embargo, el Magistrado Parra-Aranguren indica que también se mencionan en la demanda con los títulos “Declaración de hechos” y “Declaración de criterios en los que se basa la pretensión” y que, a pesar de dichas referencias a los mismos, en la última sección de la demanda, titulada “Competencia de la Corte y admisibilidad de la presente demanda”, se describe el “Objeto de la controversia” del mismo modo que en el párrafo 2.

10. En vista de lo anterior, el Magistrado Parra-Aranguren considera que la controversia objeto de la demanda a la que alude Francia en el segundo párrafo de su carta de fecha 25 de julio de 2006 debe entenderse como lo descrito en el párrafo 2 de la demanda de Djibouti bajo el título “Objeto de la controversia”, así como en los párrafos 1 y 22.

11. Finalmente, el Magistrado Parra-Aranguren señala que en los documentos I, III y IV que se adjuntan a la demanda de Djibouti no se encuentra ninguna mención a

supuestas infracciones de Francia de su obligación de evitar agresiones a la persona, la libertad y la dignidad del Jefe de Estado de Djibouti, del *Fiscal General* de Djibouti y del Jefe de la Seguridad Nacional de Djibouti. Dichos documentos son: la carta de 4 de enero de 2006 del Sr. Djama Souleiman Ali, Fiscal General de la República de Djibouti, al Presidente de la Corte Internacional de Justicia; la “Delegación de competencia” firmada por el Presidente de la República de Djibouti el 28 de diciembre de 2005; y una carta sin fecha del Ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación Internacional de la República de Djibouti al Presidente de la Corte Internacional de Justicia. Por lo tanto, según el Magistrado Parra-Aranguren, se podría deducir del silencio del Fiscal General de Djibouti, su Presidente y su Ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación Internacional que ninguno de ellos consideraba que la controversia objeto de la demanda incluyera cualquier supuesta infracción de Francia de su obligación de evitar agresiones a la persona, la libertad y la dignidad del Jefe de Estado de Djibouti, del *Fiscal General* de Djibouti y del Jefe de la Seguridad Nacional de Djibouti.

12. Las razones citadas anteriormente llevan al Magistrado Parra-Aranguren a concluir que la Corte no tiene competencia *ratione materiae* para fallar acerca de las pretensiones mencionadas por Djibouti pero no incluidas en el párrafo 2 de su demanda. Por lo tanto, el Magistrado votó a favor del inciso d) del apartado 1) y el inciso b) del apartado 2) principalmente por la falta de competencia de la Corte, y no por las razones expuestas en el fallo.

Declaración del Magistrado Owada

El Magistrado Owada adjunta al fallo una breve declaración. En ella, el Magistrado Owada explica la razón por la que votó en contra del inciso d) del apartado 1) de la cláusula dispositiva, relativa a la competencia para fallar sobre la controversia en lo referente a las órdenes de detención dictadas contra los dos funcionarios superiores de Djibouti el 27 de septiembre de 2006.

En opinión del Magistrado Owada, si bien es cierto que para que la Corte ejerza su competencia con arreglo al *forum prorogatum*, “el elemento de consentimiento debe ser explícito o claramente derivado de la conducta pertinente de un Estado” (Fallo, párr. 62), la tarea de la Corte en la presente causa no debería ser diferente de la que tiene en una causa basada en dos declaraciones con arreglo a la cláusula opcional, dado que, en la presente causa, el demandado ha otorgado por escrito su consentimiento expreso *ad hoc* a la competencia de la Corte mediante carta del demandado de 25 de julio de 2006 en relación con la demanda del demandante. Todo ello es necesario para interpretar y aplicar los dos documentos pertinentes, de manera que se pueda definir el alcance exacto del consentimiento común de las partes mediante la identificación de los elementos que se solapan en los dos documentos pertinentes.

No obstante, al determinar si la Corte tiene competencia sobre acontecimientos ocurridos después de que se interpusiera la demanda, es decir, la citación como testigo de 2007 recibida por el Presidente de Djibouti y las órdenes de detención de 2006 dictadas contra funcionarios superiores de Djibouti, el fallo se aparta de los criterios establecidos en su jurisprudencia, en cuanto a si dichos hechos o acontecimientos posteriores a la interposición de la demanda tenían un vínculo inseparable con los hechos o acontecimientos expresamente pertenecientes al ámbito de la competencia de la Corte, de manera que pudieran quedar comprendidos dentro del alcance del objeto de la controversia (por ejemplo, *Jurisdicción en materia de pesquerías [República Federal de Alemania contra Islandia]*; *LaGrand [Alemania contra Estados Unidos de América]*; y *Orden de detención de 11 de abril de 2000 [República Democrática del Congo contra Bélgica]*). El fallo establece una distinción en la presente causa al exponer que en ninguna de estas causas la competencia de la Corte se basó en el *forum prorogatum* y declara que aunque las órdenes de detención se podrían ver como un método de hacer cumplir las citaciones, representan actos jurídicos nuevos respecto a los cuales no puede considerarse que Francia haya aceptado implícitamente la competencia de la Corte. Por ello, la Corte concluye que “las pretensiones relativas a las órdenes de detención surgen respecto a cuestiones que están fuera del alcance de la competencia *ratione materiae* de la Corte” (Fallo, párr. 88), mientras que el pronunciamiento de las nuevas citaciones al Presidente fue “una repetición de la precedente”, y por ello, “en esencia, se trata de la misma citación” (Fallo, párr. 91), por lo que este último acto se incluiría en el ámbito de competencia de la Corte.

En opinión del Magistrado Owada, el asunto en ambos casos es el mismo. La cuestión es si los actos posteriores a la interposición de la demanda quedan incluidos en el ámbito de la aceptación por Francia de la competencia *ratione materiae* de la Corte, como se deduce del lenguaje utilizado en la carta de Francia de 25 de julio de 2006, y en concreto de la expresión “respecto de la controversia objeto de la demanda y dentro de los límites estrictos de las pretensiones formuladas en ella por la República de Djibouti” (Fallo, párr. 77) En este contexto, la jurisprudencia de la Corte, tal y como quedó establecida en las causas anteriormente citadas, es relevante en la presente causa para determinar el alcance de la competencia aceptada por Francia en su carta de 25 de julio de 2006.

Por estas razones, el Magistrado Owada no puede estar de acuerdo con el fallo, pues se aparta de la jurisprudencia establecida sobre la cuestión del alcance del “objeto de la controversia” al introducir un nuevo criterio, el de determinar si los acontecimientos posteriores a la presentación de la demanda fueron “actos jurídicos nuevos” o no (Fallo, párr. 88)

Opinión separada del Magistrado Tomka

En su opinión separada, el Magistrado Tomka aborda la cuestión del *forum prorogatum* y explica que, en esta causa,

para determinar el alcance de la competencia de la Corte, se debe interpretar el acuerdo de las partes suscrito mediante actos unilaterales: la demanda y la réplica del demandado. Afirma que fue el demandante quien, en su demanda, introdujo una contradicción entre el objeto de la controversia estipulada expresamente y las pretensiones que no correspondían plenamente al objeto de la controversia tal y como la limitaba el demandante. Sostiene que fue posible que la Corte concluyera que su competencia estaba limitada a la negativa de Francia a ejecutar una comisión rogatoria internacional de Djibouti. A la luz de la respuesta algo elíptica de Francia a la demanda de Djibouti, fue posible también que la Corte concluyera que su competencia *ratione materiae* era más amplia y que incluía las invitaciones enviadas al Jefe de Estado y determinados funcionarios superiores de Djibouti para que comparecieran como testigos. La mayoría falló a favor de esta competencia ampliada y el Magistrado Tomka coincidió con la mayoría, aunque no suscribió la conclusión en lo referente a un aspecto de la competencia *ratione temporis*. En su opinión, dicha competencia se limitaba a las pretensiones formuladas en la demanda relativa a los hechos que ocurrieron antes de que se interpusiera la demanda el 9 de enero de 2006, pero no a las pretensiones relativas a los hechos que ocurrieron después de que se interpusiera la demanda. Francia aceptó la competencia “respecto de la controversia objeto de la demanda y dentro de los límites estrictos de las pretensiones formuladas en ella”.

El Magistrado Tomka apunta que, con el fin de evitar problemas relativos al alcance de la competencia, es siempre preferible que los Estados lleguen a un acuerdo especial y presenten a la Corte preguntas acordadas por las partes para encontrar una solución.

Declaración del Magistrado Keith

En su declaración, el Magistrado Keith explica su conclusión según la cual Francia, en la persona de la jueza instructora, no ejerció su facultad de rechazo conforme al apartado c) del artículo 2 del Convenio de 1986, con arreglo al propósito del mismo y los principios de derecho pertinentes. En concreto, la Magistrada no contempló de forma expresa la posibilidad de transferir parte del expediente o sugerir a Djibouti que reformulara su petición. No obstante, dicha conclusión no habría llevado al Magistrado Keith a inferir, por las razones expuestas, que el expediente se debería haber transmitido a Djibouti.

Declaración del Magistrado Skotnikov

El Magistrado Skotnikov no está de acuerdo con la lectura que hace la Corte del consentimiento de Francia respecto a su competencia, ya que excluye acontecimientos directamente derivados de las cuestiones que constituyen el objeto de la demanda de Djibouti pero que ocurrieron tras la interposición de la misma. Las pretensiones formuladas en la demanda de Djibouti para las cuales, tal y como apreció la

Corte, Francia aceptó el fallo de la Corte, hacen referencia a la controversia en curso. Al conceder su consentimiento, Francia no ha “bloqueado” tal controversia. El Magistrado Skotnikov considera que la Corte debería haber decidido que tenía competencia respecto a las órdenes de detención dictadas contra los dos funcionarios superiores de Djibouti el 27 de septiembre de 2006. Ello habría seguido la línea de la jurisprudencia de la Corte, que se ha desestimado en la presente causa debido a que la competencia se ha basado en el *forum prorogatum*. En opinión del Magistrado, tal jurisprudencia es pertinente en la presente causa y en las causas con *forum prorogatum* en general. Por este motivo, votó en contra del apartado d) del párrafo 1) de la cláusula dispositiva.

Por los mismos motivos, votó a favor de la conclusión de la Corte sobre apartado c) del párrafo 1) de la cláusula dispositiva, en el que se indicaba que tenía competencia para fallar sobre la controversia relativa a la citación para comparecer como testigo dirigida al Presidente de Djibouti el 14 de febrero de 2007 (en fecha posterior a la interposición de la demanda). No obstante, no está de acuerdo con el razonamiento de la Corte sobre esta cuestión.

El Magistrado Skotnikov es crítico con la conclusión de la Corte según la cual, de haberse establecido que la información relativa a las dos invitaciones a testificar dirigidas al Presidente de Djibouti fueron filtradas a los medios de comunicación por el poder judicial francés, ello podría haber constituido una infracción de Francia de sus obligaciones internacionales (véase el Fallo, párrs. 176 y 180). En su opinión, proporcionar información sobre dichos actos procesales a los medios de comunicación, lo cual, como ha estimado la Corte, no constituye una infracción de los términos del artículo 29 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, no puede considerarse una infracción de dichos términos. Además, señala que los términos del artículo 29 se refieren a la inviolabilidad de la persona de un Jefe de Estado. No ofrecen protección frente a informes negativos de los medios de comunicación. Está de acuerdo con la Corte en que “el factor determinante para apreciar si ha habido o no un atentado contra la inmunidad del Jefe de Estado radica en la sujeción de éste a un acto de autoridad coercitivo”. Una campaña de los medios de comunicación dirigida contra un Jefe de Estado, incluso si se basa en filtraciones de las autoridades del Estado receptor, no puede verse como un acto de autoridad coercitivo. El Magistrado Skotnikov concluye que si se hubiera confirmado que la información pertinente se había filtrado a la prensa desde las instancias del poder judicial francés, a tenor de las circunstancias de la presente causa, podría haber constituido un incumplimiento de Francia del compromiso a actuar de acuerdo con la cortesía debida a un Jefe de Estado extranjero, pero no una infracción de sus obligaciones en virtud del derecho internacional.

Declaración del Magistrado Guillaume

En la presente causa, Francia aceptó la competencia de la Corte de acuerdo con el procedimiento establecido en el

párrafo 5 del artículo 38 del Reglamento de la Corte, aunque aclaró que su consentimiento era válido “únicamente a los efectos de la causa, es decir, respecto de la controversia objeto de la demanda y dentro de los límites estrictos de las pretensiones formuladas en ella”.

Por consiguiente, la Corte no tiene competencia para ocuparse de las pretensiones de Djibouti que no se formulan en la demanda y que afectan a decisiones tomadas por los jueces instructores franceses después de que se interpusiera la demanda. Ello se aplica, como ha sostenido la Corte, a la pretensión relativa a las órdenes de detención dictadas el 27 de septiembre de 2006 contra dos funcionarios superiores de Djibouti. No obstante, debería haberse adoptado el mismo enfoque respecto a la pretensión relativa a la citación como testigo dirigida al Jefe de Estado de Djibouti el 14 de febrero de 2007.

Además, Francia ha limitado su consentimiento a la competencia de la Corte respecto de la controversia objeto de la demanda de Djibouti. Dicha controversia se definió en la demanda de manera muy confusa, y Francia podría haber entendido legítimamente que se refería únicamente a su negativa de asistencia mutua a Djibouti. De hecho, la propia Corte tituló la causa “Ciertas Cuestiones de asistencia mutua en materia penal”.

Sin embargo, la Corte ha optado finalmente por una interpretación amplia de la demanda, asumiendo la posición de que su objeto incluye las citaciones de comparecencia como testigos o testigos con derecho a asistencia letrada (*témoins assistés*) dictadas por los jueces instructores antes de que se interpusiera la demanda. Dicha decisión es comprensible, pero, a mi entender, parece sentar un precedente negativo. En efecto, es probable que fomente la presentación de demandas preparadas —en ocasiones deliberadamente— con una falta total de rigor, y que disuada de recurrir al párrafo 5 del artículo 38 del Reglamento de la Corte. La he apoyado en beneficio de las relaciones entre Francia y Djibouti, con el fin de asegurar una solución más completa de la controversia, aunque deseo hacer constar mi pesar y mi preocupación.

Opinión separada del Magistrado Yusuf

La Corte ha decidido que tiene competencia para fallar no sólo sobre la controversia relativa a la ejecución de la comisión rogatoria internacional dirigida a Francia por Djibouti el 3 de noviembre de 2004, sino también sobre aquéllas relativas a las citaciones como testigos dirigidas al Presidente de la República de Djibouti (el 17 de mayo de 2005 y el 14 de febrero de 2007) y a funcionarios superiores de Djibouti (el 3 y 4 de noviembre de 2004 y el 17 de junio de 2005), y me alegro de que se así haya sido. Por otra parte, no puedo suscribir la decisión de la Corte de que carece de competencia para admitir la controversia relativa a las órdenes de detención dictadas el 27 de septiembre de 2006 contra dos funcionarios superiores de Djibouti. En mi opinión, la Corte debería haber aplicado los mismos criterios a ambos actos

posteriores a la interposición de la demanda (las órdenes de detención contra los dos funcionarios superiores de Djibouti y la citación de 14 de febrero de 2007 dirigida al Jefe de Estado de Djibouti).

Estoy totalmente de acuerdo con la decisión de la Corte en el sentido de que Francia ha incumplido su obligación internacional en virtud del artículo 17 del Convenio de 1986, al no haber razonado su negativa a ejecutar la comisión rogatoria internacional presentada por Djibouti el 3 de noviembre de 2004. No obstante, opino que la infracción de Francia de sus obligaciones en virtud del Convenio de 1986 va más allá y se extiende al párrafo 1, el apartado c) del párrafo 2 y el párrafo 1 del artículo 1, así como al párrafo 1 del artículo 3.

Considero que, al negarse dos veces a satisfacer las peticiones de asistencia mutua presentadas por Djibouti, el Estado francés no ha prestado la mayor asistencia recíproca posible de conformidad con el párrafo 1 del artículo 1 del Convenio, comprometiendo así su responsabilidad internacional. Sin reciprocidad ni cooperación mutua, el Convenio dejaría de servir a la asistencia mutua en los procedimientos y pasaría a ser un instrumento para ayudar a una u otra parte. Se le privaría de todo sentido y el propósito para el cual se acordó beneficiaría solamente a una de las partes (en este caso, Francia).

Respecto al párrafo 1 del artículo 3 del Convenio, opino que la Corte debería haber evaluado la legalidad de la conducta de Francia en función de si cumple con los procedimientos pertinentes establecidos por el derecho francés.

En mi opinión, Francia no ha actuado de conformidad con dichos procedimientos, especialmente en lo que respecta a la autoridad que detenta la facultad, en virtud del Código de Procedimiento Penal francés, de evaluar los conceptos de perjuicio a la soberanía, la seguridad y el *orden público*. La incapacidad de cumplir los procedimientos legales internos implica una infracción del Convenio, y la Corte, cuando tiene conocimiento por las partes de dicho Convenio, puede y debe examinarlo en cierta medida. En el presente fallo, sin embargo, la Corte no lo ha hecho.

Respecto a las agresiones a la inmunidad y la inviolabilidad del Jefe de Estado de Djibouti, la Corte llega a la conclusión en su razonamiento de que “Francia tendría que haber presentado disculpas”, dado que la Magistrada francesa no había seguido el procedimiento francés en la citación dirigida al Jefe de Estado de Djibouti el 17 de mayo de 2005. La Corte también reconoce en el fallo, de acuerdo con la juris-

prudencia reciente, que la norma del derecho internacional consuetudinario reflejada en el artículo 29 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas “se traduce en obligaciones positivas para los Estados receptores en lo que se refiere a las acciones de sus propias autoridades, y en obligaciones de prevención en lo que se refiere a posibles actos de personas físicas” (Fallo, párr. 174). Además, impone a los Estados receptores “la obligación de proteger el honor y la dignidad de los Jefes de Estado en relación con su inviolabilidad” (Fallo, párr. 174). En la cláusula dispositiva, sin embargo, la Corte no aborda la exigencia de que se presenten disculpas.

Por mi parte, considero que las dos citaciones dirigidas al Jefe de Estado de Djibouti (el 17 de mayo de 2005 y el 14 de febrero de 2007) no representan meramente un incumplimiento de la “cortesía debida a un Jefe de Estado extranjero”, sino que constituyen una infracción de la obligación de Francia de proteger el honor y la dignidad de los Jefes de Estado extranjeros. Dado que los tribunales franceses no pueden citar ni obligar al Presidente de su propio país a presentarse ante ellos durante su mandato, resulta difícil aceptar que pudieran solicitar a Jefes de Estado extranjeros que se presentaran en sus dependencias a fin de comparecer como testigos. La Corte tenía la oportunidad en la presente causa de establecer de forma clara e inequívoca que dicha práctica representa una infracción del derecho internacional y que, al actuar de este modo, los Magistrados franceses estaban comprometiendo la responsabilidad internacional de Francia. Desgraciadamente, la redacción utilizada en el razonamiento del fallo, junto con la falta de una decisión clara en la cláusula dispositiva, podrían llevar a que se repitiera una práctica que supone una falta de respeto al derecho internacional. Por estos motivos, creo que la Corte debería haber instado a Francia a presentar disculpas formales, no sólo en el razonamiento del fallo, sino también en la cláusula dispositiva.

El hecho de que la República de Djibouti y Francia desearan someter su controversia a la Corte por consentimiento mutuo y en forma de *forum prorogatum* es una prueba de su buena disposición a encontrar una solución completa y definitiva a esta controversia, con el fin de fortalecer los lazos tradicionales de amistad que unen a ambos países. El fallo de la Corte en relación con todas las infracciones descritas anteriormente podría haber contribuido en mayor medida a instaurar una mejor cooperación entre ambos Estados en sus relaciones generales, así como una asistencia mutua en materia penal más eficaz y sobre una base jurídica más clara.

170. SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN DEL FALLO DE 31 DE MARZO DE 2004 EN LA CAUSA RELATIVA A AVENA Y OTROS NACIONALES MEXICANOS (MÉXICO CONTRA ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) (MÉXICO CONTRA ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) [SOLICITUD DE INDICACIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES]

Providencia de 16 de julio de 2008

El 16 de Julio de 2008, en la causa *Solicitud de interpretación del fallo del 31 de marzo de 2004 en la causa relativa a Avena y otros nacionales mexicanos (México contra Estados Unidos de América)* (*México contra Estados Unidos de América*), la Corte Internacional de Justicia dictó providencia respecto de la solicitud de medidas provisionales presentada por México. La Corte indicó que los Estados Unidos de América debían tomar “todas las medidas necesarias” para garantizar que los cinco nacionales mexicanos no fueran a ser ejecutados antes de que recayera fallo definitivo y que el Gobierno de los Estados Unidos de América debería informar a la Corte de las precauciones que tomara para ejecutar esa Orden.

La composición de la Corte fue la siguiente: Presidenta Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Koroma, Buergenthal, Owada, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna y Skotnikov; Secretario Couvreur.

*
* *
* *

La parte dispositiva (párr. 80) dice lo siguiente:

“... ”

LA CORTE,

I. Por 7 votos a favor y 5 en contra,

Declara que no cabe aceptar la pretensión de los Estados Unidos de América de que se desestime la solicitud presentada por los Estados Unidos Mexicanos;

A FAVOR: Presidenta Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Koroma, Abraham, Sepúlveda-Amor y Bennouna;

EN CONTRA: Magistrados Buergenthal, Owada, Tomka, Keith y Skotnikov;

II. Dicta las siguientes medidas provisionales:

a) Por 7 votos a favor y 5 en contra,

Los Estados Unidos de América deberían adoptar todas las medidas necesarias para que los Sres. José Ernesto Medellín Rojas, César Roberto Fierro Reyna, Rubén Ramírez Cárdenas, Humberto Leal García y Roberto Moreno Ramos no fueran ejecutados hasta que se emitiera el fallo relativo a la solicitud de interpretación presentada por los Estados Unidos Mexicanos, a menos que se lleve a cabo una revisión y un reexamen de la situación de esos cinco nacionales mexicanos conforme a lo establecido en los párrafos 138 a 141 del fallo de la Corte emitido el 31 de mar-

zo de 2004 en la causa relativa a *Avena y otros nacionales mexicanos (México contra Estados Unidos de América)*;

A FAVOR: Presidenta Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Koroma, Abraham, Sepúlveda-Amor y Bennouna;

EN CONTRA: Magistrados Buergenthal, Owada, Tomka, Keith y Skotnikov;

b) Por 11 votos a favor y 1 en contra,

El Gobierno de los Estados Unidos de América deberá informar a la Corte de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente providencia;

A FAVOR: Presidenta Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Koroma, Owada, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna y Skotnikov;

EN CONTRA: Magistrado Buergenthal;

III. Por 11 votos a favor y 1 en contra,

Decide que la Corte siga ocupándose de las cuestiones objeto de la presente providencia hasta que emita su fallo sobre la solicitud de interpretación.

A FAVOR: Presidenta Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Koroma, Owada, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna y Skotnikov;

EN CONTRA: Magistrado Buergenthal.”

*
* *

El Magistrado Buergenthal adjuntó a la providencia de la Corte una opinión disidente; los Magistrados Owada, Tomka y Keith adjuntaron a la providencia de la Corte una opinión disidente conjunta; el Magistrado Skotnikov adjuntó a la providencia de la Corte una opinión disidente.

*
* *

La Corte empieza recordando que, el 5 de junio de 2008, los Estados Unidos Mexicanos (en adelante “México”), presentaron una demanda por la cual, remitiéndose al artículo 60 del Estatuto y a los artículos 98 y 100 del Reglamento de la Corte, solicitaba a la Corte que interpretara el apartado 9) del párrafo 153 del fallo emitido el 31 de marzo de 2004 en la causa *Avena y otros nacionales mexicanos (México contra Estados Unidos de América)* (en adelante “el fallo *Avena*”).

La Corte señala que, en su solicitud, México afirma que con arreglo al apartado 9) del párrafo 153 del fallo *Avena*, la Corte declaró “que, en aras de una reparación adecuada en la presente causa, los Estados Unidos de América están obligados a asegurar, por los medios de su elección, la revisión y el reexamen de las sentencias condenatorias y las penas impuestas a los nacionales mexicanos” mencionados en el fallo, teniendo en cuenta tanto la vulneración de los derechos establecidos en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (en adelante “la Convención de Viena”) como lo dispuesto en los párrafos 138 a 141 del fallo. Observa que, según México: “Se habían denegado en reiteradas ocasiones las solicitudes de los nacionales mexicanos para que se llevaran a cabo las revisiones y los reexámenes prescritos en el fallo *Avena*”.

La Corte afirma que, en su solicitud, México se remite al artículo 60 del Estatuto, donde se dispone que “en caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las Partes”, y sostiene, citando la jurisprudencia de la Corte, que la competencia de la Corte para examinar una solicitud de interpretación de su propio fallo se basa directamente en dicha disposición.

La Corte observa que México entiende la formulación del apartado 9) del párrafo 153 del fallo *Avena* en el sentido de que impone “una obligación de resultado”, mientras que, según México, la conducta de los Estados Unidos hace pensar que éstos interpretan que “el apartado 9) del párrafo 153 simplemente establece una obligación de medios”.

La Corte recuerda que, el 5 de junio de 2008, México presentó igualmente una solicitud de medidas provisionales por la que pedía, hasta que se emitiera el fallo relativo a su solicitud de interpretación, que la Corte dictara:

“a) Que el Gobierno de los Estados Unidos adopt[ara] todas las medidas necesarias para garantizar que no se ejecut[ara] a Ernesto Medellín, César Roberto Fierro Reyna, Rubén Ramírez Cárdenas, Humberto Leal García y Roberto Moreno Ramos hasta que concluy[era] el procedimiento incoado [el 5 de junio de 2008];

b) Que el Gobierno de los Estados Unidos inform[ara] a la Corte de todas las medidas adoptadas en cumplimiento del apartado a); y

c) Que el Gobierno de los Estados Unidos vel[ara] por que no se adopt[ara] ninguna medida que pu[diera] menoscabar los derechos de México o de sus nacionales en relación con la interpretación que la Corte pudiera hacer del apartado 9) del párrafo 153 del fallo *Avena*.”

La Corte señala que México pidió que se tramitara su solicitud de medidas provisionales como una cuestión de la máxima urgencia “en vista de la extrema gravedad e inmediatez de la amenaza de que las autoridades de los Estados Unidos ejecuten a un nacional mexicano [un tribunal de Texas había fijado el 5 de agosto de 2008 como fecha de ejecución del Sr. Medellín, y existía la amenaza inminente

de que el Estado de Texas fijara la fecha de ejecución de al menos otros cuatro nacionales mexicanos], violando así las obligaciones de los Estados Unidos para con México”.

La Corte resume los argumentos expuestos por las Partes durante las audiencias públicas celebradas del 19 al 20 de junio de 2008.

La Corte observa que México replanteó la posición mantenida en su demanda y en su solicitud de medidas provisionales, afirmando que se habían cumplido los requisitos para que la Corte dictara tales medidas, mientras que los Estados Unidos afirmaron que no existía controversia alguna entre ellos y México sobre “el sentido o el alcance del fallo de la Corte en lo referente a *Avena*”, ya que los Estados Unidos “est[aban] totalmente de acuerdo” con la posición de México según la cual el fallo *Avena* imponía una obligación jurídica internacional de “resultado”, y no solamente de “medios”. Según los Estados Unidos, México solicitó a la Corte que interviniera substancialmente en la aplicación de sus fallos anteriores y en la supervisión del cumplimiento de los mismos y, dado que los Estados Unidos se habían retirado del Protocolo Facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares el 7 de marzo de 2005, un procedimiento de interpretación era “la única base jurisdiccional posible” que México tenía para presentarse ante la Corte por cuestiones relativas a la violación de la Convención.

La Corte observa que, al final de las audiencias, México formuló la siguiente solicitud:

“a) Que los Estados Unidos, mediante todos sus organismos competentes y todas sus subdivisiones políticas, incluidos todos los poderes del Gobierno y todo funcionario, estatal o federal, que ejerza una autoridad gubernamental, adopten todas las medidas necesarias para que los Sres. José Ernesto Medellín, César Roberto Fierro Reyna, Rubén Ramírez Cárdenas, Humberto Leal García y Roberto Moreno Ramos no sean ejecutados hasta que concluya el procedimiento incoado por México el 5 de junio de 2008, a menos que se lleve a cabo una revisión y un reexamen de la situación de esos cinco nacionales mexicanos conforme a lo establecido en los párrafos 138 a 141 del fallo *Avena* de esta Corte; y

b) Que el Gobierno de los Estados Unidos informe a la Corte de todas las medidas adoptadas en cumplimiento del apartado a).”

Los Estados Unidos, por su parte, solicitaron que la Corte desestimara la solicitud de medidas provisionales de protección por parte de México y que no dictara ninguna de dichas medidas, así como que la Corte desestimara la solicitud de interpretación de México por motivos de falta manifiesta de competencia.

La Corte comienza su razonamiento observando que sus competencias con arreglo al artículo 60 del Estatuto no están condicionadas a la existencia de cualquier otro elemento determinante de la competencia entre las Partes en la causa

original. Continúa afirmando que, aun en el caso de que venciera el determinante de la competencia en la causa original, la Corte, en virtud del artículo 60 del Estatuto, podría examinar una solicitud de interpretación.

La Corte agrega más adelante que, en el caso de una solicitud de medidas provisionales formulada en el contexto de una solicitud de interpretación conforme al artículo 60 del Estatuto, tiene que determinar si se han cumplido las condiciones dispuestas en dicho artículo para que la Corte examine una solicitud de interpretación.

La Corte estima que, según México, el apartado 9) del párrafo 153 del fallo *Avena* “establece una obligación de resultado que obliga a los Estados Unidos, incluidos todos sus órganos componentes a todos los niveles, a asegurar la revisión y el reexamen requeridos, independientemente de los impedimentos internos”, y que la “obligación impuesta por el fallo *Avena* exige a los Estados Unidos que eviten la ejecución de todo nacional mexicano citado en el mismo, a menos que concluyan la revisión y el reexamen y se haya determinado si se deriva algún perjuicio de las violaciones de la Convención de Viena constatadas por esta Corte”. Añade que, desde el punto de vista de México, el hecho de que “[ni] el ejecutivo ni el legislativo de Texas o del Gobierno federal [de los Estados Unidos] hayan adoptado hasta la fecha ninguna medida jurídica encaminada a impedir [la] ejecución [del Sr. Medellín] [...] refleja una controversia que va más allá del sentido y el alcance [del fallo] *Avena*”. Según México, los Estados Unidos interpretan el fallo en el sentido de que simplemente establece una obligación de medios, y no una obligación de resultado.

La Corte recuerda que, para los Estados Unidos, la interpretación por parte de México del apartado 9) del párrafo 153 del fallo *Avena* como una “obligación de resultado [...] es precisamente la misma que los Estados Unidos sostienen en lo referente al párrafo en cuestión” (en cursiva en el original) y que, si bien admiten que, debido a la estructura de su Gobierno y a su legislación nacional, los Estados Unidos se enfrentan a obstáculos considerables para cumplir la obligación que emana del fallo *Avena*, los Estados Unidos confirmaron que “habían aceptado de forma inequívoca que la obligación de asegurar la revisión y el reexamen es una obligación de resultado, y habían intentado alcanzar dicho resultado”. La Corte indica que, según los Estados Unidos, en ausencia de una controversia en lo referente al sentido y el alcance del apartado 9) del párrafo 153 del fallo *Avena*, la reivindicación de México no tiene cabida en el artículo 60, y que la Corte carece de “competencia *ratione materiae*” para examinar la demanda de México y, en consecuencia, carece de la “competencia *prima facie* suficiente para dictar medidas provisionales”.

Al examinar las versiones francesa e inglesa del artículo 60 del Estatuto, la Corte observa que no están en total armonía: la versión francesa utiliza el término “*contestation*”, cuyo sentido es más amplio que el del término utilizado en el tex-

to inglés (“*dispute*”), aunque en su sentido habitual ambos términos denotan la existencia de opiniones encontradas. La Corte señala que el artículo 60 de su Estatuto es idéntico al de su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, y explica más adelante que los redactores del Estatuto de la Corte Permanente eligieron utilizar el término “*contestation*” (en lugar de “*différend*”) en el artículo 60. Observa que el término “*contestation*” tiene un alcance más amplio, no requiere el mismo grado de oposición y su sentido subyacente es más flexible a la hora de aplicarlo a una situación particular. La Corte pasa a examinar la manera en que la Corte Permanente y ella misma han tratado la cuestión del sentido del término “*dispute*” (“*contestation*”) en su jurisprudencia. Indica que, a los efectos del artículo 60, “no se requiere la manifestación de la existencia de la controversia de forma explícita como, por ejemplo, a través de negociaciones diplomáticas”, al igual que tampoco se requiere que “la controversia se haya manifestado de manera formal”. Añade que se podría recurrir a la Corte Permanente siempre que los Estados interesados hubieran mostrado opiniones encontradas en lo referente al sentido o el alcance de un fallo de la Corte, y que esta interpretación quedó confirmada por la Corte Internacional de Justicia en su fallo de 1985 sobre la *Solicitud de revisión y de interpretación del fallo de 24 de febrero de 1982 en la causa relativa a la plataforma continental (Túnez contra Jamahiriya Árabe Libia) (Túnez contra Jamahiriya Árabe Libia)*.

La Corte explica que necesita determinar si existe una controversia aparente entre las Partes en lo referente al sentido o el alcance del fallo *Avena*. Recordando los argumentos de las Partes, estima que, si bien ambas Partes parecen ver en el apartado 9) del párrafo 153 del fallo *Avena* una obligación internacional de resultado, aparentemente tienen opiniones diferentes en cuanto al sentido y el alcance de dicha obligación de resultado, a saber, sobre si dicha interpretación es compartida por todas las autoridades federales y estatales de los Estados Unidos y si la citada obligación afecta a dichas autoridades.

Señala que, a la luz de las posiciones adoptadas por las Partes, parece existir una divergencia de opiniones entre ellas en cuanto al sentido y el alcance de las conclusiones de la Corte en el apartado 9) del párrafo 153 de la parte dispositiva del fallo, por lo que cabría recurrir a la Corte en virtud del artículo 60 del Estatuto. La Corte estima que, con arreglo al artículo 60 del Estatuto, puede entender de la solicitud de interpretación, que no cabe aceptar la propuesta de los Estados Unidos de desestimar *in limine* la solicitud de México “por motivos de falta manifiesta de competencia”, y que puede examinar la solicitud de medidas provisionales.

Volviendo a la solicitud de medidas provisionales formulada por México, la Corte afirma que, a la hora de estudiar una solicitud de este tipo, debe preocuparse de preservar [...] los derechos que la Corte pueda resolver judicialmente que son propios del demandante o del demandado. La Corte

añade que debe establecerse un vínculo entre los derechos cuya protección se pretende con las medidas provisionales y el objeto de la solicitud principal presentada ante la Corte.

Tras recordar los argumentos de las Partes al respecto, la Corte observa que México pide que se aclare el sentido y el alcance del apartado 9) del párrafo 153 de la parte dispositiva del fallo de 2004 en la causa *Avena*, por el cual la Corte declaraba que los Estados Unidos estaban obligados a asegurar, por los medios de su elección, la revisión y el reexamen de las sentencias condenatorias y penas impuestas a los nacionales mexicanos, teniendo en cuenta tanto la vulneración de los derechos establecidos en el artículo 36 de la Convención de Viena como lo dispuesto en los párrafos 138 a 141 del fallo. La Corte observa que es la interpretación del sentido y el alcance de dicha obligación y, por lo tanto, de los derechos de México y sus nacionales con arreglo a al apartado 9) del párrafo 153 la que constituye el objeto de los procedimientos ante la Corte relativos a la solicitud de interpretación, y que México presentó una solicitud de medidas provisionales a fin de proteger dichos derechos hasta que la Corte pronunciara su fallo definitivo. Así pues, la Corte concluye que los derechos que México pretende proteger mediante esta solicitud guardan una relación suficiente con la solicitud de interpretación.

La Corte agrega más adelante que su facultad de indicar medidas provisionales con arreglo al artículo 41 de su Estatuto “presupone que no se cause un perjuicio irreparable a los derechos sujetos a controversia en los procedimientos judiciales” y que se ejercerá únicamente si existe una urgencia provocada por un riesgo de que se emprendan acciones perjudiciales para los derechos de cualquiera de las Partes antes de que la Corte pronuncie su fallo definitivo.

La Corte observa que, México afirma que existe una urgencia indiscutible, mientras que los Estados Unidos sostienen que, al no haber derechos sujetos a controversia, “no se reúne *ninguno* de los requisitos para las medidas provisionales” (en cursiva en el original).

La Corte señala que la ejecución de un nacional antes de que la Corte pronuncie su fallo sobre la solicitud de interpretación relativa al sentido y el alcance de sus derechos “haría imposible la adopción de la solución pedida por [su Estado de nacionalidad] y, por ende, causaría un perjuicio irreparable a los derechos que este país reivindicaba”. Opina que de la información de que dispone parece desprenderse que el Sr. José Ernesto Medellín Rojas, de nacionalidad mexicana, será ejecutado el 5 de agosto de 2008, y otros cuatro nacionales mexicanos, los Sres. César Roberto Fierro Reyna, Rubén Ramírez Cárdenas, Humberto Leal García y Roberto Moreno Ramos, corren el riesgo de ser ejecutados en los meses posteriores; que su ejecución causaría un perjuicio irreparable a todo derecho cuyo sentido y alcance esté siendo examinado; y que era posible que se ejecutara a los citados nacionales mexicanos antes de que la Corte haya pronunciado su fallo en relación con la solicitud de interpretación, por lo que la

urgencia es incuestionable. Por lo tanto, la Corte concluye que las circunstancias requieren medidas provisionales para preservar los derechos de México según lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto.

La Corte afirma que es totalmente consciente de que el Gobierno federal de los Estados Unidos ha adoptado muchas medidas de carácter variado e insistente a fin de cumplir sus obligaciones internacionales con arreglo al fallo *Avena*. Señala que los Estados Unidos han reconocido que, en el caso de que se ejecutara a cualquiera de los nacionales mexicanos mencionados en la solicitud de medidas provisionales sin la revisión y el reexamen necesarios que impone el fallo *Avena*, se estaría cometiendo una violación de las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del derecho internacional. Recuerda en particular que el agente de los Estados Unidos declaró ante la Corte que “ejecutar la sentencia del Sr. Medellín sin permitirle la revisión y el reexamen necesarios sería claramente incoherente con el fallo *Avena*”.

La Corte observa igualmente que los Estados Unidos han reconocido que, “en virtud del derecho internacional, son responsables de las acciones de sus subdivisiones políticas”, así como de sus “funcionarios federales, estatales y locales”, y que su propia responsabilidad internacional quedaría comprometida si, como resultado de los actos u omisiones de cualquiera de las subdivisiones políticas mencionadas, los Estados Unidos fueran incapaces de respetar sus obligaciones internacionales con arreglo al fallo *Avena*. Observa en particular que el agente de los Estados Unidos reconoció ante la Corte que “los Estados Unidos serían sin lugar a dudas responsables, de conformidad con el principio de la responsabilidad de los Estados, por las acciones improcedentes de los funcionarios [estatales]”.

La Corte subraya finalmente que, en beneficio de ambas Partes, toda diferencia de opinión en cuanto a la interpretación del sentido y el alcance de sus derechos y obligaciones con arreglo al apartado 9) del párrafo 153 del fallo *Avena* ha de resolverse lo antes posible, y que por ello conviene que dicte un fallo sobre la solicitud de interpretación con la mayor celeridad posible.

La Corte concluye señalando que en el fallo relativo a la solicitud de medidas provisionales de ninguna manera se prejuzga ninguna cuestión que deba tratarse en relación con la solicitud de interpretación.

*
* *

Opinión disidente del Magistrado Buergenthal

1. En su opinión disidente, el Magistrado Buergenthal señala que votó a favor en el fallo *Avena*, en el que la Corte determinaba que los Estados Unidos habían violado la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares en lo referente a un grupo de nacionales mexicanos encarcelados en los Estados Unidos y ordenaba a los Estados Unidos que

aseguraran la revisión y el reexamen de las sentencias condenatorias y las penas impuestas a dichas personas. Según el Magistrado Buergenthal, la naturaleza permanentemente vinculante del fallo *Avena* es incuestionable en esta causa; lo cuestionable es la competencia de la Corte para adoptar la presente providencia. En su opinión, la Corte carece de dicha competencia y debería haber desestimado la solicitud de interpretación.

2. En el fallo *Avena*, la competencia de la Corte se basaba en el Protocolo de la Convención de Viena, del que, por desgracia, los Estados Unidos se habían retirado. Sin embargo, dicho protocolo no puede ser el elemento determinante de la competencia en lo que concierne a la presente providencia. Por ello México invoca el artículo 60 del Estatuto de la Corte, según el cual, “en caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las Partes”. Pero, para que el artículo 60 sea aplicable a esta causa y, por consiguiente, a fin de que la Corte sea competente para pronunciar la presente providencia, México debe demostrar, si bien sólo de forma preliminar, que existe una controversia entre las Partes en cuanto al sentido o el alcance del fallo *Avena*, algo que, en opinión del Magistrado Buergenthal, México no ha sido capaz de hacer.

3. México sostiene que existe una controversia, ya que las Partes no están de acuerdo en lo referente al sentido o el alcance del apartado 9) del párrafo 153 del fallo *Avena*. Dicho párrafo reza así:

“[La Corte] declara que, en aras de una reparación adecuada en la presente causa, los Estados Unidos de América están obligados a asegurar, por todos los medios de su elección, la revisión y el reexamen de las sentencias condenatorias y las penas impuestas a los nacionales mexicanos mencionados en [el fallo], teniendo en cuenta tanto la vulneración de los derechos establecidos en el artículo 36 de la Convención como lo dispuesto en los párrafos 138 a 141 del presente fallo” (*Avena y otros nacionales mexicanos (México contra Estados Unidos de América)*, I.C.J. Reports 2004, pág. 72, apartado 9), párr. 153).

4. Según México, el apartado 9) del párrafo 153 del fallo establece una obligación de resultado, mientras que los Estados Unidos lo considerarían una mera obligación de medios. Los Estados Unidos niegan el argumento de México y dicen estar de acuerdo con que el párrafo en cuestión impone una obligación de resultado. En opinión del Magistrado Buergenthal, México no ha presentado ninguna prueba que apoye su argumento según el cual las Partes mantienen un desacuerdo en cuanto al sentido y el alcance de dicho párrafo del fallo *Avena*. Se trata, pues, de una afirmación de una de las Partes que atañe exclusivamente a la existencia de una controversia y no se defiende mediante ninguna prueba relevante ante la Corte. Por lo tanto, el Magistrado Buergenthal concluye que la determinación de la Corte de que “parece” existir una controversia en cuanto al sentido del artículo 60 no se ve confirmada por pruebas. En consecuencia, la Corte

carece de competencia para dictar la presente providencia. Es más, la providencia no añade nada a las obligaciones a las que siguen estando sujetos los Estados Unidos en virtud del apartado 9) del párrafo 153 del fallo *Avena*, concretamente la de no ejecutar a los nacionales mexicanos salvo que se asegure la revisión y el reexamen dispuestos en dicho fallo.

5. El Magistrado Buergenthal piensa además que, al dictar la presente providencia en esta causa, la Corte abre las puertas a futuras interpretaciones abusivas del artículo 60, el cual, conviene señalarlo, no impone ningún límite de tiempo para la interposición de solicitudes de interpretación.

Opinión disidente conjunta de los Magistrados Owada, Tomka y Keith

En su opinión disidente, los Magistrados Owada, Tomka y Keith lamentan profundamente no poder apoyar la providencia de la Corte por la que se dictan medidas provisionales. Las consideraciones humanitarias que este fallo parece implicar no pueden hacer que se olviden los requisitos jurídicos del Estatuto de la Corte.

Los Magistrados concluyen que México no ha establecido, tal y como exige el artículo 60 del Estatuto, que exista una controversia con los Estados Unidos acerca del sentido o el alcance del fallo *Avena* de 2004, razón por la cual debería desestimarse la solicitud de interpretación, principal procedimiento ante la Corte. También debería desestimarse la solicitud de medidas provisionales, ya que no existiría ningún procedimiento en curso al que vincularla.

Los Magistrados también señalan que la providencia pronunciada hoy por la Corte no aporta protección adicional con respecto a la ya ofrecida por la Corte en su fallo *Avena* de 2004 a los nacionales mexicanos, cuyos derechos de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares habían sido conculcados por los Estados Unidos, y que tenían derecho a la revisión y el reexamen de sus sentencias condenatorias y penas en virtud del fallo pronunciado por la Corte en 2004.

Según los Magistrados, no cabe duda de que si se ejecutara a alguno de los 51 nacionales mexicanos mencionados en dicho fallo sin haberse éstos beneficiado de la revisión o el reexamen de las sentencias condenatorias y penas impuestas a los mismos, con arreglo a lo exigido por el fallo de 2004, los Estados Unidos habrían incumplido la obligación internacional establecida por la Corte.

Los Magistrados Owada, Tomka y Keith concluyen manifestando su ferviente deseo de que se lleve a cabo la revisión y el reexamen de las sentencias condenatorias y las penas impuestas a los nacionales mexicanos, con arreglo a lo exigido por el fallo de 2004.

Opinión disidente del Magistrado Skotnikov

El Magistrado Skotnikov comparte totalmente la preocupación de México por la ejecución prevista de un nacional

mexicano, así como su frustración por que los Estados Unidos se muestren tan incapaces de adoptar medidas que aseguren la aplicación del fallo *Avena*. No obstante, se muestra crítico con la providencia de la Corte por la que se indican medidas provisionales. Cree que la Corte debería haber apoyado de otra forma el objetivo último de México, consistente en la aplicación del fallo *Avena*.

La Corte, a su parecer, debería haber tomado nota de la posición de los Estados Unidos según la cual está de acuerdo, sin reservas, con la interpretación del fallo *Avena* defendida por México. No caben dudas en cuanto al sentido o el alcance de las disposiciones vinculantes del fallo *Avena*. México insiste, y los Estados Unidos convienen, en que no se cumplan las penas de muerte salvo y hasta que los nacionales mexicanos en cuestión se beneficien de la revisión y el reexamen establecidos en el fallo *Avena*. Es éste el resultado que los Estados Unidos deben alcanzar, “por los medios de su elección” (apartado 9), párr. 153 del fallo *Avena*), a fin de cumplir sus obligaciones con arreglo al fallo *Avena*. No cabe ambigüedad alguna. No existe desacuerdo alguno. No hay nada que la Corte deba interpretar. En consecuencia, la Corte debería haber concluido que la solicitud de interpretación de México queda fuera del ámbito del artículo 60 del Estatuto de la Corte, que sólo es aplicable cuando existe una controversia en cuanto al sentido o el alcance de un fallo de la Corte.

Además, la Corte debería haber hecho uso de su facultad inherente para instar a los Estados Unidos a adoptar todas las medidas necesarias, actuando a través de sus órganos y autoridades competentes, estatales o federales, a fin de garantizar la aplicación del fallo *Avena*.

En lugar de recordar de esta forma sus obligaciones a los Estados Unidos, la Corte ha decidido establecer que el fallo *Avena* podría requerir aclaración y ha dictado medidas provisionales.

El Magistrado Skotnikov observa que dichas medidas no añaden nada a las obligaciones de los Estados Unidos de conformidad con el fallo y, por lo tanto, carecen de utilidad. Por otra parte, las medidas tendrán efecto únicamente hasta que la Corte se haya pronunciado sobre la interpretación del fallo *Avena*. En consecuencia, la providencia de la Corte no sólo es redundante, sino que también contiene un límite temporal inexistente en el propio fallo. Todo ello indica claramente que la Corte ha tomado el camino equivocado.

El Magistrado Skotnikov piensa que la cuestión central es la aplicación del fallo, y no su interpretación. Los Estados Unidos admiten que, debido a dificultades internas, no han sido capaces hasta ahora de instaurar el marco jurídico necesario para asegurar la aplicación del fallo *Avena*, lo cual es de lamentar. Los Estados Unidos deben adoptar medidas con vistas a la aplicación del fallo *Avena*.

171. CAUSA RELATIVA A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL (GEORGIA CONTRA LA FEDERACIÓN DE RUSIA) [SOLICITUD DE INDICACIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES]

Providencia de 15 de octubre de 2008

El 15 de octubre de 2008, la Corte Internacional de Justicia dictó providencia acerca de la solicitud de medidas provisionales formulada por Georgia en relación con la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia contra Federación de Rusia)*. La Corte indicó, entre otras cosas, que ambas Partes se abstendrían de cometer actos de discriminación racial, así como de patrocinar, defender o apoyar dichos actos; facilitarían la asistencia humanitaria; y se abstendrían de cometer actos que pudieran menoscabar los respectivos derechos de las Partes o que pudieran agravar o prolongar la controversia.

La composición de la Corte fue la siguiente: Presidenta Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna y Skotnikov; Magistrado *ad hoc* Gaja; Secretario Couvreur.

*
* *

El párrafo 149 de la parte dispositiva dice lo siguiente:

“... ”

La Corte, recordando a las Partes su deber de cumplir sus obligaciones a tenor de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial,

Dicta las siguientes medidas provisionales:

A. Por 8 votos a favor y 7 en contra,

Ambas Partes, en Osetia del Sur y Abjasia y las zonas adyacentes de Georgia,

1) se abstendrán de cometer actos de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones;

2) se abstendrán de patrocinar, defender o apoyar la práctica de la discriminación racial por personas u organizaciones;

3) harán cuanto puedan, en todos los lugares y ocasiones posibles, por garantizar sin distinción de origen nacional o étnico:

- i) la seguridad de las personas;
- ii) el derecho de las personas a la libertad de circulación y de residencia dentro de las fronteras del Estado;
- iii) la protección de los bienes de los desplazados y los refugiados;

4) harán todo lo posible por garantizar que las autoridades y las instituciones públicas bajo su control o in-

fluencia no cometan actos de discriminación contra personas, grupos o instituciones.

A FAVOR: Presidenta Higgins; Magistrados Buergenthal, Owada, Simma, Abraham, Keith y Sepúlveda-Amor; Magistrado *ad hoc* Gaja;

EN CONTRA: Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Tomka, Bennouna y Skotnikov;

B. Por 8 votos a favor y 7 en contra,

Ambas Partes deberán facilitar, evitando ponerle impedimentos, la asistencia humanitaria en favor de los derechos que asisten a la población local a tenor de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

A FAVOR: Presidenta Higgins; Magistrados Buergenthal, Owada, Simma, Abraham, Keith y Sepúlveda-Amor; Magistrado *ad hoc* Gaja;

EN CONTRA: Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Tomka, Bennouna y Skotnikov;

C. Por 8 votos a favor y 7 en contra,

Ambas Partes se abstendrán de cometer actos que pudieran menoscabar los derechos de la otra Parte con respecto a los fallos que la Corte pueda dictar en la causa, o que pudieran agravar o prolongar la controversia ante la Corte, o hacer más difícil su solución;

A FAVOR: Presidenta Higgins; Magistrados Buergenthal, Owada, Simma, Abraham, Keith y Sepúlveda-Amor; Magistrado *ad hoc* Gaja;

EN CONTRA: Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Tomka, Bennouna y Skotnikov;

D. Por 8 votos a favor y 7 en contra,

Ambas Partes deberán informar a la Corte de su cumplimiento de las medidas provisionales antes mencionadas;

A FAVOR: Presidenta Higgins; Magistrados Buergenthal, Owada, Simma, Abraham, Keith y Sepúlveda-Amor; Magistrado *ad hoc* Gaja;

EN CONTRA: Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Tomka, Bennouna y Skotnikov;

*
* *

El Vicepresidente Al-Khasawneh y los Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Tomka, Bennouna y Skotnikov adjuntaron una opinión disidente conjunta a la providencia de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Gaja adjuntó una declaración a la providencia de la Corte.

*
* *
* *

La Corte empieza recordando que, el 12 de agosto de 2008, Georgia interpuso una demanda contra la Federación de Rusia por supuestas violaciones de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante, “la Convención”).

Asimismo, observa que, en su demanda, Georgia afirmó que la competencia de la Corte se deriva de su aplicación del artículo 22 de la Convención, que dispone lo siguiente:

“Toda controversia entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o a la aplicación de la presente Convención, que no se resuelva mediante negociaciones o mediante los procedimientos que se establecen expresamente en ella, será sometida a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a instancia de cualquiera de las Partes en la controversia, a menos que éstas convengan en otro modo de solucionarla.”

La Corte observa que Georgia afirma en su demanda, *entre otras cosas*, que:

“La Federación de Rusia, actuando a través de sus órganos, agentes, personas y entidades que ejercen atribuciones del poder público, y a través de las fuerzas separatistas de Osetia del Sur y Abjasia bajo su dirección y control, ha practicado, patrocinado y apoyado actos de discriminación racial mediante ataques contra y expulsiones en masa de ciudadanos de origen georgiano, así como de otros grupos étnicos, en las regiones de Osetia del Sur y Abjasia de la República de Georgia.”

La Corte afirma que, el 14 de agosto de 2008, Georgia presentó una solicitud de medidas provisionales, a la espera del fallo de la Corte sobre la causa, a fin de preservar sus derechos conforme a la Convención y “proteger a sus ciudadanos contra los actos discriminatorios violentos de las fuerzas armadas rusas, de manera concertada con la milicia separatista y mercenarios extranjeros”.

Recuerda igualmente que, el 15 de agosto de 2008, la Presidenta de la Corte, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 74 del Reglamento de la Corte, envió un comunicado urgente a las Partes, pidiéndoles que “obrarán de tal manera que permitiera a la Corte evaluar la solicitud de medidas provisionales para que surtieran los efectos debidos”.

La Corte observa que, el 25 de agosto de 2008, Georgia, ante “los rápidos cambios de la situación en Abjasia y Osetia del Sur”, presentó una “solicitud modificada de medidas provisionales de protección modificada”.

La Corte resumió los argumentos expuestos por las Partes durante las audiencias públicas celebradas los días 8 a 10 de septiembre de 2008.

La Corte observa que, al final de las audiencias, Georgia solicitó

“con carácter urgente, [que] se orden[aran] las siguientes medidas provisionales, a la espera de una decisión sobre el fondo de esta causa, a fin de evitar un perjuicio irreparable a los derechos de los ciudadanos de origen georgiano con arreglo a los artículos 2 y 5 de la Convención sobre la Discriminación Racial:

a) La Federación de Rusia adoptará todas las medidas necesarias para garantizar que ningún ciudadano de origen georgiano o cualquier otra persona sufra actos violentos o coactivos de discriminación racial como, por ejemplo, la amenaza de muerte o de lesiones y su cumplimiento, la toma de rehenes y el arresto ilegal, la destrucción o el pillaje de bienes, y otros actos que tengan por objeto expulsarlos de sus hogares o localidades en Osetia del Sur, Abjasia y/o regiones adyacentes del territorio de Georgia;

b) La Federación de Rusia adoptará todas las medidas necesarias para evitar que grupos o personas sometan a ciudadanos de origen georgiano a actos coactivos de discriminación racial como, por ejemplo, la amenaza de muerte o de lesiones y su cumplimiento, la toma de rehenes y el arresto ilegal, la destrucción o el hurto de bienes, y otros actos que tengan por objeto expulsarlos de sus hogares o localidades en Osetia del Sur, Abjasia y/o regiones adyacentes del territorio de Georgia;

c) La Federación de Rusia se abstendrá de adoptar medidas que menoscaben el derecho de los ciudadanos de origen georgiano a participar íntegramente y en pie de igualdad en los asuntos públicos de Osetia del Sur, Abjasia y/o regiones adyacentes del territorio de Georgia.” Georgia solicitó además a la Corte “con carácter urgente, [que] se orden[aran] las siguientes medidas provisionales, a la espera de una decisión sobre el fondo de la causa, a fin de evitar un perjuicio irreparable al derecho de retorno de los ciudadanos de origen georgiano con arreglo al artículo 5 de la Convención sobre la Discriminación Racial:

d) La Federación de Rusia se abstendrá de cometer actos o apoyar medidas cuyo efecto sea la negación a ciudadanos de origen georgiano o a cualquier otra persona que haya sido expulsada de Osetia del Sur, Abjasia y regiones adyacentes del territorio de Georgia, del derecho de retorno a sus hogares de origen;

e) La Federación de Rusia se abstendrá de cometer actos o apoyar medidas por parte de cualquier grupo o persona que obstaculice el ejercicio del derecho de retorno a Osetia del Sur, Abjasia y regiones adyacentes del territorio de Georgia de ciudadanos de origen georgiano o

cualquier otra persona que haya sido expulsada de dichas regiones debido a su etnia o su nacionalidad;

f) La Federación de Rusia se abstendrá de adoptar medidas que menoscaben el derecho de los ciudadanos de origen georgiano a participar sin restricciones ni diferencias en los asuntos públicos tras su retorno a Osetia del Sur, Abjasia y regiones adyacentes del territorio de Georgia.”

Georgia también solicitó a la Corte que se ordenara que:

“La Federación de Rusia se abst[uviera] de obstaculizar y permit[iera] y facilitar[a] la prestación de asistencia humanitaria a todas las personas en el territorio bajo su control, independientemente de la etnia de las mismas.”

La Corte indica que, al final de las audiencias, la Federación de Rusia resumió su postura del modo siguiente:

“En primer lugar: la controversia que el demandante ha intentado defender ante esta Corte no es, obviamente, una controversia sujeta a la Convención de 1965. En caso de existir, dicha controversia guardaría relación con el uso de la fuerza, el derecho humanitario o la integridad territorial, pero en modo alguno con la discriminación racial.

En segundo lugar: aun cuando la controversia estuviera sujeta a la Convención de 1965, las presuntas violaciones de dicha Convención no podrían entrar dentro del ámbito de las disposiciones de la misma, principalmente porque sus artículos 2 y 5 no son de aplicación extraterritorial.

En tercer lugar: aun cuando dichas violaciones se hubiesen producido, no podrían atribuirse, incluso *prima facie*, a la Federación de Rusia, que nunca ha ejercido ni ejerce actualmente en los territorios en cuestión un control suficiente como para superar el umbral establecido.

En cuarto lugar: aun cuando pudiera aplicarse la Convención de 1965, lo cual no es cierto, no se reúnen los requisitos de procedimiento previstos en el artículo 22 de la Convención de 1965. No se han presentado y no pueden presentarse pruebas de que el demandante haya propuesto negociar o emplear los mecanismos del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

En quinto lugar: teniendo presentes estos argumentos, es evidente que la Corte carece de competencia para considerar la causa.

En sexto lugar: si, contra todo pronóstico, la Corte se considerara competente *prima facie* para entender de la controversia, sostenemos que el demandante no ha sido capaz de justificar los criterios fundamentales para que se ordenen medidas provisionales. No se han presentado pruebas creíbles para atestiguar la existencia de un riesgo inminente de perjuicio irreparable, así como de una situación urgente. No cabe duda de que las circunstancias de la causa no requieren medidas, sobre todo teniendo en cuenta el actual proceso de arreglo posterior al conflicto. Por otra parte, las medidas solicitadas pasan por alto un

aspecto esencial: el hecho de que los sucesos de agosto de 2008 nacieron del uso de la fuerza por parte de Georgia.

Por último: no se puede acceder a las medidas provisionales tal y como fueron formuladas por el demandante en la solicitud, ya que impondrían obligaciones que la Federación de Rusia será incapaz de cumplir. La Federación de Rusia no ejerce un control efectivo sobre Osetia del Sur, Abjasia o cualquier parte adyacente del territorio de Georgia. Los actos de los órganos de Osetia del Sur y Abjasia, así como los de grupos o personas, no son responsabilidad de la Federación de Rusia. De concederse, estas medidas afectarían al resultado de la causa.”

La Corte observa que la Federación de Rusia solicitó retirar la causa de la lista general.

La Corte comienza su razonamiento observando que, en virtud de su Estatuto, no es competente automáticamente para entender de controversias jurídicas entre Estados Partes en el mismo u otros Estados con derecho a comparecer ante la Corte. En efecto, uno de los principios fundamentales de su Estatuto es que no puede decidir sobre una controversia entre Estados sin el consentimiento de los mismos a que su competencia entre en juego.

La Corte prosigue recordando que, en una solicitud de medidas provisionales, no tiene por qué asegurarse, antes de decidir si indica o no dichas medidas, de que es competente sobre el fondo de la causa, pero no podrá dictarlas salvo que las disposiciones invocadas por el demandante parezcan, *prima facie*, fundamentar la competencia de la Corte.

Dado que, en esta fase, Georgia ha decidido fundamentar la competencia de la Corte exclusivamente en la cláusula compromisoria contenida en el artículo 22 de la Convención, la Corte explica que deberá proceder a determinar si la cláusula jurisdiccional mencionada ofrece, *prima facie*, una base de competencia para entender del fondo de la causa y, en el caso de que considere que las circunstancias lo requieren, indicar medidas provisionales.

La Corte determina en primer lugar que tanto Georgia como la Federación de Rusia son Partes en la Convención. Observa que Georgia depositó su instrumento de adhesión el 2 de junio de 1999 sin reservas, y que la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) depositó su instrumento de ratificación el 4 de febrero de 1969 con una reserva al artículo 22 de la Convención, reserva que fue retirada por la URSS el 8 de marzo de 1989. La Corte añade que la Federación de Rusia, en su calidad de Estado que mantiene la personalidad jurídica de la URSS, es Parte en la Convención sin reservas.

La Corte señala igualmente que las Partes no están de acuerdo sobre el alcance territorial de la aplicación de las obligaciones de los Estados Partes en la Convención: Georgia alega que la Convención no incluye ningún límite a su aplicación territorial y que, por consiguiente, “las obligaciones de la Federación de Rusia con arreglo a la Convención son extensivas a los actos u omisiones atribuibles a la Federa-

ración de Rusia que tengan lugar en el territorio de Georgia, y en particular en Abjasia y Osetia del Sur”, mientras que la Federación de Rusia alega que las disposiciones de la Convención no son de aplicación extraterritorial y, en concreto, que los artículos 2 y 5 de la Convención no pueden regular la conducta de un Estado fuera de sus fronteras.

La Corte señala que la Convención no presenta restricciones de carácter general en cuanto a su aplicación territorial y que, en particular, ni el artículo 2 ni el artículo 5 de la Convención mencionan un límite territorial específico. Por tanto, la Corte estima que dichas disposiciones de la Convención aparentemente se aplican, al igual que ocurre con otras disposiciones de instrumentos de este tipo, a las acciones de un Estado Parte cuando éste actúa fuera de su territorio.

Señalando que Georgia alega que la controversia guarda relación con la interpretación y la aplicación de la Convención, mientras que la Federación de Rusia afirma que la controversia tiene que ver en realidad con el uso de la fuerza, los principios de no intervención y la libre determinación, y las violaciones del derecho humanitario, la Corte explica que le corresponde determinar si existe, *prima facie*, una controversia de acuerdo con el significado del artículo 22 de la Convención.

Tras examinar los argumentos de las Partes, la Corte concluye que éstas no están de acuerdo en lo referente a la aplicabilidad de los artículos 2 y 5 de la Convención en el contexto de los sucesos en Osetia del Sur y Abjasia. Así pues, parece existir una controversia entre las Partes en cuanto a la interpretación de la aplicación de la Convención. La Corte observa además que los cargos presentados por Georgia parecen haber conculcado los derechos estipulados por la Convención, si bien varios de dichos cargos podrían también hacer referencia a otras normas del derecho internacional, incluido el derecho humanitario. La Corte considera estos elementos suficientes para establecer la existencia de una controversia entre las Partes con respecto a las disposiciones de la Convención, lo cual es una condición indispensable para que, *prima facie*, la Corte tenga competencia en virtud del artículo 22 de la Convención.

La Corte vuelve así a la cuestión de si se reúnen las condiciones procesales establecidas en el artículo 22 de la Convención. Recuerda que el artículo 22 estipula que toda controversia relativa a la interpretación o la aplicación de la Convención “que no se resuelva mediante negociaciones o mediante los procedimientos que se establecen expresamente en ella” debe someterse a la Corte. La Corte observa que, según Georgia, esta frase no indica condiciones que se deban cumplir antes de que la Corte pueda conocer de la controversia. Georgia alega igualmente que se han celebrado entre las Partes debates y negociaciones bilaterales relativas a las cuestiones que conforman el objeto de la Convención. La Corte señala también que la Federación de Rusia alega que las negociaciones previas o el recurso a los procedimientos establecidos por la Convención constituyen un requisito in-

dispensable para apelar a la competencia de la Corte en virtud del artículo 22 de la Convención, que no se han celebrado negociaciones entre las Partes sobre cuestiones relativas a la Convención y que Georgia tampoco ha informado sobre ninguna cuestión de este tipo al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, de acuerdo con los procedimientos contemplados por la Convención.

La Corte afirma que la frase “toda controversia [...] que no se resuelva mediante negociaciones o mediante los procedimientos que se establecen expresamente en [la Convención]” del artículo 22 no sugiere, en su sentido corriente, que las negociaciones formales en el marco de la Convención o el recurso al procedimiento mencionado en el artículo 22 constituyan requisitos previos a la intervención de la Corte. No obstante, considera que, en virtud del artículo 22, el demandante debería haber intentado iniciar con la Parte demandada debates sobre cuestiones relativas a la Convención. La Corte observa que del expediente se desprende que dichas cuestiones se trataron en contactos bilaterales entre las Partes y que, manifiestamente, no se resolvieron mediante la negociación antes de la presentación de la solicitud. Añade que, en varias intervenciones ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en los días anteriores a la presentación de la solicitud, Georgia planteó esos mismos temas, los cuales fueron comentados por la Federación de Rusia, así que la Federación de Rusia era concedora de la posición de Georgia al respecto. Para la Corte, el hecho de que la Convención no se haya mencionado expresamente en un contexto bilateral o multilateral no supone un obstáculo para que la Corte intervenga de conformidad con el artículo 22 de la Convención.

En vista de lo anterior, la Corte se estima competente *prima facie*, en virtud del artículo 22 de la Convención, para entender de la causa, en la medida en que la materia de la controversia guarda relación con “la interpretación o la aplicación” de la Convención.

La Corte señala que su facultad para indicar medidas provisionales con arreglo al artículo 41 del Estatuto tiene por objeto la preservación de los derechos de cada una de las Partes mientras se pronuncia el fallo, con el fin de garantizar que no se cause un perjuicio irreparable a los derechos sujetos a controversia en los procedimientos judiciales. Afirma además que, a la hora de estudiar una solicitud de este tipo, debe preocuparse de preservar los derechos que la Corte pueda resolver judicialmente que son propios del demandante o del demandado. La Corte añade que debe establecerse un vínculo entre los derechos cuya protección se pretenda con las medidas provisionales y el objeto de los procedimientos ante la Corte sobre el fondo de la causa.

Tras recordar los argumentos de las Partes, la Corte observa que los artículos 2 y 5 de la Convención pretenden proteger a las personas de la discriminación racial, obligando a los Estados Partes a adoptar determinadas medidas en ellos especificadas; que los Estados Partes en la Convención tienen derecho a exigir de un Estado Parte el cumplimiento

de determinadas obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2 y 5 de la Convención; y que existe una correlación entre el respeto de los derechos individuales, las obligaciones de los Estados Partes en la Convención y el derecho de los Estados Partes a buscar su cumplimiento. La Corte estima que los derechos que Georgia invoca y busca proteger mediante la solicitud de medidas provisionales (por ejemplo, los derechos establecidos en los artículos 2 y 5 de la Convención) guardan una relación suficiente con el fondo de la causa iniciada a los efectos del procedimiento. La Corte añade que debe centrar su atención en los derechos así reivindicados al estudiar la solicitud de medidas provisionales por parte de Georgia.

La Corte prosigue afirmando que su facultad de indicar medidas provisionales con arreglo al artículo 41 de su Estatuto “presupone que no se cause un perjuicio irreparable a los derechos sujetos a controversia en los procedimientos judiciales” y que se ejercerá únicamente si existe una urgencia provocada por un riesgo real de que se emprendan acciones perjudiciales para los derechos de cualquiera de las Partes antes de que la Corte pronuncie su fallo definitivo.

La Corte observa que, según Georgia, “en vista de la conducta de la Federación de Rusia en Osetia del Sur, Abjasia y las regiones adyacentes, las medidas provisionales resultan urgentes”, ya que los ciudadanos de origen georgiano de estas zonas “se exponen a un riesgo inminente de expulsión violenta, muerte y lesiones, toma de rehenes y arresto ilegal, así como de daños o pérdida de sus hogares y bienes”. Además, “las perspectivas de retorno de aquellos ciudadanos de origen georgiano que ya fueron obligados a huir, sufren un rápido deterioro”. Georgia también afirma que “los derechos en la controversia están amenazados por un perjuicio de naturaleza irreparable”, ya que “ninguna satisfacción ni concesión de reparaciones podría compensar nunca las formas extremas de perjuicio” de dichos derechos.

La Corte indica que, por su parte, la Federación de Rusia sostiene que “Georgia no ha señalado ningún derecho oponible a la Federación de Rusia de conformidad con los artículos 2 y 5 de la Convención —a pesar de estar éstos ampliamente contemplados— que esté expuesto a un ‘grave riesgo’ de perjuicio irreparable”. En lo relativo a los sucesos de agosto de 2008, la Federación de Rusia alega que “es posible basarse en los hechos con una certitud razonable” para negar la existencia de un riesgo grave para los derechos que Georgia reivindica, por las siguientes razones: en primer lugar, las acciones armadas han producido “muertes dentro de las fuerzas armadas de ambas Partes, muertes de civiles de todas las etnias y desplazamientos en masa de personas de todas las etnias”; y, en segundo lugar, “las acciones armadas han cesado, y civiles de todas las etnias están regresando a sus hogares, si bien aún no todos, en las antiguas zonas de conflicto”. La Federación de Rusia hace referencia a la cesación del fuego anunciada el 12 de agosto de 2008 y a los seis principios para el arreglo pacífico del conflicto adoptados

por los Presidentes de la Federación de Rusia y Francia el mismo día, y posteriormente firmados entre el 13 y el 16 de agosto de 2008 por el Presidente de Georgia y los dirigentes de Osetia del Sur y Abjasia, “con la mediación de la Federación de Rusia y en presencia de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y de la Unión Europea”. También menciona las “gestiones positivas ante la OSCE [...] con la Unión Europea y el Presidente Sarkozy”, y señala que, de acuerdo con otros principios anunciados el 8 de septiembre de 2008, se desplegarán 200 observadores de la Unión Europea en las zonas de separación de Osetia del Sur y Abjasia y, posteriormente, se retiraran las tropas de mantenimiento de la paz rusas.

La Corte insiste en que, a los efectos de su fallo respecto de la solicitud de medidas provisionales, no está llamada a establecer la existencia de violaciones de la Convención, sino a determinar si las circunstancias exigen indicar medidas provisionales para la protección de los derechos en virtud de la Convención. No obstante, la Corte observa que, debido a la naturaleza de los derechos en cuestión, y en particular de los estipulados en los párrafos b), d) e) del artículo 5 de la Convención, el menoscabo de los mismos podría resultar irreparable.

La Corte indica que es consciente de la excepcional y compleja situación sobre el terreno en Osetia del Sur, Abjasia y las zonas adyacentes, y toma nota de las persistentes incertidumbres en las que se encuentran las estructuras jerárquicas. A partir de la información disponible en el expediente, la Corte es del parecer que la población de origen georgiano en las zonas afectadas por el reciente conflicto sigue siendo vulnerable. La Corte también observa que la situación en Osetia del Sur, Abjasia y las zonas adyacentes en Georgia es inestable y podría cambiar rápidamente. Dada la constante tensión y la ausencia de un arreglo general del conflicto en esta región, considera que la población de origen osetio y abjasio también sigue siendo vulnerable. La Corte añade que, si bien se están tratando los problemas de los refugiados y desplazados internos, todavía no se han resuelto íntegramente.

Habida cuenta de lo anterior y en relación con los grupos étnicos de la población citados, la Corte estima que existe un riesgo inminente de que los derechos abordados en la causa sufran un perjuicio irreparable.

La Corte recuerda que los Estados Partes en la Convención “condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas”. En opinión de la Corte, en las circunstancias que se han señalado a su atención en las que existe un riesgo importante de actos de discriminación racial, Georgia y la Federación de Rusia tienen la obligación inequívoca, tanto si dichos actos pueden atribuirseles legalmente en el pasado como si no, de garantizar que no vuelvan a cometerse en el futuro.

La Corte manifiesta su satisfacción por el hecho de que las medidas se soliciten para proteger los derechos contem-

plados en la Convención que constituyen la materia de la controversia. Afirma que tiene facultad, en virtud de su Estatuto y siempre que se hayan solicitado medidas provisionales, para indicar medidas que difieran total o parcialmente de las solicitadas, o medidas dirigidas a la Parte que formuló la solicitud.

Habiendo examinado los términos de las medidas provisionales solicitadas por Georgia, la Corte concluye que, en las circunstancias de la causa, las medidas indicadas han de ser idénticas a las solicitadas por Georgia. Sobre la base de la documentación de que dispone, la Corte estima apropiado indicar medidas dirigidas a ambas Partes.

La Corte recuerda que sus medidas provisionales dictadas con arreglo al artículo 41 del Estatuto tienen efecto vinculante y crean, por tanto, obligaciones jurídicas internacionales que ambas Partes están obligadas a cumplir.

Termina señalando que el fallo relativo a la indicación de medidas provisionales en modo alguno prejuzga la cuestión de la competencia de la Corte para entender del fondo de la causa o de cualquier cuestión relacionada con la admisibilidad de la solicitud o con el propio fondo de la causa.

*
* *
*

Opinión disidente conjunta del Vicepresidente Al-Khasawneh y los Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Tomka, Bennouna y Skotnikov

1. El Vicepresidente Al-Khasawneh y los Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Tomka, Bennouna y Skotnikov votaron en contra de la providencia, al considerar que no se han cumplido en la presente causa las condiciones necesarias para la indicación de medidas provisionales.

2. Si bien la facultad para indicar medidas provisionales es inherente a la función judicial, los Magistrados señalan que la Corte debe asegurarse de que se han cumplido las condiciones necesarias para dictar dichas medidas. Observan que la Corte debe estar segura al menos de que tiene competencia *prima facie* y de que se reúnen los criterios de un riesgo de perjuicio irreparable y de una situación de urgencia. Advierten que las Partes difieren en dos cuestiones, a saber: la existencia de una controversia entre ellas “con respecto a la interpretación o a la aplicación” de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; y el cumplimiento de la condición necesaria según la cual la controversia no debe haberse resuelto “mediante negociaciones o mediante los procedimientos que se establecen expresamente en [la Convención]”

3. Los autores de la presente opinión disidente conjunta son del parecer que debe haber existido una controversia con respecto a la aplicación de la Convención antes de la intervención de la Corte. No obstante, estiman que los actos que Georgia atribuye a la Federación de Rusia no guardan nece-

sariamente relación con las disposiciones de la Convención. Expresan su desacuerdo sobre este aspecto con la mayoría, la cual, en su opinión, se ha contentado con observar simplemente que parecía existir una controversia, sin demostrar en modo alguno que los cargos presentados por Georgia entran en el ámbito de aplicación de la Convención.

4. En lo referente a la condición necesaria de negociaciones establecida en el artículo 22 de la Convención, los autores de la presente opinión disidente conjunta disienten de la conclusión de la mayoría según la cual los contactos bilaterales entre las Partes y las intervenciones de Georgia ante el Consejo de Seguridad cumplen dicha condición. Explican que dichos contactos deberían haber contemplado la verdadera esencia de la Convención, es decir, su interpretación o su aplicación, y que la Corte debería haberse preguntado si se habían abierto dichas negociaciones y, de ser así, si cabía esperar un resultado de las mismas.

5. Respecto a la condición necesaria de recurrir a los procedimientos mencionada en el artículo 22 de la Convención, los autores de la presente opinión disidente conjunta señalan que la Corte se ha limitado a observar que ni Georgia ni la Federación de Rusia alegaron haber señalado las cuestiones objeto de controversia a la atención del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Estiman que la interpretación de la mayoría en lo referente a esta cuestión no confirma ni el sentido corriente del artículo 22 ni el objeto y la finalidad del mismo, que consiste en fomentar que el mayor número posible de Estados se someta a la jurisdicción de la Corte, asegurándose de que se agotan los procedimientos dispuestos en la Convención.

6. Por último, los siete Magistrados opinan que la providencia no demuestra ni la existencia de un riesgo de perjuicio irreparable a los derechos de Georgia conforme a la Convención ni de una situación de urgencia. Deducen que este punto débil queda reflejado en la cláusula dispositiva, en la medida en que la Corte insta a ambas Partes, en última instancia, a respetar la Convención, algo a lo que están obligadas en cualquier caso, con o sin medidas provisionales.

Declaración del Magistrado Gaja

En su declaración, el Magistrado *ad hoc* Gaja explica que, si bien votó a favor de todas las medidas provisionales, incluidas las contenidas en el apartado A, no puede compartir la opinión según la cual se reúnen las condiciones para aplicar estas últimas igualmente al Estado demandante. El Estado demandado no alega que la conducta de las autoridades de Georgia, o de personas, grupos o instituciones bajo su control o influencia, pueda provocar un riesgo de perjuicio irreparable a los derechos que confiere la Convención en Abjasia, Osetia del Sur o las regiones adyacentes. La Corte tampoco ofrece una explicación apropiada al evaluar dicho riesgo (véase párr. 143).

172. CASO RELATIVO A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO (CROACIA CONTRA SERBIA) [EXCEPCIONES PRELIMINARES]

Fallo de 18 de noviembre de 2008

El 18 de noviembre de 2008, la Corte Internacional de Justicia emitió su fallo sobre las objeciones preliminares realizadas por Serbia respecto de la jurisdicción de la Corte y de la admisibilidad de la *Solicitud de Croacia en el caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia contra Serbia)*. La Corte considera que, en virtud de la base del Artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, tiene jurisdicción para juzgar el fondo del caso.

La composición de la Corte fue la siguiente: Presidenta Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Parra-Aranguren, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; Magistrados *ad hoc* Vukas, Kreća; Secretario Couvreur.

*
* * *

En el párrafo dispositivo (párr. 146) del fallo se señala lo siguiente:

“... ”

LA CORTE,

1) Por diez votos a favor y siete votos en contra,

Desestima la primera objeción preliminar interpuesta por la República de Serbia que hace referencia a la capacidad de la Corte para participar en el proceso instituido a partir de la solicitud de la República de Croacia.

VOTOS A FAVOR: Presidenta Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Buergenthal, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna; Magistrado *ad hoc* Vukas;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Parra-Aranguren, Owada, Skotnikov; Magistrado *ad hoc* Kreća.

2) Por doce votos a favor y cinco votos en contra,

Desestima la primera objeción preliminar interpuesta por la República de Serbia por hacer referencia a la jurisdicción *ratione materiae* de la Corte para dirimir la solicitud de la República de Croacia en virtud del Artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

VOTOS A FAVOR: Presidenta Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; Magistrado *ad hoc* Vukas;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Parra-Aranguren; Magistrado *ad hoc* Kreća.

3) Por diez votos a favor y siete votos en contra,

Considera que, sobre la base del apartado 4 de la presente cláusula funcional, la Corte tiene jurisdicción para dirimir la Solicitud de la República de Croacia.

VOTOS A FAVOR: Presidenta Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Buergenthal, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna; Magistrado *ad hoc* Vukas;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Parra-Aranguren, Owada, Skotnikov; Magistrado *ad hoc* Kreća.

4) Por once votos a favor y seis votos en contra,

Considera que la segunda objeción preliminar presentada por la República de Serbia no posee, en atención a las circunstancias del caso, un carácter exclusivamente preliminar.

VOTOS A FAVOR: Presidenta Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Buergenthal, Owada, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna; Magistrado *ad hoc* Vukas;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Shi, Koroma, Parra-Aranguren, Tomka, Skotnikov; Magistrado *ad hoc* Kreća.

5) Por doce votos a favor y cinco votos en contra,

Desestima la tercera objeción preliminar presentada por la República de Serbia.

VOTOS A FAVOR: Presidenta Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna; Magistrado *ad hoc* Vukas;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Shi, Koroma, Parra-Aranguren, Skotnikov; Magistrado *ad hoc* Kreća.”

*
* * *

El Vicepresidente Al-Khasawneh adjuntó una opinión separada al Fallo de la Corte; Los Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma y Parra-Aranguren adjuntaron una declaración conjunta al Fallo de la Corte; Los Magistrados Ranjeva y Owada adjuntaron opiniones disidentes al Fallo de la Corte; Los Magistrados Tomka y Abraham adjuntaron opiniones separadas al Fallo de la Corte; El Magistrado Bennouna adjuntó una declaración al Fallo de la Corte; El Magistrado Skotnikov adjuntó una opinión disidente al Fallo de la Corte; El Magistrado *ad hoc* Vukas adjuntó una opinión separada

al Fallo de la Corte; El Magistrado *ad hoc* Kreća adjuntó una opinión disidente al Fallo de la Corte.

*
* *

Cronología del proceso y conclusiones de las partes (párrs. 1 a 22)

La Corte recuerda que, el 2 de julio de 1999, Croacia presentó una Solicitud contra la República Federativa de Yugoslavia (en adelante, la “RFY”) en relación con una controversia relativa a presuntas violaciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 (en adelante, la “Convención sobre el genocidio”). En la Solicitud, se invocaba el Artículo IX de la Convención sobre el genocidio como el fundamento de la jurisdicción de la Corte.

En una Orden de 14 de septiembre de 1999, la Corte estableció el 14 de marzo de 2000 como fecha límite para la presentación de la Memoria de Croacia y el 14 de septiembre como fecha límite para la presentación de la Contramemoria de la RFY. En una Orden de 10 de marzo de 2000, a petición de Croacia, el Presidente de la Corte amplió el plazo para la presentación de la Memoria al 14 de septiembre de 2000 y amplió también, en consecuencia, el plazo para la presentación de la Contramemoria de la RFY al 14 de septiembre de 2001. En una Orden de 27 de junio de 2000, la Corte amplió los plazos al 14 de marzo de 2001 y al 16 de septiembre de 2002 respectivamente para la presentación de la Memoria de Croacia y de la Contramemoria de la RFY. Croacia presentó la Memoria dentro del plazo ampliado.

Ya que la Corte no contaba entre sus miembros con ningún Magistrado cuya nacionalidad fuera de alguna de las Partes, cada Parte procedió a ejercer el derecho recogido en el apartado 3 del Artículo 31 del Estatuto de elegir un Magistrado *ad hoc* para presidir el caso: Croacia eligió al Sr. Budislav Vukas y la RFY eligió al Sr. Milenko Kreća.

El 11 de septiembre de 2002, dentro del plazo establecido en el apartado 1 del Artículo 79 del Estatuto de la Corte aprobado el 14 de abril de 1978, la RFY interpuso objeciones preliminares en relación con la jurisdicción de la Corte para dirimir el caso y con la admisibilidad de la Solicitud. En consecuencia, mediante una Orden de 14 de noviembre de 2002, la Corte señaló que, en virtud del apartado 3 del Artículo 79 del Estatuto de la Corte aprobado el 14 de abril de 1978, se había suspendido el proceso por razones de fondo y se fijó el plazo del 29 de abril de 2003 para que Croacia presentara una declaración escrita en la que se recogieran sus observaciones y conclusiones en relación con las objeciones preliminares interpuestas por la RFY. Croacia presentó dicha declaración dentro del plazo fijado.

En una carta de 5 de febrero de 2003, la RFY informó a la Corte de que, tras la adopción y la promulgación de la Carta

Constitucional de Serbia y Montenegro por la Asamblea de la RFY el 4 de febrero de 2003, el nombre del Estado “República Federativa de Yugoslavia” había pasado a ser el de “Serbia y Montenegro”. Tras el anuncio del resultado del referéndum celebrado en Montenegro el 21 de mayo de 2006 (tal como se estipula en la Carta Constitucional de Serbia y Montenegro), la Asamblea Nacional de la República de Montenegro aprobó una declaración de independencia el 3 de junio de 2006.

En varias cartas de 6 de mayo de 2008, el Secretario informó a las Partes de que, durante las audiencias, la Corte les había pedido que examinaran la capacidad de la Parte demandada para participar en el proceso ante la Corte en el momento en que se presentó la Solicitud, ya que esta cuestión no se había abordado expresamente en los alegatos escritos.

Se celebraron sesiones públicas del 26 al 30 de mayo de 2008. Tras la finalización del proceso oral, las partes presentaron las siguientes conclusiones finales a la Corte:

En nombre del Gobierno de Serbia,

en la audiencia celebrada el 29 de mayo de 2008:

“En consideración de las razones aducidas en sus conclusiones escritas y en sus alegatos orales, Serbia solicita a la Corte que declare:

1. que la Corte carece de jurisdicción;

o bien:

2. a) que las demandas basadas en acciones u omisiones acaecidas antes del 27 de abril de 1992 recaen fuera de la jurisdicción de la Corte y son inadmisibles; y

b) que las demandas que hacen referencia a

— la comparecencia ante la Corte de determinadas personas que se encuentran dentro de la jurisdicción de Serbia;

— la facilitación de información en relación con el paradero de los ciudadanos croatas desaparecidos; y

— la devolución del patrimonio cultural

se encuentran fuera de la jurisdicción de esta Corte y son inadmisibles.”

En nombre del Gobierno de Croacia,

en la audiencia celebrada el 30 de mayo de 2008:

“Sobre la base de los hechos y de los argumentos jurídicos presentados en nuestras Observaciones Escritas, así como durante los alegatos orales, la República de Croacia solicita a la Corte Internacional de Justicia que:

1) desestime la primera, segunda y tercera objeción preliminar de Serbia, a excepción de la parte de la segunda objeción preliminar relativa a la demanda relacionada con la comparecencia en juicio del Sr. Slobodan Milošević, y que, en consecuencia

2) declare que tiene jurisdicción para dirimir la Solicitud presentada por la República de Croacia el 2 de julio de 1999.”

Identificación de la Parte demandada (párrs. 23-34)

En primer lugar, la Corte indica que necesita identificar a la parte que ha sido demandada ante la Corte. Señala que, en una carta de 3 de junio de 2006, el Presidente de la República de Serbia (en adelante “Serbia”) informó al Secretario General de las Naciones Unidas de que, tras un referéndum celebrado el 21 de mayo de 2006, la Asamblea Nacional de la República de Montenegro aprobó una declaración de independencia, y de que “la adhesión del Estado unificado de Serbia y Montenegro en las Naciones Unidas, así como en todos los organismos y las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, tendría continuidad en la República de Serbia, en virtud del Artículo 60 de la Carta Constitucional de Serbia y Montenegro”.

El Presidente señaló además que “en las Naciones Unidas se emplearía el nombre de la ‘República de Serbia’ en lugar del de ‘Serbia y Montenegro’” y añadió que la República de Serbia “seguía asumiendo plenamente los derechos y las obligaciones adquiridas por el Estado unificado de Serbia y Montenegro con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas”.

La Corte recuerda que, en varias cartas de 19 de julio de 2006, el Secretario solicitó al Agente de Croacia, al Agente de Serbia y al Ministro de Asuntos Exteriores de Montenegro que comunicaran a la Corte las opiniones de sus Gobiernos respecto de las consecuencias que debían desprenderse de los acontecimientos antedichos en relación con la identidad de la Parte demandada en el caso. Señala que, en una carta de 22 de julio de 2006, el Agente de Serbia explicó que, en opinión de su Gobierno, “el Solicitante debía, en primer lugar, adoptar una postura y decidir si deseaba mantener su demanda original referida tanto a Serbia como a Montenegro o si deseaba actuar de otra manera”. En una carta de 29 de noviembre de 2006, el Fiscal General del Estado de Montenegro señaló que “es posible que Montenegro no tuviera la capacidad de Parte demandada” en la controversia instituida ante la Corte. La Corte señala asimismo que, en una carta de 15 de mayo de 2008, el Agente de Croacia confirmó que el proceso instituido por Croacia el 2 de julio de 1999 se “interpuso contra la República de Serbia como Parte demandada” y que esta conclusión se alcanzó “sin perjuicio de la posible responsabilidad de la República de Montenegro ni de la posibilidad de interponer un proceso independiente contra ésta última”.

La Corte señala que los hechos y acontecimientos sobre los que se basan las conclusiones de Croacia se produjeron en un momento en el que Serbia y Montenegro formaban parte del mismo Estado. Además, señala que Serbia ha aceptado “la continuidad entre Serbia y Montenegro y la República de Serbia”. Montenegro, por otra parte, es un nuevo Estado aceptado como tal en las Naciones Unidas. No conti-

núa la personalidad legal internacional del Estado unificado de Serbia y Montenegro.

La Corte recuerda el principio fundamental de que ningún Estado puede ser sometido a la jurisdicción de la Corte sin el consentimiento de dicho Estado. La Corte señala que, en su carta de 29 de noviembre de 2006, Montenegro manifestó claramente que no otorga su consentimiento por lo que respecta a la jurisdicción de la Corte sobre Montenegro por lo que se refiere a esta controversia. Además, con arreglo a la Corte, los acontecimientos previamente mencionados demuestran con claridad que Montenegro no continúa la personalidad jurídica de Serbia y Montenegro por lo que no puede haber adquirido, sobre la base de esta consideración, la condición de Parte demandada en este caso. Finalmente, la Corte señala que la Parte solicitante no afirmó, en su carta de 15 de mayo de 2008, que Montenegro siguiera siendo una parte en este caso.

Por estas razones, la Corte concluye que Serbia es la única Parte demandada en este caso.

Perspectiva general de los argumentos de las Partes (párrs. 35 a 42)

La Corte señala que, en su Solicitud, Croacia, en referencia a los actos que tuvieron lugar durante el conflicto acaecido entre 1991 y 1995 en el territorio de la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia (en adelante la “RFSY”), sostenía que la RFY había realizado actos que infringían la Convención sobre el genocidio. El Gobierno de la RFY cuestionó, por varias razones, la admisibilidad de la Solicitud, así como la jurisdicción de la Corte en virtud del Artículo IX de la Convención sobre el genocidio.

La Corte señala que, en referencia a la cuestión de la capacidad de la Parte demandada para participar en el proceso, con arreglo al Artículo 35 del Estatuto, ésta alegó que no tenía dicha capacidad porque, tal como la Corte había confirmado en 2004 en los casos relativos a la *Legalidad del uso de la fuerza*, la Parte demandada no fue un Estado miembro de las Naciones Unidas hasta el 1 de noviembre de 2000 y, por tanto, no era un Estado parte del Estatuto en el momento en que se presentó la Solicitud el 2 de julio de 1999. Croacia, sin embargo, sostuvo que la RFY era un Miembro de las Naciones Unidas en el momento en que se presentó la Solicitud e, incluso en el caso de que no hubiera sido así, la condición de Serbia en las Naciones Unidas en 1999 no afectaba al proceso pues la Parte demandada se convirtió en Estado miembro de las Naciones Unidas en 2000 y, como tal, adquirió la capacidad suficiente para ser parte en el presente proceso.

La Corte señala que la Parte demandada interpuso una objeción preliminar en relación con la jurisdicción de la Corte sobre la base del Artículo IX de la Convención sobre el genocidio. En la Solicitud, Croacia sostuvo que ambas Partes estaban obligadas por la Convención sobre el genocidio en tanto que Estados sucesores de la RFSY. Serbia afirmó que la

jurisdicción de la Corte sobre el presente caso, que se instituyó el 2 de julio de 1999, no podía basarse en el Artículo IX de la Convención sobre el genocidio, en consideración del hecho de que la RFY no estaba vinculada por la Convención bajo ningún concepto antes del 10 de junio de 2001, fecha en que se hizo efectiva su notificación de adhesión a la Convención sobre el genocidio, que incluía una reserva respecto del Artículo IX.

La Corte observa que Serbia también sostuvo que la Solicitud de Croacia era inadmisibles porque hacía referencia a acciones u omisiones acaecidas antes de la declaración de independencia de la RFY el 27 de abril de 1992. Serbia alegó que las acciones u omisiones que acaecieron antes de que la RFY comenzara a existir no podían serle atribuidas. Croacia arguyó que, si bien la objeción preliminar de Serbia, tal como se indica en su conclusión final 2 a), está configurada como una objeción a la admisibilidad de la demanda, en realidad parece que Serbia sostenía que la Corte no tenía jurisdicción *ratione temporis* sobre acciones u omisiones acaecidas antes del 27 de abril de 1992. En este sentido, la Corte hizo referencia a su Fallo del 11 de julio de 1996, en el que ésta señaló que no existen límites temporales para la aplicación de la Convención sobre el genocidio y para el ejercicio de su jurisdicción en virtud de dicha Convención, si no existen reservas formuladas a este respecto. Durante los alegatos orales, Serbia sostuvo el argumento alternativo de que la Corte carecía de jurisdicción *ratione temporis* respecto de acciones u omisiones acaecidas antes del 27 de abril de 1992, fecha en que fue creada la RFY, porque esta fecha fue el punto temporal más temprano a partir del cual la RFY podría estar vinculada por la Convención sobre el genocidio.

Para finalizar, la Corte señala que las conclusiones 2 a), 2 b) y 2 c) de Croacia recogidas en su Memoria y que se refieren, respectivamente, a la comparecencia en juicio de personas que habían cometido presuntamente actos de genocidio (entre las que se incluye a Slodoban Milošević), a personas desaparecidas y a la devolución del patrimonio cultural, eran “inadmisibles y cuestionables”.

La Corte examina individualmente cada uno de estos argumentos.

Breve historia de la condición de la RFY en el seno de las Naciones Unidas (párrs. 43 a 51)

La Corte presenta un breve resumen del proceso de desintegración de la RFSY a principios de 1990 y de las decisiones de las Naciones Unidas respecto de la condición jurídica de la RFY. Recuerda, entre otras cuestiones, que el 22 de septiembre de 1992, la Asamblea General, que actuó sobre la base de la recomendación del Consejo de Seguridad, aprobó la Resolución 47/1, por la que se decidió que la RFY debía solicitar el ingreso en las Naciones Unidas y que no debía participar en el trabajo de la Asamblea General. La Corte señala que “la condición *sui generis* en la que se encontró la RFY”

durante el período entre 1992 y 2000 (tal como fue descrita por la propia Corte en un Fallo en 2003) finalizó tras una carta de 27 de octubre de 2000 enviada por el Sr. Koštunica al Secretario General de las Naciones Unidas en la que el recién elegido Presidente de la RFY solicitaba el ingreso de la RFY como Estado miembro de las Naciones Unidas. Dicho ingreso se hizo efectivo a partir del 1 de noviembre de 2000.

Relevancia de las decisiones anteriores de la Corte (párrs. 52-56)

La Corte observa que la cuestión de la condición y la posición del Estado conocido, en el momento de la presentación de la Solicitud, como la RFY respecto del Estatuto de la Corte y de la Convención sobre el genocidio, ya se ha debatido en varias decisiones previas. En el caso relativo a la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro)*, se adoptaron dos decisiones respecto de las peticiones de fijación de medidas provisionales (Órdenes de 8 de abril y de 13 de septiembre de 1993), una decisión de objeciones preliminares (Fallo de 11 de julio de 1996) y una decisión sobre el fondo (Fallo de 26 de febrero de 2007). En el caso relativo a la Solicitud de revisión del Fallo de 11 de julio de 1996 en el Caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Yugoslavia), Objeciones preliminares (*Yugoslavia contra Bosnia y Herzegovina*), la Corte emitió un Fallo el 3 de febrero de 2003. En el conjunto de casos relativos a la *Legalidad del uso de la fuerza* interpuestos por la RFY contra diez Estados miembros de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, la Corte emitió Fallos en ocho de dichos casos el 15 de diciembre de 2004, confirmando las objeciones preliminares presentadas respecto de la falta de capacidad, por parte de la Parte demandada, de comparecer ante la Corte.

Ambas partes citaron estas decisiones en apoyo de sus tesis respectivas y la Corte considera que, para comenzar, resulta conveniente indicar en qué medida considera que estas decisiones pueden ejercer influencia en la decisión relativa al presente caso.

La Corte señala que, si bien algunos de los hechos y de las cuestiones jurídicas tratadas en otros casos también se dan en el presente caso, ninguna de estas decisiones fueron adoptadas en procesos en los que las dos Partes fueran las mismas que en este proceso (Croacia y Serbia) de manera que, tal como reconocen las Partes, no se da un supuesto de *res judicata* (Artículo 59 del Estatuto de la Corte). En la medida en que dichas decisiones contengan conclusiones jurídicas, la Corte indica que las tratará de la misma forma en que ha tratado sus decisiones previas: esto quiere decir que, si bien estas decisiones no vinculan en absoluto a la Corte, no se distanciará de su jurisprudencia firme a no ser que tenga razones muy específicas para hacerlo.

Objeción preliminar a la jurisdicción de la Corte
(párrs. 57 a 119)

— *Cuestiones relativas a la capacidad para ser una parte en el proceso* (párrs. 57 a 92)

En primer lugar, la Corte examina si las Partes satisfacen las condiciones generales, en virtud de los Artículos 34 y 35 del Estatuto, necesarias para contar con la capacidad para participar en el proceso ante la Corte.

La Corte señala que no se cuestiona ni se puede cuestionar el hecho de que ambas Partes satisfacen la condición establecida en el Artículo 34 del Estatuto: con arreglo al apartado 1 del Artículo 34, Croacia y Serbia son Estados. Asimismo, señala que no se cuestiona ni se puede cuestionar que, en la fecha en la que Croacia presentó su Solicitud, el 2 de julio de 1999, Croacia satisfacía una condición recogida en el Artículo 35 del Estatuto que era suficiente para que la Corte considerara que contaba con la capacidad suficiente: en dicha fecha, Croacia era un Estado miembro de las Naciones Unidas y, como tal, un Estado parte del Estatuto de la Corte. La cuestión radica en si Serbia satisface, a los efectos de este caso, las condiciones recogidas en los apartados 1 o 2 del Artículo 35 del Estatuto y si, a la luz de lo antedicho, cuenta con la capacidad para participar en el proceso ante la Corte.

Tras describir las posturas de las Partes a este respecto, la Corte incide de nuevo en que, al no existir decisión anterior que por sí sola tenga autoridad de *res judicata* en el caso, la cuestión de la capacidad de la Parte demandada debe ser examinada *de novo*, en el contexto de la controversia ante la Corte.

La Corte considera oportuno examinar la cuestión del acceso de Serbia a la Corte sobre la base del apartado 1 del Artículo 35, antes de proceder a realizar cualquier examen sobre la base del apartado 2. Posteriormente, la Corte examina si el cumplimiento de las condiciones recogidas en el Artículo 35 del Estatuto debe ser evaluado únicamente en función de la fecha de presentación de la Solicitud o si, en consideración de las circunstancias especiales del caso, cabe, al menos, la posibilidad de evaluarlo en función de una fecha posterior, concretamente de una fecha posterior al 1 de noviembre de 2000.

La Corte recuerda que, en numerosos casos, ha reiterado la norma general que se aplica a este respecto, a saber: “en condiciones normales, la jurisdicción de la Corte debe examinarse en la fecha de presentación de una acción mediante la cual se interpone un proceso”. No obstante, la Corte señala que, al igual que su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), la Corte también ha demostrado realismo y flexibilidad en determinadas situaciones en las que las condiciones que afectaban a la jurisdicción de la Corte no se cumplían plenamente en el momento del inicio de los procesos pero sí posteriormente, antes de que la Corte dirimiera bajo su jurisdicción. Recuerda que, en su Fallo de 30 de agosto de 1924 relativo a la objeción a la jurisdicción

interpuesta por la Parte demandada en el caso de las Concesiones *Mavrommatis* en Palestina, la CPJI señaló que:

“debe... examinarse si cabe disputar la validez de la institución del proceso alegando que la solicitud se presentó antes de que el Protocolo XII [adjunto al Tratado de Lausanne] hubiera entrado en vigor. Éste no es el caso. Aún aceptando que, antes de dicha fecha, la Corte no tenía jurisdicción porque la obligación internacional a la que se hace referencia en el Artículo 11 [del Mandato para Palestina] aún no era efectiva, siempre habría sido posible que la parte solicitante volviera a presentar su solicitud bajo las mismas condiciones tras la entrada en vigor del Tratado de Lausanne y, en ese caso, no se habría podido continuar alegando el argumento en cuestión. Incluso en el caso de que las razones sobre las que se basó la institución del proceso fueran deficientes por la razón antedicha, esto no supondría una razón adecuada para la desestimación de la demanda de la parte solicitante. La Corte, cuya jurisdicción es internacional, no está obligada a otorgar a las cuestiones de forma la misma importancia que le serían otorgadas en el derecho local. Por tanto, aún en el caso de que la solicitud fuera prematura porque el Tratado de Lausanne aún no había sido ratificado, esta circunstancia quedaría subsanada en la actualidad tras la subsiguiente presentación de las ratificaciones necesarias.” (*Fallo N. 2, 1924, C.P.J.I., Series A, N. 2, p. 34.*)

La Corte continúa recordando que, en su propia jurisprudencia, se aplica un razonamiento similar en el caso del *Camerún Septentrional (Camerún contra el Reino Unido)* (*Objeciones Preliminares, Fallo, Informes de la C.I.J. de 1963, p. 28*) y en el caso relativo a las *Actividades militares y paramilitares de los Estados Unidos de América en y contra Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos de América)*, en la parte en la que se señala que: “Carecería de sentido exigir a Nicaragua que instituyera ahora un nuevo proceso en virtud del Tratado de Amistad de 1956, exigencia que estaría plenamente legitimado a realizar.” (*Jurisdicción y Admisibilidad, Fallo, Informes de la C.I.J. de 1984, págs. 428 y 429, apdo. 83.*)

Finalmente, la Corte señala que se vio confrontada, más recientemente, con una situación comparable al dirimir las objeciones preliminares en el caso relativo a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Yugoslavia)* (*Objeciones preliminares, Fallo, Informes del C.I.J. de 1996 (II), p. 595*). La Parte demandada sostuvo que la Convención sobre el genocidio —que era la base de la jurisdicción— empezó a aplicarse a las relaciones entre las dos Partes a partir del 14 de diciembre de 1995, fecha en la que, en virtud del Acuerdo Dayton-París, ambas Partes se reconocían mutuamente, aunque la Solicitud se había presentado el 20 de marzo de 1993, es decir, con más de dos años y medio de antelación.

La Corte respondió a dicho argumento tal como sigue:

“En el presente caso, incluso en el caso de que se determinara que las dos Partes, que estaban vinculadas por

la Convención en el momento en que se presentó la Solicitud, sólo estuvieran vinculadas entre sí a partir del 14 de diciembre de 1995, la Corte no renunciaría a su jurisdicción sobre la base de este razonamiento porque Bosnia y Herzegovina hubiera podido presentar, en cualquier momento, una nueva solicitud, idéntica a la presente, que sería incuestionable a este respecto.” (Ibíd., p. 614, apdo. 26.)

La Corte señala que Croacia se apoya en esta jurisprudencia porque Croacia considera que cabría trasponerla directamente al presente caso, mientras que Serbia rebate este argumento, al sostener que la jurisprudencia en cuestión no es aplicable al presente caso por dos razones: en primer lugar, la Parte demandada señala que, en todos los precedentes citados, no era sólo la Parte demandada la incapaz de cumplir alguna de las condiciones que la Corte considera necesarias para tener jurisdicción en la fecha en la que se instituyó el proceso, si bien Serbia no decidió apoyarse en este punto. En segundo lugar, existe una razón más importante, que consiste en que, con arreglo a Serbia, la jurisprudencia no puede aplicarse cuando las condiciones no satisfechas afectan a la capacidad de una parte para participar en un proceso ante la Corte, con arreglo a los Artículos 34 y 35 del Estatuto. Además, Serbia añade que la Corte no aplicó la “doctrina *Mavrommatis*” en sus Fallos de 2004 en los casos relativos a la *Legalidad del uso de la fuerza* porque, al conocer que la Parte solicitante no era un Estado parte del Estatuto de la Corte en el momento en que se presentaron las solicitudes y que, por tanto, no tenía el derecho a acceder a la Corte, consideró que no tenía jurisdicción, aún a pesar de mencionar que la Parte solicitante era un Estado miembro de las Naciones Unidas desde el 1 de noviembre de 2000.

La Corte observa que, por lo que se refiere al primero de estos dos argumentos, dada la lógica que subyace a la jurisprudencia citada de la Corte y que se deriva del Fallo de 1924 en el Caso de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, el hecho de que la Parte solicitante o demandada, o ambas, no cumplan las condiciones necesarias para que la Corte tenga jurisdicción para la jurisdicción de la Corte no es relevante, tal como ocurre en la situación en la que la cláusula de compromiso invocada como la base de la jurisdicción sólo entra en vigor una vez se ha instituido el proceso. La Corte no considera que exista ninguna razón convincente que justifique que la deficiencia de un solicitante pueda subsanarse en el transcurso del proceso, mientras que la de una parte demandada no se pueda subsanar. El elemento importante radica en que, como muy tarde en la fecha en la que la Corte adopte una decisión sobre su jurisdicción, la parte solicitante debe tener derecho, en caso de que así lo desee, a iniciar un proceso nuevo en el que la condición que inicialmente no se cumplía pueda ser finalmente satisfecha. En dicha situación, no obra en interés de una administración correcta de la justicia obligar a la parte solicitante a instituir el proceso desde el principio —o a iniciar un nuevo proceso— y es preferible,

salvo en circunstancias especiales, concluir que la condición ha sido satisfecha desde tal momento en adelante.

Con respecto al segundo argumento, la Corte admite que es cierto que todos los precedentes citados se refieren a casos en los que la condición inicialmente incumplida se refería a la jurisdicción *ratione materiae* o *ratione personae* en su sentido estricto y no a la cuestión del acceso a la Corte, que está relacionada con la capacidad de una parte para participar en cualquier proceso ante la Corte. No obstante, la Corte señala que no puede refrendar la interpretación radical sostenida por Serbia, a saber, que cuando un Estado que no cumple las condiciones de acceso con arreglo al Artículo 35 acude a la Corte, o cuando se acude a la Corte en relación con un caso interpuesto contra un Estado que no cumple dichas condiciones, la Corte ni siquiera cuenta con la *compétence de la compétence*, es decir, con la competencia para decidir si tiene o no jurisdicción. La Corte recuerda que siempre tiene la *compétence de la compétence* (véase el apartado 6 del Artículo 36 del Estatuto).

La Corte añade un comentario más importante, a saber, que no puede aceptar el argumento de Serbia según el cual, cuando el defecto radica en que una parte no tiene acceso a la Corte, este hecho es tan grave que no puede subsanarse mediante un acontecimiento posterior que se produzca en el transcurso del proceso, por ejemplo si una parte adquiere la condición de parte del Estatuto de la Corte, condición que inicialmente no tenía. Señala que no existe ninguna razón que justifique que los argumentos basados en la administración correcta de la justicia que respaldan la jurisprudencia en el caso *Mavrommatis* no puedan tener trascendencia en el presente caso. No obra en interés de la justicia obligar a la Parte solicitante a iniciar un nuevo proceso, si ésta desea continuar con su demanda original. A este respecto, la Corte considera que no importa qué condición no se satisfizo en el momento en que se instituyó el proceso y que impidió en ese momento que la Corte ejerciera su jurisdicción, si dicha condición fue satisfecha a posteriori.

La Corte señala que es cierto que, aparentemente, no tuvo en cuenta, en sus Fallos de 2004, el hecho de que Serbia y Montenegro ya era un Estado parte del Estatuto en dicha fecha. De hecho, la Corte únicamente consideró que carecía de jurisdicción porque la Parte solicitante no tuvo acceso a la Corte en 1999, momento en el que se presentaron las Solicitudes, y no desarrolló ulteriormente su razonamiento. Sin embargo, el hecho de que la Corte se atuviera en dichos casos únicamente a la norma general de que su jurisdicción debe evaluarse en la fecha en que se presenta la acción por la que se instituye el proceso y no adoptara un enfoque más flexible al igual que hizo en las otras decisiones previamente mencionadas, se debe a consideraciones particulares en relación con dichos casos. La Corte señala, entre otras cuestiones, que era obvio que Serbia y Montenegro no tenía la intención de continuar defendiendo sus demandas presentando nuevas solicitudes. Según la Corte, el propio Estado de Serbia

y Montenegro sostuvo ante la Corte que no estaba ni había estado nunca vinculado por el Artículo IX de la Convención sobre el genocidio, a pesar de que ésta fuera la base de la jurisdicción que éste había invocado inicialmente en los casos mencionados. En opinión de la Corte, la aplicación de la jurisprudencia que se deriva del Fallo *Mavrommatis* en los casos apropiados obedece a razones de economía judicial, que es uno de los elementos que caracterizan una correcta administración de justicia. El propósito de esta jurisprudencia consiste en evitar la proliferación innecesaria de procesos. Es obvio que, si bien Croacia pidió a la Corte que aplicara la jurisprudencia del Caso *Mavrommatis* en el presente caso, la Parte solicitante no realizó dicha solicitud, ni hubiera podido realizarla, como es lógico, en 2004.

Por tanto, la Corte concluye que, el 1 de noviembre de 2000, la Corte estaba abierta a la RFY. Por esta razón, si la Corte determina que Serbia estaba vinculada por el Artículo IX de la Convención el 2 de julio de 1999, fecha en que se instituyó el proceso del caso, y que seguía estando vinculada por dicho Artículo hasta, al menos, el 1 de noviembre de 2000, la Corte se encontrará en situación de defender su jurisdicción.

A la luz de esta conclusión, el hecho de que las condiciones recogidas en el apartado 2 del Artículo 35 se hayan cumplido no es pertinente en este caso.

— *Cuestiones relativas a la jurisdicción racione materiae*
(párrs. 93 a 117)

Posteriormente, la Corte examina la cuestión de su jurisdicción *racione materiae* en la que se basa el segundo argumento de la primera objeción preliminar interpuesta por Serbia por la que se solicita a la Corte que declare que carece de jurisdicción. La Corte señala que Serbia categoriza este aspecto como un elemento de jurisdicción *racione personae*.

La Corte recuerda que la base de la jurisdicción sobre la que se apoya Croacia es el Artículo IX de la Convención sobre el genocidio y que ambas Partes saben que Croacia es y ha sido, en todo momento pertinente, una parte de la Convención sobre el genocidio y que Croacia no ha formulado ninguna reserva por la que se excluya la aplicación del Artículo IX.

La Corte indica que la objeción de Serbia se basa en que ésta no era una parte de la Convención en la fecha en la que se presentó la Solicitud por la que se instituyó el proceso (2 de julio de 1999). Serbia sostiene que sólo se convirtió en parte tras su adhesión en junio de 2001. Además, la notificación de adhesión presentada por la RFY, redactada el 6 de marzo de 2001 y consignada el 12 de marzo de 2001, contenía una reserva en virtud de la cual la RFY “no se considera vinculada por el Artículo IX de la Convención”.

Para empezar, la Corte recuerda que, con arreglo a la jurisprudencia firme, si se demuestra que existía un título de jurisprudencia en la fecha de la institución del proceso,

cualquier lapso o retirada del instrumento jurisdiccional no afecta a la jurisdicción de la Corte.

Añade además que, si la RFY era una parte de la Convención sobre el genocidio, incluido su Artículo IX, en la fecha del 2 de julio de 1999, momento en que se instituyó el proceso, y continuó estando vinculada por el Artículo IX de la Convención al menos hasta el 1 de noviembre de 2000, fecha en la que la RFY se convirtió en parte del Estatuto de la Corte, la Corte continúa teniendo jurisdicción.

La Corte examina la historia de la relación respectiva de la RFSY, en primer lugar, y de la RFY, en segundo lugar, con la Convención. Examina, en particular, una declaración formal adoptada en nombre de la RFY el 27 de abril de 1992 y una Nota oficial de la misma fecha remitida junto con la declaración antedicha al Secretario General de las Naciones Unidas. Señala que la RFY no consideraba que fuera uno de los Estados sucesores de la RFSY surgido tras la disolución de dicho Estado, sino el único Estado continuador, y que mantenía la personalidad de la antigua RFSY, lo que conllevaba que los otros Estados formados a partir de la antigua Yugoslavia eran Estados nuevos, si bien estaban legitimados a adquirir derechos de los Estados sucesores. Esta política de la RFY se mantuvo hasta el cambio de Gobierno en 2000 y su posterior solicitud para el ingreso como nuevo Estado miembro de las Naciones Unidas.

La Corte examina la naturaleza y el efecto de la declaración y la Nota de 1992 sobre la postura de la RFY respecto de la Convención sobre el genocidio. En primer lugar, considera que es indiscutible que, con arreglo a la conducta posterior de las partes responsables de los asuntos de la RFY, el Estado consideraba que la declaración se había realizado en su nombre y que los compromisos recogidos en la misma estaban refrendados y aprobados por la RFY. Posteriormente, la Corte considera si la declaración y la Nota de 1992 se redactaron “con el tenor específico suficiente en relación con la cuestión en particular” con miras a aceptar la vinculación a las obligaciones derivadas de los tratados internacionales. La Corte señala que la declaración y la Nota de 1992 no se limitaban únicamente a indicar que la RFY respetaría determinados compromisos: concretaba que estos compromisos eran los que “la RFSY asumía internacionalmente” o “en las relaciones internacionales”. Si bien no se mencionaba el nombre de los tratados considerados, la declaración hacía referencia a una clase de instrumentos que es perfectamente determinable en el momento en que se realizó la declaración: los “compromisos” de los tratados que vinculaban a la RFSY en el momento de su disolución. En opinión de la Corte, no existe ninguna duda de que la Convención sobre el genocidio era uno de dichos “compromisos”. Posteriormente, la Corte indica que existe una distinción entre la naturaleza jurídica de la ratificación de un tratado o la adhesión al mismo, por una parte, y el proceso en virtud del cual un Estado queda obligado por un tratado como Estado sucesor o sigue estando obligado como Estado continuador, por otra parte.

La adhesión o la ratificación es un acto volitivo sencillo por parte del Estado que manifiesta su intención de asumir nuevas obligaciones y de adquirir nuevos derechos en virtud del tratado y que se realiza por escrito con arreglo a los requisitos formales estipulados en el Tratado (véanse los Artículos 15 y 16 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). En el caso de una sucesión o una continuación, por el contrario, el acto volitivo del Estado hace referencia a una serie de circunstancias preexistentes y supone el reconocimiento, por parte de dicho Estado, de determinadas consecuencias jurídicas que se derivan de las circunstancias antedichas, de manera que a todo documento emitido por el Estado en cuestión, de naturaleza básicamente confirmadora, se le pueden exigir requisitos formales menos estrictos. En la letra g) del Artículo 2 de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados de 1978 se refleja esta idea, y se indica que “se entiende por notificación de sucesión en relación con un tratado multilateral toda notificación, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado sucesor en la cual manifiesta su consentimiento en considerarse obligado por el tratado”. Por tanto, el derecho internacional no exige a un Estado ninguna forma específica para manifestar su pretensión de continuidad. La Corte señala que el tenor de la declaración de 1992 no se ajustaba a uno de los actos jurídicos reconocidos mediante el cual un Estado puede convertirse en parte de una convención multilateral. No obstante, señala que, para que una declaración constituya un instrumento válido y efectivo mediante el cual el Estado declarante puede asumir las obligaciones recogidas en la Convención, no es necesario que se ciña estrictamente a todos los requisitos formales.

Posteriormente, la Corte examina si, de la declaración y la Nota de 1992, junto a la conducta consecuente de Serbia, cabe deducir dicha aceptación unilateral de las obligaciones de la Convención sobre el genocidio, en virtud de un proceso equivalente, en atención a las circunstancias específicas del caso, a una sucesión de la condición de la RFSY. Considera que debe considerarse que la declaración de 1992 surte el efecto de una notificación de sucesión de tratados, a pesar de que su premisa política fuera diferente. Además, la Corte considera que la conducta de Serbia tras la transmisión de la declaración confirma que ésta se consideraba vinculada por la Convención sobre el genocidio. La Corte señala, entre otras cuestiones, que, durante el periodo comprendido entre la realización de la declaración de 1992 y la presentación de la Solicitud de Croacia, ni la RFY ni ningún otro Estado al que le afectara este asunto cuestionaron que la RFY era, sin reservas, una parte de la Convención sobre el genocidio; asimismo, ningún acontecimiento acaecido en dicho periodo ejerció ningún efecto sobre la situación jurídica emanada de la declaración de 1992. El 1 de noviembre de 2000, se admitió a la RFY como nuevo Estado miembro de las Naciones Unidas, pero la RFY no retiró en ningún momento —ni manifestó su intención de hacerlo— la declaración ni la Nota de 1992 que había sido redactada en el contexto del contencioso

en virtud del cual la RFY continuaba la personalidad jurídica de la RFSY. La Corte señala que únicamente a partir de marzo de 2001, la RFY adoptó una medida incoherente con la condición que, desde 1992, sostenía que poseía, a saber, que era un Estado parte de la Convención sobre el genocidio. El 12 de marzo de 2001, la RFY depositó ante el Secretario General una notificación de adhesión a la Convención sobre el genocidio que incluía una reserva respecto del Artículo IX.

En resumen, en consideración del tenor de la declaración y de la Nota de 27 de abril de 1992 y de la conducta coherente de la RFY en el momento de su constitución y durante todo el periodo comprendido entre 1992 y 2001, la Corte considera que debe atribuir, a dichos documentos, el efecto preciso de que, según ella, pretendían incluir en su texto que, desde dicha fecha en adelante, la RFY estaría vinculada por las obligaciones de una parte respecto de todas las convenciones multilaterales de las que había sido parte la RFSY en el momento de su disolución, a excepción, por supuesto, de cualquier reserva hecha legalmente por la RFSY que limitara sus obligaciones. La Corte señala que se acepta generalmente que la Convención sobre el genocidio era una de estas convenciones, y que la RFSY no había formulado ninguna reserva respecto de dicha Convención; por ello, la RFY aceptó en 1992 las obligaciones derivadas de dicha Convención, incluido el Artículo IX que determinaba la jurisdicción de la Corte, y este compromiso jurisdiccional vinculaba a la Parte demandada en el momento en el que se instituyó el proceso.

A la luz de los acontecimientos acaecidos, se deduce que la declaración y la Nota de 1992 surtieron el efecto de una notificación de sucesión, por la RFY, de las obligaciones de la RFSY respecto de la Convención sobre el genocidio. La Corte concluye que, sin perjuicio de objeciones más específicas de Serbia, que examinará ulteriormente, en la fecha en la que se instituyó el proceso tenía jurisdicción para dirimir el caso sobre la base del Artículo XI de la Convención sobre el genocidio. Esta situación se prolongó al menos hasta el 1 de noviembre de 2000, fecha en que Serbia y Montenegro se convirtió en un Estado miembro de las Naciones Unidas y por tanto en parte del Estatuto de la Corte. Después de haber determinado que se satisfacen las condiciones para la jurisdicción de la Corte, y sin perjuicio de sus decisiones respecto del resto de objeciones preliminares interpuestas por Serbia, la Corte concluye que la primera objeción preliminar con arreglo a la cual “la Corte carece de jurisdicción” debe ser desestimada.

Objeción preliminar a la jurisdicción de la Corte y a la admisibilidad, ratione temporis (párrs. 120 a 130)

La Corte pasa a examinar la segunda objeción preliminar recogida en la conclusión final 2 a) de Serbia, a saber, la objeción por la que se sostiene que “las demandas basadas en acciones u omisiones acaecidas antes del 27 de abril de 1992”, es decir, antes de la creación formal de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), “recaen fuera de la jurisdicción de la Corte y son inadmisibles”.

La Corte precisa que la objeción preliminar se presenta, al mismo tiempo, como una objeción a la jurisdicción y a la admisibilidad de las demandas. Recuerda que el título de jurisdicción sobre el que se basa Croacia es el Artículo IX de la Convención sobre el genocidio, y que ya ha determinado que tanto Croacia como Serbia eran partes de la Convención en la fecha en la que se instituyó el proceso (2 de julio de 1999). La tesis de Serbia se basa, no obstante, en que la Corte no cuenta con jurisdicción en virtud del Artículo IX, o que la jurisdicción no se puede ejercer, porque la demanda de Croacia hace referencia a “acciones u omisiones acaecidas antes del 27 de abril de 1992”, es decir, que la jurisdicción de la Corte está limitada *ratione temporis*.

Según la Corte, las cuestiones de la jurisdicción y de la admisibilidad suscitadas en la objeción preliminar *ratione temporis* de Serbia constituyen dos elementos inseparables en el caso. La primera cuestión radica en que la jurisdicción de la Corte determine si se produjeron infracciones a la Convención sobre el genocidio a la luz de los hechos acaecidos antes de la fecha en la que la RFY se creó como Estado separado y pudo ser parte por derecho propio de la Convención; cabe considerar este punto como una cuestión relativa a la imputabilidad de las obligaciones recogidas en la Convención sobre el genocidio a la RFY antes del 27 de abril de 1992. La segunda cuestión, relativa a la admisibilidad de la demanda en relación con dichos hechos, y que afecta a cuestiones de atribución, se refiere a las consecuencias que deben deducirse respecto de la responsabilidad de la RFY por dichos hechos a la luz de las normas generales de la responsabilidad de un Estado. Para poder alcanzar conclusiones respecto de cada una de estas cuestiones, la Corte necesita disponer de más elementos.

En consideración de lo anteriormente expuesto, la Corte concluye que la objeción preliminar *ratione temporis* de Serbia no posee, en atención a las circunstancias del caso, un carácter exclusivamente preliminar.

Objeción preliminar relativa a la comparecencia en juicio de determinadas personas, la facilitación de información sobre los ciudadanos croatas desaparecidos y la devolución del patrimonio cultural (párrs. 131-144)

Por último, la Corte examina la tercera objeción interpuesta por Serbia, con arreglo a la cual “las demandas referidas a la comparecencia en juicio de personas que recaen dentro de la jurisdicción de Serbia para facilitar información relativa al paradero de los ciudadanos croatas desaparecidos y a la devolución del patrimonio cultural recaen fuera de la jurisdicción de esta Corte y son inadmisibles.”

— *Comparecencia en juicio de personas*

La Corte recuerda que en la conclusión 2 a) de su Memoria, Croacia solicitó a la Corte que determinara si Serbia está obligada:

“a adoptar medidas inmediatas y efectivas para garantizar la comparecencia judicial, ante la autoridad judicial pertinente, de aquellos ciudadanos o de aquellas personas que recaigan bajo la jurisdicción de Serbia y sobre los que existe una presunción importante de que han cometido actos genocidas con arreglo a la letra a) del apartado 1, o a cualquiera de las leyes mencionadas en la letra b) del apartado 1) de las Conclusiones de Croacia, particularmente de Slodoban Milošević, antiguo Presidente de la República Federativa de Yugoslavia, así como que dichas personas sean debidamente castigadas por sus delitos, en caso de que sean juzgadas culpables”.

La Corte señala que Croacia ha modificado sus conclusiones en consideración de que, tras la presentación de la Memoria, el antiguo Presidente Slobodan Milošević había sido transferido al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y había fallecido posteriormente. Además, Croacia acepta que su conclusión debe variarse por lo que respecta a varias personas que Serbia ha transferido al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) pero insiste en que sigue existiendo una controversia entre Croacia y Serbia en relación con ciertas personas que no han sido juzgadas ni en Croacia ni ante el TPIY por acciones u omisiones que son objeto del presente proceso. Por su parte, Serbia sostiene, como primera base de su objeción, que, en realidad, sólo existe, en términos generales, una persona que haya sido acusada por el TPIY de haber cometido delitos presuntamente cometidos en Croacia, y estos delitos no son actos de genocidio sino crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

Tras examinar los argumentos de las dos Partes, la Corte explica que, en su opinión, la primera base de la conclusión de Serbia hace referencia, en esencia, a la cuestión de la admisibilidad: equivaldría a afirmar que, con arreglo a la situación actual de los hechos del caso, la demanda es cuestionable, porque Croacia no ha demostrado que, en el momento actual, existan personas procesadas por genocidio, ni por parte del TPIY ni por los tribunales de Croacia, que se encuentren en el territorio de Serbia o bajo su control. La Corte decidirá si esto es cierto cuando examine el fondo de las demandas de Croacia. Por ello, la Corte rechaza la objeción y no considera que exista ningún elemento ulterior que quepa debatir respecto de la cuestión de la admisibilidad.

— *Facilitación de información sobre los ciudadanos croatas desaparecidos*

La Corte recuerda que la Parte solicitante le pidió, en la letra b) de la conclusión 2, que determinara si Serbia está obligada:

“a facilitar inmediatamente a la Parte solicitante toda la información de que disponga o que se encuentre en su poder en relación con el paradero de los ciudadanos croatas desaparecidos como consecuencia de los actos genocidas de los que Serbia es responsable y, en términos generales,

a cooperar con las autoridades de la República de Croacia a fin de esclarecer conjuntamente el paradero de dichas personas desaparecidas o de sus restos”.

La Corte señala que, según Serbia, los actos pertinentes cometidos en Croacia no son actos de genocidio, de forma que no cabe aplicar las obligaciones recogidas en la Convención sobre el genocidio. Serbia ha llamado la atención, asimismo, sobre la cooperación entre los dos Estados por lo que respecta a la localización e identificación de las personas desaparecidas, tanto directamente como en el contexto del trabajo de la Comisión Internacional sobre Personas Desaparecidas, y sobre la existencia de tratados bilaterales firmados por los dos Estados que imponen obligaciones de intercambio de información relativa a las personas desaparecidas.

La Corte considera que la cuestión relativa a la solución jurídica pertinente que pueda exigir en el ejercicio de su jurisdicción con arreglo al Artículo IX de la Convención está relacionada necesariamente con las conclusiones que la Corte alcance a su debido tiempo en relación con las infracciones a la Convención perpetradas por la Parte demandada. Como esta cuestión afecta esencialmente al fondo, y depende de la cuestión principal de la responsabilidad suscitada en la demanda, no es un tema apropiado para una objeción preliminar y la Corte concluye, por tanto, que la objeción preliminar interpuesta por Serbia que hace referencia a la letra b) de la conclusión 2 de Croacia debe ser desestimada.

- Devolución del patrimonio cultural

En la letra c) de la conclusión de Croacia, también disputada por Serbia, la Parte solicitante pide a la Corte que decida si Serbia está obligada “a devolver inmediatamente a la Parte solicitante cualquier bien del patrimonio cultural que se encuentre bajo su jurisdicción o control y que hubiera sido confiscado con ocasión de la comisión de los actos de genocidio de los que es responsable”.

De nuevo, tras examinar los argumentos de las Partes, la Corte considera que la cuestión relativa a las soluciones jurídicas pertinentes que pueda ordenar está relacionada necesariamente con las conclusiones que la Corte alcance a su debido tiempo en relación con las infracciones a la Convención perpetradas por la Parte demandada; no se trata, pues, de una cuestión que pueda constituir un tema adecuado para una objeción preliminar. Por ello, la Corte concluye que la objeción preliminar interpuesta por Serbia que hace referencia a la letra c) de la conclusión 2 de Croacia debe ser desestimada.

— Conclusión

La Corte considera, por tanto, que la tercera objeción preliminar de Serbia debe ser desestimada en su totalidad.

Procedimiento posterior (párr. 145)

Una vez determinada su jurisdicción, la Corte señala que estudiará la objeción preliminar que, a su juicio, no reviste un carácter exclusivamente preliminar cuando decida sobre el fondo del caso. De conformidad con el apartado 7 del Artículo 79 del Estatuto de la Corte adoptado el 14 de abril de 1978, la Corte establecerá posteriormente límites temporales para la continuación del proceso.

*
* *
*

Opinión separada del Vicepresidente Al-Khasawneh

El Vicepresidente adjuntó una opinión separada en la que coincide con la Corte en que ésta cuenta con la jurisdicción para dirimir sobre el fondo del caso, pero no está de acuerdo con dos de las premisas sobre las que se basa el Fallo de la Corte, a saber, i) que la República Federativa de Yugoslavia (RFY) no tenía acceso a la Corte entre su creación y su admisión como nuevo Estado miembro de las Naciones Unidas y ii) que este defecto es subsanable mediante una interpretación innovadora del principio *Mavrommatis*.

El Vicepresidente señaló que la primera de estas premisas se basa en los Fallos de 2004 relativos a los casos de la *Legalidad del uso de la fuerza* (Fallo de 2004) en los que la Corte realizó, sobre la base de la admisión en 2000 de la RFY en las Naciones Unidas, una clarificación retroactiva de la condición de la RF al revelar que la RFY no había sido un Estado miembro de las Naciones Unidas en el periodo comprendido entre 1992 y 2000. El Vicepresidente, que recordó que estaba en desacuerdo con el razonamiento sobre el que se basó el Fallo de 2004, señaló que, al invocar la doctrina de *res judicata*, el Fallo sobre el genocidio de 2007 no resolvió las contradicciones del Fallo de 2004 sino todo lo contrario. El Vicepresidente manifestó su malestar por el hecho de que, en el presente caso, la Corte decidiera basarse en el Fallo de 2004 en vez de dejarlo de lado, en consideración de las implicaciones morales y lógicas de la desaparición colectiva durante ocho años de la RFY.

La segunda premisa con la que discrepaba el Vicepresidente era la interpretación hecha por la mayoría del principio *Mavrommatis*, en virtud del cual la Corte no insiste en la presentación de una nueva solicitud si en el momento de la institución del proceso existe un defecto procedimental que puede ser subsanado por una acción posterior del solicitante. El Vicepresidente recordó la secuencia de acontecimientos pertinentes en el caso, en especial la admisión de la RFY en las Naciones Unidas en noviembre de 2000, el depósito por la RFY de un instrumento de adhesión a la Convención sobre el genocidio el 6 de marzo de 2001, que contenía una reserva respecto del Artículo IX de la Convención, y la objeción interpuesta por Croacia a esta reserva sobre la base de que la RFY “ya estaba vinculada por la Convención desde su origen en tanto que uno de los cinco Estados sucesores

iguales de la RFSY”. En opinión del Vicepresidente, a no ser que esta reserva sea inválida, plantea un obstáculo para invocar el principio *Mavrommatis*, y la invalidación de la reserva debería ser un requisito previo para defender la jurisdicción *ratione materiae* de la Corte sobre la base del principio *Mavrommatis*. Ya que en el Fallo evitó considerar si la reserva era inválida, el Vicepresidente estimaba que el razonamiento basado en el principio *Mavrommatis* carecía de sentido.

El Vicepresidente concluyó recordando que, en su opinión, la RFY era el Estado continuador de la RFSY hasta 2000, momento en el que se convirtió en un Estado sucesor y comenzó a estar vinculada por la Convención sobre el genocidio en virtud de la ratificación de dicha Convención por parte de la RFSY. Por las razones antedichas, el Vicepresidente defiende la jurisdicción de la Corte.

Declaración conjunta de los Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma y Parra-Aranguren

En su declaración conjunta, los Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma y Parra-Aranguren concluyen que el presente Fallo carece de validez y de coherencia y que es incluso *contra legem*.

Los autores de la declaración conjunta observan que una cuestión crucial que la Corte hubiera debido determinar en esta fase del proceso radica en decidir si la Parte demandada, Serbia, tenía acceso a la Corte en el momento de presentación de la Solicitud el 2 de julio de 1999, una cuestión que consideran que es “pre-preliminar” para poder adoptar una decisión respecto de la jurisdicción y que es, al mismo tiempo, fundamental. Los Magistrados hacen hincapié en que, con arreglo al Estatuto de la Corte, un Estado debe tener acceso a la Corte para poder participar en un contencioso.

Los Magistrados señalan que, en los casos relativos a la *Legalidad del uso de la fuerza*, la Corte concluyó que, cuando Serbia y Montenegro presentó su Solicitud el 29 de abril de 1999, no era un Estado miembro de las Naciones Unidas y que, por tanto, carecía de acceso a la Corte en virtud del apartado 1 del Artículo 35 del Estatuto. Por tanto, los Magistrados arguyen que Serbia y Montenegro tampoco debería haber tenido acceso a la Corte en el momento en el que Croacia presentó su Solicitud sobre el presente caso en la fecha del 2 de julio de 1999. Inciden en que otros Fallos de la Corte que tratan procesos paralelos sustentan este enfoque, en vez de contradecirlo. A pesar de sus conclusiones, los autores de la declaración conjunta señalan que la Corte ha considerado, en el presente Fallo, que tiene derecho a ejercer jurisprudencia en el presente caso sobre la base del Caso de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, en relación con el cual la Corte Permanente de Justicia Internacional consideró que “incluso en el caso de que las razones sobre las que se basó la institución del proceso fueran deficientes por la razón antedicha, esto no sería una razón adecuada para la desestimación de la demanda de la parte solicitante” (*Fallo N. 2, 1924, C.P.J.I. Series A, No. 2, p. 34*) porque “la Corte,

cuya jurisdicción es internacional, no está obligada a otorgar a las cuestiones de fondo la misma importancia que recibirían en el derecho local” (*Ibíd.*).

Los autores de la declaración conjunta critican que el principio *Mavrommatis* ha sido aplicado inadecuadamente por la Corte por las siguientes razones: en primer lugar, sostienen que no cabe aplicar el principio *Mavrommatis* al presente caso porque el caso *Mavrommatis* no versaba sobre una cuestión de acceso a la Corte; en segundo lugar, consideran que la cuestión que se discute en el presente caso no es de carácter “procedimental” tal como sí lo fue en el caso *Mavrommatis* (al referirse a una parte que había interpuesto o podía interponer una acción), sino que es indiscutiblemente preliminar y fundamental (al hacer referencia a la condición de dicha parte en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y del Estatuto de la Corte). Desde su punto de vista, una Parte puede corregir un error procedimental, pero no puede modificar una característica fundamental de la condición jurídica de la parte opuesta. En tercer lugar, los Magistrados explican que el principio *Mavrommatis* y todos los principios de su clase se refieren a defectos con un periodo de existencia muy corto, al contrario que la situación que caracteriza al presente caso. En cuarto lugar, señalan que el enfoque *Mavrommatis* se ha aplicado cuando era la Parte solicitante, o a ambas partes, pero no la Parte demandada únicamente, la que no cumplía una de las condiciones necesarias para que la Corte decidiera que tenía jurisdicción en la fecha en la que se instituía el procedimiento.

Por ello, sostienen que el recurso al principio *Mavrommatis* es inadecuado y que la Corte debe determinar por sí misma si las partes tenían acceso a ella en el momento pertinente, partiendo de la premisa fundamental de que dicha determinación debe decidirse en el momento en el que Croacia presentó su Solicitud. Los autores de la declaración conjunta señalan que, si bien la Corte acepta inicialmente que la jurisdicción debe evaluarse en la fecha de presentación del acto por el que se instituye el proceso, posteriormente se contradice a sí misma al proponer que los requisitos jurisdiccionales pueden satisfacerse en el momento en el que la Corte evalúa su jurisdicción o en el momento en el que la Parte solicitante presenta su Memoria. Los autores de la declaración conjunta resaltan que la jurisprudencia de la Corte no apoya ninguno de estos enfoques alternativos.

A los Magistrados que suscriben la declaración les preocupa además que el enfoque de la Corte ignora la ecuanimidad entre la Parte solicitante y la Parte demandada por lo que respecta a su acceso a la Corte que, en su opinión, es uno de los principios fundamentales de la justicia internacional.

Asimismo, señalan que la postura de la Corte contradice incluso la situación de hecho presentada por la propia Parte solicitante, la cual, en una carta de 27 de mayo de 1999, señaló que Serbia y Montenegro carecía de acceso a la Corte. A la luz de lo antedicho, concluyen que el hecho de que la Corte decida en este momento que tiene jurisdicción en este

caso no sólo es una decisión *contra legem* sino también que también va en contra de la situación fáctica presentada por la Parte solicitante.

Los autores de la declaración conjunta critican asimismo el razonamiento de la Corte desde la perspectiva de la coherencia de sus fallos. Señalan que, al menos en tres ocasiones, la Corte reitera, en relación con decisiones adoptadas en procesos previos (en los que no estaban implicadas exactamente las mismas partes) que, si bien estas decisiones no son *res judicata* con arreglo al Artículo 59 del Estatuto de la Corte, ésta “no se distanciará de su jurisprudencia firme a no ser que tenga razones muy específicas para hacerlo”. (párr. 53; véanse asimismo los párrs. 54 y 76). Posteriormente, la Corte justifica su postura actual, que es contraria a la adoptada en el proceso de 2004, argumentando que la Parte solicitante en 2004 no planteó esta cuestión, mientras que la Parte solicitante en este caso sí lo hizo. Los autores de la declaración conjunta consideran que este razonamiento no es convincente y enfatizan que el acceso no es una condición que se pueda satisfacer únicamente bajo petición por parte de la Parte solicitante, sino que se trata más bien de una característica fundamental que se deriva del la condición de una parte y que, si Serbia carecía de acceso a la Corte en 2004, Croacia no puede dotarse de acceso en el presente caso a través de una simple solicitud a la Corte.

Los Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma y Parra-Aranguren concluyen, por tanto, que, ya que la Parte demandada en el presente caso no cumplía las condiciones exigidas para conseguir el acceso a la Corte en el momento en el que la Parte solicitante instituyó el proceso en 1999, la Corte no puede ejercer una jurisdicción a la que no tiene derecho.

Opinión disidente del Magistrado Ranjeva

La naturaleza judicial de la función jurisdiccional de la Corte Internacional de Justicia justifica que al Magistrado Ranjeva le resulte difícil aceptar la continuidad de la solución alcanzada en el presente caso, en el que la mayoría de la Corte se ha basado en la solución de la continuidad de la jurisprudencia. El presente Fallo socava la regla inviolable de la jurisdicción —la base de la jurisdicción es consensuada— al sustentarse en la “jurisprudencia *Mavrommatis*”.

Desde una perspectiva histórica, la decisión *Mavrommatis* estaba basada en uno de los principios cardinales del Tratado de Paz de Versalles: por lo que respecta a la jurisdicción *ratione personae*, resultaba difícil conceder a los Estados vencidos (Alemania y las potencias centroeuropeas) los mismos derechos que a los Estados vencedores: la Corte Permanente de Justicia Internacional habría tenido, así, características de una Corte de jurisdicción cuasi-reglamentaria. Si la Corte hubiera basado deliberadamente su solución en la perspectiva de una crisis con arreglo al Capítulo VII, habría tenido sentido defender la jurisdicción *ratione personae* de la Corte.

No existe una base directa para la diferencia de trato entre una parte solicitante y una parte demandada, porque esto pondría en peligro la igualdad de acceso entre ambas. En un sistema en el que la jurisdicción se confiere de forma reglamentaria, que no es el caso de la Corte Internacional de Justicia, debe darse a todos los litigantes potenciales la garantía de que existe una corte en la que puedan dirimir sus disputas, y de que podrán dirimir las sin tener que basarse en el consenso. Por el contrario, en un sistema judicial basado en la jurisdicción consensuada, no existe la necesidad de un homólogo del Artículo 35 respecto de la Parte demandada. Una vez que los requisitos aplicables a la Parte solicitante hayan sido satisfechos, los participantes podrán determinar, por medios judiciales, el consentimiento de la Parte demandada para la jurisdicción.

En el presente caso, la principal dificultad radicaba en el cambio de la continuidad de la personalidad internacional de la RFSY y de Serbia a la sucesión de Estado, tal como determinó la Corte. En contraposición al enfoque teórico de la sucesión adoptado en el Fallo, el problema se centró en considerar la cuestión de la sucesión con arreglo al Artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en la relación entre Croacia y Serbia. La carta de 16 de febrero de 1994 del Representante Permanente de Croacia ante las Naciones Unidas, a la que no se prestó ninguna atención en el Fallo, planteaba una objeción a la pretensión de la RFY en su declaración de 27 de abril de 1992 a la continuidad de personalidad, y su trascendencia debería haberse examinado cuidadosamente a la luz del Artículo IX.

Tras un análisis de la objeción de Croacia se deduce que existen varios aspectos en este documento: un rechazo de la continuidad de la personalidad de la RFSY, la aceptación de la continuidad de las obligaciones de los tratados y la solicitud formal a la RFY de responder a las ofertas de Croacia. Dicho de otra forma, Croacia considera que su carta es efectiva en las condiciones definidas, si bien el rechazo de la continuidad de la personalidad internacional cuestiona toda la dimensión institucional, orgánica de las Naciones Unidas. Este es el contexto en el que se enmarca el Artículo IX, una cláusula que cabe disociar del sistema de obligaciones recogido en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. La distinción realizada por Croacia entre la continuidad de las obligaciones del tratado y la discontinuidad de la personalidad internacional entre la RFSY y Serbia no es cuestionable *pro ratione temporis*. Por ello, existía una razón para evaluar si existía consenso para la jurisdicción, que no era preciso debatir en la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro)* pues se podía deducir de una simple conclusión judicial lógica.

Finalmente, no resultaba apropiado aplicar la jurisprudencia *Mavrommatis*. El presente caso se inició a partir de una solicitud unilateral, y no de un acuerdo especial; por

otra parte, en la citada jurisprudencia, la parte solicitante ejercía por sí sola el control sobre la acción necesaria para subsanar el defecto. Además, no se cumplen las condiciones estipuladas en el Fallo *Mavrommatis*. Esto, no obstante, es una cuestión jurídica preliminar.

De cualquier forma, en caso de que se hubiera adoptado una decisión en contra de la jurisdicción, lo que el Magistrado Ranjeva habría acogido gratamente y con alivio, dada la naturaleza de la Corte Internacional de Justicia, no se habría eximido a Serbia de la obligación de responder ante el derecho internacional por las violaciones cometidas contra la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Opinión disidente del Magistrado Owada

En su opinión disidente, el Magistrado Owada concluye que la Corte no es competente para juzgar el presente caso instituido por la República de Croacia ya que la Parte demandada, la República de Serbia, carecía de la capacidad para participar en el proceso en el momento en que la Parte solicitante presentó una solicitud para instituir un proceso en su contra.

En primer lugar, el Magistrado Owada explica la importancia jurídica que revisten, en el presente caso, los Fallos de 2004 de los casos relativos a la *Legalidad del uso de la fuerza* y el Fallo de 2007 en el caso relativo a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro)*. En particular, hace hincapié en que el caso de 2007 estaba vinculado por una conclusión jurisdiccional expresa y previa, que es el Fallo de 1996 sobre dicho caso, mientras que los Fallos de 2004 no lo estaban. Hace hincapié en que, en el presente caso, al igual que en los casos de 2004, queda claro que no existe una conclusión expresa que constituya *res judicata*.

Posteriormente, el Magistrado Owada examina el llamado “principio *Mavrommatis*” que se aplica al presente Fallo y que, en consideración de la Parte solicitante, implica que, cuando se unen en cualquier momento cuatro elementos sustanciales (uno: posesión física; dos: base de la demanda; tres: consentimiento para la jurisdicción; cuarto: acceso a la Corte), el orden en el que se den es únicamente una cuestión formal y no afecta a la jurisdicción de la Corte.

El Magistrado Owada pasa a examinar los ocho casos en los que ha hecho referencia a este principio, bien *eo nomine* o de forma implícita. El Magistrado concluye lo siguiente:

a) Pese a la fórmula generalizada citada frecuentemente en el Fallo del caso de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, el caso *Mavrommatis* se decidió sobre una base totalmente distinta, y en el presente caso no se presenta ninguna situación jurídica análoga que permita la aplicación del principio conocido como *Mavrommatis*.

b) Cada uno de los siguientes casos en los que se ha invocado el principio están relacionados con la cuestión de la

ausencia inicial del consentimiento para la jurisdicción que había viciado presuntamente la base de la jurisdicción de la Corte pero que había sido subsanada tras un acto o un suceso posterior. No existe ningún caso que pueda justificar la formulación generalizada de este principio en la que se basa el Fallo para subsanar todos y cada uno de los defectos procedimentales.

c) La razón que justificó que no se aplicaran estrictamente los requisitos procedimentales es diferente en cada caso y, en cada uno de los casos en los que la Corte aceptó desmarcarse de dicha aplicación estricta, existe un razonamiento específico propio y con limitaciones intrínsecas, pero, en todos los casos, el problema que plantea un vicio para la jurisdicción es el de la ausencia original de consentimiento.

d) No existe ningún caso, en la jurisprudencia de la Corte, en el que se haya entendido que el llamado principio *Mavrommatis* abarque todos y cada uno de los posibles “defectos procedimentales” ante la Corte. En su mayoría, los “defectos procedimentales” que se han planteado en estos casos hacían referencia, de alguna manera, a defectos técnicos relacionados con el elemento del consentimiento en el momento de institución del proceso, y nunca han estado relacionados con cuestiones como la capacidad de las partes para comparecer ante la Corte.

e) En todos los casos en los que se aplicó el principio, la cuestión que se planteaba era la evaluación del nacimiento posterior del nexo consensual de la jurisdicción y de su suficiencia para constituir la condición esencial para el ejercicio de la jurisdicción por parte de la Corte.

El Magistrado Owada concluye, tras su examen de la jurisprudencia *Mavrommatis*, que la flexibilidad respecto del consentimiento jurisdiccional nunca se ha ampliado a la cuestión del acceso a la Corte, la cual escapa al consentimiento de las partes y que, por tanto, no se debería haber ampliado la aplicación de dicho principio en el presente Fallo.

Por último, el Magistrado Owada aborda la cuestión de si el hecho de que la RFY/Serbia es la Parte demandada en el presente caso, mientras que, en los casos OTAN de 2004 fue la Parte solicitante, puede plantear alguna diferencia jurídica en el contexto del presente caso. El Magistrado concluye señalando que no debiera plantearla, pues una conclusión contraria conduciría a un tratamiento desigual de la parte solicitante y de la parte demandada ante la Corte.

Opinión separada del Magistrado Tomka

1. El Magistrado Tomka ha votado a favor de todas las conclusiones de la Corte, a excepción de una. Consideró que debía votar en contra del apartado 146 (4) del Fallo, en el que la Corte consideró que la segunda objeción preliminar de Serbia, en la que sostenía que las demandas de Croacia sobre la base de acciones u omisiones acaecidas antes del 27 de

abril de 1992 recaen fuera de la jurisdicción de la Corte y son inadmisibles, y “no posee, en atención a las circunstancias del caso, un carácter exclusivamente preliminar”.

2. En primer lugar, el Magistrado Tomka examina los argumentos de las Partes en relación con esta cuestión. Serbia defiende que, como los hechos acaecieron antes de la República Federativa de Yugoslavia (RFY), que es el Estado cuya personalidad jurídica internacional continúa en la actualidad, se creara como un Estado y, por tanto, hubiera podido ser una Parte contratante de la Convención sobre el genocidio, éstos recaen fuera de la jurisdicción de la Corte y son inadmisibles. Croacia se basa en el Fallo de la Corte de 2006 en el caso *Bosnia y Herzegovina contra Yugoslavia*, en el que la Corte consideró que tenía jurisdicción sobre todos “los hechos relevantes que ocurrieron desde el comienzo del conflicto ocurrido en Bosnia y Herzegovina”. Dicho conflicto comenzó en primavera de 1992, mientras que el acaecido en Croacia ya había comenzado en el verano de 1991.

3. El Magistrado Tomka continua comentando determinadas cuestiones tratadas en el Fallo de 1996 y su trascendencia en el presente caso. El Magistrado suscribe la opinión de la Corte por lo que respecta a las circunstancias que diferencian al presente caso de su Fallo de 1996. Coincide con la Corte en que, en el presente caso, deben deducirse conclusiones del hecho de que la RFY se convirtiera en Estado y en parte de la Convención sobre el genocidio el 27 de abril de 1992. Posteriormente, el Magistrado añade que ninguna de las partes planteó la cuestión de que la RFY fuera una parte de la Convención sobre el genocidio en 1996 y que la Corte no adoptó ninguna postura por lo que respecta a la fecha exacta en la que la RFY se convirtió en parte. El Magistrado Tomka señala que, en 1996, la Corte se limitó a concluir que la RFY estaba vinculada por la Convención el 20 de marzo de 1993, la fecha en la que se presentó la Solicitud. Señala que la Corte recordó la declaración de la RFY de 27 de abril de 1992, en la que sostenía que continuaba la personalidad jurídica internacional de la RFSY y alegaba “respetar estrictamente todos los compromisos” contraídos por dicho Estado, y concluía que la intención de la RFY era seguir estando vinculada por las obligaciones internacionales de la RFSY.

4. En opinión del Magistrado Tomka, la conclusión de la Corte de que “la cuestión del ámbito temporal de su jurisdicción está estrechamente vinculada con estos asuntos de atribución, presentadas por Serbia como una cuestión de admisibilidad, y no como una cuestión de jurisdicción y que, por ello, deben ser examinadas a la luz de estos problemas” (Fallo, apdo. 124), es cuestionable. Considera que, en su Fallo, la Corte únicamente aborda con brevedad la cuestión de la atribución de los actos acaecidos antes del 27 de abril de 1992 y que, al obrar de esta forma, la Corte pospone asimismo su decisión sobre la objeción planteada su jurisdicción que la propia Corte interpreta como una objeción de carácter *ratione temporis*.

5. El Magistrado Tomka continua recordando el argumento de Croacia según el cual la RFY es un Estado sucesor y no el Estado continuador de la RFSY y que, por tanto, Serbia es “por un proceso de sucesión, una parte de la Convención sobre el genocidio desde que comenzó a existir como Estado”. Señala que la Corte coincidió con la conclusión de Croacia a este respecto (Fallo, apdo. 117), y que determinó acordemente que, el 27 de abril de 1992, la RFY se convirtió en una parte de la Convención sobre el genocidio.

6. El Magistrado Tomka recalca que no existe ninguna duda de que la Convención sobre el genocidio era vinculante para la RFSY desde el 12 de enero de 1951, fecha en que la Convención entró en vigor, y que su aplicación fue constante en el tiempo en todo su territorio. Resalta que no hubo ni un solo día durante el conflicto, que comenzó en 1991 y finalizó en 1995, en el que la Convención no fuera aplicable en ese territorio. Explica que esto es así porque, en tanto en cuanto la RFSY continuaba existiendo, seguía siendo parte de la Convención y, cuando las repúblicas que la constituían se fueron separando, se convirtieron en partes en virtud de la sucesión desde el momento en que asumieron la responsabilidad de sus relaciones internacionales. Por tanto, no existió ningún lapso o pausa en la protección conferida por la Convención durante el conflicto armado, si bien ésta debió ser aplicada por diferentes Estados en diferentes periodos durante el proceso de disolución de la RFSY.

7. El Magistrado Tomka considera que la cuestión que se plantea ante la Corte no es la aplicación retroactiva de la Convención, sino más bien la interpretación de la cláusula de compromiso recogida en el Artículo IX de la Convención y la determinación de la jurisdicción que éste confiere a la Corte. A este respecto, el Magistrado comienza recordando los argumentos de Croacia, que se apoyaban en el Artículo IX de la Convención. El Magistrado Tomka considera que, para que la controversia recaiga dentro del ámbito del Artículo IX de la Convención, debe versar sobre la interpretación o la aplicación de la Convención por parte de las Partes contratantes de la Convención, y no por parte del Estado predecesor de una Parte contratante de la Convención ni sobre su aplicación por parte de una entidad que no es un Estado parte de la Convención y que sólo posteriormente comienza a existir como Estado y se convierte en parte de la Convención.

8. El Magistrado Tomka recuerda el Artículo 4 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad internacional del Estado por actos ilícitos, en el que se estipula que la conducta de un órgano de una unidad territorial de un Estado es considerada un acto de Estado y, por tanto, compromete la responsabilidad internacional de dicho Estado. Explica que, cuando dicho Estado deja de existir, puede que se suscite la cuestión de la sucesión de la responsabilidad; del mismo modo, cuando una unidad territorial de un Estado predecesor se separa y se convierte en un Estado independiente, puede que se plantee la cuestión

de la responsabilidad del Estado separado por actos que fueron cometidos por los órganos de dicha entidad antes de ésta emergiera como Estado. No obstante, el Magistrado considera que, por lo que respecta a estas dos cuestiones, ninguna de las dos recae dentro de la jurisdicción de la Corte con arreglo al Artículo IX de la Convención sobre el genocidio.

9. El Magistrado Tomka concluye que la cuestión de las consecuencias que deben deducirse del hecho de que la RFY se convirtiera en un Estado y en parte de la Convención sobre el genocidio el 27 de abril de 1992 es de índole jurídica y es una cuestión que debe decidirse en esta fase del proceso y para la que no se necesita disponer de información adicional. Insiste en que, ya que la duración del proceso ha sido considerable y la Corte ha tratado repetidamente cuestiones relativas a la condición jurídica de la RFY y a su participación en la Convención sobre el genocidio, la Corte dispone ya de toda la información necesaria.

10. Como punto concluyente adicional, el Magistrado Tomka resalta que sus observaciones se basan en el hecho de que la RFY (actualmente Serbia) es un Estado sucesor y no el Estado continuador de la RFSY. En su opinión, esta conclusión relativa al alcance de la jurisdicción de la Corte no conlleva la exención de responsabilidad de quienes cometieron un número tan elevado de atrocidades graves durante el conflicto armado en el territorio de Croacia, ni exime de responsabilidad al Estado al que se puedan atribuir los actos de quienes cometieron tales atrocidades. Como existe una distinción fundamental entre la aceptación, por parte de los Estados, de la jurisdicción de la Corte y la conformidad de sus actos con el derecho internacional, hace hincapié en que los Estados siguen siendo responsables de aquellos actos atribuibles a ellos que son contrarios al derecho internacional a pesar de que dichos actos hayan sido cometidos durante el período en el que la jurisdicción de la Corte no se aplicaba. A modo de observación final, el Magistrado añade que, si bien varias personas fueron procesadas por el Fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia por las atrocidades cometidas en Croacia, ninguna ha sido condenada por el delito de genocidio y, a la luz de este hecho, se pregunta cómo podrá demostrar Croacia ante la Corte, cuyo proceso no es penal, que se cometió el delito de genocidio. No obstante, considera que esta cuestión deberá estudiarse cuando se dirima el fondo del caso.

Opinión separada del Magistrado Abraham

El Magistrado Abraham manifiesta su conformidad con la parte funcional del Fallo y con el razonamiento empleado por la Corte para rechazar la objeción de Serbia de que la Corte carecía de jurisdicción porque Serbia no era una parte de la Convención sobre el genocidio, incluido el Artículo IX de la misma, en la fecha en la que se presentó la Solicitud.

No obstante, el Magistrado Abraham discrepa del razonamiento empleado en el Fallo por el que se rechaza la tesis de la Parte demandada de que, en la fecha en la que se presentó

la solicitud, no poseía la capacidad para tener “acceso a la Corte” con arreglo al Artículo 35 del Estatuto.

Considera que los extensos pasajes dedicadas a esta cuestión en el Fallo, con el objetivo de demostrar que la Parte demandada cumple la condición de “tener acceso a la Corte” en este caso al haber sido admitida en las Naciones Unidas el 1 de noviembre de 2000, eran, de hecho, superfluos, ya que los requisitos del Artículo 35 del Estatuto no se aplican a la parte demandada en un caso, sino únicamente a la parte que instituye el proceso.

Esta interpretación se basa en el tenor del Artículo 35, el análisis de los trabajos preparatorios o práctica previa de la Corte y, ante todo, en el razonamiento derivado de la lógica y el fin del texto. En concreto, si, tal como parece que se hace en el Fallo, se interpreta que el Artículo 35 se aplica uniformemente a la Parte solicitante y a la Parte demandada, se originaría una desigualdad entre los dos Estados que son partes de la Convención y en la que se incluye una cláusula de compromiso en virtud de la cual, cuando uno de los Estados es parte del Estatuto de la Corte y el otro Estado no lo es, la cláusula obra a favor del último Estado: este segundo Estado podría emplear la cláusula de compromiso en cualquier momento interponiendo un proceso ante la Corte y depositando, a tal efecto, la declaración facilitada en la Resolución N. 9 (1946) del Consejo de Seguridad, mientras que el primer Estado no puede aplicar la misma cláusula por voluntad propia, pues su contrincante sólo tendría que negarse a depositar la declaración a fin de quedar fuera de la jurisdicción de la Corte.

Además, el Magistrado Abraham manifiesta su desacuerdo con la manera en la que la Corte ha aplicado la jurisprudencia *Mavrommatis* en este caso. Si bien reconoce que, en principio, es posible considerar que la falta de acceso a la Corte en la fecha en la que se instituyó el proceso —respecto de una Parte a la que se aplica dicha condición— puede subsanarse durante el proceso cuando el requisito necesario se cumple antes de que la Corte dirima bajo su jurisdicción, esto sólo es posible si, en una fecha posterior, se determina que, en caso de desear hacerlo, la Parte solicitante puede presentar una nueva solicitud idéntica a la anterior en su esencia pero que no plantee ninguna objeción en relación con la jurisdicción de la Corte. El objetivo que subyace a la jurisprudencia *Mavrommatis* obedece a razones de economía procedimental. En este caso, esto debería haber conducido a que la Corte dirimiera los efectos de la reserva realizada por Serbia en 2001 al Artículo IX de la Convención sobre el genocidio y la hubiera considerado inválida, algo a lo que la Corte se ha negado. Al justificarse tal como lo ha hecho, y al conformarse con el hecho de que la condición del “acceso” se cumpliera el 1 de noviembre de 2000, fecha en la que Serbia seguía estando indiscutiblemente vinculada por el Artículo IX de la Convención sobre el genocidio, la Corte está yendo más allá de la realización de una excepción razonable al principio de que su jurisdicción debe determinarse en la fecha en la que se presenta la Solicitud; está dero-

gando categóricamente dicho principio, si bien manifiesta que desea conservarlo.

Declaración del Magistrado Bennouna

El Magistrado Bennouna votó a favor de la jurisdicción de la Corte para dirimir la Solicitud presentada por Croacia sobre el fondo, en la medida en que la República Federativa de Yugoslavia (RFY) estaba vinculada por la Convención sobre el genocidio desde 1992 y se convirtió en parte del Estatuto de la Corte (al igual que Serbia y Montenegro) el 1 de noviembre de 2000, aunque este hecho ocurriera después de que Croacia hubiera instituido el proceso el 2 de julio de 1999.

La Corte, que se basó en su jurisprudencia para alcanzar esta conclusión, debería haber ahondado ulteriormente en su argumento y examinado la adhesión de Serbia a la Convención sobre el genocidio el 6 de marzo de 2001 así como la reserva respecto del Artículo IX, por el que se atribuye la jurisdicción a la Corte. Si hubiera actuado de esta manera, la Corte habría descubierto que Serbia no puede acceder a un tratado del que ya es parte desde 1992 y, como resultado, no debería haberse tenido en cuenta dicha adhesión ni tampoco la reserva que incluía. En opinión del Magistrado Bennouna, la Corte habría fortalecido, de este modo, el razonamiento del Fallo, que, en su estado actual, es incompleto y, por tanto, no es satisfactorio.

Opinión disidente del Magistrado Skotnikov

En opinión del Magistrado Skotnikov, la Corte debería haber apoyado la primera objeción preliminar presentada por Serbia porque hacía referencia a la capacidad de la Parte demandada de participar en el proceso instituido por Croacia. El Magistrado Skotnikov critica la decisión de la Corte de apartarse de la norma general con arreglo a la cual la jurisdicción de la Corte debe evaluarse en la fecha en la que se instituye el proceso. Manifiesta su disconformidad con la conclusión alcanzada por la Corte de que la carencia, por parte de Serbia, de *ius standi* en el momento en que Croacia instituyó el proceso quedó subsanada tras la posterior admisión de Serbia en las Naciones Unidas. El Magistrado Skotnikov señala que la excepción *Mavrommatis* a la norma arriba mencionada, en la que se basó la Corte, atañe exclusivamente a defectos relacionados con el consentimiento de las partes. El derecho de una parte a comparecer ante una Corte no es un asunto de consentimiento y, por tanto, la ausencia de dicho derecho no es un defecto que se pueda subsanar mediante la aplicación de la jurisprudencia *Mavrommatis*.

El Magistrado Skotnikov coincide con la conclusión de la Corte de que Serbia era una parte de la Convención sobre el genocidio en el momento en que se presentó la Solicitud. No obstante, tal como la Corte determinó en los Fallos relativos a la *Legalidad del uso de la fuerza*, esta Convención no es un tratado en vigor según el sentido del apartado 2 del Artícu-

lo 35 del Estatuto de la Corte. Por ello, la Corte no puede dar acceso a la misma a una parte que no es un Estado miembro de las Naciones Unidas en el momento en el que se instituye el proceso.

En opinión del Magistrado, la mayoría se confundió al dejar abierta, hasta la fase del fondo, la cuestión planteada por Serbia en su segunda objeción preliminar que hacía referencia a si la Corte tenía jurisdicción para examinar hechos o sucesos que acontecieron antes del 27 de abril de 1992 (fecha en la que se creó la RFY). El Magistrado Skotnikov señala que Serbia defendió, además, que, incluso en el caso de que existiera jurisdicción, ésta no se podría ejercer respecto de sucesos que acontecieran antes de dicha fecha. Esta disputa plantea una objeción a la admisibilidad de las demandas de Croacia. El Magistrado Skotnikov resalta que la cuestión de admisibilidad planteada por Serbia únicamente es pertinente si la Corte tiene jurisdicción para examinar estos hechos. La cuestión relativa a la jurisdicción debe ser respondida, en primer lugar, por la Corte. Únicamente en caso de respuesta afirmativa, la Corte puede decidir, en el ejercicio de su jurisdicción, si puede evaluar los acontecimientos acaecidos antes de que se creara la RFY, incluidas las cuestiones relativas a la atribución de responsabilidad.

La Corte explica su reticencia a abordar esta cuestión de la jurisdicción como una cuestión preliminar declarando que “para poder emitir una conclusión respecto de cada una de estas cuestiones [jurisdicción y admisibilidad], la Corte necesita disponer de elementos ulteriores” sin especificar qué elemento necesita para poder adoptar una decisión respecto de la cuestión relativa a la jurisdicción. La insistencia de la Corte en que las cuestiones de la jurisdicción y la admisibilidad (con arreglo a la Corte, esta segunda cuestión atañe a cuestiones de atribución, a la Parte demandada, de los hechos acaecidos antes del 27 de abril de 1992) son “inseparables” parece indicar que la cuestión de la atribución de responsabilidad se podría examinar junto a la cuestión de la jurisdicción y podría ejercer una influencia sobre la decisión de la Corte respecto de esta última. Sin embargo, con arreglo a las normas generales de la responsabilidad de Estado, la responsabilidad, incluso en el caso de que se determinara, no puede equivaler a la jurisdicción de la Corte que, al contrario que la responsabilidad de Estado, está basada en el consentimiento de las partes.

La Corte ha considerado que el Estado demandado adquirió la condición de parte en la Convención sobre el genocidio mediante un proceso que debe ser considerado como una sucesión el 27 de abril de 1992, la fecha en la que se creó. De esto se deriva que la Corte no puede tener jurisdicción para examinar ningún hecho o acontecimiento que acaeciera antes de dicha fecha.

Opinión separada del Magistrado Vukas

La Parte solicitante, la República de Croacia, se convirtió en un Estado miembro de las Naciones Unidas (ONU) y, por

consiguiente, en parte del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia el 22 de mayo de 1992. El 27 de abril de 1992, a Parte demandada, la República de Serbia, decidió, junto a la República de Montenegro, crear la “República Federativa de Yugoslavia” (RFY). Este nuevo Estado, compuesto por dos antiguas Repúblicas de la República Federal Socialista de Yugoslavia (RFSY) deseaba continuar la personalidad jurídica internacional de Yugoslavia, así como su pertenencia a las Naciones Unidas. A las Naciones Unidas no les agradó esta decisión. Así, no se permitió a la RFY participar en la Asamblea General, pero sí se le consideró Estado miembro de las Naciones Unidas y, por tanto, una parte del Estatuto de la Corte.

La RFSY era una parte de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Convención sobre el genocidio) desde su entrada en vigor el 12 de enero de 1951. Tras la disolución de la RFSY, Croacia y la RFY manifestaron, en 1992, su decisión de suceder a la RFSY como partes de la Convención sobre el genocidio (sin formular ninguna reserva respecto de sus disposiciones).

A la luz de los hechos antedichos, queda claro que Croacia tenía derecho a instituir el proceso contra la RFY el 2 de julio de 1999. La Solicitud de Croacia no solo atañe a acciones y omisiones acaecidas antes de la creación de la RFY el 27 de abril de 1992, y existen diversas razones para justificar esta tesis. En primer lugar, tanto Croacia como Serbia estaban obligadas a prevenir y sancionar el delito de genocidio en tanto que unidades federales de la RFSY, que era una parte de la Convención sobre el genocidio. Además, desde hace mucho tiempo, las disposiciones de esta Convención han formado parte del derecho internacional consuetudinario general de naturaleza perentoria. Finalmente, muchos de los actos de genocidio respecto de los cuales Croacia instituyó el proceso se iniciaron en 1991, pero el sufrimiento de las víctimas se prolongó durante los siguientes años.

Opinión disidente del Magistrado Kreća

En opinión del Magistrado Kreća, en el presente caso no se satisfacen las condiciones pertinentes para la jurisdicción de la Corte.

En la fecha de la institución del proceso, la Parte demandada no era un Estado miembro de las Naciones Unidas, que es lo que determina el *jus standi* en las circunstancias que caracterizan a este caso. El llamado principio *Mavrommatis*, adoptado en aras de la economía judicial, no puede, en sí mismo, subsanar la falta de *jus standi* de la Parte demandada en tanto que requisito obligatorio de naturaleza constitucional.

Por lo que respecta a la base de la jurisdicción, el Magistrado Kreća considera que en el momento temporal pertinente, no cabía aplicar la Convención sobre el genocidio entre las Partes. Tras la admisión de la Parte demandada en las Naciones Unidas, ésta, actuando con arreglo a un recordatorio del Secretario General en tanto que depositario de tratados internacionales, manifestó su consentimiento para estar vinculada por la Convención el 6 de marzo de 2001. En opinión del Magistrado Kreća, la declaración de 1992, interpretada por la Corte en consideración de casos estrechamente relacionados como el fundamento que permite que se considere que la Parte demandada es una Parte contratante de la Convención sobre el genocidio, es, por varias razones, incapaz de producir dicho efecto.

El Magistrado Kreća no puede coincidir con la conclusión de la mayoría relativa al ámbito de la jurisdicción *ratione temporis* de la Corte. En su opinión, únicamente un Estado existente, vinculado por una obligación internacional, puede cometer o ser imputado por un acto internacional ilícito que conlleve responsabilidad internacional. La existencia jurídica de la Parte demandada, en tanto que persona jurídica internacional distinta de su posición híbrida y controvertida durante el periodo comprendido entre 1992 y 2000, comenzó en noviembre de 2000, tras su admisión como Estado miembro de las Naciones Unidas.

En relación con las tres cuestiones incluidas en la objeción relativas a la comparecencia en juicio de determinadas personas, la facilitación de información sobre los ciudadanos desaparecidos y la devolución del patrimonio cultural, el Magistrado Kreća opina que esta controversia particular no recae dentro del ámbito del Artículo IX de la Convención sobre el genocidio.

173. SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN DEL FALLO DE 31 DE MARZO DE 2004 EN LA CAUSA RELATIVA A AVENA Y OTROS NACIONALES MEXICANOS (MÉXICO CONTRA ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) (MÉXICO CONTRA ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)

Fallo de 19 de enero de 2009

El 19 de enero de 2009, la Corte Internacional de Justicia emitió su fallo respecto de la *Solicitud de interpretación del fallo de 31 de marzo de 2004 en la causa relativa a Avena y otros nacionales mexicanos (México V. Estados Unidos de América)* (*México V. Estados Unidos de América*).

La composición de la Corte era la siguiente: Presidenta Rosalyn Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Koroma, Buergenthal, Owada, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; Secretario Couvreur.

*
* *

El párrafo de la parte dispositiva (párrafo 61) de la interpretación reza como sigue:

“... ”

LA CORTE,

1) Por 11 votos a favor y 1 en contra,

Declara que las cuestiones que según los Estados Unidos Mexicanos representan un conflicto entre las Partes, y requieren interpretación con arreglo al artículo 60 del Estatuto, no son cuestiones que hayan sido decididas por la Corte en su fallo de 31 de marzo de 2004 relativo a la causa *Avena y otros nacionales mexicanos (México V. Estados Unidos de América)*, incluido el apartado 9 del párrafo 153, por lo que no pueden dar lugar a la interpretación solicitada por los Estados Unidos Mexicanos;

A FAVOR: Presidenta Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Jueces Ranjeva, Koroma, Buergenthal, Owada, Tomka, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov;

EN CONTRA: Magistrado Sepúlveda-Amor;

2) Unánimemente,

Declara que los Estados Unidos de América han infringido la obligación que les incumbe en virtud de la providencia que indica medidas provisionales, de fecha 16 de julio de 2008, en el caso del Sr. José Ernesto Medellín Rojas;

3) Por 11 votos a favor y 1 en contra,

Reafirma el continuado carácter vinculante de las obligaciones de los Estados Unidos de América con arreglo al apartado 9) del párrafo 153 del fallo *Avena y toma nota* de los compromisos asumidos por los Estados Unidos de América en estas actuaciones;

VOTOS A FAVOR: Presidenta Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Koroma, Buer-

genhal, Owada, Tomka, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov;

EN CONTRA: Magistrado Abraham;

4) Por 11 votos a favor y 1 en contra,

Desestima, en esas circunstancias, la solicitud de los Estados Unidos Mexicanos de que la Corte ordene a los Estados Unidos de América que ofrezca garantías de no-repetición;

A FAVOR: Presidenta Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Koroma, Buergenthal, Owada, Tomka, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov;

EN CONTRA: Magistrado Sepúlveda-Amor;

5) Por 11 votos a favor y 1 en contra,

Rechaza cualquier nueva pretensión de los Estados Unidos Mexicanos.

A FAVOR: Presidenta Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Koroma, Buergenthal, Owada, Tomka, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov;

EN CONTRA: Magistrado Sepúlveda-Amor.”

*
* *

Los Magistrados Koroma y Abraham anexaron sendas declaraciones al fallo de la Corte; el Magistrado Sepúlveda-Amor anexó una opinión disidente al fallo de la Corte.

*
* *

Historia de las actuaciones y pretensiones de las Partes (párrafos 1 a 10)

La Corte recuerda que, el 5 de junio de 2008, los Estados Unidos Mexicanos (de aquí en adelante denominados “México”) interpusieron ante la Secretaría de la Corte una demanda contra los Estados Unidos de América (de aquí en adelante denominados “los Estados Unidos”), en la que, con referencia al artículo 60 del Estatuto y a los artículos 98 y 100 del Reglamento, solicitaron a la Corte la interpretación del apartado 9) del párrafo 153 del fallo emitido por la Corte el 31 de marzo de 2004 en la causa relativa a *Avena y otros nacionales mexicanos (México V. Estados Unidos de América)* (*Informes de la CIJ, 2004*, pág. 12) (de aquí en adelante “el fallo *Avena*”), que reza como sigue:

“153. Por estas razones,

LA CORTE,

...

9) Por 14 votos a favor y 1 en contra,

Declara que, en aras de una reparación adecuada en la presente causa, los Estados Unidos de América están obligados a asegurar, por los medios de su elección, la revisión y el reexamen de las sentencias condenatorias y las penas impuestas a los nacionales mexicanos mencionados en los apartados 4), 5), 6) y 7) *supra*, teniendo en cuenta tanto la vulneración de los derechos establecidos en el artículo 36 de la Convención como lo dispuesto en los párrafos 138 a 141 del presente fallo”.

El 5 de junio de 2008, tras presentar su solicitud, México pidió a la Secretaría de la Corte que se ordenaran medidas provisionales con el objeto de “preservar los derechos de México y de sus nacionales” en tanto estuviera pendiente el fallo de la Corte en las actuaciones sobre la interpretación del fallo *Avena*.

Mediante providencia de 16 de julio de 2008, la Corte, tras rechazar la pretensión de los Estados Unidos en el sentido de que se desestimara la solicitud presentada por México (párrafo 80 I) y se suprimiera de la Lista General de la Corte, indicó las siguientes medidas provisionales (párrafo 80 (II)):

“a) Los Estados Unidos de América deberán adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que los señores José Ernesto Medellín Rojas, César Roberto Fierro Reyna, Rubén Ramírez Cárdenas, Humberto Leal García y Roberto Moreno Ramos no sean ejecutados antes de que se emita una decisión sobre la solicitud de interpretación presentada por los Estados Unidos Mexicanos, a menos que se vuelva a revisar y considerar la situación de esos cinco nacionales mexicanos de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 138 a 141 del fallo emitido por la Corte el 31 de marzo de 2004 en la causa relativa a *Avena y otros nacionales mexicanos (México V. Estados Unidos de América)*;

b) El Gobierno de los Estados Unidos de América deberá informar a la Corte de todas las medidas adoptadas en cumplimiento de esta providencia de la Corte.”

Decidió también que “hasta que la Corte haya emitido una decisión sobre la solicitud de interpretación, deberá mantenerse informada sobre las cuestiones” que constituyen el tema de la providencia (párrafo 80 III)).

Por cartas de fecha 16 de julio de 2008, el Secretario informó a las Partes que la Corte, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 98 del Reglamento, había fijado el 29 de agosto de 2008 como plazo para la presentación de observaciones escritas de los Estados Unidos en relación con la solicitud de interpretación de México. Por carta de fecha 1º de agosto de 2008, el Agente de los Estados Unidos, refiriéndose al párrafo 80 II) b) de la providencia de 16 de julio de 2008, informó a la Corte sobre las medidas que los Estados Unidos

“han[habían] adoptado y siguen [seguían] adoptando” para aplicar dicha providencia. Por carta de fecha 28 de agosto de 2008, en la que informaba a la Corte sobre la ejecución, el 5 de agosto de 2008, del Sr. José Ernesto Medellín Rojas en el Estado de Texas, Estados Unidos de América, y refiriéndose al párrafo 4 del artículo 98 del Reglamento, el Agente de México pidió a la Corte que diera a México la oportunidad de presentar nuevas explicaciones por escrito con el propósito, por un lado, de explicar con mayor amplitud el fondo de la interpretación a la luz de las observaciones escritas que los Estados Unidos debían presentar y, por el otro, para “enmendar su rogativa de presentar una reclamación basada en la violación de la providencia de 16 de julio de 2008”.

El 29 de agosto de 2008, dentro del plazo fijado, los Estados Unidos presentaron sus observaciones escritas en relación con la solicitud de interpretación de México.

Mediante cartas de fecha 2 de septiembre de 2008, el Secretario informó a las Partes que la Corte había decidido darles sendas oportunidades de presentar nuevas alegaciones escritas, con arreglo al párrafo 4 del artículo 98 del Reglamento, y que había fijado el 17 de septiembre y el 6 de octubre de 2008 como plazos para la presentación, por parte de México y de los Estados Unidos, respectivamente, de esas nuevas alegaciones. Las Partes presentaron las alegaciones dentro de los plazos especificados.

En la solicitud, México formuló las siguientes peticiones:

“El Gobierno de México solicita a la Corte que decida y declare que la obligación que incumbe a los Estados Unidos con arreglo al apartado 9 del párrafo 153 del fallo *Avena* constituye una obligación de resultado como establece claramente el fallo al señalar que los Estados Unidos deben asegurar ‘la revisión y el reexamen de las sentencias condenatorias y las penas impuestas’ pero ‘por los medios de su elección’, y ello, de conformidad con la mencionada obligación de resultado,

1. Los Estados Unidos deben adoptar todas las medidas necesarias para llevar a cabo la revisión y el reexamen impuestos por el fallo *Avena* a título de reparación; y

2. Los Estados Unidos deben adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que no se ejecute a ningún nacional mexicano que tenga derecho a una revisión y reexamen en virtud del fallo *Avena* hasta que se haya completado esa revisión y reexamen y se determine que no se deriva ningún perjuicio de la infracción.”

En el curso de las actuaciones, las Partes presentaron las siguientes comunicaciones:

En nombre de México,

En las nuevas explicaciones escritas presentadas a la Corte el 17 de septiembre de 2008:

“Sobre la base de lo anteriormente expuesto, el Gobierno de México solicita a la Corte que emita su fallo y declare como sigue:

a) Que la correcta interpretación de la obligación que incumbe a los Estados Unidos en virtud del apartado 9 del párrafo 153 del fallo *Avena* es que se trata de una obligación de resultado, como se señala claramente en el fallo que indica que los Estados Unidos deben proceder a la ‘revisión y reexamen de las sentencias condenatorias y las penas impuestas;

y que, de conformidad con la interpretación de la anterior obligación de resultado,

1) Los Estados Unidos, actuando por conducto de todos sus órganos y subdivisiones competentes, incluidas todas las ramas del gobierno y todas las autoridades oficiales, estatales o federales con facultades gubernamentales, deberán adoptar todas las medidas necesarias para llevar a cabo la revisión y el reexamen impuestos por el fallo *Avena* a título de reparación, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 9 del párrafo 153 del fallo *Avena*; y

2) Los Estados Unidos, actuando por conducto de todos sus órganos y subdivisiones competentes, incluidas todas las ramas del gobierno y todas las autoridades oficiales, estatales o federales con facultades gubernamentales, deberán adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que no se ejecute a ningún nacional mexicano que tenga derecho a una revisión y reexamen en virtud del fallo *Avena* hasta que se haya completado esa revisión y reexamen y se determine que no se deriva ningún perjuicio de la infracción;

b) Que los Estados Unidos vulneraron la providencia de la Corte de 16 de julio de 2008 y el fallo *Avena* al llevar a cabo la ejecución del Sr. José Ernesto Medellín Rojas sin haber procedido a la revisión y reexamen de su caso de conformidad con las disposiciones del fallo *Avena*; y

c) Que los Estados Unidos deben garantizar que ningún otro nacional mexicano con derecho a revisión y reexamen en virtud del fallo *Avena* sea ejecutado hasta que se haya completado dicha revisión y reexamen y se determine que no se deriva ningún perjuicio de la infracción.”

En nombre de los Estados Unidos,

En sus observaciones escritas presentadas el 29 de agosto de 2008:

“Sobre la base de los hechos y los argumentos anteriormente expuestos, el Gobierno de los Estados Unidos de América solicita a la Corte que falle y declare que desestima la solicitud de los Estados Unidos Mexicanos, pero si la Corte rechaza la petición de desestimar la solicitud, pide que la Corte admita y ordene una interpretación del fallo *Avena* de conformidad con el párrafo 62 anteriormente mencionado.” (párr. 63.)

El párrafo 60 de las observaciones escritas de los Estados Unidos incluye lo siguiente:

“Y los Estados Unidos están de acuerdo con la interpretación solicitada por México; se manifiestan de acuerdo

en el sentido de que el fallo *Avena* impone una ‘obligación de resultado’. En consecuencia, no existe ninguna cuestión que requiera un fallo de la Corte, por lo que debe desestimarse la petición presentada por México.”

El párrafo 62 de las observaciones escritas de los Estados Unidos incluye lo siguiente:

“los Estados Unidos piden que la Corte interprete el fallo conforme a lo solicitado por México; es decir, como sigue:

[L]a obligación que incumbe a los Estados Unidos en virtud del apartado 9 del párrafo 153 del fallo *Avena* constituye una obligación de resultado, como se señala claramente en el fallo al señalarse que los Estados Unidos deben efectuar ‘la revisión y el reexamen de las sentencias condenatorias y las penas impuestas pero ‘por los medios de su elección’”;

en las subsiguientes explicaciones escritas presentadas a la Corte el 6 de octubre de 2008:

“Sobre la base de los hechos y argumentos anteriormente expuestos, y como constan en las observaciones escritas iniciales de los Estados Unidos relativas a la Solicitud de Interpretación, el Gobierno de los Estados Unidos de América pide que la Corte falle y declare que se desestima la solicitud de los Estados Unidos Mexicanos de interpretación del fallo *Avena*. Con respecto a otras pretensiones subsidiarias en el caso de que la Corte no aceptara desestimar la solicitud en su integridad, los Estados Unidos piden que la Corte falle y declare:

a) que se desestiman las siguientes peticiones adicionales de México:

1) que la Corte declare que los Estados Unidos incumplieron la providencia de la Corte de 16 de julio;

2) que la Corte declare que los Estados Unidos vulneraron el fallo *Avena*; y

3) que la Corte ordene que los Estados Unidos ofrezcan garantías de no- repetición;

b) que se haga una interpretación del fallo *Avena* de conformidad con el apartado a) del párrafo 86 de la Respuesta de México a las observaciones escritas de los Estados Unidos.”

Solicitud de interpretación del Fallo Avena

Competencia de la Corte con respecto a la interpretación
(párrafos 11 a 20)

La Corte recuerda que la solicitud de interpretación presentada por México en relación con el apartado 9 del párrafo 153 del fallo de la Corte de 31 de marzo de 2004 se hizo con referencia al artículo 60 del Estatuto. Dicho artículo estipula que “[e]l fallo es definitivo e irrevocable. En caso de desacuerdo [‘impugnación’ en la versión en francés] sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes”.

La Corte señala que su providencia de 16 de julio de 2008 sobre medidas provisionales “no se formuló sobre la base de incompetencia *prima facie*” y observa que ya declaró, en dicha providencia, que “la competencia de la Corte sobre la base del artículo 60 del Estatuto no está condicionada a la existencia de ninguna otra base de competencia entre las partes con respecto al caso original” (providencia, párrafo 44). Recuerda, asimismo, que ya indicó que “la retirada de los Estados Unidos del Protocolo Facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares relativo a la solución obligatoria de controversias, tras el fallo *Avena*, no tiene efecto alguno en la competencia de la Corte de conformidad con el artículo 60 del Estatuto” (Ibíd., párr. 44).

La Corte observa que, en su providencia de 16 de julio de 2008, señaló en particular que “la Corte puede aceptar una petición de interpretación de cualquier fallo que haya emitido, siempre que exista una ‘controversia en cuanto al sentido o alcance del [mencionado] fallo’” (Ibíd., párr. 46). La Corte indica, a continuación, que “en el procedimiento en curso procede que la Corte examine nuevamente si en realidad existe una controversia en el sentido de que la obligación que se señala en el apartado 9 del párrafo 153 del fallo *Avena* es una obligación de resultado”. Declara que “a estas alturas deberá examinar también si efectivamente existe una diferencia de opinión entre las Partes con respecto a que la obligación que se señala en el apartado 9 del párrafo 153 del fallo *Avena* incumbe a todas las autoridades federales y estatales de los Estados Unidos”.

Cuestión de la existencia de una controversia entre las Partes
(párrs. 21 a 47)

— *No existe controversia en cuanto al carácter de la obligación señalada en el apartado 9 del párrafo 153*
(párrs. 21 a 28)

Habiendo examinado las rogativas escritas de las Partes, la Corte concluye que no existe controversia entre ellas en cuanto a que el apartado 9 del párrafo 153 establece una obligación de resultado. Observa que “esta obligación de resultado deberá cumplirse dentro de un período de tiempo razonable. Inclusive esfuerzos serios de parte de los Estados Unidos, si no llegaran a efectuar la revisión y reexamen exigidos de conformidad con los párrafos 138 a 141 del fallo *Avena*, no se considerarán como cumplimiento de dicha obligación de resultado.”

— *Cuestión de la existencia de una controversia con respecto a determinar a quiénes incumbe específicamente la obligación de resultado* (párrs. 29 a 42)

Tras poner de relieve que “[c]orresponde a la propia Corte decidir si efectivamente existe una controversia en relación con las disposiciones del artículo 60 del Estatuto (véase *Interpretación de Fallos No. 7 y 8 (Fábrica de Chorzów)*, *Fallo No. 11, 1927, P.C.I.J., Serie A, No. 13*, pág. 12)”, la Corte considera la posibilidad de que las Partes tengan distintas opi-

niones “en cuanto al sentido y alcance de esa obligación de resultado”. La Corte observa que, de existir una controversia en función del artículo 60 del Estatuto, cuya resolución exija una interpretación de las disposiciones del apartado 9 del párrafo 153 del fallo *Avena*, dicha cuestión podrá enfocarse de dos maneras.

Por un lado, examina diversos argumentos presentados por México que “sugieren que existe una diferencia de percepción que constituiría una controversia” con respecto a quiénes incumbe específicamente la obligación de resultado. La Corte señala, en particular, que de conformidad con México, la interpretación dada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Medellín contra Texas* (*Supreme Court Reporter*, vol. 128, 2008, pág. 1346) —a saber, que los fallos de la Corte Internacional de Justicia no son, en sí mismos, directamente aplicables en el ordenamiento jurídico nacional de los Estados Unidos— “es incompatible con la interpretación del fallo *Avena* que impone una obligación de resultado para todos los órganos constitutivos de los Estados Unidos, incluido el poder judicial”.

Por otro lado, la Corte señala “factores que sugieren, por el contrario, que no existe controversia entre las partes” con respecto a determinar a quiénes incumbe específicamente el fallo *Avena*. La Corte observa, en primer lugar “—sin estar necesariamente de acuerdo con ciertos puntos señalados por la Corte Suprema en su argumentación con respecto al derecho internacional— que la Corte Suprema ha declarado que el fallo *Avena* crea una obligación de carácter vinculante para los Estados Unidos. Ello, no obstante haber manifestado que la obligación no tiene efecto directo en la legislación nacional, y que no se le puede dar efecto a través de un Memorándum Presidencial”. La Corte añade que los Estados Unidos reiteraron en sus observaciones escritas de 29 de agosto de 2008 que “el Gobierno federal ‘se pronunciaba en nombre de’ y era responsable con respecto a todos los órganos y elementos constitutivos de la autoridad del Gobierno”. La Corte señala además que “el párrafo 2) del artículo 98 del Reglamento estipula que cuando una de las Partes presenta una solicitud de interpretación de un fallo, ‘deberán indicarse con precisión el punto, o puntos, materia de controversia en cuanto al sentido y alcance del fallo’”. Señala que México ha tenido la oportunidad de indicar los puntos precisos en controversia en varias ocasiones, pero que “sin embargo, sigue manteniendo una posición muy poco específica en lo que respecta a cuál es precisamente la controversia”. La Corte señala, por último, que “[b]ien sea con respecto al cumplimiento de las prescripciones del párrafo 2) del artículo 98 del Reglamento, o en términos más generales, podría argumentarse que en definitiva México no ha probado la existencia de controversia alguna con los Estados Unidos”, y que “México no especificó que la obligación de los Estados Unidos en virtud del fallo *Avena* tuviera carácter directamente vinculante para sus órganos, subdivisiones o funcionarios, aunque ello podría inferirse de los argumentos que ha presentado”.

— *Cuestión del efecto directo de la obligación establecida en el apartado 9 del párrafo 153 del fallo Avena* (párrafos 43 a 47)

En opinión de la Corte, las distintas perspectivas expresadas por las Partes revelan “diferentes posturas en cuanto a que el apartado 9 del párrafo 153 ... prevé dar efecto directo a la obligación allí contenida”. Como quiera que sea, la Corte considera que “habría un nuevo obstáculo a la admisión de la demanda de México, inclusive si ulteriormente se comprobara la existencia de una controversia en el presente caso en función del artículo 60 del Estatuto”. Observa que “[e]l fallo *Avena* en modo alguno señala ni da a entender que los tribunales de los Estados Unidos estén obligados a dar efecto directo al apartado 9 del párrafo 153”; y la Corte observa que, de conformidad con su jurisprudencia establecida, toda cuestión que no haya sido decidida en un fallo inicial “no podrá serle remitida para interpretación” en este fallo en virtud del artículo 60 del Estatuto.

La Corte añade que “la demanda de México, que se describe en el párrafo 31 [del presente fallo], se refiere a la cuestión general de los efectos de un fallo de la Corte en el ordenamiento jurídico de los Estados partes en el caso con respecto al cual se emitió el fallo, no al ‘significado o ámbito’ del fallo *Avena*, como exige el artículo 60 del Estatuto de la Corte”. Considera que “la cuestión en la que se basa la solicitud de interpretación presentada por México no está dentro de la competencia que le confiere específicamente la Corte en virtud del artículo 60. El hecho de que exista, o no, una controversia, no afecta la interpretación del fallo *Avena*, en particular del apartado 9 del párrafo 153.”

La Corte concluye, sobre la base de lo anteriormente expuesto, que “no puede acceder a la solicitud de interpretación de México”.

No obstante, la Corte observa que “las consideraciones de legislación interna que hasta el momento han perjudicado el cumplimiento de la obligación que incumbe a los Estados Unidos, no pueden eximirlos de su obligación”. Señala que “[s]e permitió a los Estados Unidos elegir los medios para el cumplimiento de su obligación y que, de no lograr su objetivo a través de los medios elegidos dentro de un período de tiempo razonable, debía utilizar otros medios eficaces para alcanzar dicho resultado”.

Demandas adicionales presentadas por México en el contexto de las actuaciones (párrs. 48 a 60)

La Corte se refiere luego a las tres demandas adicionales presentadas por México, que señalan que al aplicar la pena de muerte al Sr. José Ernesto Medellín Rojas el 5 de agosto de 2008 sin haberle ofrecido la posibilidad de revisión y reexamen requerida en virtud del fallo *Avena*, los Estados Unidos: 1) incumplieron las disposiciones de la providencia sobre medidas provisionales de 16 de julio de 2008; 2) incumplieron el propio fallo *Avena*; y 3) deben ofrecer garantías de no repetición.

Con respecto al primer punto, la Corte “concluye que los Estados Unidos no cumplieron su obligación de conformidad con la providencia de la Corte de 16 julio de 2008, en el caso del Sr. José Ernesto Medellín Rojas”.

La Corte desestima la segunda pretensión de México, señalando que “la única base para el reconocimiento de la competencia de la Corte en la presente causa es el artículo 60 del Estatuto, y ... ese artículo no le permite examinar posibles violaciones del fallo respecto del cual se le ha pedido interpretación”.

Por último, la Corte reitera que “su fallo en la causa *Avena* sigue teniendo carácter vinculante y que los Estados Unidos siguen estando obligados a cumplirlo íntegramente”; tomando nota del compromiso asumido por los Estados Unidos de América en estas actuaciones, da por desestimada la tercera de las pretensiones adicionales.

*
* *

Declaración del Juez Koroma

En una declaración adjunta al fallo para aclarar su opinión con respecto a la aplicación del artículo 60 del Estatuto en este caso, el Magistrado Koroma señala que hay por lo menos dos diferencias entre las posiciones de México y los Estados Unidos que podrían considerarse una “controversia” de conformidad con las disposiciones del artículo 60: las Partes adoptan distintas perspectivas tanto con respecto a que el fallo *Avena* exige que se haga efectiva la revisión y reexamen allí ordenados, como en cuanto a que las obligaciones que impone estén sujetas a la jurisdicción nacional en lo tocante a su aplicación.

Refiriéndose a la conclusión de la Corte de que “[l]as distintas posturas de las Partes con respecto a la existencia de una controversia revelan también diferentes posiciones en cuanto a que el apartado 9 del párrafo 153 del fallo *Avena* prevé que se dé efecto directo a la obligación allí contenida”, señala que ese texto no es del todo claro y en su opinión significa que la solicitud de interpretación no es admisible porque las cuestiones objeto de controversia no están comprendidas en el ámbito del apartado 9 del párrafo 153 de dicho fallo.

El Magistrado Koroma propone luego un enfoque mediante el cual la Corte podría haber encontrado admisible la solicitud de interpretación, de conformidad con su jurisprudencia. Señala que, en ese caso, al interpretar su fallo la Corte podría haber concluido que los Estados Unidos podían elegir los medios para cumplir su obligación en virtud del fallo, pero que los esfuerzos para llevar a cabo la revisión y reexamen debían ser eficaces para estar en conformidad con el fallo *Avena*.

Concluye señalando que, al reiterar la obligación del demandado con respecto a las personas nombradas en la causa *Avena*, la Corte ha confirmado el objeto y propósito del ar-

título 60 del Estatuto. Subraya que si bien la Corte puede no estar en condiciones de interpretar sus fallos en la causa *Avena*, se mantiene la fuerza vinculante de dicho fallo, y ciertas obligaciones estipuladas en ese fallo aún no se han cumplido. De conformidad con el artículo 94 de la Carta, y en este caso también con los principios fundamentales de derechos humanos, el derecho internacional exige nada menos que el cumplimiento pleno y oportuno del fallo *Avena* en relación con todos los nacionales mexicanos que allí se mencionan.

Declaración del Juez Abraham

En una declaración que se adjunta al fallo, el Magistrado Abraham explica que votó en contra del subpárrafo 3) de la cláusula de la parte dispositiva debido a que las declaraciones allí contenidas están al margen de la competencia de la Corte con respecto al artículo 60 de su Estatuto, ya que no guardan relación con la interpretación del fallo *Avena* sino con el cumplimiento del mismo.

Opinión disidente del Juez Sepúlveda-Amor

En su opinión disidente, el Juez Sepúlveda-Amor afirma que si bien está de acuerdo con la mayor parte de los argumentos de la Corte, no comparte algunas de las conclusiones de la Corte. Opina que la Corte ha perdido una oportunidad de zanjar cuestiones que requieren interpretación e interpretación del sentido o alcance del fallo *Avena*. Señala los siguientes puntos de desacuerdo con el fallo de la Corte:

1. Al abstenerse de emitir un veredicto en relación con el incumplimiento por parte de los Estados Unidos de sus obligaciones internacionales de acatar el fallo *Avena*, la Corte ha hecho caso omiso de la necesidad de juzgar las consecuencias de actos internacionalmente ilícitos de un Estado.

2. Cabe lamentar que la Corte no encontrara necesario determinar las consecuencias jurídicas que se desprenden del incumplimiento por parte de los Estados Unidos de la providencia de la Corte sobre medidas provisionales y del fallo *Avena*. Un Estado incurre en responsabilidad internacional por los actos de sus órganos y autoridades competentes. México ha demostrado que los Estados Unidos tienen una obligación de resultado y que, de conformidad con dicha obligación, los Estados Unidos, actuando por intermedio de cualesquiera de los órganos del Estado, deben adoptar todas las medidas necesarias para la aplicación de los recursos ju-

rídicos en el caso *Avena*. La Corte decidió no pronunciarse sobre los efectos del incumplimiento por parte de los Estados Unidos de sus obligaciones internacionales.

3. La Corte debería haber reafirmado la fuerza vinculante de sus fallos en las causas *LaGrand* y *Avena* y la existencia de derechos individuales en virtud del artículo 36 de la Convención de Viena con el fin de despejar todas las dudas planteadas por las autoridades federales y estatales de las ramas ejecutiva y judicial del Gobierno de los Estados Unidos.

4. No basta con argumentar que la cláusula de la parte dispositiva del fallo *Avena* tiene fuerza vinculante si sus disposiciones pierden su eficacia jurídica al aplicarse la norma del incumplimiento de carácter procesal en los tribunales de los Estados Unidos. En su interpretación del sentido y alcance del párrafo 153 del fallo *Avena*, la Corte debería haber tenido en cuenta los fundamentos jurídicos del fallo en el sentido de que la norma de incumplimiento de carácter procesal representa un obstáculo judicial que invalida y anula los derechos establecidos en el artículo 36 de la Convención de Viena.

5. Existe una controversia no resuelta entre México y los Estados Unidos, no sólo con respecto a la interpretación de la obligación impuesta por el fallo *Avena*, con arreglo al artículo 60, sino también con respecto a varias cuestiones de derecho y a los hechos.

6. México y los Estados Unidos tienen opiniones contradictorias en relación con los efectos internos de las obligaciones internacionales. La Corte podría haber promovido la causa del derecho internacional resolviendo las cuestiones que plantean esas interpretaciones contradictorias.

7. La Corte se basa en una interpretación errónea de la posición de México al decidir que no existe controversia entre las Partes. México no sostiene que el incumplimiento de la obligación impuesta por el fallo *Avena* sea atribuible únicamente a la rama ejecutiva federal del Gobierno de los Estados Unidos; México ha argumentado que la decisión definitiva de denegar la revisión y reexamen judiciales ordenados en el fallo *Avena* es atribuible a la Corte Suprema de los Estados Unidos. Las Partes tienen una controversia con respecto a la consecuencia jurídica de la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de que una obligación internacional no constituye ley federal de carácter vinculante sin legislación de aplicación.

174. CASO RELATIVO A LA DELIMITACIÓN MARÍTIMA EN EL MAR NEGRO (RUMANIA CONTRA UCRANIA)

Fallo de 3 de febrero de 2009

El 3 de febrero de 2009, la Corte Internacional de Justicia emitió su fallo sobre el caso relativo a la delimitación marítima en el Mar Negro (Rumania contra Ucrania).

La Corte estaba compuesta por: Presidenta Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Shi, Korum, Buerghenthal, Owada, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; Magistrados *ad hoc* Cot, Oxman; Secretario Couvreur.

*
* *

En el párrafo 219 del fallo se dispone lo siguiente:

“ ...

LA CORTE,

Por unanimidad,

Decide que, desde el punto 1, como acordaron las partes en el artículo 1 del Tratado sobre el régimen fronterizo de 2003, la línea de la frontera marítima única que delimita la plataforma continental y las zonas económicas exclusivas de Rumania y Ucrania en el Mar Negro sigue el arco de 12 millas marinas del mar territorial de Ucrania alrededor de la Isla de las Serpientes hasta el punto 2 (con las coordenadas 45° 03' 18,5" N y 30° 09' 24,6" E) donde el arco tiene su intersección con la línea equidistante de las costas adyacentes de Rumania y Ucrania. Desde el punto 2, la línea fronteriza seguirá la línea equidistante hasta los puntos 3 (con coordenadas 44° 46' 38,7" N y 30° 58' 37,3" E) y 4 (con coordenadas 44° 44' 13,4" N y 31° 10' 27,7" E) hasta llegar al punto 5 (con coordenadas 44° 02' 53,0" N y 31° 24' 35,0" E). Desde el punto 5, la línea de la frontera marítima continuará a lo largo de la línea equidistante de las costas opuestas de Rumania y Ucrania hacia el sur, comenzando en un acimut geodésico de 185° 23' 54,5", hasta alcanzar la zona en que puedan verse afectados los derechos de terceros Estados.”

*
* *

1. Cronología del procedimiento y presentaciones de las partes (párrs. 1 a 13)

El 16 de septiembre de 2004, Rumania interpuso una demanda contra Ucrania en una controversia “relativa al establecimiento de una frontera marítima única entre los dos Estados en el Mar Negro, a fin de delimitar la plataforma continental y las zonas económicas exclusivas respectivas”. En su demanda, Rumania sostuvo que el 2 de junio de 1997 había suscrito con Ucrania un Tratado de relaciones de cooperación y buena vecindad y concertado un acuerdo adicio-

nal por el que los dos Estados se comprometían a alcanzar un acuerdo sobre las cuestiones señaladas anteriormente. Ambos instrumentos habían entrado en vigor el 22 de octubre de 1997. Rumania argumenta que las negociaciones celebradas desde 1998 no habían sido concluyentes.

Como fundamento de la competencia de la Corte, Rumania invocó el apartado h) del artículo 4 del Acuerdo adicional, que disponía, entre otras cuestiones, que la controversia debería ser resuelta por la Corte Internacional de Justicia, a petición de cualquiera de las partes, si no se lograba un acuerdo en un plazo razonable, pero no superior a dos años desde el comienzo de las negociaciones.

Las partes discrepan sobre el curso de la frontera marítima que se debe establecer y, en especial, sobre la función a este respecto de la Isla de las Serpientes (una formación marítima situada en la parte occidental del Mar Negro, aproximadamente a 20 millas náuticas al este del delta del Danubio).

Debido a que en la Corte no había Magistrados de nacionalidad de ninguna de las partes, éstas ejercieron su derecho, en virtud del párrafo 3 del Artículo 31 del Estatuto, de elegir a un Magistrado *ad hoc* para que actuara en la causa. Rumania eligió al Sr. Jean-Pierre Cot (Francia) y Ucrania eligió al Sr. Bernard H. Oxman (Estados Unidos de América).

Rumania presentó su memoria y Ucrania, su contramemoria dentro de los plazos fijados por la Corte mediante providencia de 19 de noviembre de 2004. Mediante providencia de 30 de junio de 2006, la Corte autorizó que Rumania presentara una réplica y Ucrania, una dúplica y fijó los plazos para la presentación de estos escritos. Rumania presentó su réplica dentro del plazo fijado. Mediante providencia de 8 de junio de 2007, la Corte amplió el plazo para la presentación de la dúplica por parte de Ucrania. La dúplica se presentó debidamente dentro del plazo ampliado.

Se celebraron vistas públicas del 2 al 19 de septiembre de 2008. En las vistas, un Magistrado formuló preguntas a las partes y las respuestas se dieron oralmente, según lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 61 del Reglamento de la Corte. En las vistas públicas, las partes presentaron las siguientes pretensiones finales (véase también el mapa esquemático No. 1 que se incluye como anexo del presente documento):

En nombre del Gobierno de Rumania,

en la vista de 16 de septiembre de 2008:

“Rumania pide respetuosamente a la Corte que establezca una frontera marítima única que divida las zonas marítimas de Rumania y Ucrania en el Mar Negro, con la descripción siguiente:

a) desde el punto F, a 45° 05' 21" N, 30° 02' 27" E, en el arco de 12 millas marinas que rodea a la Isla de las Serpientes, hasta el punto X, a 45° 14' 20" N, 30° 29' 12" E;

b) desde el punto X en un segmento recto hasta el punto Y, a 45° 11' 59" N, 30° 49' 16" E;

c) a continuación, a lo largo de la línea equidistante de las costas adyacentes pertinentes de Rumania y Ucrania, desde el punto Y, pasando por el punto D, a 45° 12' 10" N, 30° 59' 46" E, hasta el punto T, a 45° 09' 45" N, 31° 08' 40" E;

d) por último, a lo largo de la mediana entre las costas opuestas pertinentes de Rumania y Ucrania, desde el punto T, pasando por los puntos de coordenadas 44° 35' 00" N, 31° 13' 43" E y 44° 04' 05" N, 31° 24' 40" E, hasta el punto Z, a 43° 26' 50" N, 31° 20' 10" E."

En nombre del Gobierno de Ucrania,

en la vista de 19 de septiembre de 2008:

"Por los motivos aducidos en las alegaciones escritas y orales de Ucrania, Ucrania solicita a la Corte que falle y declare que la línea que delimita la plataforma continental y las zonas económicas exclusivas entre Ucrania y Rumania sea la siguiente:

a) desde el punto (punto 1) determinado en el artículo 1 del Tratado de 2003 sobre el régimen fronterizo entre Ucrania y Rumania, con coordenadas 45° 05' 21" N; 30° 02' 27" E, la línea es recta hasta el punto 2, con coordenadas 44° 54' 00" N; 30° 06' 00" E;

b) desde el punto 2, la línea sigue un acimut de 156° hasta el punto 3, con coordenadas 43° 20' 37" N; 31° 05' 39" E; seguidamente, la línea sigue el mismo acimut hasta llegar a un punto en el que los intereses de terceros Estados podrían verse afectados.

2. *Geografía general* (párrs. 14 a 16)

La Corte señala que la zona marítima en la que se debe realizar la delimitación en la presente causa está situada en la parte noroccidental del Mar Negro. La Corte recuerda que, en esta zona, aproximadamente a 20 millas marinas al este del delta del Danubio, está situada una formación natural denominada Isla de las Serpientes. La Isla de las Serpientes sobresale del agua con la marea alta y tiene una superficie aproximada de 0,17 km² y una circunferencia aproximada de 2.000 metros.

3. *Cuestiones jurídicas preliminares* (párrs. 17 a 42)

3.1 *Objeto de la controversia* (párrs. 17 a 19)

La Corte señala que la controversia entre Rumania y Ucrania está relacionada con el establecimiento de una frontera marítima única que delimite la plataforma continental

y las zonas económicas exclusivas entre los dos Estados en el Mar Negro.

3.2 *Competencia de la Corte y alcance* (párrs. 20 a 30)

Las partes están de acuerdo en que todas las condiciones relacionadas con la competencia de la Corte se cumplieran en el momento en que se interpuso la demanda y que, consecuentemente, la Corte es competente para juzgar la causa. Sin embargo, las partes difieren en lo relacionado con el alcance exacto de la competencia de la Corte.

La Corte observa que Ucrania no argumenta que, en virtud del Derecho internacional, como cuestión de principio, no pueda existir una línea que separe el mar territorial de un Estado de la zona económica exclusiva y la plataforma continental de otro Estado. De hecho, la Corte determinó dicha línea en su último fallo sobre delimitación marítima (véase *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (Nicaragua contra Honduras)*, fallo de 8 de octubre de 2007). Ucrania se basa más bien en los términos del apartado h) del párrafo 4 del Acuerdo adicional que, en su opinión, "sugiere que las partes no previeron que se solicitaría a la Corte que delimitara una frontera marítima para todos los fines a lo largo del límite exterior del mar territorial de Ucrania" alrededor de la Isla de las Serpientes.

En el apartado h) del párrafo 4 del Acuerdo adicional se lee que "el problema de la delimitación de la plataforma continental y las zonas económicas exclusivas será resuelto por ... la Corte Internacional de Justicia". Esta redacción es neutral en relación con si estas zonas se encuentran a ambos lados de la línea de delimitación, a lo largo de toda su longitud. La Corte opina que tiene que interpretar que lo dispuesto en el apartado h) del párrafo 4 del Acuerdo adicional otorga competencia a la Corte, en vista del objeto y el fin de dicho acuerdo y su contexto.

Dicho Acuerdo fue suscrito el mismo día que el Tratado de relaciones de cooperación y buena vecindad entre Rumania y Ucrania, en el que, en el párrafo 2 del artículo 2, se dispone:

"Las partes contratantes concluirán un tratado independiente sobre el régimen fronterizo entre los dos Estados y resolverán el problema de la delimitación de su plataforma continental y las zonas económicas exclusivas en el Mar Negro con arreglo a los principios y procedimientos acordados mediante un canje de cartas entre los ministros de asuntos exteriores, que tendrá lugar al mismo tiempo que la firma del Tratado. El acuerdo inherente a este canje de cartas entrará en vigor al mismo tiempo que este Tratado."

En el Acuerdo adicional se especifica el modo en que se dará efecto al compromiso de las partes estipulado en el párrafo 2 del artículo 2 del Tratado de relaciones de cooperación y buena vecindad citado anteriormente. Las partes especificaron en el párrafo 1 del Acuerdo adicional que se debería concertar un Tratado sobre el régimen fronterizo entre los

dos Estados “como mucho dos años después de que entrara en vigor el Tratado de relaciones de cooperación y buena vecindad”, que entró en vigor el 22 de octubre de 1997. En el párrafo 4 del mismo Acuerdo, las partes especificaron que deberían negociar un Acuerdo sobre la delimitación de la plataforma continental y las zonas económicas exclusivas en el Mar Negro. La Corte estima que las partes tenían la intención de resolver todos los problemas fronterizos, tanto en tierra como en mar, de manera global. Con arreglo a la interpretación restrictiva de Ucrania, la Corte no “resolvería el problema de delimitación” entre los dos Estados a no ser que se juzgara de carácter sustantivo para Ucrania.

La Corte observa que el Tratado sobre el régimen fronterizo se concertó el 17 de junio de 2003, es decir, seis años después de la entrada en vigor del Tratado de relaciones de cooperación y buena vecindad en vez de dos, como se había contemplado inicialmente. En el artículo 1 del Tratado sobre el régimen fronterizo de 2003 se describe la línea fronteriza entre las dos partes no sólo en su parte terrestre, sino también la línea que divide sus mares territoriales “hasta el punto 45° 05’ 21” latitud norte y 30° 02’ 27” longitud este, que es el punto de encuentro [del mar territorial de Ucrania alrededor de la Isla de las Serpientes] con la frontera de Rumania que pasa por el límite exterior de su mar territorial”.

No se ha llegado a ningún acuerdo sobre la delimitación de la plataforma continental ni las zonas económicas exclusivas en el Mar Negro. En el apartado h) del párrafo 4 del Acuerdo adicional, las partes estipularon que, en tales circunstancias, cualquiera de ellas podría solicitar a la Corte que tomara una decisión respecto del problema de la delimitación. Por lo tanto, el fallo de la Corte sustituirá al acuerdo inexistente entre las partes sobre la delimitación de la plataforma continental y las zonas económicas exclusivas, y resolverá todos los problemas que no hayan resuelto ya las partes.

En el marco del desempeño de su labor, la Corte tomará debidamente en consideración los acuerdos vigentes entre las partes relacionados con la delimitación de sus mares territoriales respectivos. La Corte no tiene competencia para delimitar los mares territoriales de las partes. Su competencia es aplicable a la delimitación de las plataformas continentales y las zonas económicas exclusivas de las partes. Sin embargo, al contrario de lo que ha sugerido Ucrania, nada impide que dicha competencia se ejerza de tal modo que un segmento de dicha línea constituya la delimitación entre la zona económica exclusiva y la plataforma continental de un Estado, por una parte, y el mar territorial del otro Estado y su límite marítimo, por la otra.

3.3 Legislación aplicable (párrs. 31 a 42)

Para tomar una decisión acerca de la línea única de delimitación marítima, la Corte tomará debidamente en consideración los acuerdos vigentes entre las partes. El hecho de que las actas concertadas entre Rumania y la URSS en 1949,

1963 y 1974 constituyan acuerdos relacionados con la delimitación en el sentido del párrafo 4 del artículo 74 y el párrafo 4 del artículo 83 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM) depende de la conclusión a la que llegue la Corte acerca del argumento de Rumania de que éstos establecen el segmento inicial de la frontera marítima que tiene que determinar la Corte. La Corte examina esta cuestión en la Sección 4.

En lo que respecta a los principios enumerados en los apartados a) a e) del párrafo 4 del Acuerdo adicional, la Corte opina que la introducción del párrafo, en la que se dispone que “el Gobierno de Ucrania y el Gobierno de Rumania *negociarán* un Acuerdo sobre la delimitación de la plataforma continental y las zonas económicas exclusivas en el Mar Negro, con arreglo a los principios y procedimientos siguientes” (cursiva añadida) sugiere que las partes tenían la intención de que estos principios fueran tomados en consideración en sus negociaciones sobre la delimitación marítima, aunque no constituyen en sí el Derecho que debe aplicar la Corte. Ello no quiere decir necesariamente que estos principios no pudieran aplicarse *per se* en la presente causa; podrían ser de aplicación en la medida en que forman parte de las normas pertinentes del Derecho internacional. Además, la Corte señala que los principios enumerados en el Acuerdo adicional fueron elaborados por las partes en 1997. La entrada en vigor de la CNUDM entre las partes en 1999 implica que los principios para la delimitación marítima que debe aplicar la Corte en esta causa son los contenidos en el párrafo 1 de los artículos 74 y 83 de la CNUDM.

Por último, en lo que respecta a la declaración de Rumania, la Corte señala que, en virtud del artículo 310 de la CNUDM, no se impide que un Estado haga declaraciones y manifestaciones cuando firma, ratifica o se adhiere a la Convención, siempre que mediante éstas no se pretendan excluir o modificar los efectos jurídicos de las disposiciones de la CNUDM en lo referente a su aplicación al Estado que haya formulado la declaración o la manifestación. Por lo tanto, la Corte aplicará las disposiciones pertinentes de la CNUDM, tal y como las ha interpretado en su jurisprudencia, de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. La declaración de Rumania como tal no tiene efectos en la interpretación de la Corte.

4. *Delimitación marítima existente entre las partes (consecuencia de las actas de 1949, 1963 y 1974, así como de los Tratados entre Rumania y la URSS de 1949 y 1961 y el Tratado entre Rumania y Ucrania de 2003) (párrs. 43 a 76)*

La Corte observa que las partes no están de acuerdo en si ya existe una frontera marítima acordada alrededor de la Isla de las Serpientes para todos los fines. Por lo tanto, tampoco están de acuerdo en el punto de partida de la delimitación que tiene que efectuar la Corte. Para aclarar las cuestiones

que se están examinando, la Corte tiene que distinguir entre estos dos asuntos diferentes: en primer lugar, la determinación del punto de partida de la delimitación como función de la frontera terrestre y la frontera marítima territorial, como ya han determinado las partes; en segundo lugar, si existe una frontera marítima acordada alrededor de la Isla de las Serpientes y cuál es el carácter de dicha frontera, en concreto si separa el mar territorial de Ucrania de la plataforma continental y la zona económica exclusiva de Rumania, tal y como reivindica Rumania y niega Ucrania.

La Corte observa primero que las actas de 1949 fueron resultado del trabajo de la Comisión conjunta de fronteras soviético-rumana que aplicó el Protocolo para estipular la línea de la frontera estatal entre la República Popular de Rumania y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, firmado en Moscú el 4 de febrero de 1948 (en adelante, “el Protocolo de 1948”). De dichas negociaciones se reveló que este Protocolo estaba dirigido fundamentalmente a modificar lo que se había acordado en el Tratado de Paz de París de 1947 entre los países aliados y asociados y Rumania, que confirmaba que la frontera soviético-rumana se fijaba “conforme al Acuerdo soviético-rumano de 28 junio de 1940 y el Acuerdo soviético-checoslovaco de 29 de junio de 1945”.

El texto del Tratado de Paz no contiene ninguna disposición expresa relativa a la Isla de las Serpientes. Sin embargo, en el Protocolo de 1948 se estipuló que las fronteras entre los Estados debían situarse de la manera siguiente:

“1. La frontera estatal entre Rumania y la [URSS], indicada en los mapas adjuntos al presente Protocolo (Anexos I y II), pasa por:

a) de acuerdo con el Anexo I:

[la descripción de la frontera terrestre entre Rumania y la URSS];

b) de acuerdo con el Anexo II:

por el río Danubio, desde Pardina hasta el Mar Negro, dejando las islas Tătaru Mic, Daleru Mic y Mare, Maican y Limba en el lado de la [URSS], y las islas Tătaru Mare, Cernovca y Babina en el lado de Rumania;

La Isla de las Serpientes, situada en el Mar Negro, al este de la desembocadura del Danubio, se incorpora a la [URSS].”

El acta de la descripción de la frontera estatal de fecha 27 de septiembre de 1949 contiene una descripción completa de la demarcación efectuada atravesando la línea fronteriza estatal desde la marca fronteriza No. 1052 hasta la marca fronteriza No. 1439, que recorren tanto el territorio terrestre de la zona de la frontera nacional como el territorio marítimo hasta el punto No. 1439. La descripción de la frontera incluida en dicha acta, que se traspasó a los acuerdos posteriores, es de relevancia para los fines presentes.

Según el acta general que describe toda la línea fronteriza estatal, la frontera continúa desde un punto definido cerca

del final de la frontera fluvial entre los dos Estados (punto 1437) durante una distancia corta a lo largo del cauce del río y, a partir de ahí, gira aproximadamente hacia el sursureste en una línea recta hasta una boya anclada en el agua (punto 1438), punto en el cual la dirección de la línea fronteriza del Mar Negro cambia y continúa aproximadamente hacia el este en una línea recta de unas 12 millas hasta una baliza (punto 1439), el punto final definido con las coordenadas establecidas por la Comisión. Se trata del punto en el que la línea recta desde el punto 1438 se cruza con “el margen exterior de la línea fronteriza marítima de la Unión Soviética, de 12 millas, alrededor de la Isla de las Serpientes”. El documento sigue con la frase siguiente: “La línea fronteriza estatal, desde la señal fronteriza No. 1439 (baliza), va por el margen exterior de la zona fronteriza marítima de 12 millas, dejando la Isla de las Serpientes en el lado de la URSS.”

Las líneas fronterizas del mapa esquemático incluido en el acta individual del punto fronterizo 1439 (que incluye casi la misma expresión que la entrecomillada anteriormente) utiliza los mismos símbolos desde la desembocadura del río (punto 1437) a lo largo de la línea que atraviesa las aguas litorales hasta el punto 1438 y el punto 1439 y, a continuación, más allá del arco alrededor de la Isla de las Serpientes, por unas 5 millas, hasta el punto donde acaba el arco, en el margen del mapa incluido en dicha acta. Las expresiones “CCCP” y “URSS” se utilizan en la parte soviética y “PHP” y “RPR” en la parte rumana, incluso en la pequeña sección del arco.

Se incluyó una redacción casi idéntica a las de las actas de 1949 relativas a la línea al otro lado del punto 1439 en una ley de 1954 relativa a la marca fronteriza No. 1439 que firmaron funcionarios autorizados de los dos países.

En noviembre de 1949 y febrero de 1961, Rumania y la URSS firmaron tratados sobre el régimen de su frontera; el segundo de ellos sustituyó al antiguo. En ambos se definía la frontera entre uno y otro haciendo referencia a los acuerdos anteriores, entre ellos los documentos de demarcación de septiembre de 1949. Según lo indicado en el Tratado de 1961, en 1963 se llevó a cabo un nuevo proceso de demarcación. Mientras dicho proceso no incluía ninguna modificación de la señal fronteriza No. 1439 ni ningún mapa esquemático de ésta, la descripción general de la frontera incluía un fragmento similar al de los documentos anteriores con la modificación de que “la zona fronteriza marina soviética” se sustituía por el “mar territorial de la URSS”. “Desde la señal fronteriza No. 1439 (baliza), la frontera del Estado pasa por el margen exterior del mar territorial de 12 millas de la URSS, dejando la Isla de las Serpientes en la parte de la URSS.”

Las negociaciones de demarcación se llevaron a cabo durante la década de 1970. En el acta general de 1974 se volvió a utilizar la redacción del acta general de 1963, mientras que en el acta individual de 1974 se volvió a utilizar la redacción del acta general de 1949. El acta individual de 1974 incluía

un mapa esquemático con los mismos elementos de señalización de las distintas secciones de la frontera y el uso de los términos “CCCP/URSS” y “PHP/RPR”, tal y como se utilizaron en los mapas adjuntos al acta individual de 1949 y al acta individual de 1963.

El tratado final de la serie es el Tratado sobre el régimen fronterizo de 2003. En el preámbulo, las partes contratantes declaran su deseo de desarrollar relaciones de colaboración con arreglo a los principios y disposiciones del Tratado de relaciones de cooperación y buena vecindad y del acuerdo adicional que prevén principios y procesos para delimitar la plataforma continental y la zona económica exclusiva. El artículo 1 del Tratado de 2003 describe la frontera estatal mediante referencia al Tratado de 1961 de Rumania y la URSS “así como ... todos los documentos de demarcación correspondientes, los mapas de la frontera estatal ... los protocolos de los signos fronterizos junto con sus esquemas provisionales ... así como los documentos de verificación de la línea fronteriza estatal ... en vigor el 16 de julio de 1990”, fecha de la adopción de la Declaración de Soberanía Estatal de Ucrania. La parte final de la descripción indica que la frontera “continúa desde la señal fronteriza 1439 (boya) en el límite exterior de las aguas territoriales de Ucrania alrededor de la Isla de las Serpientes, hasta el punto de latitud norte 45° 05' 21” y de latitud este 30° 02' 27””, que es el punto de encuentro con la frontera rumana que pasa por el límite exterior de su mar territorial. Los mares territoriales de las partes contratantes medidos a partir de líneas de base deben tener siempre una anchura de 12 millas marinas en el punto de encuentro de sus límites exteriores.”

El artículo concluye con estas frases:

“Si se observan modificaciones objetivas debidas a fenómenos naturales que no están relacionadas con actividades humanas y que hacen necesario que se cambien estas coordenadas, la Comisión conjunta debe pactar nuevos protocolos.

La línea fronteriza estatal, en toda su longitud, no debe cambiar, a no ser que así lo concierten las partes contratantes.

La elaboración de documentos nuevos sobre la frontera estatal no representa una revisión de la frontera existente entre Rumania y Ucrania.”

La definición de la frontera ya no incluye la parte sobre la frontera “que pasa” o “sigue” el margen exterior de la zona marítima “desde” el punto 1439. En vez de ello, la frontera continúa desde ese punto “hasta” el punto definido.

En opinión de la Corte, el argumento planteado por Rumania y basado en las palabras “desde” y “sigue por el margen exterior de la zona fronteriza marítima” no puede respaldar que el punto X sea el punto final de la frontera acordada. En primer lugar, ninguno de los mapas contemporáneos ni los croquis llega a lugares cercanos al punto X. En segundo lugar, los acuerdos son sobre “fronteras estatales”, una ex-

presión que no se aplica fácilmente a zonas más allá del territorio, incluso aguas territoriales. En tercer lugar, mientras, como acepta Ucrania, el acuerdo de 1949 y los posteriores no especifican el punto final —y el punto 1439 no es el punto final—, el mapa esquemático incluido en el acta del punto 1439 indica donde podría situarse el punto final; una indicación más clara y de mayor rango de dicho punto aparece, en una ubicación ligeramente diferente, en el mapa 134 que está hecho a escala, a diferencia de los mapas esquemáticos; el mapa forma parte del acta general de 1949 y muestra las señales fronterizas 1438 y 1439 y sólo un pequeño sector del arco más allá de éste último. Finalmente, mientras otras características del mapa 134 siguen hasta el margen del mapa, el punto en que acaba el arco está cerca del margen de éste (está muy cerca del punto donde el posible mar territorial de 12 millas de Rumania debería cruzarse con el arco de 12 millas alrededor de la isla). El espacio entre el final del arco de dicho mapa y las coordenadas de 2003 es de unos 250 m.

Un problema fundamental de la tesis de Rumania consiste en la falta de respaldo en los procesos de 1948-1949 y el acuerdo resultante acerca de un punto al este de la Isla de las Serpientes. Aparte del argumento basado en la propia redacción, el único respaldo con que cuenta el punto al este de la isla que aparece en la documentación contemporánea (1949) se proporciona en los dos mapas esquemáticos y en el mapa 134. Sin embargo, siguen estando muy lejos del punto X de Rumania. Además, producen resultados muy diferentes, del mapa esquemático del acta el punto 1439 y, más importante, desde el final del arco que aparece en el único mapa pertinente del Acuerdo de 1949: el mapa 134.

La Corte llega a la conclusión de que en 1949 se acordó que desde el punto representado por la señal fronteriza 1439, la frontera entre Rumania y la URSS seguiría el arco de 12 millas de alrededor de la Isla de las Serpientes, sin especificar ningún punto final. Según el artículo 1 del Tratado sobre el régimen fronterizo de 2003, el punto final de la frontera estatal entre las partes se fijó en el punto de intersección de la frontera del mar territorial de Rumania con la de Ucrania. En adelante, la Corte se refiere a dicho punto como “punto 1”.

La Corte pasa ahora a examinar si existe una línea acordada que divida el mar territorial de Ucrania y la plataforma continental y la zona económica exclusiva de Rumania, tal y como sostenía esta última.

Una cuestión preliminar es la carga de la prueba. Como ha declarado la Corte en varias ocasiones, la parte que afirma un hecho como base de su reivindicación tiene que justificarlo (*Soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks y South Ledge (Malasia/Singapur)*, fallo de 23 de mayo de 2008, párr. 45; *Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro)*, fallo de 26 de febrero de 2007, párr. 204, en el que se cita la causa *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua contra Estados Unidos de América)*, *Competencia y admisi-*

bilidad, fallo, *Informes de la C.I.J.* 1984, pág. 437, párr. 101). Ucrania pone especial énfasis en el dictamen de la Corte en el caso relativo a la *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (Nicaragua contra Honduras)*, en el que expresa que “el establecimiento de una frontera marítima permanente es una cuestión de gran importancia y no es fácil presumir un acuerdo” (fallo de 8 de octubre de 2007, párr. 253). Dicho dictamen, sin embargo, no es pertinente directamente, ya que, en ese caso, no existe ningún acuerdo escrito y, por lo tanto, todo acuerdo implícito debe establecerse como una cuestión de hecho, y la carga de la prueba recae sobre el Estado que reivindica la existencia de un acuerdo. Por el contrario, en la presente causa, la Corte dispone del Acuerdo de 1949 y los acuerdos posteriores. En vez de tener que llegar a conclusiones de hecho, lo que implicaría que una u otra parte debería soportar la carga de la prueba respecto a los hechos reivindicados, la tarea de la Corte es interpretar dichos acuerdos. Para llevar a cabo dicha tarea, la Corte tiene que centrar primero su atención en los términos de dichos documentos, entre ellos los mapas esquemáticos asociados.

La Corte observa que el párrafo 4 del artículo 74 y el párrafo 4 del artículo 83 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM) son pertinentes respecto al argumento de Rumania de que la frontera que delimita las zonas económicas exclusivas y la plataforma continental más allá del punto 1 y que se extiende alrededor de la Isla de las Serpientes se estableció mediante los instrumentos de 1949.

En el párrafo 4 de los artículos 74 y 83 se establece que cuando exista un acuerdo en vigor entre los Estados interesados, las cuestiones relativas a la delimitación de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental “se resolverán de conformidad con las disposiciones de dicho acuerdo”.

La palabra “acuerdo” del párrafo 4 (al igual que en todo el artículo) se refiere a un acuerdo por el que se delimita la zona económica exclusiva (artículo 74) o la plataforma continental (artículo 83) a las que se hace referencia en el párrafo 1. La práctica de los Estados indica que el uso de una frontera acordada para la delimitación de una zona marítima para delimitar otra zona se efectúa a través de un nuevo acuerdo. Ello suele ocurrir cuando los Estados acuerdan aplicar la frontera de su plataforma continental a la zona económica exclusiva. El acuerdo entre Turquía y la URSS por el que se aplica la frontera de la plataforma continental a la zona económica exclusiva es un ejemplo. De igual modo, si los Estados pretenden que el límite de la frontera de su mar territorial acordado anteriormente también sirva posteriormente como delimitación de la plataforma continental y/o las zonas económicas exclusivas, se espera que pacten un nuevo acuerdo para este fin.

En los instrumentos de 1949 no se hace referencia a la zona económica exclusiva ni a la plataforma continental. Aunque en 1949 la Proclamación de Truman y las reivindicaciones

que había comenzado a alentar eran ampliamente conocidas, ni la parte reivindicó la plataforma continental en 1949 ni existe ninguna indicación en el expediente de la causa de que se estuviera preparando para hacerlo. La Comisión de Derecho Internacional (CDI) ya había comenzado su trabajo sobre el Derecho del mar, que condujo en última instancia a la Convención sobre la plataforma continental de 1958 y generalizó la aceptación de ese concepto. Aún faltaban algunos años para que se estableciera el concepto de zona económica exclusiva en el Derecho internacional.

El único acuerdo entre las partes que trata de forma expresa la delimitación de la zona económica exclusiva y la plataforma continental es el Acuerdo adicional de 1997. No establece una frontera, sino más bien un proceso para acordarla, lo que se está consiguiendo en el presente procedimiento. Las disposiciones detalladas respecto a los factores que tienen que tenerse en cuenta durante las negociaciones no hacen referencia a un acuerdo existente. En 1949 no había ningún acuerdo que delimitara la zona económica exclusiva o la plataforma continental en el sentido de los artículos 74 y 83 de la CNUDM. Otra cuestión que podría surgir en virtud del Derecho internacional y el párrafo 2 del artículo 311 de la CNUDM es si la URSS podría haber renunciado en 1949 a los derechos que detentara entonces o después en relación con las aguas más allá del mar territorial. No existe terminología expresa de renuncia en el Tratado de 1949 por parte de la URSS, aparte de su acuerdo respecto a una frontera estatal con Rumania. La mención expresa de una frontera estatal alude a la soberanía, que incluye el mar territorial. La cuestión es si existe una posible renuncia implícita de la URSS, en un sentido geográfico, respecto a la zona más allá de las 12 millas, y en un sentido jurídico respecto a las zonas sobre las que no tiene soberanía pero sí competencia funcional más allá del mar territorial.

Rumania presenta una variedad de mapas de fuentes soviéticas, ucranianas y otras, la mayoría preparados mucho después de la conclusión de los instrumentos de 1949. Muestran curvas y círculos alrededor de la Isla de las Serpientes con varias longitudes y marcas; todos se extienden más allá del punto de encuentro de los mares territoriales de 12 millas de las partes. Debido a que en estas circunstancias no se cuestiona que dichos mapas evidencien un acuerdo nuevo o una regla de actos propios, la cuestión es si alguno de ellos pone de manifiesto una correcta comprensión del significado del Tratado de 1949. La URSS adquirió la Isla de las Serpientes en el contexto del acuerdo territorial general que surgió tras la segunda guerra mundial. Un objetivo principal de la URSS era consolidar y estabilizar el acuerdo territorial mediante un tratado con Rumania que, entre otras cuestiones, afirmara la adquisición de la Isla de las Serpientes por la URSS.

En lo que respecta al mar territorial, la Corte observa que una zona de 12 millas alrededor de la Isla de las Serpientes

se habría ajustado a la zona de 12 millas que reivindicaba la URSS para su mar territorial.

Esta comprensión del efecto de las referencias textuales al arco en los instrumentos de 1949 se expone en el artículo 1 del Tratado sobre el régimen fronterizo de 2003. Dicho Tratado contempla expresamente la posibilidad de que en el futuro se acuerden modificaciones de las coordenadas de la frontera del mar territorial debido a fenómenos naturales no relacionadas con actividades humanas, y establece que “los mares territoriales de las partes contratantes medidos desde las líneas de base deben tener siempre una anchura de 12 millas marinas en el punto de encuentro de sus límites exteriores”. Así, el mar territorial de Rumania nunca entrará en el arco de 12 millas alrededor de la Isla de las Serpientes, independientemente de los cambios que se produzcan en su litoral o líneas de base. La Corte observa, además, que el arco de 12 millas alrededor de la Isla de las Serpientes aparece en un mapa de la frontera estatal, lo que sugiere que dicho arco representa simplemente el límite marítimo del mar territorial. El reconocimiento por parte de la URSS en los instrumentos de 1949 de que su frontera estatal seguía el límite exterior de su mar territorial alrededor de la Isla de las Serpientes no significa que de ese modo se concedieran derechos a las áreas marítimas más allá de dicha zona.

La Corte llega a la conclusión de que los instrumentos de 1949 estaban únicamente relacionados con la demarcación de la frontera estatal entre Rumania y la URSS, que alrededor de la Isla de las Serpientes seguía el límite de 12 millas del mar territorial. La URSS no reclamó su derecho más allá del límite de 12 millas de su mar territorial respecto a cualquier otra zona marítima. Por consiguiente, no existe ningún acuerdo en vigor entre Rumania y Ucrania que delimite la zona económica exclusiva y la plataforma continental.

5. *Costas pertinentes* (párrs. 77 a 105)

Una vez expuestas de forma breve las posiciones de las partes en relación con sus costas pertinentes respectivas (véanse los mapas esquemáticos No. 2 y No. 3), la Corte observa que las partes están de acuerdo en que toda la costa rumana constituye la costa pertinente para los fines de la delimitación. El primer segmento de la costa rumana, desde el último punto de la frontera fluvial con Ucrania hasta la península de Sacalin, tiene una característica doble en relación con la costa ucraniana; se trata de una costa adyacente respecto a la costa ucraniana que se encuentra al norte, y está enfrente de la costa de la Península de Crimea. Toda la costa de Rumania linda con la zona a delimitar. Al tomar la dirección general de su costa, la longitud de la costa pertinente de Rumania es de aproximadamente 248 km (véase el mapa esquemático No. 4).

La Corte observa que ambas partes consideran que la costa ucraniana pertinente comprende la costa de la Península de Crimea, entre el cabo Tarkhankut y el cabo Sarych, así como

la costa ucraniana, desde su frontera territorial común hacia el norte por una breve distancia y después hacia el noreste hasta el Estuario Nistru/Dniester (Rumania designa este punto como punto S). Su desacuerdo afecta a la costa que se extiende desde dicho punto hasta el Cabo Tarkhankut.

La Corte, al examinar el asunto de la controversia, recuerda los dos principios que respaldan su jurisprudencia en este asunto: primero, que la “tierra domina sobre el mar” de tal forma que los salientes costeros en dirección al mar generan reivindicaciones marítimas (*Plataforma continental del Mar del Norte (República Federal Alemana/Dinamarca; República Federal Alemana/Países Bajos)*, fallo, *Informes de la C.I.J.* 1969), pág. 51, párr. 96); segundo, que la costa, para que sea considerada como pertinente para el fin de la delimitación, tiene que generar salientes que se solapen con salientes de la costa de la otra parte. Por consiguiente “la extensión submarina de cualquier parte de la costa de una de las partes que, debido a su situación geográfica, no pueda solaparse con la extensión de la costa de la otra parte, será excluida del examen de la Corte” (*Plataforma continental (Túnez/Jamahiriyá Árabe Libia)*, fallo, *Informes de la C.I.J.* 1982, pág. 61, párr. 75).

Por lo tanto, la Corte no puede aceptar el argumento de Ucrania de que las costas del Golfo de Karkinit's'ka forman parte de la costa pertinente. Las costas de dicho golfo están enfrente la una de la otra y su extensión submarina no se puede solapar con las extensiones de la costa de Rumania. Las costas del golfo de Karkinit's'ka no sobresalen de la zona a delimitar. Por lo tanto, estas costas se excluyen del examen de la Corte. La línea de la costa del Golfo de Yahorlyts'ka y del estuario del Dnieper se excluirá por el mismo motivo.

Cabe señalar que la Corte ha trazado una línea a la entrada del Golfo de Karkinit's'ka desde el Cabo Priboiny (que es la punta noroccidental de la península Tarkhankuts'ky, ligeramente al norte del Cabo Tarkhankut) hasta el punto que marca el extremo este de la porción de la costa meridional ucraniana, que se encuentra enfrente de la zona que se debe delimitar. Este punto (cuyas coordenadas son aproximadamente 46° 04' 38" N y 32° 28' 48" E) está ubicado en la intersección del paso meridiano a través del Cabo Priboiny con la costa norte del Golfo de Karkinit's'ka, al este del puerto de Zaliznyy. La Corte ha estimado útil actuar así respecto a una característica tan importante como es el Golfo de Karkinit's'ka, con el fin de destacar tanto las costas que no serán examinadas como las costas que no se tendrán en cuenta al estar dentro de la zona pertinente. Sin embargo, la Corte no incluye esta línea en el cálculo de la longitud total de las costas ucranianas pertinentes, ya que la línea “sustituye” a las costas del Golfo de Karkinit's'ka que, una vez más, no sobresalen de la zona que se debe delimitar y, por lo tanto, no generan ningún derecho respecto de la plataforma continental y de la zona económica exclusiva en dicha área. Por consiguiente, la línea no genera ningún derecho.

En cuanto al resto de sectores de la costa ucraniana entre el punto S y el Cabo Tarkhankut, la Corte observa que la parte noroccidental del Mar Negro (donde tiene que llevarse a cabo la delimitación), en su zona más ancha, no mide más de 200 millas marinas y su extensión desde el norte hasta el sur no excede las 200 millas marinas. Como resultado de esta configuración geográfica, la costa ucraniana que da al sur presenta salientes que se solapan con los salientes marítimos de la costa rumana. Por lo tanto, la Corte considera que dichos sectores de la costa ucraniana sean costas pertinentes (véase el mapa esquemático No. 4).

La costa de la Isla de las Serpientes es demasiado corta y no supone ninguna diferencia respecto a la longitud general de las costas pertinentes de las partes. La Corte examinará más adelante si la Isla de las Serpientes es pertinente para la elección de los puntos de base.

La longitud de la costa pertinente de Ucrania es de aproximadamente 705 km.

La Corte observa que, con arreglo a su determinación sobre qué costas son pertinentes, la proporción de la longitud de las costas entre Rumania y Ucrania es aproximadamente 1:2,8. El segundo aspecto mencionado por la Corte en lo que respecta a la función de las costas pertinentes en el contexto de la tercera etapa del proceso de delimitación se tratará en la Sección 11.

6. *Área marítima pertinente* (párrs. 106 a 114)

La Corte observa que se debe tener en cuenta el concepto jurídico del “área pertinente” como parte de la metodología de la delimitación marítima.

En primer lugar, en función de la configuración de las costas pertinentes en el contexto geográfico general y los métodos de establecimiento de sus salientes al mar, el área pertinente podría incluir ciertos espacios marítimos y excluir otros que no están vinculados con la causa que nos ocupa.

En segundo lugar, el área pertinente guarda relación con la comprobación de la desproporcionalidad. Ello se hará en la fase final del método. El fin de la delimitación no es repartir porciones iguales del área ni tampoco porciones proporcionales. La comprobación de la desproporcionalidad no es, en sí misma, una metodología de delimitación. Se trata más bien de un método para comprobar si la línea de delimitación lograda por otros medios debe ser modificada debido a la existencia de una desproporcionalidad significativa de los ratios entre las zonas marítimas que corresponderían a una o la otra parte en virtud de la línea de delimitación establecida por otros medios y la longitud de las costas respectivas.

Además, la Corte señala que, para los fines de este ejercicio final del proceso de delimitación, el cálculo del área pertinente no pretende ser preciso, sino aproximado. El objetivo de la delimitación es lograr una delimitación que sea equitativa, no un reparto igual de las zonas marítimas (*Plataforma continental del Mar del Norte (República Federal*

de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Países Bajos), fallo, *Informes de la C.I.J.* 1969, pág. 22, párr. 18; *Delimitación marítima en el área entre Groenlandia y Jan Mayen (Dinamarca contra Noruega)*, fallo, *Informes de la C.I.J.* 1993, pág. 67, párr. 64).

La Corte señala que la delimitación se producirá en el Mar Negro, que es interior y en el que Rumania es adyacente y se encuentra enfrente de Ucrania, y Bulgaria y Turquía se encuentran al sur. La delimitación quedará al norte de cualquier zona que pudiera afectar a los intereses de terceras partes.

En lo que respecta a la zona del norte que disputan las partes en cuanto área pertinente, como se ha explicado anteriormente, la Corte opina que la sección de la costa de Ucrania situada al norte de la línea que une el punto S con el Cabo Tarkhankut es una costa adecuada para el establecimiento de la delimitación. Así, el área que queda inmediatamente al sur de esta costa, excluido el Golfo de Karkinit'ska, a la entrada del cual la Corte ha trazado una línea, queda dentro del área de delimitación.

La Corte se ocupa a continuación del límite sur del área pertinente. Las partes mantienen opiniones divergentes sobre si se deberían incluir en el área pertinente los “triángulos” suroccidental y suroriental (véanse los mapas esquemáticos No. 2 y No. 3). La Corte observa que los derechos marítimos de Rumania y Ucrania se solapan en ambos triángulos. La Corte también es consciente de que podrían verse afectados los derechos de terceras partes en el triángulo suroccidental, así como en una pequeña zona del extremo occidental del triángulo suroriental. Sin embargo, si las áreas se incluyen solamente para identificar de manera aproximada el solapamiento de los derechos de las partes en relación con la causa, zona que se podría considerar el área pertinente (y que, en su debido momento, será crucial en la comprobación de la desproporcionalidad en la última fase), los derechos de las terceras partes no se pueden ver afectados. Los derechos de las terceras partes sólo revestirían relevancia si la delimitación entre Rumania y Ucrania los afectara.

A la luz de estas consideraciones, y sin perjuicio de la posición de cualquier Estado tercero en relación con sus derechos en esta área, la Corte juzga apropiado, en las circunstancias de esta causa, incluir el triángulo suroccidental y el triángulo suroriental en su cálculo del área pertinente (véase el mapa esquemático No. 5).

7. *Metodología de la delimitación* (párrs. 115 a 122)

Cuando se le solicita que delimite la plataforma continental o zonas económicas exclusivas, o que establezca una línea de delimitación única, la Corte sigue unas etapas definidas.

Estas etapas definidas, que se explican en el caso relativo a la *Plataforma continental (Jamahiriya Árabe Libia/Malta)* (fallo, *Informes de la C.I.J.* 1985, pág. 46, párr. 60), se han especificado con precisión en las últimas décadas. En primer

lugar, la Corte establecerá una línea provisional de delimitación empleando métodos objetivos desde el punto de vista geométrico y apropiados para la geografía del área en la que se establecerá la delimitación. En la medida en que se deba establecer una delimitación entre costas adyacentes, se trazará una línea equidistante, a menos que existan razones de peso que lo hagan inviable en el caso en particular (véase *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (Nicaragua contra Honduras)*, fallo de 8 de octubre de 2007, párr. 281). En la medida en que se vean afectadas costas opuestas, la línea provisional de delimitación será la línea mediana entre ambas costas. No se derivarán consecuencias jurídicas del uso de los términos “línea mediana” ni “línea equidistante”, ya que el método de delimitación es el mismo para ambas.

Las líneas medianas y equidistantes se trazarán desde los puntos más adecuados de las costas de los dos Estados concernientes y se prestará especial atención a los puntos costeros salientes más próximos al área que se deba delimitar. La Corte examina en otras partes el grado en que puede desviarse de los puntos de base seleccionados por las partes para sus mares territoriales al acometer el establecimiento de una línea de delimitación para un único fin. Cuando se solicite el establecimiento de una línea equidistante provisional entre Estados adyacentes, la Corte tomará en consideración las líneas costeras de ambas partes para elegir sus propios puntos de base a dicho fin. Por lo tanto, la línea que se establezca dependerá de la geografía física y de los puntos más salientes de las dos costas.

A fin de respetar la jurisprudencia sobre delimitación marítima, la primera etapa del enfoque de la Corte será establecer la línea equidistante provisional. En dicha etapa inicial del establecimiento de la línea equidistante provisional, la Corte no tendrá aún en cuenta las circunstancias pertinentes que pudieran darse y la línea se trazará siguiendo criterios estrictamente geométricos con arreglo a datos objetivos.

Por lo tanto, en la presente causa, la Corte establecerá una línea equidistante provisional entre las costas adyacentes de Rumania y Ucrania que, después, continuará como línea mediana entre las costas opuestas de dichos países.

El curso de la línea definitiva deberá representar una solución equitativa (véanse los artículos 74 y 83 de la CNUDM). Por lo tanto, en la segunda etapa, la Corte estudiará si existen factores que requieran la modificación de la línea equidistante provisional a fin de que el resultado sea equitativo (*Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (Camerún contra Nigeria: Intervención de Guinea Ecuatorial)*, fallo, *Informes de la C.I.J. 2002*, pág. 441, párr. 288). La Corte también ha aclarado que en los casos en que la línea que se debe establecer cubra varias zonas de competencias coincidentes, “el método denominado de principios equitativos/circunstancias pertinentes podría ser muy útil, ya que en estas zonas marítimas este método también es adecuado para alcanzar un resultado equitativo” (*Controversia terri-*

torial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (Nicaragua contra Honduras), fallo de 8 de octubre de 2007, párr. 271).

Ésta es la segunda parte del ejercicio de delimitación que acometerá la Corte, una vez haya establecido la línea equidistante provisional.

Por último, en una tercera etapa, la Corte comprobará que la línea (una línea equidistante provisional que se podría haber modificado o no, en función de las circunstancias pertinentes), con el trazado que tenga, no dé lugar a un resultado desigual debido a cualquier desproporción marcada entre la ratio de las longitudes de las costas respectivas y la ratio entre las áreas marítimas pertinentes de cada Estado por referencia a la línea de delimitación. La comprobación final del resultado equitativo exige que se confirme que no existe una mayor desproporcionalidad entre las áreas marítimas en comparación con la ratio de las longitudes de las costas.

Con ello no se sugiere que las zonas respectivas tengan que ser proporcionales a las longitudes de las costas. Como la Corte ha señalado, “el reparto del área es, por lo tanto, consecuencia de la delimitación, no al revés” (*Delimitación marítima en el área entre Groenlandia y Jan Mayen (Dinamarca contra Noruega)*, fallo, *Informes de la C.I.J. 1993*, pág. 67, párr. 64).

8. Establecimiento de la línea equidistante provisional (párrs. 123 a 154)

8.1 Selección de los puntos de base (párrs. 123 a 149)

En esta fase del ejercicio de delimitación, la Corte determinará los puntos adecuados de la costa o las costas pertinentes de las partes que marquen un cambio considerable en la dirección de la costa, de tal manera que la figura geométrica formada por la línea que conecta todos esos puntos refleje la orientación general de las líneas costeras. Por lo tanto, los puntos seleccionados de cada costa repercutirán en la línea equidistante provisional que tenga en consideración la geografía.

La Corte señala que, en este caso, la geografía muestra que el hecho de que las costas generen derechos que se solapan indica que existen dos áreas: en un caso, las costas son adyacentes; en el otro, están situadas una enfrente a la otra. En la práctica, la primera conclusión que extrae la Corte es que, en la costa de Rumania, los puntos de base significativos a partir de los que se deben establecer la línea equidistante y la mediana son los mismos, dado que esta costa es adyacente y está situada enfrente de la costa de Ucrania. La segunda conclusión es que, debido a que la costa de Ucrania se compone de dos segmentos (uno adyacente a la costa de Rumania y otro frente a ella), los puntos de base que se deben tomar en consideración se tienen que definir por separado, según se trate del segmento adyacente o del que se encuentra enfrente. La tercera conclusión es la determinación de un punto de cambio de dirección sobre la línea equidistante cuyos efectos

de adyacencia dan continuidad a los de las costas del lado opuesto, lo que resulta en un cambio de dirección de la línea. Por último, la Corte deberá tomar en cuenta la pertinencia de la Isla de las Serpientes en lo que respecta a la selección de los puntos de base.

En la costa de Rumania, desde la frontera con Bulgaria, la Corte examinará en primer lugar la Península de Sacalin. Éste es el punto en el que la dirección que sigue la costa de Rumania desde la frontera entre Rumania y Bulgaria gira casi perpendicularmente hacia el norte. En este lugar, las costas de Rumania y Ucrania se encuentran la una frente a la otra. Ucrania pone en tela de juicio la pertinencia de la Península de Sacalin en lo referente a la selección de los puntos de base, describiéndola como un saliente de arena. Sin embargo, la Corte señala que la península pertenece a la masa continental y forma parte de Rumania continental: no se pone en tela de juicio el hecho de que sobresale permanentemente del agua. Las características geomorfológicas de la península y su posible carácter arenoso no guardan relación con los elementos de su geografía física que se deben tener en cuenta para establecer la delimitación marítima. Por estos motivos, la Corte considera adecuado, a fin de establecer la línea equidistante provisional, que se utilice un punto de base en la Península de Sacalin (44° 50' 28"N y 29° 36' 52"E), que corresponde con el punto notificado por Rumania a las Naciones Unidas como punto de base con arreglo al artículo 16 de la CNUDM.

La Corte examinará a continuación si algún punto de la costa rumana de la Bahía de Musura podría servir como punto de base. El cabo meridional de esta bahía es el punto más prominente de la costa de Rumania en dirección hacia Crimea y está también situado en el área en que las costas de los dos Estados son adyacentes. Estas dos características respaldan su selección para el establecimiento de la línea equidistante provisional. Sin embargo, debido a la construcción en dicho cabo de un dique de 7,5 km de largo que se adentra en el mar y que alarga el cabo en una distancia igual, es necesario seleccionar bien el extremo del dique que se adentra en el mar o bien el extremo por el que se une a la tierra firme.

A este respecto, la Corte señala que el carácter geométrico de la primera etapa del ejercicio de delimitación lo hace proclive a utilizar como puntos de base los que se identifican en la costa como realidades físicas en el momento de la delimitación. La realidad geográfica abarca no sólo los elementos físicos creados por la geodinámica y los movimientos del mar, sino también todos los demás factores materiales presentes.

A la luz del hecho de que la anchura de la zona económica exclusiva y la plataforma continental se mide desde los puntos de referencia desde los que se mide el mar territorial (artículos 57 y 76 de la CNUDM), la Corte debe examinar en primer lugar si el dique Sulina podría considerarse como “construcciones portuarias permanentes que forman parte integrante del sistema portuario”, en el sentido del artículo

11 de la CNUDM, que la Corte recuerda se ocupa de la delimitación del mar territorial. En el artículo se estipula lo siguiente:

“Para los efectos de la delimitación del mar territorial, las construcciones portuarias permanentes más alejadas de la costa que formen parte integrante del sistema portuario se consideran parte de ésta. Las instalaciones costa afuera y las islas artificiales no se considerarán construcciones portuarias permanentes.”

Al no haberse puesto en tela de juicio el carácter permanente de dique Sulina, la Corte examina si esta estructura se puede describir como “construcciones portuarias” que forman “parte integrante del sistema portuario”. El término “construcciones” sugiere una combinación de aparatos, estructuras e instalaciones que tienen un fin preciso. La expresión “construcciones portuarias” “que forman parte integrante del sistema portuario” no está definida en la Convención de Ginebra sobre el mar territorial y la zona contigua ni en la CNUDM. Se trata, por lo general, de instalaciones que permiten que atraquen los buques, que se hagan las tareas de mantenimiento y reparación en ellos y que facilitan el embarque y el desembarque de pasajeros y la carga y descarga de las mercancías.

No obstante, la Corte señala que las funciones de un dique son diferentes de las de un puerto: en este caso, el dique Sulina puede ser útil para proteger las embarcaciones con destino a la desembocadura del Danubio y los puertos situados en dicha zona. La diferencia entre un puerto y un dique que se adentra en el mar ya se ha debatido previamente en los trabajos preparatorios del artículo 8 de la Convención de Ginebra sobre el mar territorial y la zona contigua. En 1954, el Relator especial de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) señaló que “los diques utilizados para proteger la costa constituyen un problema independiente y no entran en el ámbito del artículo 9 (puertos) ni del artículo 10 (radas)”. Después, dejó de utilizarse el concepto de “dique” y se comenzó a hacer referencia a “espigones” que servían para proteger las costas del mar. La primera frase del artículo 11 de la CNUDM es igual, excepto por un pequeño cambio en la redacción, que la del artículo 8 de la Convención de Ginebra sobre el mar territorial y la zona contigua. La segunda frase, en la que se estipula que las “construcciones portuarias permanentes” no incluirán “instalaciones costa afuera y las islas artificiales”, es nueva. El experto de la Conferencia de 1958 declaró que “las construcciones portuarias como los espigones se consideran parte del ... territorio terrestre”. No obstante, cabe señalar que la CDI incluyó la observación siguiente en el informe que presentó a la Asamblea General:

“3) En los casos en que las estructuras tengan una longitud excesiva (por ejemplo, un espigón que se adentra varios kilómetros en el mar), cabe cuestionar si este artículo [art. 8] seguiría siendo de aplicación ... Estos casos son muy poco frecuentes y, por lo tanto, la Comisión, aunque desea llamar la atención sobre esta cuestión, no

juzga necesario emitir una opinión.” (Anuario de la CDI 1956, Vol. II, pág. 270).

A la luz de lo anterior, la CDI no tenía la intención en aquel momento de definir precisamente el límite a partir del cual un dique, un espigón o las construcciones ya no serían “parte integrante del sistema portuario”. La Corte concluye de ello que existen suficientes antecedentes para proceder caso por caso y que la redacción del artículo 11 de la CNUDM y los trabajos preparatorios no excluye la posibilidad de que se interprete de manera restrictiva el concepto de construcciones portuarias para evitar o reducir el problema de la longitud excesiva identificado por la CDI. Ello podría ser particularmente cierto en los casos en los que, como éste, la cuestión está relacionada con la delimitación de áreas que se adentran en el mar territorial.

En relación con el uso del dique Sulina como punto de base para la delimitación que nos ocupa, la Corte debe tomar en consideración la pertinencia de la notificación de Rumania a las

Naciones Unidas en virtud del artículo 16 de la CNUDM, en la que Rumania utilizaba el extremo marítimo del dique Sulina como punto de base para trazar el punto de referencia de su mar territorial. Esta elección de puntos de base no fue refutada por Ucrania.

En el artículo 16 se estipula que “las líneas de base para medir la anchura del mar territorial ... y las líneas de delimitación [del mar territorial] figurarán en cartas” (párr. 1) y que “el Estado ribereño depositará un ejemplar de cada una de ellas en poder del Secretario General de las Naciones Unidas”. Debido a que en el artículo 57 (sobre la anchura de la zona económica exclusiva) y el párrafo 1 del artículo 76 (sobre la definición de la plataforma continental) de la CNUDM se estipula que estas zonas marítimas se pueden extender a un distancia de 200 millas marinas “contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial”, se suscita la pregunta de si el mismo extremo marítimo del dique Sulina se debe utilizar para el fin de la delimitación que nos ocupa.

La Corte señala que la cuestión de la determinación de la línea de base a efectos de la medición de la anchura de la plataforma continental y la zona económica exclusiva y la cuestión de la determinación de puntos de base para trazar una línea equidistante/mediana a efectos de la delimitación de la plataforma continental y la zona económica exclusiva entre Estados adyacentes/situados uno frente al otro son cuestiones diferentes.

En el primer caso, el Estado ribereño, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7, 9, 10, 12 y 15 de la CNUDM, puede determinar los puntos de base pertinentes. No obstante, se trata de un ejercicio que siempre tiene un cariz internacional (véase *Pesca (Reino Unido contra Noruega)*, fallo, *Informes de la C.I.J.* 1951, pág. 132). En el segundo caso (la delimitación de las áreas marítimas de dos o más Estados), la

Corte no debería basarse únicamente en la selección de puntos de base realizada por una de dichas partes. La Corte, para delimitar la plataforma continental y las zonas económicas exclusivas, debe seleccionar puntos de base por referencia a la geografía física de las costas pertinentes.

En lo que respecta a las características específicas del extremo marítimo del dique Sulina como punto de base pertinente para el establecimiento de la línea equidistante provisional, la Corte señala que, independientemente de su longitud, no se ha presentado ninguna prueba concluyente de que este dique se utilice directamente en las operaciones portuarias. Por estos motivos, la Corte no cree que el extremo marítimo del dique Sulina sea un punto de base adecuado para establecer una línea equidistante provisional que delimite la plataforma continental y las zonas económicas exclusivas.

Por otra parte, si bien el extremo terrestre del dique podría no ser parte integrante del territorio continental de Rumania, sí que constituye un punto fijo en él. El terreno en este punto está protegido de los cambios que pudieran producirse en la costa por procesos marinos. Como punto de base relevante para los fines de la primera etapa de la delimitación, tiene la ventaja de no conceder mayor importancia a una instalación que a la geografía física de la masa continental, al contrario que el extremo marítimo del dique.

Por estos motivos, la Corte opina que debería utilizarse como punto de base para el establecimiento de la línea equidistante provisional el extremo terrestre del dique Sulina en el punto en que se une con el territorio continental de Rumania.

Por lo tanto, la Corte concluye que utilizará la Península de Sacalin (44° 50' 28" N y 29° 36' 52" E) y el extremo terrestre del dique Sulina (45° 09' 51,9" N y 29° 43' 14,5" E) como puntos de base en la costa de Rumania.

La Corte pasará a determinar los puntos de base pertinentes en la costa de Ucrania, comenzando por el sector de costas adyacentes.

La Corte juzga apropiado emplear en este primer sector el extremo suroriental de la Isla de Tsyganka en Ucrania, que es la contraparte del extremo terrestre del dique Sulina en Rumania. Su ubicación es significativa porque, en esta área adyacente, representa el punto más prominente de la costa de Ucrania.

En relación con este sector de costas adyacentes, la Corte también debe examinar la pertinencia del punto de base ucraniano situado en la Isla de Kubansky como punto para el establecimiento de la línea equidistante provisional. La Corte señala que este punto de base no repercute en la línea equidistante trazada por referencia al punto de base de la Isla de Tsyganka en la costa de Ucrania y el punto de base del extremo terrestre del dique de Sulina en la costa de Rumania. Por lo tanto, este punto de base se puede considerar irrelevante a efectos de la delimitación que nos ocupa.

La Corte pasará a examinar los puntos de base en la sección de la costa de Ucrania situada enfrente de la costa de Rumania.

En primer lugar, se examinará el Cabo Tarkhankut, el punto más adentrado en el mar situado en la costa de Crimea, frente a la costa de Rumania. La costa de Crimea sobresale considerablemente en este punto y su configuración hace que este cabo sea apropiado como punto de base.

El Cabo Khersones, otro punto de la costa de Crimea en el que la tierra se adentra en el mar, sobresale también considerablemente, aunque menos que el Cabo Tarkhankut. Esta configuración basta para justificar la elección del Cabo Khersones como punto de base pertinente.

Por lo tanto, la Corte concluye que utilizará como puntos de base en la costa de Ucrania la Isla de Tsyganka (45° 13' 23,1" N y 29° 45' 33,1" E), el Cabo Tarkhankut (45° 20' 50" N y 32° 29' 43" E) y el Cabo Khersones (44° 35' 04" N y 33° 22' 48" E).

Se debe prestar especial atención a la Isla de las Serpientes en relación con la determinación de la línea equidistante provisional. En relación con la selección de los puntos de base, la Corte señala que, en ocasiones, se han considerado las islas costeras como parte de la costa de un Estado, particularmente en los casos en que la costa se compone de una franja de islas. Así, en un arbitraje sobre delimitación marítima, un tribunal internacional situó puntos de base en la línea de bajamar de algunas franjas de islas que se consideraba que formaban parte de la línea costera de una de las partes (*fallo del Tribunal de arbitraje en la segunda fase del litigio entre Eritrea y Yemen (delimitación marítima)*, 17 de diciembre de 1999, RIAA, Vol. XXII (2001), págs. 367-368, párrs. 139-146). Sin embargo, la Isla de las Serpientes, que está aislada a unas 20 millas marinas del continente, no es una franja de islas que constituyan "la costa" de Ucrania.

Contar la Isla de las Serpientes como parte pertinente de la costa equivaldría a incluir un elemento extraño en la costa de Ucrania; la consecuencia de ello sería una modificación judicial de la geografía, lo que no está autorizado ni por el Derecho ni por la práctica de la delimitación marítima.

Por lo tanto, la Corte opina que no se puede considerar que la Isla de las Serpientes forme parte de la configuración costera de Ucrania (véase el caso del islote de Filfla en el caso relativo a la *Plataforma continental (Jamahiriya Árabe Libia/ Malta)*, fallo, *Informes de la C.I.J.* 1985, pág. 13).

Por este motivo, la Corte considera inadecuado seleccionar puntos de base en la Isla de las Serpientes a efectos del establecimiento de una línea equidistante provisional entre las costas de Rumania y Ucrania.

8.2 Establecimiento de la línea equidistante provisional (párrs. 150 a 154)

La Corte recuerda que los puntos de base que se deben utilizar para establecer la línea equidistante provisional son

los situados en la Península de Sacalin y el extremo terrestre del dique Sulina en la costa de Rumania, y la Isla de Tsyganka, el Cabo Tarkhankut y el Cabo Khersones en la costa de Ucrania.

En su segmento inicial, la línea equidistante provisional entre las costas adyacentes de Rumania y Ucrania está controlada por puntos de base situados en el extremo terrestre del dique Sulina en la costa de Rumania y el extremo suroccidental de la Isla de Tsyganka en la costa de Ucrania. La línea se dirige hacia el sureste, desde un punto situado a mitad camino entre estos dos puntos de base hasta el punto A (con coordenadas 44° 46' 38,7" N y 30° 58' 37,3" E), donde se ve afectada por el punto de base situado en la Península de Sacalin, en la costa de Rumania. En el punto A, la línea equidistante modifica ligeramente su dirección y se dirige al punto B (con coordenadas 44° 44' 13,4" N y 31° 10' 27,7" E), donde se ve afectada por el punto de base ubicado en el Cabo Tarkhankut, en la costa opuesta de Ucrania. En el punto B, la línea equidistante gira hacia el sursureste y continúa hasta el punto C (con coordenadas 44° 02' 53,0" N y 31° 24' 35,0" E), calculado por referencia a los puntos de base de la Península de Sacalin, en la costa de Rumania, y los Cabos Tarkhankut y Khersones, en la costa de Ucrania. Desde el punto C, la línea equidistante, comenzando con un acimut de 185° 23' 54,5", se dirige hacia el sur. La línea sigue dirigida por los puntos de base de la Península de Sacalin en la costa rumana y el Cabo Khersones en la costa ucraniana.

(Para el establecimiento de la línea equidistante, véanse los mapas esquemáticos No. 6 y No. 7).

9. Circunstancias pertinentes (párrs. 155 a 204)

Como señaló la Corte, una vez se haya trazado la línea equidistante provisional, estudiará "si existen factores que requieran la modificación de dicha línea a fin de que el resultado sea equitativo" (*Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún contra Nigeria: Intervención de Guinea Ecuatorial)*, fallo, *Informes de la C.I.J.* 2002, pág. 441, párr. 288). Se ha hecho referencia habitualmente a dichos factores en la jurisprudencia de la Corte, desde las causas *Plataforma continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Países Bajos)*, en cuanto circunstancias pertinentes (fallo, *Informes de la C.I.J.* 1969, pág. 53, párr. 53). Su función es verificar que la línea equidistante provisional, trazada mediante el método geométrico desde los puntos de base determinados en las costas de las partes no se perciba como desigual, a la luz de las circunstancias particulares de la causa. Si fuera así, la Corte debería modificar la línea para llegar a una "solución equitativa", como exigen el párrafo 1 del artículo 74 y el párrafo 1 del artículo 83 de la CNUDM.

Las partes sugirieron y debatieron acerca de varios factores que consideraban que eran las posibles circunstancias pertinentes de la causa. Llegaron a conclusiones diferentes. Rumania argumenta que su línea equidistante provisional

representa el resultado equitativo y que, por lo tanto, no debe ser modificada. Por su parte, Ucrania, aduce que existen circunstancias pertinentes que exigen la modificación de su línea equidistante provisional “acercándola a la costa de Rumania”.

Antes de pasar a abordar las circunstancias pertinentes aducidas por las partes, la Corte desea recordar que la línea equidistante provisional trazada anteriormente, en la Sección 8, no coincide con las líneas equidistantes provisionales trazadas por Rumania y Ucrania. Por lo tanto, la Corte centrará su atención en la línea trazada por ella misma, no en las dibujadas por Rumania ni Ucrania, cuando analice lo que las partes consideran que son las circunstancias pertinentes de la causa.

9.1 *Desproporción entre las longitudes de las costas* (párrs. 158 a 168)

La Corte señala que la longitud de las costas respectivas no puede influir en la determinación de la línea equidistante que se ha establecido de manera provisional. La delimitación es una función diferente del reparto de recursos o áreas (véase *Plataforma continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Países Bajos)*, fallo, *Informes de la C.I.J.* 1969, pág. 22, párr. 18). No existe un principio de proporcionalidad como tal que influya en el establecimiento inicial de la línea equidistante provisional.

En los casos en los que la diferencia entre las longitudes de las costas es considerable, la Corte podría decidir tratar los hechos geográficos como una circunstancia pertinente que exigiría la modificación de la línea equidistante provisional.

En el caso relativo a la *Frontera terrestre y marina entre Camerún y Nigeria*, la Corte reconoció que “la diferencia sustancial de las longitudes de las líneas costeras de las partes podría ser un factor que se debería tomar en consideración para modificar la línea de delimitación provisional” (fallo, *Informe de la C.I.J.* 2002, pág. 446, párr. 301; cursiva añadida), aunque concluyó que en dichas circunstancias no había motivo para modificar la línea equidistante.

En el caso relativo a la *Delimitación marítima en el área entre Groenlandia y Jan Mayen (Dinamarca contra Noruega)*, la Corte concluyó que la disparidad entre las longitudes de las costas de Jan Mayen y Groenlandia (aproximadamente 1:9) constituía una “circunstancia especial” que exigía la modificación de la línea mediana equidistante, acercándola a la costa de Jan Mayen a fin de evitar los resultados desiguales tanto para la plataforma continental como para la zona pesquera. La Corte declaró que:

“No obstante, se debe aclarar que tomar en consideración la disparidad de las longitudes costeras no implica una aplicación directa y matemática de la relación entre la longitud del frente costero de la Groenlandia oriental y de Jan Mayen.” (fallo, *Informes de la C.I.J.* 1993, pág. 69, párr. 69.)

A continuación, recordó su comentario de la causa sobre la *Plataforma continental (Jamahiriya Árabe Libia/Malta)*:

“Si tal uso de la proporcionalidad fuera adecuado, sería difícil imaginar el espacio que quedaría para otras consideraciones; ya que se trataría del principio de los derechos de la plataforma continental y también del método para aplicar dicho principio. Sin embargo, su debilidad como base del argumento consiste en que el uso de la proporcionalidad como método por sí mismo requiere el apoyo de la práctica de los Estados, de la expresión pública de sus opiniones en (en particular) la tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, o de la jurisprudencia.” (*Plataforma continental (Jamahiriya Árabe Libia/Malta)*, fallo, *Informes de la C.I.J.* 1985, pág. 45, párr. 58.)

En esta última causa, la Corte opinaba que la diferencia de longitud de las costas pertinentes de Malta y Libia (con un ratio de 1:8) “era de *tal magnitud* que justificaba la modificación de la línea mediana” (Ibíd., pág. 50, párr. 68; cursiva añadida). La Corte añadió que “el grado de la modificación no depende de una operación matemática y debe ser examinado” (Ibíd.).

Además, la Corte señala que en el caso relativo a la *Delimitación de la frontera marítima en el Golfo del área de Maine (Canadá/Estados Unidos de América)*, la Sala consideró que “en ciertas circunstancias, se podrían deducir las consecuencias adecuadas de las *desigualdades* en la longitud de las costas de los dos Estados en la misma área de delimitación” (fallo, *Informes de la C.I.J.* 1984, pág. 313, párr. 157; cursiva añadida). No obstante, se debe recordar que la Sala lo hizo en el contexto del debate sobre “los posibles criterios *equitativos* que se deberían tomar en consideración en el marco de una delimitación marítima internacional” (Ibíd., pág. 312, párr. 157; cursiva añadida). A continuación, elaboró en mayor grado este punto declarando:

“que tomar en consideración la longitud de las costas respectivas de las partes afectadas no constituye en sí mismo un criterio que sirva como base directa para la delimitación, ni un método que se pueda utilizar para llevar a cabo dicha delimitación. La Sala reconoce que este concepto se plantea principalmente como un medio para comprobar si una delimitación provisional establecida con arreglo a otros criterios, y mediante el uso de un método que no tenga nada que ver con dicho concepto, puede o no considerarse satisfactoria en relación con ciertos elementos geográficos de la causa particular, y si es razonable o si se debe modificar consecuentemente. Las opiniones de la Sala a este respecto se pueden resumir señalando que una delimitación marítima no se puede establecer mediante la división directa del área objeto de controversia de manera proporcional a las longitudes respectivas de las costas pertenecientes a las partes en el área pertinente, pero también es cierto que una desproporción *considerable* entre las longitudes de dichas costas debido a una delimitación efectuada con arreglo a otros criterios

constituiría una circunstancia que exigiría la modificación correspondiente.” (Ibíd., p. 323, párr. 185; cursiva añadida).

No obstante, en la presente causa, la Corte no aprecia dichas disparidades considerables entre las costas pertinentes de Ucrania y Rumania que pudieran exigir la modificación de la línea equidistante provisional en este contexto. Aunque existe una diferencia incuestionable entre las longitudes de las costas pertinentes de las partes, la Corte recuerda que excluyó previamente la costa del Golfo de Karkinit'ska (que mide unos 278 km) del examen adicional. La Corte señala, además, que no puede obviar el hecho de que una buena parte de la costa de Ucrania que se considera pertinente sobrepasa de la misma área como segmentos de la costa ucraniana, lo que refuerza pero no amplía el espacio del derecho de Ucrania.

9.2 *El carácter interior del Mar Negro y las delimitaciones ya efectuadas en la región* (párrs. 169 a 178)

La Corte recuerda que ya ha indicado antes, en el marco de la breve descripción de la metodología de delimitación, que establecería una línea equidistante provisional. Esta decisión no ha sido dictada por el hecho de que se haya utilizado este método en todos los acuerdos de delimitación relacionados con el Mar Negro.

Se llamó la atención de la Corte sobre dos acuerdos de delimitación que afectan al Mar Negro. El primer acuerdo, el Acuerdo relativo a la delimitación de la plataforma continental en el Mar Negro, fue firmado por Turquía y la URSS el 23 de junio de 1978. Ocho años después acordaron, mediante un canje de notas efectuado el 23 de diciembre de 1986 y el 6 de febrero de 1987, que el límite de la plataforma continental concertado en su Acuerdo de 1978 también delimitaría la frontera entre sus zonas económicas exclusivas. El segmento más occidental de la línea, que discurre entre los puntos con coordenadas 43° 20' 43" N y 32° 00' 00" E, y 43° 26' 59" N y 31° 20' 48" E, no se definió y se dejó su resolución para un momento posterior. Tras la disolución de la URSS a finales de 1991, el Acuerdo de 1978 y el acuerdo alcanzado mediante el canje de notas siguieron en vigor no sólo para la Federación de Rusia, en cuanto Estado que mantenía la personalidad jurídica internacional de la antigua URSS, sino también para los Estados sucesores de la URSS ribereños del Mar Negro, como Ucrania.

El segundo acuerdo es el Acuerdo entre Turquía y Bulgaria sobre la determinación de la frontera en la desembocadura del río Rezovska/Mutludere y la delimitación de las áreas marítimas entre los dos Estados en el Mar Negro, firmado el 4 de diciembre de 1997. El trazado de la línea de delimitación de la plataforma continental y la zona económica exclusiva hacia el noreste, entre el punto geográfico 43° 19' 54" N y 31° 06' 33" E y el punto geográfico 43° 26' 49" N y 31° 20' 43" E se dejó para las negociaciones posteriores, que se realizarían en el momento adecuado.

La Corte tendrá en cuenta las delimitaciones marítimas acordadas entre Turquía y Bulgaria, así como entre Turquía y Ucrania, cuando examine la cuestión del punto de finalización de la frontera marítima única que se le solicita que trace en el marco de la causa que nos ocupa (véase la Sección 10, más adelante).

No obstante, la Corte considera que, a la luz de los acuerdos de delimitación mencionados y el carácter interior del Mar Negro, no es necesario modificar el trazado provisional de la línea equidistante.

9.3 *La presencia de la Isla de las Serpientes en el área de delimitación* (párrs. 179 a 188)

Al determinar la línea fronteriza marítima, a falta de acuerdos de delimitación conformes a los artículos 74 y 83 de la CNUDM, la Corte podría modificar la línea equidistante provisional, si las circunstancias pertinentes lo recomendaran, para obtener un resultado equitativo. En esa fase, se podría solicitar a la Corte que decidiera si dicha línea debería modificarse debido a la cercanía de pequeñas islas. Como indica la jurisprudencia, la Corte podría decidir no tener en cuenta las islas de tamaño muy pequeño o no concederles todo el derecho posible a poseer zonas marítimas, en el caso de que tal enfoque tuviera un efecto desproporcionado en la línea de delimitación que nos ocupa (véase *Plataforma Continental (Jamahiriya Árabe Libia/Malta)*, fallo, *Informes de la C.I.J. 1985*, pág. 48, párr. 64; *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar contra Bahrein)*, fallo, *Informes de la C.I.J. 2001*, pág. 104, párr. 219; *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (Nicaragua contra Honduras)*, fallo de 8 de octubre de 2007, párrs. 302 y siguientes).

La Corte recuerda que ya ha determinado que la Isla de las Serpientes no puede servir como punto de base para el establecimiento de la línea equidistante provisional entre las costas de las partes, trazada en la primera etapa de este proceso de delimitación, ya que no forma parte de la configuración general de la costa. Ahora, en la segunda fase de la delimitación, la Corte debe averiguar si la presencia de la Isla de las Serpientes en el área de delimitación marítima constituye una circunstancia pertinente que exige la modificación de la línea equidistante provisional.

En lo que respecta a la geografía de la parte noroccidental del Mar Negro, la Corte ha tomado en debida consideración el hecho de que la costa de Ucrania se extiende al oeste, el norte y el este de esta área. La Corte señala que todas las áreas sujetas a delimitación en esta causa están ubicadas en la zona económica exclusiva y la plataforma continental generadas por las costas del territorio continental de las partes y están, además, dentro de un radio de 200 millas marinas de la costa del territorio continental de Ucrania. La Corte señala que la Isla de las Serpientes está situada a aproximadamente 20 millas marinas al este de la costa continental de Ucrania,

en el área del delta del Danubio. Debido a esta configuración geográfica y en el contexto de la delimitación con Rumania, todos los derechos relacionados con la plataforma continental y la zona económica exclusiva que pudiera generar la Isla de las Serpientes no podrían ir más allá de los derechos generados por la costa del territorio continental de Ucrania, debido al extremo meridional del área de delimitación determinado por la Corte (véase el mapa esquemático No. 5). Además, todos los derechos que pudiera generar la Isla de las Serpientes hacia el este están subsumidos por los derechos generados por las costas occidentales y orientales del territorio continental de Ucrania. La Corte también señala que la propia Ucrania, aunque consideró que la Isla de las Serpientes se ajustaba a lo señalado en el párrafo 2 del artículo 121 de la CNUDM, no amplió el área pertinente más allá del límite generado por la costa de su territorio continental como consecuencia de la presencia de la Isla de las Serpientes en el área de delimitación (véase el mapa esquemático No. 3).

A la luz de estos factores, la Corte concluye que la presencia de la Isla de las Serpientes no exige la modificación de la línea equidistante provisional.

En vista de lo anterior, la Corte no necesita examinar si la Isla de las Serpientes se ajusta a lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 del artículo 121 de la CNUDM ni su pertinencia en relación con esta causa.

La Corte recuerda, además, que se atribuyó un mar territorial de 12 millas marinas a la Isla de las Serpientes, en virtud de los acuerdos entre las partes. La Corte concluye que, en el contexto de la presente causa, la Isla de las Serpientes no debería tener efecto en la delimitación en esta causa, aparte del que se deriva del arco de 12 millas marinas de su mar territorial.

9.4 *La conducta de las partes (concesiones de petróleo y gas, actividades pesqueras y patrullas navales)* (párrs. 189 a 198)

La Corte recuerda que ya había concluido anteriormente que no había ningún acuerdo en vigor entre las partes que delimitara la plataforma continental y las zonas económicas exclusivas de las partes.

Además, la Corte señala que Ucrania no depende de las actividades de Estado para demostrar un acuerdo tácito o *modus vivendi* entre las partes en la línea que separaría sus zonas económicas exclusivas respectivas y sus plataformas continentales. Más bien se refiere a las actividades de Estado con la finalidad de refutar la línea esgrimida por Rumania.

La Corte no considera, en las circunstancias de la presente causa, que las actividades de Estado indicadas anteriormente en esta delimitación marítima desempeñen ninguna función en particular. Como señaló el Tribunal arbitral en la causa entre Barbados y Trinidad y Tabago, “los criterios relacionados con los recursos han sido tratados de manera más cautelosa por las decisiones de las cortes y los tribunales internacionales que, por lo general, no han aplicado este factor

como circunstancia pertinente” (*fallo de 11 de abril de 2006, RIAA*, Vol. XXVII, pág. 214, párr. 241). En lo que respecta a la pesca, la Corte añade que Ucrania no ha presentado ninguna prueba de que una línea de delimitación diferente a la que reclama “pudiera tener repercusiones catastróficas para los medios de vida y el bienestar económico de la población” (*Delimitación de la frontera marítima en el área del Golfo de Maine (Canadá/Estados Unidos de América)*, fallo, *Informes de la C.I.J.* 1984, pág. 342, párr. 237).

Dado que la Corte no estima que las actividades de Estado mencionadas anteriormente constituyan circunstancias pertinentes en la presente causa, la cuestión de la fecha crítica debatida por las partes no requiere una respuesta de la Corte.

9.5 *Efectos de menoscabo* (párrs. 199 a 201)

La Corte señala que las líneas de delimitación propuestas por las partes, especialmente sus primeros segmentos, restringen considerablemente el derecho de la otra parte en relación con la plataforma continental y la zona económica exclusiva. La línea de Rumania obstruye el derecho de Ucrania generado por su costa adyacente a la rumana. Este derecho se ve aún más reforzado por la costa septentrional de Ucrania. Al mismo tiempo, la línea de Ucrania restringe el derecho de Rumania generado por su costa, en particular el primer segmento, entre el dique Sulina y la Península de Sacalin.

En comparación, la línea de equidistancia provisional trazada por la Corte no tiene tales inconvenientes, ya que permite que las costas adyacentes de las partes produzcan sus efectos en lo relativo a los derechos marítimos, de manera razonable y equilibrada. Por lo tanto, la Corte no ve motivo para modificar la línea equidistante provisional por estos motivos.

9.6 *Consideraciones de seguridad de las partes* (párrs. 202 a 204)

La Corte se limita a formular dos comentarios. En primer lugar, las condiciones legítimas sobre seguridad de las partes desempeñan una función en la determinación de la línea de determinación final (véase *Plataforma continental (Jamahiriya Árabe Libia/Malta)*, fallo, *Informes de la C.I.J.* 1985, pág. 42, párr. 51). En segundo lugar, no obstante, en el marco de la presente causa, la línea equidistante provisional que ha establecido la Corte difiere considerablemente de las trazadas por Rumania y Ucrania. La línea equidistante provisional determinada por la Corte respeta plenamente los intereses legítimos sobre seguridad de ambas partes. Por lo tanto, no es necesario modificar la línea por estas consideraciones.

10. *La línea de delimitación* (párrs. 205 a 209)

La Corte toma nota del hecho de que en el artículo 1 del Tratado sobre el régimen fronterizo de 2003 se sitúa el punto de encuentro de los mares territoriales de las partes en el

punto con coordenadas 45° 05' 21" N y 30° 02' 27" E. Ello basta para fijar el punto de inicio.

Tanto Rumania como Ucrania han indicado, con un alto grado de detalle, el curso que deberían seguir sus líneas de delimitación respectivas más allá del punto fijado en el artículo 1 del Tratado sobre el régimen fronterizo de 2003 (véase el mapa esquemático No. 1).

La línea de delimitación decidida por la Corte, para la que no se toman como puntos de base ni el extremo marítimo del dique Sulina ni la Isla de las Serpientes, comienza en el punto 1 y sigue el arco de 12 millas marinas alrededor de la Isla de las Serpientes hasta que llega a la intersección con la línea equidistante de las costas adyacentes de Rumania y Ucrania, según se ha descrito anteriormente; a partir de dicho punto, sigue esa línea hasta que se ve afectada por los puntos de base situados en las costas opuestas de Rumania y Ucrania. Desde este punto de giro, la línea de delimitación sigue la línea equidistante de las costas opuestas de Rumania y Ucrania.

La Corte considera que la línea de delimitación sigue la línea equidistante hacia el sur hasta el punto más allá del cual podrían verse afectados los intereses de Estados terceros.

11. *Comprobación de la desproporcionalidad* (párrs. 210 a 216)

La Corte pasa a comprobar que el resultado alcanzado hasta el momento, en la medida en que atañe a la línea de delimitación, no provoca ninguna desproporcionalidad significativa en relación con las longitudes respectivas de las costas y el reparto de las zonas que siguen. La Corte está de acuerdo con la observación de que:

“es la desproporción más que cualquier principio general de proporcionalidad lo que representa el criterio o factor relevante ... nunca puede darse una cuestión de carácter completamente reestructurativo ... se trata más bien de poder remedio a la desproporcionalidad y a los efectos desiguales producidos por configuraciones o elementos geográficos particulares” (*Causa relativa a la plataforma continental anglofrancesa*, RIAA, Vol. XVIII, pág. 58, párr. 101).

La plataforma continental y las zonas económicas exclusivas no se deben asignar proporcionalmente a la longitud de las líneas costeras respectivas. La Corte examinará, *ex post facto*, la ecuanimidad de la línea de delimitación establecida (*Delimitación de la frontera marítima entre Guinea y Guinea-Bissau*, RIAA, Vol. XIX, párrs. 94-95).

Esta comprobación sólo puede ser aproximada. En el pasado, se han utilizado diversas técnicas para evaluar la longitud de las costas, y el Derecho internacional no indica claramente si debe seguirse la línea costera real, se deben utilizar líneas de referencia o si se deben excluir o no las costas de las masas de agua interiores.

La Corte sólo puede señalar que varios tribunales, incluida la propia Corte, han llegado a conclusiones diferentes a lo largo de los años en relación con qué disparidad en las longitudes de las costas podría constituir una desproporcionalidad significativa, con la consiguiente desigualdad y necesidad de modificación de la línea de delimitación. En todos los casos, esta cuestión debe someterse a la apreciación de la Corte, que se referirá a la geografía general de la zona.

En la presente causa, la Corte ha medido las costas en función de su dirección general. No ha utilizado líneas de referencia sugeridas por las partes para esta medición. Las líneas costeras que se encuentran detrás de golfos o ensenadas profundas no se han incluido en la medición. Las mediciones son, necesariamente, aproximadas, debido a que el objetivo de esta fase final es asegurarse de que no exista una desproporcionalidad significativa.

En esta tercera fase, basta que la Corte observe que la ratio de las longitudes de las costas de Rumania y Ucrania, medidas como se ha descrito anteriormente, es de aproximadamente 1:2,8; la ratio del área pertinente entre Rumania y Ucrania es de aproximadamente 1:2,1.

La Corte no opina que ello sugiera que se deba modificar la línea establecida y comprobada con atención a cualquier circunstancia pertinente que hubiera podido justificar la modificación.

12. *La frontera marítima que delimita la plataforma continental y las zonas económicas exclusivas* (párrs. 217 a 218)

La Corte señala que la frontera marítima que delimita la plataforma continental y las zonas económicas exclusivas no debe asimilarse con una frontera estatal que separa los territorios de Estados. La frontera marítima define los límites de las zonas marítimas en las que, en virtud del Derecho internacional, los Estados ribereños tienen ciertos derechos soberanos para fines definidos. La frontera estatal define los límites territoriales de la soberanía del Estado. Por consiguiente, la Corte considera que no se genera confusión en relación con el carácter de la frontera marítima que delimita la zona económica exclusiva y, por lo tanto, empleará este término.

La línea de la frontera marítima establecida por la Corte comienza en el punto 1, el punto de intersección del límite exterior del mar territorial de Rumania con el mar territorial de Ucrania alrededor de la Isla de las Serpientes, según se estipula en el artículo 1 del Tratado sobre el régimen fronterizo de 2003. A partir del punto 1, la línea sigue el arco de 12 millas marinas del mar territorial de la Isla de las Serpientes hasta que llega a su intersección (en el punto 2, con coordenadas 45° 03' 18,5" N y 30° 09' 24,6" E) con una línea equidistante de las costas adyacentes de Rumania y Ucrania, trazada por referencia a los puntos de base situados en el extremo terrestre del dique Sulina y el extremo suroriental de la Isla de Tsyganka. Desde el punto 2, la frontera marítima

continúa a lo largo de la línea equidistante en dirección hacia el sureste hasta llegar al punto 3, con coordenadas 44° 46' 38,7" N y 30° 58' 37,3" E (punto A de la línea equidistante provisional), en el que la línea equidistante se ve afectada por un punto de base situado en la Península de Sacalin.

Desde el punto 3, la frontera marítima continúa a lo largo de la línea equidistante en dirección hacia el sureste hasta llegar al punto 4, con coordenadas 44° 44' 13,4" N y 31° 10' 27,7" E (punto B de la línea equidistante provisional), en el que la línea equidistante se ve afectada por el punto de base situado en el Cabo Tarkhankut, en la costa opuesta de Ucrania, y gira hacia el sursureste. Desde el punto 4, la frontera sigue la línea equidistante de las costas opuestas de Rumania

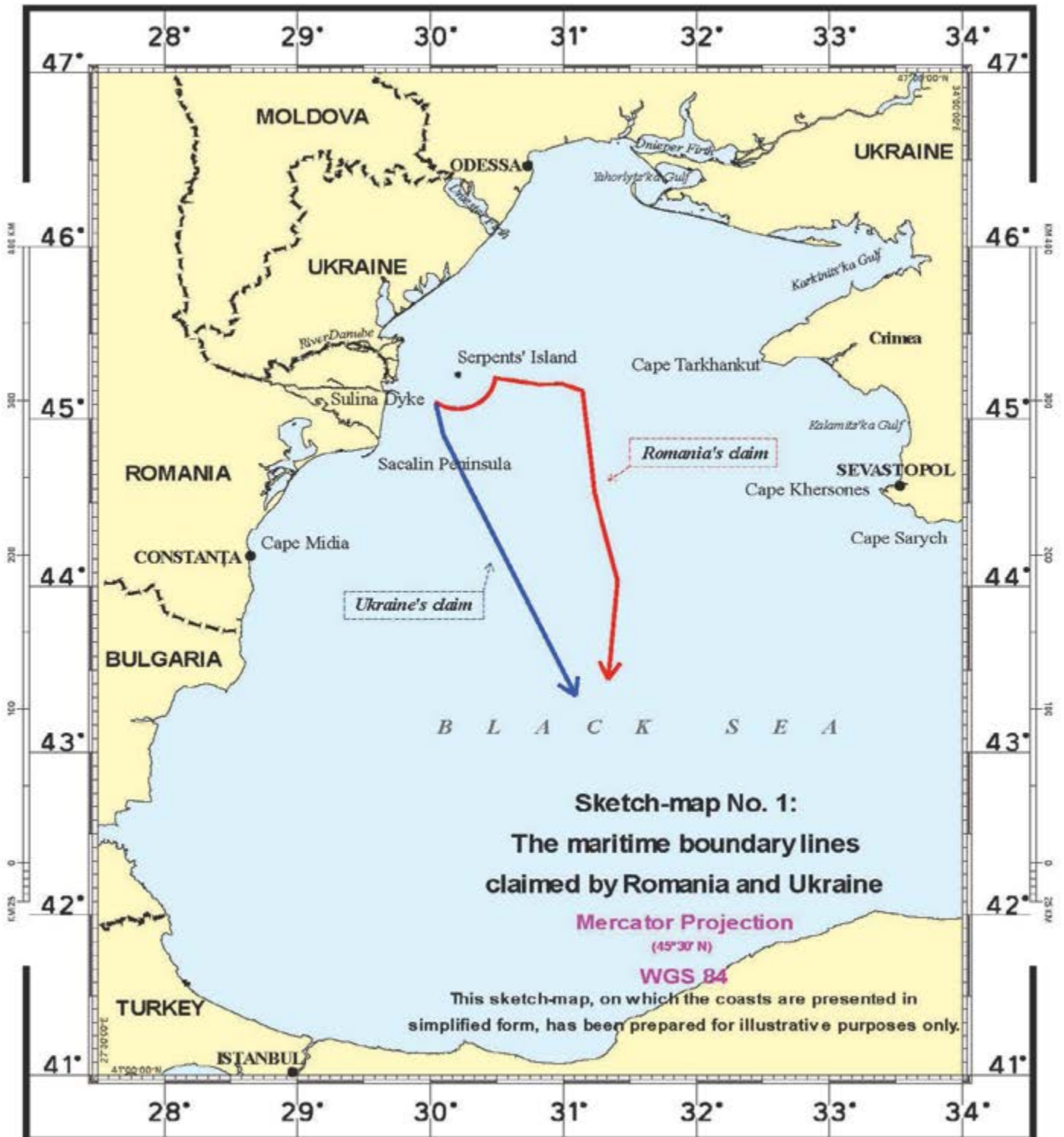
y Ucrania hasta llegar al punto 5, con coordenadas 44° 02' 53,0" N y 31° 24' 35,0" E (punto C de la línea equidistante provisional), que está controlado por los puntos de base situados en la Península de Sacalin en la costa rumana y los cabos Tarkhankut y Khersones en la costa ucraniana. Desde este punto, la línea sigue la línea equidistante hacia el sur comenzando en un acimut geodésico de 185° 23' 54,5" hasta que la frontera marítima alcanza el área en la que se podrían ver afectados los derechos de Estados terceros (véanse los mapas esquemáticos No. 8 y No. 9).

Las coordenadas geográficas de los puntos 2, 3, 4 y 5 de la frontera marítima única establecidos en este párrafo y en la cláusula dispositiva hacen referencia al dato WGS 84.

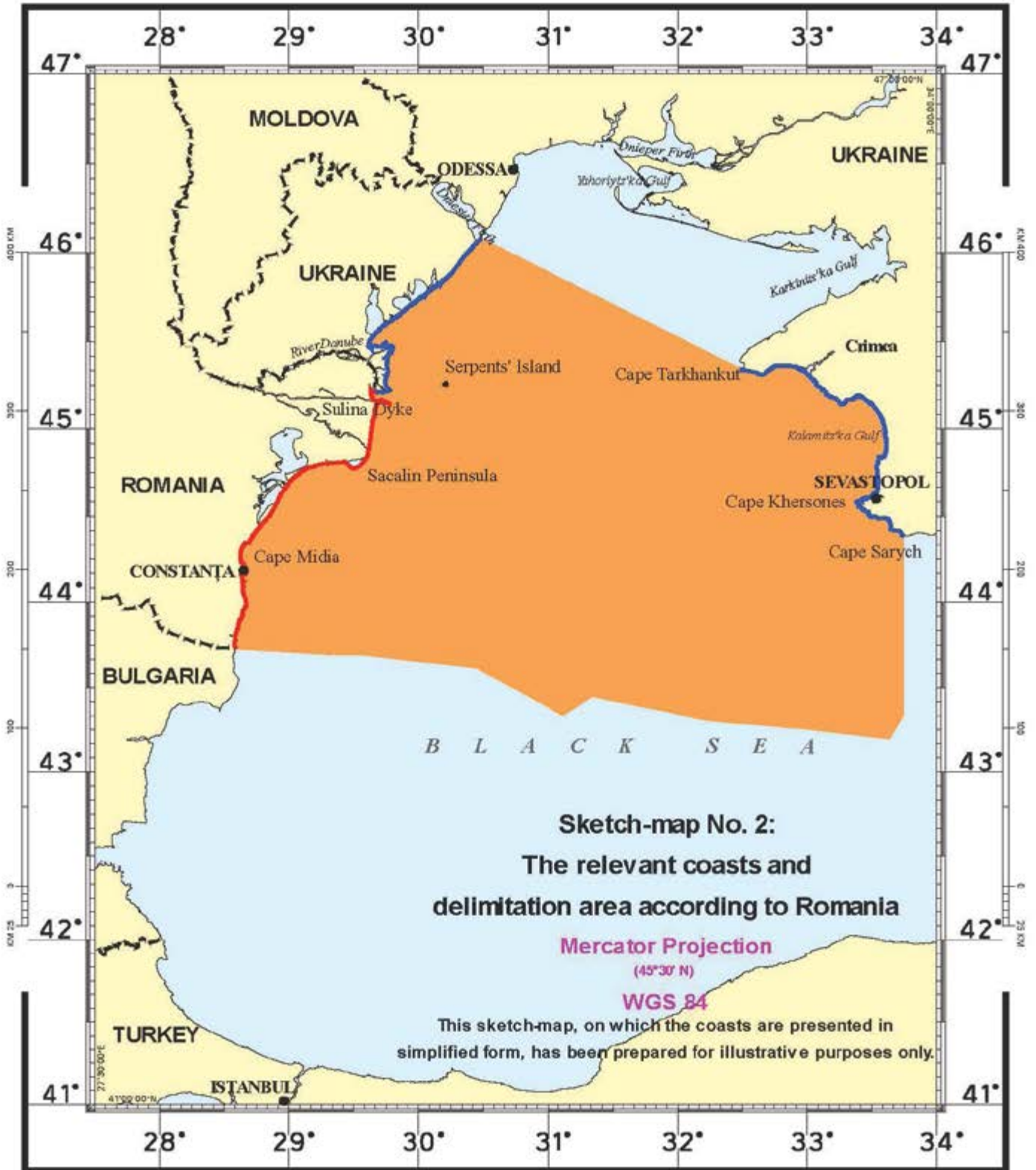
ANEXO

Mapa esquemático No. 1

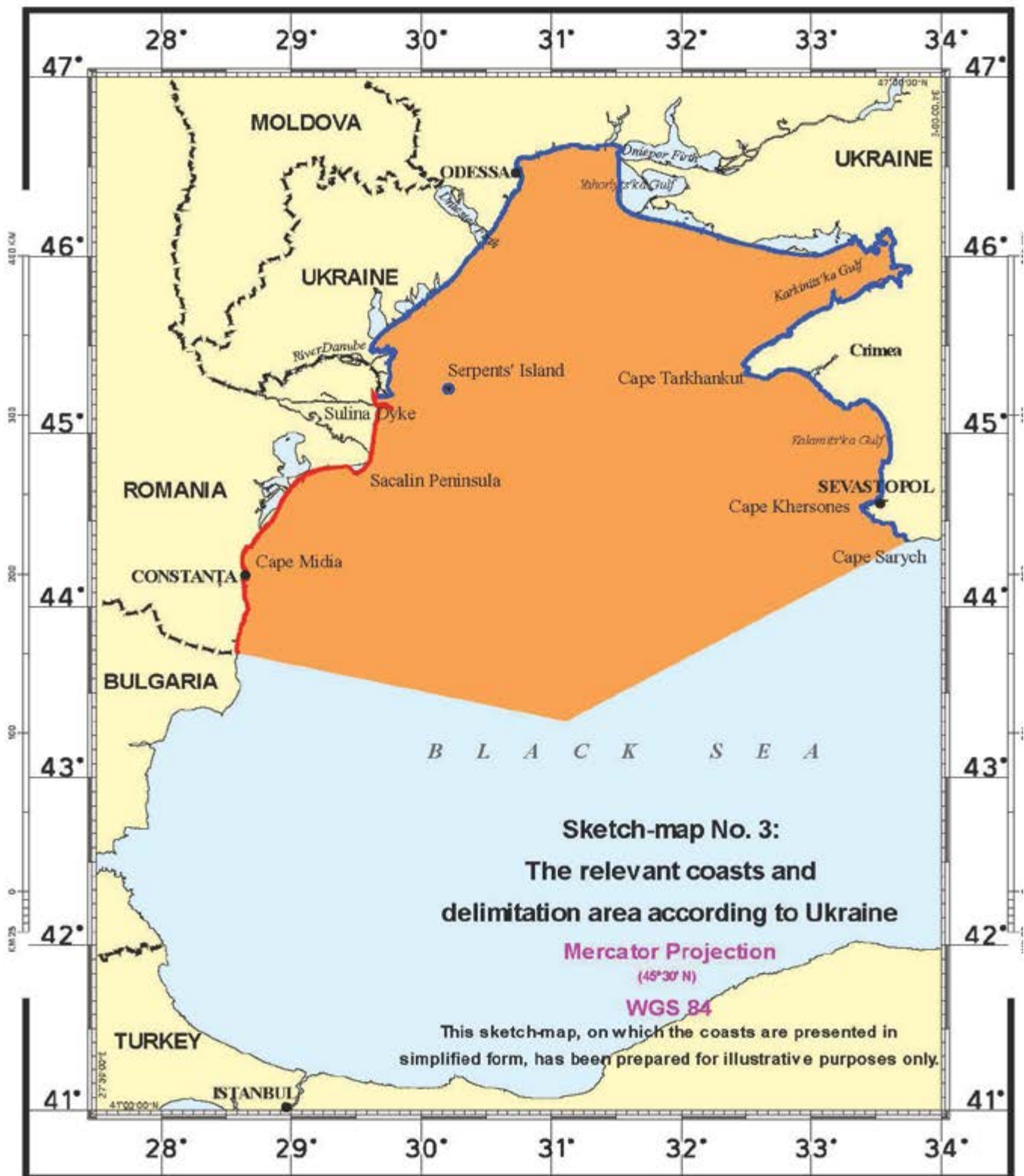
Líneas marítimas fronterizas reclamadas por Rumania y Ucrania



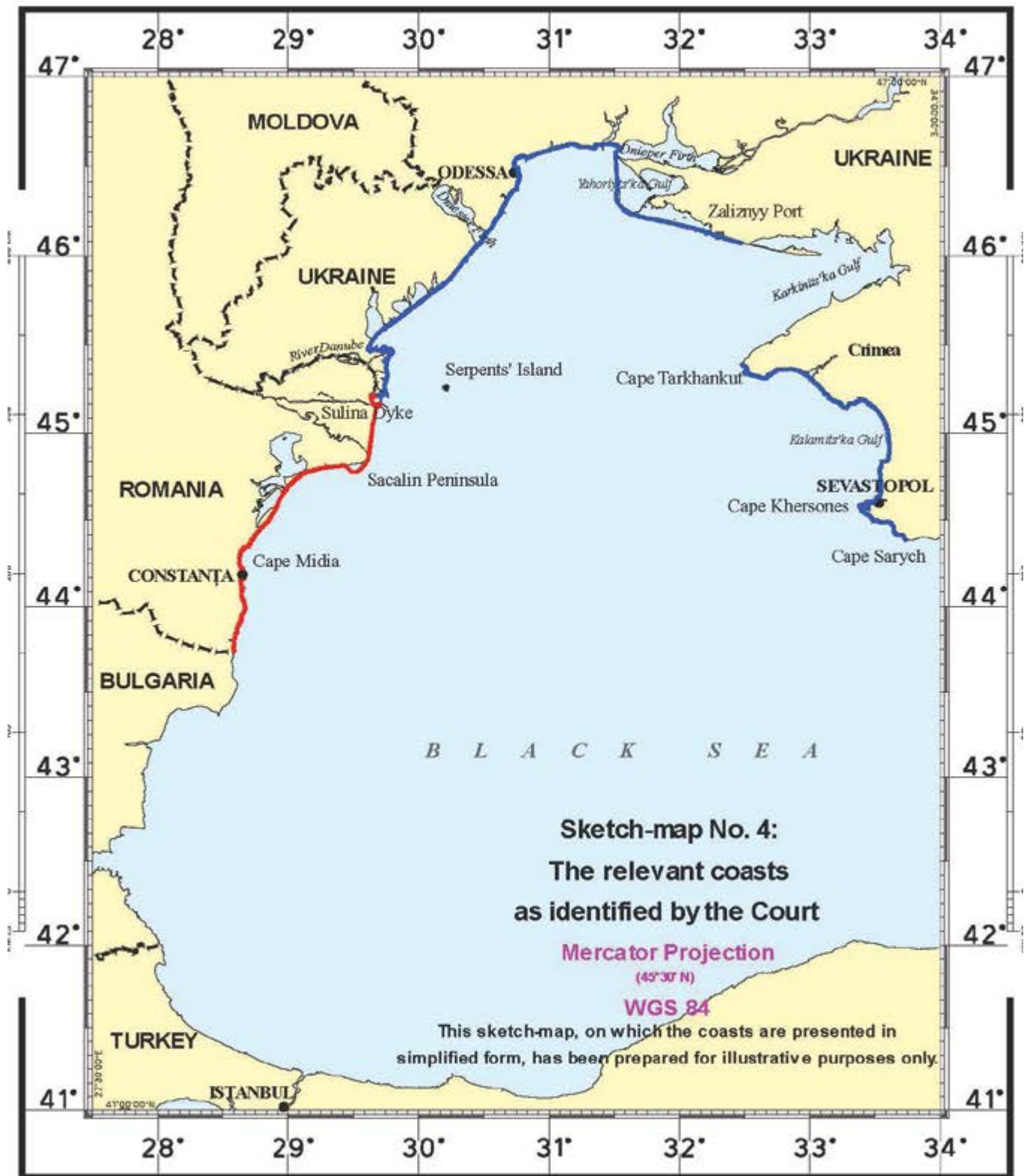
Mapa esquemático No. 2
Costas pertinentes y zona de delimitación según Rumania



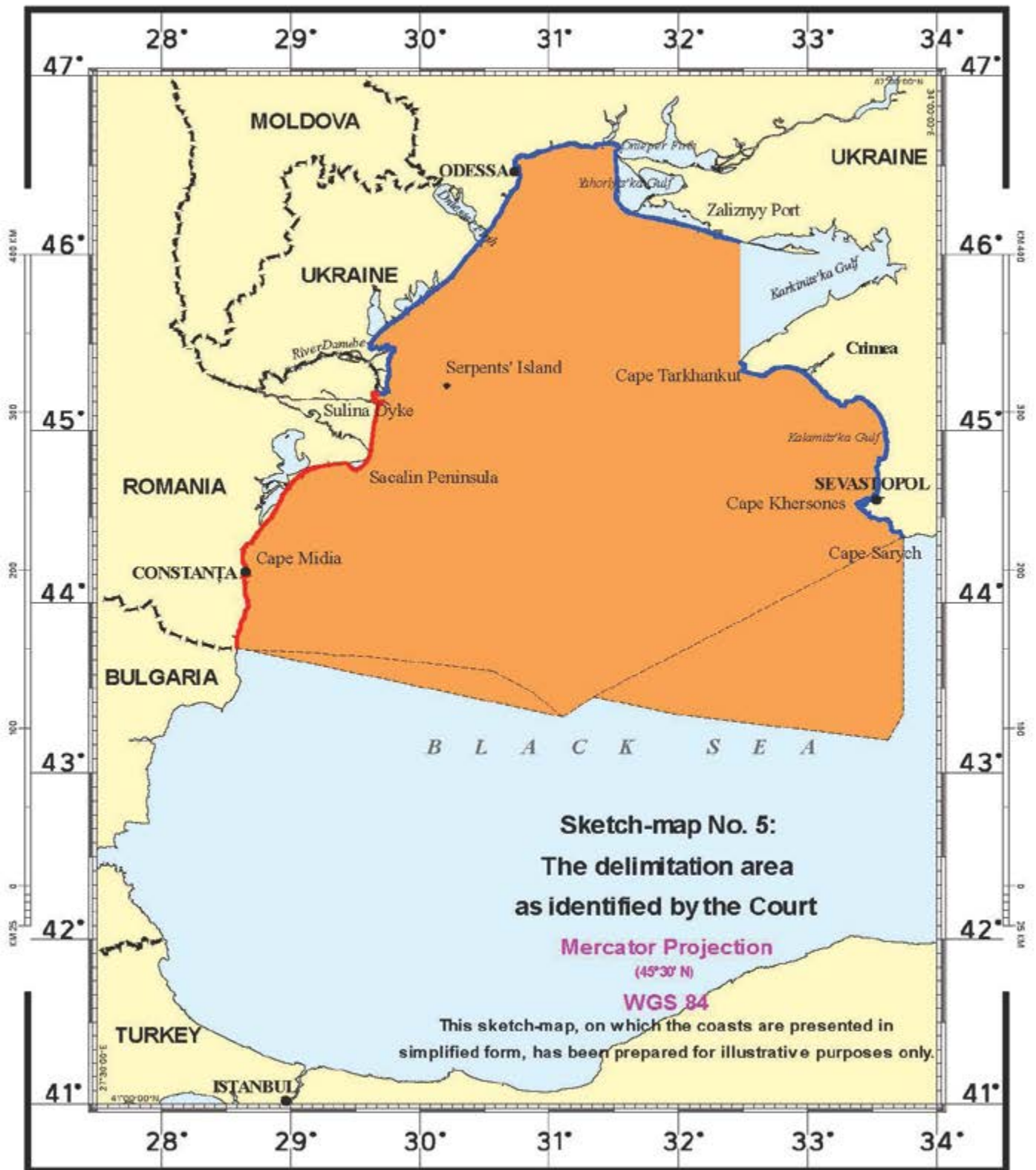
Mapa esquemático No. 3
Costas pertinentes y zona de delimitación según Ucrania



Mapa esquemático No. 4
Costas pertinentes determinadas por la Corte

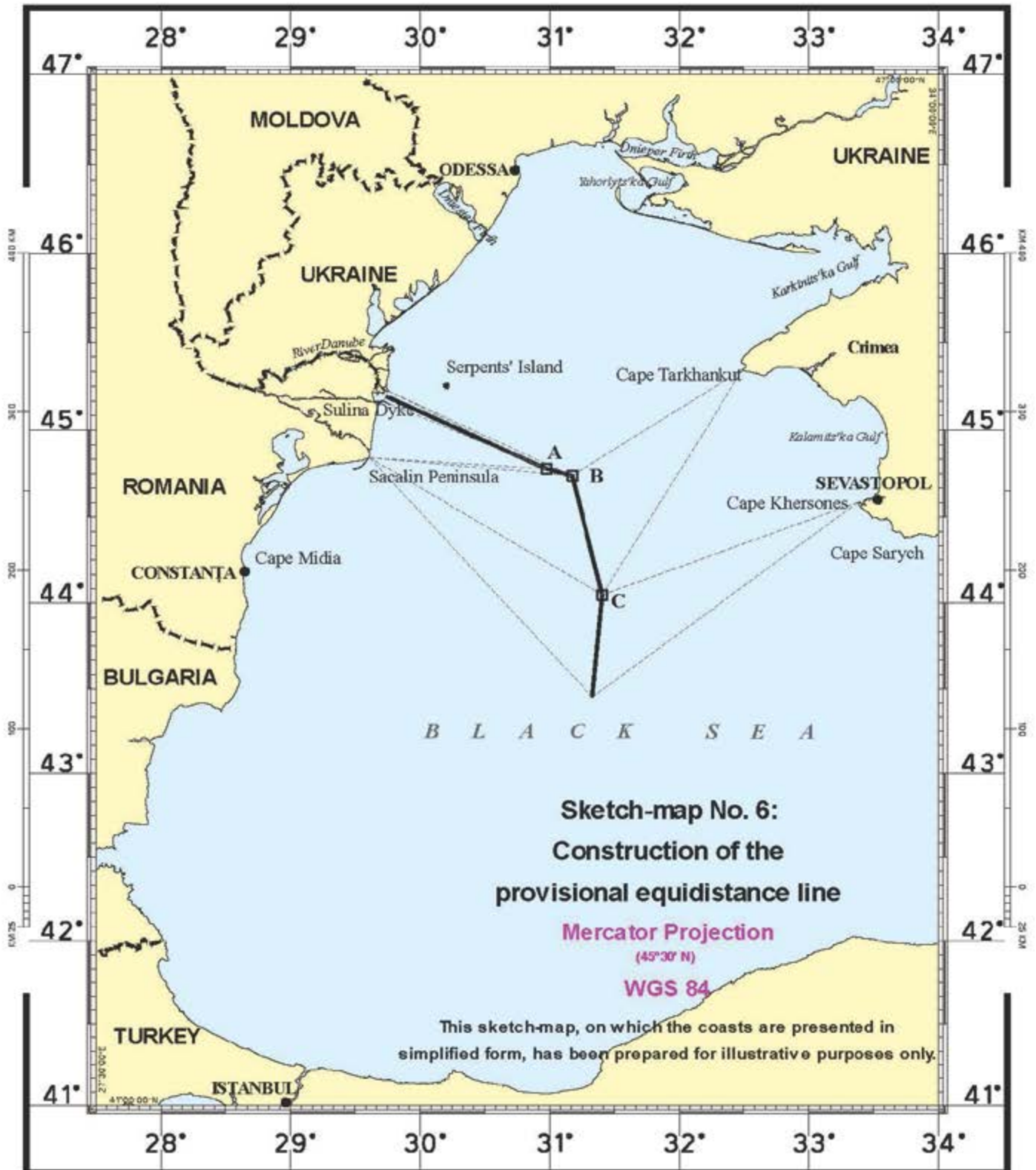


Mapa esquemático No. 5
Zona de delimitación determinada por la Corte

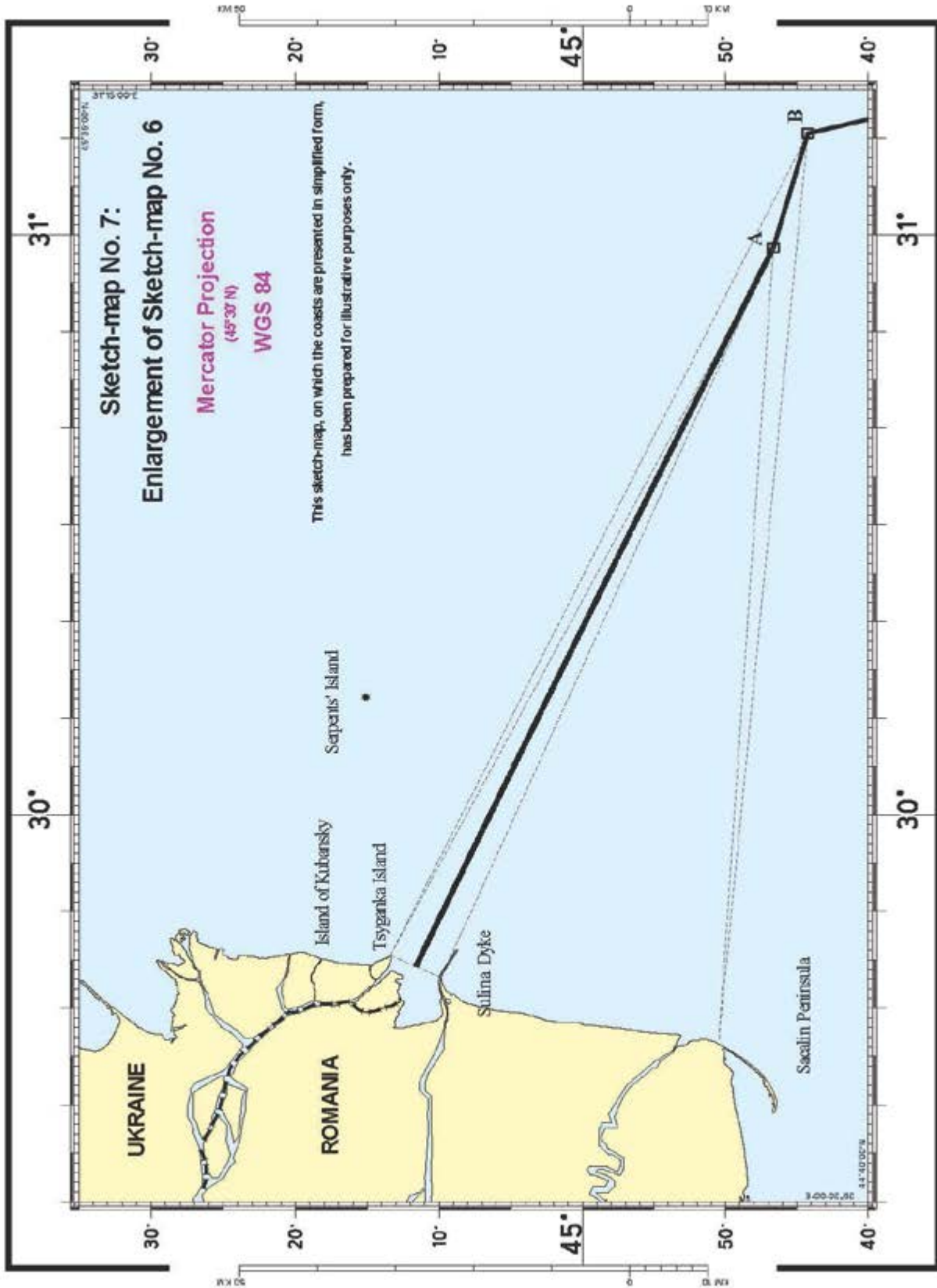


Mapa esquemático No. 6

Construcción de la línea provisional de equidistancia

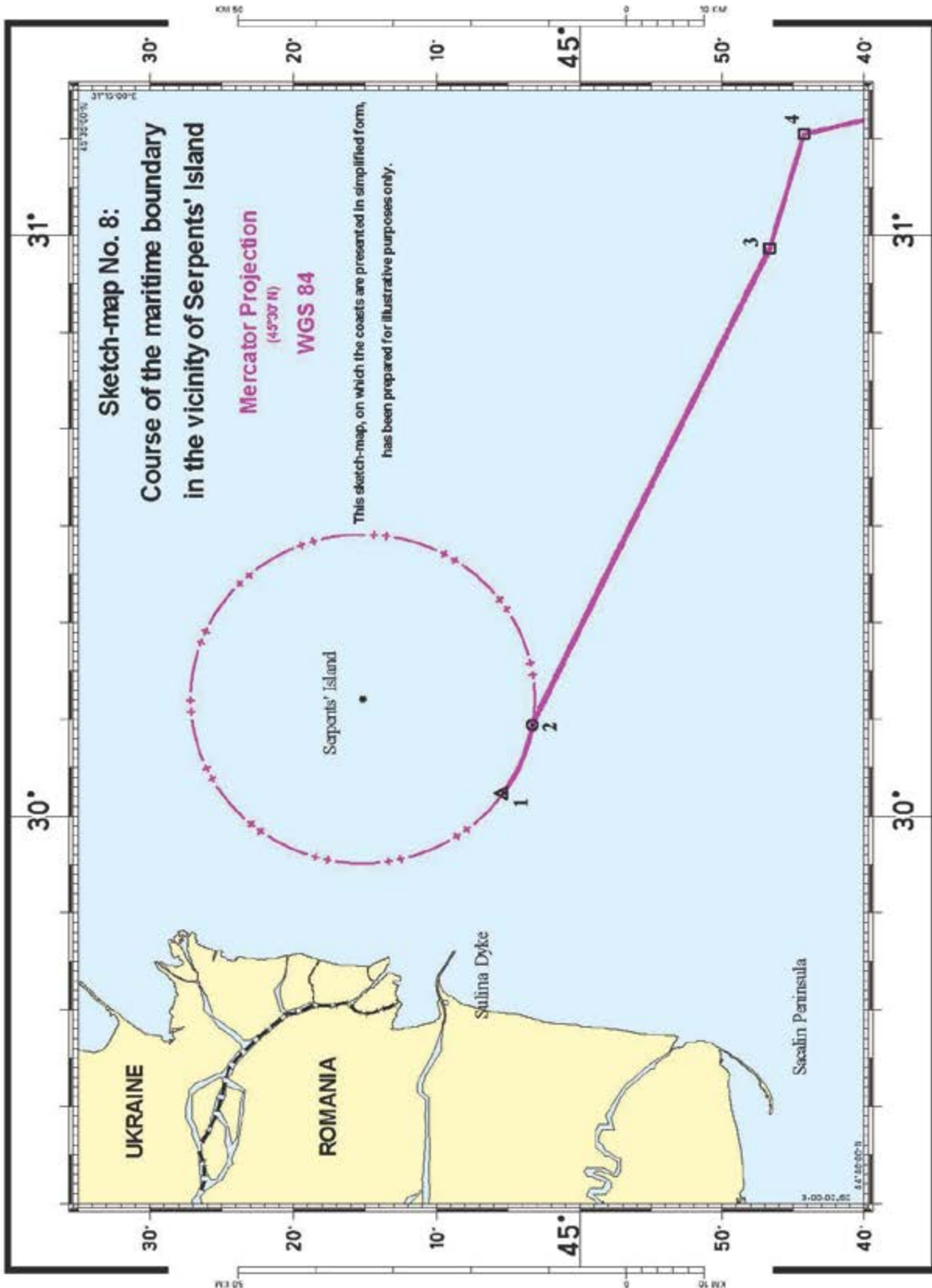


Mapa esquemático No. 7
Ampliación del mapa esquemático No. 6



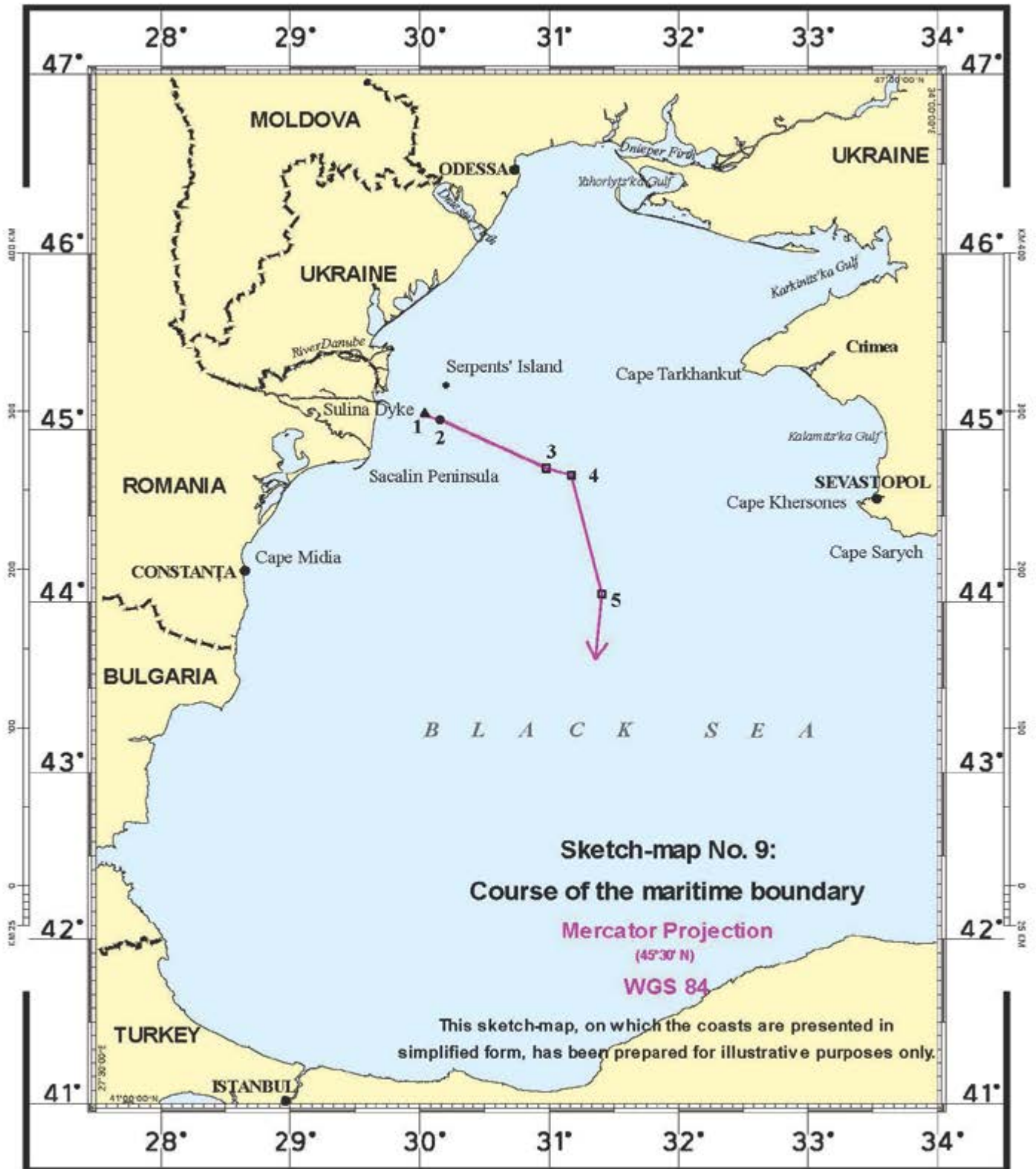
Mapa esquemático No. 8

Curso de la frontera marítima en las cercanías de la Isla de las Serpientes



Mapa esquemático No. 9

Líneas marítimas fronterizas reclamadas por Rumania y Ucrania



175. CASO RELATIVO A LAS CUESTIONES SOBRE LA OBLIGACIÓN DE PROCESAR O EXTRADITAR (BÉLGICA CONTRA EL SENEGAL) [SOLICITUD DE INDICACIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES]

Fallo del 28 de mayo de 2009

El 28 de mayo de 2009, la Corte Internacional de Justicia emitió su Fallo relativo a la solicitud para la indicación de medidas provisionales presentada por Bélgica en la causa *Cuestiones relativas a la Obligación de Procesar o Extraditar (Bélgica contra el Senegal)*. La Corte resolvió que las circunstancias, tal y como se presentan a la Corte, no son suficientes para requerir el ejercicio de su poder en la indicación de medidas provisionales.

La composición de la Corte era la siguiente: Presidente Owada; Magistrados Shi, Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Caçado Trindade, Yusuf, Greenwood; Magistrados *ad hoc* Kirsch, Sur; Secretario Couvreur.

*
* * *

El párrafo dispositivo (párr. 76) del Fallo especifica lo siguiente:

“... ”

LA CORTE,

Por trece votos contra uno,

Considera que las circunstancias, tal y como se presentan a la Corte, no son suficientes para requerir el ejercicio de su poder en virtud del Artículo 41 del Estatuto para dictar la adopción de medidas provisionales.

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Magistrados Shi, Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood; Magistrados *ad hoc* Sur, Kirsch;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Caçado Trindade.”

*
* * *

Los Magistrados Koroma y Yusuf agregaron una declaración conjunta al fallo de la Corte; los Magistrados Al-Khasawneh y Skotnikov agregaron una opinión separada conjunta al fallo de la Corte; el Magistrado Caçado Trindade agregó una opinión disidente al fallo de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Sur agregó una opinión concurrente al fallo de la Corte.

*
* * *

Solicitud y petición para la indicación de medidas provisionales

La Corte recuerda que, el 19 de febrero de 2009, el Reino de Bélgica (en adelante denominada “Bélgica”) presen-

tó una solicitud para iniciar una actuación judicial contra la República del Senegal (en adelante denominada “Senegal”) respecto de la controversia relativa al “cumplimiento del Senegal de su obligación de procesar a Hissène Habré, ex Presidente de la República del Chad, o de extraditarlo a Bélgica para someterlo a un proceso penal”. Bélgica se apoya en la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas inhumanos, crueles o degradantes del 10 de diciembre de 1984, así como en el derecho internacional consuetudinario para realizar dicha solicitud.

La Corte observa que, en su Solicitud, como fundamento para la competencia de la Corte, Bélgica invoca las declaraciones realizadas por Bélgica el 17 de junio de 1958 y por el Senegal el 2 de diciembre de 1958 en virtud del párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto, y el párrafo 1 del Artículo 30 de la Convención contra la Tortura, que dispone lo siguiente: “toda controversia que surja entre dos o más Estados partes con respecto a la interpretación o aplicación de la Convención que no se solucione mediante negociaciones se someterá a arbitraje. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte.”

Bélgica mantiene que el Senegal, lugar de residencia del Sr. Habré desde 1990, ha permanecido impasible ante sus repetidas peticiones para que procesara al anterior Presidente del Chad por actos que incluyen delitos de tortura y crímenes de lesa humanidad, presuntamente perpetrados durante su mandato entre el 7 de junio de 1982 y el 1 de diciembre de 1990, y no ha procedido a su extradición. Bélgica invocó denuncias formuladas contra el Sr. Habré por siete personas físicas y una persona jurídica en el Senegal en el año 2000, denuncias formuladas por un nacional belga de origen chadiano y por nacionales chadianos con las autoridades judiciales belgas entre el 30 de noviembre y el 11 de diciembre de 2000, y una orden de detención internacional dictada contra el Sr. Habré por el Magistrado belga encargado del caso. Bélgica observa que las denuncias presentadas contra el Senegal fueron desestimadas por la Sala de Acusación del Tribunal de apelación de Dakar el 4 de julio de 2000 por considerar que “los crímenes de lesa humanidad” no están contemplados en el derecho penal senegalés y, con respecto al delito de tortura, que las instancias judiciales senegalesas no pueden conocer de los actos de tortura cometidos por un extranjero fuera del territorio del Senegal.

Al final de su Solicitud, Bélgica pide a la Corte que falle y declare que:

“— la Corte tiene competencia para pronunciarse sobre la controversia surgida entre el Reino de Bélgica y la República del Senegal relativa al cumplimiento del Senegal de su obligación de procesar al Sr. Habré o de extraditarlo a Bélgica para someterlo a un proceso penal;

— la queja de Bélgica es admisible;

— la República del Senegal debe proceder a iniciar actuaciones penales contra el Sr.

Habré por actos que incluyen delitos de tortura y crímenes de lesa humanidad por los que se le acusa de autor, coautor o cómplice;

— si la República del Senegal no cumpliera con su deber de procesar al Sr. Habré, deberá extraditarlo al Reino de Bélgica para que pueda responder de estos crímenes ante los tribunales belgas”;

y se reserva el derecho de revisar o añadir condiciones a la Solicitud.

La Corte recuerda que, el 19 de febrero de 2009, habiendo presentado su Solicitud, Bélgica presentó una Petición para que se indicaran medidas provisionales, apoyándose en el Artículo 41 del Estatuto de la Corte y en los Artículos 73 al 75 del Reglamento de la Corte. En la Petición, Bélgica invoca las mismas bases de competencia de la Corte con las que fundamenta su Solicitud y pide a la Corte que “indique, en espera del fallo definitivo sobre el fondo de la causa, la adopción de medidas provisionales solicitando al Senegal que haga todo lo que esté en su mano para mantener al Sr. Habré bajo el control y la vigilancia de las autoridades judiciales del Senegal para que el reglamento del derecho internacional en virtud del cual Bélgica solicita el cumplimiento sea aplicado correctamente”.

Bélgica declara que “[e]n este momento, el Sr. Habré se encuentra bajo arresto domiciliario en Dakar, pero de una entrevista que el Presidente del Senegal, A. Wade, concedió a la Radio France Internationale se desprende que el Senegal podría levantar la orden de arresto domiciliario en caso de no conseguir los fondos que considera necesarios para celebrar el juicio del Sr. Habré”. Según Bélgica, en caso de que esto ocurriera, el Sr. Habré tendría muchas facilidades para abandonar el Senegal y evitar ser juzgado, causando, de esta forma, un perjuicio irreparable al derecho conferido a Bélgica en virtud del derecho internacional de someterlo a un proceso penal. Asimismo, Bélgica declara que esto violaría la obligación del Senegal de procesar al Sr. Habré por los crímenes que se le imputan en virtud del derecho internacional, en defecto de su extradición a Bélgica.

En su primera ronda de observaciones orales, Bélgica también invocó ciertas declaraciones recientes realizadas por el Presidente Wade, que, según Bélgica, indicaban que si el Senegal no conseguía los fondos necesarios para organizar el juicio contra el Sr. Habré, podría poner fin a las actuacio-

nes judiciales iniciadas contra él, suspender la vigilancia o transferirlo a otro Estado en cualquier momento.

La Corte declara que, en su primera ronda de observaciones orales, el Senegal afirmó que, desde 2005, tenía la intención, tal y como declaró el Presidente Wade, de llevar al Sr. Habré ante los tribunales senegaleses, cumpliendo así con su obligación establecida por el derecho internacional. Asimismo, el Senegal afirmó que, al no reunirse las condiciones necesarias para indicar medidas provisionales en el presente caso, la petición de Bélgica de que adoptara dichas medidas carecía de fundamento. Asimismo, la indicación de medidas provisionales solicitada por Bélgica prejuzgaría el fondo de la causa y privaría al Senegal de los derechos que le asisten en virtud de las normas internacionales, en especial de la Convención contra la Tortura.

El Replicante también declaró que, a raíz de la solicitud de extradición del Sr. Habré presentada por Bélgica, este fue detenido y puesto bajo custodia el 15 de noviembre de 2005 en espera de ser extraditado, pero que la Sala de Acusación del Tribunal de Apelación de Dakar falló que no tenía competencia sobre la solicitud de extradición del Sr. Habré argumentando que este disfrutaba de inmunidad de jurisdicción por ostentar el cargo de Jefe de Estado en la época en la que tuvieron lugar los actos. El Senegal declaró que el 23 de diciembre de 2005 informó a Bélgica de esta decisión, que ponía fin a la actuación de extradición. El Senegal explicó que, en estas circunstancias, había buscado el apoyo de la Unión Africana y le había sometido el asunto y que, el 2 de julio de 2006, los Jefes de Estado y el Gobierno de la Unión

Africana confirieron al Senegal el mandato de procesar al Sr. Habré. El Senegal declaró que no existía ninguna controversia jurídica entre las Partes sobre la interpretación o aplicación de una norma jurídica internacional y, en especial, del reglamento dispuesto en la Convención contra la Tortura.

La Corte observa que, en su segunda ronda de observaciones orales, Bélgica argumentó que la controversia surgida entre su país y el Senegal giraba en torno a la cuestión, en primer lugar, de si la obligación de procesar al Sr. Habré derivaba del mandato conferido al Senegal por la Unión Africana y, en segundo lugar, de si el Senegal ya había cumplido las obligaciones que le incumbían con arreglo a las disposiciones de la Convención contra la Tortura sometiendo el caso a la Unión Africana.

La Corte recuerda que, en respuesta a la pregunta formulada por un miembro de la Corte durante la vista, el Solicitante subrayó que la declaración solemne realizada por un Agente del Senegal ante la Corte, en nombre de su gobierno, podía considerarse razón suficiente para que Bélgica considerara que su petición para la indicación de medidas provisionales carecía de objeto, en el caso de que dicha declaración fuera clara e incondicional, y que garantizaría que el Senegal adoptaría las medidas necesarias para impedir que el Sr. Habré abandonara el territorio senegalés hasta que la Corte pronunciara su fallo definitivo. Bélgica también expre-

só su deseo de que la Corte incluyera alguna declaración de este tipo en la parte operativa de su Fallo.

La Corte observa que, en su segunda ronda de observaciones orales, el Senegal sostuvo que su obligación de procesar al Sr. Habré emanaba de las disposiciones de la Convención contra la Tortura, no del mandato conferido por la Unión Africana, y resolvió que, por tanto, se ponía de manifiesto la ausencia de una controversia entre las Partes. El Senegal también destacó que las declaraciones realizadas por el Presidente Wade en los medios de comunicación no indicaban la existencia de un riesgo serio real de evasión de la justicia por parte del Sr. Habré. Además, en respuesta a la pregunta formulada por un miembro de la Corte durante la vista, el Replicante declaró solemnemente que nunca permitiría que el Sr. Habré abandonara el territorio senegalés mientras el caso siguiera en manos de la Corte.

Razonamiento de la Corte

Competencia prima facie

La Corte comienza recordando que, en los casos de peticiones para la indicación de medidas provisionales, no es necesario, antes de decidir si se dicta o no la adopción de dichas medidas, que esta establezca de manera definitiva que tiene competencia sobre el fondo de la causa, sino que solo podría indicar la adopción de esas medidas si las disposiciones en las que se basa el Solicitante parecen constituir, a primera vista, una base sobre la cual podría fundamentar su competencia. Habida cuenta de que Bélgica desea fundamentar la competencia de la Corte en el Artículo 30 de la Convención contra la Tortura y en las declaraciones realizadas por los dos Estados conforme al párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto, la Corte estimó necesario tratar de establecer si la cláusula compromisoria dispuesta en la Convención, o las declaraciones sobre las que se basa, le confería competencia *prima facie* para pronunciarse sobre el fondo de la causa, permitiéndole indicar las medidas provisionales si se considera que las circunstancias así lo requieren.

- Controversia

La Corte observa que tanto Bélgica como el Senegal son Estados Parte en la Convención contra la Tortura. Teniendo en cuenta que el primer requisito para que se establezca la competencia de la Corte sobre esta base es que exista una “controversia entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o aplicación de esta Convención”, entra dentro de la competencia de la Corte en este punto de la actuación, en primer lugar, establecer si a primera vista existía tal controversia en la fecha de presentación de la Solicitud.

La Corte destaca que, posteriormente al fallo pronunciado por el Tribunal de Apelación de Dakar en virtud del cual se ponía fin a la actuación de extradición del Sr. Habré a Bélgica, el Senegal sometió el asunto a la Unión Africana e informó a Bélgica sobre esta decisión en una nota verbal fe-

chada a 23 de diciembre de 2005, a la que Bélgica respondió mediante otra nota verbal el 11 de enero de 2006, arguyendo si el Senegal podía cumplir su obligación establecida por la Convención contra la Tortura mediante el sometimiento de una cuestión contemplada en esa Convención a una organización internacional. Bélgica sostuvo que el Senegal estaba incumpliendo su obligación establecida por la Convención contra la Tortura, en especial el Artículo 7, ya que no había iniciado actuaciones judiciales contra el Sr. Habré, en defecto de extraditarlo a Bélgica, para que respondiera de los actos de tortura que se le imputaban. El Senegal consideró que había adoptado medidas para cumplir dicha obligación y reafirmó su voluntad de continuar con el proceso en curso para asumir plenamente su obligación como Estado Parte en la Convención contra la Tortura. A la luz de lo anterior, la Corte observa que aparentemente a primera vista existía una controversia con respecto a la interpretación y la aplicación de la Convención entre las Partes en la fecha en que fue presentada la Solicitud.

A continuación, la Corte regresa a la cuestión de si la Solicitud cesó de tener un objeto al desaparecer la controversia existente en el momento de la presentación, en particular habida cuenta de que el Senegal reconoció durante la vista que un Estado Parte en la Convención contra la Tortura no puede cumplir las obligaciones dispuestas en la Convención por el mero hecho de someter la cuestión a una organización internacional. La Corte observa, no obstante, que las Partes parecen continuar en desacuerdo sobre otras cuestiones relativas a la interpretación o aplicación de la Convención contra la Tortura, como la cuestión sobre el marco temporal dentro del cual deben cumplirse las obligaciones que les incumben con arreglo al Artículo 7 o la cuestión sobre las circunstancias (financieras, jurídicas, u otras dificultades) que podrían ser relevantes a la hora de determinar si ha tenido lugar o no un incumplimiento de esas obligaciones. Asimismo, la Corte observa que las Partes parecen seguir manteniendo opiniones divergentes sobre la forma en que el Senegal debería cumplir las obligaciones que le incumben con arreglo a los tratados. Por lo tanto, resuelve que, a primera vista, parece seguir existiendo entre las Partes una controversia de la naturaleza contemplada en el Artículo 30 de la Convención contra la Tortura, incluso habiendo cambiado la causa de dicha controversia desde que fuera presentada la Solicitud.

- Condiciones procedimentales

La Corte también destaca que el Artículo 30 de la Convención contra la Tortura establece, en primer lugar, que cualquier controversia presentada a la Corte debe ser tal que “no pueda solucionarse mediante negociaciones”. La Corte considera que, en la fase de determinación de competencia *prima facie*, le basta con saber que Bélgica ha realizado un intento de negociar. La Corte considera que la correspondencia diplomática, en especial la nota verbal del 11 de enero de 2006, mediante la cual Bélgica expresaba su deseo de pre-

sentar ciertas aclaraciones al Gobierno del Senegal “dentro del marco del procedimiento de negociaciones dispuesto en el Artículo 30 de la Convención contra la Tortura.”, muestra que Bélgica hizo un intento por solucionar dicha disputa mediante negociaciones y que no puede deducirse que las negociaciones propuestas tuvieran el efecto de resolver la controversia. La Corte concluye por lo tanto que el requisito mediante el cual la controversia “no puede solucionarse mediante negociaciones” debe ser considerado como satisfecho a primera vista.

La Corte observa que la Convención establece, en segundo lugar, que una controversia surgida entre Estados Partes que no haya sido solucionada mediante negociaciones se someterá a arbitraje, a petición de uno de ellos, y que solo se someterá a la Corte si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo. La Corte considera que la nota verbal del 20 de junio de 2006 contiene un ofrecimiento explícito de Bélgica al Senegal de solicitar recurso de arbitraje, en virtud del párrafo 1 del Artículo 30 de la Convención contra la Tortura, con el objetivo de solucionar la controversia relativa a la aplicación de la Convención en el caso del Sr. Habré. La Corte destaca que, en este punto de la actuación, le basta con observar que, incluso suponiendo que dicha nota verbal nunca llegara a su destino, la nota verbal de Bélgica del 8 de mayo de 2007 hace mención explícita a la misma y se ha confirmado que se comunicó de esta segunda nota al Senegal y que este la recibió más de seis meses antes de la fecha de referencia a la Corte, esto es, el 19 de febrero de 2009.

A la luz de lo anterior, la Corte observa que tiene competencia *prima facie* sobre el caso en virtud del Artículo 30 de la Convención contra la Tortura, que considera suficiente para permitirle indicar las medidas provisionales solicitadas por Bélgica, si las circunstancias así lo requirieran. Por tanto, la Corte considera que no es necesario averiguar, en este punto, si la segunda base de competencia afirmada por Bélgica, las declaraciones realizadas por las Partes en virtud del párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto, pudiera también, a primera vista, ofrecer una base sobre la que pudiera fundamentarse la competencia de la Corte.

Relación existente entre el derecho protegido y las medidas solicitadas

La Corte recuerda que su poder para indicar medidas provisionales en virtud del Artículo 41 del Estatuto tiene como objeto preservar los respectivos derechos de las Partes en espera de su fallo y que la Corte debe velar por que dichas medidas preserven los derechos que la Corte podría conceder o bien al Solicitante o bien al Replicante. Asimismo, recuerda que debe establecerse, por tanto, una relación entre las medidas provisionales solicitadas y los derechos que son el objeto de la actuación ante la Corte en cuanto al fondo de la causa. La Corte declara que su poder de indicar medidas provisio-

nales debería ejercerse solamente si los derechos afirmados por una parte son aparentemente plausibles.

La Corte observa que las medidas provisionales solicitadas en el presente caso tienen como objetivo garantizar que el Senegal adopte las medidas necesarias para mantener al Sr. Habré bajo la vigilancia y el control de las autoridades senegalesas hasta que la Corte pronuncie su fallo definitivo. Asimismo, señala que la posible huida del territorio senegalés del Sr. Habré afectaría con toda probabilidad a los derechos que podrían ser conferidos a Bélgica en cuanto al fondo.

Además, si bien la Corte no necesita en este punto establecer de manera definitiva la existencia de los derechos reclamados por Bélgica o determinar la capacidad de Bélgica de hacerlos valer, la Corte observa que estos derechos están fundados en una posible interpretación de la Convención contra la Tortura y por lo tanto parecen ser plausibles. A la luz de lo anterior, la Corte resuelve que, también desde esta perspectiva, podrían indicarse las medidas provisionales solicitadas si las circunstancias así lo requirieran.

Riesgo de perjuicio y urgencia irreparables

La Corte recuerda que su poder de indicar medidas provisionales será ejercido en caso de urgencia, en el sentido de que exista un riesgo real e inminente de que pueda causarse un perjuicio irreparable a los derechos objeto de controversia antes de que la Corte pronuncie su fallo definitivo.

La Corte observa que Bélgica invoca entrevistas recientes ofrecidas por el Presidente del Senegal, el Sr. Abdoulaye Wade, a la Radio France Internationale, al periódico español *El Público*, al periódico francés *La Croix* y a la Agence France Presse, en los que el Presidente declaró que no pretendía mantener al Sr. Habré en el Senegal indefinidamente si la comunidad internacional no proporcionaba los fondos suficientes para organizar el juicio. Según Bélgica, el Senegal podría, por tanto, levantar el arresto domiciliario del Sr. Habré.

La Corte señala que las declaraciones relativas a la posibilidad de huida del Sr. Habré del Senegal fueron realizadas por el Jefe de Estado senegalés y podrían, por tanto, haber preocupado a Bélgica. La Corte también observa que el Coagente de Bélgica afirmó, durante la vista, en respuesta a la misma pregunta formulada por un miembro de la Corte, que una declaración solemne “clara e incondicional” realizada por el Agente del Senegal, en nombre del gobierno de su país, bastaría para que Bélgica considerara que su Solicitud para indicar la adopción de medidas ya no tenía sentido.

La Corte observa que, según el Senegal, la declaración ofrecida por el Presidente Wade a Radio France Internationale, sobre cuya base Bélgica solicita la indicación de medidas provisionales, se ha sacado de contexto y “se le ha atribuido un significado... que obviamente no tenía”.

La Corte destaca que el Senegal ha afirmado en repetidas ocasiones que no tiene intención de levantar las medidas efectivas de vigilancia y control impuestas al Sr. Habré y ha

declarado en particular que el Sr. Habré no posee un documento válido para viajar, que

una unidad de élite de las fuerzas militares senegalesas se encargan de su vigilancia y que las medidas que ya ha aplicado están en consonancia con las disposiciones de la Convención y son idénticas a las medidas provisionales solicitadas por Bélgica.

La Corte recuerda que el Senegal ha declarado que las negociaciones con la Unión Europea y la Unión Africana, destinadas a obtener los fondos necesarios para procesar al Sr. Habré, están avanzando. La Corte también señala que el Senegal afirmó en varias ocasiones durante la vista que no estaba contemplando la idea de levantar la vigilancia y el control impuestos sobre la persona del Sr. Habré ni antes ni después de que la comunidad internacional le facilitara los fondos prometidos para sufragar los gastos derivados de la actuación judicial. La Corte cita al Coagente del Senegal, quien, al final de la vista, declaró solemnemente, en respuesta a una pregunta formulada por un miembro de la Corte, lo siguiente:

“El Senegal no permitirá que el Sr. Habré abandone el territorio senegalés mientras el caso aún esté en manos de la Corte. El Senegal no tiene intención de permitir que el Sr. Habré abandone el territorio hasta que la Corte emita su fallo definitivo.”

Conclusión

Tomando nota de las garantías expresadas por el Senegal, la Corte considera que el riesgo de que se cause un perjuicio a los derechos solicitados por Bélgica resulta improbable en la fecha de este Fallo y de lo anterior resuelve que no existe, en las circunstancias de este caso, ninguna urgencia para que la Corte indique la adopción de medidas provisionales.

Habiendo desestimado la Petición realizada por Bélgica para que se indicaran medidas provisionales, la Corte aclara que el fallo emitido en la presente actuación no prejuzga de ningún modo la cuestión relativa a la competencia de la Corte para pronunciarse sobre el fondo de la causa o cualquier cuestión relativa a la admisibilidad de la Solicitud, o relativa al propio fondo, y que esto no afecta al derecho de los Gobiernos de Bélgica y del Senegal a presentar argumentos respecto de esas cuestiones. Añade que el presente dictamen tampoco afecta al derecho de Bélgica de presentar en el futuro una nueva petición para que se indiquen medidas provisionales, en virtud del párrafo 3 del Artículo 75 del Reglamento de la Corte, basada en nuevos hechos.

*
* *
* *

Declaración conjunta de los Magistrados Koroma y Yusuf

En su declaración conjunta, los Magistrados Koroma y Yusuf declaran que, si bien han votado a favor del Fallo, han decidido, no obstante, agregar una declaración para destacar

que ambas Partes han reconocido que el derecho internacional ya no contempla la impunidad, independientemente del estatus del individuo, y que el Senegal está realizando esfuerzos para garantizar que no prevalezca la impunidad en este caso. Los Magistrados también desean destacar los esfuerzos realizados en contra de la impunidad por la Unión Africana, que ha reconocido que tiene competencia sobre el caso contra Hissène Habré.

Los autores de la declaración conjunta señalan que en el presente caso entre Bélgica y el Senegal, se debate la obligación del Senegal, según el derecho convencional y el derecho internacional consuetudinario, de procesar o extraditar (*aut dedere aut judicare*) al ex Presidente del Chad, Hissène Habré, por delitos que presuntamente cometió u ordenó cometer durante su mandato como Presidente. Recuerdan que la autoridad primaria convencional invocada por Bélgica para esta obligación es el párrafo 1 del Artículo 7 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Inhumanos, Crueles o Degradantes del 10 de diciembre de 1984. Recuerdan las condiciones de la ayuda solicitada por Bélgica en su Petición para que se indiquen medidas provisionales: que la Corte, en espera del fallo definitivo sobre el fondo de la causa, inste al Senegal a que “haga todo lo que esté en su poder para mantener al señor Habré bajo el control y la vigilancia de las autoridades judiciales del Senegal para que el reglamento del derecho internacional en virtud del cual Bélgica solicita el cumplimiento sea aplicado correctamente”.

Los Magistrados Koroma y Yusuf observan que el objetivo de las medidas provisionales es preservar los respectivos derechos de las partes hasta que la Corte pronuncie su fallo, para garantizar que no se cause un perjuicio irreparable a los derechos objeto de controversia en la actuación judicial. Destacan que el Senegal declaró en varias ocasiones durante las actuaciones orales ante la Corte que no liberaría al Sr. Habré hasta que el caso no se hubiera resuelto. Los Magistrados Koroma y Yusuf consideran que estas declaraciones preservan los derechos de las Partes y evitan el riesgo de causar un perjuicio irreparable de la misma forma que lo haría un fallo indicando la adopción de medidas provisionales, satisfaciendo así el objetivo de la petición de Bélgica. Los Magistrados consideraron que la Corte debería haber reconocido las declaraciones realizadas por el Senegal y declararon que, como resultado de estas, la petición para indicar medidas provisionales había perdido su objeto.

Opinión separada conjunta de los Magistrados Al-Khasawneh y Skotnikov

El Magistrado Al-Khasawneh y el Magistrado Skotnikov han votado a favor del fallo pronunciado por la Corte en contra de la indicación de medidas provisionales solicitada por Bélgica. Sin embargo, difieren de la opinión de la Corte en que se han reunido las condiciones necesarias para los propósitos de indicar medidas provisionales, en términos de

establecer competencia *prima facie* o examinar si la Solicitud carece de objeto. Destacan que la Corte aceptó el hecho de que la controversia, tal y como la plantea Bélgica, a la luz de las explicaciones ofrecidas por las Partes con respecto a sus respectivas posturas, ha cesado de existir, incluso a primera vista (párrafo 48 del Fallo). Estas explicaciones, como mínimo, deberían haber ayudado a la Corte a concluir que no podía establecerse su competencia *prima facie* para pronunciarse sobre el fondo de la causa, ya que existen serias dudas sobre la existencia de una controversia en el momento de presentar la Solicitud. Esta conclusión habría permitido continuar con el recurso interpuesto por Bélgica. Alternativamente, e incluso de forma más convincente, la Corte podría haber considerado que, teniendo en cuenta la explicación ofrecida por las Partes, no existe controversia alguna y por tanto, la Solicitud ha perdido su objeto. En lugar de eso, la Corte llegó a lo que, en opinión de los dos Magistrados, es una conclusión poco razonable por la que “parece que las Partes, no obstante, continúan manteniendo diferencias sobre otras cuestiones relativas a la interpretación o aplicación de la Convención contra la Tortura” (párrafo 48 del Fallo) y ofreció “otras cuestiones” que Bélgica nunca ha identificado como objeto de controversia y que, por consiguiente, el Senegal nunca ha abordado como tales.

El Magistrado Al-Khasawneh y el Magistrado Skotnikov recuerdan que la Corte ha tenido la ocasión de destacar, “la existencia de una controversia internacional es una cuestión de determinación objetiva” (*Interpretación de los Tratados de Paz entre Bulgaria, Hungría y Rumania, Primera fase, Opinión consultiva, Corte Internacional de Justicia, Reports 1950*, página 74). De hecho, esta determinación es parte integrante de la función judicial de la Corte. En su función de determinar la existencia de la controversia, la Corte debe actuar con diligencia y decisión, incluso a primera vista. Ambos Magistrados dudan de que la determinación de la Corte cumpla en este caso un requisito tan obvio.

Para concluir, el Magistrado Al-Khasawneh y el Magistrado Skotnikov expresan su deseo de que el hecho de que este caso siga ante la Corte no impida que posibles contribuidores proporcionen asistencia al Senegal para la organización del juicio contra el Sr. Habré.

Opinión disidente del Magistrado Cançado Trindade

El Magistrado Cançado Trindade disiente con la mayoría de los miembros de la Corte, y sostiene que las circunstancias del presente caso reúnen plenamente las condiciones para que la Corte indique medidas provisionales, que debería haber ordenado. Destaca, en primer lugar, que las medidas cautelares fueron transpuestas al procedimiento jurídico internacional para salvaguardar la eficacia de la propia función jurisdiccional, en particular frente a la posibilidad de un daño irreparable inminente y con el objetivo de asegurar la realización de la justicia. Las medidas provisionales, aunque indicadas a primera vista y no en base a pruebas sustanciales,

son necesariamente vinculantes. Este es el primer caso interpuesto ante la CIJ con arreglo a la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas (Artículo 30), y por ello la Corte concluyó que tenía competencia *prima facie*. Sin embargo, el Fallo emitido no refleja, a su juicio, todos los puntos que son relevantes para la correcta consideración de las cuestiones planteadas en la solicitud.

Observa que la Corte viene enfrentándose últimamente a situaciones, como la que plantea el presente caso, que son ejemplo de la superación de la dimensión estrictamente interestatal en el reconocimiento de los derechos que deben ser preservados mediante medidas provisionales (por ejemplo, órdenes indicadas con el objetivo de evitar el agravio de situaciones que causan un perjuicio a los derechos del ser humano). El derecho aquí invocado corresponde a las obligaciones dispuestas en la Convención contra la Tortura, que se encuentran ilustradas en el principio de jurisdicción universal (*dedere aut judicare*): el derecho que debe ser preservado es el derecho a la realización de la justicia.

El Magistrado Cançado Trindade recuerda que, durante la vista, ambas Partes, Bélgica y el Senegal, consideraron oportuno recordar las atrocidades cometidas bajo el régimen Habré (1982-1990) en el Chad, con miles de víctimas de serias violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional, como informó la Comisión de la Verdad del Chad en 1992, incluido el uso sistemático de la tortura, violando la prohibición absoluta de *jus cogens*. Si bien el caso interestatal se originó posteriormente, siendo las víctimas las que promovieron acciones legales, en el Senegal y en Bélgica, desde el 2000, no puede desasociarse de sus orígenes revelando la tragedia humana que tuvo lugar en el Chad durante el régimen Habré. En 2006, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas emitió una medida provisional en un caso interpuesto por un grupo de esas víctimas, y la Unión Africana ordenó al Senegal que el Sr. Habré fuera enjuiciado por un tribunal competente senegalés “en nombre de África”. Para ello, el Senegal enmendó su Código Penal y su Código de Proceso Penal a principios de 2007. El caso también se llevó ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y ante el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

A pesar de todo, añade el Magistrado Cançado Trindade, la impunidad ha prevalecido hasta la fecha, casi dos décadas después de que tuvieran lugar los hechos. Las víctimas supervivientes todavía piden que se haga justicia, y muchas de ellas han perecido en el intento. Los requisitos para que se indiquen medidas provisionales están claramente establecidos en el presente caso. Existe una urgencia, relativa a que se adopten medidas lo antes posible para preservar, y cumplir, el derecho a la realización de la justicia. Y existe un advenimiento de mayor daño irreparable; la impunidad en curso y prolongada equivale a una situación continua de daño irreparable a aquellos que no han encontrado justicia

mientras vivían. *Aut judicare* prohíbe los retrasos indebidos; la justicia atrasada es la denegación de la justicia.

Para el Magistrado Cançado Trindade, el fallo pronunciado por la Corte en contra de la indicación de medidas provisionales es, por tanto, susceptible de ser cuestionado. Además, incluso si la CIJ no quedara satisfecha con los argumentos esgrimidos por las Partes, estos no le vinculan; como dueña de su propia competencia, su Reglamento (apartados 1 y 2 del Artículo 75) le autoriza a indicar medidas provisionales *motu proprio*, incluso si estas son distintas de las solicitadas. La vigilancia domiciliaria del Sr. Habré en el Senegal constituye solo un aspecto del caso; otros aspectos, merecedores de una mayor atención de la Corte, persisten, como los altos costes aducidos para sufragar el juicio del Sr. Habré, junto con las medidas previas al juicio que deben adoptarse, y la ausencia de definición del tiempo que aun debe transcurrir antes de la celebración del juicio.

El Magistrado Cançado Trindade resuelve que la Corte debería, por tanto, haber indicado medidas provisionales, pidiendo a las Partes que le informaran periódicamente sobre las medidas adoptadas para procesar al Sr. Habré en el Senegal lo antes posible. Esto habría estado en consonancia con la relevancia y la naturaleza del derecho que debe preservarse, el derecho a la realización de la justicia, y las obligaciones correspondientes *erga omnes partes* establecidas en la Convención contra la Tortura, que son obligaciones de resultado y no solo de conducta o comportamiento. De haberlo hecho así, la Corte habría sentado un precedente importante, cuando no histórico, en apoyo del principio de jurisdicción universal, y habría adquirido el papel de guardiana de la garantía colectiva de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura.

Opinión concurrente del Magistrado *ad hoc* Sur

En su opinión concurrente agregada al Fallo, el Magistrado Sur recuerda algunos principios fundamentales relativos al cargo de un Magistrado *ad hoc*. Su deber es conseguir la independencia y la objetividad de los demás magistrados. Asimismo, debe garantizar que los argumentos de la Parte que le eligió son tenidos en cuenta adecuadamente, incluso si no se actúa de acuerdo a ellos.

Si bien el Magistrado Sur expresa su acuerdo con la cláusula operativa del Fallo, lamenta el hecho de que la Corte no analizara el cambio de contenido de la Petición de Bélgica para la indicación de medidas provisionales, en virtud del cual el control que debía ser ejercitado por las “autoridades judiciales senegalesas” fue sustituido por el control que de-

bía ser ejercitado por las “autoridades senegalesas”. El control judicial solo es posible en el derecho senegalés en base a un acto de acusación formal, mientras que el control ejercido por las “autoridades senegalesas” hace referencia a una medida administrativa de control y vigilancia. Por tanto, la petición definitiva de Bélgica equivale a pedir la continuidad del control administrativo ya impuesto sobre el Sr. Habré, mientras que la petición inicial implicaba la necesidad de que el Senegal adoptara una nueva medida judicial. El Magistrado Sur opina que, sobre este punto, las Partes deberían haber dado cuenta de los argumentos esgrimidos.

A continuación, el Magistrado Sur considera el método utilizado por la Corte para examinar las condiciones necesarias para el ejercicio de su poder en la indicación de medidas provisionales. Observa que la Corte estudia su competencia prudente y cuidadosamente y la admisibilidad de la Petición a primera vista para dar cuenta del consentimiento otorgado por los Estados a su competencia. Pero se pregunta si sería mejor que tanto la Corte como las Partes reemplazaran la práctica actual, basada en una demostración positiva de su competencia *prima facie* y de la admisibilidad *prima facie*, por una demostración negativa, en virtud de la cual no carece de competencia manifiestamente y la Petición no es manifiestamente inadmisibile. De esta forma, la Corte podría concentrar sus esfuerzos en examinar las circunstancias que requieren, o no, la indicación de medidas provisionales, es decir, la urgencia, la relevancia de los derechos que deben preservarse y el riesgo de perjuicio irreparable. Un cambio como este en su competencia estaría más en consonancia con el Artículo 41 del Estatuto de la Corte que le confiere el poder para indicar independientemente medidas provisionales para preservar los derechos de cualquiera de las Partes en caso de que las circunstancias así lo requirieran.

Sin entrar en el fondo de la causa, el Magistrado Sur observa, por último, la cuestión de la existencia de una controversia entre las Partes en el momento de la decisión relativa al Fallo. Según el Magistrado, Bélgica y el Senegal están de acuerdo con que la Convención contra la Tortura obligue a sus Estados Partes a establecer su competencia penal y procesar a las personas acusadas de los delitos dispuestos en la misma, o, en su defecto, extraditarlas. Además, las peticiones de Bélgica han sido respondidas por las continuas declaraciones del Senegal de que iniciará el juicio contra el Sr. Habré a la mayor brevedad posible por todos los delitos que se le imputan y por las medidas jurídicas que ha tomado a ese respecto. Por tanto, en la fecha de este Fallo, no existe ninguna controversia entre las Partes, y la Corte debería haber desestimado la Petición de Bélgica por carecer de fundamento.

176. CAUSA RELATIVA A LA CONTROVERSIA SOBRE DERECHOS DE NAVEGACIÓN Y DERECHOS CONEXOS (COSTA RICA CONTRA NICARAGUA)

Fallo de 13 de julio de 2009

El 13 de julio de 2009, la Corte Internacional de Justicia dictó fallo en la causa relativa a la Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica contra Nicaragua).

La composición de la Corte fue la siguiente: Presidente Owada; Magistrados Shi, Koroma, Al-Khasawneh, Buergenthal, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf y Greenwood; Magistrado *ad hoc* Guillaume; Secretario Couvreur.

*
* * *

El párrafo de la parte dispositiva (párr. 156) del Fallo es el siguiente:

“... ”

LA CORTE,

1) Con respecto a los derechos de navegación de Costa Rica en el río San Juan de conformidad con el Tratado de 1858, en la parte en que la navegación es común,

a) Unánimemente,

Decide que Costa Rica tiene el derecho de libre navegación en el río San Juan con objetos de comercio;

b) Unánimemente,

Decide que el derecho de navegación con objetos de comercio otorgado a Costa Rica incluye el transporte de pasajeros;

c) Unánimemente,

Decide que el derecho de navegación con objetos de comercio otorgado a Costa Rica incluye el transporte de turistas;

d) Por 9 votos contra 5,

Decide que las personas que viajen por el río San Juan a bordo de embarcaciones costarricenses que ejerzan el derecho de libre navegación de Costa Rica no necesitan obtener visados de Nicaragua;

A FAVOR: Presidente Owada; Magistrados Shi, Buergenthal, Abraham, Keith, Bennouna, Cançado Trindade, Yusuf y Greenwood;

EN CONTRA: Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Sepúlveda-Amor y Skotnikov; Magistrado *ad hoc* Guillaume;

e) Unánimemente,

Decide que las personas que viajen por el río San Juan a bordo de embarcaciones costarricenses que ejerzan el derecho de libre navegación de Costa Rica no necesitan adquirir tarjetas de turista de Nicaragua;

f) Por 13 votos contra 1,

Decide que los habitantes de la ribera costarricense del río San Juan tienen derecho a navegar por el río entre las comunidades ribereñas para cubrir las necesidades básicas de la vida cotidiana que requieren transporte rápido;

A FAVOR: Presidente Owada; Magistrados Shi, Koroma, Al-Khasawneh, Buergenthal, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf y Greenwood;

EN CONTRA: Magistrado *ad hoc* Guillaume;

g) Por 12 votos contra 2,

Decide que Costa Rica tiene derecho a navegar por el río San Juan en embarcaciones oficiales utilizadas únicamente en situaciones específicas para prestar servicios esenciales a los habitantes de las zonas ribereñas en las que el transporte rápido sea esencial para satisfacer las necesidades de los habitantes;

A FAVOR: Presidente Owada; Magistrados Shi, Koroma, Al-Khasawneh, Buergenthal, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Cançado Trindade, Yusuf y Greenwood;

EN CONTRA: Magistrado Skotnikov; Magistrado *ad hoc* Guillaume;

h) Unánimemente,

Decide que Costa Rica no tiene derecho a navegar por el río San Juan en embarcaciones que desempeñen funciones policiales;

i) Unánimemente,

Decide que Costa Rica no tiene derecho a navegar por el río San Juan a efectos de rotación del personal de los puestos fronterizos de policía ubicados a lo largo de la ribera derecha del río ni a efectos de reabastecimiento de dichos puestos con equipos oficiales, entre los que se incluyen armas y municiones de servicio;

2) Con respecto al derecho de Nicaragua a regular la navegación en el río San Juan, en la parte en que la navegación es común,

a) Unánimemente,

Decide que Nicaragua tiene derecho a exigir a las embarcaciones costarricenses y a sus pasajeros que se detengan en el primero y último puesto de Nicaragua en su ruta a lo largo del río San Juan;

b) Unánimemente,

Decide que Nicaragua tiene derecho a exigir a las personas que viajen por el río San

Juan que lleven consigo un pasaporte o un documento de identidad;

c) Unánimemente,

Decide que Nicaragua tiene derecho a emitir certificados de autorización de salida a las embarcaciones costarricenses que ejerzan el derecho de libre navegación de Costa Rica, pero no tiene derecho a exigir el pago de una tasa por la emisión de dichos certificados;

d) Unánimemente,

Decide que Nicaragua tiene derecho a imponer horarios para la navegación a las embarcaciones que naveguen por el río San Juan;

e) Unánimemente,

Decide que Nicaragua tiene derecho a exigir a las embarcaciones costarricenses equipadas con mástiles o torretas que enarboles el pabellón de Nicaragua;

3) Con respecto a la pesca de subsistencia, Por 13 votos contra 1,

Decide que Nicaragua debe respetar como un derecho consuetudinario la pesca por parte de los habitantes de la ribera costarricense del río San Juan realizada con fines de subsistencia desde dicha ribera;

A FAVOR: Presidente Owada; Magistrados Shi, Koroma, Al-Khasawneh, Buergenthal, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf y Greenwood; Magistrado *ad hoc* Guillaume;

EN CONTRA: Magistrado Sepúlveda-Amor;

4) Con respecto al cumplimiento por parte de Nicaragua de sus obligaciones internacionales en virtud del Tratado de 1858,

a) Por 9 votos contra 5,

Decide que Nicaragua actúa de conformidad con sus obligaciones en virtud del Tratado de 1858 cuando exige a las personas que viajan por el río San Juan a bordo de embarcaciones costarricenses que ejercen el derecho de libre navegación de Costa Rica obtener visados de Nicaragua;

A FAVOR: Presidente Owada; Magistrados Shi, Buergenthal, Abraham, Keith, Bennouna, Cañado Trindade, Yusuf y Greenwood;

EN CONTRA: Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Sepúlveda-Amor y Skotnikov; Magistrado *ad hoc* Guillaume;

b) Unánimemente,

Decide que Nicaragua no actúa de conformidad con sus obligaciones en virtud del Tratado de 1858 cuando exige a las personas que viajan por el río San Juan a bordo de embarcaciones costarricenses que ejercen el derecho de libre navegación de Costa Rica adquirir tarjetas de turismo de Nicaragua;

c) Unánimemente,

Decide que Nicaragua no actúa de conformidad con sus obligaciones en virtud del Tratado de 1858 cuando exige a los operadores de embarcaciones que ejercen el derecho de libre navegación de Costa Rica pagar tasas por los certificados de autorización de salida;

5) Unánimemente,

Rechaza todas las demás alegaciones presentadas por Costa Rica y Nicaragua.

*
* *

Los Magistrados Sepúlveda-Amor y Skotnikov agregaron al fallo opiniones separadas y el Magistrado *ad hoc* Guillaume una declaración.

*
* *

La Corte comienza recordando que, el 29 de septiembre de 2005, la República de Costa Rica (llamada en adelante “Costa Rica”) presentó en la Secretaría de la Corte una Solicitud para incoar un procedimiento contra la República de Nicaragua (llamada en adelante “Nicaragua”) con respecto a una “controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos de Costa Rica en el río San Juan”.

La Corte observa que, en su Solicitud, Costa Rica pretende basar la jurisdicción de la Corte en la declaración que realizó el 20 de febrero de 1973 en virtud del párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto, así como en la declaración realizada por Nicaragua el 24 de septiembre de 1929 en virtud del artículo 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional y que se considera, en cumplimiento del párrafo 5 del artículo 36 del Estatuto de la presente Corte, para el período que está todavía en curso, que es la aceptación de la jurisdicción obligatoria de esta Corte. Costa Rica también pretende basar la jurisdicción de la Corte en el Acuerdo Tovar- Caldera suscrito entre las Partes el 26 de septiembre de 2002. Además, Costa Rica apela como fundamento de la jurisdicción de la Corte a las disposiciones del artículo XXXI del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, denominado oficialmente, de conformidad con el artículo LX del mismo, “Pacto de Bogotá”.

La Corte señala que, en sus alegaciones finales, Costa Rica solicita a la Corte que falle y declare que Nicaragua incumple sus obligaciones internacionales al denegar a Costa Rica el libre ejercicio de sus derechos de navegación y derechos conexos en el río San Juan. En particular, Costa Rica pide a la Corte que falle y declare que,

“con su conducta, la República de Nicaragua ha incumplido:

a) la obligación de permitir a todas las embarcaciones costarricenses y a sus pasajeros navegar libremente por el

río San Juan con objetos de comercio, incluidos la comunicación y el transporte de pasajeros y turistas;

b) la obligación de no imponer ninguna tasa ni tarifa a las embarcaciones costarricenses ni a sus pasajeros para navegar por el río;

c) la obligación de no exigir a las personas que ejerzan el derecho de libre navegación por el río que lleven consigo pasaportes o que obtengan visados de Nicaragua;

d) la obligación de no exigir a las embarcaciones costarricenses ni a sus pasajeros que se detengan en algún puesto de Nicaragua a lo largo del río;

e) la obligación de no poner otros impedimentos en el ejercicio del derecho de libre navegación, incluidos los horarios de navegación y las condiciones relativas a los pabellones;

f) la obligación de permitir a las embarcaciones costarricenses y a sus pasajeros, mientras están llevando a cabo dicha navegación, atracar en las riberas del río, en la parte en que la navegación es común, sin cobrarse ninguna clase de impuestos, a no ser que se establezcan de acuerdo entre ambos Gobiernos;

g) la obligación de conceder a las embarcaciones oficiales costarricenses el derecho a navegar por el río San Juan, inclusive a efectos de reabastecimiento y rotación del personal de los puestos fronterizos a lo largo de la ribera derecha del río con su equipo oficial, incluidas armas y munición de servicio, y a efectos de protección, tal y como se establece en los instrumentos pertinentes y, en particular, en el segundo artículo del Laudo arbitral de Cleveland;

h) la obligación de facilitar y acelerar el tráfico en el río San Juan, en los términos previstos en el Tratado de 15 de abril de 1858 y su interpretación por el Laudo arbitral de Cleveland de 1888, de conformidad con el artículo 1 del Acuerdo bilateral de 9 de enero de 1956;

i) la obligación de permitir a los ribereños de la ribera costarricense pescar en el río con fines de subsistencia”.

Además, Costa Rica solicita a la Corte que falle y declare que, con motivo de los incumplimientos anteriormente mencionados,

“Nicaragua está obligada a:

a) cesar inmediatamente todo incumplimiento de las obligaciones que tenga un carácter continuo;

b) indemnizar a Costa Rica por todos los daños ocasionados a este país como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones anteriormente mencionadas mediante la restauración de la situación anterior a los incumplimientos de Nicaragua y una compensación económica, cuyo importe se determinará en una fase independiente del presente procedimiento; y

c) proporcionar garantías adecuadas de que no volverá a repetirse esta conducta ilegal de la forma que ordene la Corte.”

Costa Rica también solicita a la Corte que rechace la solicitud de Nicaragua de una declaración.

En sus alegaciones finales, Nicaragua pide a la Corte que falle y declare que las solicitudes presentadas por Costa Rica

“se rechacen en términos generales, y en particular, basándose en los siguientes argumentos:

a) bien porque no existe incumplimiento de las disposiciones del Tratado de Límites de 15 de abril de 1858 ni de ninguna otra obligación internacional de Nicaragua;

b) bien, según corresponda, porque el incumplimiento de la obligación que se alega no representa una obligación en virtud de las disposiciones del Tratado de Límites de 15 de abril de 1858 o en virtud del derecho general internacional.”

Además, Nicaragua solicita a la Corte que realice una declaración formal sobre las cuestiones planteadas en su Contramemoria y su Dúplica, y como se ha reiterado en las vistas:

i) Costa Rica está obligada a cumplir con los reglamentos de navegación (y atraque) en el río San Juan impuestos por las autoridades nicaragüenses, en particular los relacionados con cuestiones de salud y seguridad;

ii) Costa Rica tiene que pagar por los servicios especiales prestados por Nicaragua en el uso del río San Juan, ya sea para navegar o para atracar en las riberas nicaragüenses;

iii) Costa Rica tiene que cumplir con el pago de todas las tasas razonables correspondientes a las mejoras introducidas en la navegación del río con respecto a la situación en 1858;

iv) sólo se pueden utilizar embarcaciones de transporte público con pago durante el tránsito real de las mercancías autorizadas por el Tratado, y con especial referencia al mismo;

v) Nicaragua tiene derecho a dragar el río San Juan con el fin de que la corriente de agua sea la misma que la obtenida en 1858, incluso aunque ello afecte a la corriente de agua de otros receptores actuales de dicho caudal, como el río Colorado.”

Razonamiento de la Corte

I. Contexto geográfico e histórico y origen de la controversia

Haciendo referencia al contexto geográfico e histórico de la causa, la Corte señala que los Gobiernos de Costa Rica y Nicaragua alcanzaron un acuerdo el 15 de abril de 1858 sobre un Tratado de Límites, que fue ratificado por Costa Rica el 16 de abril de 1858 y por Nicaragua el 26 de abril de 1858. El Tratado de Límites de 1858 fijó el trazado de la frontera entre Costa Rica y Nicaragua desde el Océano Pacífico al Mar Caribe. Entre un punto a tres millas inglesas de Castillo

Viejo, una ciudad en territorio nicaragüense, y el Mar Caribe, el Tratado fijó la frontera a lo largo de la ribera derecha del río San Juan. Estableció el dominio y sumo imperio de la jurisdicción nicaragüense sobre las aguas del San Juan, pero al mismo tiempo confirmó los derechos de navegación de Costa Rica “con objetos de comercio” en el curso inferior del río.

Después de que Nicaragua impugnara en diversas ocasiones la validez del Tratado de 1858, las Partes remitieron la cuestión al arbitraje del Presidente de los Estados Unidos. Asimismo, las Partes acordaron que si el Tratado de 1858 se consideraba válido, el Presidente Cleveland también debería decidir si Costa Rica podía navegar por el río San Juan con embarcaciones de guerra o de transporte público con pago. En su Laudo arbitral presentado el 22 de marzo de 1888, el Presidente Cleveland sostuvo que el Tratado de 1858 era válido y, además, afirmó, haciendo referencia al artículo VI del Tratado de 1858, que Costa Rica no tenía derecho de navegación por río el San Juan con embarcaciones de guerra, si bien podía navegar con embarcaciones de guerra destinadas a transporte público con pago, dado que éstas pueden estar relacionadas con la navegación “con objetos de comercio”.

El 5 de agosto de 1914, Nicaragua suscribió un tratado con los Estados Unidos (Tratado Chamorro-Bryan) en virtud del cual se concedió a los Estados Unidos “derechos de propiedad exclusivos” y perpetuos para la construcción y el mantenimiento de un canal interoceánico a través del río San Juan. El 24 de marzo de 1916, Costa Rica entabló una acción contra Nicaragua ante la Corte Centroamérica de Justicia denunciando que Nicaragua había incumplido su obligación de consultar a Costa Rica antes de emprender cualquier proyecto de canalización de conformidad con el artículo VIII del Tratado de 1858. El 30 de septiembre de 1916, la Corte Centroamérica de Justicia estableció que, al no consultar a Costa Rica, Nicaragua había infringido los derechos garantizados a Costa Rica por el Tratado de Límites de 1858 y el Laudo arbitral de Cleveland de 1888.

El 9 de enero de 1956 Costa Rica y Nicaragua suscribieron un Acuerdo (Acuerdo Fournier-Sevilla) de conformidad con cuyos términos las partes acordaron facilitar y acelerar el tráfico, en particular a través del río San Juan, y acordaron cooperar para proteger la frontera común.

En la década de 1980 dio comienzo una serie de incidentes relacionados con el régimen de navegación del río San Juan. Durante ese período Nicaragua introdujo una serie de restricciones a la navegación por parte de Costa Rica por el río San Juan, las cuales justificó como medidas excepcionales temporales para proteger la seguridad nacional de Nicaragua en el contexto de un conflicto armado. Algunas de esas restricciones se anularon debido a la protesta de Costa Rica. A mediados de los noventa, Nicaragua introdujo nuevas medidas, que incluían el pago de tasas por parte de los pasajeros que viajaran en embarcaciones costarricenses que navegaran por el río San Juan y la exigencia de que las embarcaciones

costarricenses se detuvieran en los puestos del ejército nicaragüense ubicados a lo largo del río.

En el mes de julio de 1998, nuevos desacuerdos entre las Partes en relación con el alcance de los derechos de navegación de Costa Rica en el río San Juan condujeron a la adopción de una serie de medidas por parte de Nicaragua. En particular, el 14 de julio de 1998, Nicaragua prohibió la navegación de embarcaciones costarricenses que transportaran miembros de las fuerzas de policía de Costa Rica. El 30 de julio de 1998, el Ministro nicaragüense de Defensa y el Ministro costarricense de Seguridad Pública firmaron un documento, conocido como Comunicado Conjunto Cuadra-Lizano. El texto permitía a las embarcaciones costarricenses de la policía armada navegar por el río para reabastecer sus puestos fronterizos de la ribera costarricense, siempre que los agentes de dichas embarcaciones llevaran sólo sus armas de servicio y lo notificaran previamente por escrito a las autoridades nicaragüenses, quienes podían decidir si las embarcaciones costarricenses debían ir acompañadas de una escolta nicaragüense. El 11 de agosto de 1998, Nicaragua declaró que consideraba que el Comunicado Conjunto Cuadra-Lizano quedaba jurídicamente nulo y sin valor. Costa Rica no aceptó esta declaración unilateral. Las diferencias en relación con el régimen de navegación en el río San Juan persistieron entre las Partes.

El 24 de octubre de 2001, Nicaragua expresó sus reservas a la declaración en la que aceptaba la jurisdicción de la Corte, de conformidad con las cuales ya no aceptaría la jurisdicción de la Corte en relación con “ninguna cuestión o denuncia basada en interpretaciones de tratados o laudos arbitrales que hubieran firmado y ratificado o dado antes del 31 de diciembre de 1901”. En virtud del Acuerdo Tovar-Caldera, suscrito por las Partes el 26 de septiembre de 2002, Nicaragua acordó una moratoria de tres años en relación con las reservas planteadas en 2001 a su declaración sobre la aceptación de la jurisdicción de la Corte. Por su parte, Costa Rica acordó que durante el mismo período de tres años no iniciaría ninguna acción ante la Corte Internacional de Justicia ni ante ninguna otra autoridad sobre cuestiones o protestas mencionadas en los tratados o acuerdos actualmente en vigor entre ambos países.

Una vez finalizado el período de tres años acordado sin que las Partes hubieran sido capaces de resolver sus diferencias, el 29 de septiembre de 2005, Costa Rica entabló un procedimiento ante la Corte contra Nicaragua en relación con sus controvertidos derechos de navegación y derechos conexos en el río San Juan. Nicaragua no ha presentado objeciones para que la jurisdicción de la Corte se encargue del caso.

II. *Derecho de libre navegación de Costa Rica en el río San Juan*

La Corte recuerda que las Partes están de acuerdo en que Costa Rica posee un derecho de libre navegación en la parte del río San Juan en la que la ribera derecha, es decir, la ribe-

ra costarricense, marca la frontera entre los dos Estados en virtud del Tratado de Límites suscrito entre ellos el 15 de abril de 1858. Aunque no se discute que la parte del río así definida pertenezca a Nicaragua, ya que la frontera recae en la ribera costarricense y Costa Rica posee un derecho de libre navegación, ambas Partes difieren en el fundamento jurídico de dicho derecho y, sobre todo, en su alcance exacto, en otras palabras, en los tipos de navegación que cubre.

1. *El fundamento jurídico del derecho de libre navegación*

La Corte observa que no considera que sea necesario adoptar una posición en esta causa sobre si existe, y de ser así hasta qué punto, en el derecho internacional consuetudinario un régimen aplicable a la navegación en “ríos internacionales”, ya sea de alcance universal o de naturaleza regional que cubra la zona geográfica en la que se encuentra el río San Juan. Tampoco considera que, en consecuencia, sea necesario establecer la cuestión de si el San Juan se incluye en la categoría de “ríos internacionales”, como sostiene Costa Rica, o si es un río nacional que incluye un elemento internacional, que es el argumento de Nicaragua. En opinión de la Corte, el Tratado de Límites de 1858 define completamente las normas aplicables a la parte del San Juan que genera la controversia en relación con la navegación. Dicho Tratado, interpretado a la luz de las disposiciones de otros tratados en vigor entre las Partes y de conformidad con las decisiones arbitrales o judiciales emitidas, es suficiente para establecer la cuestión del alcance del derecho de libre navegación de Costa Rica.

La Corte señala que la principal disposición en que se fundamenta el derecho de libre navegación de Costa Rica figura en el artículo VI del Tratado de 1858. Éste ha sido el objeto de los argumentos intercambiados entre las Partes sobre el alcance del derecho de navegación en el San Juan. El artículo VI, tras conferir a Nicaragua “exclusivamente el dominio y sumo imperio” sobre todo el río San Juan, concede a Costa Rica, en la parte del río posterior a la frontera entre los dos Estados, “los derechos perpetuos” de libre navegación “con objetos de comercio”, de conformidad con los términos de la versión española del Tratado, que es la única auténtica. Además, el artículo VI otorga a las embarcaciones de ambos países ribereños el derecho a atracar libremente en cualquiera de las riberas sin estar sujetas a “ninguna clase de impuestos”, a menos que así lo hayan acordado ambos Gobiernos.

La Corte señala que otras disposiciones del Tratado de 1858, aunque de menor importancia para los fines de la presente causa, también tienen relevancia por lo que respecta al derecho de navegación del río. Esto se aplica en particular al artículo IV, que obliga a Costa Rica a contribuir a la seguridad del río “en la parte de las riberas que le pertenece”, al artículo VIII, que obliga a Nicaragua a consultar a Costa Rica antes de alcanzar un acuerdo con un tercer Estado para la canalización o tránsito del río, y por supuesto al artículo II, que establece como frontera la ribera costarricense de la parte del río que constituye el problema de esta controversia.

En opinión de la Corte, además del Tratado de 1858, debería hacerse mención, entre los instrumentos del tratado que probablemente tengan efecto a la hora de determinar el derecho de navegación en el río y las condiciones para ejercerlo, al acuerdo suscrito el 9 de enero de 1956 entre los dos Estados (conocido como el Acuerdo Fournier-Sevilla), por el que las Partes acordaron colaborar en la medida de lo posible, en particular con el fin de facilitar y acelerar el tráfico en el río San Juan de conformidad con el Tratado de 1858 y el Laudo arbitral del Presidente Cleveland de 1888.

Los instrumentos del tratado anteriormente mencionados deben entenderse a la luz de dos decisiones importantes que solucionaron las diferencias que emergieron entre las Partes a la hora de determinar sus derechos y obligaciones respectivos: el Laudo arbitral del Presidente de los Estados Unidos de 22 de marzo de 1888 (conocido como el Laudo arbitral de Cleveland) y la decisión tomada, sobre la solicitud de Costa Rica, por la Corte Centroamérica de Justicia el 30 de septiembre de 1916.

La primera de estas dos decisiones reguló varias cuestiones relativas a la interpretación del Tratado de 1858 que dividió a las Partes en esta causa; la segunda concluyó que Nicaragua, al suscribir un acuerdo con los Estados Unidos que permitía la construcción y el mantenimiento de un canal interoceánico a través del río San Juan, había obviado el derecho de Costa Rica en virtud del artículo VIII de dicho Tratado de ser consultada antes de suscribir cualquier tipo de acuerdo de esa naturaleza.

Aunque ninguna de estas decisiones regula directamente las cuestiones que están ahora ante la Corte, contienen determinadas indicaciones que será necesario tener en cuenta para los fines de la presente causa.

2. *El alcance del derecho de libre navegación atribuido a Costa Rica*

La Corte observa que las Partes discrepan notablemente en la definición del ámbito de aplicación del derecho de libre navegación atribuido a Costa Rica, es decir, en los tipos de navegación que están cubiertos por el “derecho perpetuo” concedido a Costa Rica por el Tratado de 1858. Sus diferencias se refieren esencialmente a la interpretación de los términos “libre navegación ... con objetos de comercio” del artículo VI del Tratado de Límites; esto conlleva un importante desacuerdo en la definición de las actividades cubiertas por el derecho en cuestión y de aquellas que, no estando cubiertas, están sujetas al poder soberano de Nicaragua para autorizar y regular como crea conveniente cualquier actividad que tenga lugar en su territorio, del cual forma parte el río.

a) *El significado y alcance de la expresión “libre navegación ... con objetos de comercio”*

La Corte proporciona la versión española del artículo VI del Tratado de Límites, acompañada de su propia traducción

de esta disposición al inglés, omitiendo la frase que divide a las Partes.

El texto del Artículo VI es el siguiente:

“La República de Nicaragua tendrá exclusivamente el dominio y sumo imperio sobre las aguas del río San Juan, desde su salida del Lago hasta su desembocadura en el Atlántico, pero la República de Costa Rica tendrá en dichas aguas derechos perpetuos de libre navegación, desde la expresada desembocadura, hasta tres millas inglesas antes de llegar al Castillo Viejo con objetos de comercio ya sea con Nicaragua o al interior de Costa Rica, por los ríos de San Carlos o Sarapiquí, o cualquiera otra vía procedente de la parte que en la ribera del río San Juan se establece correspondiendo a esta República. Las embarcaciones de uno u otro país podrán indistintamente atracar en las riberas del río, en la parte en que la navegación es común, sin cobrarse ninguna clase de impuestos, a no ser que se establezcan de acuerdo entre ambos Gobiernos.”

La Corte señala que el desacuerdo entre las Partes es mayor en relación con el significado de los términos “con objetos de comercio”. Para Nicaragua, la versión española de esta expresión, que es la única auténtica, debe traducirse en francés como “avec des marchandises de commerce” y en inglés como “with articles of trade”; en otras palabras, los “objetos” en cuestión aquí son objetos en el sentido concreto y material del término. En consecuencia, la libertad de navegación garantizada a Costa Rica por el artículo VI sólo tiene relación con el transporte de bienes destinados a la venta en un intercambio comercial. Para Costa Rica, por el contrario, la expresión significa en francés “à des fins de commerce” y en inglés “for the purposes of commerce”; los “objetos” del texto original se refieren por tanto a objetos en el sentido abstracto de fines y propósitos. Por ello, de acuerdo con Costa Rica, la libertad de navegación que le concede el Tratado debe atribuirse al alcance más amplio posible del término, y en cualquier caso no engloba solamente el transporte de bienes, sino también el transporte de pasajeros, incluidos turistas.

i) *Observaciones preliminares*

La Corte señala que, en primer lugar, es a ella a quien corresponde interpretar las disposiciones de un tratado en la presente causa. Lo hará en los términos del derecho internacional consuetudinario sobre el tema, como se refleja en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, como ha afirmado la Corte en varias ocasiones (véase *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2007*, pp. 109-110, párr. 160; véase también *Controversia territorial (Jamahiriya Árabe Libia/Chad)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1994*, pp. 21-22, párr. 41).

En consecuencia, ni la circunstancia de que Nicaragua no sea parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los

Tratados ni el hecho de que el tratado que se va a interpretar aquí date de una fecha muy anterior a la redacción de dicha Convención tienen el efecto de evitar que la Corte se refiera a los principios de interpretación establecidos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena.

En segundo lugar, la Corte no está convencida del argumento de Nicaragua de que el derecho de libre navegación de Costa Rica deba interpretarse en un sentido estrecho porque representa un límite de la soberanía sobre el río conferida por el Tratado a Nicaragua, siendo éste el principio más importante establecido por el artículo VI.

En opinión de la Corte, aunque sea cierto que no se han de suponer limitaciones de la soberanía de un Estado sobre su territorio, ello no significa que las disposiciones del tratado que establecen dichas limitaciones, como las que se cuestionan en la presente causa, deban interpretarse a priori de forma restrictiva por ese motivo. Una disposición de un tratado que tenga el propósito de limitar los poderes de soberanía de un Estado debe interpretarse como cualquier otra disposición de un tratado, es decir, de conformidad con las intenciones de sus autores, tal como éstas se reflejan en el texto del tratado, y con los otros factores pertinentes en términos de interpretación.

A este respecto, la Corte señala que una simple lectura del artículo VI muestra que las Partes no intentaban establecer ninguna jerarquía entre la soberanía de Nicaragua sobre el río y el derecho de libre navegación de Costa Rica, caracterizado como “perpetuo”, ya que cada una de estas afirmaciones contrarresta la otra. La soberanía de Nicaragua se afirma solamente siempre que no perjudique la esencia del derecho de libre navegación de Costa Rica en su dominio, el establecimiento del cual es precisamente el objeto del conflicto; el derecho de libre navegación, aunque “perpetuo”, se concede solamente a condición de que no perjudique las prerrogativas esenciales de la soberanía territorial.

La Corte concluye que, por tanto, no cabe suponer, *a priori*, que a los términos “libre navegación ... con objetos de comercio” deba dárseles una interpretación especialmente restrictiva en lugar de una interpretación extensiva.

Por último, la Corte observa que ninguno de los puntos que se examinan en esta causa fue resuelto por el Laudo arbitral de Cleveland de 1888 o por la decisión de la Corte Centroamérica de Justicia de 1916. Cada una de las Partes se ha esforzado por utilizar estas decisiones anteriores en apoyo de su causa. Sin embargo, estos intentos no convencen a la Corte en favor de una ni de la otra.

El Laudo arbitral de Cleveland se limitó a resolver las cuestiones de interpretación que las Partes habían presentado expresamente al árbitro. Dichas cuestiones no se referían al significado de los términos “con objetos de comercio”; por tanto resulta trivial buscar en el Laudo arbitral la respuesta a una pregunta que no se planteó ante el árbitro. En consecuencia, aunque el Laudo arbitral declara que Costa Rica no

tiene, en virtud del Tratado, el derecho de navegación por el río San Juan con embarcaciones de guerra, mientras que sí lo tiene con embarcaciones de transporte público con pago, de esto no se desprende nada con respecto a las embarcaciones que pertenecen al Estado y que no se incluyen en ninguna de estas dos categorías. Del mismo modo, aunque el árbitro utilizase los términos “for the purposes of commerce” entre comillas, cabe suponer que simplemente lo hizo porque ésa era la traducción inglesa de los términos “con objetos de comercio” que ambas Partes habían proporcionado al árbitro, quien no deseaba, en su interpretación del Tratado, ir más allá de las cuestiones que se le plantearon.

Por lo que respecta a la decisión de la Corte Centroamérica de Justicia de 1916, con independencia de lo importante que pudiera ser, su parte dispositiva se basaba únicamente en la aplicación de las disposiciones expresas del artículo VIII del Tratado, que no son pertinentes para la presente causa.

ii) *El significado de la frase “con objetos”*

La Corte observa que la palabra española “objetos” puede, dependiendo del contexto, tener cualquiera de los dos significados propuestos. Tras haber examinado el contexto, la Corte opina que no se puede confirmar la interpretación defendida por Nicaragua. La principal razón para ello es que al atribuir el significado de “con bienes” o “con artículos” a la frase “con objetos” se deja sin sentido toda la oración en la que aparece la frase. Por el contrario, la interpretación de Costa Rica de los términos “con objetos” permite dar un significado coherente a toda la oración.

La Corte añade que esta observación está respaldada por tres argumentos adicionales que apuntan en todos los casos a la misma conclusión.

En primer lugar, “objetos” se utiliza en otro artículo del Tratado de 1858, el artículo VIII, en cuyo contexto sólo puede tener el significado abstracto de “propósitos” o “asuntos”: “Nicaragua se compromete a no concluir otro (contrato) sobre los expresados objetos ...”. Es razonable suponer que las Partes entendieron “objetos” en su sentido abstracto o, al menos, que este significado les resultaba familiar a la hora de aplicar el tratado.

En segundo lugar, puede deducirse otro indicio del Tratado de Paz “Cañas-Martínez” firmado por las Partes el 8 de diciembre de 1857, pero que nunca fue ratificado y por tanto no entró en vigor. Sobre la cuestión de la navegación por el río San Juan, este instrumento, sustituido por el Tratado de Límites de 1858, que repite algunas de las disposiciones anteriores, incluyó la expresión “artículos de comercio”, que se traduce indudablemente al inglés como “articles” o “goods of commerce”. Esto demostraría que cuando en aquel momento las Partes deseaban referirse a la propiedad física que puede ser objeto de transacciones comerciales, utilizaban otro término distinto de “objetos de comercio”, un término que tenía la ventaja de no ser ambiguo.

Por último, la Corte también considera significativo que en 1887, cuando cada una de las Partes presentó una traducción al inglés del Tratado de 1858 al Presidente Cleveland para que la utilizase en el procedimiento de arbitraje que se le pidió que llevase a cabo, aunque sus traducciones no eran idénticas en todos los puntos, utilizaron la misma frase para expresar el original “con objetos de comercio”: “for the purposes of commerce”.

Por tanto, es el significado de “con fines de comercio” el que acepta la Corte.

iii) *El significado de la palabra “comercio”*

A continuación, la Corte examina el significado de la palabra “comercio” en el contexto del artículo VI. En opinión de Nicaragua, a los efectos del Tratado, “comercio” cubre únicamente la adquisición y venta de mercancías, de bienes físicos, y excluye todos los servicios, como el transporte de pasajeros. Argumenta que, incluso, aunque la frase se traduzca por la expresión inglesa “for the purposes of commerce”, el resultado es el mismo, porque en 1858 la palabra “comercio” se refería necesariamente al comercio de bienes y no se extendía a los servicios, ya que la inclusión de éstos es un avance muy reciente. Nicaragua sostiene que es importante dar a los términos utilizados en el Tratado el significado que tenían en el momento en que se suscribió el mismo y no su significado actual, que puede ser bastante diferente, porque ésta es la única forma de permanecer fieles a la intención de los redactores del Tratado; y determinar esa intención es la tarea principal en el trabajo de interpretación.

Costa Rica argumenta que la palabra “comercio” tal como se utiliza en el Tratado incluye cualquier actividad que persiga fines comerciales, como, entre otros, el transporte de pasajeros, incluidos turistas, y el de bienes. En opinión de la Parte demandante, “comercio” incluye el desplazamiento y el contacto entre los habitantes de los pueblos de la ribera costarricense del río San Juan, y el uso del río con fines de navegación por funcionarios públicos de Costa Rica que prestan servicios esenciales a la población local, en ámbitos como la salud, la educación y la seguridad.

La Corte concluye que no puede suscribir la interpretación particularmente amplia defendida por Costa Rica ni tampoco la excesivamente estrecha sostenida por Nicaragua.

Con respecto a la primera, la Corte observa que, si se aceptase, entrarían dentro del ámbito de la “navegación con objetos de comercio” todas, o prácticamente todas, las formas de navegación en el río. Si ésa hubiera sido la intención de las partes del Tratado, sería difícil entender por qué se habían tomado la molestia de especificar que el derecho de libre navegación estaba garantizado “con objetos de comercio”, ya que este texto no habría tenido prácticamente ninguna repercusión.

Por lo que respecta a la interpretación estrecha sostenida por Nicaragua, la Corte señala que se basa principalmente en

dos argumentos: el primero se basa en la interpretación que hace la Parte demandada de la frase “con objetos”, que acaba de ser rechazada; el segundo se basa en la afirmación de que a “comercio” debería asignársele el significado estrecho que tenía cuando entró en vigor el Tratado. La Corte no está de acuerdo con este segundo argumento.

Es cierto que los términos utilizados en un tratado deben interpretarse a la luz de lo que se determina ha sido la intención común de las partes, que es, por definición, contemporánea a la conclusión del tratado. Eso puede llevar a una autoridad judicial que conozca de una controversia, o a las propias partes, cuando tratan de determinar el significado de un tratado para cumplir de buena fe con el mismo, a establecer el significado que tenía un término cuando se redactó el tratado, ya que ello puede arrojar luz sobre la intención común de las partes. La Corte ha procedido así en algunas causas que exigían que interpretase un término cuyo significado había evolucionado desde la conclusión del tratado en cuestión, y en esos casos la Corte se adhirió al significado original (a este efecto, véase, por ejemplo, el Fallo de 27 de agosto de 1952 en la causa relativa a los *Derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (Francia contra los Estados Unidos de América) (I.C.J. Reports 1952, p. 176)*, sobre la cuestión del significado de “controversia” en el contexto de un tratado concluido en 1836, habiendo determinado la Corte el significado de este término en Marruecos cuando se firmó el tratado; el Fallo de 13 de diciembre de 1999 en la causa relativa a *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia) (I.C.J. Reports 1999 (II), p. 1062, párr. 25)* con respecto al significado de “centro del canal principal” y “thalweg” cuando se concluyó el Acuerdo Anglo-Germano de 1890).

Sin embargo, en opinión de la Corte esto no significa que, cuando el significado de un término ya no sea el mismo que era en la fecha de conclusión del tratado, no deba tenerse en cuenta para nada su significado en el momento en que se va a interpretar el tratado para aplicarlo.

Por un lado, la práctica posterior de las partes, en el marco del significado de la letra *b)* del apartado 3 del artículo 31 de la Convención de Viena, puede dar lugar a un alejamiento de la intención original sobre la base de un acuerdo tácito entre las partes. Por otro lado, hay situaciones en las que la intención de las partes tras la conclusión del tratado fue, o se puede suponer que fue, dar a los términos empleados —o a algunos de ellos— un significado o contenido evolutivo, no uno fijado para siempre, de modo que permita, entre otras cosas, avanzar en el ámbito del derecho internacional. En dichos casos, con el objetivo de respetar la intención común de las partes en el momento en que se concluyó el tratado y de no desviarse de ella, debería tenerse en cuenta el significado adquirido por los términos en cuestión tras cada ocasión en que se va a aplicar el tratado.

Por tanto, cuando las partes han usado términos genéricos en un tratado, sabiendo que probablemente evolucionaría el

significado de los términos con los años, y cuando el tratado se concluyó hace mucho tiempo o es “de duración continuada”, cabe suponer que las partes, como norma general, tenían la intención de que el significado de dichos términos pudiera evolucionar. En opinión de la Corte, esto se aplica en la presente causa con respecto al uso del término “comercio” en el artículo VI del Tratado de 1858. En primer lugar, se trata de un término genérico que se refiere a un tipo de actividad. En segundo lugar, el Tratado de 1858 se suscribió con una duración ilimitada; desde el principio se pretendía crear un régimen jurídico caracterizado por su perpetuidad.

La Corte concluye de lo anterior que los términos con los que se ha definido el alcance del derecho de libre navegación de Costa Rica, incluido en particular el término “comercio”, deben entenderse por el significado que tienen en cada ocasión en que se vaya a aplicar el Tratado y no necesariamente por su significado original. Por tanto, incluso suponiendo que el concepto de “comercio” no tenga hoy el mismo significado que tenía a mediados del siglo XIX, es el significado actual el que debe aceptarse para la aplicación del Tratado.

Por consiguiente, la Corte concluye que el derecho de libre navegación en cuestión se aplica al transporte de personas, así como al transporte de bienes, ya que la actividad de transportar personas puede tener hoy en día un carácter comercial, por ejemplo, si el transportista lleva a cabo la actividad con fines lucrativos. La Corte no ve razones convincentes para excluir de esta categoría el transporte de turistas.

b) Las actividades cubiertas por el derecho de libre navegación de Costa Rica i) Navegación privada

La Corte considera que hay dos tipos de navegación privada que están cubiertos por el derecho de libre navegación en cumplimiento del artículo VI del Tratado de 1858: la navegación de embarcaciones que transportan bienes destinados a transacciones comerciales y la de embarcaciones que transportan pasajeros que pagan un precio no simbólico a cambio del servicio prestado.

Además, la Corte opina que los autores del Tratado de 1858 no podían tener la intención de privar a los habitantes de la ribera costarricense del río, en los puntos en que esta ribera constituye la frontera entre los dos Estados, del derecho de uso del río para satisfacer sus necesidades esenciales, incluso para actividades de una naturaleza no comercial, dada la geografía de la zona. Al decidir, en el artículo II del Tratado, fijar la frontera en la ribera del río, cabe suponer que las partes, en vista de los antecedentes históricos previos a la conclusión de este Tratado y del objeto y propósito del mismo como se definen en el preámbulo y en el artículo I, tenían la intención de mantener un derecho mínimo de navegación para que los costarricenses que vivieran en esa ribera pudieran continuar llevando una vida normal en los pueblos ubicados a lo largo del río. La Corte considera que aunque dicho derecho no se desprenda expresamente del texto del artículo VI, se puede deducir de las disposiciones del Tra-

tado en su conjunto y, en particular, de la manera en que se fijó la frontera.

(ii) “*Embarcaciones oficiales*”

Para la Corte, está claro que el Tratado de 1858 no establece, en su Artículo VI, ningún régimen especial para embarcaciones “oficiales” (o “públicas”). El único criterio establecido en el artículo VI no se basa en la propiedad pública o privada de la embarcación, sino en el objetivo de la navegación: bien se lleva a cabo con “objetos de comercio” y se beneficia de la libertad establecida; bien se lleva a cabo con objetos distintos del “comercio” y no disfruta de dichos beneficios.

La Corte opina que, como norma general, la navegación de las embarcaciones costarricenses para realizar actividades de orden público y servicios públicos que no pretenden obtener ganancias financieras, en particular las embarcaciones de policía, no se incluye en el ámbito del artículo VI del Tratado de 1858, con la excepción de las embarcaciones de transporte público con pago, tal y como se estableció en el arbitraje de 1888.

Además, la Corte considera que, en cualquier caso, Costa Rica no ha demostrado su afirmación de que el transporte por río es el único medio de abastecer a sus puestos de policía ubicados a lo largo de la ribera del río o de llevar a cabo el relevo del personal apostado en los mismos.

No obstante, la Corte opina que las razones dadas más arriba con respecto a las embarcaciones privadas que navegan por el río con el fin de satisfacer las necesidades esenciales de la población que vive en la ribera del río, donde el transporte rápido es fundamental para satisfacer dichas necesidades, también son válidas para determinadas embarcaciones oficiales costarricenses que se utilizan en situaciones específicas únicamente con el fin de abastecer a esa población con lo que necesitan para cubrir las necesidades diarias.

III. *Poder de regulación de la navegación de Nicaragua*

1. *Observaciones generales*

La Corte observa que, en sus alegaciones escritas, las Partes discrepaban acerca del alcance o incluso la existencia real del poder de Nicaragua para regular el uso del río por lo que respecta a Costa Rica. En el curso de la vista oral, esa diferencia de posiciones desapareció en gran parte. Sin embargo, las Partes continúan estando en desacuerdo sobre el alcance del poder de regulación de Nicaragua y sobre determinadas medidas adoptadas por Nicaragua y que ésta continúa aplicando. En particular, discrepan acerca de si Nicaragua está obligada a notificar a Costa Rica las regulaciones que haya introducido o a consultar a Costa Rica antes de proponer nuevas regulaciones.

a) *Características*

La Corte opina que Nicaragua tiene poder para regular el ejercicio que haga Costa Rica de su derecho a la libertad

de navegación en virtud del Tratado de 1858. De acuerdo con la Corte, este poder no es ilimitado, ya que queda atenuado por los derechos y obligaciones de las Partes. Una regulación en el presente caso tiene que tener las siguientes características:

1) únicamente debe limitar la actividad a determinadas normas sin imposibilitar o impedir sustancialmente el ejercicio del derecho de libre navegación;

2) debe ser coherente con los términos del Tratado, como la prohibición en el artículo VI de imponer de forma unilateral determinados impuestos;

3) debe tener un fin legítimo, como la seguridad de navegación, la prevención de la delincuencia, la seguridad pública y el control fronterizo;

4) no debe ser discriminatoria y en cuestiones tales como los horarios debe aplicarse tanto a las embarcaciones nicaragüenses como a las embarcaciones costarricenses;

5) no debe ser poco razonable, lo que significa que su repercusión negativa sobre el ejercicio del derecho en cuestión no debe ser manifiestamente excesiva con respecto a la protección proporcionada para el fin que se invoca.

b) *Notificación*

Ahora la Corte vuelve sobre la cuestión de si Nicaragua tiene la obligación de notificar a Costa Rica las medidas que adopte para regular la navegación en el río, o si debe notificar y consultar a Costa Rica antes de adoptar dichas medidas.

Aunque el Tratado de 1858 no impone ninguna obligación general expresa a ninguna de las Partes de notificar a la otra las medidas que vaya a tomar en relación con la navegación en el río, la Corte considera que hay tres factores que en conjunto imponen una obligación de notificación de las regulaciones en las circunstancias de esta causa.

El primero se encuentra en el Acuerdo de 1956 en virtud del cual las Partes acordaron colaborar a fin de facilitar el tráfico en el río San Juan y los servicios de transporte que pudieran prestarse en el territorio de una de las Partes por empresas nacionales de la otra. El segundo radica en el propio objeto de las regulaciones: la navegación en un río en el que dos Estados tienen derechos, uno como soberano y el otro de libertad de navegación. Tal requisito surge de las necesidades prácticas de navegación en dicha vía fluvial. El tercer factor radica en la naturaleza misma de la regulación. Si la regulación va a someter la actividad en cuestión a determinadas normas, quienes lleven a cabo esa actividad deben estar informados de dichas normas.

La Corte concluye que Nicaragua tiene la obligación de notificar a Costa Rica las regulaciones que aplique en relación con el régimen de navegación en el río San Juan. Sin embargo, dicha obligación no se extiende a la notificación o consulta antes de la adopción por parte de Nicaragua de dichas regulaciones.

2. *La legalidad de las medidas específicas de Nicaragua impugnadas por Costa Rica*

a) *Requisito de detenerse e identificarse*

Por lo que respecta a la legalidad de la obligación que exige a las embarcaciones costarricenses detenerse en cualquier puesto nicaragüense ubicado a lo largo del río, y que exige que sus pasajeros lleven consigo el pasaporte, la Corte opina que Nicaragua, como soberana, tiene derecho a conocer la identidad de quienes entren en su territorio y también de saber que se han marchado. En su opinión, el poder de exigir un pasaporte o documento de identidad de algún tipo es una parte legítima del ejercicio de dicho poder. La Corte señala que Nicaragua también tiene responsabilidades relacionadas con respecto al cumplimiento de la ley y la protección medioambiental. A ese respecto, el requisito de Nicaragua de que las embarcaciones se detengan al entrar en el río y salir de él, y de que estén sujetas a investigación es legal. Sin embargo, la Corte no encuentra ningún fundamento jurídico para el requisito general de que las embarcaciones que continúen a lo largo del río San Juan, por ejemplo, desde el río San Carlos al río Colorado, se detengan en un punto intermedio.

Por consiguiente, la Corte concluye que la impugnación por parte de Costa Rica del requisito de que las embarcaciones se detengan y de que los miembros de su tripulación y los pasajeros se registren y lleven consigo documentos de identificación no es admisible.

b) *Certificados de autorización de salida*

La Corte considera que los fines alegados por Nicaragua, es decir, la seguridad de navegación, la protección medioambiental y el cumplimiento del derecho penal, son legítimos. Además, no parece que el requisito de los certificados de autorización de salida haya impuesto ningún impedimento significativo al ejercicio de la libertad de navegación de Costa Rica.

En opinión de la Corte, también cabría plantearse la cuestión de si, en términos de la práctica anterior, la inspección y certificación debería llevarlas a cabo el Estado de nacionalidad de los operadores de las embarcaciones, al igual que ocurre en el ámbito de la navegación marítima. No obstante, no hay ningún indicio de que Costa Rica estuviera en posición de asumir esta responsabilidad. Ni tampoco señala ningún caso en que se haya impedido la navegación por un rechazo arbitrario de un certificado.

Por consiguiente, no se puede aceptar la demanda de Costa Rica de que se elimine la exigencia de que las embarcaciones costarricenses tengan que obtener certificados de autorización de salida.

c) *Visados y tarjetas de turista*

En primer lugar, la Corte observa que debe establecerse una distinción entre exigir visados y exigir tarjetas de turis-

ta. El poder de un Estado para emitir o rechazar visados es una expresión práctica de la prerrogativa de que cada Estado tiene que controlar la entrada de extranjeros en su territorio.

En opinión de la Corte, el requisito de que los pasajeros de las embarcaciones costarricenses que ejerzan la libertad de navegación y no sean ribereños ni comerciantes costarricenses tengan que solicitar visados plantea la cuestión de quién tiene derecho y quién puede beneficiarse del derecho de libertad de navegación con objetos de comercio establecido en el artículo VI del Tratado de 1858. En virtud del artículo VI del Tratado, el titular del derecho de libre navegación es Costa Rica. Los propietarios y operadores de las embarcaciones costarricenses se benefician de ese derecho cuando navegan por el río San Juan con objetos de comercio. Los pasajeros de las embarcaciones que ejercen el derecho de libre navegación de Costa Rica también se benefician de dicho derecho, incluso aunque dichos pasajeros no sean nacionales de Costa Rica.

La Corte recuerda que el poder de un Estado de emitir o rechazar un visado implica que la decisión se tome a discreción. Sin embargo, en la presente causa, Nicaragua no puede imponer un requisito de visado a aquellas personas que pueden beneficiarse del derecho de libre navegación de Costa Rica. Si se deniega dicho beneficio, se obstaculizaría la libertad de navegación. En estas circunstancias, la Corte opina que la imposición de un requisito de visado incumple el derecho en virtud del artículo VI del Tratado.

La Corte observa que, en realidad, la cantidad de turistas que viaja por el río en embarcaciones costarricenses ha aumentado en el período en que estos requisitos han estado vigentes. Además, Costa Rica no ha proporcionado prueba alguna de rechazos arbitrarios de visados a turistas y Nicaragua señala que no exige que obtengan visados los nacionales de los países que constituyen la principal fuente de turismo que visita el río San Juan. Asimismo, hace algunas excepciones para los residentes de las comunidades ribereñas de Costa Rica y los comerciantes costarricenses que usan el río con regularidad. Sin embargo, esto no afecta a la situación jurídica mencionada.

La Corte concluye que Nicaragua no puede exigir visados a las personas que viajen en embarcaciones costarricenses que ejerzan su libertad de navegación por el río. Otro tema sería, por supuesto, si quisiesen entrar en el territorio terrestre de Nicaragua desde el río o ascender por el río más allá de su parte compartida hacia el Lago Nicaragua.

Dado que Nicaragua tiene derecho a conocer la identidad de quienes desean entrar en el río, a efectos, entre otros motivos, de cumplimiento de la ley y de protección medioambiental, la Corte opina que una medida que podría tomar para proteger dichos intereses es denegar la entrada a personas concretas por razones justificadas relacionadas con ese propósito. Si tal acción estuviera justificada teniendo en cuenta dicho propósito, ello no implicaría ninguna violación de la libertad.

Con respecto al requisito de Nicaragua de obtener tarjetas de turista, el motivo no parece ser facilitar su control sobre la entrada en el río San Juan. En el curso del procedimiento Nicaragua sólo facilitó alguna información práctica sobre el funcionamiento de las tarjetas de turista y las excepciones ya mencionadas. A la hora de justificar la imposición de dicho requisito no se refirió a ningún fin legítimo. El requisito de que los pasajeros que deseen viajar en embarcaciones costarricenses que ejerzan la libertad de navegación de Costa Rica por el río deben adquirir primero tarjetas de turista contradice el derecho de libre navegación. Por consiguiente, la Corte concluye que Nicaragua no puede exigir a las personas que viajen en embarcaciones costarricenses que ejerzan la libertad de navegación por el río otorgada a Costa Rica que adquieran una tarjeta de turista.

d) Tasas

En opinión de la Corte, el Tratado de 1858 confiere a las embarcaciones de cada Parte el derecho de atracar en la ribera de la otra y dispone que el ejercicio de este derecho concreto no ha de estar sujeto a ninguna clase de exacción o impuesto. Al igual que el ejercicio del derecho de navegación en el río ha de ser gratuito y no estar sujeto a ningún pago, y lo mismo se aplica a la detención en la otra ribera.

Tal y como entiende la Corte la situación, Costa Rica no impugna el derecho de Nicaragua a inspeccionar los embarcaciones en el río por motivos de seguridad, medioambientales y de cumplimiento de la ley. En opinión de la Corte, ese derecho no sería en ningún caso un aspecto de la soberanía de Nicaragua sobre el río. Pero dichas acciones de inspección por parte del Estado soberano no incluyen la prestación de ningún servicio a los operadores de las embarcaciones y, por tanto, en esas circunstancias, el pago se consideraría ilegal. Por consiguiente, debe aceptarse la demanda de Costa Rica relativa a las tasas para la obtención del certificado de autorización de salida para las embarcaciones costarricenses que ejerzan el derecho de libre navegación en el río.

e) Horarios

La Corte recuerda que el ejercicio de un poder regulador puede incluir legítimamente la imposición de límites a la actividad en cuestión. Las escasas pruebas presentadas ante la Corte no muestran un uso intensivo del río para la navegación nocturna. Por tanto, la Corte deduce que la interferencia con la libertad de navegación de Costa Rica ocasionada por la prohibición de la navegación nocturna impuesta por Nicaragua es limitada y no supone un impedimento ilegal al ejercicio de dicha libertad, particularmente cuando se tienen en cuenta los fines de la regulación.

f) Pabellones

La Corte considera que Nicaragua, que tiene la soberanía sobre el río San Juan, puede, en el ejercicio de sus poderes soberanos, exigir a las embarcaciones costarricenses equi-

padadas con mástiles o torretas que naveguen por el río que enarbolan el pabellón de dicho país. Este requisito no puede considerarse en ningún caso un impedimento para el ejercicio de la libertad de navegación de las embarcaciones costarricenses en virtud del Tratado de 1858. La Corte observa, además, que no se le ha presentado ninguna prueba de que se haya impedido la navegación por el río San Juan a las embarcaciones costarricenses como consecuencia del requisito del pabellón de Nicaragua. Por consiguiente, en opinión de la Corte, no puede aceptarse la alegación de Costa Rica de que Nicaragua ha incumplido su obligación de no imponer impedimentos al ejercicio del derecho de libre navegación al establecer condiciones relativas a los pabellones.

g) Conclusión

De lo anterior se deduce que Nicaragua ha ejercido sus poderes de regulación relativos a las cuestiones mencionadas en los párrafos anteriores a), b), e) y f) de conformidad con el Tratado de 1858, pero no actúa de conformidad con las obligaciones en virtud del Tratado de 1858 cuando aplica medidas que exigen visados y tarjetas de turista y el pago de tasas a las embarcaciones, los operadores de las embarcaciones y sus pasajeros que ejercen la libertad de navegación.

IV. Pesca de subsistencia

Con respecto al argumento de Nicaragua de que la demanda de Costa Rica relativa a la pesca de subsistencia es inadmisible, ya que alega que Costa Rica no incluyó, ni siquiera implícitamente, dicha demanda en su Solicitud, la Corte señala que las supuestas interferencias por parte de Nicaragua con el derecho demandado de pesca de subsistencia sobrepasa la fecha de presentación de la Solicitud. Por lo que respecta al segundo argumento de Nicaragua, según el cual la demanda no surge directamente de la cuestión objeto de la Solicitud, la Corte considera que en las circunstancias de esta causa, dada la relación entre los ribereños y el río y los términos de la Solicitud, existe una conexión suficientemente cercana entre la demanda relativa a la pesca de subsistencia y la Solicitud, en la que Costa Rica, además del Tratado de 1858, apeló a “otras normas y principios de derecho internacional aplicables”. Además, la Corte observa que, como se desprende de los argumentos sobre el fondo que la Parte demandada ha presentado en las dos rondas de alegaciones escritas y en dos rondas de vistas orales, Nicaragua no ha sufrido ningún perjuicio por el hecho de que Costa Rica no diera cuenta de esta cuestión en la Solicitud. Del mismo modo, en relación con su responsabilidad relativa a la debida administración de la justicia, la Corte no considera que su entendimiento de los problemas se haya visto dificultado por la ausencia, en la Solicitud, de referencias explícitas a la demanda relativa a la pesca. Por consiguiente, la Corte concluye que no se puede aceptar la objeción de Nicaragua a la admisibilidad.

En su examen en cuanto al fondo de la demanda de Costa Rica relativa a los derechos de pesca de subsistencia, la Cor-

te recuerda que las Partes están de acuerdo en que el único aspecto controvertido es la pesca por parte de los ribereños costarricenses con fines de subsistencia. No se trata de pesca comercial o deportiva. La Corte también señala que las Partes no han intentado definir el término pesca de subsistencia (salvo dichas exclusiones) ni han pedido a la Corte que proporcione una definición. Dejando de lado por el momento la cuestión de la pesca en el río desde las embarcaciones, un punto sobre el que la Corte volverá a incidir, las Partes están de acuerdo en que la pesca de subsistencia es una práctica establecida desde hace mucho tiempo. Sin embargo, discrepan a la hora de considerar si la práctica se ha convertido en vinculante en Nicaragua, dando, por tanto, derecho a los ribereños en virtud del derecho consuetudinario a realizar actividades de pesca de subsistencia desde la ribera. La Corte observa que no es probable que la práctica, por su naturaleza concreta, especialmente dadas la lejanía de la zona y su escasa y dispersa población, esté documentada formalmente en ningún registro oficial.

En opinión de la Corte, el hecho de que Nicaragua no haya negado la existencia de un derecho surgido de la práctica que ha permanecido ininterrumpido e incontestable durante un largo período de tiempo es especialmente significativo. Por consiguiente, la Corte concluye que Costa Rica tiene un derecho consuetudinario. Ese derecho estaría sujeto a cualesquiera medidas regulatorias de Nicaragua relativas a la pesca adoptadas con fines apropiados, particularmente para la protección de los recursos y el medio ambiente.

No obstante, la Corte no considera que el derecho consuetudinario se extienda a las actividades de pesca realizadas desde embarcaciones en el río. Las pruebas que existen de dicha práctica son escasas y recientes. Además, lo que dichas pruebas demuestran principalmente es el rechazo de dicha pesca por parte de las autoridades nicaragüenses. Por consiguiente, la Corte concluye que la pesca por parte de los habitantes de la ribera costarricense del río San Juan con fines de subsistencia desde esa ribera ha de ser respetada por Nicaragua como un derecho consuetudinario.

V. *Las denuncias hechas por las partes en sus alegaciones finales*

1. *Las demandas de Costa Rica*

La Corte declara que confirmará, en la parte dispositiva del presente Fallo, los elementos de la demanda de Costa Rica de que la Corte declare que Nicaragua ha incumplido algunas de sus obligaciones para con este país en la medida que resulten pertinentes para el razonamiento precedente y desestimaré los demás. Con respecto a la alegación de Costa Rica de que la Corte debería ordenar a Nicaragua que cese todo incumplimiento de sus obligaciones que tenga un carácter continuo, la Corte considera que la obligación del Estado en cuestión de poner fin a dichos incumplimientos deriva directamente de las conclusiones que establecen su existencia. Por lo que respecta a la alegación de Costa Rica

de que la Corte debería declarar que Nicaragua debería indemnizar a Costa Rica por todos los daños ocasionados como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones anteriormente mencionadas, mediante la restauración de la situación anterior a los incumplimientos y una compensación económica, cuyo importe se determinará en una fase posterior, la Corte recuerda que el cese de un incumplimiento de carácter continuo y la restauración consiguiente de la situación legal constituye una forma de reparación para el Estado perjudicado. Deniega la petición de compensación. Por lo que respecta a la alegación de Costa Rica de que la Corte debería exigir a Nicaragua que proporcione garantías adecuadas de que no volverá a repetirse esta conducta ilegal, la Corte señala que, como norma general, no hay motivo para suponer que un Estado cuyos actos o conducta hayan sido declarados injustos por la Corte vaya a repetir ese

acto o conducta en el futuro, ya que se debe suponer su buena fe. Por tanto, deniega esta demanda.

2. *Las demandas de Nicaragua*

La Corte confirmará, en la parte dispositiva de este Fallo, la alegación de Nicaragua de que la Corte desestime todas las demandas de Costa Rica en la medida que resulte pertinente para el razonamiento establecido en el presente Fallo con respecto a las demandas de Costa Rica. Por lo que se refiere a la alegación de Nicaragua para que la Corte haga una declaración formal, la Corte considera, entre otras cosas, que el razonamiento del presente Fallo es suficiente para responder al deseo de Nicaragua de que sea la Corte quien establezca las obligaciones de Costa Rica para con Nicaragua.

*
* *
*

Opinión separada del Magistrado Sepúlveda-Amor

En su opinión separada, el Magistrado Sepúlveda-Amor declara que, aunque está de acuerdo con la mayoría de las conclusiones de la parte dispositiva del Fallo, no comparte la opinión de que la imposición de requisitos de visado por parte de Nicaragua a las personas que viajen por el río San Juan a bordo de embarcaciones costarricenses que ejerzan el derecho de libre navegación de Costa Rica contravendría las obligaciones de Nicaragua en virtud del Tratado de 1858. Además, considera que el razonamiento de la Corte por lo que respecta a la demanda de Costa Rica relacionada con la pesca de subsistencia debería haberse basado en un fundamento jurídico diferente.

Por lo que respecta a la cuestión de la legalidad de los requisitos de visado impuestos por Nicaragua, el Magistrado Sepúlveda-Amor opina que la Corte no ha tenido en cuenta el interés legítimo de Nicaragua en el control fronterizo y de inmigración y, por consiguiente, no ha aclarado el alcance de los poderes reguladores de Nicaragua a tal efecto.

El Magistrado Sepúlveda-Amor señala que la conclusión no es coherente con las observaciones hechas por la Corte en los párrafos anteriores del Fallo, a saber que Nicaragua como Estado soberano tiene la “responsabilidad principal de valorar la necesidad de regulación”, que Costa Rica tiene la carga de la prueba por lo que respecta a las demandas relativas a la irracionalidad de las regulaciones de Nicaragua, y que dichas demandas han de basarse en “hechos concretos y específicos” (párrafo 101). El Magistrado Sepúlveda-Amor observa que, aunque la Corte ha seguido esta línea de razonamiento al examinar los requisitos de detención e identificación, de obtención de certificados de autorización de salida y de enarbolamiento del pabellón nicaragüense, ha adoptado un enfoque diferente con respecto al requisito de visado. De conformidad con el Magistrado Sepúlveda-Amor, Costa Rica no ha presentado ninguna prueba que respalde su alegación de que los requisitos de visado impuestos por Nicaragua no tienen un fin legítimo, son poco razonables o discriminatorios e impiden sustancialmente el ejercicio de su derecho de libre navegación, incumpliendo las condiciones establecidas en el párrafo 87 del Fallo. Señala que, por el contrario, las pruebas proporcionadas por Nicaragua muestran que el turismo en el río San Juan ha aumentado considerablemente en el período de vigencia de estos requisitos.

Además, el Magistrado Sepúlveda-Amor cree que la prohibición de exigir visados puede implicar un riesgo para la seguridad pública nicaragüense y contradice el principio afirmado en el Fallo de que “[e]l poder de un Estado para emitir o denegar visados es una expresión práctica de la prerrogativa de que cada Estado tiene que controlar la entrada de extranjeros en su territorio” (párrafo 113). Además, indica que Nicaragua se encontraría en posición de cuestionar la conclusión de la Corte alegando determinadas disposiciones de convenciones multilaterales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como fundamento jurídico para la imposición de un requisito de visado a las personas que viajan por el río San Juan.

Por lo que respecta al fundamento jurídico del derecho de Costa Rica a la pesca de subsistencia, el Magistrado Sepúlveda-Amor observa que el razonamiento de la Corte contradice su jurisprudencia anterior sobre el reconocimiento de las normas de derecho internacional consuetudinario ya que, en su opinión, en la presente causa no se cumplen los requisitos claramente establecidos de práctica y *opinio juris*. De conformidad con el Magistrado Sepúlveda-Amor, el hecho de que Nicaragua no haya protestado por la práctica indocumentada de pesca de subsistencia en el río San Juan no se puede interpretar como la convicción de Nicaragua sobre su obligación de respetar dicha práctica, especialmente a la luz del hecho de que Costa Rica nunca ha demandado la existencia de un derecho consuetudinario de pesca de subsistencia hasta la presentación de su Memoria. Además, el Magistrado Sepúlveda-Amor advierte que en ningún caso se puede equi-

parar la práctica de una comunidad local de ribereños a la práctica de un Estado.

El Magistrado Sepúlveda-Amor considera que la Corte podría haber reconocido la demanda de Costa Rica de pesca de subsistencia sobre la base de un fundamento jurídico más sólido, a saber, recurriendo al principio de los derechos adquiridos o creados, como se aplica en una serie de decisiones anteriores, o reconociendo el carácter vinculante del compromiso jurídico adquirido por Nicaragua durante la vista oral ante la Corte sobre que “no tiene ninguna intención de evitar que los residentes costarricenses practiquen la pesca de subsistencia” (CR 2009/5, p. 27, párr. 48), de conformidad con la jurisprudencia de la Corte sobre actos unilaterales.

Opinión separada del Magistrado Skotnikov

El Magistrado Skotnikov votó a favor de la mayoría de los párrafos de la parte dispositiva del Fallo. Sin embargo, no comparte el razonamiento de la Corte en una serie de puntos clave y discrepa con algunas de sus conclusiones.

Está de acuerdo en que el derecho de libre navegación de Costa Rica en virtud del Tratado de Límites de 1858 no debería interpretarse automáticamente de forma restrictiva alegando que representa una limitación de la soberanía sobre el río San Juan conferida por ese Tratado a Nicaragua. Sin embargo, según lo establecido por la jurisprudencia de la Corte, la interpretación restrictiva es posible en caso de duda. En estas circunstancias, la Corte debería haber examinado las intenciones de las Partes en el momento de la conclusión del Tratado, teniendo plenamente en cuenta el principio arraigado de que no han de suponerse limitaciones sobre la soberanía de un Estado.

El hecho de que ninguna de las Partes haya presentado pruebas demostraba que Nicaragua y Costa Rica intentaron en el momento en que se concluyó el Tratado dar un significado evolutivo al término “comercio”. Por consiguiente, la Corte debería haber supuesto que era poco probable que Nicaragua hubiera intentado actuar en contra de su propio interés concediendo a Costa Rica derechos de navegación que no estuvieran en consonancia con el significado contemporáneo del término “comercio” y que evolucionarían y se ampliarían con el tiempo al igual que el significado de dicho término.

En opinión del Magistrado Skotnikov, la práctica posterior en la aplicación del Tratado sugiere que las Partes han establecido un acuerdo en relación con su interpretación. El turismo operado por Costa Rica en el río San Juan viene funcionando durante al menos una década y registra un volumen considerable. Nicaragua no sólo ha permitido la práctica de la navegación turística llevada a cabo por operadores costarricenses, sino que también la ha sometido a sus regulaciones. Esto puede entenderse como un reconocimiento por parte de Nicaragua de que Costa Rica actuaba legalmente. La opinión común de las Partes a tal efecto puede deducirse

del Acuerdo de Entendimiento sobre la Actividad Turística, firmado el 5 de junio de 1994. Por consiguiente, en virtud del Tratado de 1858, Costa Rica tiene derecho a transportar turistas, es decir, pasajeros que pagan un precio por el servicio prestado. Este derecho de Costa Rica se extiende necesariamente al transporte de todos los demás pasajeros que paguen un precio a los transportistas.

El Magistrado Skotnikov señala que, de conformidad con el Fallo, cabe deducir que las Partes han intentado mantener un derecho mínimo de navegación para que los ribereños que viven en el margen costarricense del río San Juan puedan satisfacer sus necesidades básicas; por tanto dicho derecho se puede inferir de las disposiciones del Tratado en su conjunto. Además, por las mismas razones, del Tratado se desprende que Costa Rica tiene derecho de navegación por el río San Juan con embarcaciones oficiales (incluidas las embarcaciones de la policía) que proporcionen a la población ribereña lo que necesita para cubrir sus necesidades cotidianas.

El Magistrado Skotnikov no está convencido de que haya quedado establecido ningún derecho de navegación por el Tratado de 1858 distinto al del artículo VI, el único artículo que trata la cuestión de la navegación.

Aunque discrepa con respecto a la mayoría en cuanto a que los ribereños de la ribera de Costa Rica tengan, en virtud del Tratado, el derecho a navegar por el río San Juan, opina que el Tratado no afecta a la práctica de que los ribereños viajen por el río para satisfacer las necesidades de su vida diaria. Esta práctica ha de continuar y Nicaragua debe respetarla.

No encuentra justificación alguna a la conclusión de la Corte de que Costa Rica tiene derecho, aunque limitado, a navegar con embarcaciones oficiales para prestar servicios a las comunidades ribereñas. Está claro que Costa Rica tiene ciertas necesidades que requieren el uso del río San Juan para fines no comerciales por parte de embarcaciones públicas. Sin embargo, estas necesidades no se traducen en derechos. Las Partes deberían alcanzar un acuerdo sobre este asunto en sus propios términos. No es competencia de la Corte hacerlo en su nombre.

El Magistrado Skotnikov hace hincapié en que el Tratado de 1858 no puede interpretarse como la concesión de una exención para los no nicaragüenses del régimen de visado de Nicaragua, en virtud del derecho de Costa Rica de navegar libremente por el río San Juan. Imponer un requisito de visado a los turistas o pasajeros que viajan en embarcaciones costarricenses es uno de los derechos reguladores de Nicaragua en virtud del Tratado de 1858. Deriva del *dominio y sumo imperio* exclusivos de Nicaragua sobre las aguas del río San Juan. Como afirma la propia Corte, el poder de un Estado para emitir o denegar visados es una expresión práctica de la amplia prerrogativa de que cada Estado tiene que controlar la entrada de extranjeros en su territorio. Esto continúa siendo cierto, de conformidad con la jurisprudencia de

la Corte, incluso en los casos en que exista la libertad de tránsito. El requisito de visado es coherente con el derecho de Costa Rica a la libre navegación con objetos de comercio. Si es cierto que la libertad de navegación de Costa Rica se ve dificultada por la exigencia de un visado, entonces Nicaragua estaría incumpliendo su propia libertad de navegación manteniendo este requisito por lo que respecta a los pasajeros de las embarcaciones nicaragüenses. El requisito de visado nicaragüense se aplica a los no nicaragüenses con independencia de la nacionalidad del transportista. En su opinión, solo este hecho debería ser razón suficiente para que la Corte respaldase la posición de Nicaragua sobre esta cuestión.

El Magistrado Skotnikov señala que la naturaleza jurídica de la regulación que exige que las embarcaciones costarricenses enarboleden el pabellón nicaragüense continúa sin aclararse. En el Fallo no se hace referencia a ninguna prueba de prácticas estatales que respalden las alegaciones de Nicaragua. Sin embargo, el Magistrado Skotnikov cree que Costa Rica podría haber aceptado la solicitud de Nicaragua por cortesía.

Por último, en su opinión, el Tratado de 1858, como en el caso de la práctica de los ribereños que viajan por el río para satisfacer las necesidades de su vida diaria, no afecta a la práctica de pesca de subsistencia de los ribereños de la ribera costarricense del río San Juan.

Declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume

En su declaración, el Magistrado *ad hoc* Guillaume respalda muchas de las conclusiones alcanzadas por la Corte.

Señala otros puntos relativos al derecho aplicable en esta causa y al efecto del paso del tiempo en la interpretación de los tratados.

Coincide con la mayoría en que el artículo VI del Tratado de 26 de abril de 1858 concede a Costa Rica un derecho de libre navegación por el río San Juan con objetos de comercio. Sin embargo, opina que sólo los barqueros tienen derecho a beneficiarse de ese derecho, y que las actividades comerciales o de otro tipo realizadas por las personas transportadas no afectan a la existencia de los derechos concedidos a Costa Rica. De ello se desprende que todas las actividades de navegación realizadas por embarcaciones con fines no lucrativos están excluidas de los casos previstos en el artículo VI.

El Magistrado *ad hoc* Guillaume también discrepa de la Corte cuando ésta concede a los habitantes de la ribera costarricense del río el derecho a navegar entre las comunidades ribereñas en determinados casos, y cuando ésta atribuye un derecho similar a determinadas embarcaciones oficiales de Costa Rica. Observa que la Corte ha limitado estrictamente estos derechos, pero considera, no obstante, que de ese modo no ha tenido suficientemente en cuenta las disposiciones del Tratado de 1858. En su opinión, habría sido preferible animar a las Partes a que negociasen un acuerdo sobre este asunto.

Por último, el Magistrado Guillaume está de acuerdo con el Fallo de la Corte por lo que respecta al reconocimiento de que Nicaragua tiene el poder de regular el ejercicio por Costa Rica de su derecho de libre navegación y, en particular, de exigir que las embarcaciones costarricenses y sus pasajeros se detengan en los puestos fronterizos de Nicaragua, pero discrepa de la Corte por lo que respecta a la emisión de visados. Al contrario que la Corte, opina que Nicaragua sigue te-

niendo libertad para exigir la emisión de visados como condición indispensable para el acceso a su territorio. Señala que la Corte ha reconocido que Nicaragua tiene derecho a denegar el acceso por razones relacionadas con el mantenimiento del orden público o la protección del medio ambiente, y considera que se debería ir más lejos y reconocer la legalidad de un sistema de visados que está organizado en la práctica de modo que no perjudique la libre navegación en el río.

177. CAUSA RELATIVA A LAS PLANTAS DE CELULOSA EN EL RÍO URUGUAY (ARGENTINA CONTRA URUGUAY)

Fallo de 20 de abril de 2010

El 20 de abril de 2010, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el Río Uruguay (Argentina contra Uruguay)*.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Vicepresidente Tomka, Presidente interino; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood; Magistrados *ad hoc* Torres Bernárdez, Vinuesa; Secretario Couvreur.

*
* *

El texto del párrafo dispositivo (párr. 282) del fallo es el siguiente:

“ ...

LA CORTE,

1) Por trece votos contra uno,

Determina que la República Oriental del Uruguay ha incumplido las obligaciones de procedimiento que le incumben en virtud de los artículos 7 a 12 del Estatuto del Río Uruguay de 1975 y que la constatación de esa violación por parte de la Corte constituye una satisfacción adecuada;

VOTOS A FAVOR: Vicepresidente Tomka, Presidente interino; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood; Magistrado *ad hoc* Vinuesa;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado *ad hoc* Torres Bernárdez;

2) Por once votos contra tres,

Determina que la República Oriental del Uruguay no ha incumplido las obligaciones de fondo que le incumben en virtud de los artículos 35, 36 y 41 del Estatuto del Río Uruguay de 1975;

VOTOS A FAVOR: Vicepresidente Tomka, Presidente interino; Magistrados Koroma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood; el Magistrado *ad hoc* Torres Bernárdez;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Al-Khasawneh, Simma; Magistrado *ad hoc* Vinuesa;

3) Por unanimidad,

Rechaza todas las demás conclusiones de las Partes.”

*

* *

Los Magistrados Al-Khasawneh y Simma anexaron al fallo una opinión disidente conjunta; el Magistrado Keith anexó al fallo una opinión separada; el Magistrado Skotnikov anexó al fallo una declaración; el Magistrado Cañado Trindade anexó al fallo una opinión separada; el Magistrado Yusuf anexó al fallo una declaración; el Magistrado Greenwood anexó al fallo una opinión separada; el Magistrado *ad hoc* Torres Bernárdez anexó al fallo una opinión separada; el Magistrado *ad hoc* Vinuesa anexó al fallo una opinión disidente.

*
* *

1. *Reseña del procedimiento y conclusiones de las Partes* (párrs. 1 a 24)

El 4 de mayo de 2006, la República Argentina (en adelante “la Argentina”) presentó en la Secretaría de la Corte una demanda por la cual iniciaba un procedimiento contra la República Oriental del Uruguay (en adelante “el Uruguay”) con respecto a una controversia relativa a la violación, que habría cometido el Uruguay, de obligaciones derivadas del Estatuto del Río Uruguay (Naciones Unidas, *Treaty Series (UNTS)*, vol. 1295, No. I-21425, pág. 340), un tratado firmado por la Argentina y el Uruguay en Salto (Uruguay) el 26 de febrero de 1975 y entrado en vigor el 18 de septiembre de 1976 (en adelante, el “Estatuto de 1975”); según la demanda, dicha violación resultaba de “la autorización de construcción, [de] la construcción y [de] la eventual puesta en funcionamiento de dos plantas de celulosa sobre el Río Uruguay”, y la Argentina invocaba más particularmente “los efectos de dichas actividades en la calidad de las aguas del Río Uruguay y en las zonas de influencia del río”.

En su demanda, la Argentina, haciendo referencia al párrafo 1 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte, señaló como fundamento de la competencia de la Corte el párrafo 1 del artículo 60 del Estatuto de 1975.

El 4 de mayo de 2006, inmediatamente después de la presentación de la demanda, la Argentina presentó también una solicitud de indicación de medidas provisionales fundada en el Artículo 41 del Estatuto y el artículo 73 del Reglamento de la Corte.

Como entre los integrantes de la Corte no había ningún Magistrado de la nacionalidad de las Partes, cada una de ellas ejerció el derecho conferido por el párrafo 3 del Artículo 31 del Estatuto de elegir un Magistrado *ad hoc* para que participara en la causa. La Argentina eligió al señor Raúl Emilio

Vinuesa, y el Uruguay eligió al señor Santiago Torres Bernárdez.

Por una providencia de 13 de julio de 2006, la Corte, luego de escuchar a las Partes, determinó “que las circunstancias, tales como se present[ab]an [entonces] ante [ella], no [eran] de naturaleza tal que exigiera el ejercicio de su facultad de indicar medidas provisionales en virtud del Artículo 41 del Estatuto”.

Por otra providencia de la misma fecha, la Corte, teniendo en cuenta las opiniones de las Partes, fijó el 15 de enero de 2007 y el 20 de julio de 2007, respectivamente, como fechas de vencimiento de los plazos para la presentación de una memoria de la Argentina y una contramemoria del Uruguay; dichos escritos fueron debidamente presentados dentro de los plazos así prescritos.

El 29 de noviembre de 2006, el Uruguay, invocando el Artículo 41 del Estatuto y el artículo 73 del Reglamento de la Corte, presentó a su vez una solicitud de indicación de medidas provisionales.

Por una providencia de 23 de enero de 2007, la Corte, luego de escuchar a las Partes, determinó “que las circunstancias, tales como se present[ab]an [entonces] ante [ella], no [eran] de naturaleza tal que exigiera el ejercicio de su facultad de indicar medidas provisionales en virtud del Artículo 41 del Estatuto”.

Por una providencia de 14 de septiembre de 2007, la Corte, teniendo en cuenta el acuerdo de las Partes y las circunstancias del caso, autorizó la presentación de una réplica de la Argentina y una dúplica del Uruguay, y fijó el 29 de enero de 2008 y el 29 de julio de 2008n respectivamente, como fechas de vencimiento de los plazos para la presentación de dichos escritos. La réplica de la Argentina y la dúplica del Uruguay fueron debidamente presentadas dentro de los plazos así prescritos.

Por cartas de fechas 16 de junio de 2009 y 17 de junio de 2009, respectivamente, los Gobiernos del Uruguay y la Argentina comunicaron a la Corte que habían llegado a un acuerdo a los efectos de producir nuevos documentos de conformidad con el Artículo 56 del Reglamento de la Corte. Por cartas de 23 de junio de 2009, el Secretario informó a las Partes de que la Corte había decidido autorizarlas a proceder en la forma que habían convenido. Los nuevos documentos fueron debidamente presentados dentro del plazo convenido.

El 15 de julio de 2009, cada una de las Partes, de conformidad con lo previsto en el acuerdo celebrado entre ellas y con la autorización de la Corte, presentó observaciones sobre los nuevos documentos producidos por la otra Parte. Cada Parte presentó también documentos en apoyo de dichas observaciones.

Se celebraron audiencias públicas entre el 14 de septiembre de 2009 y el 2 de octubre de 2009. En las audiencias, los miembros de la Corte formularon preguntas a las Partes, a las que éstas dieron respuesta oralmente y por escrito, de

conformidad con el párrafo 4 del artículo 61 del Reglamento de la Corte. De conformidad con el artículo 72 del Reglamento de la Corte, una de las Partes presentó observaciones escritas sobre una respuesta escrita presentada por la otra y recibida después de la terminación de los procedimientos orales.

En los procedimientos orales, las Partes presentaron las conclusiones finales siguientes:

En nombre del Gobierno de la Argentina,

En la audiencia de 29 de septiembre de 2009:

“Por todas las razones descritas en su memoria, en su réplica y en los procedimientos orales, que mantiene íntegramente, la República Argentina pide a la Corte Internacional de Justicia:

1. que constate que al autorizar

— la construcción de la planta ENCE;

— la construcción y la puesta en funcionamiento de la planta Botnia y sus instalaciones conexas en la ribera izquierda del Río Uruguay,

la República Oriental del Uruguay ha violado las obligaciones que le incumben en virtud del Estatuto del Río Uruguay de 26 de febrero de 1975 y ha comprometido su responsabilidad internacional;

2. que juzgue y declare que, en consecuencia, la República Oriental del Uruguay debe:

i) reanudar el estricto cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Estatuto del Río Uruguay de 1975;

ii) cesar inmediatamente los hechos internacionalmente ilícitos por los que ha comprometido su responsabilidad;

iii) restablecer sobre el terreno y en el plano jurídico la situación existente antes de la comisión de esos hechos internacionalmente ilícitos;

iv) pagar a la República Argentina una indemnización por los daños ocasionados por esos hechos internacionalmente ilícitos que no fueran reparados por la restauración de dicha situación, cuya cuantía será determinada por la Corte en una etapa posterior de este procedimiento;

v) dar garantías adecuadas de que en el futuro se abstendrá de obstaculizar la aplicación del Estatuto del Río Uruguay de 1975 y, en particular, del mecanismo de consulta instituido por el Capítulo II de dicho tratado.”

En nombre del Gobierno del Uruguay,

En la audiencia de 2 de octubre de 2009:

“Sobre la base de los hechos y argumentos enunciados por el Uruguay en su contramemoria y su dúplica y durante los procedimientos orales, el Uruguay pide que la Corte juzgue y declare que rechaza las pretensiones de la Argentina y confirme el derecho del Uruguay a mantener

en funcionamiento la planta Botnia de conformidad con las disposiciones del Estatuto de 1975.”

2. Marco jurídico y hechos del caso (párrs. 25 a 47)

La Corte recuerda que la controversia que tiene ante sí se relaciona con el proyecto de construcción, autorizado por el Uruguay, de una planta de celulosa, y con la construcción y la puesta en funcionamiento de otra planta de celulosa, también autorizadas por el Uruguay, sobre el Río Uruguay.

La frontera entre la Argentina y el Uruguay en el Río Uruguay está definida por el tratado bilateral celebrado con tal fin en Montevideo el 7 de abril de 1961 (UNTS, vol. 635, No. 9074, pág. 98). Los artículos 1 a 4 de dicho tratado delimitan la frontera entre los Estados contratantes en el río y les atribuyen determinadas islas e islotes que ocupan su lecho. Los artículos 5 y 6 se refieren al régimen de la navegación en el río. El artículo 7 prevé que las partes acuerden un “estatuto del uso del río” que abarcaría diversas materias, entre ellas, disposiciones para la conservación de los recursos vivos y para evitar la contaminación de las aguas del río. Los artículos 8 a 10 establecen determinadas obligaciones relativas a las islas e islotes y sus habitantes.

El “estatuto del uso del río” contemplado en el artículo 7 del Tratado de 1961 fue establecido mediante el Estatuto de 1975. El artículo 1 del Estatuto de 1975 estipula que las partes lo acordaron “con el fin de establecer los mecanismos comunes necesarios para el óptimo y racional aprovechamiento del Río Uruguay, y en estricta observancia de los derechos y obligaciones emergentes de los tratados y demás compromisos internacionales vigentes para cualquiera de las Partes”.

La primera de las plantas de celulosa que están en el origen de la controversia fue proyectada por la sociedad “Celulosas de M’Bopicuá S.A.” (en adelante “CMB”), formada por iniciativa de la sociedad española ENCE (acrónimo de “Empresa Nacional de Celulosas de España”, en adelante “ENCE”). Esta planta, mencionada en adelante como la planta “CMB (ENCE)”, debía ser construida en la ribera izquierda del Río Uruguay, en el departamento uruguayo de Río Negro, frente a la región argentina de Gualaguaychú, más precisamente al este de la ciudad de Fray Bentos, cerca del puente internacional “General San Martín”. El 9 de octubre de 2003, el MVOTMA (el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente del Uruguay) otorgó a CMB una autorización ambiental previa para la construcción de la planta CMB (ENCE).

El 28 de noviembre de 2005, el Uruguay autorizó la iniciación de los trabajos preparatorios para la construcción de la planta CMB (ENCE) (nivelación del terreno). El 28 de marzo de 2006, los promotores de dicho proyecto industrial decidieron detener los trabajos durante 90 días. El 21 de septiembre de 2006, anunciaron su intención de no construir la planta proyectada en el emplazamiento previsto sobre la ribera del Río Uruguay.

El segundo proyecto industrial que está en el origen de la controversia que la Corte tiene ante sí se debe a la iniciativa de las sociedades de derecho uruguayo “Botnia S.A.” y “Botnia Fray Bentos S.A.” (en adelante “Botnia”), que fueron creadas especialmente para este fin en 2003 por la sociedad finlandesa Oy Metsä-Botnia AB. Esta segunda planta de celulosa, llamada “Orión” (en adelante la planta “Orión (Botnia)”), fue construida en la ribera izquierda del Río Uruguay, algunos kilómetros aguas abajo del emplazamiento previsto para la planta CMB (ENCE), igualmente en un lugar próximo a la ciudad de Fray Bentos. Está explotada y en funcionamiento desde el 9 de noviembre de 2007.

3. Alcance de la competencia de la Corte (párrs. 48 a 66)

La Corte observa que las Partes están de acuerdo en que la competencia de la Corte se funda en el párrafo 1 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte y el párrafo primero del artículo 60 del Estatuto del Río Uruguay de 1975. El texto de este último es el siguiente: “Toda controversia acerca de la interpretación o aplicación del Tratado¹ y del Estatuto que no pudiese solucionarse por negociaciones directas, podrá ser sometida, por cualquiera de las Partes, a la Corte Internacional de Justicia.” Discrepan acerca de la cuestión de si todas las pretensiones de la Argentina están comprendidas en el ámbito de esa cláusula.

La Corte señala que sólo las pretensiones formuladas por la Argentina que estén fundadas en las disposiciones del Estatuto de 1975 están comprendidas dentro de la competencia de la Corte *ratione materiae* con arreglo a la cláusula compromisoria contenida en el artículo 60. Si bien la Argentina, cuando formula pretensiones relativas a la contaminación sonora y “visual” que habría causado la planta de celulosa, invoca la disposición del artículo 36 del Estatuto de 1975, la Corte no encuentra en dicha disposición fundamento alguno para tales pretensiones. El texto claro del artículo 36, que dispone que “[l]as Partes coordinarán, por intermedio de la Comisión, las medidas adecuadas a fin de evitar la alteración del equilibrio ecológico y controlar plagas y otros factores nocivos en el Río y sus áreas de influencia”, no deja duda alguna sobre el hecho de que, contra lo que afirma la Argentina, esa contaminación sonora y visual no está comprendida en la disposición. Tampoco advierte la Corte que tales pretensiones puedan basarse en ninguna otra disposición del Estatuto de 1975; por consiguiente, las pretensiones relativas a la contaminación sonora y visual están manifiestamente fuera de la competencia conferida a la Corte por el artículo 60.

Análogamente, ninguna disposición del Estatuto de 1975 se refiere a la cuestión de los “malos olores” de los que se agravia la Argentina. Consiguientemente, por las mismas

¹ Se refiere al Tratado de Montevideo de 7 de abril de 1961, relativo a los límites en el Río Uruguay (UNTS, vol. 635, No. 9074, pág. 98; nota de pie de página añadida).

razones, la pretensión relativa al impacto que tendrían tales malos olores en el turismo en la Argentina también está fuera de la competencia de la Corte.

La Corte pasa a continuación a considerar la cuestión de si la competencia que le confiere el artículo 60 del Estatuto de 1975 abarca también las obligaciones de las Partes derivadas de acuerdos internacionales y del derecho internacional general que invoca la Argentina y a la función de los acuerdos mencionados y del derecho internacional general en el contexto de la presente causa.

Analizando el artículo 1 del Estatuto de 1975, la Corte considera que define solamente el fin del Estatuto, y que la referencia a “los derechos y obligaciones emergentes de los tratados y demás compromisos internacionales vigentes para cualquiera de las Partes” no permite deducir que las Partes procurasen hacer del cumplimiento de sus obligaciones derivadas de otros tratados uno de sus deberes con arreglo al Estatuto de 1975; más bien, la referencia a otros tratados pone de relieve que las Partes han acordado el Estatuto en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 del Tratado de 1961 y “*en estricta observancia* de los derechos y obligaciones emergentes de los tratados y demás compromisos internacionales vigentes para cualquiera de las Partes” (*cursiva añadida*).

La Corte señala que el fin de la cláusula contenida en el apartado a) del artículo 41 del Estatuto de 1975 es proteger y preservar el medio acuático disponiendo que cada una de las partes dicte normas y adopte medidas apropiadas. El apartado a) del artículo 41 distingue entre los convenios internacionales aplicables, por un lado, y las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales, por otro. Los primeros son jurídicamente vinculantes y, por consiguiente, las normas y reglamentaciones que se dicten en el derecho interno y las medidas adoptadas por el Estado deben estar en conformidad con ellos; las segundas, que no son formalmente vinculantes para los Estados, deben, en la medida en que sean pertinentes, ser tenidas en cuenta por éstos, de modo que sus normas y reglamentaciones internas y las medidas que adopten sean compatibles con dichas pautas y recomendaciones. Sin embargo, el artículo 41 no incorpora a los acuerdos internacionales en cuanto tales al Estatuto de 1975, sino que impone a las partes la obligación de ejercer sus potestades de reglamentación de conformidad con los acuerdos internacionales aplicables, para la protección y la preservación del medio acuático del Río Uruguay. Con arreglo al apartado b) del artículo 41, no se deben disminuir las exigencias técnicas en vigor para prevenir la contaminación de las aguas ni la severidad de las sanciones. Finalmente, el apartado c) del artículo 41 se refiere a la obligación de informar a la otra parte de toda norma que prevea dictar con relación a la contaminación de las aguas.

La Corte concluye que no hay nada, en el texto del artículo 41 del Estatuto de 1975, que permita fundar la tesis de que dicho artículo constituye una “cláusula de reenvío”. Consi-

guientemente, las diferentes convenciones multilaterales invocadas por la Argentina no están, como tales, incorporadas al Estatuto de 1975. Por esa razón, no están comprendidas dentro del alcance de la cláusula compromisoria y la Corte no tiene competencia para resolver la cuestión de si el Uruguay ha cumplido las obligaciones que le incumben de conformidad con ellas.

Por último, la Corte indica que se referirá, para interpretar el Estatuto de 1975, a las normas consuetudinarias sobre interpretación de los tratados reflejadas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Por lo tanto, el Estatuto de 1975 debe “interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a [sus] términos ... en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. En dicha interpretación se tendrá asimismo en cuenta, junto con el contexto, “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. La Corte precisa que, sin embargo, el hecho de que en la interpretación del Estatuto de 1975 se tengan en cuenta las normas pertinentes de derecho internacional aplicables en las relaciones entre las partes no tiene incidencia alguna en el alcance de su competencia, que sigue estando circunscrita a las controversias relativas a la interpretación o aplicación del Estatuto.

4. *La alegada violación de las obligaciones de procedimiento* (párrs. 67 a 158)

La Corte señala que la demanda presentada por la Argentina el 4 de mayo de 2006 se refiere a la alegada violación por el Uruguay de las obligaciones de procedimiento y de fondo estipuladas en el Estatuto de 1975.

a) *Los vínculos entre las obligaciones de procedimiento y las obligaciones de fondo* (párrs. 71 a 79)

La Corte señala que el objeto y el fin del Estatuto de 1975, formulados en el artículo 1 de dicho instrumento, consisten, para las Partes, en lograr “el óptimo y racional aprovechamiento del Río Uruguay” mediante “mecanismos comunes” de cooperación cuyo origen se encuentra en las obligaciones de procedimiento y las obligaciones de fondo previstas por el Estatuto.

La Corte ha subrayado, a este respecto, en su providencia de 13 de julio de 2006, que tal utilización debería permitir un desarrollo sostenible que tenga en cuenta “la necesidad de garantizar la protección continua del medio ambiente del río, así como el derecho al desarrollo económico de los Estados ribereños” (*Plantas de celulosa en el Río Uruguay (Argentina contra Uruguay), Medidas provisionales, Providencia de 13 de julio de 2006, I.C.J. Reports 2006, pág. 133, párrafo 80*).

La Corte estima que es mediante la cooperación que los Estados de que se trata pueden gestionar en común los riesgos de daño al medio ambiente que pudieran generar los

proyectos iniciados por uno u otro de ellos, de manera de prevenir el daño en cuestión, mediante la ejecución de las obligaciones de procedimiento y de fondo previstas por el Estatuto de 1975. Sin embargo, mientras que es muy frecuente que las obligaciones de fondo estén concebidas en términos generales, las obligaciones de procedimiento son más circunscritas y específicas a fin de facilitar la aplicación del Estatuto de 1975 mediante una concertación permanente entre las partes interesadas. La Corte ha calificado al régimen instituido por el Estatuto de 1975 como un “régimen completo e innovador” [en el texto auténtico inglés de la providencia, “*comprehensive and progressive régime*” — “régimen comprensivo y progresivo”] (*Plantas de celulosa en el Río Uruguay (Argentina contra Uruguay)*, *Medidas provisionales, Providencia de 13 de julio de 2006, I.C.J. Reports 2006*, pág. 133, párr. 81), en la medida en que las dos categorías de obligaciones mencionadas se complementan perfectamente, a fin de que las partes puedan realizar el objeto del Estatuto que fijaron en el artículo 1.

La Corte señala que el Estatuto de 1975 creó la CARU (la Comisión Administradora del Río Uruguay) y estableció procedimientos en relación con dicha institución, a fin de que las partes puedan cumplir sus obligaciones de fondo. Pero el Estatuto de 1975 no indica en ninguna de sus disposiciones que una parte puede cumplir sus obligaciones de fondo respetando solamente sus obligaciones de procedimiento, ni que una violación de las obligaciones de procedimiento entrañaría automáticamente la violación de las obligaciones de fondo. Análogamente, el hecho de que las partes hayan cumplido sus obligaciones de fondo no significa que deba entenderse que han cumplido *ipso facto* sus obligaciones de procedimiento, o que estén excusadas de hacerlo. Además, el vínculo entre esas dos categorías de obligaciones también puede romperse, en los hechos, cuando una parte que no ha cumplido sus obligaciones de procedimiento renuncia posteriormente a la realización de la actividad proyectada.

Consiguientemente, la Corte considera que existe sin duda un vínculo funcional, relativo a la prevención, entre las dos categorías de obligaciones previstas por el Estatuto de 1975, pero que dicho vínculo no impide que los Estados partes estén llamados a responder separadamente por unas y otras, según su contenido propio, y a asumir, si hay lugar a ello, la responsabilidad resultante, según el caso, de su violación.

b) *Las obligaciones de procedimiento y su articulación* (párrs. 80 a 122)

La Corte señala que las obligaciones de informar a la CARU acerca de los proyectos comprendidos en el campo de aplicación del Estatuto, de notificar dichos proyectos a la otra parte y de negociar con la otra parte constituyen un medio apropiado, aceptado por las Partes, para lograr el objetivo que se fijaron en el artículo 1 del Estatuto de 1975.

Dichas obligaciones son tanto más indispensables cuando se trata, como en el caso del Río Uruguay, de un recurso compartido que sólo puede ser protegido mediante una continua y estrecha cooperación entre los Estados ribereños.

La Corte examina la naturaleza y el papel de la CARU, y posteriormente considera si el Uruguay ha cumplido sus obligaciones de informar a la CARU de sus proyectos y de notificarlos a la Argentina.

La naturaleza y el papel de la CARU (párrs. 84 a 93)

La Corte señala, primero, que la CARU, de conformidad con el artículo 50 del Estatuto de 1975, “gozará de personalidad jurídica para el cumplimiento de su cometido” y que las partes en dicho Estatuto se comprometieron a asignarle “los recursos necesarios y todos los elementos y facilidades indispensables para su funcionamiento”. De ello se desprende que, lejos de ser una simple correa de transmisión entre las partes, la CARU tiene una existencia propia y permanente; ejerce derechos y también le incumben deberes para cumplir las funciones que le confiere el Estatuto de 1975.

La Corte observa que, como toda organización internacional dotada de personalidad jurídica, la CARU está habilitada para ejercer las competencias que le reconoce el Estatuto de 1975 y que sean necesarias para la realización del objeto y el fin de éste, a saber, “el óptimo y racional aprovechamiento del Río Uruguay” (artículo 1).

Como la CARU sirve de marco de concertación entre las partes, particularmente en el caso de los proyectos de obras que se contemplan en el párrafo primero del artículo 7 del Estatuto de 1975, ninguna de ellas puede apartarse de dicho marco unilateralmente y en el momento en que lo estime oportuno, y sustituirlo por otros canales de comunicación. Al crear a la CARU y al dotarla de todos los medios necesarios para su funcionamiento, las partes se propusieron dar las mejores garantías posibles de estabilidad, continuidad y eficacia a su voluntad de cooperar para “el óptimo y racional aprovechamiento del Río Uruguay”.

Es por tal razón por la que la CARU desempeña un papel central en el Estatuto de 1975 y no es posible reducirla a un simple mecanismo facultativo puesto a disposición de las partes que cada una de ellas pueda utilizar o no, a su antojo. La CARU interviene en todos los niveles de utilización del río y por otra parte ha recibido la función de dictar normas reglamentarias en numerosas esferas vinculadas a la gestión común del río, que se enumeran en el artículo 56 del Estatuto de 1975.

Consiguientemente, la Corte considera que, habida cuenta de la amplitud y a la diversidad de las funciones que han confiado a la CARU, las Partes se propusieron hacer de dicha organización internacional un elemento central en el cumplimiento de sus obligaciones de cooperar estipuladas en el Estatuto de 1975.

La obligación del Uruguay de informar a la CARU
(párrs. 94 a 111)

La Corte señala que la obligación del Estado de origen de la actividad proyectada de informar a la CARU constituye la primera etapa del conjunto del mecanismo procedimental que permite a las dos partes realizar el objeto del Estatuto de 1975, a saber, “el óptimo y racional aprovechamiento del Río Uruguay”. Esta etapa, prevista en el párrafo primero del artículo 7, consiste, para el Estado de origen de la actividad proyectada, en informar de ella a la CARU, para que ésta pueda determinar “sumariamente” y dentro de un plazo máximo de 30 días si el proyecto puede producir perjuicio sensible a la otra Parte.

Para que el resto del procedimiento pueda seguir adelante, las dos partes plantearon como condiciones alternativas, en el Estatuto de 1975, o bien que la actividad proyectada por una parte sea susceptible, en opinión de la CARU, de producir perjuicio sensible a la otra, que hace nacer una obligación de prevención a cargo de la primera, a fin de eliminar el riesgo o reducirlo al mínimo, en consulta con la segunda; o bien que la CARU, debidamente informada, no haya llegado a una decisión a ese respecto dentro del plazo prescrito.

La Corte constata que las dos Partes están de acuerdo en considerar que las dos plantas proyectadas eran obras suficientemente importantes como para entrar en el campo de aplicación del artículo 7 del Estatuto de 1975, y, por lo tanto, para que se debiese informar de ellas a la CARU. Lo mismo se aplica al proyecto de construcción de la terminal portuaria en Fray Bentos para uso exclusivo de la planta Orión (Botnia), que comprendía operaciones de dragado y de utilización del lecho del río.

Sin embargo, la Corte observa que las Partes discrepan acerca de la existencia de una obligación de informar a la CARU con respecto a la extracción y la utilización del agua del río para fines industriales por la planta Orión (Botnia).

La Corte señala también que, si bien las Partes están de acuerdo en reconocer que se debía informar a la CARU de los dos proyectos de plantas y del proyecto de construcción de la terminal portuaria en Fray Bentos, discrepan en lo tocante al contenido de la información que debía brindarse a la CARU y al momento en que dicha información debía tener lugar.

La Corte observa que el principio de prevención, como regla consuetudinaria, tiene su origen en la diligencia debida (“*due diligence*”) por el Estado en su territorio. Se trata de “la obligación de todo Estado de no permitir a sabiendas que su territorio sea utilizado para realizar actos contrarios a los derechos de otros Estados” (*Canal de Corfú (Reino Unido contra Albania)*, Fondo, Sentencia, I.C.J. Reports 1949, pág. 22). En efecto, el Estado está obligado a utilizar todos los medios de que dispone a fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo en su territorio, o en cualquier espacio que esté bajo su jurisdicción, causen un daño significativo al medio

ambiente de otro Estado. Esta Corte ha establecido que dicha obligación “forma parte ya del *corpus* de normas internacionales en materia de medio ambiente” (*Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 242, párr. 29).

La obligación de informar a la CARU permite, según la Corte, poner en marcha la cooperación entre las Partes que es necesaria para cumplir la obligación de prevención. Esta primera etapa de procedimiento tiene la consecuencia de sustraer de la aplicación del Estatuto de 1975 a las actividades que parezcan no causar daño más que al Estado en cuyo territorio se realizan.

La Corte observa que, en lo tocante al Río Uruguay, que constituye un recurso compartido, el “perjuicio sensible a la otra Parte” (párrafo primero del artículo 7 del Estatuto de 1975) puede provenir de la afectación de la navegación, del régimen del Río o de la calidad de sus aguas. Además, el artículo 27 del Estatuto de 1975 estipula que:

“[e]l derecho de cada Parte de aprovechar las aguas del Río, dentro de su jurisdicción, para fines domésticos, sanitarios, industriales y agrícolas, se ejercerá sin perjuicio de la aplicación del procedimiento previsto en los artículos 7 a 12 cuando el aprovechamiento sea de entidad suficiente para afectar el régimen del Río o la calidad de sus aguas.”

La Corte señala que, de conformidad con los términos del párrafo primero del artículo 7, la información que se debe suministrar a la CARU, en esta etapa inicial del procedimiento, tiene que permitirle determinar sumariamente y con rapidez si el proyecto puede causar un perjuicio sensible a la otra parte. En esta etapa, se trata de que la CARU decida si el proyecto está comprendido dentro del procedimiento de cooperación previsto por el Estatuto de 1975 o no, y no de pronunciarse sobre su real incidencia en el río y en la calidad de sus aguas.

La Corte considera que el Estado que proyecte realizar actividades contempladas en el artículo 7 del Estatuto está obligado a informar de ellas a la CARU en cuanto esté en posesión de un proyecto suficientemente elaborado para permitir que la Comisión determine sumariamente, en aplicación del párrafo primero de dicha disposición, si el proyecto puede causar un perjuicio sensible a la otra parte. En esta etapa, la información no consistirá necesariamente en una evaluación completa del impacto ambiental del proyecto, que a menudo exige más tiempo y recursos. Desde luego, cuando se disponga de una información más completa, se deberá transmitirla a la CARU para que ésta pueda proceder en las mejores condiciones posibles a su examen sumario. De todos modos, la obligación de informar a la CARU surge en una etapa en que el proyecto ya ha sido sometido a la autoridad competente para obtener la autorización ambiental previa, y antes del otorgamiento de dicha autorización.

La Corte observa que, en la presente causa, el Uruguay no transmitió a la CARU la información exigida por el pá-

rrafo primero del artículo 7 con respecto a las plantas CMB (ENCE) y Orión (Botnia), a pesar de los pedidos que en tal sentido le formuló la Comisión en varias ocasiones, en particular el 17 de octubre de 2002 y el 21 de abril de 2003, con respecto a la planta CMB (ENCE), y el 16 de noviembre de 2004, con respecto a la planta Orión (Botnia). El Uruguay se limitó a enviar a la CARU, el 14 de mayo de 2003, un resumen de la evaluación del impacto ambiental de la planta CMB (ENCE) elaborado con fines de difusión pública. La CARU estimó que ese documento era insuficiente y pidió nuevamente al Uruguay un complemento de información, el 15 de agosto de 2003 y el 12 de septiembre de 2003. Además, el Uruguay no transmitió a la CARU ningún documento en relación con la planta Orión (Botnia). Consiguientemente, el Uruguay otorgó las autorizaciones ambientales previas a CMB, el 9 de octubre de 2003, y a Botnia, el 14 de febrero de 2005, sin respetar el procedimiento previsto en el párrafo primero del artículo 7. Por lo tanto, el Uruguay se pronunció sobre el impacto ambiental de los proyectos sin asociar a la CARU, limitándose así a aplicar su legislación interna.

La Corte señala además que el 12 de abril de 2005 el Uruguay otorgó a Botnia una autorización para la primera fase de construcción de la planta Orión (Botnia) y, el 5 de julio de 2005, una autorización para construir una terminal portuaria para su uso exclusivo y utilizar el lecho del río para fines industriales, sin informar previamente a la CARU de dichos proyectos.

Con respecto a la extracción y el uso de agua del río, la Corte estima que se trata de una actividad que forma parte integrante de la puesta en funcionamiento de la planta Orión (Botnia) y que, por consiguiente, no requería una comunicación separada a la CARU.

Por otra parte, la Corte considera que las informaciones relativas a los proyectos de plantas que llegaron a la CARU por conducto de las empresas interesadas o de otras fuentes no gubernamentales no pueden sustituir a la obligación de informar, prevista en el párrafo primero del artículo 7 del Estatuto de 1975, que incumbe a la parte que proyecta construir las obras contempladas en esa disposición. Análogamente, en la *Causa relativa a ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti contra Francia)*, la Corte observó que

“[s]i al final de cuentas Djibouti pudo obtener ciertas informaciones por conducto de la prensa, tal modo de difusión de información no puede tenerse en cuenta a los efectos de la aplicación del artículo 17 [de la Convención sobre asistencia mutua en materia penal entre los dos países, que dispone que “[t]oda negativa de asistencia mutua será motivada]” (fallo de 4 de junio de 2008, párr. 150).

La Corte concluye que el Uruguay, al no informar a la CARU de las obras proyectadas antes del otorgamiento de las autorizaciones ambientales previas para cada una de las plantas y para la terminal portuaria adyacente a la planta Orión (Botnia), no ha respetado la obligación que le impone el párrafo primero del artículo 7 del Estatuto de 1975.

La obligación del Uruguay de notificar los proyectos a la otra parte (párrs. 112 a 122)

La Corte señala que, con arreglo a los términos del párrafo segundo del artículo 7 del Estatuto de 1975, en caso de que la CARU decida que el proyecto puede causar un perjuicio sensible a la otra parte o si no es posible llegar a una decisión a ese respecto, “la Parte interesada deberá notificar el proyecto a la otra Parte a través de la misma Comisión”. Añade que, con arreglo a los términos del párrafo tercero del artículo 7 del Estatuto de 1975, la notificación debe describir “los aspectos esenciales de la obra” y “los demás datos técnicos que permitan a la Parte notificada hacer una evaluación del efecto probable que la obra ocasionará a la navegación, al régimen del Río o a la calidad de sus aguas”.

En opinión de la Corte, la obligación de notificar está destinada a crear las condiciones de una fructífera cooperación entre las partes, que les permita evaluar el impacto del proyecto en el río sobre la base de la información más completa posible y, en caso necesario, negociar los ajustes necesarios para prevenir los eventuales perjuicios que pueda causar.

El artículo 8 prevé un plazo de 180 días, que puede ser prorrogado por la Comisión, para que la parte que recibió la notificación pueda expedirse sobre el proyecto, sin perjuicio de que pueda pedir a la otra parte, por intermedio de la Comisión, que complemente la documentación que ha suministrado, si ello es necesario.

Si la parte destinataria de la notificación no opone objeciones, la otra parte podrá realizar o autorizar la realización de la obra proyectada (artículo 9). En caso contrario, la primera debe notificar a la segunda cuáles son los aspectos de la obra que pueden causarle perjuicio y las modificaciones que sugiera (artículo 11), con lo cual se abre un nuevo plazo de 180 días para llegar a un acuerdo (artículo 12).

Por consiguiente, la obligación de notificar es esencial en el proceso que debe llevar a las partes a concertarse para evaluar los riesgos del proyecto y negociar las eventuales modificaciones que puedan eliminar tales riesgos o reducir al mínimo sus efectos.

La Corte señala que las evaluaciones del impacto ambiental que sean necesarias para expedirse sobre todo proyecto susceptible de causar perjuicios transfronterizos sensibles a otro Estado deben ser notificadas por la parte interesada a la otra parte, por intermedio de la CARU, con arreglo a los párrafos segundo y tercero del artículo 7 del Estatuto de 1975. Dicha notificación está destinada a permitir que la parte que recibe la notificación participe en el proceso tendiente a asegurar que la evaluación sea completa, para que luego pueda apreciar, con pleno conocimiento de causa, el proyecto y sus efectos (artículo 8 del Estatuto de 1975).

La Corte observa que esa notificación debe llevarse a cabo antes de que el Estado interesado adopte una decisión sobre la viabilidad ambiental del proyecto, teniendo debidamente

en cuenta la evaluación del impacto ambiental que se le ha presentado.

En la presente causa, la Corte observa que la notificación a la Argentina de las evaluaciones del impacto ambiental relativas a las plantas CMB (ENCE) y Orión (Botnia) no se llevó a cabo por intermedio de la CARU, y que el Uruguay solo transmitió esas evaluaciones a la Argentina después de haber otorgado las autorizaciones ambientales previas para las dos plantas en cuestión.

La Corte concluye que el Uruguay no respetó su obligación de notificar los proyectos a la Argentina por intermedio de la CARU, prevista en los párrafos segundo y tercero del artículo 7 del Estatuto de 1975.

c) *¿Convinieron las Partes en hacer una excepción a las obligaciones de procedimiento previstas en el Estatuto de 1975?* (párrs. 123 a 150)

El “entendimiento” de 2 de marzo de 2004 entre la Argentina y el Uruguay (párrs. 125 a 131)

La Corte señala que, si bien la existencia del “entendimiento” al que llegaron los Ministros de Relaciones Exteriores de los dos Estados el 2 de marzo de 2004 no ha sido controvertida por las Partes, éstas discrepan en lo tocante a su contenido y su alcance. Cualesquiera fueran su denominación particular y el instrumento en que se consignó (un acta de la CARU), este “entendimiento” era vinculante para las Partes, en la medida en que le habían dado su consentimiento, y las Partes debían ajustarse a él de buena fe. Estaban habilitadas para apartarse de los procedimientos previstos por el Estatuto de 1975, con respecto a un proyecto dado, de conformidad con un acuerdo bilateral apropiado. La Corte recuerda que las Partes discrepan en lo tocante a la cuestión de saber si el procedimiento para la comunicación de la información previsto por el “entendimiento” reemplazaría, en caso de ser aplicado, al procedimiento previsto por el Estatuto de 1975. Sea como sea, tal reemplazo estaba condicionado por el respeto, por parte del Uruguay, del nuevo procedimiento previsto por el “entendimiento”.

La Corte constata que la información que el Uruguay había aceptado comunicar a la CARU en el “entendimiento” de 2 de marzo de 2004 nunca fue comunicada. Consiguientemente, la Corte no puede aceptar la pretensión del Uruguay de que el “entendimiento” habría puesto fin a su controversia con la Argentina con respecto a la planta CMB (ENCE), relativa a la aplicación del procedimiento previsto por el artículo 7 del Estatuto de 1975.

Por otra parte, la Corte observa que, cuando se llegó a ese “entendimiento”, sólo estaba en cuestión el proyecto CMB (ENCE), y que, por consiguiente, el “entendimiento” no puede ser extendido al proyecto Orión (Botnia), como pretende el Uruguay. Las dos plantas recién fueron mencionadas a partir de julio de 2004, en el marco del plan PROCEL.

Ahora bien, dicho plan sólo se refiere a las medidas de seguimiento y control de la calidad ambiental de las aguas del río en las zonas de plantas de celulosa, y no a los procedimientos del artículo 7 del Estatuto de 1975.

La Corte concluye que el “entendimiento” de 2 de marzo de 2004 sólo habría tenido el efecto de exonerar al Uruguay de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 7 del Estatuto de 1975, si tal era el objetivo del “entendimiento”, en caso de que el Uruguay hubiese actuado de conformidad con él. En opinión de la Corte, no lo hizo. Por consiguiente, no puede considerarse que ese “entendimiento” haya tenido el efecto de dispensar al Uruguay del respeto de las obligaciones de procedimiento previstas por el Estatuto de 1975.

El acuerdo por el cual se estableció el Grupo Técnico de Alto Nivel (GTAN) (párrs. 132 a 150)

La Corte señala que, en cumplimiento del acuerdo celebrado el 5 de mayo de 2005 entre los Presidentes de la Argentina y el Uruguay, los Ministros de Relaciones Exteriores de los dos Estados emitieron el 31 de mayo de 2005 un comunicado de prensa en el que se anunciaba la creación del Grupo Técnico de Alto Nivel, que las Partes designan con la abreviatura GTAN.

La Corte observa que no corresponde distinguir, como lo han hecho tanto el Uruguay como la Argentina a los efectos de sus respectivas causas, entre la presentación ante la Corte sobre la base del artículo 12 y la presentación sobre la base del artículo 60 del Estatuto de 1975. Si bien es cierto que el artículo 12 prevé el recurso al procedimiento previsto en el Capítulo XV en caso de que las negociaciones no llegasen un acuerdo dentro del plazo de 180 días, su función termina allí. A partir de entonces entra a jugar el artículo 60, en particular su párrafo primero, que permite que cualquiera de las Partes someta a la Corte cualquier controversia relativa a la interpretación o la aplicación del Estatuto que no pudiese solucionarse por negociaciones directas. Esa redacción comprende también a una controversia relativa a la interpretación o la aplicación del artículo 12, así como de cualquier otra disposición del Estatuto de 1975.

La Corte señala que el comunicado de prensa de 31 de mayo de 2005 expresa un acuerdo entre los dos Estados por el cual se crea un marco de negociación, el GTAN, a fin de estudiar, analizar e intercambiar información sobre los efectos que el funcionamiento de las plantas de celulosa que se estaban construyendo en la República Oriental del Uruguay podían tener en el ecosistema del río compartido, y se determina que “el grupo [debía] producir un primer informe dentro de un plazo de 180 días”.

La Corte admite que el GTAN fue creado con el fin de permitir que se llevaran a cabo las negociaciones previstas, también por un plazo de 180 días, en el artículo 12 del Estatuto de 1975. Dichas negociaciones entre las partes, con

miras a llegar un acuerdo, deben celebrarse una vez que la parte destinataria de la notificación haya enviado, de conformidad con el artículo 11, una comunicación a la otra parte, por intermedio de la Comisión, precisando “cuáles aspectos de la obra o del programa de operación podrán causar un perjuicio sensible a la navegación, al régimen del Río o a la calidad de sus aguas, las razones técnicas que permitan llegar a esa conclusión y las modificaciones que sugiera al proyecto o programa de operación”.

La Corte tiene conciencia de que la negociación prevista en el artículo 12 del Estatuto de 1975 se integra en el conjunto del procedimiento previsto en los artículos 7 a 12, que está articulado de manera tal que las partes, en asociación con la CARU, estén en condiciones, al final del proceso, de cumplir su obligación de prevenir todo perjuicio transfronterizo sensible susceptible de ser generado por actividades potencialmente nocivas proyectadas por cualquiera de ellas.

La Corte considera, en consecuencia, que si bien el acuerdo por el que se creó el GTAN creó efectivamente una instancia de negociación apta para permitir que las Partes procurasen el mismo objetivo previsto en el artículo 12 del Estatuto de 1975, no puede ser interpretado en el sentido de que expresaba el acuerdo de las Partes de hacer una excepción a otras obligaciones de procedimiento previstas por el Estatuto.

Consiguientemente, la Corte considera que la Argentina, al aceptar la creación del GTAN, no renunció, como pretende el Uruguay, a los otros derechos de carácter procedimental que le reconoce el Estatuto de 1975, ni a invocar la responsabilidad del Uruguay en razón de su eventual violación. Tampoco consintió en suspender la aplicación de las disposiciones de procedimiento del Estatuto de 1975. En efecto, con arreglo al artículo 57 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969, relativo a la “[s]uspensión de la aplicación de un tratado”, incluida, según el comentario de la Comisión de Derecho Internacional, la suspensión de “la aplicación de ... algunas de sus disposiciones” (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. II, pág. 275), la suspensión sólo es posible “conforme a las disposiciones del tratado” o “por consentimiento de todas las partes”.

Por otra parte, la Corte observa que cuando el acuerdo por el que se creó el GTAN hace referencia a “las plantas de celulosa que se están construyendo en la República Oriental del Uruguay”, constata un simple hecho y no puede ser interpretado, según pretende el Uruguay, como una aceptación de dicha construcción por parte de la Argentina.

La Corte considera que el Uruguay no tenía derecho, durante todo el período de consulta y negociación previsto en los artículos 7 a 12 del Estatuto de 1975, ni a construir las plantas proyectadas y la terminal portuaria ni a autorizar su construcción. Sería contrario al objeto y al fin del Estatuto de 1975 proceder a actividades litigiosas antes de haber aplicado los procedimientos previstos por los “mecanismos comunes

necesarios para el óptimo y racional aprovechamiento del [r]ío” (artículo 1). Sin embargo, el artículo 9 dispone que, “[s]i la Parte notificada no opusiere objeciones o no contestare dentro del plazo establecido en el artículo 8, la otra Parte podrá realizar o autorizar la realización de la obra proyectada”.

De ello se desprende, a juicio de la Corte, que, mientras se está desarrollando el mecanismo de cooperación entre las partes para prevenir un perjuicio sensible en detrimento de una de ellas, el Estado de origen de la actividad proyectada está obligado a no autorizar su construcción y, *a fortiori*, a no llevarla a cabo.

La Corte señala, además, que el Estatuto de 1975 se inscribe perfectamente en el marco de las exigencias del derecho internacional en la materia, pues el mecanismo de cooperación entre Estados se rige por el principio de buena fe. En efecto, según el derecho internacional consuetudinario, reflejado en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Ello se aplica a todas las obligaciones establecidas por un tratado, incluso las obligaciones de procedimiento, que son esenciales para la cooperación entre Estados.

El mecanismo de cooperación previsto por los artículos 7 a 12 del Estatuto de 1975 no tendría sentido, a juicio de la Corte, si la parte de origen de la actividad proyectada la autorizara o la llevara a cabo sin esperar a que dicho mecanismo llegase a su término. En efecto, si así fuere, las negociaciones entre las partes ya no tendrían objeto.

A este respecto, contrariamente a lo que pretende el Uruguay, no corresponde hacer una excepción en relación con los trabajos preliminares en las plantas de celulosa en emplazamientos aprobados únicamente por el Uruguay. En efecto, esos trabajos forman parte integrante de la construcción de las plantas proyectadas.

La Corte concluye que el acuerdo por el que se creó el GTAN no permitió que el Uruguay se eximiera de sus obligaciones de información y notificación con arreglo al artículo 7 del Estatuto de 1975, y que, al autorizar la construcción de las plantas y la terminal portuaria en Fray Bentos antes de la expiración del período de negociación, el Uruguay no respetó la obligación de negociar prevista en el artículo 12 del Estatuto. Consiguientemente, el Uruguay desconoció el conjunto del mecanismo de cooperación previsto en los artículos 7 a 12 del Estatuto de 1975.

d) *Las obligaciones del Uruguay después de la expiración del período de negociación* (párrs. 151 a 158)

El artículo 12 remite a las Partes, en caso de que no lleguen a un acuerdo dentro de 180 días, al procedimiento indicado en el Capítulo XV.

El Capítulo XV contiene un solo artículo, el artículo 60, según el cual:

“Toda controversia acerca de la interpretación o aplicación del Tratado y del Estatuto que no pudiese solucionarse por negociaciones directas, podrá ser sometida, por cualquiera de las Partes, a la Corte Internacional de Justicia.

En los casos a que se refieren los artículos 58 y 59, cualquiera de las Partes podrá someter toda controversia sobre la interpretación o aplicación del Tratado y del Estatuto a la Corte Internacional de Justicia, cuando dicha controversia no hubiere podido solucionarse dentro de los ciento ochenta días siguientes a la notificación aludida en el artículo 59.”

La Corte observa que la pretendida “obligación de no construcción”, que incumbiría al Uruguay entre el fin del período de negociación y la decisión de la Corte, no figura expresamente en el Estatuto de 1975 y tampoco se deriva de sus disposiciones. El artículo 9 sólo prevé tal obligación durante la aplicación del procedimiento previsto en los artículos 7 a 12 del Estatuto.

Además, el Estatuto no prevé que, en caso de que el desacuerdo entre las partes acerca de la actividad proyectada persista al término del período de negociación, corresponda, como pretende la Argentina, que la Corte, a solicitud del Estado interesado, decida si autoriza o no la actividad en cuestión. La Corte subraya que, si bien el Estatuto de 1975 le atribuye competencia para resolver toda controversia relativa a su interpretación o aplicación, no la inviste de la función de autorizar o no en última instancia las actividades proyectadas. Consiguientemente, el Estado de origen del proyecto puede, al fin del período de negociación, proceder a la construcción a su propio riesgo.

En su providencia de 13 de julio de 2006, la Corte consideró que la “construcción [de las plantas] en el emplazamiento actual no [podía] reputarse como creadora de un hecho consumado [*fait accompli*]” (*Plantas de celulosa en el Río Uruguay (Argentina contra Uruguay), Medidas provisionales, Providencia de 13 de julio de 2006, I.C.J. Reports 2006*, pág. 133, párr. 78). Así pues, al pronunciarse sobre el fondo de la controversia entre las Partes, la Corte es el garante final del respeto del Estatuto de 1975 por dichas Partes.

La Corte concluye que al Uruguay no le incumbía ninguna “obligación de no construcción” después de la expiración del período de negociación previsto en el artículo 12, que tuvo lugar el 3 de febrero de 2006, fecha en la cual las Partes determinaron que habían fracasado las negociaciones emprendidas en el marco del GTAN. Consiguientemente, el comportamiento ilícito del Uruguay no podía extenderse más allá de esa fecha.

5. *Las obligaciones de fondo* (párrs. 159 a 266)

Habiendo establecido que el Uruguay violó sus obligaciones de procedimiento de informar, notificar y negociar en la medida y por las razones que se han expresado, la Corte pasa

a considerar la cuestión del respeto por dicho Estado de las obligaciones de fondo previstas por el Estatuto de 1975.

La carga de la prueba y la prueba por peritos (párrs. 160 a 168)

Antes de examinar las alegaciones de violaciones de obligaciones de fondo derivadas del Estatuto de 1975, la Corte considera dos cuestiones preliminares, a saber, la carga de la prueba y la prueba por peritos.

Para comenzar, la Corte considera que, de conformidad con el principio bien establecido de *onus probandi incumbit actori*, corresponde a la parte que afirma determinados hechos establecer la existencia de esos hechos. Este principio, confirmado por la Corte en numerosas ocasiones, se aplica a las afirmaciones de hecho tanto del demandante como del demandado.

La Corte observa que el demandante debe, naturalmente, comenzar por presentar los elementos de prueba pertinentes para justificar su tesis. Pero ello no significa que el demandado no deba cooperar produciendo todos los medios de prueba que estén en su posesión y que puedan ayudar a la Corte a resolver la controversia que se le ha sometido.

En lo tocante a los argumentos formulados por la Argentina en relación con la inversión de la carga de la prueba y la existencia, respecto de cada Parte, de una igual obligación de convencer con arreglo al Estatuto de 1975, la Corte considera que, aun cuando un enfoque de precaución pueda resultar pertinente para interpretar y aplicar las disposiciones del Estatuto, ello no tiene el efecto de operar una inversión de la carga de la prueba; asimismo, la Corte considera que no hay nada en el Estatuto de 1975 mismo que permita concluir que impondría la carga de la prueba igualmente a ambas Partes.

A continuación, la Corte examina la cuestión de la prueba por peritos. Tanto la Argentina como el Uruguay presentaron a la Corte una gran cantidad de informaciones fácticas y científicas en apoyo de sus respectivas pretensiones. También presentaron informes y estudios elaborados por los expertos y consultores contratados por cada uno de ellos, así como de los que habían sido contratados por la Corporación Financiera Internacional (CFI) en su calidad de financiadora del proyecto. Algunos de dichos expertos también comparecieron ante la Corte como consejeros de una u otra de las Partes para suministrar elementos de prueba.

Sin embargo, las Partes están en desacuerdo acerca de la autoridad y la fiabilidad de los estudios e informes presentados en el expediente, que fueron elaborados, por un lado, por sus respectivos expertos y consultores, y, por otro, por los expertos de la CFI, y que en muchos casos contienen afirmaciones y conclusiones contradictorias.

La Corte precisa que ha prestado la mayor atención a los elementos que le presentaron las Partes, como surge de su examen de los elementos de prueba relativos a las alegaciones de violaciones de las obligaciones de fondo. En lo tocante

a los expertos que comparecieron ante ella como consejeros en las audiencias, la Corte declara que le habría parecido más útil que las Partes, en lugar de haberlos incluido en esa calidad en sus respectivas delegaciones, los hubiesen presentado como peritos en virtud de los artículos 57 y 64 del Reglamento de la Corte. Considera, en efecto, que las personas que prestan declaración ante ella sobre la base de sus conocimientos científicos o técnicos y de su experiencia personal deberían hacerlo en calidad de peritos o de testigos, o aún, en algunos casos, en ambas calidades, y no como consejeros, para que pudieran responder a las preguntas que les formulara la otra parte, o la propia Corte.

En cuanto a la independencia de dichos peritos, la Corte no estima que, para resolver sobre la presente causa, sea necesario entrar en un debate general sobre el valor, la fiabilidad y la autoridad de los documentos y estudios elaborados por los expertos y consultores de las Partes. Debe tener presente, solamente, que, por más voluminosas y complejas que sean las informaciones fácticas que se han presentado ante la Corte, a ésta le incumbe, al cabo de un atento examen del conjunto de elementos presentados por las Partes, determinar qué hechos han de tomarse en consideración, apreciar su fuerza probatoria y sacar las conclusiones apropiadas. Así, fiel a su práctica, la Corte se pronunciará sobre los hechos, fundándose en los elementos de prueba que se le presentaron, y luego aplicará las normas pertinentes de derecho internacional a los hechos que a su juicio hayan quedado probados.

Alegaciones de violaciones de las obligaciones de fondo (párrs. 169 a 266)

- a) *La obligación de contribuir al óptimo y racional aprovechamiento del río* (artículo 1 del Estatuto de 1975) (párrs. 170 a 177)

La Corte observa que, como surge del título del Capítulo I del Estatuto de 1975, el artículo 1 enuncia el fin del Estatuto. En tal carácter, el artículo ilustra la interpretación de las obligaciones de fondo, pero no confiere por sí mismo derechos y obligaciones específicos a las partes. Éstas deben garantizar el óptimo y racional aprovechamiento del Río Uruguay respetando las obligaciones prescritas por el Estatuto de 1975 para la protección del medio ambiente y la gestión conjunta de este recurso compartido. Se debe procurar ese objetivo también por intermedio de la CARU, que constituye el “mecanismo común” necesario para su realización, y por intermedio de las reglamentaciones adoptadas por la Comisión y de las normas y medidas adoptadas por las Partes.

La Corte recuerda que las Partes celebraron el tratado que contiene el Estatuto de 1975 en cumplimiento del artículo 7 del Tratado de 1961, que obligaba a las Partes a establecer conjuntamente el estatuto del uso del río, que comprendería, entre otras cosas, disposiciones para evitar la contaminación y proteger y preservar el medio acuático. Así pues, el óptimo

mo y racional aprovechamiento de las aguas del río puede considerarse la piedra angular del sistema de cooperación establecido en el Estatuto de 1975 y del mecanismo común destinado a asegurar esa cooperación.

La Corte considera que para lograr un óptimo y racional aprovechamiento es preciso encontrar un equilibrio entre, por un lado, los derechos y necesidades de las Partes en lo tocante a la utilización del río para fines económicos y comerciales, y, por otro lado, la obligación de proteger al río contra todo daño al medio ambiente que puedan causar dichas actividades. La necesidad de asegurar ese equilibrio surge de varias disposiciones del Estatuto de 1975 en las que se establecen los derechos y obligaciones de las Partes, como los artículos 27, 36 y 41. Por consiguiente, habida cuenta de lo que antecede, la Corte determina que apreciará el comportamiento del Uruguay en lo tocante a la autorización de la construcción y la puesta en funcionamiento de la planta Orión (Botnia) a la luz de esas disposiciones del Estatuto de 1975, y de los derechos y obligaciones enunciados en ellas.

Con respecto al artículo 27, la Corte considera que traduce el estrecho vínculo existente entre la utilización equitativa y razonable de un recurso compartido y la necesidad de conciliar el desarrollo económico y la protección del medio ambiente que es la esencia del desarrollo sostenible.

- b) *La obligación de velar por que la gestión del suelo y los bosques no cause perjuicios al régimen del río ni a la calidad de sus aguas* (artículo 35 del Estatuto de 1975) (párrs. 178 a 180)

La Corte estima que la Argentina no ha establecido el fundamento de su alegación de que la decisión del Uruguay de proceder a importantes plantaciones de eucaliptos a fin de suministrar la materia prima a la planta Orión (Botnia) tendría incidencia no solamente en la gestión del suelo y de los bosques uruguayos, sino también en la calidad de las aguas del río.

- c) *La obligación de coordinar las medidas adecuadas a fin de evitar la alteración del equilibrio ecológico* (artículo 36 del Estatuto de 1975) (párrs. 181 a 189)

La Corte recuerda que el artículo 36 dispone que “[l]as Partes coordinarán, por intermedio de la Comisión, las medidas adecuadas a fin de evitar la alteración del equilibrio ecológico y controlar plagas y otros factores nocivos en el Río y sus áreas de influencia”.

La Corte estima que las Partes no pueden cumplir esta obligación aisladamente, mediante actos individuales. El respeto de esta obligación exige una acción concertada, por intermedio de la Comisión. Esta obligación es expresión de la búsqueda del interés colectivo por parte del Estatuto de 1975 y refleja uno de los objetivos que orientaron el establecimiento de mecanismos comunes, a saber, el de asegurar la coordinación entre las iniciativas y medidas tomadas por las Partes a los efectos de la gestión sostenible y la protección

ambiental del río. Las Partes han coordinado efectivamente su acción promulgando, en el marco de la Comisión, las normas que figuran en los Temas E3 y E4 del Digesto de la CARU. Uno de los objetivos enunciados en el Tema E3 es “[p]roteger y preservar el medio acuático y su equilibrio ecológico”. Análogamente, en el Tema E4 se indica que fue elaborado “de conformidad con [lo]... dispuesto en los artículos 36, 37, 38 y 39”.

En opinión de la Corte, el fin del artículo 36 del Estatuto de 1975 es impedir toda contaminación transfronteriza susceptible de alterar el equilibrio ecológico del río, coordinando, por intermedio de la CARU, la adopción de las medidas necesarias para tal fin. Así pues, obliga a los dos Estados a tomar medidas concretas para evitar toda alteración del equilibrio ecológico. Dichas medidas no se limitan a la adopción de un marco reglamentario —cosa que han hecho las Partes por intermedio de la CARU— sino que ambas Partes también están obligadas a respetar y poner en práctica las medidas así adoptadas. Como subrayó la Corte en la causa *Gabčíkovo-Nagymaros*, “en la esfera de la protección ambiental, la vigilancia y la prevención son necesarias, habida cuenta del carácter frecuentemente irreversible de los daños causados al medio ambiente y de las limitaciones inherentes al propio mecanismo de reparación de ese tipo de daño” (*Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*, Sentencia, I.C.J. Reports 1997, pág. 78, párr. 140).

La Corte considera que la obligación formulada en el artículo 36 incumbe a las dos Partes y les impone adoptar un comportamiento específico consistente en tomar las medidas necesarias de manera coordinada, por intermedio de la Comisión, para evitar cualquier alteración del equilibrio ecológico. La obligación de adoptar medidas reglamentarias o administrativas, sea de manera individual o conjunta, y de ponerlas en práctica, es una obligación de comportamiento. Por consiguiente, ambas Partes deben, en aplicación del artículo 36, demostrar la diligencia debida (“*due diligence*”) actuando en el marco de la Comisión a fin de tomar las medidas necesarias para la preservación del equilibrio ecológico del río.

Esa vigilancia y esa prevención son particularmente importantes cuando se trata de preservar el equilibrio ecológico, pues los efectos negativos de las actividades humanas en las aguas del río hacen correr el riesgo de afectar a otros componentes del ecosistema del curso de agua, tales como su flora, su fauna y su lecho. La obligación de coordinar, por intermedio de la Comisión, la adopción de las medidas necesarias, así como la aplicación y el respeto de dichas medidas, desempeña, en este contexto, un papel central en el sistema global de protección del Río Uruguay establecido por el Estatuto de 1975. Por consiguiente, es de capital importancia que las Partes respeten esta obligación.

La Corte concluye que la Argentina no ha demostrado de manera convincente que el Uruguay se haya rehusado a

participar en los esfuerzos de coordinación previstos por el artículo 36, en violación de dicho artículo.

- d) *La obligación de prevenir la contaminación y preservar el medio acuático* (artículo 41 del Estatuto de 1975) (párrs. 190 a 219)

El texto del artículo 41 del Estatuto de 1975 es el siguiente:

“Sin perjuicio de las funciones asignadas a la Comisión en la materia, las Partes se obligan a:

a) Proteger y preservar el medio acuático y, en particular, prevenir su contaminación, dictando las normas y adoptando las medidas apropiadas, de conformidad con los convenios internacionales aplicables y con adecuación, en lo pertinente, a las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales.

b) No disminuir en sus respectivos ordenamientos jurídicos:

- 1) Las exigencias técnicas en vigor para prevenir la contaminación de las aguas, y
- 2) La severidad de las sanciones establecidas para los casos de infracción.

c) Informarse recíprocamente sobre toda norma que prevean dictar con relación a la contaminación de las aguas, con vistas a establecer normas equivalentes en sus respectivos ordenamientos jurídicos.”

Antes de pasar al análisis del artículo 41, la Corte recuerda que:

“La existencia de la obligación general de que los Estados velen por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no dañen el medio ambiente de otros Estados o zonas que estén fuera de su jurisdicción nacional forma parte ya del *corpus* de normas internacionales en materia de medio ambiente.” (*Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, Opinión consultiva*, I.C.J. Reports 1996 (I), pág. 242, párr. 29).

En primer lugar, en opinión de la Corte, el artículo 41 establece una clara distinción entre las funciones reglamentarias encomendadas a la CARU en virtud del Estatuto de 1975 —a las que se refiere el artículo 56— y la obligación que dicho artículo impone a las Partes de adoptar individualmente normas y medidas destinadas a “proteger y preservar el medio acuático y, en particular, prevenir su contaminación”. Así pues, la obligación que las Partes se comprometen a respetar en virtud del artículo 41, que es distinta de las previstas en los artículos 36 y 56 del Estatuto de 1975, consiste en adoptar las normas y medidas apropiadas en el seno de sus respectivos sistemas jurídicos nacionales a fin de proteger y preservar el medio acuático y prevenir la contaminación. Esta conclusión se ve corroborada por el texto de los apartados b) y c) del artículo 41, que mencionan la necesidad de que las Partes no disminuyan las exigencias técnicas ni la severidad de las sanciones en vigor en sus respectivas legislaciones de las Partes y se informen recíprocamente sobre toda

norma que prevean dictar con relación a la contaminación de las aguas, con vistas a establecer normas equivalentes en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

En segundo lugar, la Corte opina que una simple lectura del texto del artículo 41 indica que son las normas y medidas que las Partes deben establecer en sus respectivos sistemas jurídicos las que deben estar “de conformidad con los convenios internacionales aplicables” y “con adecuación, en lo pertinente, a las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales”.

En tercer lugar, la obligación de “preservar el medio acuático y, en particular, prevenir su contaminación, dictando las normas y adoptando las medidas apropiadas” impone ejercer la diligencia debida (“*due diligence*”) con respecto a todas las actividades que se desarrollen bajo la jurisdicción y el control de cada una de las partes. Dicha obligación implica la necesidad no sólo de adoptar las normas y medidas apropiadas, sino también de ejercer cierto grado de vigilancia en su aplicación, así como en el control administrativo de los operadores públicos y privados, por ejemplo, asegurando la vigilancia de las actividades emprendidas por dichos operadores, con el fin de preservar los derechos de la otra parte. Por consiguiente, la responsabilidad de una parte en el Estatuto de 1975 se vería comprometida si se demostrara que no había actuado con la diligencia debida, por no haber tomado todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de la reglamentación pertinente a un operador público o privado sujeto a su jurisdicción. La obligación de actuar con la diligencia debida que impone el apartado *a*) del artículo 41 en lo tocante a la adopción y la aplicación de las normas y medidas apropiadas queda asimismo reforzada por la doble exigencia de que tales normas y medidas se adopten “de conformidad con los convenios internacionales aplicables” y “con adecuación, en lo pertinente, a las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales”. Esta exigencia tiene la ventaja de garantizar que las normas y medidas adoptadas por las partes estén de conformidad con los convenios internacionales aplicables y al mismo tiempo tengan en cuenta las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales.

Finalmente, la Corte señala que el alcance de la obligación de prevenir la contaminación debe determinarse a la luz de la definición de la contaminación enunciada en el artículo 40 del Estatuto de 1975. Dicho artículo dispone lo siguiente: “A los efectos del presente Estatuto se entiende por contaminación la introducción directa o indirecta, por el hombre, en el medio acuático, de sustancias o energía de las que resulten efectos nocivos.” Por su parte, la expresión “efectos nocivos” está definida en el Digesto de la CARU en la forma siguiente:

“toda alteración de la calidad de las aguas que impida o dificulte cualquier uso legítimo de las mismas, que produzca efectos deletéreos o daños a los recursos vivos, riesgo a la salud humana, amenaza a las actividades acuáticas

incluyendo la pesca o reducción de las actividades recreativas” (apartado *c*) del artículo 1 de la Sección 2 del Título I del Digesto (E3)).

La Corte considera que corresponde buscar las normas que deben servir de pauta para apreciar cualquier alegación de violación y, más precisamente, la existencia de “efectos nocivos” en el Estatuto de 1975, en las medidas comunes que las partes hayan adoptado de manera coordinada por intermedio de la CARU (como prevé el texto introductorio de los artículos 41 y 56 del Estatuto) y en las disposiciones reglamentarias adoptadas por cada una de las Partes en la medida en que lo exige el Estatuto de 1975 (como prevén los apartados *a*), *b*) y *c*) del artículo 41).

En virtud del apartado *a*) del artículo 56, la CARU tiene, en particular, la función de establecer el marco reglamentario relativo a la prevención de la contaminación y a la conservación y preservación de los recursos vivos. En el ejercicio de ese poder reglamentario, la Comisión adoptó en 1984 el Digesto sobre usos del Río Uruguay y posteriormente lo ha enmendado. En 1990, cuando se adoptó el Tema E3 del Digesto, las Partes indicaron que lo habían elaborado de conformidad con el apartado *f*) del artículo 7 del Tratado de 1961 y los artículos 35, 36 y 41 a 45 y el numeral 4 del apartado *a*) del artículo 56 del Estatuto de 1975.

Sin embargo, las normas establecidas en el marco del Digesto no son exhaustivas. Como se indicó anteriormente, está previsto que sean complementadas por las normas y medidas que debe adoptar cada una de las Partes en el marco de su legislación interna.

Así pues, la Corte aplicará, además del Estatuto de 1975, esos dos conjuntos de normas para determinar si las Partes han violado las obligaciones que habían contraído en lo tocante a las descargas de efluentes de la planta y al impacto de dichas descargas en la calidad de las aguas, el equilibrio ecológico y la diversidad biológica del río.

Evaluación del impacto ambiental (párrs. 203 a 219)

La Corte señala que, para cumplir en la forma debida las obligaciones que les incumben en virtud de los apartados *a*) y *b*) del artículo 41 del Estatuto de 1975, las Partes, a los efectos de proteger y preservar el medio acuático cuando contemplan la realización de actividades que eventualmente puedan causar un daño transfronterizo, deben llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental. Como la Corte ha observado en la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*,

“hay situaciones en las que la intención de las Partes en el momento mismo de la celebración del tratado ha sido, o puede presumirse que ha sido, conferir a los términos empleados —o a algunos de ellos— un significado o un contenido evolutivo y no intangible, en particular para tener en cuenta la evolución del derecho internacional” (*Controversia sobre derechos de navegación y derechos co-*

nexos (Costa Rica contra Nicaragua), fallo de 13 de julio de 2009, párr. 64).

Así pues, la obligación de proteger y preservar, enunciada en el apartado *a)* del artículo 41 del Estatuto, debe ser interpretada de conformidad con una práctica que en estos últimos años ha obtenido una aceptación tan amplia entre los Estados que actualmente puede considerarse que existe, en derecho internacional general, una obligación de proceder a una evaluación del impacto ambiental cuando la actividad industrial proyectada puede tener un importante impacto perjudicial en un marco transfronterizo, en particular, en un recurso compartido. Además, no se podría considerar que una parte ha cumplido su obligación de diligencia, y el deber de vigilancia y prevención que dicha obligación implica, si, cuando prevé realizar una obra suficientemente importante como para afectar el régimen del río o la calidad de sus aguas, no ha procedido a una evaluación del impacto ambiental que permita apreciar los eventuales efectos de su proyecto.

La Corte observa que ni el Estatuto de 1975 ni el derecho internacional general precisan el alcance y el contenido de las evaluaciones del impacto ambiental. Señala además que la Argentina y el Uruguay no son partes en la Convención de Espoo sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo. Finalmente, la Corte señala que el otro instrumento citado por la Argentina en apoyo de su argumento, a saber, los objetivos y principios del PNUMA, no es vinculante para las Partes, pero, en tanto que se trata de directrices establecidas por un organismo técnico internacional, debe, de conformidad con el apartado *a)* del artículo 41, ser tenido en cuenta por cada Parte cuando adopte medidas en el marco de su reglamentación interna. Además, dicho instrumento sólo dispone que “[l]os efectos sobre el medio ambiente deberían evaluarse, en una [evaluación del impacto ambiental] a un nivel de detalle correspondiente a la probable importancia desde el punto de vista del medio ambiente” (Principio 5), pero no especifica en modo alguno los elementos que tal evaluación debe por lo menos contener. Consiguientemente, la Corte estima que incumbe a cada Estado determinar, en el marco de su legislación nacional o del proceso de autorización del proyecto, el tenor exacto de la evaluación del impacto ambiental requerida en cada caso, teniendo en cuenta la naturaleza y la amplitud del proyecto de que se trate y su probable impacto negativo en el medio ambiente, así como la necesidad de ejercer toda la diligencia debida cuando proceda a tal evaluación. La Corte estima asimismo que una evaluación del impacto ambiental debe llevarse a cabo antes de la puesta en práctica del proyecto. Además, una vez que hayan comenzado las operaciones, se llevará a cabo una vigilancia continua de los efectos del proyecto en el medio ambiente, que, de ser necesario, continuará durante toda la vida del proyecto.

A continuación, la Corte considera los puntos en litigio atinentes específicamente al papel de este tipo de evaluación en el respeto de las obligaciones de fondo de las Partes, es de-

cir, sobre las cuestiones de saber, por una parte, si esa evaluación debería, en el plano metodológico, haber contemplado necesariamente otros emplazamientos posibles, teniendo en cuenta la capacidad de recepción del río en la zona en que debía construirse la planta, y, por otra parte, si en el marco de una evaluación del impacto ambiental se habría debido consultar, o si de hecho se consultó, a las poblaciones susceptibles de ser afectadas, en este caso las poblaciones ribereñas uruguayas y argentinas.

La elección del emplazamiento de la planta Orión (Botnia) en Fray Bentos (párrs. 207 a 214)

En lo tocante a la cuestión de si el Uruguay omitió actuar con la diligencia debida al llevar a cabo la evaluación del impacto ambiental, en particular con respecto a la elección del emplazamiento de la planta, la Corte señala que, según el apartado *c)* del Principio 4 del PNUMA, una evaluación del impacto ambiental debe comprender, como mínimo, “[u]na descripción de las otras soluciones posibles, cuando proceda”. Cabe asimismo señalar que el Uruguay ha precisado reiteradamente que la oportunidad de la elección de Fray Bentos había sido evaluada de manera exhaustiva y que también se habían considerado otros emplazamientos posibles. La Corte señala además que el estudio de impacto acumulativo final (en adelante “CIS”, por el acrónimo inglés de “Cumulative Impact Study”) llevado a cabo por la CFI en septiembre de 2006 indica que en 2003 Botnia evaluó en total cuatro emplazamientos —La Paloma, Paso de los Toros, Nueva Palmira y Fray Bentos— antes de decidirse por Fray Bentos. Dichas evaluaciones llevaron a concluir que el emplazamiento en La Paloma no era conveniente porque la cantidad de agua dulce era limitada y porque albergaba importantes poblaciones de aves; que se debía descartar el emplazamiento en Nueva Palmira en razón de la proximidad de zonas residenciales, recreativas y culturalmente importantes, y que debía excluirse el de Paso de los Toros en razón de la insuficiencia del volumen de las aguas durante la estación seca, de un conflicto potencial con otras utilidades del agua y de una carencia de infraestructuras. Consiguientemente, la Corte no ha sido convencida por el argumento de la Argentina según el cual no se había llevado a cabo una evaluación de los distintos emplazamientos posibles antes de la elección del emplazamiento definitivo.

La Corte señala además que la elección del emplazamiento efectivo de una planta tal como la que se ha construido sobre el Río Uruguay debería tener en cuenta la capacidad de las aguas del río para recibir, diluir y dispersar descargas de efluentes de una instalación de esta naturaleza y esta amplitud.

La Corte no estima necesario examinar en detalle la validez científica y técnica de los diferentes tipos de modelización, calibración y validación emprendidos por las Partes para determinar el volumen de las aguas del río y la dirección de su corriente en la zona pertinente. Sin embargo, la Cor-

te observa que, si bien ambas Partes convienen en que frecuentemente se producen inversiones de la corriente y que en la zona pertinente pueden observarse períodos de escaso volumen de aguas y de estancamiento, están en desacuerdo en lo tocante a las consecuencias de esos fenómenos para las descargas de la planta Orión (Botnia) en este tramo del río.

La Corte considera que, cuando la CARU elaboró sus normas relativas a la calidad de las aguas de conformidad con los artículos 36 y 56 del Estatuto de 1975, indudablemente ha de haber tenido en cuenta la capacidad de recepción y la sensibilidad de las aguas del río, incluso en las zonas del río adyacentes a Fray Bentos. Consiguientemente, si no se establece que las descargas de efluentes de la planta Orión (Botnia), a causa de su tasa de concentración, han excedido los límites fijados por dichas normas, la Corte no puede concluir que el Uruguay ha violado las obligaciones que le incumben en virtud del Estatuto de 1975.

Consulta a las poblaciones afectadas (párrs. 215 a 219)

La Corte estima que de los instrumentos invocados por la Argentina no surge para las Partes ninguna obligación jurídica de consultar a las poblaciones afectadas. De todos modos, la Corte constata que efectivamente se llevó a cabo tal consulta por parte del Uruguay.

La cuestión de las técnicas de producción utilizadas en la planta Orión (Botnia) (párrs. 220 a 228)

La Corte observa que la obligación de prevenir la contaminación y proteger y preservar el medio acuático del Río Uruguay, enunciada en el apartado *a*) del artículo 41, y el ejercicio de la diligencia debida (“*due diligence*”) que ella implica, acarrea la necesidad de examinar detenidamente la tecnología empleada por la instalación industrial, en particular en un sector como el de la fabricación de celulosa, en el que frecuentemente se emplean o producen sustancias que tienen un impacto en el medio ambiente. Este punto es tanto más importante habida cuenta de que el apartado *a*) del artículo 41 dispone que el marco reglamentario que deben adoptar las Partes tiene que estar en armonía con las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales.

La Corte estima que, en lo tocante a la tecnología empleada, y sobre la base de los documentos que le han presentado las Partes, en particular el documento de referencia de diciembre de 2001 de la Comisión Europea sobre las mejores técnicas disponibles en materia de prevención y control integrados de la contaminación en la industria de la celulosa y el papel (*Integrated Pollution Prevention and Control Reference Document on Best Available Techniques in the Pulp and Paper Industries*; en adelante “IPPC-BAT”), no hay ningún elemento de prueba que apoye la pretensión de la Argentina según la cual la planta Orión (Botnia) no aplicaría las mejores técnicas disponibles en materia de descargas de efluentes por cada tonelada de celulosa producida. Esta conclusión está

corroborada por el hecho de que, como se demuestra más adelante, la Argentina no ha presentado elementos de prueba que establezcan claramente que la planta Orión (Botnia) no respeta las prescripciones del Estatuto de 1975, el Digesto de la CARU o los reglamentos aplicables de las Partes en lo tocante a la concentración de efluentes por litro de aguas residuales descargadas por la planta y a la cantidad absoluta de efluentes que pueden descargarse en un día.

La Corte señala que del examen de los datos reunidos después de la entrada en funcionamiento de la planta que figuran en los diferentes informes, no surge que las descargas de la planta Orión (Botnia) hayan excedido los límites fijados por las normas relativas a los efluentes enunciadas en la reglamentación aplicable del Uruguay o en la autorización ambiental previa otorgada por el MVOTMA (Autorización ambiental previa para la Planta Botnia, MVOTMA (14 de febrero de 2005)), salvo en unos pocos casos en que las concentraciones excedieron los límites autorizados. Sólo se midieron valores que excedían los límites prescritos en el decreto No. 253/79 o en la autorización ambiental previa del MVOTMA en relación con los parámetros siguientes: nitrógeno, nitratos y AOX (compuestos orgánicos halogenados). En esos casos, las mediciones tomadas en un día determinado excedieron el máximo autorizado. Pero la autorización ambiental previa de 14 de febrero de 2005 prevé expresamente la posibilidad de calcular un promedio anual para esos parámetros. El más notable de los casos en que se excedieron los límites se registró en relación con los AOX, que es el parámetro utilizado internacionalmente para vigilar los efluentes descargados por las plantas de celulosa, que a veces comprende contaminantes orgánicos persistentes (POPs). Según el documento IPPC-BAT de la Comisión Europea presentado por las Partes, y considerado por ellas como el texto de referencia para este sector, “las autoridades encargadas de la protección del medio ambiente de numerosos países han impuesto severas restricciones a las descargas de sustancias orgánicas cloradas, medidas en AOX, en el medio acuático”. Después de la entrada en funcionamiento de la planta de celulosa, las concentraciones de AOX pudieron llegar en una ocasión, el 9 de enero de 2008, a 13 mg/L, mientras que el límite máximo utilizado en la evaluación del impacto ambiental y posteriormente prescrito por el MVOTMA era de 6 mg/L. Sin embargo, en ausencia de elementos de prueba que establezcan de manera convincente que no se trataba de un episodio aislado, sino de un problema más duradero, la Corte no está en condiciones de concluir que el Uruguay ha violado las disposiciones del Estatuto de 1975.

El impacto de las descargas en la calidad de las aguas del río (párrs. 229 a 259)

La Corte señala que dispone de la interpretación de los datos que proporcionaron los expertos designados por las Partes, las Partes mismas y sus consejeros. Sin embargo, para apreciar el valor de los elementos de prueba que se presen-

taron, la Corte, a fin de determinar si, al autorizar la construcción y la puesta en funcionamiento de la planta Orión (Botnia), el Uruguay ha violado las obligaciones que le incumbían en virtud de los artículos 36 y 41 del Estatuto de 1975, sopesará y evaluará esencialmente los datos mismos, y no las interpretaciones divergentes que de ellos han hecho las Partes o sus expertos y consultores.

La Corte observa que, en lo tocante al oxígeno disuelto, una concentración media de 3,8 mg/L después de la entrada en funcionamiento de la planta constituiría efectivamente, si se hubiese verificado, una violación de las normas de la CARU, porque esa cifra está por debajo del valor mínimo de 5,6 mg de oxígeno disuelto por litro requerido según el Digesto de la CARU (E3, título 2, cap. 4, sec. 2). Sin embargo, la Corte estima que esta alegación de la Argentina no ha sido probada.

La Corte estima que, sobre la base de los elementos de prueba que se le presentaron, la planta Orión (Botnia) satisface hasta el presente las normas en materia de descargas de fósforo total. La Corte señala que el volumen de fósforo total descargado en el río que es atribuible a la planta Orión (Botnia) es proporcionalmente insignificante, en relación con el tenor global del río en fósforo total proveniente de otras fuentes. Consiguientemente, la Corte concluye que el hecho de que la concentración de fósforo total en el río exceda los límites fijados por la legislación uruguaya en materia de normas de calidad del agua no puede considerarse una violación del apartado *a*) del artículo 41 del Estatuto de 1975, habida cuenta del tenor relativamente elevado de fósforo total antes de la puesta en funcionamiento de la planta, así como de las medidas tomadas por el Uruguay a título de compensación.

La Corte señala que no se ha establecido a su satisfacción que la floración de algas de 4 de febrero de 2009 a la que se refiere la Argentina haya sido causada por las descargas de nutrientes de la planta Orión (Botnia).

Según los elementos incorporados al expediente, incluidos los datos presentados por las Partes, la Corte concluye que los elementos de prueba son insuficientes para atribuir el alegado incremento de las concentraciones de sustancias fenólicas en el río a las actividades de la planta Orión (Botnia).

La Corte recuerda que la cuestión de los nonilfenoles no fue planteada en la causa hasta que la Argentina incorporó al expediente su informe de 30 de junio de 2009. Aún cuando las concentraciones de nonilfenoles hayan sido medidas desde noviembre de 2008, la Argentina no ha producido, en opinión de la Corte, elementos de prueba que establezcan claramente un vínculo entre los nonilfenoles presentes en las aguas del río y la planta Orión (Botnia). Asimismo, el Uruguay ha desmentido categóricamente ante la Corte la utilización por la planta Orión (Botnia) de etoxilatos de nonilfenoles en sus procedimientos de fabricación y de limpieza. Por consiguiente, la Corte llega a la conclusión de que

los elementos de prueba incorporados al expediente no justifican las alegaciones de la Argentina.

La Corte estima que los elementos de prueba no permiten establecer claramente un vínculo entre el incremento de la presencia de dioxinas y furanos en el río y la explotación de la planta Orión (Botnia).

Efectos en la biodiversidad (párrs. 260 a 262)

A juicio de la Corte, en el marco de su obligación de preservar el medio acuático, las Partes tienen el deber de proteger la fauna y la flora del río. Las normas y medidas que deben adoptar con arreglo al artículo 41 deberían asimismo reflejar sus compromisos internacionales en materia de protección de la biodiversidad y de los hábitats, además de las otras normas relativas a la calidad del agua y a las descargas de efluentes. Sin embargo, la Corte no dispone de elementos de prueba suficientes que le permitan concluir que el Uruguay no ha respetado su obligación de preservar el medio acuático, incluso mediante la protección de la fauna y la flora. Los elementos recogidos indican, más bien, que no se ha podido establecer claramente un vínculo entre los efluentes de la planta Orión (Botnia) y las malformaciones de rotíferos, las concentraciones de dioxinas encontradas en el sábalo o la reducción de las reservas lipídicas de las almejas, a las que se hace referencia en las constataciones del programa de vigilancia ambiental del Río Uruguay puesto en práctica por la Argentina (programa URES).

Contaminación atmosférica (párrs. 263 y 264)

En lo tocante a la contaminación atmosférica, la Corte opina que, si las emisiones de las chimeneas de la planta depositaran en el medio acuático sustancias nocivas, esa contaminación indirecta del río estaría comprendida en las disposiciones del Estatuto de 1975. El Uruguay parece estar de acuerdo con esa conclusión. De todos modos, habida cuenta de las conclusiones de la Corte con respecto a la calidad del agua, la Corte estima que los elementos incorporados al expediente no establecen claramente que se hayan introducido en el medio acuático sustancias tóxicas como consecuencia de las emisiones atmosféricas de la planta Orión (Botnia).

Conclusiones relativas al artículo 41 (párr. 265)

Al cabo de un detallado examen de los argumentos de las Partes, la Corte estima finalmente que los elementos de prueba incorporados al expediente no permiten establecer de manera concluyente que el Uruguay no ha actuado con la debida diligencia o que las descargas de efluentes de la planta Orión (Botnia) han tenido efectos deletéreos o han causado perjuicio a los recursos vivos o a la calidad de las aguas o al equilibrio ecológico del río desde la iniciación de las actividades de la planta en noviembre de 2007. Consiguientemente, sobre la base de las pruebas que se le presentaron, la Corte

concluye que el Uruguay no ha violado las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 41.

Obligaciones continuas: el seguimiento y el control
(párr. 266)

A juicio de la Corte, ambas Partes tienen la obligación de velar por que la CARU, en su calidad de mecanismo común creado por el Estatuto de 1975, pueda ejercer continuamente los poderes que le confiere el Estatuto, incluidas sus funciones de vigilancia de la calidad de las aguas del río y de evaluación del impacto de la explotación de la planta Orión (Botnia) en el medio acuático. El Uruguay, por su parte, tiene la obligación de continuar el control y el seguimiento del funcionamiento de la planta [en el texto auténtico francés, “*poursuivre le contrôle et le suivi du fonctionnement de l’usine*”; en el texto inglés, “*to continue monitoring the operation of the plant*” — “seguir monitoreando el funcionamiento de la planta”] de conformidad con el artículo 41 del Estatuto y de asegurar que Botnia respete la reglamentación interna uruguaya, así como las normas fijadas por la Comisión. En virtud del Estatuto de 1975, las Partes están jurídicamente obligadas a continuar su cooperación por intermedio de la CARU y a permitir que ésta desarrolle los medios necesarios para promover la utilización equitativa del río, protegiendo al mismo tiempo su medio ambiente.

6. *Las pretensiones formuladas por las Partes en sus conclusiones finales* (párrs. 267 a 281)

La Corte considera que la constatación del comportamiento ilícito del Uruguay en lo tocante a sus obligaciones de procedimiento constituye en sí misma una medida de satisfacción para la Argentina. Como los incumplimientos del Uruguay respecto de las obligaciones de procedimiento tuvieron lugar en el pasado y han terminado, no corresponde ordenar su cesación.

Como no tiene ante sí ninguna pretensión de reparación fundada en un régimen de responsabilidad sin que exista un hecho ilícito, la Corte no estima necesario determinar si los artículos 42 y 43 del Estatuto de 1975 establecen un régimen de esa índole. En cambio, no se podría deducir del texto de dichos artículos, que se refieren específicamente a casos de contaminación, que su objeto o su efecto consiste en excluir cualquier otra forma de reparación distinta de la indemnización en caso de incumplimiento de las obligaciones de procedimiento derivadas del Estatuto de 1975.

Examinando la pretensión de la Argentina de que se desmantele la planta Orión (Botnia) sobre la base de la *restitutio in integrum*, la Corte recuerda que, según el derecho internacional consuetudinario, la restitución es una de las formas de reparación del perjuicio; consiste en el restablecimiento de la situación que existía antes del acaecimiento del hecho ilícito. La Corte recuerda asimismo que, en caso de que la restitución sea materialmente imposible o acarree una carga

fuera de toda proporción con la ventaja que derivaría de ella, la reparación toma la forma de la indemnización o la satisfacción, o incluso de la indemnización y la satisfacción.

La Corte señala que, igual que las otras formas de reparación, la restitución debe ser apropiada al perjuicio sufrido, habida cuenta de la naturaleza del hecho ilícito del que procede.

Como la Corte ha demostrado, las obligaciones de procedimiento del Estatuto de 1975 no entrañaban para el Uruguay, después de la expiración del período de negociación, la prohibición de construir la planta Orión (Botnia) en ausencia del consentimiento de la Argentina. Sin embargo, la Corte señaló que la construcción de dicha planta había comenzado antes del fin de las negociaciones, en violación de las obligaciones de procedimiento enunciadas en el Estatuto de 1975. Por otra parte, como constató la Corte sobre la base de los elementos de prueba que se le presentaron, el funcionamiento de la planta Orión (Botnia) no produjo una violación de las obligaciones de fondo previstas por el Estatuto de 1975. Como no existía una prohibición de que el Uruguay llevara adelante la construcción y la puesta en funcionamiento de la planta Orión (Botnia) después de la expiración del período de negociación, y como el Uruguay no violó ninguna de las obligaciones de fondo impuestas por el Estatuto de 1975, ordenar el desmantelamiento de la planta no constituiría, en opinión de la Corte, una forma de reparación apropiada por la violación de las obligaciones de procedimiento.

Como el Uruguay no ha incumplido las obligaciones de fondo derivadas del Estatuto de 1975, la Corte tampoco podría, por las mismas razones, acoger la pretensión de la Argentina relativa a la indemnización de determinados perjuicios en distintos sectores económicos, en particular el turismo y la agricultura, cuya existencia alega.

Además, la Corte no advierte, en la presente causa, circunstancias especiales que requieran que juzgue y declare, como pide la Argentina, que el Uruguay dé garantías adecuadas de que “en el futuro se abstendrá de obstaculizar la aplicación del Estatuto del Río Uruguay de 1975 y, en particular, del mecanismo de consulta instituido por el Capítulo II de dicho tratado”.

La Corte estima además que la pretensión del Uruguay de que se confirme su derecho “a mantener en funcionamiento la planta Botnia de conformidad con las disposiciones del Estatuto de 1975” no tiene ningún efecto útil, habida cuenta de que se han rechazado las pretensiones de la Argentina relativas a las violaciones, por el Uruguay, de sus obligaciones de fondo, y al desmantelamiento de la planta Orión (Botnia).

Por último, la Corte subraya que el Estatuto de 1975 impone a las Partes el deber de cooperar mutuamente, según las modalidades que especifica, a fin de asegurar la realización de su objeto y su fin. Esta obligación de cooperación se extiende al control y al seguimiento [en el texto auténtico

francés: “*s’étend au contrôle et au suivi*”; en el texto inglés: “*encompasses ongoing monitoring*” — “comprende el monitoreo continuo”] de una instalación industrial, tal como la planta Orión (Botnia). A este respecto, la Corte señala que las Partes tienen una larga y eficaz tradición de cooperación y coordinación en el marco de la CARU. Actuando conjuntamente en el seno de la CARU, las Partes han establecido una real comunidad de intereses y de derechos en la gestión del Río Uruguay y en la protección de su medio ambiente.

*
* *
*

Opinión disidente conjunta de los Magistrados Al-Khasawneh y Simma

Los Magistrados Al-Khasawneh y Simma comienzan su opinión disidente conjunta poniendo de relieve que están de acuerdo con el fallo de la Corte en lo tocante a las obligaciones de procedimiento del Uruguay de informar y notificar a la Argentina de la construcción de las plantas de celulosa. Sin embargo, como consideran que la Corte ha evaluado las pruebas científicas que le presentaron las Partes en una manera metodológicamente defectuosa, disienten en lo tocante a la conclusión de la Corte de que no ha habido violación de las obligaciones de fondo del Uruguay previstas en los artículos 35, 36 y 41 del Estatuto del Río Uruguay de 1975.

Los Magistrados Al-Khasawneh y Simma ponen de relieve que la naturaleza del caso tiene un grado excepcional de riqueza en los datos de hecho, lo cual a juicio de ellos plantea graves cuestiones acerca del papel que las pruebas científicas pueden desempeñar en las controversias judiciales internacionales. Consideran que los métodos tradicionales de evaluación de la prueba son deficientes para apreciar la pertinencia de hechos tan complejos, técnicos y científicos, y que en la presente causa era indispensable que las cuestiones científicas hubiesen sido evaluadas por expertos, que en su calidad de tales poseyesen los conocimientos y las competencias técnicas necesarios para evaluar la naturaleza cada vez más compleja de los hechos planteados ante tribunales tales como la Corte Internacional de Justicia. Los Magistrados Al-Khasawneh y Simma sostienen que la Corte por sí sola no está en condiciones de apreciar y ponderar adecuadamente complejas pruebas científicas del tipo de las que presentaron las Partes. Discrepan con la decisión de la Corte de atenerse a sus normas tradicionales en materia de carga de la prueba y obligar a la Argentina a justificar pretensiones sobre cuestiones que, según ellos, la Corte no puede comprender plenamente sin recurrir a una evaluación llevada a cabo por expertos.

Los Magistrados Al-Khasawneh y Simma presentan dos alternativas. En primer lugar, sostienen que un posible camino para la Corte, con arreglo al artículo 62 de su Reglamento, habría consistido en disponer que las Partes produjeran las pruebas o explicaciones que la Corte considerase necesarias para comprender los problemas en controversia. En segundo

lugar, sostienen que la Corte, con arreglo al Artículo 50 de su Estatuto, podía haber comisionado a un individuo, entidad, negociado, comisión u otro organismo el cometido de hacer una investigación o emitir un dictamen pericial. Sin expresar preferencia por ninguna de esas opciones, consideran que la Corte habría debido recurrir por lo menos a una de las fuentes de conocimientos especializados externos que tiene facultades para consultar. A este respecto, los Magistrados Al-Khasawneh y Simma señalan que en las causas relativas al *Canal de Corfú* y a la *Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine*, la Corte ejerció las facultades que le confiere el artículo 50 del Estatuto y designó peritos técnicos para que le prestaran asistencia en la resolución de la controversia que tenía ante sí.

A continuación, la opinión disidente conjunta pasa a hacer un sucinto examen de las críticas recientemente formuladas por la doctrina en relación con la práctica de la Corte de persistir, cuando los Estados que comparecen ante ella le presentan complejos elementos de prueba de carácter científico y técnico para apoyar sus pretensiones jurídicas, en resolver tales cuestiones puramente aplicando sus técnicas jurídicas tradicionales. Los Magistrados Al-Khasawneh y Simma concluyen que, en una causa científica tal como la presente controversia, los esclarecimientos necesarios para tomar decisiones jurídicas sólidas emanan necesariamente de expertos consultados por la Corte; ponen de relieve que incumbe a la Corte cumplir las funciones exclusivamente judiciales, tales como la interpretación de los términos jurídicos, la calificación jurídica de las cuestiones fácticas y la apreciación de la carga de la prueba.

Los Magistrados Al-Khasawneh y Simma afirman que, mientras la Corte persista en resolver complejas controversias científicas sin recurrir a pericias externas en un marco institucional apropiado tal como el que brinda el Artículo 50 del Estatuto, se estará privando voluntariamente de la capacidad de considerar plenamente los hechos que se le han presentado y de varias otras ventajas: la interacción con expertos actuando como tales y no como consejeros; la ventaja de permitir que las Partes expresen su punto de vista sobre la manera en que se utilizará a dichos expertos; la posibilidad de que las Partes se pronuncien sobre la selección de los expertos por la Corte (y sobre los puntos respecto de los cuales serían necesarios los expertos), y la posibilidad de que las Partes formulen comentarios sobre las conclusiones que formulen los expertos al cabo de dicho proceso.

Los Magistrados Al-Khasawneh y Simma consideran que la práctica no explicitada de la Corte, particularmente en causas relativas a la delimitación marítima o de fronteras, de recurrir a expertos internos sin informar a las Partes, es especialmente insatisfactoria en controversias que tienen un complejo componente científico. Consideran que la adopción de una práctica de esa índole privaría a la Corte de las mencionadas ventajas de transparencia, apertura, equidad procesal y posibilidad de que las Partes formulen comenta-

rios sobre las pruebas que la Corte tiene ante sí o le presten otras formas de asistencia para comprender dichas pruebas. La opinión disidente conjunta destaca el deber general de la Corte de facilitar la producción de pruebas y llegar a la mejor representación de los hechos esenciales de una causa, a fin de resolver mejor una controversia.

La opinión disidente conjunta examina a continuación los laudos arbitrales en los casos relativos al *Ferrocarril Rin de Hierro* y al *Arbitraje entre Guyana y Suriname*, y varias decisiones del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio. Los Magistrados Al-Khasawneh y Simma observan a este respecto que cada uno de esos órganos de solución de controversias consultó abundantemente a expertos en distintos puntos de su labor, y consiguientemente concluyen que la Corte debería haber considerado la posibilidad de aplicar un enfoque análogo, desde luego con sujeción a los procedimientos enunciados en su Estatuto. Lamentan que la Corte haya perdido la oportunidad que le brindaba el fallo en la presente causa para afirmarse como un tribunal prudente y sistemático al que se pueden someter complejos elementos de prueba científicos en el marco de la resolución de controversias internacionales.

La opinión disidente conjunta considera a continuación la cuestión de la competencia de la Corte en la presente causa. Los Magistrados Al-Khasawneh y Simma consideran que el Estatuto de 1975 prevé una doble función para la Corte: en primer lugar, la que le confiere el artículo 60, consistente en resolver las controversias relativas a la interpretación y aplicación de los derechos y obligaciones previstos por el Estatuto, y, en segundo lugar, la que le confiere el artículo 12, en la cual la Corte actúa como principal instancia encargada de resolver las cuestiones técnicas y/o científicas cuando las Partes no pueden llegar a un acuerdo. Los dos Magistrados consideran que esta última función es cualitativamente diferente del papel que desempeñó la Corte en la presente causa, especialmente en la medida en que la perspectiva del artículo 12 está decisivamente orientada hacia el futuro: a los fines de dicho artículo, la Corte debe intervenir *antes* de que se realice un proyecto, cuando existe un desacuerdo acerca de si potencialmente existen efectos perjudiciales para el medio ambiente. Los Magistrados Al-Khasawneh y Simma consideran que el procedimiento del artículo 12 implica que la Corte debe adoptar un enfoque orientado hacia el futuro, prospectivo, llevar a cabo una exhaustiva evaluación de los riesgos y adoptar una lógica preventiva y no compensatoria para determinar cuáles pueden ser las consecuencias de esos riesgos. Consideran también que, si la Corte hubiera cumplido correctamente las funciones que le asigna el artículo 12 no sólo habría facilitado el recurso a los expertos que los dos Magistrados preconizaron más arriba, sino que también habría consagrado un razonamiento prospectivo, preventivo a nivel institucional para la evaluación de los riesgos desde el proceso de autorización en adelante, teniendo en cuenta el carácter frecuentemente irreversible del daño al medio ambiente.

Los Magistrados Al-Khasawneh y Simma concluyen con una observación final acerca del extremo grado de elasticidad y generalidad de los principios sustantivos del derecho relativo a la protección ambiental. Consideran que, en tal situación, el respeto de las obligaciones de procedimiento asumidas por los Estados adquiere una importancia adicional y pasa al primer plano en calidad de indicador esencial de si, en un caso concreto, se han violado o no las obligaciones de fondo. Por esta razón, los Magistrados Al-Khasawneh y Simma consideran que la conclusión de la Corte según la cual el incumplimiento de las obligaciones de procedimiento pertinentes previstas en el Estatuto de 1975 en definitiva no tuvo efecto alguno en el cumplimiento de las obligaciones de fondo también contenidas en el estatuto, es una proposición que no resulta fácil aceptar. Sostienen que el reconocimiento hecho por la Corte de un vínculo funcional entre las obligaciones de procedimiento y de fondo enunciadas en el Estatuto es insuficiente, pues la Corte no otorga a esa interdependencia todo el peso que correspondía otorgarle.

A vía de conclusión, los Magistrados Al-Khasawneh y Simma reiteran que lamentan que en la presente causa la Corte haya perdido lo que consideran una oportunidad ideal para demostrar a la comunidad internacional que tiene la capacidad y la voluntad necesarias para abordar controversias científicamente complejas de manera moderna.

Opinión separada del Magistrado Keith

En su opinión separada, el Magistrado Keith aborda en primer lugar algunos aspectos del proceso de determinación de hechos seguido por la Corte para llegar a su conclusión de que el Uruguay no violó sus obligaciones de fondo. Reseña las pruebas técnicas y científicas presentadas por cada Parte en apoyo de sus argumentos, en relación con el impacto de la planta Botnia en el río y la información proporcionada por las Partes en ocasión de un intercambio de documentos posterior a las dos rondas de argumentos escritos, así como en el curso de las audiencias. Lo hace a fin de poner de relieve la extensión en el tiempo y en el espacio de la información, que abarca 50 kilómetros del río y 30 estaciones de monitoreo, así como su calidad y su coherencia. Dicha coherencia puede verse en general en los datos reunidos aguas arriba y aguas abajo de la planta, antes y después de la iniciación de sus operaciones, y de fuentes argentinas y uruguayas. El Magistrado Keith indica por qué no considera que habría tenido algún valor, en las circunstancias de la presente causa, que la Corte hubiese ejercido su facultad de ordenar una investigación o solicitar el dictamen de un experto —acciones que ninguna de las Partes pidió. Señala a la atención las declaraciones de la Argentina que apoyan la evaluación hecha por la Corte de los abundantes datos que se le presentaron. El Magistrado Keith concluye esta parte de su opinión poniendo de relieve la obligación continua del Uruguay de prevenir la contaminación del río con respecto al funcionamiento de la Planta Botnia.

En la segunda parte de su opinión, relativa a las obligaciones de procedimiento del Uruguay, el Magistrado Keith expresa su acuerdo con las conclusiones de la Corte de que: 1) el Uruguay incumplió su obligación de notificar en tiempo oportuno los proyectos de las dos plantas, y 2) una vez que el período de negociación de 180 días expiró el 30 de enero de 2006, el Uruguay no tenía prohibido autorizar la terminación y la puesta en funcionamiento de las plantas. Expone las razones por las cuales llega a la conclusión, contraria a la de la Corte, de que las acciones llevadas a cabo por el Uruguay en relación con cada una de las plantas durante ese período no violaron sus obligaciones de procedimiento. Las razones se refieren al curso de las negociaciones, tales como aparecen en el expediente que la Corte tiene ante sí, y a las acciones específicas, tres en total, llevadas a cabo por el Uruguay en ese período en relación con las dos plantas.

Declaración del Magistrado Skotnikov

El Magistrado Skotnikov votó a favor de todos los puntos de la parte dispositiva del fallo. Sin embargo, no comparte plenamente la interpretación que hace la Corte del Estatuto del Río Uruguay de 1975.

Discrepa con la lógica de la mayoría según la cual, después del final del período de negociación, el Uruguay, en lugar de plantear su controversia con la Argentina ante la Corte de conformidad con el artículo 12 del Estatuto de 1975, tenía libertad para llevar adelante la construcción de la planta Botnia. En su opinión, de las disposiciones del Estatuto y de su objeto y su fin se desprende claramente una “obligación de no construcción”.

El fin de los artículos 7 a 12 del Estatuto de 1975 es prevenir las acciones unilaterales que no estén de conformidad con las disposiciones de fondo del Estatuto, y de tal modo evitar que se cause perjuicio a los derechos de cada Parte, al paso que se protege su curso de agua compartido. Por consiguiente, es totalmente lógico que, si no se ha llegado a un acuerdo al término de las negociaciones, la Parte de origen del proyecto tiene la opción de abandonarlo totalmente o pedir a la Corte, de conformidad con el artículo 12 del Estatuto de 1975, que resuelva la controversia. De tal manera, no se inflige perjuicio alguno a los derechos de ninguna de las Partes y el curso de agua compartido queda protegido.

En cambio, lo que surge de la interpretación contenida en el fallo es que las Partes, cuando celebraron el Estatuto de 1975, deben haber convenido en permitir que se produjese un perjuicio de esa índole, con la posibilidad de que posteriormente fuese rectificado mediante una decisión de la Corte. No puede presumirse que las Partes hayan convenido en un arreglo de esa índole, pues es incompatible con el objeto y el fin del Estatuto del Río Uruguay definido en el artículo 1 (“el óptimo y racional aprovechamiento del Río Uruguay”). No hay nada “óptimo y racional” en la inclusión en el Estatuto de una posibilidad de causar daño al río e incurrir en pérdidas financieras, construyendo primero nuevos canales

y otras obras (en violación de las obligaciones de fondo previstas en el Estatuto) y destruyéndolas después.

En opinión del Magistrado Skotnikov, el artículo 12 del Estatuto de 1975 establece, además de lo que es una clásica cláusula compromisoria contenida en el artículo 60, una obligación de cada Parte de resolver las controversias relativas a las actividades mencionadas en el artículo 7 mediante el sometimiento a la Corte. Esto surge claramente del texto del artículo 12: “[s]i las Partes no llegaren a un acuerdo, dentro de los ciento ochenta días contados a partir de la comunicación a que se refiere el artículo 11, se observará el procedimiento indicado en el Capítulo XV” [es decir, el artículo 60].

En la interpretación de la Corte, el artículo 12 queda desprovisto de sentido. No habría necesidad alguna de que existiera este artículo si su único fin fuese activar el artículo 60, porque las Partes siempre podrían recurrir directamente a éste.

El Magistrado Skotnikov concluye que los artículos 7 a 12 del Estatuto del Río Uruguay establecen claramente un mecanismo de procedimiento que comprende no sólo la obligación de informar, de notificar y, si hay objeciones, de negociar, sino también la obligación de ambas Partes, en caso de que fracasen las negociaciones, de resolver la controversia sometiéndola a la Corte.

Opinión separada del Magistrado Cançado Trindade

1. En su opinión separada, dividida en 16 partes, el Magistrado Cançado Trindade comienza señalando que la misma identificación del derecho aplicable en el *cas d’espèce* revela la concepción del derecho propia de la Corte y conduce ineluctablemente a la consideración del tema general de las “fuentes” del derecho, del derecho internacional. Si bien acompañó la decisión de la mayoría en sus conclusiones sobre la base de una estricta valoración de las pruebas presentadas ante la Corte, el Magistrado Cançado Trindade lamentó no poder concordar con algunas partes del razonamiento de la Corte, en particular cuando lamentablemente opta por dejar de lado a los principios generales del derecho.

2. El Magistrado Cançado Trindade habría preferido que esos principios jurídicos hubiesen sido tenidos en cuenta en un grado mucho mayor, pues, en su opinión, tales principios (que comprenden los principios del derecho ambiental internacional), junto con el Estatuto de 1975 del Río Uruguay, conforman el derecho aplicable en la presente causa. Estima que su posición personal se inscribe en una corriente de pensamiento jurídico internacional, que se ha ido sedimentando a lo largo de los nueve últimos decenios (1920-2010), que, desde mediados del decenio de 1970, ha marcado su presencia también en el dominio del derecho ambiental internacional.

3. El Magistrado Cançado Trindade recuerda que, ya en los orígenes de la historia legislativa del Artículo 38 del Estatuto de la CPJI/CIJ (en 1920), y en sus desarrollos posteriores

(a partir de 1945), hubo en la doctrina jurídica una tendencia —cultivada también en los decenios posteriores— que sostenía que la referencia a “los principios generales del derecho” en esa disposición estatutaria implicaba una referencia no solo a los principios hallados *in foro domestico*, sino igualmente a los identificados a nivel del derecho internacional. Y estos últimos no eran solo los del derecho internacional general, sino que comprendían, análogamente, a los principios que eran propios de un dominio específico del derecho internacional, tal como el derecho ambiental internacional (Partes I a III).

4. A continuación (Partes IV a VI), el Magistrado Cançado Trindade examina el recurso a los principios generales en los procedimientos llevados a cabo ante la CIJ, destacando la evolución doctrinal pertinente acerca de los principios generales del derecho al mismo efecto. Añade que esos principios (nacidos del derecho interno tanto como del derecho internacional) están dotados de autonomía: la *mens legis* de la expresión “los principios generales del derecho”, que figura en el párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la CIJ, indica que esos principios no deben subsumirse en la categoría de la costumbre ni en la de los tratados: constituyen una “fuente” autónoma que comprende principios de derecho de fondo y de procedimiento. Además, en los últimos años su ámbito de aplicación *ratione materiae* ha sido objeto de la atención de los tribunales internacionales contemporáneos, y el Magistrado Cançado Trindade estima que en este punto la CIJ tiene un importante papel que desempeñar, pues debe estar atenta a la función de los principios generales, de particular pertinencia para la evolución del creciente *corpus juris* del derecho internacional en nuestros tiempos.

5. En las siguientes Partes de su opinión separada (VII y VIII) se centra la atención en el principio de prevención y el principio de precaución, que son propios del dominio del derecho ambiental internacional y han sido invocados y reconocidos en la presente causa por las dos Partes en litigio, la Argentina y el Uruguay, que se han explayado sobre su formulación, su contenido y su aplicabilidad. Después de examinar los elementos claves en la configuración del principio de precaución, que son los riesgos, y las incertidumbres científicas, el Magistrado Cançado Trindade pone de relieve la ineluctable dimensión de largo plazo de la equidad intergeneracional (Parte IX), que, en su opinión, también deberían haber sido reconocidos en el presente fallo de la Corte. El último principio que señala a la atención es el del desarrollo sostenible, también planteado tanto por el Uruguay como la Argentina (Parte X), en consonancia con la arraigada tradición de pensamiento jurídico internacional latinoamericano de prestar atención al papel reservado a los principios generales del derecho.

6. Pasando a la determinación judicial de los hechos (Parte XI), el Magistrado Cançado Trindade habría preferido que la decisión de la Corte se hubiese referido a la posibilidad que se le ofrecía de obtener más elementos de prueba

motu proprio. Luego de pasar revista a la práctica de la CPJI/CIJ sobre el tratamiento de las pruebas, concluye que, a la luz de la experiencia de la propia Corte hasta la fecha en el tratamiento de elementos de prueba contradictorios, en la presente causa de las *Plantas de Celulosa* no se agotaron todas las posibilidades de determinación de los hechos. Así pues, es posible preguntarse si, en caso de que la Corte hubiese hecho uso de esta posibilidad adicional (por ejemplo, mediante la determinación de hechos *in loco*) —como estima que debería haber hecho— su conclusión en relación con las obligaciones de fondo previstas en los artículos 35, 36 y 41 del Estatuto del Río Uruguay de 1975 habría sido diferente: a su parecer, cualquier respuesta a esta pregunta sería en gran medida hipotética.

7. El siguiente conjunto de consideraciones del Magistrado Cançado Trindade (Parte XII) se refiere a algunos aspectos conexos de la presente causa, que están más allá de la dimensión interestatal, a los que atribuye particular importancia, a saber: *a)* los imperativos de la salud humana y el bienestar de los pueblos; *b)* el papel de la sociedad civil en la protección ambiental; *c)* el carácter objetivo de las obligaciones (ambientales), más allá de la reciprocidad y *d)* la personalidad jurídica de la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU). La necesidad de prestar atención a la salud pública y al bienestar de los pueblos —recuerda— han estado constantemente presentes en ocasión del reciente ciclo de conferencias mundiales de las Naciones Unidas, y ha sido planteada en anteriores ocasiones ante la propia CIJ.

8. La presente causa de las *Plantas de Celulosa*, antes de convertirse en una controversia interestatal en octubre de 2003, había sido originalmente señalada a la atención de la CARU, a finales de 2001, por una organización no gubernamental argentina. En sucesivas fases del procedimiento de la presente causa, organizaciones no gubernamentales y otras entidades de la sociedad civil de ambos países, la Argentina y el Uruguay, marcaron su presencia mediante su participación en relación con la evaluación del impacto ambiental y la vigilancia ambiental. Tanto el Uruguay como la Argentina reconocieron el ineluctable vínculo asociativo entre los poderes públicos y las entidades de la sociedad civil cuando entran en juego asuntos de interés público general, tales como la protección ambiental. Sus indicaciones fueron que, en la gestión de los asuntos ambientales, los Estados se benefician de la contribución de las organizaciones no gubernamentales y demás entidades de la sociedad civil, para beneficio, en última instancia, de sus poblaciones.

9. El Magistrado Cançado Trindade sostiene asimismo que, en los ámbitos relacionados con la *protección*, como el del medio ambiente, lo que importa en definitiva es el carácter *objetivo* de las obligaciones. Por consiguiente, es escéptico en lo tocante a la presunta distinción ontológica entre esas obligaciones (como, por ejemplo, entre las obligaciones de comportamiento y de resultado). Vuelve así a primer plano la pertinencia de los principios generales del derecho (por

ejemplo, el de buena fe, que subyace al principio *pacta sunt servanda*). Además, la personalidad jurídica de la CARU, reconocida por la Corte misma, lleva a la presente causa más allá de la estricta dimensión interestatal. Si bien las consecuencias inferidas de dicha personalidad jurídica por el Uruguay y la Argentina no eran las mismas, estaba fuera de duda que el Estatuto de 1975 había establecido un marco institucional para que por su intermedio se lograra la satisfacción de los intereses comunes de los Estados partes. Existía un procedimiento, enunciado en los artículos 7 a 12 del Estatuto de 1975, que debían necesariamente seguir las Partes; su continua cooperación, por intermedio de la CARU, debía permitir que ésta —como lo reconoció la propia Corte— desarrollase los medios apropiados para promover la utilización equitativa del Río Uruguay, protegiendo al mismo tiempo su medio ambiente.

10. La última serie de reflexiones del Magistrado Cançado Trindade concierne a algunas cuestiones interrelacionadas de epistemología jurídica (Partes XIII-XVI), a saber: a) los principios fundamentales como *substratum* del orden jurídico mismo; b) los *prima principia* en su dimensión axiológica, y c) los principios generales del derecho como indicadores del *status conscientiae* de la comunidad internacional. Sostiene que los principios generales del derecho han inspirado no solo la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas, sino también el propio proceso de elaboración del derecho; reflejan la *opinio juris*, que, a su vez, está en la base de la formación del derecho. Esos principios marcan presencia en los niveles nacional e internacional. Hay principios fundamentales del derecho que se identifican con los fundamentos mismos del sistema jurídico, revelando los valores y los fines últimos del orden jurídico internacional y respondiendo a las necesidades de la comunidad internacional.

11. Esos principios son, en su opinión, una expresión de una “idea de justicia” objetiva, a partir de la cual aseguran la unidad del derecho, tocando los fundamentos del *necesario* derecho de gentes. En su percepción, emanan de la conciencia humana o jurídica, como última fuente material de todo derecho. El Magistrado Cançado Trindade sostiene que, si la observancia del principio de precaución, por ejemplo, hubiese prevalecido todo el tiempo, en la actitud de las dos Partes contendientes y en la de la propia Corte, ello habría producido una diferencia en la situación litigiosa que ahora ha resuelto la Corte. Es sumamente probable que los dos Estados no habrían llegado a su llamado “entendimiento”, en la reunión ministerial de 2 de marzo de 2004, en cierto modo soslayando el procedimiento enunciado en los artículos 7 a 12 del Estatuto de 1975 (en particular el artículo 7). Y la Corte, a su vez, habría llegado a una decisión distinta de la que adoptó el 13 de julio de 2006, y muy probablemente habría ordenado o indicado las medidas provisionales de protección solicitadas (que habrían estado en vigor hasta el presente fallo sobre el fondo en la causa relativa a las *Plantas de Celulosa*).

12. En efecto —añade— los principios generales de derecho confieren al orden jurídico (nacional e internacional) su ineluctable dimensión axiológica; están en la base del *jus necessarium*, y revelan los valores que inspiran a todo el orden jurídico. La identificación de los principios fundamentales ha acompañado *pari passu* el surgimiento y la consolidación de todos los dominios del derecho. El Magistrado Cançado Trindade concluye que el derecho ambiental internacional brinda una buena ilustración a este respecto, y difícilmente se podría concebir en la actualidad sin referencia a los principios de prevención, de precaución y de desarrollo sostenible con su dimensión temporal, junto con la dimensión temporal a largo plazo que subyace a la equidad intergeneracional. En su percepción, la Corte Internacional de Justicia, en su calidad de corte mundial, no puede dejar de lado a los principios.

Declaración del Magistrado Yusuf

El Magistrado Yusuf, que concuerda con el fallo, añade una declaración en la que expresa sus reservas en relación con la manera en que la Corte decidió tratar el material fáctico presentado por las Partes. En su opinión, la Corte debería haber recurrido, con arreglo al Artículo 50 de su Estatuto, a la asistencia de expertos que la ayudaran a obtener una comprensión más profunda de las complejidades científicas y técnicas de los elementos de prueba presentados por las Partes.

En opinión del Magistrado Yusuf, el recurso a una investigación o a un dictamen pericial para el tratamiento del complejo material técnico y científico presentado a la Corte, lejos de socavar su función judicial, podría haberla ayudado a elucidar los hechos y a clarificar la validez de los métodos usados para establecer los datos científicos que se le presentaron. Dicho recurso no habría afectado el papel del juez como árbitro de los hechos, pues en definitiva es responsabilidad de la Corte decidir acerca de la pertinencia y la importancia de los resultados de la labor de los expertos.

El Magistrado Yusuf concluye que, a fin de evitar errores en la apreciación o la determinación de hechos —errores que pueden socavar sustancialmente la credibilidad de la Corte— y de asegurar a los Estados que comparecen ante la Corte que los hechos científicamente complejos relacionados con sus causas han de ser plenamente comprendidos y apreciados por la Corte, redundará en beneficio de la Corte que, en el futuro, elabore una clara estrategia que le permita apreciar la necesidad de un dictamen pericial en una de las primeras etapas de sus deliberaciones sobre una causa.

Opinión separada del Magistrado Greenwood

En su opinión separada, el Magistrado Greenwood dice que concuerda con la decisión de que el Uruguay no ha cometido ninguna violación de sus obligaciones de fondo previstas en el Estatuto del Río Uruguay y con la decisión de

que el Uruguay incumplió sus obligaciones de procedimiento previstas en los artículos 7 a 12 del Estatuto. Considera, sin embargo, que la violación de las obligaciones de procedimiento tuvo un alcance más limitado que el que determinó la Corte. En su opinión, las acciones autorizadas por el Uruguay con respecto a las dos plantas durante el período de negociación no eran suficientes para configurar una violación de la obligación prevista en el artículo 9 del Estatuto ni de la obligación de negociar de buena fe.

El Magistrado Greenwood considera que incumbía a la Argentina la carga de la prueba de establecer los hechos que afirmaba, sobre la base de la comparación de probabilidades. Concuera con la metodología adoptada por la Corte y con su conclusión de que la Argentina no probó su argumentación relativa a violaciones de las obligaciones de fondo. Añade que es importante que una parte que comparece ante la Corte mantenga una clara distinción entre las funciones de los testigos y expertos, por un lado, y las de los consejeros, por otro lado. Ello es importante tanto para prestar asistencia a la Corte como para asegurar que se respete adecuadamente el derecho de la otra parte a formular preguntas a un experto o testigo. La persona que va a hablar sobre hechos que son de su propio conocimiento o dar su propia opinión sobre datos científicos no debería hacerlo como consejero, sino que debería formular la declaración prevista en el artículo 64 del Reglamento de la Corte y estar sometido a interrogatorio.

El Magistrado Greenwood concluye señalando a la atención de las Partes sus obligaciones continuas con arreglo al Estatuto.

Opinión separada del Magistrado *ad hoc* Torres Bernárdez

1. Como lo indica en la introducción de su opinión separada, el Magistrado Torres Bernárdez comparte muchas de las conclusiones a que llega la Corte en su fallo, en particular las relativas al rechazo de las alegaciones de la demandante de que el demandado violó las obligaciones de fondo que le incumben en virtud del Estatuto del Río Uruguay; y al desmantelamiento de la planta Orión (Botnia) en Fray Bentos. También apoya plenamente las conclusiones del fallo con respecto al alcance de la competencia de la Corte y el derecho aplicable, la carga de la prueba y la prueba por peritos, el rechazo de la tesis del “vínculo intrínseco” entre las obligaciones de procedimiento y de fondo previstas en el Estatuto, el rechazo de la pretendida “obligación de no construcción” que según se decía incumbía al demandado entre el fin de las negociaciones directas y la decisión de la Corte; y concuerda en que la satisfacción es una reparación apropiada por la violación de obligaciones de procedimiento.

2. Sin embargo, el Magistrado Torres Bernárdez no está de acuerdo con algunas consideraciones formuladas en el fallo en relación con la alegación de la Argentina de que el demandado incurrió en una violación de las obligaciones de procedimiento previstas en el Estatuto, que constituyen

la base de la conclusión de la mayoría sobre este punto. El Magistrado Torres Bernárdez llega a conclusiones muy diferentes a las de la mayoría sobre este aspecto. Como desea explicar las razones por las cuales votó en contra del punto 1 de la cláusula dispositiva del fallo, centrará su opinión separada exclusivamente en esas cuestiones.

1. Consideraciones preliminares

3. En su opinión separada, el Magistrado Torres Bernárdez observa, en primer lugar, que el fallo se inspira en una “concepción institucional” excesiva de la CARU y que, en consecuencia, su razonamiento da una visión de las competencias de la Comisión y de su papel en el régimen de consulta previo de los artículos 7 a 12 del Estatuto de 1975 del Río Uruguay que él no comparte. A su juicio, esa concepción tuvo ciertas consecuencias para el método de interpretación adoptado por la mayoría, que dio un lugar de privilegio a ciertos elementos interpretativos en detrimento de otros que eran igualmente aplicables. Ahora bien, para el Magistrado Torres Bernárdez la regla general de interpretación codificada en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados es una regla integrada, y todas sus disposiciones forman un todo. Es cierto que la regla incorpora “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, pero también comprende otros elementos, y cada uno de dichos elementos debe ser ponderado por el intérprete en un proceso de interpretación cuyo punto de partida radica en elucidar el sentido del texto, y no indagar *ab initio* cuáles eran las intenciones de las Partes.

4. De hecho, el método de interpretación adoptado por la mayoría facilita una interpretación llamada “evolutiva” de las disposiciones del Estatuto del Río Uruguay, que el Magistrado Torres Bernárdez aprueba en lo tocante a las *normas del Estatuto relativas a las obligaciones de fondo*. Así lo señala el texto del artículo 41 del Estatuto, relativo a la obligación de proteger y preservar el medio acuático y prevenir la contaminación de las aguas del río. Además, ambas Partes en la presente causa aceptan los desarrollos incontestables del derecho ambiental internacional de estos últimos años.

5. En cambio, el Magistrado Torres Bernárdez no cree que los métodos de interpretación que llevan a ese resultado evolutivo se justifiquen en la presente causa con respecto a las *normas del Estatuto relativas a las obligaciones de procedimiento*. Ni el texto de esas normas, dentro de su contexto, ni los acuerdos ulteriores convenidos entre las Partes, ni la práctica seguida por ellas en la interpretación o la aplicación del tratado, justificarían la aplicación de métodos que lleven a interpretaciones evolutivas. Según el Magistrado Torres Bernárdez, ello afecta a la soberanía territorial del Estado, es decir, una esfera en la cual no se presumen los límites a la soberanía (véase la causa relativa al *Vapor “Wimbledon”*, P.C.I.J., Serie A, No. 1, pág. 24).

6. Además, el Magistrado Torres Bernárdez señala que la propia redacción del párrafo primero del artículo 7 del Estatuto introduce un elemento previo en la aplicación de la regla, pues antes de informar a la CARU será necesario determinar si el proyecto en cuestión está comprendido dentro del alcance de la obligación enunciada en dicha disposición del Estatuto. Ahora bien, el artículo 7 deja esa calificación inicial a la Parte que proyecta la realización de la obra, a saber, el soberano territorial, sin perjuicio del derecho de la otra Parte a oponerse a esa calificación inicial. En la presente instancia, el demandante confirmó su derecho a la calificación inicial de sus proyectos y, sobre esta base, su práctica constante ha consistido, según el expediente, en construir plantas industriales sin informar a la CARU. El Magistrado Torres Bernárdez considera que la Argentina no puede negar al Uruguay el derecho de calificación inicial del proyecto CMB (ENCE) en octubre de 2003, porque *allegans contraria non audiendus est*.

7. El Magistrado Torres Bernárdez subraya asimismo que las actas de la CARU (por ejemplo, las relativas al proyecto Transpapel) ilustran bien que la cuestión de la calificación inicial de los proyectos de obras estuvo presente en las mentes cuando se trataba de proyectos de construcción de instalaciones industriales nacionales de una u otra de las Partes *sobre sus respectivas riberas del río*, y que las respuestas de los miembros de la Comisión distaron de ser uniformes. Incluso se entrecruzan. Por ejemplo, la calificación inicial del proyecto CMB (ENCE) hecha en 2003 por el señor Opperti, Ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay, parece situarse en una línea de pensamiento análoga o muy próxima a la manifestada por el jefe de la delegación argentina ante la CARU, Embajador Carasales, en ocasión del proyecto Transpapel.

8. Además, el Magistrado Torres Bernárdez recuerda que ambas Partes admiten: 1) que la CARU no tiene competencia para aprobar los proyectos de los que es informada por la parte que proyecta realizar la obra, y 2) que las normas del artículo 7, igual que todas las demás normas del Estatuto relativas al procedimiento de “consulta previa”, no forman parte del *jus cogens* y que, por consiguiente, las Partes son libres de no aplicarlas, en un caso determinado, según los términos de un acuerdo celebrado entre ellas.

2. Etapa del procedimiento en la cual el Uruguay estaba obligado de informar a la CARU de las obras que proyectaba realizar

9. Según el fallo, la obligación de informar a la CARU que incumbe al Estado que proyecta actividades tales como las mencionadas en el artículo 7 del Estatuto “surge en una etapa en que el proyecto ya ha sido sometido a la autoridad competente para obtener la autorización ambiental previa, y antes del otorgamiento de dicha autorización” (párr. 105). El Magistrado Torres Bernárdez no comparte esa conclusión porque, en su opinión, el texto del párrafo primero del

artículo 7 del Estatuto no remite a una etapa tan temprana del proceso de planificación de la obra. La conclusión de la mayoría podría explicarse por la concepción institucional de la CARU, ya mencionada, y por la articulación que hace entre la obligación de informar a la CARU y el principio de prevención, que, como regla consuetudinaria, forma parte del *corpus* de normas del derecho ambiental internacional contemporáneo.

10. Ahora bien, según el Magistrado Torres Bernárdez, de esa manera la mayoría ha introducido limitaciones a la soberanía territorial del Estado en la fase de planificación de un proyecto industrial que van mucho más allá de las que se explicitan en el artículo 7 del Estatuto, o que subyacen necesariamente a su texto. Según el Magistrado Torres Bernárdez, la mayoría atribuye a las Partes en esta materia una intención común “evolutiva” de la que no hay ningún rastro en el artículo 7, ni en ninguna otra de las normas de procedimiento constitutivas del régimen de “consulta previa” del Estatuto de 1975, es decir, en función de una presunción. Ahora bien, como se ha visto, las limitaciones a la soberanía territorial de un Estado no se presumen.

11. Para el Magistrado Torres Bernárdez, la adopción de métodos propios de las interpretaciones llamadas “evolutivas” no se justifica en el presente contexto, porque el texto de las disposiciones constitutivas del régimen de “consulta previa” del Estatuto de 1975, comprendiendo, por consiguiente, al artículo 7, no autorizan al intérprete a hacerlo, ni directa ni indirectamente. En realidad, al adoptar dichos métodos, el recurso que se hace en el fallo a “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” (apartado *c*) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados) no tiene la finalidad de determinar la etapa o el momento en que el Estado territorial está obligado a informar a la CARU de conformidad con el sentido del párrafo primero del artículo 7 del Estatuto, sino más bien de determinar el mejor momento para informar a la CARU desde el punto de vista de una aplicación del principio consuetudinario de prevención del derecho ambiental internacional. De tal modo se atribuye a la disposición convencional que es objeto de la interpretación la función de satisfacer las exigencias de la aplicación del principio consuetudinario de prevención. El resultado de ello, según el Magistrado Torres Bernárdez, es que el texto, el contexto y los acuerdos o prácticas ulteriores son elementos que se trivializan en el proceso de interpretación del artículo 7 del Estatuto. Además, el Magistrado Torres Bernárdez tiene un fuerte temor de que la solución adoptada se convierta en el futuro en una fuente adicional de dificultades para una u otra de las Partes, o para ambas, porque no corresponde a la práctica que han seguido hasta la fecha.

12. Por ejemplo, el Magistrado Torres Bernárdez subraya que, según la legislación uruguaya, la presentación de una solicitud de autorización ambiental previa por un terce-

ro, el examen de dicha solicitud por la DINAMA, o incluso una eventual recomendación favorable de la DINAMA a las autoridades superiores, no significa en modo alguno que la actividad proyectada en cuestión pueda calificarse en cualquier etapa de ese proceso como *un proyecto de actividad del Estado uruguayo*. Durante todo ese proceso, el Estado no ha aprobado nada y, en consecuencia, no se puede decir que “el Uruguay proyecta realizar la obra”, como lo exige el párrafo primero del artículo 7 del Estatuto. Sólo después de la expedición de la autorización ambiental previa (AAP) prevista por la legislación uruguaya se puede decir que el Estado uruguayo ha aprobado el proyecto, y ello *solo a los efectos de su viabilidad ambiental*. En efecto, con arreglo a la legislación uruguaya una AAP no autoriza ninguna clase de actividades de construcción, pues el titular de una AAP tiene solo el derecho de solicitar una autorización o permiso de construcción.

13. El Magistrado Torres Bernárdez tampoco cree que sea una buena idea definir, como lo hace el fallo, la etapa en que se debe informar a la CARU en función de las disposiciones o normas de la legislación del Estado de que se trata, en la medida en que la aplicación de la obligación de derecho internacional de informar a la CARU se encuentra entonces subordinada a la legislación nacional de una u otra de las Partes. Ello puede tener el lamentable resultado de que una parte esté obligada a informar a la CARU de sus proyectos antes que otra. El Magistrado Torres Bernárdez no cree que se pueda atribuir tal intención a los autores del Estatuto del Río Uruguay de 1975.

14. Para el Magistrado Torres Bernárdez, se desprende claramente del texto del párrafo primero del artículo 7 del Estatuto que la obligación de informar a la CARU se refiere a la “realización” de la obra proyectada, porque el texto auténtico español no presenta ninguna ambigüedad a este respecto. No alcanza con que el Estado proyecte la obra. Según el texto de la disposición, es necesario además que el Estado “proyecte realizar la obra”, porque es solo durante la realización de la obra que las actividades u obras de orden físico conexas con ella pueden afectar a la navegación, al régimen del río o a la calidad de sus aguas y, con ello, causar un perjuicio sensible al otro Estado, pues el río es un recurso natural compartido. La simple expedición de una “autorización” por una administración pública no es una actividad o un acto susceptible de provocar tales efectos. Según el Magistrado Torres Bernárdez, los elementos interpretativos que conforman la regla general de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena presentes en esta causa, no avalan la posición según la cual la información a la CARU —a los efectos del párrafo primero del artículo 7 del Estatuto— debe preceder a “toda autorización”, tal como, por ejemplo, una AAP del derecho uruguayo.

15. A la luz de las consideraciones que anteceden, el Magistrado Torres Bernárdez opina que el intérprete debe resolver esta cuestión haciendo referencia a la regla de de-

recho internacional general que prescribe que, en caso de silencio del texto, la obligación de informar o de notificar debe satisfacerse “en el momento adecuado” u “oportuno” [en francés, “*en temps utile*” u “*opportun*”; en inglés, “*timely*” o “*in a timely manner*”], es decir, antes de que la realización del proyecto haya llegado a una etapa demasiado avanzada más allá de la cual la apreciación del perjuicio potencial de la instalación industrial sería demasiado tardía para dar la menor reparación, lo cual sería indudablemente contrario al párrafo primero del artículo 7 del Estatuto. En opinión del Magistrado, ello implicaría que el Estado autor de la comunicación dispusiera, en el momento de informar o notificar, de informaciones técnicas sólidas sobre los aspectos esenciales de la obra.

16. De todos modos, para el Magistrado Torres Bernárdez, a la fecha de celebración de los acuerdos de 2 de marzo de 2004 y de 5 de mayo de 2005 que se examinarán más adelante, todavía no había expirado el período para informar a la CARU *timely* o *in a timely manner*, de la realización del proyecto de planta CMB (ENCE) y del proyecto de planta Orión (Botnia), pues el Uruguay todavía tenía la posibilidad de hacerlo en el momento adecuado u oportuno o de manera adecuada a los efectos de los fines que debe cumplir la información. Por consiguiente, en la fecha de celebración de dichos acuerdos, el Uruguay no habría podido violar la obligación de informar a la CARU con arreglo al párrafo primero del artículo 7 del Estatuto, porque “[u]n hecho del Estado no constituye violación de una obligación internacional a menos que el Estado se halle vinculado por dicha obligación en el momento en que se produce el hecho” (artículo 13 de los Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos).

17. Por consiguiente, para el Magistrado Torres Bernárdez no hubo un “retardo ilícito” del Uruguay en lo tocante a la obligación de informar a la CARU antes de la celebración de los mencionados acuerdos ulteriores, teniendo asimismo en cuenta que las dos Partes afirmaron que los hechos constitutivos de eventuales violaciones de orden procedimental relativas a los artículos 7 a 12 del Estatuto deben ser calificadas como de carácter “instantáneo”.

3. *El alcance y el contenido de los acuerdos mutuamente convenidos entre las Partes el 2 de marzo de 2004 y el 5 de mayo de 2005*

18. La sentencia constata que tanto en el caso de ENCE como en el de Botnia, las Partes decidieron, de común acuerdo, dejar de lado el examen sumario de la CARU previsto en el artículo 7 del Estatuto del Río Uruguay y proceder inmediatamente a las negociaciones directas contempladas en el artículo 12. Además, en ambos casos, fue la Argentina la Parte que solicitó entablar consultas directas con el Uruguay en momentos en que la CARU no constituía un marco viable, sea porque la Comisión había suspendido sus sesiones, o porque se encontraba estancada. Esto no tiene nada de

sorprendente, habida cuenta de que, cuando las Partes no llegan, en el seno de la CARU, a un acuerdo sobre el impacto de las obras proyectadas en el ecosistema del Río Uruguay, el asunto “sale de la órbita de competencias de la Comisión y pasa a ser considerada a nivel de los Gobiernos” (exposición del Ministro de Relaciones Exteriores de la Argentina, señor Taiana, ante la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Diputados de la Argentina, de fecha 14 de febrero de 2006).

19. Además, como las normas enunciadas en los artículos 7 a 12 del Estatuto no son normas imperativas (*jus cogens*), nada impedía que las Partes decidieran de común acuerdo pasar inmediatamente a las consultas o negociaciones directas sin tener que seguir las modalidades del Estatuto. En opinión del Magistrado Torres Bernárdez, eso es justamente lo que hicieron las Partes, primero con el entendimiento a que llegaron los Ministros de Relaciones Exteriores el 2 de marzo de 2004 (acuerdo Bielsa-Opperti), y más adelante con el acuerdo celebrado por los Presidentes el 5 de mayo de 2005 (acuerdo Vázquez-Kirchner por el que se creó el grupo de trabajo de alto nivel (GTAN)) cuyos efectos consistentes en establecer una excepción han sido plenamente reconocidos en el fallo. Esto está en la base del desacuerdo del Magistrado Torres Bernárdez con la mayoría, porque el fallo, pese a reconocer, en los párrafos 128 y 138, que los acuerdos en cuestión son vinculantes para las Partes porque han consentido en ellos, niega que en el presente caso dichos acuerdos hayan tenido el efecto de hacer una excepción al régimen del Estatuto.

a) *El entendimiento de 2 de marzo de 2004 entre los Ministros de Relaciones Exteriores*

20. El 9 de octubre de 2003, el MVOTMA otorgó a ENCE una autorización ambiental previa (AAP) para la planta de celulosa “Celulosas de M’Bopicuá S.A.” (CMB) sobre la ribera uruguaya del Río Uruguay en Fray Bentos, cerca del puente internacional “General San Martín”, y frente a la región argentina de Gualaguaychú, donde la población se había manifestado contra la planta. La Argentina consideró que ello constituía una violación del artículo 7 del Estatuto del Río Uruguay y reaccionó contra el otorgamiento de la AAP en cuestión a ENCE, en particular dejando de asistir a las sesiones de la CARU, situación que continuó hasta la celebración del acuerdo de 2 de marzo de 2004.

21. A este respecto, el Magistrado Torres Bernárdez subraya que, a pesar de la situación existente dentro de la CARU, las Partes siguieron ocupándose del proyecto CMB (ENCE) en un nivel superior —por intermedio de los Ministros o los Ministerios de Relaciones Exteriores— y que la Argentina recibió del Uruguay toda la información relativa al proyecto apenas algunos días después del otorgamiento de la AAP a ENCE, a saber, el 27 de octubre y el 9 de noviembre de 2003. Esas informaciones permitieron que los consejeros técnicos de la Argentina estudiaran el proyecto

CMB (ENCE) y presentaran a sus autoridades, en febrero de 2004, un informe en el que concluían que no había un impacto ambiental significativo en el lado argentino del río, cosa que fue reconocida en ciertos documentos argentinos, así como por los propios delegados de la Argentina ante la CARU. Según el Magistrado Torres Bernárdez, ese informe tranquilizó a la Argentina acerca de los eventuales efectos de la construcción de la planta litigiosa, abriendo así el camino a nuevas reuniones de las Partes y, finalmente, a la celebración del acuerdo Bielsa-Opperti el 2 de marzo de 2004.

22. En la presente instancia, la Argentina ha subrayado que el acuerdo de 2 de marzo de 2004 no excluía la aplicación en el caso del artículo 7 del Estatuto del Río Uruguay. Sin embargo, las declaraciones hechas a la prensa por los Ministros de Relaciones Exteriores, los borradores intercambiados entre los señores Embajadores Sguiglia (Argentina) y Sader (Uruguay) con el fin de consignar por escrito el acuerdo oral de los Ministros y el texto mismo del acuerdo insertado en el acta de la reunión de la CARU de 15 de mayo de 2004, así como otros elementos de prueba de origen oficial argentino, han convencido al Magistrado Torres Bernárdez de lo contrario.

23. En su opinión, esos elementos hacen que la balanza se incline decididamente en favor de la versión de los hechos presentada por el Uruguay en sus escritos y durante la fase oral, a saber, que los Ministros de Relaciones Exteriores habían convenido que la planta de celulosa CMB (ENCE) sería construida en Fray Bentos con las condiciones siguientes: 1) que la CARU mantuviera cierto control de los aspectos técnicos relativos a la construcción de la planta, descritos en el acuerdo (cosa que no tiene nada que ver con el examen sumario del párrafo primero del artículo 7 del Estatuto), y 2) que, cuando se pasara a la fase operacional de la planta, se estableciera un seguimiento o *monitoring* de la calidad de las aguas del río por parte de la CARU en toda la zona de emplazamiento de la planta. La fase de “planificación” de la planta, a que se refiere la obligación de informar a la CARU con arreglo al artículo 7 del Estatuto, está situada antes del acuerdo Bielsa-Opperti, que está orientado hacia el futuro, es decir, hacia las fases de la “construcción” y la “puesta en funcionamiento” de la planta.

24. El texto del acuerdo Bielsa-Opperti fue confirmado en el acta de la sesión extraordinaria de la CARU de 15 de mayo de 2004 (primera reunión de la Comisión desde octubre de 2003) y debidamente autenticado por las firmas del jefe de la delegación argentina ante la CARU, señor Roberto García Moritán, y el jefe de la delegación uruguaya, señor Walter M. Belvisi, así como por la del Secretario Administrativo de la CARU, señor Sergio Chave. Sin embargo, en el texto de esa acta de la CARU el Magistrado Torres Bernárdez no puede encontrar ningún pasaje, y ni siquiera una sola palabra, que permita sostener que el acuerdo Bielsa-Opperti implicaba un retorno a la Comisión a los efectos del párrafo primero del artículo 7 del Estatuto.

25. Para el Magistrado Torres Bernárdez, el texto de esa acta prueba exactamente lo contrario. En efecto, en el Punto I de las Coincidencias Específicas se dice que la CARU recibirá y considerará, teniendo en cuenta los términos contenidos en la resolución 342/2003 del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente (MVOTMA) de 9 de octubre de 2003 por la que se otorgó a ENCE la AAP del proyecto CMB, los Planes de Gestión Ambiental para la construcción y operación de la planta que presente la empresa al gobierno uruguayo una vez que le sean remitidos por la delegación uruguaya, así como las acciones que requieren implementación y estudios adicionales por parte de la empresa antes de la aprobación de los mismos, “formulando sus observaciones, comentarios y aportes, los que serán transmitidos al Estado uruguayo para que los absuelva y laude con la empresa”. Por otra parte, en relación con la fase operativa, el texto dice, en el punto II de las Coincidencias Específicas, que se procederá a realizar el monitoreo de la calidad ambiental conforme a las previsiones del Estatuto del Río Uruguay, en especial su Capítulo X, artículos 40 a 43, y que ambas delegaciones coinciden en que, atendiendo a la escala del emprendimiento y los posibles efectos que pudieran derivarse del mismo, la CARU adoptará procedimientos de conformidad a la presente acta

26. En su opinión, el Magistrado Torres Bernárdez subraya que el extracto pertinente del acta de 15 de mayo de 2004 termina con una decisión de la Comisión que ejecuta en toda su integralidad el contenido del acuerdo celebrado el 2 de marzo de 2004 entre los Ministros señores Bielsa y Opperti, acuerdo que, como era entonces admitido por el Presidente de la delegación argentina ante la CARU, señor Moritán, implicaba “una limitante importante en nuestra postura” respecto del procedimiento previsto en el artículo 7 del Estatuto. Para el Magistrado Torres Bernárdez, según el tenor de las declaraciones de unos y otros, nadie esperaba ya que la CARU ejerciera, con respecto a la planta CMB (ENCE), sus competencias generales, de conformidad con los artículos 7 a 18 del Estatuto, sino solamente las tareas particulares contenidas en el acuerdo Bielsa- Opperti. En su opinión separada, el Magistrado Torres Bernárdez cita también pasajes de ciertos documentos oficiales argentinos de la época que confirman, según él, el alcance del acuerdo de 2 de marzo de 2004, en particular: 1) una declaración del Ministerio de Relaciones Exteriores de la Argentina contenida en un informe al Senado correspondiente al año 2004; 2) una declaración del Ministerio de Relaciones Exteriores de la Argentina contenida en un informe correspondiente a la Cámara de Diputados al año 2004, y 3) una declaración que figura en la Memoria Anual sobre el Estado de la Nación correspondiente al año 2004, elaborada por la Oficina de la Presidencia de la Argentina.

27. En estos dos últimos documentos se dice expresamente que el acuerdo bilateral de 2 de marzo de 2004 puso fin a la controversia por la construcción de una planta de

celulosa en Fray Bentos. Por consiguiente, de dichos documentos se desprende que el acuerdo Bielsa-Opperti estableció un *procedimiento sustitutivo* del procedimiento del Estatuto, y asimismo que ese procedimiento se extendió posteriormente a Orión (Botnia) porque, en algunos de dichos documentos, se hace referencia a las “dos plantas” o a “la posible instalación de fábricas de pasta de celulosa a la vera del Río Uruguay”. Además, el Magistrado Torres Bernárdez recuerda que, cuando se creó el GTAN, el comunicado de prensa conjunto de 31 de marzo de 2005 también hacía referencia a “plantas de celulosa” que se estaban construyendo en la República Oriental del Uruguay. La CARU y su Subcomisión de Calidad de Aguas y Prevención de la Contaminación Ambiental hicieron lo mismo, porque el título del plan PROCEL es “Plan de Monitoreo de la Calidad Ambiental del Río Uruguay en Áreas de Plantas Celulósicas”.

28. Por consiguiente, el Magistrado Torres Bernárdez está en desacuerdo con las conclusiones contenidas en los párrafos 129 y 131 del fallo, en los cuales la Corte —a pesar de admitir que el entendimiento de 2 de marzo de 2004 es realmente un procedimiento de sustitución del procedimiento del Estatuto— concluye: 1) que no puede acoger la pretensión del Uruguay según la cual el entendimiento habría puesto fin a su controversia relativa a la planta CMB (ENCE) que la oponía a la Argentina en lo tocante a la aplicación del procedimiento previsto por el artículo 7 del Estatuto, porque la información —que en el entendimiento Bielsa-Opperti el Uruguay había convenido transmitir a la CARU— nunca fue transmitida, y 2) que tampoco puede acoger la pretensión del Uruguay según la cual el alcance del entendimiento habría sido extendido por las Partes al proyecto Orión (Botnia), porque la referencia a “las dos plantas” recién aparece a partir de julio de 2004 en el marco del plan PROCEL, que se refiere a las medidas de seguimiento y control de la calidad ambiental de las aguas del río, y no a los procedimientos del artículo 7 del Estatuto.

29. En lo tocante a las conclusiones de la mayoría de la Corte sobre la no aplicación del entendimiento de 2 de marzo de 2004 por el Uruguay, el Magistrado Torres Bernárdez recuerda que el Uruguay participó plenamente, igual que la Argentina, en la elaboración en el seno de la CARU del plan PROCEL, un plan que fue definitivamente adoptado por la Comisión el 12 de noviembre de 2004 y que fue aplicado hasta que se retiraron los delegados argentinos. En cuanto a la no transmisión de la información técnica relativa a la construcción de la planta CMB (ENCE), el Uruguay nunca tuvo la posibilidad de hacerlo, porque la planta no fue construida. El único plan de gestión ambiental (PGA) que existe respecto de dicha planta se refiere a la “remoción de vegetación y movimiento de tierras” de 28 de noviembre de 2005. No hubo otros en relación con la construcción de esa planta en Fray Bentos, cuyo proyecto fue finalmente abandonado por ENCE. En lo tocante a Orión (Botnia), los trabajos de construcción de la planta sobre el terreno recién fueron

autorizados el 18 de enero de 2006 y se desarrollaron después del fin formal de las negociaciones directas dentro del GTAN, que el fallo fija en el 3 de febrero de 2006 (párr. 157). Además, el Uruguay transmitió a la CARU el 6 de diciembre de 2006, por facsímil, “el expediente administrativo del proyecto de planta de producción de celulosa Kraft, solicitud de autorización ambiental previa presentada por Botnia S.A.”, es decir, con el otorgamiento por el MVOTMA de la AAP a Botnia el 14 de febrero de 2005. Habida cuenta de esos hechos, el Magistrado Torres Bernárdez cree que el entendimiento de 2 de marzo de 2004 fue perfectamente aplicado en la medida en que fue materialmente posible hacerlo (*impossibile nulla obligatio est*).

30. En lo tocante a la conclusión de la mayoría sobre la aplicación del entendimiento de 2 de marzo de 2004 a las “dos plantas”, el Magistrado Torres Bernárdez observa que pueden encontrarse referencias a ellas no solo en los documentos de la CARU sobre el PROCEL, sino también en otros documentos contenidos en el expediente del asunto. No se debe olvidar que la Argentina estaba al corriente del proyecto Botnia por lo menos desde noviembre de 2003, cuando sus representantes oficiales se reunieron con los representantes de la sociedad, y la propia CARU había tomado conocimiento de él por lo menos en el mes de abril de 2004, en ocasión de su primera reunión con los representantes de la sociedad.

b) *El acuerdo de los Presidentes de 5 de mayo de 2005 por el que se creó el GTAN*

31. El otorgamiento de la AAP para el proyecto de la planta Orión (Botnia) por el Gobierno saliente del Uruguay el 14 de febrero de 2005 —fecha en la cual todavía estaba en vigor entre las Partes el entendimiento Bielsa-Opperti de 2 de marzo de 2004— originó un nuevo desacuerdo dentro de la CARU en un contexto político de creciente oposición a la construcción de las dos plantas por parte de la población de la provincia argentina de Entre Ríos. Se llevaron a cabo manifestaciones masivas y se bloquearon rutas internacionales y puentes sobre el Río Uruguay, en particular el puente “General San Martín”, que fue cerrado a la circulación como resultado de las acciones promovidas por el movimiento de los “asambleístas” de Gualeguaychú. Además, el 1 de marzo de 2005 entró en funciones un nuevo Gobierno en el Uruguay, luego de la instalación del Presidente Tabaré Vázquez. Esos acontecimientos llevaron a los Gobiernos de los dos países a abocarse directamente a la cuestión de establecer un grupo de trabajo de alto nivel (GTAN).

32. En su opinión, el Magistrado Torres Bernárdez recuerda que fue la Parte argentina la que, una vez más, tomó la iniciativa de proponer que la cuestión de las plantas de celulosa fuera tratada por los dos Gobiernos fuera de la CARU. En efecto, fue el Ministro argentino señor Bielsa quien dijo, en una carta dirigida el 5 de mayo de 2005 al Ministro uruguayo señor Gargano, que la situación requería “una inter-

vención más directa de las autoridades ambientales competentes, con la cooperación de instituciones académicas especializadas”, aunque “sin perjuicio de los procedimientos de control y vigilancia de la calidad del agua establecidos por la CARU”. Dicha carta del Ministro Bielsa también transmitía a su homólogo uruguayo los pedidos formulados por el gobierno de Entre Ríos, entre los que figuraba la cuestión del emplazamiento de la plantas.

33. El texto del acuerdo entre los Presidentes Tabaré Vázquez y Néstor Kirchner por el que se creó el GTAN fue objeto de un comunicado de prensa argentino-uruguayo de fecha 31 de mayo de 2005, que se reproduce en el párrafo 132 del fallo. A la luz de dicho texto, y habida cuenta de la carta del señor Bielsa al señor Gargano, el Magistrado Torres Bernárdez considera evidente que las Partes convinieron mutuamente en dejar de lado las modalidades de los artículos 7 a 11 del Estatuto en favor de “negociaciones directas” inmediatas en el seno del GTAN; negociaciones previstas en el artículo 12 del Estatuto, como dijo expresamente la Argentina en el párrafo 4 de la demanda en la cual inició la presente instancia y en su nota diplomática de 14 de diciembre de 2005 en la que constató el fracaso de las negociaciones directas en el seno del GTAN.

34. Según el Magistrado Torres Bernárdez, del acuerdo entre los presidentes de 5 de mayo de 2005 se desprende que, en esa fecha, no se pensaba en volver al procedimiento convenido el 2 de marzo de 2004 para CMB (ENCE) y posteriormente extendido a Orión (Botnia). Esta conclusión se basa en el hecho de que los elementos aun pendientes de debate y que se suponía que serían examinados por las Partes en el seno del GTAN se referían únicamente —según el texto del acuerdo entre los presidentes— al *complemento de estudios y análisis, los intercambios de información y seguimiento de las consecuencias que tendrá, en el ecosistema del río compartido, el funcionamiento de las plantas (las dos plantas) de celulosa que se están construyendo en la República Oriental del Uruguay*. Ya no se trataba de la planificación o de la construcción de las plantas en cuestión, sino del porvenir, a saber, de las consecuencias del funcionamiento de dichas plantas en el ecosistema del río.

35. El Magistrado Torres Bernárdez concuerda con el fallo en que el comunicado de prensa de 31 de mayo de 2005 es la expresión de un acuerdo entre los dos Estados para crear un marco de negociación, el GTAN, con el fin de permitir que tengan lugar las negociaciones previstas en el artículo 12 del Estatuto. Pero, para él, el comunicado de prensa no es sólo eso. Lo que es particularmente importante del comunicado de prensa es, según él, el hecho de que no cuestiona el acuerdo Bielsa-Opperti de 2 de marzo de 2004, un acuerdo que aún estaba en vigor en la fecha de celebración del acuerdo entre los presidentes de 5 de mayo de 2005. Así pues, el comunicado de prensa de 31 de mayo de 2005 confirma, en opinión del Magistrado Torres Bernárdez, la existencia y el alcance del acuerdo de 2 de marzo de 2004.

En otras palabras, al celebrar el acuerdo de mayo de 2005, el Uruguay no renunció a los derechos que le pertenecían en virtud del acuerdo de marzo de 2004.

36. Según el Magistrado Torres Bernárdez, la interpretación según la cual el acuerdo de mayo de 2005 habría otorgado a la Argentina considerables derechos de supervisión respecto de las plantas (que van mucho más allá de lo previsto en los artículos pertinentes del Estatuto de 1975), sin ninguna contrapartida, no es una interpretación sostenible en relación con los hechos de la causa. Además, la carta del Ministro Bielsa de 5 de mayo de 2005, que, en virtud de su contenido, forma parte de los trabajos preparatorios del acuerdo entre los presidentes, tampoco confirma las conclusiones del fallo sobre esta cuestión. Por consiguiente, el Magistrado Torres Bernárdez está en completo desacuerdo con las conclusiones de la mayoría que figuran en los párrafos 140 y 141 del fallo. Para él, *pacta sunt servanda*, con la buena fe conexas, rige sin duda las relaciones entre las Partes con respecto a la interpretación de la aplicación de las disposiciones del Estatuto de 1975, pero también los posteriores acuerdos de 2 de marzo de 2004 y 5 de mayo de 2005.

37. El Magistrado Torres Bernárdez tampoco comparte la conclusión de la mayoría que figura en el párrafo 142 del fallo, según la cual el comunicado de prensa de 31 de mayo de 2005, al hacer referencia a “las plantas de celulosa que se están construyendo en la República Oriental del Uruguay”, constata un simple hecho. Según él, indudablemente constata un hecho, pero se trata de *un hecho que refleja una relación de derecho entre las Partes que deriva a la vez del Estatuto de 1975 y del entendimiento de 2 de marzo de 2004, así como del acuerdo entre los presidentes de 5 de mayo de 2005.*

c) *El procedimiento establecido por los acuerdos para las plantas de celulosa en Fray Bentos*

38. En los párrafos 77 a 88 de su opinión separada, el Magistrado Torres Bernárdez describe los rasgos más salientes del procedimiento de sustitución convenido por las Partes para tratar la cuestión de las plantas de celulosa sobre la ribera uruguaya del Río Uruguay en Fray Bentos, que es el procedimiento en relación con el cual debe apreciarse el comportamiento de las Partes en la presente causa. Este procedimiento *ad hoc* mantuvo el régimen de negociaciones directas y el arreglo judicial, pero dejó de lado las modalidades de procedimiento previstas en los artículos 7 a 11 del Estatuto de 1975. En los párrafos mencionados, el Magistrado Torres Bernárdez señala, por un lado, que el procedimiento adoptado en el presente caso por las Partes dio a la CARU competencias en la materia de naturaleza mucho más sustancial que las que le atribuye el Estatuto y, por otro lado, que el procedimiento adoptado era más favorable a la protección de los intereses de la Argentina que las modalidades de los artículos 7 a 11 del Estatuto en toda una serie de cuestiones (nivel de las consultas; extensión de la consulta a las fases de construcción y funcionamiento; amplitud de la información

recibida; evaluación de los datos en cooperación con la otra Parte; extensión de los plazos estatutarios). El Magistrado señala también que ninguna de las Partes pidió a la CARU que resolviera su controversia por vía de conciliación.

4. *Las obligaciones del Uruguay durante el período de negociaciones directas*

39. En lo tocante a la cuestión de saber si la conducta del Uruguay durante el período de negociaciones directas en el seno del GTAN fue conforme a sus obligaciones jurídicas frente a la Argentina, habida cuenta del alcance del principio de la obligación de negociar, el Magistrado Torres Bernárdez no tiene absolutamente ninguna duda de que tal obligación existe en derecho internacional y que, dada su importancia para las relaciones internacionales, la Corte debe ser exigente para hacerla respetar, porque la confianza recíproca es una condición inherente de la cooperación internacional. Sin embargo, el Magistrado Torres Bernárdez está en desacuerdo con la aplicación que de ella ha hecho la mayoría a las circunstancias de la presente causa con respecto a la “obligación de no construcción” durante el período de negociaciones directas. Su discrepancia concierne tanto al alcance temporal como al alcance material de la obligación considerada.

40. En el seno del GTAN, el Uruguay estaba obligado —como, por otra parte, también lo estaba la Argentina— a participar de buena fe y sin ningún *a priori*, de manera que la negociación tuviese sentido, y a estar dispuesto a tener razonablemente en cuenta las opiniones de la otra Parte, sin que por ello estuviera obligado a llegar a un acuerdo porque, en derecho internacional, el compromiso de negociar no implica la obligación de llegar a un acuerdo. El GTAN debía producir un informe dentro de un plazo de 180 días; como los trabajos del GTAN comenzaron el 3 de agosto de 2005, el Uruguay habría estado en principio obligado a comportarse de manera conforme a la obligación de no construcción hasta el fin de las negociaciones del GTAN, fijado en el fallo el 3 de febrero de 2006.

41. Sin embargo, a la luz de los elementos de prueba presentados a la Corte, el Magistrado Torres Bernárdez considera que la fecha del 3 de febrero de 2006 solo es la del fin *formal* de las negociaciones, porque, según esos elementos, las negociaciones habían llegado a un punto muerto antes de esa fecha. En tales circunstancias, el Magistrado Torres Bernárdez estima contrario a la buena administración de justicia obligar a las Partes a esperar hasta que haya transcurrido totalmente el plazo formal antes de quedar liberadas de la obligación, porque no se debe exigir a un Estado que adopte un comportamiento manifiestamente ilusorio y carente de efectos o que ya haya demostrado ser vano (véase, sobre este tema, la opinión separada del Magistrado Tanaka en la *Causa relativa a la Barcelona Traction, Light and Power Company (Bélgica contra España)*, (Segunda fase), Sentencia, I.C.J. Reports 1970, pág. 145). Según el Magistrado Torres

Bernárdez, las notas diplomáticas de la Argentina de 14 de diciembre de 2005, 26 de diciembre de 2005 y 12 de enero de 2006, que constan en el expediente, confirman el punto muerto en el que se encontraba el proceso del GTAN aproximadamente a fines de noviembre de 2005.

42. Para el Magistrado Torres Bernárdez, la nota diplomática de 14 de diciembre de 2005 es decisiva a este respecto porque, en dicha nota formal, la República Argentina notificó a la República Oriental del Uruguay su “conclusión”, a saber: 1) que, habida cuenta de que las negociaciones directas de las Partes en el seno del GTAN no habían producido un acuerdo, de conformidad con los términos del artículo 12 del Estatuto del Río Uruguay se había vuelto aplicable el procedimiento previsto en el Capítulo XV del Estatuto del Río Uruguay (arreglo judicial); 2) que había surgido una controversia relativa a la interpretación y aplicación del Estatuto del Río Uruguay, y 3) que las negociaciones directas mencionadas en el artículo 60 del Estatuto en relación con la controversia derivada de las autorizaciones unilaterales para la construcción de las plantas industriales en cuestión (CMB y Orión) estaban en curso desde el 3 de agosto de 2005 (fecha de la primera reunión del GTAN). Así pues, según el Magistrado Torres Bernárdez, la fecha que debe utilizarse para determinar el fin de la “obligación de no construcción” del Uruguay en la presente causa es la fecha de la nota diplomática de la Argentina de 14 de diciembre de 2005.

43. Además, la nota diplomática de la Argentina de 14 de diciembre de 2005 precisa que, en lo tocante a la controversia derivada de la autorización unilateral del puerto de Botnia, formalizada en virtud del acta de la CARU de 14 de octubre de 2005 (también mencionada en la nota del Presidente de la delegación argentina a la parte uruguaya presentada en la reunión de la CARU de 17 de noviembre de 2005), las negociaciones directas estaban en curso “*a partir de hoy*”, a saber, el 14 de diciembre de 2005. Esto fue confirmado por el Ministro de Relaciones Exteriores de la Argentina, señor Taiana, el 12 de febrero de 2006, ante la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Diputados de la Argentina, donde explicó que:

“en relación con el proyecto de construcción del puerto, el propósito de la nota [de 14 de diciembre de 2005] fue fijar el día de su presentación al Uruguay como fecha a partir de la cual debe computarse el plazo para llevar a cabo negociaciones directas” (Demanda de la Argentina por la que se inició el procedimiento, Anexo III, pág. 17).

44. En relación con el *alcance material* de la obligación considerada, el Magistrado Torres Bernárdez tampoco está de acuerdo con las conclusiones de la mayoría que figuran en el fallo porque, por un lado, no distinguen entre “los actos administrativos de autorización ambiental de una obra” y “las autorizaciones o planes de construcción de la obra misma” y, por otro lado, tampoco distinguen entre actividades o trabajos de “carácter preparatorio” para la obra y los “trabajos de construcción” de la obra, prohibidos en virtud

de la obligación. El Magistrado Torres Bernárdez lamenta, en particular, que en la presente causa no se haya aplicado la buena regla jurídica sobre esta materia que la Corte enunció en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagyymaros (Hungría/Eslovaquia)*, pues, como dijo entonces la Corte:

“Un acto ilícito o un delito va frecuentemente precedido de acciones preparatorias que no hay que confundir con el acto o el delito propiamente dicho. Además, hay que distinguir entre la comisión real de un acto ilícito (ora instantáneo ora continuo) y la conducta previa a ese acto, que es de carácter preparatorio y que “no se considera un acto ilícito.” (Fallo, ICJ Reports 1997, pág. 54, párr. 79.)

45. Para el Magistrado Torres Bernárdez, los hechos reprochados al Uruguay por el fallo —en lo tocante a los proyectos CMB (ENCE) y Orión (Botnia)— son de carácter “preparatorio” en relación con los trabajos de construcción de plantas como tales, y por lo tanto están fuera del campo de aplicación material de la obligación de no construcción que incumbía al Uruguay durante el período de negociación del GTAN. Sólo el PGA titulado “Plan de Gestión Ambiental de las Obras Civiles Terrestres Planta de Celulosa Botnia Fray Bentos Versión PGAV”, de fecha 18 de enero de 2006, entraría, en principio, dentro de dicho campo de aplicación. Pero, como la fecha de dicho plan es posterior a la nota diplomática de la Argentina de 14 de diciembre de 2005, no entra en el campo de aplicación temporal de la “obligación de no construcción” (véase el párrafo 25 *supra*).

46. Por lo tanto, solamente queda por considerar la cuestión de la autorización de la construcción del puerto de Botnia. Sobre este tema, el Magistrado Torres Bernárdez recuerda que la autorización ambiental previa (AAP) para la planta Orión (Botnia) de 14 de febrero de 2005 fue otorgada por el Uruguay tanto para la planta de producción de celulosa como para su terminal portuaria, y también que una resolución uruguaya de 5 de julio de 2005 autorizó a Botnia a utilizar el lecho del río para la construcción de la terminal. Sin embargo, recuerda asimismo que aproximadamente un mes después de esta última resolución, el 3 de agosto de 2005, las delegaciones de la Argentina y el Uruguay convinieron, en la primera reunión del GTAN, en remitir sin condiciones el proyecto de terminal portuaria de Botnia a la CARU. En cumplimiento de ese entendimiento, el Uruguay transmitió la resolución uruguaya de 5 de julio de 2005 a la CARU por nota diplomática de 15 de agosto de 2005, de conformidad con el artículo 7 del Estatuto, y, el 13 de octubre de 2005, suministró a la Comisión informaciones complementarias sobre el proyecto solicitadas por la delegación argentina.

47. Así pues, por convención entre las Partes, el proyecto de terminal portuaria de Botnia no fue objeto de las “negociaciones directas” del GTAN. Sin embargo, tampoco fue examinado por la CARU a los efectos del artículo 7 del Estatuto porque la Argentina bloqueó el examen sumario del proyecto por la Comisión invocando la negativa del Uru-

guay a detener los trabajos de construcción del puerto. En razón de ello, la controversia relativa a la terminal portuaria de la planta Orión (Botnia), que de hecho forma parte de la demanda de 4 de mayo de 2006, no le parece admisible al Magistrado Torres Bernárdez, porque no siguió las etapas de los artículos 7 y siguientes del Estatuto, y tampoco fue objeto de “negociaciones directas”, en el seno del GTAN o en otra parte, condición exigida por el artículo 60 del Estatuto para poder plantear ante la Corte cualquier controversia relativa a la interpretación o aplicación del Estatuto del Río Uruguay. Además, tampoco se respetó el plazo de 180 días que el artículo 12 del Estatuto reserva para las “negociaciones directas”, porque, en efecto, entre la nota diplomática de la Argentina de 14 de diciembre de 2005 y el 4 de mayo de 2006, fecha de presentación de su demanda, no hay más que aproximadamente 140 días.

48. En cuanto al fondo, el Magistrado Torres Bernárdez considera que el proyecto del puerto de Botnia no parece ser una obra suficientemente importante (“de entidad suficiente”) para estar comprendida dentro de las disposiciones del párrafo primero del artículo 7 del Estatuto. En 2001, el Uruguay informó a la CARU del proyecto de construcción del puerto de M^oBopiciuá, después del otorgamiento de su AAP, sin que ello impidiera que las dos delegaciones concluyeran rápidamente, en el seno de la CARU, que el puerto en cuestión, mucho más grande que el de Botnia, no representaba una amenaza para la navegación, el régimen del río o la calidad de sus aguas. Por consiguiente, no parece que exista objetivamente una controversia entre las Partes sobre la viabilidad ambiental del puerto de Botnia. Además, entre 1979 y 2004, la Argentina autorizó la construcción o la rehabilitación de puertos en su lado del río en Federación, Concordia, Puerto Yuquerí y Concepción del Uruguay, sin informar de ello a la CARU y sin notificar ni consultar al Uruguay.

49. A la luz de las consideraciones que anteceden, el Magistrado Torres Bernárdez no puede dar su consentimiento a la conclusión que figura en el párrafo 149 del fallo. En cambio, habida cuenta de que los incumplimientos del Uruguay constatados en el fallo son en sí mismos de carácter procedimental y menores en cuanto a su gravedad —en el sentido de que ninguno de ellos equivale a una “*material breach*”— el Magistrado Torres Bernárdez concuerda con el fallo en que la “satisfacción” es la reparación de derecho internacional apropiada.

Conclusión general

50. En vista de todas las consideraciones que anteceden, el Magistrado Torres Bernárdez está en desacuerdo con las conclusiones de la Corte relativas a los incumplimientos por el Uruguay de sus obligaciones de procedimiento frente a la Argentina, objeto de la presente causa. Ésa es la razón por la cual votó en contra del punto 1 de la cláusula dispositiva del fallo.

Opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Vinuesa

En su opinión disidente, el Magistrado *ad hoc* Vinuesa comienza señalando su acuerdo con la conclusión de la Corte de que el Uruguay violó las obligaciones de procedimiento del Estatuto de 1975. En cuanto al vínculo entre las violaciones de las obligaciones de procedimiento y las de las obligaciones de fondo previstas en el Estatuto, el Magistrado *ad hoc* Vinuesa discrepa con la Corte, pues considera que las violaciones de las obligaciones de procedimiento en sí mismas constituyeron violaciones de las obligaciones de fondo. A continuación, el Magistrado *ad hoc* Vinuesa sostiene que una correcta interpretación del Estatuto de 1975 —con arreglo al derecho internacional consuetudinario y a la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados— requiere una prolongación de la obligación de no construcción impuesta a Uruguay, que recién terminaría después de la resolución definitiva de la controversia por la Corte. Por lo que respecta a la cuestión de la reparación por las violaciones de las obligaciones de procedimiento, el Magistrado *ad hoc* Vinuesa considera que, si bien las circunstancias especiales del caso —las reiteradas violaciones del Uruguay y las medidas que tomó de mala fe— justificarían que la Corte impusiera al Uruguay una obligación de no repetición, esa obligación de no repetición está implícita en el fallo de la Corte y por otra parte está impuesta por los principios de buena fe contenidos en el derecho internacional consuetudinario.

Sobre la cuestión de las obligaciones de fondo, el Magistrado *ad hoc* Vinuesa discrepa con la conclusión de la Corte de que las violaciones de dichas obligaciones no han sido probadas, y analiza numerosas deficiencias del fallo que llevaron a esa conclusión. En primer lugar, el Magistrado *ad hoc* Vinuesa cuestiona el razonamiento de la Corte respecto de las cuestiones atinentes a la carga de la prueba en el caso. Luego, el Magistrado *ad hoc* Vinuesa pasa a considerar la violación, por el Uruguay, de las obligaciones de fondo enunciadas en los artículos 1, 27 y 36 del Estatuto, y concluye que dichas obligaciones no fueron respetadas por el Uruguay. A continuación, el Magistrado *ad hoc* Vinuesa sostiene que el Uruguay violó el artículo 41, porque no llevó a cabo una correcta evaluación del impacto ambiental. Específicamente, el Uruguay no consideró adecuadamente los emplazamientos alternativos para la planta y no consultó a la población afectada de una manera que garantizara su efectiva participación, como debía haberlo hecho.

Finalmente, el Magistrado *ad hoc* Vinuesa señala que es particularmente preocupante la falta de certidumbre científica en la prueba. Esa falta de certidumbre socava las conclusiones a que llega la Corte respecto de todas las alegaciones de violación por el Uruguay de sus obligaciones de fondo. Señalando que frecuentemente la Corte concluyó que no había pruebas suficientes, o que no se podían sacar conclusiones adecuadas, el Magistrado *ad hoc* Vinuesa sugiere que habría sido más correcto que la Corte hubiese solicitado el

dictamen de un experto externo, como se ha hecho en el pasado, o que por otras vías se hubiese asegurado de que el fallo estuviese basado en una información completa, una mejor comprensión del estado de la ecología del río y una plena consideración del impacto futuro de la planta de celulosa en el río.

Sobre la base de esas conclusiones, el Magistrado *ad hoc* Vinuesa concluye que, al dejar de lado la aplicación del principio de precaución exigido por el Estatuto de 1975 y por el derecho internacional general, la Corte no juzgó adecuadamente las violaciones de sus obligaciones de fondo cometidas por el Uruguay.

178. CIERTAS CUESTIONES REFERENTES A LAS RELACIONES DIPLOMÁTICAS (HONDURAS CONTRA BRASIL) [DESISTIMIENTO]

Providencia de 12 de mayo de 2010

En la causa relativa a *Ciertas cuestiones referentes a las relaciones diplomáticas (Honduras contra Brasil)*, el Presidente de la Corte Internacional de Justicia dictó una Providencia el 12 de mayo de 2010, por la que tomó nota oficialmente de la decisión de la República de Honduras de desistir del procedimiento y ordenó que la causa se suprimiera del Registro de la Corte.

*
* *

El texto de la Providencia del Presidente tiene el siguiente tenor: “El Presidente de la Corte Internacional de Justicia,

Teniendo en cuenta el artículo 48 del Estatuto de la Corte y el artículo 89, párrafo 1, del Reglamento de la Corte,

Teniendo en cuenta la demanda presentada en la Secretaría de la Corte el 28 de octubre de 2009, en virtud de la cual la República de Honduras presentó un recurso contra la República Federativa del Brasil con respecto a una ‘controversia entre [los dos Estados] relativa a ciertas cuestiones referentes a las relaciones diplomáticas y vinculadas con el principio de no intervención en asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, que se consagra en la Carta de las Naciones Unidas;’

Considerando que la demanda estaba firmada por el Sr. Julio Rendón Barnica, Embajador de Honduras ante el Reino de los Países Bajos, que había sido nombrado agente de la República de Honduras mediante carta de fecha 24 de octubre de 2009 remitida por el Sr. Carlos López Contreras, Ministro de Relaciones Exteriores del Gobierno dirigido por el Sr. Roberto Micheletti;

Considerando que ese mismo día se transmitió un ejemplar original de la demanda al Gobierno de la República Federativa del Brasil, y que se informó al Secretario General de las Naciones Unidas de la interposición de la demanda;

Considerando que, mediante carta de fecha 28 de octubre de 2009, que fue recibida en la Secretaría el 30 de octubre de 2009 como documento adjunto de una carta de 29 de octubre de 2009 remitida por el Sr. Jorge Arturo Reina, Representante Permanente de Honduras ante las Naciones Unidas, la Sra. Patricia Isabel Rodas Baca, Ministra de Relaciones Exteriores del Gobierno dirigido por el Sr. José Manuel Zelaya Rosales, informó a la Corte, entre otras cosas, de que ‘los Embajadores Julio Rendón Barnica, Car-

los López Contreras y Roberto Flores Bermúdez [habían sido] cesados en sus funciones de agentes y coagentes [de] la República de Honduras ante la Corte Internacional de Justicia, y no [debían] ser reconocidos como representantes legítimos’ de Honduras, y que ‘el Embajador Eduardo Enrique Reina [había sido] nombrado único representante legítimo del Gobierno de Honduras ante la Corte Internacional de Justicia’;

Considerando que, mediante carta de fecha 2 de noviembre de 2009 recibida ese mismo día en la Secretaría, el Sr. Julio Rendón Barnica informó a la Corte de que ‘el Gobierno de la República de Honduras ... [había] nombrado al Embajador Carlos López Contreras para que actuara como su agente’;

Considerando que el 3 de noviembre de 2009 se envió una copia de la comunicación y los anexos remitidos por el Representante Permanente de Honduras ante las Naciones Unidas a la República Federativa del Brasil, así como al Secretario General de las Naciones Unidas;

Considerando que la Corte decidió que, dadas las circunstancias, no se tomarían nuevas medidas en relación con la causa hasta nuevo aviso;

Considerando que, mediante carta de fecha 30 de abril de 2010, que fue recibida en la Secretaría el 3 de mayo de 2010 como documento adjunto de una carta de 3 de mayo de 2010 remitida por el Encargado de Negocios interino de la Embajada de Honduras en La Haya, el Sr. Mario Miguel Canahuati, Ministro de Relaciones Exteriores de Honduras, informó a la Corte de que el Gobierno hondureño ‘[renunciaba] a continuar el procedimiento incoado mediante la demanda interpuesta el 28 de octubre de 2009 contra la República Federativa del Brasil’ y que ‘en la medida en que fuera necesario, el Gobierno hondureño [retiraba] esa demanda de la Secretaría’;

Considerando que una copia de la carta del Sr. Mario Miguel Canahuati fue transmitida el 4 de mayo de 2010 al Gobierno de la República Federativa del Brasil;

Considerando que el Gobierno brasileño no ha efectuado ningún acto de procedimiento en relación con la causa,

Toma nota oficialmente de la decisión de la República de Honduras de desistir del procedimiento incoado mediante la demanda presentada el 28 de octubre de 2009; y

Ordena que la causa sea suprimida del Registro.”

179. CAUSA RELATIVA A LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES DEL ESTADO (ALEMANIA CONTRA ITALIA) [RECONVENCIÓN]

Providencia de 6 de julio de 2010

El 6 de julio de 2010, la Corte Internacional de Justicia aprobó su providencia relativa a la reconvencción presentada por Italia en la causa concerniente a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania contra Italia)*. La Corte declaró que la reconvencción presentada por Italia el 23 de diciembre de 2009 en su contramemoria era inadmisibles como tal y no formaba parte de los procedimientos actuales, y autorizó a Alemania a presentar una réplica y a Italia a presentar una dúplica. Fijó los días 14 de octubre de 2010 y 14 de enero de 2011 como plazos respectivos para la presentación de esos escritos y reservó la continuación del procedimiento para una decisión posterior.

La Corte estaba integrada como sigue: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Buergenthal, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Greenwood; Magistrado *ad hoc* Gaja; Secretario Couvreur.

*
* * *

El párrafo dispositivo (párr. 35) de la providencia dice como sigue:

“...
LA CORTE,

a) Por trece votos contra uno,

Declara que la reconvencción presentada por Italia en su contramemoria es inadmisibles y no forma parte del procedimiento actual;

A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Buergenthal, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Greenwood; Magistrado *ad hoc* Gaja;

EN CONTRA: MAGISTRADO Cançado Trindade;

b) Por unanimidad,

Autoriza a Alemania a presentar una réplica y a Italia a presentar una dúplica y fija los siguientes plazos para la presentación de esos escritos:

- Para la réplica de Alemania, 14 de octubre de 2010;
- Para la dúplica de Italia, 14 de enero de 2011; y

Reserva la continuación del procedimiento para una decisión posterior”.

*
* * *

Los Magistrados Keith y Greenwood adjuntaron una declaración conjunta a la providencia de la Corte; el Magis-

trado Cançado Trindade adjuntó una opinión disidente a la providencia de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Gaja adjuntó una declaración a la providencia de la Corte.

*
* *

En su providencia, la Corte se propone determinar si la reconvencción de Italia satisface los requisitos establecidos en el artículo 80 del Reglamento de la Corte. En virtud del párrafo 1 de ese artículo, “[l]a Corte sólo podrá admitir una demanda reconvenccional si entra dentro del ámbito de su competencia y tiene conexión directa con el objeto de la demanda de la otra parte”.

La Corte recuerda que Alemania, al tiempo que reservaba su posición sobre la cuestión de si se había satisfecho en este caso el requisito de la conexión directa, niega expresamente que la reconvencción satisfaga el requisito de la competencia.

Observa que Italia basa la competencia de la Corte respecto de su reconvencción en el artículo 1 del Convenio europeo sobre el arreglo pacífico de controversias (en adelante “el Convenio europeo” y que Alemania aduce que, en virtud del artículo 27 a) de ese Convenio, la Corte no tiene *ratione temporis* competencia sobre la reconvencción porque las disposiciones del Convenio “no se aplicarán a [...] las controversias relativas a hechos o situaciones anteriores a la entrada en vigor del presente Convenio para las partes en la controversia”, y que, según Alemania, este es el caso en esta oportunidad.

La Corte observa que su tarea consiste en consecuencia en determinar, a la luz de las disposiciones del artículo 27 a) del Convenio europeo, si la controversia que Italia desea plantear ante la Corte como reconvencción se refiere a hechos o situaciones anteriores al 18 de abril de 1961, cuando el Convenio entró en vigor entre Alemania e Italia.

Observa que, de conformidad con su jurisprudencia, los hechos y situaciones que debe tener en cuenta son aquellos “respecto de los cuales ha surgido la controversia o, en otras palabras, solamente aquellos que deben considerarse la fuente de la controversia, los que son su ‘causa real’ y no los que son la fuente de los derechos que se aducen”.

La Corte observa en primer lugar que la controversia que Italia pretende plantear ante la Corte en su reconvencción se refiere a la existencia y el alcance de la obligación de Alemania de indemnizar a determinadas víctimas italianas de violaciones graves del derecho humanitario cometidas por la Alemania nazi entre 1943 y 1945, y no a las violaciones en sí mismas. Según la Corte, si bien esas violaciones son la fuente de los presuntos derechos de Italia o sus ciudadanos, no son

la fuente o la “causa real” de la controversia. En consecuencia, esas violaciones no son los “hechos o situaciones a que se refiere la controversia en cuestión”.

La Corte pasa a continuación a considerar el Tratado de Paz formalizado el 10 de febrero de 1947 por las Potencias Aliadas con Italia y los dos acuerdos formalizados entre las partes el 2 de junio de 1961 relativos a la indemnización que debería pagar Alemania al Gobierno de Italia. Con respecto al Tratado de 1947, observa en particular que formaba parte de un régimen jurídico elaborado para solucionar varias reclamaciones sobre propiedades y otros asuntos resultantes de los sucesos de la Segunda Guerra Mundial y que incluía una disposición (artículo 77, párrafo 4) por la cual Italia aceptaba, con algunas excepciones, renunciar “en su propio nombre y en nombre de los nacionales italianos, a todas las reclamaciones contra Alemania y los nacionales alemanes pendientes al 8 de mayo de 1945”. Con respecto a los acuerdos de 1961, la Corte observa que preveían, para algunos nacionales italianos, formas de indemnización que iban más allá del régimen establecido con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, pero que no afectaban ni modificaban la situación jurídica de los nacionales italianos de que se trata en el presente caso.

La Corte añade que la legislación promulgada por Alemania entre 1953 y 2000, relativa a la indemnización debida a determinadas categorías de víctimas de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas por las fuerzas Tercer Reich, y el hecho de que, con arreglo a esa legislación, determinadas víctimas italianas no recibieron indemnización no constituyen “nuevas situaciones” con respecto a una obligación de Alemania, en virtud del derecho internacional, de otorgar indemnización a los nacionales italianos en cuestión en el presente caso y no daba lugar a una nueva controversia a este respecto.

La Corte declara a continuación que la controversia que Italia desea plantear ante la Corte en su reconvencción se refiere a hechos y situaciones existentes antes de la entrada en vigor entre las partes del Convenio europeo, es decir, del régimen jurídico establecido con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. En consecuencia, esa controversia está fuera del alcance temporal del Convenio; la reconvencción no está por lo tanto dentro de la competencia de la Corte conforme lo requerido por el artículo 80, párrafo 1, del Reglamento de la Corte. La Corte observa en consecuencia que no necesita ocuparse de la cuestión de si la reconvencción guarda relación directa con el objeto de las reclamaciones presentadas por Alemania.

Además, tomando nota de que continúan los procedimientos relacionados con las reclamaciones planteadas por Alemania, la Corte se remite a las opiniones expresadas por las partes en una reunión celebrada el 27 de enero de 2010 con el Presidente de la Corte con respecto a la presentación de una réplica por el demandante y una dúplica por el de-

mandado, y a los plazos que deberán fijarse para la presentación de esos escritos.

*
* * *

Declaración conjunta de los Magistrados Keith y Greenwood

En su declaración conjunta en apoyo de la providencia de la Corte, los Magistrados Keith y Greenwood abordan dos cuestiones que consideran que refuerzan el razonamiento de la Corte. Ambas guardan relación con el requisito, de conformidad con el artículo 27 a) del Convenio europeo sobre el arreglo pacífico de controversias, de que la fuente o la causa real de la controversia que Italia desea plantear en su reconvencción se base en hechos o situaciones posteriores al 18 de abril de 1961, fecha en que el Convenio entró en vigor entre Italia y Alemania. A ese respecto, Italia se refiere al Acuerdo de 1961, que entró en vigor en 1963, y a una ley de Alemania de 2000, junto con medidas posteriores de Alemania.

La primera cuestión que encaran los dos Magistrados es el hecho de que, en su contramemoria, Italia no demostró la existencia de una controversia internacional relativa a los acuerdos, a la ley de 2000 ni a las medidas posteriores de Alemania. Esto se refleja en el hecho de que no hay en la contramemoria ninguna correspondencia diplomática dirigida por Italia a Alemania en que se identifique esa controversia.

En segundo lugar, los Magistrados llegan a la conclusión de que, incluso si existiera esa controversia, su fuente o causa real se encuentra en hechos anteriores al 18 de abril de 1961. Toda controversia acerca del alcance y el efecto de los acuerdos de 1961 y las medidas de Alemania estaba vinculada en forma indisoluble con las disposiciones del Tratado de Paz de 1947 entre las Potencias aliadas e Italia.

En opinión de los Magistrados Keith y Greenwood, la propia Italia proporcionó una confirmación clara de que la controversia presentada en su reconvencción no estaba dentro de la competencia de la Corte porque su fuente o la causa real se encuentra en hechos o situaciones muy anteriores al 18 de abril de 1961. En los párrafos sustantivos primero y segundo del capítulo de la contramemoria en que se plantea la reconvencción, Italia declara que:

“Conforme lo permitido por el artículo 80 del Reglamento de la Corte, Italia presenta una reconvencción con respecto a la cuestión de la indemnización debida a las víctimas italianas de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas por las fuerzas del Reich alemán.

En el presente capítulo se plantea la reconvencción de Italia en esta causa. Italia pide a la Corte que declare que Alemania ha violado sus obligaciones de indemnización debida a las víctimas italianas de crímenes cometidos por la Alemania nazi durante la Segunda Guerra Mundial y que, en consecuencia, Alemania debe poner fin a su conducta ilícita.

ta y ofrecer una indemnización efectiva y apropiada a esas víctimas”.

Opinión disidente del Magistrado Cançado Trindade

1. El Magistrado Cançado Trindade, en su opinión disidente compuesta de 14 partes, empieza por recordar la emergencia y los fundamentos de las reconvenções en el procedimiento penal internacional, centrando la atención en la doctrina jurídica internacional en cuanto a sus requisitos previos, características y efectos (partes I a III). Recuerda también que en la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia una reconvenção tiene un doble carácter en relación con la reclamación original: es a la vez independiente de la reclamación original, como acto jurídico autónomo, pero está al mismo tiempo vinculada a ella. El objetivo principal de una reconvenção es así ampliar el objeto original de la controversia mediante la persecución de objetivos distintos de la simple desestimación de la reclamación original. Es así “distinguable de una defensa basada en el fondo” (parte IV).

2. En las cuatro causas anteriores relativas a reconvenções, los Estados demandantes no habían cuestionado la competencia de la Corte o la Corte había tenido oportunidad de establecer su propia competencia en una etapa incidental anterior a la presentación de las reconvenções, pero en la presente causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, Alemania ha cuestionado la competencia de la Corte respecto de la reconvenção de Italia. Estos antecedentes procesales muestran que la práctica de la Corte en relación con las reconvenções todavía está en proceso de elaboración.

3. En todo caso, la Corte, como mínimo, debería haber sustanciado debidamente el expediente de la causa mediante la celebración, antes de la decisión que ha adoptado, de vistas públicas con el fin de obtener más aclaraciones de las partes. En opinión del Magistrado Cançado Trindade (parte V), como requisito de la buena administración de justicia, debe aplicarse rigurosamente el mismo trato a la reclamación original y a la reconvenção. Ambas son autónomas y deben tratarse en pie de igualdad respetando estrictamente el *principio de contradicción*. Solo así se garantiza la *igualdad procesal* de las partes (demandante y demandado, convertidos en demandado y demandante por la reconvenção).

4. Tras examinar los complejos hechos de la presente causa (incluida la declaración conjunta de Italia y Alemania de 2008), el Magistrado Cançado Trindade examina los argumentos de las partes en la reconvenção, concentrándose en el alcance de la controversia, el fondo de controversia y el concepto de “situación continuada” (parte VI). Examina seguidamente el origen del concepto de “situación continuada” en la doctrina jurídica internacional (parte VII) y su configuración en los litigios internacionales y la jurisprudencia, en el derecho internacional público y las normas internacionales de derechos humanos (parte VIII), y pasa entonces a analizar la configuración de una “situación continuada” en

la conceptualización jurídica internacional al nivel normativo (parte IX).

5. Considera que en la providencia de la Corte se hace abstracción de la configuración del concepto de “situación continuada” en esos diferentes aspectos y solo se pone el énfasis en la *renuncia* a las reclamaciones (o indemnizaciones de guerra), una vez más sin tener en cuenta la incidencia del *jus cogens*, que priva determinadas renunciaciones de todo efecto jurídico; lamenta que sea así en este caso, teniendo en cuenta el alcance de la presente controversia ante la Corte (partes X y XI). A continuación, el Magistrado Cançado Trindade, en la parte XII de su opinión disidente, pasa a ocuparse de los verdaderos titulares de los derechos originalmente violados, las personas, y advierte en contra del peligro de que la Corte se manifieste de palabra de acuerdo con el voluntarismo del Estado.

6. Según su concepción, los derechos individuales (incluida su reivindicación de la indemnización por crímenes de guerra) no son lo mismo que los derechos de los Estados y toda renuncia por un Estado de los derechos inherentes a la persona humana sería contraria al *orden público* y carecería de todo efecto jurídico. Para sustanciar su tesis, examina los progresos en el derecho internacional convencional (derecho internacional humanitario, convenios internacionales de trabajo y normas internacionales de derechos humanos), así como en el derecho internacional en general, y pone de relieve la pertinencia del legado de la cláusula Martens. Según él, las “exigencias de la conciencia pública” invocadas en ella redundan en beneficio de toda la humanidad.

7. En la parte XIII de su opinión disidente, el Magistrado Cançado Trindade sostiene que el despertar gradual de la conciencia humana llevó a la evolución de la conceptualización, partiendo de los *delicta juris gentium*, hasta llegar a las violaciones del derecho internacional humanitario (en la forma de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad) —el legado de Nuremberg— y de estos últimos a las violaciones *graves* del derecho internacional humanitario (con los cuatro Convenios de Ginebra sobre el derecho internacional humanitario de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977). Los Estados no pueden renunciar a las reclamaciones de indemnización por violaciones de los derechos humanos fundamentales y de los quebrantamientos serios o graves del derecho internacional humanitario que equivalen a crímenes de guerra (como la deportación para realizar trabajos forzados).

8. Tras evaluar la incidencia del *jus cogens*, a la luz de las presentaciones de las partes, el Magistrado Cançado Trindade llega a la conclusión (parte XIV) de que ni los trágicos acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial ni la presunta renuncia a las indemnizaciones del artículo 77 4) del Tratado de Paz de 1947 entre las Potencias aliadas e Italia son cuestionados por las partes hasta el punto de constituir la causa real de la actual controversia (sobre la inmunidad del Estado en conexión directa con las reclamaciones de indemnización

por crímenes de guerra). Por otra parte, los dos acuerdos bilaterales de 1961 entre Alemania e Italia son la causa real de la controversia actual, y constituyen los desencadenantes de una *situación continuada* que persiste hasta la fecha. La Corte tiene así competencia *ratione temporis* sobre la base del artículo 27 a) del Convenio europeo sobre el arreglo pacífico de controversias de 1957 y debía por lo tanto haber declarado admisible la reconvencción, dado que tiene además una “conexión directa” con la reclamación original, de conformidad con el artículo 80 1) del Reglamento de la Corte.

9. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, la presente causa no se refiere a las inmunidades del Estado *in abstracto* o en forma aislada: se refiere a la inmunidad del Estado en *conexión directa* con las indemnizaciones por crímenes de guerra. Es así necesario ir mucho más allá de la perspectiva interestatal estricta para llegar a los titulares finales de los derechos, los seres humanos, confrontados con una renuncia a sus reclamaciones de indemnización por violaciones graves de sus derechos por Estados que deberían protegerlos y no oprimirlos. Toda renuncia de este tipo constituye una violación del *jus cogens*.

10. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, no es posible construir (y tratar de mantener) un ordenamiento jurídico internacional sobre la base del sufrimiento de los seres humanos. En el momento de la deportación masiva de civiles para realizar trabajos forzados (durante las dos gue-

rras mundiales del siglo XX, y no solo en la Segunda Guerra Mundial), todos sabían ya que se trataba de un acto *ilícito*, una violación grave de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, que llegó a reconocerse como equivalente a un crimen de guerra y un crimen de lesa humanidad. Observa por último que no es posible sostener una concepción basada en el positivismo voluntarista, ya que por encima de la voluntad está la conciencia, que impulsa hacia adelante la ley como su fuente real de derecho, y evita una injusticia evidente.

Declaración del Magistrado *ad hoc* Gaja

En su declaración, el Magistrado *ad hoc* Gaja dice que, al decidir sobre la admisibilidad de la reconvencción de Italia, la Corte aplica por primera vez el artículo 80 del Reglamento de la Corte en su forma enmendada con efecto a partir del 1 de febrero de 2001. A diferencia de la antigua disposición, el nuevo texto requiere que la Corte tome una decisión “después de haber oído a las partes” también con respecto a una objeción planteada por el Estado demandante en relación con la competencia de la Corte.

Declara que, en el caso actual, una vista oral habría probablemente ayudado a la Corte a identificar más precisamente la fecha en que surgió la controversia y los hechos y situaciones con los cuales guarda relación.

180. CONFORMIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE INDEPENDENCIA RELATIVA A KOSOVO

Opinión consultiva de 22 de julio de 2010

El 22 de julio de 2010, la Corte Internacional de Justicia emitió su opinión consultiva sobre la cuestión de la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo.

La composición de la Corte fue la siguiente: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Buergenthal, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood; Secretario Couvreur.

*

* *

El último párrafo (párr. 123) de la opinión consultiva dice lo siguiente:

“... ”

LA CORTE,

1) Por unanimidad,

Determina que tiene competencia para emitir la opinión consultiva solicitada;

2) Por nueve votos contra cinco,

Decide dar cumplimiento a la solicitud de opinión consultiva;

A FAVOR: Presidente Owada; Magistrados Al-Khasawneh, Buergenthal, Simma, Abraham, Sepúlveda-Amor, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood;

EN CONTRA: Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Keith, Bennouna, Skotnikov;

3) Por diez votos contra cuatro,

Opina que la declaración de independencia de Kosovo aprobada el 17 de febrero de 2008 no violó el derecho internacional.

A FAVOR: Presidente Owada; Magistrados Al-Khasawneh, Buergenthal, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood;

EN CONTRA: Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Bennouna, Skotnikov.

*

* *

El Vicepresidente Tomka adjunta una declaración a la opinión consultiva de la Corte; el Magistrado Koroma adjunta una opinión disidente a la opinión consultiva de la Corte; el Magistrado Simma adjunta una declaración a la opinión consultiva de la Corte; los Magistrados Keith y Sepúlveda-Amor adjuntan sendas opiniones separadas a la opinión consultiva de la Corte; los Magistrados Bennouna y Skotnikov adjuntan sendas opiniones disidentes a la opinión

consultiva de la Corte; los Magistrados Cañado Trindade y Yusuf adjuntan sendas opiniones separadas a la opinión consultiva de la Corte.

*

* *

Antecedentes del procedimiento (párrs. 1 a 16)

En primer lugar, la Corte recuerda que la cuestión sobre la que se ha solicitado la opinión consultiva se enuncia en la resolución 63/3 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante la Asamblea General) el 8 de octubre de 2008. Recuerda también que la cuestión dice lo siguiente: “¿Se ajusta al derecho internacional la declaración unilateral de independencia formulada por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo?”

Seguidamente, la Corte proporciona un breve resumen de los antecedentes del procedimiento.

Razonamiento de la Corte

La opinión consultiva se divide en cinco partes: I) Competencia y facultad discrecional; II) Alcance y significado de la cuestión; III) Antecedentes fácticos; IV) La cuestión de si la declaración unilateral de independencia de Kosovo se ajusta al derecho internacional; y V) Conclusión general.

I. *Competencia y facultad discrecional* (párrs. 17 a 48)

A. *Competencia* (párrs. 18 a 28)

En primer lugar, la Corte aborda la cuestión de si tiene competencia para emitir la opinión consultiva solicitada por la Asamblea General el 8 de octubre de 2008. La facultad de la Corte para emitir una opinión consultiva se basa en el párrafo 1 del artículo 65 de su Estatuto, que dispone que “podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma.”

La Corte señala que la Asamblea General está facultada para solicitar una opinión consultiva en virtud del Artículo 96 de la Carta, que dispone que “[l]a Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica”. Recuerda que el párrafo 1 del Artículo 12 de la Carta estipula que, “[m]ientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna esta Carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad”.

La Corte observa, sin embargo, como ya señaló en una ocasión anterior, que “la solicitud de opinión consultiva no es en sí misma una recomendación de la Asamblea General Ocon respecto a [una] controversia o situación0” (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, opinión consultiva, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 148, párr. 25). En consecuencia, la Corte señala que si bien el Artículo 12 puede limitar el alcance de las medidas que pueda aprobar la Asamblea General después de recibir la opinión de la Corte, no limita por sí mismo la autorización de solicitar una opinión consultiva que el párrafo 1 del Artículo 96 otorga a la Asamblea General.

La Corte observa que, en el presente caso, la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General es si la declaración de independencia a que se refiere “se ajusta al derecho internacional”. Una cuestión en que expresamente se pregunta a la Corte si una acción en particular es compatible o no con el derecho internacional ciertamente parece ser una cuestión jurídica. También observa que, en el presente caso, no se le ha pedido que emita una opinión sobre si la declaración de independencia se ajusta a alguna norma de derecho interno, sino solamente si se ajusta al derecho internacional. La Corte puede responder a esa cuestión haciendo referencia al derecho internacional, sin necesidad de investigar ningún sistema de derecho interno.

La Corte recuerda que ha manifestado repetidamente que el hecho de que una cuestión tenga aspectos políticos no basta para privarla de su naturaleza de cuestión jurídica (*Petición de revisión del fallo núm. 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1973*, pág. 172, párr. 14). La Corte añade que, cualesquiera sean sus aspectos políticos, no puede negarse a responder a los elementos jurídicos de una cuestión que la invita a ejercer una función esencialmente judicial, es decir, la evaluación de un acto por referencia al derecho internacional. La Corte también ha dejado en claro que, al determinar la cuestión —relacionada con la competencia— de si tiene ante sí una cuestión jurídica, no le preocupa la naturaleza política de los motivos que puedan haber inspirado la solicitud ni las consecuencias políticas que pudiera tener su opinión (*Condiciones de admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas (Artículo 4 de la Carta), opinión consultiva, 1948, I.C.J. Reports 1947-1948*, pág. 61, y *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 234, párr. 13).

Teniendo en cuenta lo que antecede, “la Corte considera que es competente para emitir una opinión consultiva en respuesta a la solicitud hecha por la Asamblea General”.

B. *Facultad discrecional* (párrs. 29 a 48)

Acto seguido la Corte señala que “el hecho de que la Corte sea competente no quiere decir que esté obligada a ejercer su competencia”;

“La Corte ha recordado muchas veces en el pasado que el párrafo 1 del Artículo 65 de su Estatuto, que establece que ‘La Corte *podrá* emitir opiniones consultivas...’ (sin cursiva en el original), debería interpretarse en el sentido de que la Corte tiene la facultad discrecional para negarse a emitir una opinión consultiva aun cuando se hayan reunido los requisitos necesarios para que tenga competencia.” (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, opinión consultiva de 9 de julio de 2004, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 156, párr. 44).

La Corte observa que la facultad discrecional de responder o no a una solicitud de opinión consultiva existe “para proteger la integridad de la función judicial de la Corte y su naturaleza como principal órgano judicial de las Naciones Unidas”.

Llegada a este punto, la Corte examina cuidadosamente si, a la luz de su jurisprudencia anterior, existen razones imperiosas para negarse a responder a la solicitud de la Asamblea General. Señala que la competencia consultiva no es un recurso judicial puesto a disposición de los Estados, sino el medio por el cual la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, así como otros órganos de las Naciones Unidas y otros organismos específicamente facultados para ello por la Asamblea General, con arreglo al párrafo 2 del Artículo 96 de la Carta, pueden solicitar la opinión de la Corte para asistirlos en sus actividades. La opinión de la Corte no se da a los Estados sino al órgano que la solicitó. La Corte considera que, “precisamente por esa razón, los motivos de los Estados patrocinadores de una resolución por la que se solicita una opinión consultiva, o de los que votan en favor de ella, no son pertinentes para que la Corte ejerza su facultad discrecional de responder o no”.

La Corte recuerda que ha sostenido de manera sistemática que corresponde al órgano que solicita la opinión, y no a la Corte, determinar si necesita la opinión para el adecuado desempeño de sus funciones. En su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, la Corte rechazó el argumento de que debía negarse a responder a la solicitud de la Asamblea General con fundamento en que ésta no había explicado a la Corte los fines para los cuales solicitaba una opinión, manifestando que

“No cabe a la Corte decidir si la Asamblea necesita la opinión consultiva para el desempeño de sus funciones. La Asamblea tiene derecho a decidir por sí misma, a la luz de sus propias necesidades, sobre la utilidad de una opinión.” (*I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 237, párr. 16)

Del mismo modo, en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, la Corte observó que “la Corte no puede pretender que su evaluación de la utilidad de la opinión solicitada sustituya la del órgano que la solicita, es decir, la Asamblea General” (*I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 163, párr. 62).

La Corte considera que tampoco debe negarse a responder a la solicitud de la Asamblea General con fundamento en las sugerencias de que quizás su opinión dé lugar a consecuencias políticas negativas. De la misma manera en que la Corte no puede sustituir con su propia evaluación la del órgano solicitante respecto de si su opinión será útil para ese órgano, no puede —en particular cuando no hay fundamento para hacer ese tipo de evaluación— imponer su propia evaluación respecto de si la opinión consultiva probablemente tendrá un efecto negativo.

Una cuestión importante que la Corte debe examinar es si, habida cuenta de las funciones respectivas que desempeñan el Consejo de Seguridad y la Asamblea General en relación con la situación en Kosovo, la Corte, en su condición de principal órgano judicial de las Naciones Unidas, debe abstenerse de responder a la cuestión planteada con fundamento en que la solicitud de opinión de la Corte fue hecha por la Asamblea General y no por el Consejo de Seguridad.

La Corte observa que la situación en Kosovo ha sido objeto de medidas del Consejo de Seguridad, en ejercicio de su responsabilidad en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, por más de 10 años antes de la presente solicitud de opinión consultiva.

Señala que la Asamblea General también aprobó resoluciones relativas a la situación en Kosovo. Antes de la aprobación por el Consejo de Seguridad de la resolución 1244 (1999), la Asamblea General aprobó cinco resoluciones sobre la situación de los derechos humanos en Kosovo. Después de la resolución 1244 (1999), la Asamblea General aprobó una nueva resolución sobre la situación de los derechos humanos en Kosovo.

La Corte estima que, si bien la solicitud que se le hizo se refiere a uno de los aspectos de una situación que el Consejo de Seguridad ha calificado de amenaza a la paz y seguridad internacionales y que por tal razón sigue estando incluida en el orden del día del Consejo, ello no significa que la Asamblea General no tenga un interés legítimo en la cuestión. Los Artículos 10 y 11 de la Carta otorgan a la Asamblea General una facultad muy amplia de debatir cuestiones en el ámbito de las actividades de las Naciones Unidas, incluidas cuestiones relativas a la paz y seguridad internacionales. Esa facultad no está limitada por la responsabilidad en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales otorgada al Consejo de Seguridad por el párrafo 1 del Artículo 24. Como la Corte dejó en claro en el párrafo 26 de su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, “el Artículo 24 se refiere a una competencia primordial pero no necesariamente exclusiva”. El hecho de que el Consejo de Seguridad se esté ocupando de la situación en Kosovo y que haya ejercido las facultades que le asigna el Capítulo VII respecto de esa situación no impide que la Asamblea General debata todos los aspectos de la cuestión, incluida la declaración de independencia. El límite que la Carta pone a la Asamblea General para proteger

la función del Consejo de Seguridad figura en el Artículo 12, que restringe la facultad de la Asamblea General de formular recomendaciones después del debate, pero no la de celebrar ese debate.

La Corte observa además que el Artículo 12 no prohíbe a la Asamblea General adoptar medidas respecto de amenazas a la paz y seguridad internacionales de las que se esté ocupando el Consejo de Seguridad. La Corte consideró esa cuestión con algún detalle en los párrafos 26 y 27 de su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, en donde señaló que con el transcurso del tiempo se ha observado un aumento en la tendencia de que la Asamblea General y el Consejo de Seguridad aborden en paralelo una misma cuestión relativa al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

En el presente caso, la Corte ya ha sostenido que el Artículo 12 de la Carta no la priva de la competencia conferida por el párrafo 1 del Artículo 96. La Corte considera que el hecho de que una cuestión entre dentro de la responsabilidad primordial que incumbe al Consejo de Seguridad respecto de situaciones que puedan afectar el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y que el Consejo haya ejercido sus facultades en tal sentido no impide a la Asamblea General debatir esa situación ni, dentro de los límites establecidos por el Artículo 12, formular recomendaciones al respecto.

La Corte recuerda que el propósito de la competencia consultiva es permitir que los órganos de las Naciones Unidas y otros organismos autorizados obtengan opiniones de la Corte que les presten asistencia en el desempeño futuro de sus funciones. La Corte no puede determinar qué medidas quizás desee adoptar la Asamblea General después de recibir la opinión de la Corte o qué efecto podría tener la opinión en relación con esas medidas. Como ha quedado demostrado, la Asamblea General está facultada para debatir la declaración de independencia y, dentro de los límites considerados *supra*, formular recomendaciones respecto de ese u otros aspectos de la situación en Kosovo sin inmiscuirse en las facultades del Consejo de Seguridad. En consecuencia, el hecho de que hasta el momento la declaración de independencia se haya debatido únicamente en el Consejo de Seguridad y que el Consejo haya sido el órgano que ha adoptado medidas respecto de la situación en Kosovo no constituye una razón imperiosa para que la Corte se abstenga de responder a la solicitud hecha por la Asamblea General.

La Corte también señala que en el pasado la Asamblea General ha adoptado medidas respecto de la situación en Kosovo. Entre 1995 y 1999, la Asamblea General aprobó seis resoluciones relativas a la situación de los derechos humanos en Kosovo. A partir de 1999 todos los años la Asamblea General ha aprobado, con arreglo al párrafo 1 del Artículo 17 de la Carta, el presupuesto de la UNMIK. En consecuencia, la Corte observa que, respecto de la situación en Kosovo, la

Asamblea General ha desempeñado funciones que le son propias.

La Corte señala que el hecho de que tenga necesariamente que interpretar y aplicar las disposiciones de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad en el curso de su respuesta a la cuestión planteada por la Asamblea General no constituye una razón imperiosa para no responder a esa cuestión. Si bien la interpretación y aplicación de una decisión de uno de los órganos políticos de las Naciones Unidas es, en primer lugar, responsabilidad del órgano que adoptó la decisión, a la Corte, en su condición de principal órgano judicial de las Naciones Unidas, también se le ha solicitado frecuentemente que considere la interpretación y los efectos jurídicos de ese tipo de decisiones. En consecuencia, la Corte estima que no resulta en absoluto incompatible con la integridad de su función judicial que se dedique a esa tarea. A su juicio, en realidad, la cuestión es si debe abstenerse de responder a la solicitud de la Asamblea General a menos que se lo pida el Consejo de Seguridad, siendo este último, como la Corte recuerda, tanto el órgano que aprobó la resolución 1244 como el que es responsable, en primer lugar, de interpretarla y aplicarla. La Corte observa que “[c]uando, como en el presente caso, la Asamblea General tiene un interés legítimo en la respuesta en cuestión, el hecho de que la respuesta puede referirse en parte a una decisión del Consejo de Seguridad no es suficiente para justificar que la Corte se abstenga de dar su opinión a la Asamblea General”. De lo que antecede, la Corte concluye que “no hay razones imperiosas para abstenerse de ejercer su competencia respecto de la ... solicitud” que tiene ante sí.

II. Alcance y significado de la cuestión (párrs. 49 a 56)

En esta parte de su opinión consultiva, la Corte examina el alcance y significado de la cuestión sobre la cual la Asamblea General ha solicitado que emita su opinión. La Corte recuerda que en algunos casos anteriores “se apartó de la redacción de la cuestión planteada cuando ésta no se había formulado de manera adecuada” (véase, por ejemplo, *Interpretación del acuerdo greco-turco de 1 de diciembre de 1926 (Protocolo Final, artículo IV), opinión consultiva, 1928, P.C.I.J., Series B, No. 16*) o cuando determinó, con fundamento en su examen de los antecedentes de la solicitud, que ésta no reflejaba las “cuestiones jurídicas realmente procedentes” (*Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1980, pág. 89, párr. 35*). Igualmente, cuando la cuestión formulada era poco clara o vaga, la Corte la aclaró antes de emitir su opinión (*Petición de revisión del fallo No. 273 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1982, pág. 348, párr. 46*).

La Corte observa que la cuestión planteada por la Asamblea General está claramente formulada. Se trata de una cuestión acotada y específica; se solicita la opinión de la Corte sobre si la declaración de independencia se ajusta o no al

derecho internacional. Señala que no se pregunta sobre las consecuencias jurídicas de esa declaración. En particular, no se pregunta si Kosovo ha alcanzado la condición de Estado. Tampoco se pregunta sobre la validez o los efectos jurídicos del reconocimiento de Kosovo por los Estados que lo han reconocido como Estado independiente. En consecuencia, la Corte considera que no hay motivos para reformular el alcance de la cuestión.

Sin embargo, considera que hay dos aspectos de la cuestión que merecen una observación. En primer lugar, la cuestión se refiere a “la declaración unilateral de independencia formulada por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo” (resolución 63/3 de la Asamblea General, de 8 de octubre de 2008, único párrafo dispositivo; sin cursiva en el original). Además, en el tercer párrafo del preámbulo de la resolución de la Asamblea General, se recuerda que “el 17 de febrero de 2008 las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo declararon su independencia de Serbia”. El hecho de que hayan sido las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo las que promulgaron la declaración de independencia fue impugnado por varios participantes en el presente procedimiento. La identidad de los autores de la declaración de independencia, como se demuestra *infra*, es un aspecto que puede afectar la respuesta a la cuestión de si la declaración se ajusta o no al derecho internacional. Sería incompatible con el ejercicio adecuado de la función judicial que la Corte considerara que ese aspecto ya ha sido determinado por la Asamblea General.

Tampoco considera la Corte que la Asamblea General pretendiera restringir la libertad de la Corte de determinar ese aspecto por sí misma. La Corte observa que el tema del programa en virtud del cual se debatió la resolución 63/3 no hacía referencia a la identidad de los autores de declaración y se tituló simplemente “Solicitud de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia respecto de si la declaración unilateral de independencia *de Kosovo* se ajusta al derecho internacional” (resolución 63/3 de la Asamblea General, de 8 de octubre 2008; sin cursiva en el original). La redacción de ese tema del programa fue propuesta por la República de Serbia, único patrocinador de la resolución 63/3, cuando pidió su inclusión como tema complementario del programa del sexagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General. El elemento común en el tema del programa y el título mismo de la resolución es si la declaración de independencia se ajusta al derecho internacional. Además, en los debates sobre el proyecto de resolución no se examinó la identidad de los autores de la declaración ni la diferencia de redacción entre el título de la resolución y la cuestión que se planteó a la Corte (A/63/PV.22).

Como la Corte manifestó en un contexto diferente:

“No se debe presumir que la Asamblea General ... ha tratado de restringir u obstaculizar a la Corte en el ejercicio de sus funciones judiciales; la Corte debe tener plena libertad para examinar todos los datos disponibles de que

disponga para formarse una opinión sobre la cuestión sobre la que se le pide una opinión consultiva.” (*Ciertos gastos de las Naciones Unidas (párrafo 2 del Artículo 17 de la Carta), opinión consultiva, I.C.J. Reports 1962*, pág. 157.)

La Corte estima que esa consideración es aplicable al presente caso. Al evaluar si la declaración de independencia se ajusta o no al derecho internacional, la Corte debe tener libertad para examinar todos los antecedentes y decidir por sí misma si esa declaración fue promulgada por las instituciones de gobierno autónomo o por alguna otra entidad.

Seguidamente, la Corte señala, en el párrafo 56 de la opinión, que la Asamblea General ha preguntado si la declaración de independencia “se ajusta” al derecho internacional y la respuesta a esa cuestión gira en torno a si el derecho internacional aplicable prohíbe la declaración de independencia. Si la Corte concluye que así lo hace, debe responder a la cuestión planteada diciendo que la declaración de independencia no se ajusta al derecho internacional. De ello se desprende que la tarea que se ha pedido a la Corte es determinar si la declaración de independencia se aprobó o no en infracción del derecho internacional. La cuestión planteada a la Corte no la obliga a adoptar una posición sobre si el derecho internacional otorgaba a Kosovo un derecho positivo de declarar unilateralmente su independencia o, *a fortiori*, sobre si el derecho internacional otorga en general un derecho a entidades situadas dentro de un Estado a separarse unilateralmente de éste. De hecho, es enteramente posible que un acto en particular, como una declaración unilateral de independencia, no infrinja el derecho internacional sin que necesariamente constituya el ejercicio de un derecho que éste le confiere. Se ha pedido a la Corte una opinión sobre el primer punto, no el segundo”.

III. *Antecedentes fácticos* (párrs. 57 a 77)

La Corte prosigue en su razonamiento indicando que “[l]a declaración de independencia de [Kosovo aprobada el] 17 de febrero de 2008 debe examinarse en el contexto fáctico que desembocó en su aprobación”. Describe brevemente las características pertinentes del marco establecido por el Consejo de Seguridad para asegurar la administración provisional de Kosovo, es decir, la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y los reglamentos promulgados con arreglo a ésta por la Misión de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK). Luego la Corte hace una breve descripción de los acontecimientos relacionados con el llamado “proceso relativo al estatuto definitivo” en los años que precedieron a la aprobación de la declaración de independencia, antes de pasar a los acontecimientos del 17 de febrero del 2008.

IV. *Conformidad de la declaración de independencia con el derecho internacional* (párrs. 78 a 121)

En esta parte de su opinión consultiva la Corte examina el fondo de la solicitud presentada por la Asamblea General.

Recuerda que se le ha pedido que evalúe la conformidad de la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 con el “derecho internacional”.

A. *Derecho internacional general* (párrs. 79 a 84)

La Corte señala en primer lugar que en los siglos XVIII y XIX y a comienzos del siglo XX se realizaron muchas declaraciones de independencia que, con frecuencia, suscitaron la enérgica oposición del Estado respecto del cual se declaraba la independencia. Esas declaraciones a veces dieron lugar a la creación de un nuevo Estado, y otras no. Sin embargo, en conjunto la práctica de los Estados no sugiere en ningún caso que el hecho de promulgar la declaración se considerara contrario al derecho internacional. Por el contrario, de la práctica de los Estados en ese período se desprende claramente que el derecho internacional no prohibía las declaraciones de independencia. En la segunda mitad del siglo XX, el derecho internacional en materia de libre determinación evolucionó hasta dar lugar a un derecho a la independencia de los pueblos de los territorios no autónomos y de los pueblos sometidos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras. Han surgido muchos Estados nuevos a raíz del ejercicio de este derecho. Sin embargo, también ha habido casos de declaraciones de independencia fuera de este contexto. La práctica de los Estados en estos últimos casos no revela la aparición en el derecho internacional de una nueva norma que prohíba la adopción de una declaración de independencia en tales casos.

La Corte recuerda que el principio de integridad territorial “es un elemento importante del ordenamiento jurídico internacional y está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, en particular en el párrafo 4 del Artículo 2, a tenor del cual:

“Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”.

En la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, titulada “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, que refleja el derecho internacional consuetudinario (*Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua contra Estados Unidos de América)*) (*Fondo*), fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 101 a 103, párrs. 191 a 193), la Asamblea General reiteró “[e]l principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado”. Esa resolución enumeraba a continuación distintas obligaciones de los Estados de no violar

la integridad territorial de otros Estados soberanos. En ese mismo sentido, el Acta Final de la Conferencia de Helsinki sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, de 1 de agosto de 1975 (la Conferencia de Helsinki), estableció que “los Estados participantes respetarán la integridad territorial de cada uno de los Estados participantes” (Art. IV). Así pues, la Corte señala que “el alcance del principio de integridad territorial se circunscribe al ámbito de las relaciones entre Estados”.

La Corte observa, no obstante, que si bien el Consejo de Seguridad ha condenado determinadas declaraciones de independencia, en todos esos casos el Consejo de Seguridad se pronunció sobre la situación concreta que existía en el momento en que se realizaron las declaraciones de independencia, y señala que “la ilegalidad de tales declaraciones no se derivaba, por tanto, de su carácter unilateral, sino del hecho de que iban o habrían ido acompañadas de un uso ilícito de la fuerza o de otras infracciones graves de las normas del derecho internacional general, en particular las de carácter imperativo (*jus cogens*)”. La Corte señala que “[e]n el contexto de Kosovo, el Consejo de Seguridad nunca ha adoptado esa posición”. Para la Corte, el carácter excepcional de las resoluciones antes mencionadas parece confirmar que no cabe inferir ninguna prohibición general de las declaraciones unilaterales de independencia de la práctica del Consejo de Seguridad.

La Corte considera que en el presente caso no es necesario pronunciarse sobre la cuestión de si, fuera del contexto de los territorios no autónomos y de los pueblos sometidos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras, el derecho internacional en materia de libre determinación confiere a una parte de la población de un Estado existente un derecho a separarse de ese Estado, o si el derecho internacional contempla un derecho a la “secesión como remedio” y, en tal caso, en qué circunstancias. Recuerda que la Asamblea General únicamente ha solicitado la opinión de la Corte sobre la conformidad o no de la declaración de independencia con el derecho internacional. La Corte señala que el debate sobre el alcance del derecho a la libre determinación y la existencia de un eventual derecho a la “secesión como remedio” se refiere en cambio al derecho a separarse de un Estado. Esa cuestión excede el marco de la cuestión planteada por la Asamblea General. Para responder a esta última, la Corte solo necesita determinar si la declaración de independencia vulneró el derecho internacional general o la *lex specialis* creada por la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad.

Por los motivos ya expuestos, la Corte considera que el derecho internacional general no contiene ninguna prohibición de las declaraciones de independencia aplicable y llega por tanto a la conclusión de que la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no vulneró el derecho internacional general.

B. *La resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y el Marco Constitucional de la UNMIK creado al amparo de ella* (párrs. 85 a 121)

Acto seguido la Corte examina la pertinencia jurídica de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, aprobada el 10 de junio de 1999, y señala que el marco jurídico de la Carta de las Naciones Unidas, en particular sobre la base de sus Artículos 24 y 25 y de su Capítulo VII, el Consejo de Seguridad puede aprobar resoluciones por las que se impongan obligaciones de derecho internacional. Recuerda que la resolución 1244 (1999) fue expresamente aprobada por el Consejo de Seguridad sobre la base del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y, por tanto, impone claramente obligaciones jurídicas internacionales.

La Corte observa que los reglamentos de la UNMIK, incluido el reglamento 2001/9, por el que se promulgó el Marco Constitucional, son aprobados por el Representante Especial del Secretario General en virtud de la autoridad que le confiere la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y por tanto, en última instancia, la Carta de las Naciones Unidas. Añade que fuerza obligatoria del Marco Constitucional “se deriva del carácter vinculante de la resolución 1244 (1999) y, por tanto, del derecho internacional” y que, en ese sentido, reviste, por tanto, carácter jurídico internacional”.

La Corte observa también que el Marco Constitucional forma parte al mismo tiempo de un ordenamiento jurídico específico creado con arreglo a la resolución 1244 (1999) que es aplicable solo en Kosovo y cuyo objetivo es regular, durante la fase provisional establecida en esa resolución, cuestiones que habitualmente serían objeto del derecho interno y no del derecho internacional. El reglamento 2001/9 comienza señalando que el Marco Constitucional se promulgó “con el fin de desarrollar un gobierno autónomo sustancial hasta que se llegue a una solución definitiva, y de establecer instituciones provisionales de gobierno autónomo en las ramas legislativa, ejecutiva y judicial por medio de la participación del pueblo de Kosovo en elecciones libres y limpias”.

Así pues, el Marco Constitucional pasó a formar parte del conjunto de normas aprobadas para la administración de Kosovo durante la fase provisional. Las instituciones creadas por el Marco Constitucional estaban facultadas por este para adoptar decisiones con efectos dentro de ese conjunto de normas. En particular, la Asamblea de Kosovo estaba facultada para aprobar normas con fuerza de ley dentro de ese ordenamiento jurídico, con sujeción a la autoridad preponderante del Representante Especial del Secretario General.

La Corte observa que tanto la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad como el Marco Constitucional otorgan al Representante Especial del Secretario General considerables facultades de supervisión en relación con las instituciones provisionales de autogobierno.

La Corte observa que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y el Marco Constitucional seguían estan-

do en vigor y siendo aplicables el 17 de febrero de 2008. El párrafo 19 de la resolución 1244 (1999) prevé expresamente que “las presencias internacionales civil y de seguridad se establezcan por un período inicial de 12 meses, y se mantengan después hasta que el Consejo de Seguridad decida otra cosa”. El Consejo de Seguridad no adoptó ninguna decisión que modificara esa resolución en la sesión que celebró el 18 de febrero de 2008, cuando se debatió por primera vez sobre la declaración de independencia, ni en ninguna sesión posterior. Ni la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad ni el Marco Constitucional contienen cláusulas que prevean su terminación ni han sido derogados; por tanto, constituían el derecho internacional aplicable a la situación imperante en Kosovo el 17 de febrero de 2008. Por otro lado, la Corte observa que el Representante Especial del Secretario General sigue ejerciendo sus funciones en Kosovo y además que el Secretario General ha seguido presentando informes periódicos al Consejo de Seguridad según lo establecido en el párrafo 20 de la resolución 1244 (1999).

De lo que antecede, la Corte concluye que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y el Marco Constitucional forman parte del derecho internacional que se debe examinar para responder a la cuestión planteada por la Asamblea General en su solicitud de opinión consultiva.

1. Interpretación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad (párrs. 94 a 100)

Antes de continuar con su examen, la Corte recuerda diversos factores pertinentes para la interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad. Observa que si bien cabe recurrir a las normas sobre interpretación de los tratados que figuran en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las diferencias que existen entre las resoluciones del Consejo de Seguridad y los tratados obligan a que también se tengan en cuenta otros factores en la interpretación de esas resoluciones. La Corte señala que las resoluciones del Consejo de Seguridad son aprobadas por un órgano colegiado único y se redactan siguiendo un proceso muy distinto del que se emplea para la celebración de un tratado; son el resultado del proceso de votación previsto en el Artículo 27 de la Carta, y su texto final representa la opinión del Consejo de Seguridad como órgano. Además, las resoluciones del Consejo de Seguridad pueden ser vinculantes para todos los Estados Miembros (*Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1971, pág. 54, párr. 116), con independencia de que hayan participado o no en su formulación. La interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad puede requerir que la Corte analice las declaraciones formuladas por los representantes de los miembros del Consejo en el momento de su aprobación y otras resoluciones del Consejo de Seguridad sobre la misma

cuestión, así como la práctica ulterior de los órganos pertinentes de las Naciones Unidas y de los Estados afectados por esas resoluciones.

La Corte observa, en primer lugar, que la resolución 1244 (1999) debe interpretarse a la luz de los principios generales establecidos en sus anexos 1 y 2, ya que, en la propia resolución, el Consejo de Seguridad: “1. *Decid[ió]* que la solución política de la crisis de Kosovo se bas[ara] en los principios generales que figuran en el anexo 1 y se refin[ara] más adelante con arreglo a los principios y demás elementos necesarios enunciados en el anexo 2”. Esos principios generales trataban de resolver la crisis de Kosovo poniendo fin primero a la violencia y la represión en Kosovo y estableciendo luego una administración provisional. También se contemplaba una solución a más largo plazo, ya que la resolución 1244(1999) debía poner en marcha

“[u]n proceso político encaminado al establecimiento de un acuerdo sobre un marco político provisional que prevea un gobierno autónomo sustancial para Kosovo, teniendo plenamente en cuenta los acuerdos de Rambouillet y los principios de soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia y los demás países de la región, y la desmilitarización del Ejército de Liberación de Kosovo” (resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, de 10 de junio de 1999, anexo 1, sexto principio; *Ibid.*, anexo 2, párr. 8).

Además, cabe recordar que en el décimo párrafo del preámbulo de la resolución 1244 (1999) también se hacía referencia a la soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia.

Habiendo esbozado ya las principales características de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, la Corte observa que tres de ellas son pertinentes para determinar el objeto y fin de la resolución.

En primer lugar, la resolución 1244 (1999) establece una presencia internacional civil y de seguridad en Kosovo con plena autoridad civil y política y responsable en exclusiva de la gobernanza de Kosovo. El 12 de junio de 1999 el Secretario General presentó al Consejo de Seguridad su concepto operacional preliminar para la organización general de la presencia civil bajo la UNMIK. El 25 de julio de 1999, el Representante Especial del Secretario General promulgó el reglamento 1999/1 de la UNMIK, que debía haber entrado en vigor el 10 de junio de 1999, fecha de aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad. En virtud de ese reglamento se otorgaba a la UNMIK “toda la autoridad legislativa y ejecutiva respecto de Kosovo, incluida la administración del poder judicial”, que sería ejercida por el Representante Especial. Así pues, la resolución 1244 (1999) y el reglamento 1999/1 de la UNMIK, interpretados de manera conjunta, tuvieron por efecto reemplazar el ordenamiento jurídico en vigor en ese momento en el territorio de Kosovo y establecer una administración internacional del territorio. Por ese motivo, el despliegue de presencias civil y de segu-

ridad en Kosovo sobre la base de la resolución 1244 (1999) debe entenderse como una medida excepcional sobre aspectos civiles, políticos y de seguridad y destinada a responder a la crisis que existía en ese territorio en 1999.

En segundo lugar, la solución recogida en la resolución 1244 (1999), a saber, el establecimiento de una administración internacional provisional del territorio, tenía objetivos humanitarios: servir de medio para estabilizar Kosovo y restablecer un orden público básico en una zona en crisis. Así se desprende del propio texto de la resolución, que, en el segundo párrafo de su preámbulo, hace referencia a la resolución 1239 (1999) del Consejo de Seguridad, aprobada el 14 de mayo de 1999, en la que este órgano había expresado “su extremada preocupación por la catástrofe humanitaria que sufren Kosovo ... y las zonas adyacentes”. Las prioridades indicadas en el párrafo 11 de la resolución 1244 (1999) se desarrollaron con más detalle en los denominados “cuatro pilares” de la gobernanza de Kosovo descritos en el informe del Secretario General de 12 de junio de 1999. Al hacer hincapié en estos “cuatro pilares”, a saber, la administración civil provisional, los asuntos humanitarios, el fomento institucional y la reconstrucción, y al asignar las responsabilidades de estos componentes básicos a distintas organizaciones y organismos internacionales, la resolución 1244 (1999) tenía claramente por objeto lograr la estabilización y reconstrucción. El objetivo de la administración provisional de Kosovo era suspender temporalmente el ejercicio de la autoridad de Serbia derivada de la soberanía que seguía teniendo sobre el territorio de Kosovo. La finalidad del régimen jurídico establecido en la resolución 1244 (1999) era establecer, organizar y supervisar el desarrollo de instituciones locales de autogobierno en Kosovo bajo los auspicios de la presencia internacional provisional.

En tercer lugar, la resolución 1244 (1999) establece claramente un régimen provisional y no puede interpretarse en el sentido de que establece un marco institucional permanente en el territorio de Kosovo. Esa resolución simplemente obligaba a la UNMIK a facilitar la solución negociada deseada para el estatuto futuro de Kosovo, sin prejuzgar el resultado del proceso de negociación.

La Corte concluye, por tanto, que el objeto y fin de la resolución 1244 (1999) era establecer un régimen jurídico temporal de carácter excepcional, que sustituyó al ordenamiento jurídico serbio, salvo en los casos en que lo conservó expresamente, cuyo objetivo era estabilizar Kosovo y que debía aplicarse con carácter provisional.

2. *Conformidad de la declaración de independencia con la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y con las medidas adoptadas al amparo de esta* (párrs. 101 a 121)

A continuación la Corte pasa a examinar si la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, o las medidas adopta-

das al amparo de ella, contiene una prohibición específica de emitir una declaración de independencia aplicable a quienes aprobaron la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008. A fin de responder a esta cuestión, es necesario que la Corte determine primero de manera precisa quién emitió la declaración.

a) *Identidad de los autores de la declaración de independencia* (párrs. 102 a 109)

La Corte pasa a examinar si la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 fue un acto de la “Asamblea de Kosovo”, institución provisional de autogobierno establecida en virtud del capítulo 9 del Marco Constitucional, o si quienes aprobaron la declaración actuaron en distinta calidad. Observa que, en la apertura de la sesión de 17 de febrero de 2008 en que se aprobó la declaración de independencia, el Presidente de la Asamblea y el Primer Ministro de Kosovo hicieron referencia a la Asamblea de Kosovo y al Marco Constitucional. La Corte considera, no obstante, que la declaración de independencia debe considerarse en un contexto más amplio, teniendo en cuenta los acontecimientos que precedieron a su aprobación, en particular los relacionados con el denominado “proceso relativo al estatuto definitivo”. El objetivo principal de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad era establecer un marco provisional de autogobierno para Kosovo. Si bien al aprobarse la resolución se pensaba que el estatuto definitivo de Kosovo se derivaría del marco establecido por esta y se elaboraría dentro de él, la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad no fijó los límites específicos del proceso relativo al estatuto definitivo, y menos aún su resultado. Así, el párrafo 11 de la resolución, en especial sus apartados d), e) y f), solo se ocupa de las cuestiones relativas al estatuto definitivo en la medida en que incluye entre las responsabilidades de la UNMIK “facilitar un proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo, teniendo en cuenta los acuerdos de Rambouillet”, y, “en una etapa final, supervisar el traspaso de autoridad de las instituciones provisionales de Kosovo a las instituciones que se establezcan conforme a una solución política”.

La declaración de independencia refleja la conciencia de sus autores del fracaso de las negociaciones sobre el estatuto definitivo y del momento crítico que se había alcanzado para el futuro de Kosovo. El preámbulo de la declaración hace referencia a los “años de negociaciones entre Belgrado y Pristina patrocinadas por la comunidad internacional en relación con la cuestión de nuestro futuro estatuto político” y sitúa expresamente la declaración en el contexto del fracaso de las negociaciones sobre el estatuto definitivo al señalar que no había sido posible “alcanzar ningún acuerdo sobre un estatuto mutuamente aceptable” (párrafos décimo y undécimo del preámbulo). A continuación, los autores de la declaración de independencia hacen hincapié en su determinación de alcanzar una “solución” respecto del estatuto de Kosovo

y dar al pueblo de Kosovo “una clara visión de su futuro” (decimotercer párrafo del preámbulo). Esta redacción indica que los autores de la declaración no pretendían actuar dentro del marco normal del autogobierno provisional de Kosovo, sino que su objetivo era que Kosovo se convirtiera en “un Estado independiente y soberano” (párr. 1). Así pues, la intención de quienes aprobaron la declaración de independencia no era que surtiera efectos dentro del ordenamiento jurídico creado para la fase provisional, cosa que tampoco podía hacer. La Corte considera, por el contrario, que los autores de la declaración no actuaron, ni pretendieron actuar, en su calidad de institución creada por ese ordenamiento jurídico y facultada para actuar dentro de él, sino que decidieron adoptar una medida cuya significación y efectos se situaran fuera de ese ordenamiento.

La Corte observa que esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que los autores de la declaración se comprometieron a cumplir las obligaciones internacionales de Kosovo, en particular las contraídas en su nombre por la UNMIK (declaración de independencia, párr. 9), y declararon expresa y solemnemente que Kosovo quedaba obligado ante terceros Estados en virtud de los compromisos asumidos en la declaración (Ibid., párr. 12). En cambio, con arreglo al régimen del Marco Constitucional, todas las cuestiones relativas a la gestión de las relaciones exteriores de Kosovo eran competencia exclusiva del Representante Especial del Secretario General.

La Corte considera que ciertas particularidades del texto de la declaración y las circunstancias de su aprobación también conducen a la misma conclusión. En ninguna parte del texto original en albanés de la declaración (única versión auténtica del texto) se menciona que la declaración sea obra de la Asamblea de Kosovo. Las palabras “Asamblea de Kosovo” en el encabezamiento de la declaración solo aparecen en las traducciones al inglés y el francés que figuran en los escritos presentados en nombre del Secretario General. La redacción de la declaración, cuyo primer párrafo comienza con la frase “Nosotros, los dirigentes democráticamente elegidos de nuestro pueblo ...”, difiere de la utilizada en los actos de la Asamblea de Kosovo, que emplean la tercera persona del singular.

Además, el procedimiento empleado para la declaración difiere del aplicado por la Asamblea de Kosovo para aprobar textos legislativos. En particular, tras ser aprobada, la declaración fue firmada por todos los presentes, incluido el Presidente de Kosovo, que no era miembro de la Asamblea de Kosovo. De hecho, la autodenominación de las personas que aprobaron la declaración de independencia como “los dirigentes democráticamente elegidos de nuestro pueblo” precede inmediatamente, dentro del texto, a la propia declaración de independencia (“por la presente declaramos que Kosovo es un Estado independiente y soberano” (párr. 1)). Cabe señalar también que la declaración no se remitió al Re-

presentante Especial del Secretario General para su publicación en el Boletín Oficial.

La Corte observa que la reacción del Representante Especial del Secretario General ante la declaración de independencia también tiene su importancia. El Marco Constitucional le atribuía la facultad de supervisar y, en determinadas circunstancias, anular los actos de las instituciones provisionales de autogobierno.

El silencio del Representante Especial del Secretario General ante la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 sugiere que este no consideraba que la declaración fuera un acto de las instituciones provisionales de autogobierno destinado a surtir efecto en el ordenamiento jurídico de cuya supervisión era responsable. Como muestra la práctica, su obligación habría sido actuar contra los actos de la Asamblea de Kosovo que considerara *ultra vires*.

La Corte reconoce que en el informe del Secretario General sobre la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo, presentado al Consejo de Seguridad el 28 de marzo de 2008, se señalaba que “en una sesión ... la Asamblea de Kosovo aprobó una declaración de independencia en que se declaraba que Kosovo era un Estado independiente y soberano” (S/2008/211, párr. 3). Se trataba del informe periódico ordinario sobre las actividades de la UNMIK, cuya finalidad era informar al Consejo de Seguridad de la evolución de la situación en Kosovo y no realizar un análisis jurídico de la declaración o de la calidad en que habían actuado quienes la habían aprobado.

Así pues, habida cuenta de todos estos factores, la Corte llega a la conclusión de que los autores de la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no actuaron como institución provisional de autogobierno dentro del Marco Constitucional, sino como personas que actuaban conjuntamente, en su calidad de representantes del pueblo Kosovo, fuera del marco de la administración provisional.

- b) *Conformidad de la actuación de los autores de la declaración de independencia con la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad o las medidas adoptadas al amparo de esta (párrs. 110 a 121)*

En primer lugar, la Corte observa que el objetivo esencial de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad era crear un régimen provisional para Kosovo con miras a encauzar el proceso político a largo plazo para establecer su estatuto definitivo. La resolución no contenía ninguna disposición que se ocupara del estatuto definitivo de Kosovo o de las condiciones para alcanzarlo.

A este respecto, la Corte observa que la práctica contemporánea del Consejo de Seguridad muestra que, en aquellos casos en que el Consejo decide establecer condiciones restrictivas en relación con el estatuto permanente de un territorio, tales condiciones se especifican en la correspondiente resolución.

En cambio, del tenor de la resolución 1244 (1999) se desprende que el Consejo de Seguridad no se reservó la decisión definitiva sobre la situación en Kosovo y que guardó silencio sobre las condiciones para el estatuto definitivo de Kosovo.

Así pues, la resolución 1244 (1999) no impedía la adopción de la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 porque ambos instrumentos operaban a distinto nivel: a diferencia de la resolución 1244 (1999), la declaración de independencia era un intento de fijar de manera definitiva el estatuto de Kosovo.

En segundo lugar, por lo que respecta a la cuestión de los destinatarios de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, como ya se indicó, dicha resolución establece un marco general para “desplegar en Kosovo, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, presencias internacionales, una civil y otra de seguridad” (párr. 5). Su principal objetivo es imponer obligaciones y conferir autorizaciones a los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a órganos de las Naciones Unidas como el Secretario General y su Representante Especial (véanse en particular los párrafos 3, 5, 6, 7, 9, 10 y 11 de la resolución). No hay nada en el texto de la resolución 1244 (1999) que indique que el Consejo de Seguridad tuviera la intención de imponer, además, una obligación específica de actuar o una prohibición de actuar dirigida a esos otros agentes.

La Corte recuerda a este respecto que no es infrecuente que el Consejo de Seguridad formule exigencias a agentes distintos de los Estados Miembros de las Naciones Unidas y las organizaciones intergubernamentales. Más concretamente, en varias resoluciones del Consejo de Seguridad sobre Kosovo aprobadas antes de la resolución 1244 (1999) figuraban exigencias destinadas *eo nomine* a los dirigentes albaneses de Kosovo.

La Corte subraya que en el texto de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad no figuran referencias de esa índole a los dirigentes albaneses de Kosovo o a otros agentes, pese a la referencia bastante general a “todos los interesados” (párr. 14). Al interpretar las resoluciones del Consejo de Seguridad, la Corte debe determinar, caso por caso y teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes, a quién pretendió imponer obligaciones jurídicas vinculantes el Consejo de Seguridad. Los términos empleados en la resolución pueden ser un indicio importante a ese respecto. El enfoque adoptado por la Corte en relación con el efecto vinculante de las resoluciones del Consejo de Seguridad en general también es pertinente, *mutatis mutandis*, en el presente caso. En este contexto, la Corte recuerda que ya ha declarado lo siguiente:

“Antes de llegar a una conclusión sobre el efecto vinculante de una resolución del Consejo de Seguridad, debe analizarse atentamente su tenor. Habida cuenta de la naturaleza de las facultades derivadas del Artículo 25, ha de determinarse en cada caso si estas se han ejercido realmente, teniendo en cuenta los términos de la resolución que ha de

interpretarse, los debates que condujeron a su aprobación, las disposiciones de la Carta invocadas y, en general, todas las circunstancias que puedan ayudar a determinar las consecuencias jurídicas de la resolución del Consejo de Seguridad.” (*Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1971, pág. 53, párr. 114.)

Teniendo esto presente, la Corte no puede aceptar el argumento según el cual la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad contiene una prohibición de proclamar la independencia vinculante para los autores de la declaración de independencia; tampoco cabe inferir tal prohibición de los términos de la resolución, interpretados en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin. El tenor de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad a este respecto es, en el mejor de los casos, ambiguo. El objeto y fin de la resolución, como ya se explicó en detalle, es establecer una administración provisional para Kosovo sin adoptar ninguna decisión definitiva sobre las cuestiones relativas al estatuto definitivo. El texto de la resolución explica que

“entre las principales responsabilidades de la presencia internacional civil [figura] ... organizar y supervisar el desarrollo de instituciones provisionales de autogobierno democrático y autónomo *hasta que se llegue a una solución política*”

(párr. 11 c) de la resolución (*sin cursiva en el original*)).

La frase “solución política”, citada a menudo en el procedimiento ante la Corte, no modifica esta conclusión. En primer lugar, esa referencia se realiza en el marco de la enumeración de las responsabilidades de la presencia internacional civil, a saber, el Representante Especial del Secretario General en Kosovo y la UNMIK, y de ningún otro agente. En segundo lugar, como ponen de relieve las opiniones divergentes en esta materia expuestas ante la Corte, el término “solución política” puede interpretarse de diversas maneras. Por tanto, la Corte llega a la conclusión de que no cabe interpretar esta parte de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad en el sentido de que incluye una prohibición de proclamar la independencia dirigida en particular a los autores de la declaración de 17 de febrero de 2008.

En consecuencia, la Corte estima que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad no impedía que los autores de la declaración de 17 de febrero de 2008 proclamaran la independencia de Kosovo respecto de la República de Serbia. Así pues, la declaración de independencia no vulneró la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad.

Pasando a examinar si la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 violó el Marco Constitucional establecido bajo los auspicios de la UNMIK, la Corte observa que ya ha considerado que la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no fue adoptada por las instituciones

provisionales de autogobierno, y que tampoco era un acto destinado a surtir efectos, o que los surtiera realmente, en el ordenamiento jurídico en que operaban esas instituciones provisionales. De ello se desprende que los autores de la declaración de independencia no estaban vinculados por el marco de competencias y responsabilidades establecido para regular la actuación de las instituciones provisionales de autogobierno. En consecuencia, la Corte estima que la declaración de independencia no vulneró el Marco Constitucional.

V. *Conclusión general* (párr. 122)

La Corte recuerda las conclusiones a las que llegó anteriormente, a saber, “que la aprobación de la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no vulneró el derecho internacional general, la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad ni el Marco Constitucional”. Por último, llega a la conclusión de que, “[e]n consecuencia, la aprobación de esa declaración no vulneró ninguna norma aplicable del derecho internacional”.

*
* *

Declaración of Vicepresidente Tomka

El Vicepresidente considera que la mayoría hizo un “ajuste” en la cuestión planteada por la Asamblea General, ajuste que, en su consciencia judicial, no puede asumir. El Vicepresidente considera que la Corte debería haber ejercido su discrecionalidad y haberse abstenido de responder a la solicitud a fin de proteger la integridad de su función judicial y su naturaleza como órgano judicial.

En primer lugar, el Vicepresidente considera que el Consejo de Seguridad es el órgano facultado para hacer una *determinación* acerca de si un acto adoptado por las instituciones de Kosovo, que fue colocado en un régimen de administración territorial internacional, se ajusta o no al marco jurídico aplicable a dicho régimen y rector de él. Ahora bien, el Consejo de Seguridad no ha hecho tal determinación y su silencio no se puede interpretar como si implicara la aprobación tácita de la declaración de independencia adoptada el 17 de febrero de 2008, o la aquiescencia a dicha declaración. Sin embargo, la solicitud de opinión consultiva fue dirigida a la Corte por la Asamblea General. El Vicepresidente considera que el párrafo 1 del Artículo 12, de la Carta impide que la Asamblea General haga recomendación alguna con respecto al estatuto de Kosovo, al no lograr percibir un “interés suficiente” de la Asamblea para solicitar la opinión de la Corte. Considera que la respuesta dada por la mayoría a la cuestión planteada por la Asamblea General prejuzga de la determinación, que aún no ha hecho el Consejo de Seguridad, acerca de la conformidad o no de la declaración con la resolución 1244 (2009) y el régimen internacional de administración territorial establecido al amparo de ella.

En lo que respecta a la cuestión propiamente dicha, el Vicepresidente considera que está claramente formulada y es suficientemente estrecha y específica como para no justificar ajuste alguno. Explica que a su juicio la conclusión de la Corte, de que los autores de la declaración de independencia no actuaron como una de las instituciones provisionales de autogobierno, no tiene una base sólida en los hechos relacionados con la adopción de la declaración. Tras enumerar una serie de hechos y declaraciones formuladas por las partes pertinentes en relación con la declaración de 17 de febrero de 2008, el Vicepresidente llega a la conclusión de que la Asamblea de Kosovo, integrada por sus miembros, el Presidente de Kosovo y su Gobierno, encabezado por el Primer Ministro, constituían, el 17 de febrero de 2008, las *instituciones provisionales de autogobierno* de Kosovo y en conjunto emitieron la declaración. Por consiguiente, según él, la cuestión estaba correctamente formulada en la solicitud de la Asamblea General y no había razón alguna para “ajustarla” y posteriormente modificar el propio título de la causa.

En lo que respecta al marco jurídico aplicable, el Vicepresidente recuerda en primer lugar que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad no desplazó el título de la República Federativa de Yugoslavia respecto del territorio en cuestión, y estima que, al establecer una administración territorial internacional respecto de Kosovo, que jurídicamente seguía formando parte de la República Federativa de Yugoslavia, las Naciones Unidas asumieron su responsabilidad por dicho territorio. Reitera las responsabilidades primordiales que recaen en las Naciones Unidas en la administración provisional de Kosovo con arreglo a la resolución 1244 (1999) y considera que el Consejo de Seguridad no abdicó de su responsabilidad general por la situación en Kosovo y ha seguido ocupándose activamente de la cuestión.

El Vicepresidente afirma que la noción de una “solución definitiva” sólo puede significar que la resolución de la controversia entre las partes interesadas, sea por un acuerdo a que se llegue entre ellas o por una decisión de un órgano dotado de competencia para hacerlo. Rechaza que la noción de una solución se pueda compatibilizar con la adopción unilateral de medidas por una de las partes dirigidas a resolver la controversia contra la voluntad de la otra. Pasando a las negociaciones sobre la determinación del estatuto futuro de Kosovo, que no condujeron a ningún acuerdo, pone en duda que las partes negociaran de buena fe porque, como la Corte observó en varios casos anteriores, negociar de buena fe significa que las partes tienen obligación de entablar negociaciones con miras a llegar un acuerdo, y no simplemente llevar a cabo un proceso formal de negociación; y que tienen la obligación de comportarse de modo que las negociaciones sean significativas, cosa que no ocurrirá cuando cualquiera de ellas insista en su propia posición sin contemplar ninguna modificación de ella. Observando que la propuesta de independencia supervisada hecha por el Enviado Especial Martti

Ahtisaari no fue aprobada por el Consejo de Seguridad, a su juicio el único órgano de las Naciones Unidas competente para hacerlo, considera que la declaración de independencia de Kosovo ha sido una forma de poner en práctica, en la medida de lo posible, el plan Ahtisaari que no había sido aprobado.

Por último, el Vicepresidente recuerda que en ocasiones anteriores, en 2002, 2003 y 2005, el Representante Especial no vaciló, en ejercicio de su función de supervisión, en declarar nula e inválida una medida de una de las instituciones provisionales a la que considerase fuera de los poderes de dicha institución (*ultra vires*). Considera que la opinión consultiva no brinda ninguna explicación de por qué actos que se consideraban como estando fuera de las competencias de las instituciones provisionales en el período 2002-2005, ya no tendrían ese carácter en 2008, a pesar de que las disposiciones del Marco Constitucional sobre las competencias de dichas instituciones no habían sido enmendadas y en febrero de 2008 seguían siendo las mismas que en 2005.

El Vicepresidente concluye con la observación de que la Corte, en su calidad de órgano judicial principal de las Naciones Unidas, debe garantizar el respeto de las normas y los mecanismos establecidos en la Carta y las decisiones adoptadas en virtud de ellos. En su opinión, la mayoría ha estimado preferible tener en cuenta los acontecimientos y realidades políticos recientes, en lugar de la estricta exigencia de respeto por las mencionadas normas, ultrapasando de esa manera los límites de la prudencia judicial.

Opinión disidente del Magistrado Koroma

En su opinión disidente, el Magistrado Koroma concluye que no puede concordar con la conclusión de que “la declaración de independencia de Kosovo adoptada el 17 de febrero de 2008 no violó el derecho internacional”.

En opinión del Magistrado Koroma, la Corte, al ejercer su competencia consultiva, está facultada para reformular o interpretar una cuestión que se le ha planteado, pero no tiene libertad para reemplazar la cuestión que se le ha planteado con su propia cuestión y luego dar respuesta a esta cuestión, que es lo que la Corte ha hecho en la presente causa. El Magistrado Koroma explica que la Corte, así como su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, ha reformulado en ocasiones anteriores la cuestión que se le ha planteado en una solicitud de una opinión consultiva en un esfuerzo por hacer que dicha cuestión correspondiera más estrechamente a la intención de la institución que solicitaba la opinión consultiva, pero que nunca antes ha reformulado una cuestión en tal grado que el resultado fuera una cuestión completamente nueva, claramente distinta de la cuestión original planteada. El Magistrado Koroma llega a la conclusión de que esto es lo que ha hecho la Corte en la presente causa cuando, sin reformular explícitamente la cuestión, concluye que los autores de la declaración de independencia fueron distintos de las instituciones provisio-

nales de autogobierno de Kosovo y que, por consiguiente, la respuesta a la cuestión debía elaborarse sobre la base de esa presunción.

Pasando a la respuesta de la Corte a la cuestión, el Magistrado Koroma pone de relieve en primer lugar que la conclusión de la Corte de que la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 fue hecha por un órgano distinto de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo y por consiguiente no violó el derecho internacional es jurídicamente insostenible, porque se basa en la percepción de la Corte acerca de la intención de dichos autores. El Magistrado Koroma subraya que el derecho internacional positivo no reconoce ni consagra el derecho de los grupos étnicos, lingüísticos o religiosos de separarse del territorio de un Estado del que forman parte, sin el consentimiento de dicho Estado, simplemente expresando su deseo de hacerlo, especialmente en el presente caso en que es aplicable la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad. Advierte que aceptar lo contrario y permitir que cualquier grupo étnico, lingüístico o religioso declare la independencia y se separe del territorio del Estado del que forma parte, fuera del contexto de la descolonización, crea un precedente muy peligroso, equivalente a nada menos que anunciar a todos los grupos disidentes en todo el mundo y a cada uno de ellos que tienen libertad para eludir al derecho internacional simplemente actuando de determinada manera y redactando hábilmente una declaración unilateral de independencia, utilizando determinados términos. En opinión del Magistrado Koroma, en lugar de llegar a una conclusión sobre la identidad de los autores de la declaración unilateral de independencia sobre la base de su intención subjetiva, la Corte debería haber examinado la intención de los Estados y, en particular en el presente caso, la intención del Consejo de Seguridad en la resolución 1244 (1999).

El Magistrado Koroma establece que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad constituye la base jurídica para la creación de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo y que, por consiguiente, la Corte tiene ante todo que aplicar la resolución 1244 (1999) al asunto que tiene ante sí como *lex specialis*. Considerando la resolución 1244 (1999), el Magistrado Koroma concluye que la declaración de independencia es ilegítima con arreglo a la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad por varias razones. En primer lugar, esta resolución dispone que haya un arreglo negociado, lo que significa el acuerdo de todas las partes interesadas con respecto al estatuto definitivo de Kosovo, cosa que los autores de la declaración de independencia han eludido. En segundo lugar, la declaración de independencia viola la disposición de la resolución mencionada que prevé que se llegue a una solución política sobre la base del respeto de la integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia y la autonomía de Kosovo. Además, la declaración unilateral de independencia es un intento de poner fin a la presencia internacional en Kosovo establecida

por la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, un resultado que sólo podría ser dispuesto por el propio Consejo de Seguridad. En este análisis, el Magistrado Koroma se basa en el texto de la resolución 1244 (1999) —en particular en su preámbulo y los párrafos dispositivos 1, 2, 10 y 11— así como en otros instrumentos a que hace referencia, incluidos sus anexos 1 y 2, el Acta Final de Helsinki y los acuerdos de Rambouillet. También examina las posiciones adoptadas por varios Estados con respecto a la resolución 1244 (1999).

El Magistrado Koroma observa que la declaración unilateral de independencia también ha violado algunas normas legislativas derivadas promulgadas en virtud de dicha resolución, en particular el Marco Constitucional y otros reglamentos de la UNMIK. Observa que en la opinión de la mayoría se evita ese resultado mediante una especie de prestidigitación judicial, llegándose a una apresurada conclusión según la cual los autores de la declaración unilateral de independencia no estaban actuando en calidad de instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo sino en calidad de representantes directos del pueblo de Kosovo y por lo tanto no estaban sometidos al Marco Constitucional y a los Reglamentos de la UNMIK.

A continuación, el Magistrado Koroma procede a examinar la conformidad de la declaración unilateral de independencia con el derecho internacional general y concluye que violó el principio de respeto de la soberanía e integridad territorial de los Estados, que entraña la obligación de respetar la definición, la delineación y la integridad territorial de un Estado existente. En su análisis, el Magistrado Koroma cita el párrafo 4 del Artículo 2, de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Por último, el Magistrado Koroma hace referencia a la conclusión de la Corte Suprema del Canadá de que “el derecho internacional no otorga específicamente a las partes componentes de Estados soberanos el derecho *legal* de separarse [en inglés, “*secede*”] unilateralmente de su Estado ‘paterno’ [en inglés, “*parent State*”]. Aún cuando el Magistrado Koroma opina que la Corte respondió correctamente a la cuestión que se le planteó, subraya que la cuestión que la Corte tiene ahora ante sí brinda la oportunidad de completar el cuadro pintado parcialmente por la Corte Suprema del Canadá. En particular, esta Corte debería haber dejado en claro que el derecho internacional aplicable en la causa que la Corte tiene ante sí contiene normas y principios que impiden explícitamente la declaración de independencia.

Así pues, el Magistrado Koroma concluye pues que la Corte debería haber determinado que la declaración unilateral de independencia de 17 de febrero de 2008 por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo no se ajusta al derecho internacional.

Declaración del Magistrado Simma

El Magistrado Simma concuerda con la Corte en la gran mayoría de sus argumentos, pero cuestiona lo que considera el carácter innecesariamente limitado de su análisis. El Magistrado Simma considera que, como la opinión consultiva interpreta la solicitud de la Asamblea General en el sentido de que sólo pide una evaluación de si la declaración de independencia de Kosovo fue o no adoptada en violación del derecho internacional, la opinión no sólo hace caso omiso del claro tenor literal de la solicitud misma, en la que se pregunta si la declaración de independencia “se ajust[ó] al derecho internacional”, sino que también excluye toda consideración de si el derecho internacional puede específicamente permitir o aún prever un derecho a declarar la independencia cuando se han reunido determinadas condiciones. El Magistrado Simma estima que ese enfoque es inquietante a la luz de la conclusión general de la Corte de que la declaración de independencia “no violó el derecho internacional”.

En opinión del Magistrado Simma, el fundamento subyacente del enfoque de la Corte de que, en relación con un acto específico, no es necesario demostrar una norma permisiva mientras no exista una prohibición, es obsoleto. Justifica su posición por dos razones. En primer lugar, al limitar indebidamente el alcance de su análisis, la Corte no ha dado respuesta de manera satisfactoria a la cuestión que se le planteó. Tanto las normas prohibitivas como las normas permisivas de derecho internacional deberían haber sido objeto de un tratamiento más completo. En segundo lugar, el Magistrado Simma considera que el enfoque de la Corte refleja una visión anacrónica y sumamente consensualista del derecho internacional anclado en el principio de la causa del *Lotus* elaborado por la Corte Permanente hace más de 80 años. Según el Magistrado Simma, la Corte también podía haber considerado la posibilidad de que el derecho internacional fuera neutral o se mantuviese deliberadamente en silencio acerca de la legitimidad internacional de determinados actos.

El Magistrado Simma recuerda en primer lugar la formulación de la solicitud de la Asamblea General, en la que se preguntaba si la declaración de independencia de Kosovo “se ajust[aba] al derecho internacional”. Considera que se trata de una formulación neutral que deliberadamente no pregunta acerca de la existencia de una norma prohibitiva o permisiva en derecho internacional, toda vez que la expresión “se ajusta al” es amplia por definición. Aun cuando el Magistrado Simma reconoce que la solicitud no está redactada del mismo modo que la cuestión planteada a la Corte Suprema del Canadá (en la que se preguntaba acerca de un “derecho a llevar a cabo la secesión”: véase la opinión consultiva, párrafo 55), sostiene que esa diferencia no justifica la determinación de la Corte de que la expresión “se ajusta al” debe entenderse como inquiriendo *exclusivamente* si hay una norma prohibitiva, y de que, si no la hay, la declaración de independencia se ajusta *ipso facto* al derecho internacional.

El Magistrado Simma considera que con un enfoque más amplio se habrían podido considerar mejor a los argumentos invocados por muchos de los participantes, incluidos los autores de la declaración de independencia, en relación con el derecho a la libre determinación y la cuestión de la “secesión correctiva”. Considera que esos argumentos son importantes en lo tocante a la resolución de la controversia general en Kosovo y a la consideración integral de todos los aspectos de la conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia. Además, sostiene que la consideración de esos puntos queda exactamente dentro del alcance de la cuestión tal como la entendían, entre varios participantes, los propios kosovares, que hicieron referencia a un derecho a la libre determinación externa fundado en la libre determinación y la “secesión correctiva” como pueblo. El Magistrado Simma cree que la solicitud de la Asamblea General merecía una respuesta más comprensiva, que habría podido comprender un análisis más profundo de si el principio de libre determinación o alguna otra norma (tal vez mencionando expresamente a la secesión correctiva) permite, o incluso justifica, la independencia (por vía de secesión) de determinados pueblos/territorios. Una vez dicho lo que antecede, no examina los argumentos de los participantes *in extenso* y se limita simplemente a declarar que la Corte podía haber emitido una opinión más satisfactoria desde el punto de vista intelectual, y con mayor relevancia en lo tocante al orden jurídico internacional tal como ha ido evolucionado hasta su forma actual, si no hubiese interpretado el alcance de la cuestión tan restrictivamente.

El Magistrado Simma manifiesta además que el enfoque de la Corte también plantea un problema conceptual más amplio. Considera que el razonamiento de la Corte da un salto directo de la falta de prohibición a la permisibilidad, y que por esa razón, es una aplicación lisa y llana del llamado principio de la causa del *Lotus*, con su enfoque de excesiva deferencia al consentimiento de los Estados. Opina que según ese enfoque, todo lo que no está expresamente prohibido lleva consigo el mismo color de juridicidad y hace caso omiso de los posibles grados de no prohibición, que van de lo “tolerado”, pasando por lo “permisible”, hasta lo “deseable”. Cree que hay lugar en el derecho internacional para una categoría de actos que no están ni prohibidos ni permitidos. En opinión del Magistrado Simma, al leer la cuestión planteada por la Asamblea General tal como lo hizo, la Corte se privó de la posibilidad de hacer una averiguación de la condición precisa de una declaración de independencia en derecho internacional. Expresa la preocupación de que la estrechez del enfoque de la Corte pueda constituir, hacia el futuro, una debilidad para su capacidad de abordar las numerosas diferencias de matiz que permean el derecho internacional.

El Magistrado Simma concluye afirmando que la Corte debería haber considerado la cuestión desde una perspectiva un poco más amplia y no limitarse simplemente a hacer un ejercicio de jurisprudencia mecánica. Estima que el he-

cho de que la Corte haya optado conscientemente por hacer aún más estrecho el alcance de la cuestión ha conllevado un método de razonamiento judicial que ha hecho caso omiso de algunas de las cuestiones más importantes relacionadas con el estatuto definitivo de Kosovo. En consecuencia, ese método ha reducido significativamente la calidad del *asesoramiento* brindado en esta opinión.

Opinión separada del Magistrado Keith

En su opinión separada el Magistrado Keith explica por qué considera que la Corte debería haberse valido de su discrecionalidad para negarse a responder a la cuestión que le planteó la Asamblea General.

Dice que hay buenos motivos para que el Estatuto de la Corte reconozca que la Corte tiene discrecionalidad para decidir si responde a una solicitud. La Corte, al ejercerla, considera tanto su carácter de órgano principal de las Naciones Unidas como su carácter de órgano judicial. En lo tocante al primer aspecto, la Corte declaró desde los primeros tiempos que el ejercicio de su competencia consultiva representa su participación en las actividades de la Organización y, *en principio*, no debería negarse. Posteriormente la Corte declaró que tendría que haber “razones imperiosas” para justificar una negativa. Si bien el mantenimiento de su integridad como órgano judicial ha sido hasta la fecha la razón para negarse que la Corte ha destacado, no ha dicho nunca que sea el *único* factor que podría determinarla a negarse. Por lo tanto, también puede haber otras consideraciones, entre ellas, el interés del órgano solicitante y los intereses relativos de otro órgano de las Naciones Unidas. El Magistrado Keith estima que la cuestión del interés es crucial en la presente causa. Pregunta si en ella la solicitud debería haber provenido del Consejo de Seguridad y no de la Asamblea General y si por esa razón la Corte debía negarse a responder a la cuestión. Por consiguiente, examina con algún detalle los hechos relacionados con esta solicitud en particular y los intereses relativos de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad.

Al término de ese examen llega a la siguiente conclusión respecto de los intereses relativos de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad en el asunto sometido a la Corte por la Asamblea: la resolución 1244 (2009) aprobada por el Consejo de Seguridad, el papel del Consejo con arreglo a ella y el papel de su órgano subsidiario, la UNMIK, son el objeto mismo de la indagación acerca de la conformidad de la declaración de independencia con la *lex specialis* en el presente caso —la resolución y las acciones llevadas a cabo con arreglo a ella. La resolución, aprobada en virtud del Capítulo VII de la Carta y dotada de fuerza obligatoria, estableció una administración internacional territorial provisional con plenos poderes internos que sustituyó durante su existencia la autoridad de la República Federativa de Yugoslavia, que seguía siendo soberana. En contraste, el único papel dispositivo de la Asamblea a partir de junio de 1999 y de la intro-

ducción de ese régimen ha sido el de aprobar el presupuesto de la Misión.

Seguidamente, el Magistrado Keith examina la jurisprudencia de la Corte y en particular la razón crítica de su reconocimiento de que, en su calidad de órgano principal de las Naciones Unidas, debe en principio responder a las solicitudes de opiniones. En los casos decididos en los últimos 50 años la Corte ha acompañado ordinariamente ese reconocimiento con una indicación del interés que el órgano solicitante tenía para solicitar una opinión de la Corte. En el caso de cada una de las demás solicitudes formuladas por la Asamblea General o el Consejo de Seguridad, su interés ha sido manifiesto y no era necesario que se enunciara expresamente en la solicitud ni que se refirieran a él los participantes en el procedimiento o la Corte. En su más reciente opinión consultiva, en 2004, la Corte dijo lo siguiente: “Como se desprende de la jurisprudencia de la Corte, las opiniones consultivas tienen la finalidad de proporcionar a los órganos solicitantes los elementos de derecho *necesarios para sus actividades*.” (Sin cursivas en el original.) Si bien la Corte ha dejado en claro que no evaluará los motivos del órgano solicitante, en la práctica sí determina, en caso de que el punto se plantee, si el órgano solicitante tiene o afirma tener un interés suficiente en el objeto de la solicitud.

En ausencia de tal interés, no está presente el fin de suministrar al órgano solicitante los elementos de derecho que necesita para sus actividades. Consiguientemente, no existe la razón para que la Corte coopere y desaparece lo que a veces se denomina su deber de responder.

En la presente causa, la Corte, en opinión del Magistrado Keith, no tiene base que le permita llegar a la conclusión de que la Asamblea General, que no ha formulado tal pretensión, tiene el interés necesario. También es muy significativo el papel casi exclusivo del Consejo de Seguridad en este asunto. Habida cuenta del carácter central de dicho papel para la cuestión sustantiva formulada (según surge de la opinión de la Corte) y de la aparente falta de interés de la Asamblea, el Magistrado Keith concluye que la Corte debió haber ejercido su discrecionalidad y haberse negado a responder a la cuestión que le planteó la Asamblea General.

No se entendió que esta conclusión resultara afectada por las que causan en que se fundó la Corte en este contexto. En todas ellas, tanto la Asamblea General como el Consejo de Seguridad tenían un interés real y ninguna se refería a nada comparable al régimen de administración internacional territorial introducido por la resolución 1244 (2009) del Consejo.

Como lo indica su voto, el Magistrado Keith está de acuerdo con la decisión sustantiva adoptada por la Corte, esencialmente por las razones que ella ha dado.

Opinión separada del Magistrado Sepúlveda-Amor

En su opinión separada, el Magistrado Sepúlveda-Amor considera que no hay razones imperiosas para abstenerse de

ejercer competencia con respecto a la solicitud de la Asamblea General. Además, en su opinión, la Corte, en virtud de sus responsabilidades en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, tiene el deber de ejercer su función consultiva con respecto a cuestiones jurídicas que se refieren a situaciones previstas en el Capítulo VII.

El Magistrado Sepúlveda-Amor no puede estar de acuerdo con las conclusiones de la Corte respecto de los autores de la declaración de independencia. En su opinión, la declaración fue, efectivamente, adoptada por la Asamblea de Kosovo como una de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo, y no por “personas que actuaban en conjunto en su calidad de representantes del pueblo de Kosovo fuera del marco de la administración provisional”. En consecuencia, la Corte debería haber procedido a apreciar la legalidad de dicha declaración por referencia a la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y al Marco Constitucional.

Por último, el Magistrado Sepúlveda-Amor observa que la Corte podía haber adoptado una perspectiva más amplia a fin de dilucidar una serie de cuestiones no abordadas en la opinión consultiva. Estas incluyen, entre otras, el alcance del derecho a la libre determinación, los poderes del Consejo de Seguridad en relación con el principio de integridad territorial, la cuestión de la “secesión correctiva” y el reconocimiento de Estados.

Opinión disidente del Magistrado Bennouna

1. La oportunidad de que la Corte emita una opinión consultiva

El Magistrado Bennouna no puede suscribir las conclusiones alcanzadas por la Corte en su opinión consultiva, ni su razonamiento. El Magistrado considera, en primer lugar, que la Corte debería haber ejercido su facultad discrecional y no haber accedido a responder a la cuestión planteada por la Asamblea General. Es la primera vez que la Asamblea General solicita una opinión consultiva sobre una cuestión que no estaba, como tal, en su programa, y había estado comprendida dentro de la competencia exclusiva del Consejo de Seguridad durante por lo menos diez años, aproximadamente, en particular desde que el Consejo decidió colocar al territorio de Kosovo bajo administración internacional (resolución 1244 de 10 de junio de 1999).

El Magistrado cree que si la Corte se hubiese negado a responder a esta solicitud, la Corte podría haber evitado las solicitudes “frívolas” que los órganos políticos puedan verse tentados a presentarle en el futuro, y con ello, de hecho, podría haber protegido la integridad de su función judicial. La cuestión de la compatibilidad de una solicitud de opinión con las funciones de la Corte y su carácter judicial sigue planteada, aunque todavía no se haya registrado ningún caso de incompatibilidad. En el caso de Kosovo, la Corte se ha visto enfrentada a una situación que jamás había ocurrido

antes, dado que se le ha pedido que en definitiva asuma la función de adoptar decisiones políticas, en lugar del Consejo de Seguridad. En otras palabras, mediante esta solicitud de opinión consultiva se ha intentado hacer que la Corte asuma las funciones de un órgano político de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad, que éste no ha sido capaz de desempeñar.

Aun cuando destaca que el Enviado Especial del Secretario General, Sr. Martti Ahtisaari, abogó por la independencia de Kosovo en su informe de 26 de marzo de 2007 sobre el estatuto futuro de Kosovo, y que el Consejo de Seguridad no ha llegado a determinación alguna al respecto, el Magistrado Bennouna subraya que la Corte no puede sustituir al Consejo de Seguridad en la evaluación de la legalidad de la declaración unilateral de independencia. Es esencial que la Corte vele, en el cumplimiento de su función consultiva, por no ser explotada en favor de una estrategia específicamente política u otra, y, en la presente causa en particular, por no ser alistada en una campaña encaminada a reunir tantos reconocimientos de la independencia de Kosovo por otros Estados como sea posible, o en una encaminada a lograr que la cantidad de reconocimientos sea mínima; mientras que el Consejo de Seguridad, que tiene la responsabilidad primordial de pronunciarse sobre la opción de la independencia, no lo ha hecho.

El Magistrado Bennouna cree que la Corte no puede sustituir al Consejo de Seguridad en el ejercicio de sus responsabilidades, ni puede convertirse en garante jurídico de una política de hechos consumados basada simplemente en la simple relación de fuerzas. El deber de la Corte es preservar su función, que consiste en decir el derecho, de manera clara e independiente. Ésa es la forma en que salvaguardará su credibilidad en el desempeño de sus funciones, en beneficio de la comunidad internacional.

2. *El alcance y el significado de la cuestión planteada*

El Magistrado Bennouna lamenta que la Corte se haya estimado autorizada para modificar el alcance y el significado de la cuestión planteada, considerando que tiene libertad “para ... decidir por sí misma si dicha declaración fue promulgada por las instituciones provisionales de autogobierno o por alguna otra entidad” (opinión consultiva, párrafo 54).

La cuestión planteada a la Corte no necesita interpretación alguna. La Asamblea General no pidió a la Corte que emitiera su opinión simplemente sobre cualquier declaración de independencia, sino sobre la que fue adoptada el 17 de febrero de 2008 por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo, que fueron establecidas por las Naciones Unidas con competencias específicas. En ese momento, la única institución reconocida por las Naciones Unidas como representante del pueblo de Kosovo era la Asamblea electiva de las instituciones provisionales de autogobierno.

El Magistrado señala que en su jurisprudencia la Corte nunca ha enmendado la cuestión planteada de una manera contraria a su objeto y su fin.

3. *Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia*

En opinión del Magistrado Bennouna, la Corte debería comenzar por examinar primero la *lex specialis* aplicable (es decir, el derecho de las Naciones Unidas) antes de considerar si la declaración se ajusta al derecho internacional general. La Corte ha optado, en cambio, por examinar “la licitud de las declaraciones de independencia en el derecho internacional general” (opinión consultiva, párrafo 78). Sin embargo, la Asamblea General no pidió a la Corte que opinara en abstracto sobre las declaraciones de independencia en general sino sobre una declaración específica adoptada en un contexto particular — el de un territorio que el Consejo ha colocado bajo administración de las Naciones Unidas— y ello en un momento en que la resolución 1244 (2009) del Consejo de Seguridad estaba en vigor, y sigue estando en vigor.

El Magistrado estima que el razonamiento de la Corte, encaminado a disipar cualquier sospecha de ilegalidad de la declaración con arreglo al derecho de las Naciones Unidas, consistió en separarla de la institución (la Asamblea) que fue creada dentro de ese marco: “los autores de la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no actuaron como una de las instituciones provisionales de autogobierno ... sino como personas que actuaban en conjunto en su calidad de representantes del pueblo de Kosovo fuera del marco de la administración provisional” (opinión consultiva, párrafo 109). Para llegar a esa conclusión, la Corte se funda en el lenguaje empleado y el procedimiento utilizado. Así pues, fue suficiente que los autores de la declaración cambiaran la apariencia del texto, y se presentaran como “los dirigentes democráticamente elegidos [del] pueblo” para que dejaran de estar obligados por el Marco Constitucional para Kosovo, que dispone que “[l]as instituciones provisionales de autogobierno y sus funcionarios ... [ejercerán] sus competencias de manera compatible con las disposiciones de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y los términos establecidos en el presente Marco Constitucional”. Si se siguiera ese razonamiento hasta su fin, bastaría con ponerse fuera de la ley para no tener que respetar más la ley.

El Magistrado Bennouna estima que ninguna declaración unilateral que afecte al estatuto futuro de Kosovo, cualesquiera sean la forma de la declaración o las intenciones de sus autores, tiene validez jurídica mientras no haya sido aprobada por el Consejo de Seguridad. Contrariamente a lo que implica la Corte, no es suficiente que los autores simplemente den un paso hacia afuera de los límites del derecho para dejar de estar sometidos a él.

Recuerda que el Consejo de Seguridad se vio impedido, por falta de acuerdo entre sus miembros permanentes, de

tomar una decisión sobre la cuestión de Kosovo después de recibir el informe Ahtisaari en marzo de 2007. Y, como suele ocurrir dentro de las Naciones Unidas, ese estancamiento en el Consejo tuvo un efecto reflejo sobre el Secretario General, encargado de hacer cumplir sus decisiones, y su Representante Especial. Sin embargo, un estancamiento en el Consejo de Seguridad no libera a las partes en una controversia de sus obligaciones, ni, como consecuencia, a los miembros de la Asamblea de Kosovo de su deber de respetar el Marco Constitucional y la resolución 1244 (2009). Si ocurriera tal cosa, resultaría socavada la credibilidad del sistema de seguridad colectiva establecido por la Carta de las Naciones Unidas. De hecho, ello dejaría que las partes en una controversia se enfrentaran mutuamente, quedando cada una de ellas en libertad de aplicar unilateralmente su propia posición. Y en teoría la otra parte, Serbia, podía haberse fundado en el estancamiento para alegar que tenía justificación para ejercer soberanía de manera plena y efectiva sobre Kosovo en defensa de la integridad de su territorio.

Así pues, la UNMIK adoptó el Marco Constitucional y estableció la administración provisional sobre la base del mandato que había recibido del Consejo de Seguridad en la resolución 1244 (2009). Por consiguiente, una violación del Marco Constitucional entraña una simultánea violación de la resolución del Consejo de Seguridad, que es vinculante para todos los Estados y los actores no estatales en Kosovo como resultado de que el territorio fue puesto bajo administración de las Naciones Unidas. El Magistrado Bennouna opina que, siendo así, es difícil entender cómo la Corte pudo determinar que “la resolución

1244 (1999) del Consejo de Seguridad no impedía que los autores de la declaración de 17 de febrero de 2008 emitieran una declaración de independencia de la República de Serbia” (opinión consultiva, párrafo 119). El Magistrado considera que sí establece tal impedimento, por lo menos por dos motivos: porque la declaración no está dentro del Marco Constitucional establecido en virtud del mandato dado a la UNMIK en la resolución, y porque la declaración es unilateral, mientras que el estatuto definitivo de Kosovo debe ser aprobado por el Consejo de Seguridad.

En opinión del Magistrado, no importa si los autores de la declaración de independencia han de considerarse miembros de la Asamblea de Kosovo o no; bajo ninguna circunstancia estaban facultados para adoptar una declaración que contraviniese el Marco Constitucional y la resolución 1244 (2009) del Consejo de Seguridad por ser contraria al régimen jurídico de administración de Kosovo establecido por las Naciones Unidas.

Por último, el Magistrado Bennouna observa que en la presente causa la Corte no ha identificado las normas, generales o especiales, de derecho internacional que rigen la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008; según la opinión, el derecho internacional general es ineficaz en esta esfera y el derecho de las Naciones Unidas no contempla

la situación que la Corte ha optado por considerar: la de una declaración que surge en un orden jurídico indeterminado. Consiguientemente, aparentemente no hay en el derecho nada que impida que las Naciones Unidas continúen sus esfuerzos de mediación con respecto a Kosovo en cooperación con las organizaciones internacionales pertinentes.

Opinión disidente del Magistrado Skotnikov

El Magistrado Skotnikov estima que la Corte debería haber usado su discrecionalidad para abstenerse de ejercer su competencia consultiva en las circunstancias bastante peculiares de la presente causa. Nunca antes se había visto la Corte confrontada con una cuestión planteada por un órgano de las Naciones Unidas, cuya respuesta depende totalmente de la interpretación de una decisión tomada por otro órgano de las Naciones Unidas. Lo que hace que la presente causa sea aún más anómala es el hecho de que ese otro órgano es el Consejo de Seguridad, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. En realidad, a fin de dar una respuesta a la Asamblea General, la Corte tiene que hacer una determinación acerca de si la declaración unilateral de independencia configura una violación del régimen establecido para Kosovo por el Consejo de Seguridad en su resolución 1244 (1999) o no.

El propio Consejo de Seguridad se ha abstenido de hacer tal determinación. El Consejo tampoco ha solicitado el asesoramiento de la Corte sobre el tema. Ésa es la posición actualmente adoptada por el Consejo sobre la cuestión de la declaración unilateral de independencia.

Las resoluciones del Consejo de Seguridad son decisiones políticas. Por consiguiente, la determinación de la conformidad de determinado acontecimiento, como la promulgación de la declaración unilateral de independencia en la presente causa, con una resolución del Consejo de Seguridad es en gran medida de carácter político. Ello significa que, incluso si una determinación hecha por la Corte fuera correcta en sentido puramente jurídico (cosa que no ocurre en la presente causa), puede ser que aún no sea la determinación acertada desde la perspectiva política del Consejo de Seguridad. Cuando la Corte hace una determinación acerca de la compatibilidad de la declaración unilateral de independencia con la resolución 1244 (2009) —una determinación fundamental para el régimen establecido para Kosovo por el Consejo de Seguridad— sin una solicitud del Consejo, está sustituyendo al Consejo de Seguridad.

El Magistrado Skotnikov subraya que los Miembros de las Naciones Unidas han conferido distintas responsabilidades a la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y la Corte Internacional de Justicia y han puesto límites a la competencia de cada uno de esos órganos principales. La Corte —a la vez como órgano principal de las Naciones Unidas y como órgano judicial— debe poner mucho cuidado a fin de no alterar el equilibrio entre esos tres órganos principales, tal como ha sido establecido por la Carta y el Estatuto. Al no abordar

adecuadamente la cuestión de si era judicialmente prudente dar una respuesta a la presente solicitud, la Corte ha incumplido ese deber. Por consiguiente, la decisión de la Corte de responder a la cuestión es tan errónea como lamentable.

En lo que respecta al intento de la mayoría de interpretar la resolución 1244 (2009) del Consejo de Seguridad con respecto a la declaración unilateral de independencia, el Magistrado Skotnikov señala que, lamentablemente, en ese proceso, la mayoría ha sacado algunas conclusiones que simplemente no pueden ser acertadas.

Una de ellas es la determinación de que la resolución 1244 (2009), que tenía el objetivo general de lograr “una solución política de la crisis de Kosovo” (resolución 1244 (2009), párrafo 1), no establecía obligaciones vinculantes para los dirigentes albaneses de Kosovo (véase la opinión consultiva, párrafos 117 y 118). El Consejo de Seguridad no puede ser acusado de tal omisión, que habría hecho que todo el proceso iniciado por la resolución 1244 (2009) se volviera irrealizable.

No menos sorprendente es la determinación de la Corte de que “un proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo, teniendo en cuenta los acuerdos de Rambouillet” previsto en la resolución 1244 (2009) (párrafo 11 e)), puede ser terminado por una medida unilateral adoptada por los dirigentes albaneses de Kosovo (véase la opinión consultiva, párrafos 117 y 118). En otras palabras, el Consejo de Seguridad, en opinión de la mayoría, ha creado en el régimen que estableció con arreglo a la resolución 1244 (2009) una gigantesca brecha normativa que permitiría llegar a una “solución política” unilateral de la cuestión del estatuto definitivo. Un enfoque de esa índole, si realmente lo hubiera adoptado el Consejo, habría privado de sentido a cualquier negociación sobre el estatuto definitivo. Obviamente, eso no era lo que se proponía el Consejo de Seguridad cuando aprobó y puso en práctica la resolución 1244 (2009).

Por último, la mayoría permite que los autores de la declaración unilateral de independencia eludan la aplicación del Marco Constitucional creado en virtud de la resolución 1244 (2009), simplemente fundándose en la alegación de que actuaron fuera de dicho Marco:

“la Corte considera que los autores de dicha declaración no actuaron, ni tuvieron la intención de actuar, en calidad de institución creada por ese orden jurídico [establecido para la fase provisional] y facultada para actuar dentro de él, sino que se propusieron adoptar una medida [la declaración unilateral de independencia] cuyo significado y cuyos efectos estarían fuera de aquel orden” (opinión consultiva, párrafo 105).

Lamentablemente, la mayoría no explica la diferencia entre actuar fuera del orden jurídico y violarlo.

El Magistrado Skotnikov opina que la versión que da la mayoría de la resolución 1244 (2009) es insostenible. Además, el tratamiento que da la Corte a una decisión del Con-

sejo de Seguridad adoptada en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas demuestra que la Corte ha incumplido sus propias responsabilidades en el mantenimiento de la paz y la seguridad con arreglo a la Carta y al Estatuto de la Corte.

En conclusión, el Magistrado Skotnikov señala que el significado y el alcance de la opinión consultiva son tan estrechos y específicos como la cuestión a la que responden. La opinión no examina las consecuencias jurídicas de la declaración unilateral de independencia. No se pronuncia sobre el estatuto definitivo de Kosovo. La Corte deja en claro que “no considera que sea necesario abordar cuestiones tales como si la declaración ha determinado la creación de un Estado o no, o la condición de los actos de reconocimiento, a fin de dar respuesta a la cuestión planteada por la Asamblea General” (opinión consultiva, párrafo 51).

La Corte también señala que

“[l]os debates relativos a la extensión del derecho a la libre determinación y a la existencia de un derecho de “secesión correctiva” conciernen al derecho a separarse de un Estado ... esa cuestión está fuera del alcance de la cuestión planteada por la Asamblea General” (opinión consultiva, párrafo 83).

La opinión consultiva no cuestiona en modo alguno que la resolución 1244 (2009) permanece en vigor en su totalidad (véanse los párrafos 91 y 92 de la opinión consultiva). Ello significa que el “proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo” previsto en dicha resolución (párr. 11 e)) aún no ha concluido y que el Consejo de Seguridad aún no ha aprobado una solución sobre el estatuto definitivo.

Opinión separada del Magistrado Cañado Trindade

1. En su opinión separada, que se compone de 15 partes, el Magistrado Cañado Trindade explica que ha concordado con las conclusiones a que llegó la Corte, sobre la base de un razonamiento distinto al de la Corte. Para empezar, sienta las bases de su posición personal sobre el asunto en cuestión, comenzando por abordar las cuestiones preliminares de competencia y prudencia judicial, con la atención centrada en los *aspectos humanitarios* preponderantes de la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General, y en su deber de ejercer su función consultiva, sin atribuir a la llamada “discrecionalidad” judicial una dimensión que no tiene. Estima que la competencia de la Corte para emitir la presente opinión consultiva está establecida más allá de toda duda, sobre la base del párrafo 1 del Artículo 65 de su Estatuto e incumbe a la Corte, como dueña de su propia competencia, cerciorarse de que la solicitud de opinión consultiva proviene de un órgano dotado de competencia para formularla. La Asamblea General está autorizada por el párrafo 1 del Artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas a solicitar una opinión consultiva de la Corte sobre “cualquier cuestión jurídica”.

2. Además, la propia Corte ha señalado recientemente (en relación con la interpretación del Artículo 12 de la Carta de las Naciones Unidas), que en los últimos años ha habido una “tendencia cada vez mayor” de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad a ocuparse “en forma paralela” de los mismos asuntos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales: mientras el Consejo de Seguridad tiende a centrarse en los aspectos de dichas cuestiones que se relacionan con la paz y la seguridad internacionales, la Asamblea General adopta un enfoque más amplio y considera también sus *aspectos humanitarios, sociales y económicos*. Por otra parte, en su jurisprudencia constante, la Corte ha dejado en claro que no puede atribuir carácter político a una solicitud de opinión consultiva que la invita a realizar una “tarea esencialmente judicial” atinente al alcance de obligaciones impuestas por el derecho internacional, a saber, una apreciación de “la legalidad de la posible conducta de los Estados” con respecto a obligaciones que les impone el derecho internacional. Cuando aprobó, el 8 de octubre de 2008, la resolución 63/3, por la que solicitó una opinión consultiva de la CIJ acerca de la declaración de independencia por las autoridades de Kosovo, la Asamblea General no actuó *ultra vires* con respecto al párrafo 1 del Artículo 12 de la Carta de las Naciones Unidas: estaba plenamente facultada para hacerlo, en el fiel ejercicio de sus funciones con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas.

3. El Magistrado Cañado Trindade descarta, en secuencia, todos los argumentos basados en la llamada “discrecionalidad” judicial, observando que la función consultiva de la Corte no es una simple facultad, que pueda utilizar en uso de su libre discrecionalidad: es una *función*, en definitiva de la mayor importancia para la comunidad internacional en su conjunto, del órgano judicial principal de las Naciones Unidas. La Corte, cuando conoce de un asunto, tiene el deber de desempeñar fielmente sus funciones judiciales, sea en asuntos consultivos o en causas contenciosas. Considera que nuestra edad es la edad de una atención constantemente creciente a los avances del *estado de derecho* en los planos nacional e internacional. La comunidad internacional espera que la Corte actúe a la altura de las elevadas responsabilidades que le incumben; incumbe a la Corte decir el derecho (*juris dictio*) y debe pues emitir, como acaba de hacerlo, la opinión consultiva solicitada, cumpliendo así fielmente sus deberes como órgano judicial principal de las Naciones Unidas.

4. Su siguiente línea de consideraciones (parte III de su opinión separada) atañe a los *antecedentes de hecho* y al contexto de la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General. A su entender, la Corte debería haber dedicado una atención mucho mayor que la que dedicó en la presente opinión consultiva al contexto fáctico —en particular los *antecedentes de hecho*— del asunto que le planteó la Asamblea General, centrándose particularmente en los *aspectos humanitarios preponderantes*. Después de todo, las declaraciones de independencia no se proclaman en un va-

llo social, y exigen que se tengan en cuenta por lo menos sus *causas* inmediatas, relativas a la trágica sucesión de hechos de la prolongada y *grave crisis humanitaria de Kosovo*, que culminó con la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad.

5. Recuerda que esta cuestión, a la que asigna gran importancia, fue, después de todo, señalada reiteradamente a la atención de la Corte, en el curso del presente procedimiento consultivo, por varios participantes, tanto en la fase escrita como en la oral. Añade que, en sucesivas ocasiones anteriores, bastante nítidamente, la CIJ consideró adecuado examinar detenidamente *toda la gama de hechos* que llevaron a las cuestiones llevadas a su conocimiento a los efectos de las opiniones consultivas solicitadas. Así pues, parece bastante extraño que, en la presente opinión consultiva, la Corte haya prestado apenas una breve y somera atención a los *antecedentes de hecho* de la cuestión que le planteó la Asamblea General a los efectos de la presente opinión consultiva.

6. Considera que la *catástrofe humanitaria* de Kosovo merece una detenida atención por parte de la Corte, a los efectos de la presente opinión consultiva. Opina que la Corte debería haber prestado una explícita atención a los antecedentes de hecho y al contexto general de la solicitud de que emitiera una opinión consultiva. Después de todo, la *grave crisis humanitaria* en Kosovo siguió siendo, a lo largo del decenio 1989-1999 (desde la revocación de la autonomía constitucionalmente garantizada de Kosovo en adelante), no sólo una continua amenaza a la paz y la seguridad internacionales —hasta la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, que estableció la administración internacional del territorio por las Naciones Unidas— pero también una tragedia humana marcada por un saldo masivo de muertes, heridas graves de todo tipo y terrible sufrimiento de la población.

7. La Corte no debería haberse autolimitado, como lo hizo en la presente Opinión consultiva, a seleccionar sólo los escasos hechos registrados e instantáneos de las circunstancias que rodearon a la declaración de independencia por las autoridades de Kosovo el 17 de febrero de 2008 y poco tiempo después, haciendo abstracción de sus antecedentes de hecho. Lamenta que esos antecedentes de hecho hayan sido en gran medida eludidos por la Corte, que pareció contentarse con concentrarse en los acontecimientos de 2008-2009, y sólo se refirió breve y elípticamente a esa crisis en Kosovo, sin dar explicación alguna de en qué consistía.

8. Sin embargo, añade el Magistrado Cañado Trindade, esa *grave crisis humanitaria*, tal como se desarrolló en Kosovo a lo largo del decenio de 1990, estuvo marcada por una prolongada pauta de sucesivos crímenes contra civiles, por graves violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, y por el surgimiento de uno de los más horribles crímenes de nuestro tiempo, el de la *depuración étnica*. La privación de la autonomía de Kosovo (anteriormente garantizada por la

Constitución de 1974) en 1989, abrió el camino para el ciclo de discriminación sistemática, violencia de máxima intensidad y atrocidades que, a lo largo de un decenio (1989-1999), victimizaron a grandes sectores de la población de Kosovo, llevando a la aprobación de una serie de resoluciones de los principales órganos políticos de las Naciones Unidas, que culminaron con la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y, un decenio después, en la declaración de independencia de Kosovo.

9. El Magistrado Caçado Trindade estima necesario insertar el asunto en cuestión en el marco más general del *derecho de las Naciones Unidas*. Con tal fin, comienza (en la parte IV de su opinión separada) por recordar los antecedentes pertinentes vinculados con el advenimiento de las organizaciones internacionales, en su creciente atención a las necesidades y aspiraciones del “pueblo” o la “población” (en el sistema de mandatos de la Sociedad de las Naciones, en el sistema de administración fiduciaria de las Naciones Unidas y en los experimentos contemporáneos de administración territorial internacional por las Naciones Unidas). Tales experimentos, en la percepción del Magistrado Caçado Trindade, muestran que las organizaciones internacionales han contribuido a un retorno al derecho de gentes y a un resurgimiento de su visión humanista, fiel a las enseñanzas de los “padres fundadores” del derecho de gentes.

10. Esa visión marcó su presencia en los anteriores experimentos del sistema de mandatos, en la Sociedad de las Naciones, y del sistema de administración fiduciaria, en las Naciones Unidas, como lo hace hoy en las iniciativas de administración internacional de territorios de las Naciones Unidas. En la reevaluación del Magistrado Caçado Trindade, el elemento recurrente de la debida atención a las *condiciones de vida del “pueblo” o la “población”* brinda el denominador común, en una dimensión intertemporal, de los experimentos de los mandatos, los territorios fideicometidos y la contemporánea administración internacional de territorios. Esas instituciones jurídicas, cada una de ellas producto de su tiempo, fueron concebidas y establecidas, en definitiva, para tener en cuenta las necesidades (incluso de protección) y las aspiraciones de los *pueblos*, de los seres humanos, y para dar respuesta a dichas necesidades y aspiraciones.

11. Cuando se examinaban esos experimentos se tomaban en cuenta otras consideraciones. El recurso a analogías de derecho privado es una de ellas. Por ejemplo, la relación de los mandatos, la analogía con el *mandatum* original, un contrato consensual de derecho romano; las raíces de las palabras inglesas “trust” y “tutelage” en la *tutela* de derecho romano (una especie de tutela de los menores); la palabra inglesa *trust*, en cierta medida descendiente de los *fideicomissa* de derecho romano (en las relaciones “fiduciarias”). En todo caso, por esos medios se creaba una nueva relación, en los sistemas de mandatos y de administración fiduciaria, sobre la base de la confianza (el “encargo sagrado”) y, en definitiva, de la conciencia humana. Lo que en definitiva comenzó a

importar fue el bienestar y el desarrollo humano de la *población*, de los habitantes de los territorios bajo mandato y territorios fideicometidos, en vez de la noción de soberanía territorial absoluta. Esos experimentos tenían la finalidad de dar protección jurídica a necesidades recientemente surgidas del “pueblo” o la “población”, y el mandatario, tutor o fideicomisario tenía deberes y no derechos.

12. Al margen de esas analogías de derecho privado, y mucho antes de ellas, estuvieron las enseñanzas de los llamados “padres fundadores” del derecho de gentes (*Law of Nations*), caracterizadas por su perspectiva esencialmente humanista, que el Magistrado Caçado Trindade apoya. Recuerda (en las partes V y VI de la presente opinión separada) que, desde las perspectivas histórica y deontológica, los pueblos asumieron una posición central ya en los primeros días del surgimiento del derecho de gentes (el derecho de gentes se emancipó de sus orígenes de derecho privado). El derecho de gentes se inspiró originalmente en el principio de humanidad *lato sensu*, con un orden jurídico que obliga a todos (a los gobernados tanto como a los gobernantes); el derecho de gentes regula una comunidad internacional que está constituida por seres humanos socialmente organizados en Estados y abarca a toda la humanidad (F. Vitoria, *De Indis - Relectio Prior*, 1538-1539); así concebida, es únicamente el derecho lo que regula las relaciones entre miembros de la *societas gentium* universal (A. Gentili, *De Jure Belli*, 1598). Esta última (*totus orbis*) prevalece sobre la voluntad individual de cada Estado (F. Vitoria). Así pues, existe un derecho de gentes *necesario*, y el derecho de gentes revela la unidad y la universalidad de la humanidad (F. Suárez, *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612).

13. La razón de Estado tiene límites, y el Estado no es un fin en sí mismo, sino un medio para asegurar el orden social de conformidad con la recta razón (*recta ratio*), de modo de perfeccionar a la *societas gentium* que abarca a toda la humanidad (H. Grocio, *De Jure Belli ac Pacis*, 1625). El legislador está sujeto al derecho natural de la razón humana (S. Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium*, 1672), y los individuos, en su asociación en el Estado, deben promover conjuntamente el bien común (C. Wolff, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1749). Desde luego, el mundo ha cambiado totalmente desde la época de esos escritos, pero las aspiraciones humanas han seguido siendo las mismas. El advenimiento, a lo largo del siglo XX, de las organizaciones internacionales, ha contribuido mucho a poner fin a los abusos contra los seres humanos, así como a las violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Las Naciones Unidas, en nuestra época, han procurado obtener la prevalencia de los dictados de la conciencia jurídica universal, especialmente cuando se proponen asegurar condiciones de vida dignas para todos los pueblos, en particular los que están sujetos a opresión.

14. La antigua Corte Permanente de Justicia Internacional (CPIJ) hizo su propia contribución al rescate de

la “población” o el “pueblo” y algunos de sus *obiter dicta* pertinentes al respecto parecen seguir estando dotados de contemporaneidad. Así pues, incluso mucho antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el principio fundamental de igualdad y no discriminación había obtenido reconocimiento judicial. La Declaración Universal colocó al principio en una dimensión más amplia, al tomar al individuo *qua* individuo, *qua* ser humano, independientemente de si es miembro de una minoría, o habitante de un territorio bajo el sistema de mandatos o, más tarde, bajo el sistema de administración fiduciaria. La Declaración Universal recordó en su preámbulo que “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad” (segundo párrafo). Y la Declaración Universal proclamó a continuación, en su artículo 1, que “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

15. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade señala que Las instituciones jurídicas de los mandatos, la administración fiduciaria y la administración internacional de territorios surgieron para brindar protección a los “pueblos” o “poblaciones” que tenían necesidad de ella. Los respectivos arreglos “territoriales” fueron los medios ideados para lograr ese fin, de protección de las “poblaciones” o los “pueblos”. No se trataba de mandatos por los mandatos en sí, ni de administración fiduciaria por la administración fiduciaria en sí, ni se trata de la administración internacional de territorios por la administración en sí. Pasando a las *causas*, como debe hacerse, su fin común se identifica claramente: salvaguardar a los “pueblos” o las “poblaciones” en cuestión.

16. A continuación procede (en la parte VII) a un examen de la grave preocupación expresada por las Naciones Unidas *en conjunto* en relación con la *tragedia humanitaria* en Kosovo. Con tal fin, examina las sucesivas resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad (en el período 1998-2001), por la Asamblea General (en el período 1994-

2008), y por el Consejo Económico y Social (en 1998-1999), así como informes (sobre la UNMIK) y declaraciones del Secretario General (en el período 1999-2008), a todos los cuales atribuye gran importancia, toda vez que ponen de manifiesto los *antecedentes de hecho* de la crisis de Kosovo, que fueron eludidos por la Corte.

17. Después de recordar el principio *ex injuria jus non oritur*, pasa a un examen (en la parte IX de la presente opinión separada) del importante aspecto de las condiciones de vida de la población en Kosovo (a partir de 1989), sobre la base de las argumentaciones formuladas por los participantes en el procedimiento consultivo ante la Corte, en sus fases escrita y oral. También recuerda el reconocimiento judicial (por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia), y pruebas adicionales, de las atrocidades perpetradas en Kosovo (en el decenio 1989-1999), y atribuye una posición central a los sufrimientos del pueblo, de conformidad con el enfoque

humanizante centrado en el pueblo en el derecho internacional contemporáneo.

18. Desde esta óptica, el Magistrado Cançado Trindade reevalúa la integridad territorial en el marco de los fines humanos del Estado, y considera el principio de libre determinación de los pueblos aplicable, más allá de la descolonización, en nuevas situaciones de opresión sistemática, subyugación y tiranía. Subraya la importancia fundamental, en el contexto de la crisis de Kosovo, de los principios de humanidad, así como de igualdad y no discriminación, a fin de extraer la enseñanza básica: ningún Estado puede usar el territorio para destruir a la población; esas atrocidades representan una absurda inversión de los fines del Estado, que fue creado y existe para los seres humanos, y no viceversa.

19. El Magistrado Cançado Trindade añade (en la parte XIV de la presente opinión separada) que las prohibiciones del *jus cogens* tienen una incidencia tanto en el nivel *interestatal* como en el nivel *intraestatal*, esto es, tanto en las relaciones entre los Estados *inter se* como en las relaciones entre los Estados y todos los seres humanos que están bajo sus respectivas jurisdicciones.

20. Añade (en la parte XV) que un examen de los antecedentes de hecho de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, seguida de la declaración de independencia de Kosovo de 17 de febrero de 2008, no deja margen para un examen “técnico” y aséptico de la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General para la presente opinión consultiva. Es la Carta de las Naciones Unidas la que en definitiva guía todo razonamiento. En su opinión, la declaración de independencia de Kosovo solo se puede considerar apropiadamente a la luz de los complejos y trágicos antecedentes de hecho de la *grave crisis humanitaria de Kosovo*, que culminó con la aprobación por el Consejo de Seguridad de su resolución 1244 (1999). El *derecho de las Naciones Unidas* ha estado particularmente atento a las condiciones de vida de la población, en Kosovo como en distintas partes del mundo, a fin de preservar la paz y la seguridad internacionales.

21. Por último, el Magistrado Cançado Trindade recuerda una pregunta que formuló a los participantes al final de las actuaciones orales ante la Corte, en la audiencia de 11 de diciembre de 2009, y las respuestas dadas por 15 de ellos. Se expresó la opinión de que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad tenía la finalidad de crear las condiciones para una autonomía sustancial y una amplia forma de autogobierno en Kosovo, en vista de las circunstancias singulares de Kosovo. En el curso del decenio siguiente (1999-2009), la población de Kosovo pudo, gracias a la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, desarrollar su capacidad para un autogobierno sustancial, como lo demuestra su declaración de independencia adoptada por la Asamblea de Kosovo el 17 de febrero de 2008. Las declaraciones de este tipo no están ni autorizadas ni prohibidas por el derecho internacional, pero sus consecuencias e implicaciones hacen que entre a jugar el derecho internacional.

22. Es cierto que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no determinó el estatuto final de Kosovo, ni previno o impidió que tuviera lugar la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 por la Asamblea de Kosovo. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no ha dictado sentencia alguna sobre la cadena de acontecimientos que han tenido lugar hasta ahora, y la UNMIK se ha adaptado a la nueva situación. Sigue existiendo la presencia de las Naciones Unidas en Kosovo, bajo la égida de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y la permanencia de la presencia de las Naciones Unidas en Kosovo, también de ahora en adelante, parece necesaria, en aras de la seguridad humana, así como de la preservación de la paz y la seguridad internacionales en la región.

23. La *Propuesta integral de Acuerdo sobre el Estatuto de Kosovo* elaborada a mediados de marzo de 2007 por el Enviado Especial del Secretario General de las Naciones Unidas contiene propuestas de medidas detalladas encaminadas a: a) asegurar la promoción y la protección de los derechos de las comunidades y sus miembros (con especial atención a la protección de las minorías serbias); b) la efectiva descentralización del gobierno y la administración pública (para fomentar la participación pública); c) la preservación y la protección del patrimonio cultural y religioso. El objetivo final es la formación y la consolidación de una sociedad democrática multiétnica, regida por el estado de derecho, con la prevalencia del principio fundamental de igualdad y no discriminación, el ejercicio del derecho a la participación en la vida pública y del derecho a la igualdad de acceso a la justicia para todos.

24. En su declaración de independencia de 17 de febrero de 2008, la Asamblea de Kosovo expresamente acepta las recomendaciones del Enviado Especial de las Naciones Unidas y la continuación de la presencia de las Naciones Unidas en Kosovo; además, expresa su compromiso de “actuar de manera compatible con los principios de derecho internacional y las resoluciones del Consejo de Seguridad”, incluida la resolución 1244 (1999). El Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas continúa, en efecto, ejerciendo sus funciones en Kosovo hasta la fecha. El Magistrado Cançado Trindade concluye que los Estados existen para los seres humanos y no viceversa. El derecho internacional contemporáneo ya no es indiferente al destino de la población, el más precioso elemento constitutivo de la calidad de Estado. El advenimiento de las organizaciones internacionales ha ayudado a poner fin a la inversión de los fines del Estado y la expansión de la personalidad jurídica internacional acarreó la expansión de la responsabilidad internacional.

Opinión separada del Magistrado Yusuf

Aunque está en general de acuerdo con la opinión de la Corte, el Magistrado Yusuf adjunta una opinión separada en la que explica sus serias reservas con respecto a, en primer

lugar, lo que considera una lectura restrictiva de la Corte de la cuestión planteada por la Asamblea General, y, en segundo lugar, la inclusión por la Corte del Marco Constitucional establecido bajo los auspicios de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK) en la categoría de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables con arreglo a los cuales debía apreciarse la conformidad de la declaración de independencia con el derecho internacional.

En lo que respecta a la primera cuestión, el Magistrado Yusuf opina que la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General no solo se refería a si el derecho internacional aplicable prohibía la declaración de independencia como tal. Una declaración de independencia es la expresión de una pretensión de obtener separadamente la calidad de Estado. Desde el punto de vista jurídico, la cuestión también se refería a si el proceso por el cual el pueblo de Kosovo estaba tratando de establecer su propio Estado entrañaba una violación del derecho internacional o no, o si dicho proceso podía considerarse compatible con el derecho internacional en vista de la posible existencia de un derecho afirmativo que pudiera legitimarla.

El Magistrado Yusuf considera lamentable que la Corte la Corte haya decidido no abordar este importante aspecto de la cuestión, con lo cual dejó de aprovechar la oportunidad ofrecida por la solicitud de la Asamblea General para definir el alcance y el contenido normativo del derecho poscolonial a la libre determinación. El examen de la cuestión de la libre determinación y la aclaración de su aplicabilidad a este caso específico habría permitido a la Corte contribuir, entre otras cosas, a la prevención del mal uso de ese importante derecho por parte de grupos que promueven las divisiones étnicas y tribales dentro de Estados existentes.

Acto seguido, el Magistrado Yusuf procede a referirse en detalle a sus opiniones sobre el derecho a la libre determinación en su concepción poscolonial y a su ámbito de aplicación. Considera que este derecho se puede ejercer sobre todo dentro de los Estados y examina las circunstancias excepcionales en que una pretensión de libre determinación externa puede ser respaldado por el derecho internacional, así como las condiciones que una pretensión de ese tipo tal vez tenga que cumplir.

Con respecto a la segunda cuestión, relativa a la naturaleza y la condición jurídicas del estatuto del Marco Constitucional para la administración provisional de Kosovo promulgado por el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas, el Magistrado Yusuf opina que los poderes legislativos de que está investido el Representante Especial no eran para la promulgación de normas y principios jurídicos internacionales, sino para legislar para Kosovo y establecer leyes y reglamentos aplicables exclusivamente en Kosovo.

Según él, el Marco Constitucional, así como todos los demás reglamentos promulgados por el Representante Especial

del Secretario General forman parte de un sistema jurídico interno establecido sobre la base de una atribución de competencia derivada de un instrumento jurídico internacional. El hecho de que la fuente de autoridad sea internacional no significa que esos reglamentos reúnan los requisitos para

formar parte del derecho internacional. Como en su opinión el Marco Constitucional no forma parte del derecho internacional, la Corte no debería haberlo tomado en consideración al evaluar la conformidad de la declaración de independencia de Kosovo con el derecho internacional.

181. DETERMINADOS PROCEDIMIENTOS PENALES EN FRANCIA (REPÚBLICA DEL CONGO CONTRA FRANCIA) [DESISTIMIENTO]

Providencia de 16 de noviembre de 2010

En la causa relativa a *Determinados procedimientos penales en Francia (República del Congo contra Francia)*, la Corte Internacional de Justicia dictó una providencia el 16 de noviembre de 2010 en la que dejó constancia del desistimiento y ordenaba el archivo de la causa.

La composición de la Corte era la siguiente: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado, Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; Secretario Couvreur.

*
* *
* *

El texto de la Providencia dice como sigue:

“La Corte Internacional de Justicia, integrada según se indica *supra*,

Habida cuenta del Artículo 48 del Estatuto de la Corte y del artículo 89, párrafo 2, del Reglamento de la Corte,

Habida cuenta de la Solicitud presentada a la Secretaría de la Corte el 9 de diciembre de 2002, en virtud de la cual la República del Congo, remitiéndose al artículo 38, párrafo 5, del Reglamento de la Corte, interpuso una demanda contra la República Francesa en relación con una controversia relativa a determinados procedimientos penales en Francia,

Habida cuenta de la carta del Ministro de Relaciones Exteriores de Francia, de fecha 8 de abril de 2003 y recibida en la Secretaría el 11 de abril de 2003, en virtud de la cual Francia aceptó expresamente la competencia de la Corte para conocer de la demanda,

Habida cuenta de la inclusión de la causa en el Registro General de la Corte el 11 de abril de 2003,

Habida cuenta de la Providencia de 17 de junio de 2003 en virtud de la cual la Corte decidió acerca de la solicitud de imposición de una medida provisional presentada por la República del Congo el 9 de diciembre de 2002,

Habida cuenta de la Providencia de 11 de julio de 2003 por la cual el Presidente de la Corte, teniendo presente el acuerdo de las Partes, fijó el 11 de diciembre de 2003 y el 11 de mayo de 2004 como plazos respectivos para la presentación de la memoria de la República del Congo y de la contramemoria de la República Francesa,

Habida cuenta de la memoria y la contramemoria debidamente presentadas por las Partes dentro de esos plazos,

Habida cuenta de la Providencia de 17 de junio de 2004, en virtud de la cual la Corte, teniendo en cuenta el acuerdo de las Partes y las circunstancias particulares del caso,

autorizó la presentación de una réplica por la República del Congo y de una dúplica por la República Francesa, y fijó los días 10 de diciembre de 2004 y 10 de junio de 2005 como plazos respectivos para la presentación de esos escritos,

Habida cuenta de las Providencias de 8 de diciembre de 2004, 29 de diciembre de 2004, 11 de julio de 2005 y 11 de enero de 2006, en virtud de las cuales esos plazos, teniendo presentes las razones expuestas por la República del Congo y el acuerdo de las Partes, fueron sucesivamente prorrogados hasta los días 10 de enero de 2005, 11 de julio de 2005, 11 de julio de 2005, 11 de enero de 2006 y 11 de julio de 2006 para la presentación de la dúplica,

Habida cuenta de la réplica y de la dúplica debidamente presentadas por las Partes dentro de esos plazos prorrogados,

Habida cuenta de la Providencia de 16 de noviembre de 2009 en virtud de la cual la Corte, haciendo referencia al artículo 101 del Reglamento de la Corte y teniendo presente el acuerdo de las Partes y las circunstancias excepcionales del caso, autorizó la presentación de un escrito adicional por la República del Congo, seguido de un escrito adicional por la República Francesa, y fijó los días 16 de febrero de 2010 y 17 de mayo de 2010 como plazos respectivos para la presentación de esos escritos,

Habida cuenta de los escritos adicionales debidamente presentados por las Partes dentro de los plazos prescritos,

Habida cuenta de las cartas de 9 de febrero de 2010 en las que el Secretario, entre otras cosas, informó a las Partes de que la Corte, actuando con arreglo al artículo 54, párrafo 1, del Reglamento de la Corte, había fijado el día lunes 6 de diciembre de 2010 como fecha para el inicio del procedimiento oral,

Considerando que, por carta de fecha 5 de noviembre de 2010 recibida el mismo día por facsímile en la Secretaría, el Agente de la República del Congo, haciendo referencia al artículo 89, párrafo 2 del Reglamento de la Corte, informó a la Corte de que su Gobierno “retira su demanda” y solicita a la Corte “que dicte una providencia en que deja constancia del desistimiento y ordena el archivo de la causa”,

Considerando que se envió inmediatamente una copia de esa carta al Gobierno de la República Francesa, al que se informó de que el plazo previsto en el artículo 89, párrafo 2, del Reglamento de la Corte, de conformidad con el cual la República Francesa podía manifestar si se oponía al desistimiento, se había fijado en el 12 de noviembre de 2010,

Considerando que, por carta de fecha 8 de noviembre de 2010 recibida el mismo día por facsímile, la Agente de la República Francesa informó a la Corte de que su Gobierno “no tenía objeciones al desistimiento de la República del Congo”,

Deja constancia del desistimiento de la República del Congo; y

Ordena el archivo de la causa.”

182. CAUSA RELATIVA A AHMADOU SADIO DIALLO (REPÚBLICA DE GUINEA CONTRA LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO)

Fallo de 30 de noviembre de 2010

El 30 de noviembre de 2010, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo en la causa relativa a *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea contra República Democrática del Congo)*.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood; Magistrados *ad hoc* Mahiou, Mampuya; Secretario Couvreur.

*
* *

El párrafo dispositivo (párr. 165) del fallo dice lo siguiente:

“ ...

LA CORTE,

1) Por ocho votos contra seis,

Determina que la pretensión de la República de Guinea relativa a la detención y la prisión del Sr. Diallo en 1988-1989 es inadmisibles;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Skotnikov, Greenwood; Magistrado *ad hoc* Mampuya;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Al-Khasawneh, Simma, Bennouna, Cançado Trindade, Yusuf; Magistrado *ad hoc* Mahiou;

2) Por unanimidad,

Determina que, con respecto a las circunstancias en las cuales el Sr. Diallo fue expulsado del territorio congolés el 31 de enero de 1996, la República Democrática del Congo violó el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos;

3) Por unanimidad,

Determina que, con respecto a las circunstancias en las cuales el Sr. Diallo fue detenido y mantenido en prisión en 1995-1996 con miras a su expulsión, la República Democrática del Congo violó los párrafos 1 y 2 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 6 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos;

4) Por trece votos contra uno,

Determina que, al no informar al Sr. Diallo sin retraso alguno, en ocasión de su detención en 1995-1996, de sus derechos con arreglo al apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones

Consulares, la República Democrática del Congo violó las obligaciones que le incumben con arreglo a dicho apartado;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood; Magistrado *ad hoc* Mahiou;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado *ad hoc* Mampuya;

5) Por doce votos contra dos,

Rechaza todas las otras peticiones de la República de Guinea relacionadas con las circunstancias en las cuales el Sr. Diallo fue detenido y mantenido en prisión en 1995-1996 con miras a su expulsión;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood; Magistrado *ad hoc* Mampuya;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Cançado Trindade; Magistrado *ad hoc* Mahiou;

6) Por nueve votos contra cinco,

Determina que la República Democrática del Congo no ha violado los derechos propios del Sr. Diallo como socio en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Skotnikov, Greenwood; Magistrado *ad hoc* Mampuya;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Al-Khasawneh, Bennouna, Cançado Trindade, Yusuf; Magistrado *ad hoc* Mahiou;

7) Por unanimidad,

Determina que la República Democrática del Congo tiene la obligación de dar una reparación adecuada, en forma de indemnización, a la República de Guinea por las consecuencias perjudiciales de las violaciones de las obligaciones mencionadas en los apartados 2) y 3) *supra*;

8) Por unanimidad,

Decide que, en caso de no lograrse un acuerdo entre las partes sobre este punto dentro de seis meses a contar de la fecha del presente fallo, la cuestión de la indemnización debida a la República de Guinea será resuelta por la Corte, y reserva a estos efectos las posteriores actuaciones en la causa.”

*
* *

Los Magistrados Al-Khasawneh, Simma, Bennouna, Cançado Trindade y Yusuf anexaron una declaración conjunta al fallo de la Corte; los Magistrados Al-Khasawneh y Yusuf anexaron una opinión disidente conjunta al fallo de la Corte; los Magistrados Keith y Greenwood anexaron una declaración conjunta al fallo de la Corte; el Magistrado Bennouna anexó una opinión disidente al fallo de la Corte; el Magistrado Cançado Trindade anexó una opinión separada al fallo de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Mahiou anexó una opinión disidente al fallo de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Mampuya anexó una opinión separada al fallo de la Corte.

*

* *

Después de recordar la historia del procedimiento y las argumentaciones de las partes (párrafos 1 a 14 del fallo), la Corte presenta su razonamiento en cuatro partes.

I. *Antecedentes generales de hecho* (párrs. 15 a 20)

La Corte dedica la primera parte de su fallo a recordar los antecedentes generales de hecho de la causa. Observa que, en su fallo de 24 de mayo de 2007, declaró que la demanda de la República de Guinea era admisible en lo que se refiere a la protección de los derechos del Sr. Ahmadou Sadio Diallo como individuo, y en lo que se refiere a la protección de sus derechos propios como socio en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire. Dice que, por consiguiente, considerará por su orden las cuestiones de la protección de los derechos del Sr. Diallo como individuo (párrs. 21 a 98) y la protección de sus derechos propios como socio en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire (párrs. 99 a -159). A la luz de las conclusiones a que llegue sobre esas cuestiones, la Corte pasará a examinar las pretensiones de reparación formuladas por Guinea en sus conclusiones finales (párrs. 160 a 164).

II. *Protección de los derechos del Sr. Diallo como individuo* (párrs. 21 a 98)

En sus argumentos tales como se presentaron en definitiva, Guinea sostiene que el Sr. Diallo fue víctima en 1988-1989 de medidas de detención y prisión violatorias del derecho internacional tomadas por las autoridades de la República Democrática del Congo y en 1995-1996 de medidas de detención, prisión y expulsión también violatorias del derecho internacional. Con esa base, Guinea argumenta que tiene derecho a ejercer la protección diplomática de su nacional a ese respecto.

La República Democrática del Congo sostiene que la pretensión relacionada con los acontecimientos de 1988-1989 se presentó tardíamente y que, por consiguiente, debe ser rechazada por inadmisibile. Alternativamente, la República Democrática del Congo sostiene que dicha pretensión debe rechazarse por falta de agotamiento de los recursos internos, o, de no ser así, debe rechazarse en cuanto al fondo. La República Democrática del Congo niega que el trato dado al Sr.

Diallo en 1995-1996 haya sido violatorio de sus obligaciones con arreglo al derecho internacional.

A. *La pretensión relativa a las medidas de detención y prisión tomadas contra el Sr. Diallo en 1988-1989* (párrs. 24 a 48)

A fin de decidir si la pretensión relacionada con los acontecimientos de 1988-1989 fue planteada tardíamente, la Corte debe en primer lugar determinar exactamente cuándo se hizo valer por primera vez dicha pretensión en las presentes actuaciones.

La Corte observa que, para comenzar, debe tomarse nota de que en la demanda de 28 de diciembre de 1998 por la que se incoó el procedimiento no hay nada que haga referencia a los acontecimientos de 1988-1989, que tampoco fueron mencionados en la memoria que presentó Guinea de conformidad con el párrafo 1 del artículo 49 del Reglamento de la Corte el 23 de marzo de 2001. Observa que recién cuando la parte demandante presentó sus observaciones escritas sobre las excepciones preliminares planteadas por la parte demandada el 7 de julio de 2003 se mencionaron por primera vez la detención y la prisión del Sr. Diallo en 1988-1989.

En opinión de la Corte, no puede considerarse que la pretensión relativa a los acontecimientos de 1988-1989 fue presentada por Guinea en sus observaciones escritas de 7 de julio de 2003. Según la Corte, la finalidad de esas observaciones era responder a las excepciones de la República Democrática del Congo con respecto a la admisibilidad. Como se trata de un procedimiento incidental iniciado en virtud de las excepciones preliminares de la República Democrática del Congo, Guinea no podía presentar ningún argumento fuera de los relativos al fondo de las excepciones y la forma en que la Corte debía considerarlas. Consiguientemente, las observaciones escritas de 7 de julio de 2003 no pueden interpretarse en el sentido de que introdujeron en el procedimiento una pretensión adicional de la parte demandante. En particular, la Corte observa a continuación que Guinea presentó por primera vez su pretensión relativa a los acontecimientos de 1988-1989 en su réplica, presentada el 19 de noviembre de 2008, cuando la Corte ya había dictado su fallo sobre las excepciones preliminares. En la réplica se describen en detalle las circunstancias que rodearon la detención y la prisión del Sr. Diallo en 1988-1989, se dice que ellas “indiscutiblemente figuran entre los actos ilícitos por los que Guinea está procurando que se haga internacionalmente responsable a la parte demandada” e indica por primera vez cuáles eran, desde el punto de vista de la parte demandante, las obligaciones, principalmente basadas en tratados, que había violado la parte demandada en relación con los actos de que se trataba.

Habiendo determinado exactamente cuándo se introdujo en el procedimiento la pretensión relativa a los acontecimientos de 1988-1989, la Corte puede ahora decidir si dicha pretensión debería considerarse tardía, y consiguientemente inadmisibile. El fallo dictado el 24 de mayo de 2007 sobre las

excepciones preliminares de la República Democrática del Congo no impide que la parte demandada plantee ahora la objeción de que la pretensión adicional se presentó tardíamente, porque la pretensión se presentó, como acaba de decirse, después de haberse dictado el fallo de 2007.

Fundándose en su jurisprudencia relativa a las pretensiones adicionales planteadas —por un demandante— en el curso del procedimiento, la Corte opina que tales pretensiones son inadmisibles si determinarían, en caso de ser consideradas, una transformación de “el objeto de la controversia originalmente planteada ante [la Corte] según los términos de la demanda” (*Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (Nicaragua contra Honduras)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007 (II)*, pág. 695, párr. 108).

Sin embargo, la Corte recuerda que también ha dejado en claro anteriormente que “el solo hecho de que una pretensión sea nueva no es en sí mismo decisivo para la cuestión de admisibilidad” y que:

“A fin de determinar si una nueva pretensión presentada durante el curso del procedimiento es admisible, la Corte tiene que considerar si, “aunque sea formalmente una nueva pretensión, la pretensión de que se trate puede considerarse incluida en sustancia en la pretensión original”” (*Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (Nicaragua contra Honduras)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007 (II)*, pág. 695, párr. 110, citando la causa relativa a *Ciertas tierras fosfáticas en Nauru (Nauru contra Australia)*, excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 1992*, págs. 265 y 266, párr. 65.)

En otras palabras, una pretensión nueva no es inadmisibles *ipso facto*; la consideración decisiva es la naturaleza de la conexión entre dicha pretensión y la que se formuló en la demanda por la que se incoó el procedimiento.

A este respecto, la Corte también ha tenido ocasión de señalar que, para concluir que la nueva pretensión, desde el punto de vista de la sustancia, estaba incluida en la pretensión original, “no es suficiente que entre ellas existan vínculos de naturaleza general” (*Delimitación marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (Nicaragua contra Honduras)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007 (II)*, pág. 695, párr. 110).

La Corte recuerda que, para ser admisible, la pretensión adicional debe estar implícita en la demanda o debe surgir directamente de la cuestión que constituye el objeto de dicha demanda.

La Corte concluye que no puede considerar que esta pretensión esté “implícita” en la pretensión original enunciada en la demanda. La pretensión inicial se refería a las violaciones de los derechos individuales del Sr. Diallo que según alegaba Guinea habrían resultado de las medidas de detención, prisión y expulsión tomadas contra él en 1995-1996. Es difícil ver cómo esas alegaciones relativas a otras medidas de detención y prisión, tomadas en un momento diferente y en distintas circunstancias, podrían considerarse

“implícitas” en la demanda relativa a los acontecimientos de 1995-1996. Ello es particularmente así habida cuenta de que los fundamentos jurídicos de las detenciones del Sr. Diallo en 1988-1989, por un lado, y en 1995-1996, por otro, fueron completamente diferentes. Su primera detención fue llevada a cabo como parte de una investigación penal por fraude iniciada por la Fiscalía de Kinshasa. La segunda fue ordenada con miras a cumplir un decreto de expulsión, es decir, como parte de un procedimiento administrativo. Entre otras consecuencias, de ello se deriva que las normas internacionales aplicables —de cuya supuesta violación se acusa a la República Democrática del Congo— son diferentes en parte, y que los recursos internos de cuyo agotamiento previo depende como regla general el ejercicio de la protección diplomática son también diferentes en naturaleza.

La Corte considera que este último punto merece particular atención. Como, según se ha observado *supra*, la nueva pretensión recién fue introducida en la etapa de réplica, la parte demandada ya no podía hacer valer las excepciones preliminares a su respecto, pues tales excepciones deben ser presentadas, con arreglo al artículo 79 del Reglamento de la Corte aplicable a este procedimiento, dentro del plazo fijado para la presentación de la contramemoria (y, con arreglo a dicho artículo según el texto en vigor a partir del 1 de febrero de 2001, dentro de los tres meses siguientes a la presentación de la memoria). El derecho de la parte demandada a plantear las excepciones preliminares, es decir, excepciones sobre las cuales la Corte debe pronunciarse antes de que comience el debate sobre el fondo (véase *Cuestiones relacionadas con la interpretación y la aplicación del Convenio de Montreal de 1971, planteadas de resultas del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia contra Reino Unido)*, excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 1998*, pág. 26, párr. 47), es un derecho procesal fundamental. Ese derecho es infringido si la parte demandante hace valer una pretensión sustancialmente nueva después de la contramemoria, es decir, en un momento en que la parte demandada todavía pueda plantear objeciones respecto de la admisibilidad y la competencia, pero no excepciones preliminares. Ello es especialmente así en una causa atinente a la protección diplomática cuando, como en el presente caso, la nueva pretensión se refiere a hechos con respecto a los cuales los recursos disponibles en el sistema interno son diferentes de los que se podían haber ejercido con respecto a los hechos en que se fundaba la pretensión inicial.

La Corte considera que, por consiguiente, no puede decirse que la pretensión adicional con respecto a los acontecimientos de 1988-1989 estuviera “implícita” en la demanda inicial.

Por análogas razones, la Corte no estima que sea posible concluir que la nueva pretensión surge “directamente de la cuestión que constituye el objeto de dicha demanda”. Sería particularmente extraño considerar que la pretensión relativa a los acontecimientos de 1988-1989 surge “directamente” de la cuestión que constituye el objeto de la demanda en la

medida en que la pretensión se refiere a hechos, perfectamente conocidos de Guinea en la fecha en que se presentó la demanda, que son de fecha muy anterior a aquellos con respecto a los cuales se presentó la demanda (en la parte relativa a la alegada violación de los derechos individuales del Sr. Diallo).

Por todas las razones expuestas *supra*, la Corte determina que la pretensión relativa a las medidas de detención y prisión a que estuvo sometido el Sr. Diallo en 1988-1989 es inadmisibles.

A la luz de la determinación que antecede, la Corte estima que no es necesario que considere si la República Democrática del Congo tiene derecho a plantear, en esta etapa del procedimiento, una objeción a la pretensión de que se trate basada en el no agotamiento de los recursos locales, ni si, en caso afirmativo, dicha objeción estaría justificada.

B. *La pretensión relativa a las medidas de detención, prisión y expulsión tomadas contra el Sr. Diallo en 1995-1996* (párrs. 49 a 98)

La Corte presenta su razonamiento sobre este punto en dos subsecciones, la primera de ellas está dedicada a los hechos probados en la causa y la segunda a la consideración de tales hechos a la luz del derecho internacional aplicable, a saber: a) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; b) la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; c) la prohibición de someter a un detenido a malos tratos, y d) la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

1. *Los hechos* (párrs. 49 a 62)

La Corte recuerda que algunos de los hechos relacionados con las medidas de detención, prisión y expulsión tomadas contra el Sr. Diallo entre octubre de 1995 y enero de 1996 son reconocidos por ambas partes; otros, en cambio, son controvertidos. Enuncia brevemente (párr. 50) los hechos sobre los cuales las partes están de acuerdo, antes de pasar a aquéllos sobre los cuales las partes tienen marcadas discrepancias. Éstos se refieren, por un lado, a la situación del Sr. Diallo entre el 5 de noviembre de 1995, cuando fue detenido por primera vez, y su liberación el 10 de enero de 1996, y, por otro lado, a su situación durante el período comprendido entre esta última fecha y su expulsión efectiva el 31 de enero de 1996.

En lo tocante al primero de esos períodos, Guinea sostiene que el Sr. Diallo estuvo continuamente en prisión durante 66 días consecutivos. Según la República Democrática del Congo, el Sr. Diallo solo estuvo en prisión durante dos días en el primer caso y posteriormente durante no más de ocho días. En lo tocante al período comprendido entre el 10 de enero y el 31 de enero de 1996, Guinea sostiene que el Sr. Diallo fue nuevamente detenido el 14 de enero de 1996, por orden del Primer Ministro de la República Democrática del Congo a los efectos de hacer efectivo el decreto de expulsión, y siguió detenido hasta que fue deportado por el aeropuerto de Kinshasa el 31 de enero, es decir, durante otros 17 días. Por su parte, la República Democrática del Congo afirma que el

Sr. Diallo estuvo en libertad desde el 10 de enero hasta el 25 de enero de 1996, fecha en la cual fue detenido antes de ser expulsado unos días después, el 31 de enero.

Además, la Corte recuerda que las partes también discrepan acerca de cómo fue tratado el Sr. Diallo durante los períodos en los que estuvo privado de su libertad.

Al estar frente a un desacuerdo entre las partes en lo tocante a la existencia de los hechos pertinentes para la decisión de la causa, la Corte debe en primer lugar abordar la cuestión de la carga de la prueba. La Corte recuerda que, por regla general, incumbe a la parte que alega un hecho en apoyo de sus pretensiones probar la existencia de ese hecho (véase, como ejemplo más reciente, el fallo dictado en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina contra Uruguay)*, fallo de 20 de abril de 2010, párr. 162). Señala, empero, que sería equivocado considerar que esa regla, basada en la máxima *onus probandi incumbit actori*, es una regla absoluta, que deba aplicarse en todas las circunstancias. La determinación de la carga de la prueba depende realmente de la materia y la naturaleza de cada controversia planteada ante la Corte; varía según el tipo de hechos que sea necesario establecer para la decisión de la causa.

La Corte dice a continuación que, en particular cuando, como en el presente procedimiento, se alega que una autoridad pública no ha brindado a una persona determinadas garantías procesales a las que tenía derecho, por regla general no se puede exigir a la parte demandante que pruebe el hecho negativo que está afirmando. Una autoridad pública está por lo general en condiciones de demostrar que ha seguido los procedimientos adecuados y ha aplicado las garantías exigidas por la ley —si así ocurrió— produciendo prueba documental de las acciones que se llevaron a cabo. Sin embargo, no en todos los casos en que la parte demandada no puede probar el cumplimiento de una obligación procesal puede inferirse que no la ha respetado; ello depende en gran medida de la naturaleza precisa de la obligación de que se trate; algunas obligaciones normalmente entrañan la confección de documentos escritos, y otras no. La Corte observa que también se debe tener en cuenta el tiempo transcurrido desde los acontecimientos.

Incumbe a la Corte evaluar todas las pruebas que fueron producidas por las dos partes y estuvieron debidamente sometidas al control de la contraparte, con miras a llegar a sus conclusiones. En resumen, la Corte determina que cuando se trata de establecer hechos como los que están en litigio en la presente causa, ninguna de las partes está sola en cuanto a soportar la carga de la prueba.

A la Corte no le resulta convincente la alegación de la República Democrática del Congo de que el Sr. Diallo fue liberado en una fecha tan temprana como el 7 de noviembre de 1995 y luego recién fue nuevamente detenido a comienzos de enero de 1996, antes de ser nuevamente liberado el 10 de enero. Después de enunciar las razones que la llevaron a formar esta opinión (párr. 59), la Corte concluye que el Sr.

Diallo estuvo continuamente detenido durante 66 días, del 5 de noviembre de 1995 al 10 de enero de 1996. Por otro lado, la Corte no acepta la afirmación de la parte demandante de que el Sr. Diallo volvió a ser detenido el 14 de enero de 1996 y siguió en prisión hasta que fue expulsado el 31 de enero. Esta pretensión, que es controvertida por la parte demandada, no está corroborada por ninguna clase de pruebas. Sin embargo, desde que la República Democrática del Congo ha reconocido que el Sr. Diallo fue detenido, a más tardar, el 25 de enero de 1996, la Corte considerará establecido que estuvo detenido entre el 25 y el 31 de enero de 1996. Tampoco puede la Corte aceptar las alegaciones de amenazas de muerte contra el Sr. Diallo que se dice que habrían hecho sus guardias, en ausencia de cualquier clase de pruebas en apoyo de esas alegaciones.

2. *Consideración de los hechos a la luz del derecho internacional aplicable* (párrs. 63 a 98)

Guinea sostiene que las circunstancias en las cuales el Sr. Diallo fue detenido, mantenido en prisión y expulsado en 1995-1996 constituyen en varios aspectos una violación de las obligaciones de la República Democrática del Congo.

Primero, se dice que la expulsión del Sr. Diallo violó el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el “Pacto”) de 16 de diciembre de 1966, del que Guinea y la República Democrática del Congo pasaron a ser partes el 24 de abril de 1978 y el 1 de febrero de 1977, respectivamente, así como el párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante la “Carta Africana”) de 27 de junio de 1981, que entró en vigor para Guinea el 21 de octubre de 1986 y para la República Democrática del Congo el 28 de octubre de 1987.

Segundo, se dice que la detención y la prisión del Sr. Diallo violaron los párrafos 1 y 2 del artículo 9 del Pacto y el artículo 6 de la Carta Africana.

Tercero, se dice que el Sr. Diallo padeció condiciones de detención comparables a formas de tratos inhumanos o degradantes que están prohibidos por el derecho internacional.

Cuarto y último, se dice que el Sr. Diallo no fue informado, cuando fue detenido, de su derecho a pedir la asistencia consular de su país, con violación del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963, que entró en vigor para Guinea el 30 de julio de 1988 y para la República Democrática del Congo el 14 de agosto de 1976.

La Corte examina sucesivamente si cada una de esas afirmaciones es fundada.

a) *La alegada violación del artículo 13 del Pacto y el párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana* (párrs. 64 a 74)

La Corte recuerda que el artículo 13 del Pacto dice lo siguiente:

“El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.”

Análogamente, el párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana dispone lo siguiente: “Un no nacional legalmente admitido en un territorio de un Estado Parte en la presente Carta, solo podrá ser expulsado de él en virtud de una decisión tomada de conformidad con la ley.”

La Corte determina que de los términos de las dos disposiciones citadas *supra* surge que la expulsión de un extranjero que esté lícitamente en el territorio de un Estado que sea parte en dichos instrumentos solo puede ser compatible con las obligaciones de ese Estado si se decide de conformidad con “la ley”, en otras palabras, el derecho interno aplicable a ese respecto. En este punto, el cumplimiento del derecho internacional es en cierta medida dependiente del cumplimiento del derecho interno. Sin embargo, está claro que, si bien la “conformidad con la ley” así definida es una condición necesaria para el cumplimiento de las disposiciones mencionadas, no es una condición suficiente. Primero, la ley interna aplicable debe ser en sí misma compatible con las demás exigencias del Pacto y la Carta Africana; segundo, la expulsión no debe ser de naturaleza arbitraria, pues la protección contra el tratamiento arbitrario está en el corazón de los derechos garantizados por las normas internacionales que protegen los derechos humanos, en particular los enunciados en los dos tratados aplicables en la presente causa.

La Corte añade que la interpretación expuesta *supra* está plenamente corroborada por la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos establecido por el Pacto para asegurar el cumplimiento de dicho instrumento por los Estados partes (véase por ejemplo, a este respecto, *Maroufidou contra Suecia*, No. 58/1979, párr. 9.3; *Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*).

Desde que fue creado, el Comité de Derechos Humanos ha construido un considerable cuerpo de jurisprudencia interpretativa, en particular mediante sus conclusiones en respuesta a las comunicaciones individuales que pueden presentarse ante él con respecto a los Estados partes en el primer Protocolo facultativo, así como mediante sus “observaciones generales”.

La Corte observa que, aun cuando en el ejercicio de sus funciones judiciales no está en modo alguno obligada a ajustar su propia interpretación del Pacto a la del Comité, estima que debe asignar mucho peso a la interpretación adoptada por este órgano independiente que fue establecido especifi-

camente para supervisar la aplicación de dicho tratado. En este aspecto lo importante es lograr la claridad necesaria y la congruencia esencial del derecho internacional, así como la seguridad jurídica, a la que tienen derecho tanto los individuos con derechos garantizados como los Estados obligados a cumplir las obligaciones convencionales.

Análogamente, la Corte señala que cuando, como en este procedimiento, haya de aplicar un instrumento regional de protección de los derechos humanos, debe tener debidamente en cuenta la interpretación de dicho instrumento adoptada por los órganos independientes que se hayan creado específicamente, si tal es el caso, para supervisar la correcta aplicación del tratado en cuestión. En la presente causa, la interpretación que se ha dado *supra* al párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana es armónica con la jurisprudencia de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos establecida por el artículo 30 de dicha Carta (véase, por ejemplo, *Kenneth Good contra República de Botswana*, No. 313/05, párr. 204; *Organización Mundial contra la Tortura y Asociación Internacional de Juristas Demócratas, Comisión Internacional de Juristas, Unión Interafricana pro Derechos Humanos contra Rwanda*, No. 27/89, 46/91, 49/91, 99/93).

La Corte también señala que la interpretación dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente, del artículo 1 del Protocolo No. 7 al Convenio (Europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y el párrafo 6 del artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —disposiciones sustancialmente muy próximas a las del Pacto y la Carta Africana que la Corte está aplicando en la presente causa— es congruente con lo que se ha determinado con respecto a estas últimas disposiciones en el párrafo 65 del presente fallo.

Según Guinea, la decisión de expulsar al Sr. Diallo, primero, violó el artículo 13 del Pacto y el párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana porque no fue adoptada de conformidad con el derecho interno congolés, por tres razones:

- debió haber sido firmada por el Presidente de la República y no por el Primer Ministro;
- debió haber estado precedida por la consulta a la Junta Nacional de Inmigración;
- y debió haber indicado los fundamentos de la expulsión, cosa que no hizo.

A la Corte no le resulta convincente el primero de esos argumentos. Es cierto que el artículo 15 de la Ordenanza Legislativa del Zaire de 12 de septiembre de 1983 relativa al control de la inmigración, en la versión en vigor en ese momento, confería al Presidente de la República, y no al Primer Ministro, la facultad de expulsar a un extranjero. Sin embargo, la República Democrática del Congo explica que desde la entrada en vigor del Acto Constitucional de 9 de abril de 1994, las facultades conferidas por disposiciones legislativas particulares al Presidente de la República se entienden trans-

feridas al Primer Ministro —aunque dichas disposiciones no hayan sido formalmente enmendadas— con arreglo al párrafo 2 del artículo 80 de la nueva Constitución, que dispone que “el Primer Ministro ejercerá la potestad reglamentaria mediante decretos deliberados en el Consejo de Ministros”.

La Corte recuerda que incumbe a cada Estado, en primera instancia, interpretar su propio derecho interno. La Corte no está, en principio, facultada para hacer que su propia interpretación sustituya a la de las autoridades nacionales, especialmente cuando dicha interpretación proviene de los más altos tribunales nacionales (véase, para este último caso, *Empréstitos serbios, fallo No. 14, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 20*, pág. 46 y *Empréstitos brasileños, fallo No. 15, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 21*, pág. 124). Excepcionalmente, cuando un Estado presenta una interpretación manifiestamente incorrecta de su derecho interno, particularmente a fin de obtener una ventaja en una causa pendiente, incumbe a la Corte adoptar la interpretación que considere adecuada.

La Corte determina que ésa no es la situación actual y dice que la interpretación que hace la República Democrática del Congo de su Constitución, de la que surge que el párrafo 2 del artículo 80 produce determinados efectos en las leyes que estaban vigentes en la fecha en que se adoptó esa Constitución, no parece manifiestamente incorrecta. A continuación explica que no se ha controvertido que esa interpretación correspondiera, en el momento de que se trata, a la práctica general de las autoridades constitucionales. La República Democrática del Congo ha incluido en el expediente de la causa, a ese respecto, varios otros decretos de expulsión dictados en la misma época, todos ellos firmados por el Primer Ministro. Consiguientemente, aunque sería posible en teoría discutir la validez de esa interpretación, ciertamente no le incumbe a la Corte adoptar una interpretación diferente del derecho interno congolés a los efectos de la decisión de la presente causa. Por consiguiente, la Corte determina que no se puede concluir que el decreto por el que se expulsó al Sr. Diallo no haya sido dictado “de conformidad con la ley” por haber sido firmado por el Primer Ministro.

Sin embargo, la Corte opina que dicho decreto no cumplió las disposiciones del derecho congolés por otras dos razones.

Primera, la Corte señala que no estuvo precedido por la consulta a la Junta Nacional de Inmigración, cuyo dictamen, según el artículo 16 de la mencionada Ordenanza Legislativa relativa al control de la inmigración, es preceptivo antes de que se tome una medida de expulsión contra un extranjero que tenga permiso de residencia. La República Democrática del Congo no ha controvertido que la situación del Sr. Diallo lo colocaba dentro del alcance de esa disposición, ni que se omitió la consulta a la Junta. Esa omisión está confirmada por la ausencia en el decreto de una cita que mencione el dictamen de la Junta, mientras que todos los demás decretos de expulsión incluidos en el expediente de la causa citan específicamente tal dictamen, de conformidad con el artículo 16 de la Ordenanza Legislativa que, además, concluye estipulando

que la decisión “mencionará el hecho de que se consultó a la Junta”.

Segunda, la Corte observa que el decreto de expulsión debía haber estado “motivado” de conformidad con el artículo 15 de la Ordenanza Legislativa de 1983; en otras palabras, debía haber indicado los fundamentos de la decisión adoptada. El hecho es que no puede considerarse en modo alguno que la fundamentación general y estereotipada incluida en el decreto cumpla con los requisitos de la legislación. El decreto se limita a decir que la “presencia y la conducta [del Sr. Diallo] han comprometido y continúan comprometiendo el orden público zairense, especialmente en las esferas económica, financiera y monetaria”. La primera parte de esa oración simplemente parafrasea el fundamento jurídico de toda medida de expulsión según el derecho congolés, pues el artículo 15 de la Ordenanza Legislativa de 1983 permite la expulsión de un extranjero “que, por su presencia o por su conducta, comprometa o amenace comprometer la tranquilidad o el orden público”. En cuanto a la segunda parte, si bien representa una adición, es tan vaga que es imposible saber en razón de qué actividades se estimaba que la presencia del Sr. Diallo era apta para amenazar el orden público (en el mismo sentido, *mutatis mutandis*, véase *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti contra Francia)*, fallo, I.C.J. Reports 2008, pág. 231, párr. 152).

Por consiguiente, la Corte opina que la formulación empleada por el autor del decreto equivale a una falta de motivación de la medida de expulsión.

Así pues, la Corte concluye que en dos importantes aspectos, relativas a las garantías procesales conferidas a los extranjeros por el derecho congolés con el fin de proteger a las personas de que se trate contra el riesgo de tratamiento arbitrario, la expulsión del Sr. Diallo no fue decidida “de conformidad con la ley”. Consiguientemente, añade, independientemente de si dicha expulsión estuvo justificada en cuanto al fondo, cuestión sobre la que volverá más adelante en el fallo, la medida controvertida violó el artículo 13 del Pacto y el párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana.

Además, la Corte considera que Guinea tiene razón en sostener que el derecho reconocido por el artículo 13 a un extranjero afectado por una medida de expulsión a “exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente” no fue respetado en el caso del Sr. Diallo. Observa que es efectivamente cierto que, ni antes de que el decreto de expulsión fuera firmado, el 31 de octubre de 1995, ni posteriormente pero antes de dicho decreto fuera cumplido, el 31 de enero de 1996, se permitió al Sr. Diallo presentar su defensa ante una autoridad competente para tomar en consideración sus argumentos y adoptar una decisión sobre la respuesta que correspondiera.

Es cierto que, como ha señalado la República Democrática del Congo, el artículo 13 del Pacto prevé una excepción al derecho de un extranjero a exponer sus razones cuando

se opongan a ello “razones imperiosas de seguridad nacional”. La parte demandada sostiene que tal fue precisamente el caso aquí. Sin embargo, la Corte observa que la República Democrática del Congo no le ha presentado ninguna información tangible que pueda establecer la existencia de tales “razones imperiosas”. La Corte continúa diciendo que en principio incumbe indudablemente a las autoridades nacionales considerar las razones de orden público que permitan justificar la adopción de una medida de policía u otra. Pero cuando ello entrañe dejar de lado una importante garantía procesal consagrada en un tratado internacional, no puede simplemente dejarse en manos del Estado de que se trate la determinación de las circunstancias que, excepcionalmente, permiten dejar de lado esa garantía. Incumbe al Estado demostrar que existían las “razones imperiosas” requeridas por el Pacto, o, como mínimo, que podía razonablemente haberse concluido que existían, habida cuenta de las circunstancias que rodearon a la medida de expulsión.

En la presente causa, la Corte considera que la parte demandada no ha hecho tal demostración. También por este fundamento, la Corte concluye que se violó el artículo 13 del Pacto en relación con las circunstancias en las cuales el Sr. Diallo fue expulsado.

b) *La alegada violación de los párrafos 1 y 2 del artículo 9 del Pacto y el artículo 6 de la Carta Africana* (párrs. 75 a 85)

La Corte comienza recordando que los párrafos 1 y 2 del artículo 9 del Pacto disponen lo siguiente:

“1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.”

También recuerda que el artículo 6 de la Carta Africana dispone lo siguiente:

“Todo individuo tendrá derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las razones y con arreglo a las condiciones previamente establecidas por la ley. En particular, nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias.”

Según Guinea, las disposiciones mencionadas fueron violadas cuando el Sr. Diallo fue detenido y mantenido en prisión en 1995-1996 a los efectos de dar cumplimiento al decreto de expulsión, por varias razones. Primero, las privaciones de libertad que sufrió no tuvieron lugar “con arreglo al procedimiento establecido en” la ley, en el sentido del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto, ni “con arreglo a las condiciones previamente establecidas por la ley” en el sentido del artículo 6 de la Carta Africana. Segundo, fueron “arbitrarias”

en el sentido de esas disposiciones. Tercero, el Sr. Diallo no fue informado, en el tiempo de sus detenciones, de las razones de ellas, ni fue informado de las acusaciones formuladas contra él, lo cual constituyó una violación del párrafo 2 del artículo 9 del Pacto.

La Corte examina sucesivamente si cada una de esas afirmaciones es fundada.

La Corte dice que ante todo es necesario hacer una observación general. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 9 del Pacto, así como las del artículo 6 de la Carta Africana, se aplican en principio a cualquier forma de detención o prisión decidida y llevada a cabo por una autoridad pública, cualesquiera sean su fundamento jurídico y el objetivo que se busca (véase a este respecto, en lo tocante al Pacto, Observación general No. 8 del Comité de Derechos Humanos, de 30 de junio de 1982, relativa al derecho a la libertad y la seguridad de una persona (*Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 8: Artículo 9 (Derecho a la libertad y la seguridad personales)*). Observa que, por consiguiente, el alcance de esas disposiciones no se limita a los procedimientos penales; también se aplican, en principio, a las medidas privativas de la libertad de los individuos adoptadas en el contexto de un procedimiento administrativo, como las que sean necesarias para hacer efectiva la remoción forzosa de un extranjero del territorio nacional. En este último caso, tiene poca importancia si la medida de que se trate es caracterizada por el derecho interno como una “expulsión” o un “*refoulement*” [devolución]. La posición solo es diferente en lo tocante a la exigencia contenida en el párrafo 2 del artículo 9 del Pacto de que la persona detenida sea “informada de la acusación” que se haya formulado contra ella, exigencia que solo tiene sentido en el contexto de los procedimientos penales.

La Corte pasa a continuación a la primera de las tres alegaciones de Guinea, a saber, que la detención y la prisión del Sr. Diallo no se llevaron a cabo de conformidad con los requisitos de la ley de la República Democrática del Congo. Primero observa que la detención del Sr. Diallo el 5 de noviembre de 1995 y su prisión hasta el 10 de enero de 1996 (véase el párrafo 58 del fallo) tuvieron la finalidad de permitir que se hiciera efectivo el decreto de expulsión dictado contra él el 31 de octubre de 1995. La segunda detención, el 25 de enero de 1996 a más tardar, fue también a los efectos de cumplir ese decreto: la mención de un “*refoulement*” en razón de “residencia ilegal” en la notificación hecha al Sr. Diallo el 31 de enero de 1996, el día en que fue efectivamente expulsado, fue claramente errónea, como reconoce la República Democrática del Congo.

La Corte observa a continuación que el artículo 15 de la Ordenanza Legislativa de 12 de septiembre de 1983 relativa al control de la inmigración, en el texto en vigor en el tiempo de la detención y la prisión del Sr. Diallo, disponía que un extranjero “que tenga probabilidades de eludir la aplicación” de una medida de expulsión puede ser mantenido en

prisión durante un período inicial de 48 horas, que puede “extenderse durante 48 horas por vez, pero sin exceder de ocho días”. La Corte determina que la detención y la prisión del Sr. Diallo no se llevaron a cabo de conformidad con esas disposiciones. No hay pruebas de que las autoridades de la República Democrática del Congo hayan procurado determinar si el Sr. Diallo tenía “probabilidades de eludir la aplicación” del decreto de expulsión y si, por consiguiente, era necesario mantenerlo en prisión. La circunstancia de que no haya hecho ningún intento de eludir la expulsión después de ser liberado el 10 de enero de 1996 sugiere que no había necesidad de mantenerlo en prisión. El tiempo total durante el cual estuvo en prisión —66 días después de su detención inicial y por lo menos otros seis días después de la segunda detención— excedieron en mucho el período máximo permitido por el artículo 15. Además, la Corte añade que la República Democrática del Congo no ha producido prueba alguna que indique que la prisión fue revisada cada 48 horas, como lo requiere esa disposición.

La Corte determina además, en respuesta a la segunda alegación enunciada *supra* (véase el párrafo 76 del fallo), que la detención y la prisión del Sr. Diallo fueron arbitrarios en el sentido del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto y el artículo 6 de la Carta Africana.

La Corte reconoce que en principio una detención o una prisión que tengan la finalidad de hacer efectiva una decisión de expulsión adoptada por la autoridad competente no pueden ser caracterizadas como “arbitrarias” en el sentido de las disposiciones mencionadas, incluso en caso de que la licitud de la decisión de expulsión pudiera ser cuestionable. Consiguientemente, el hecho de que el decreto de 31 de octubre de 1995 no hubiese sido dictado, en algunos aspectos, “de conformidad con la ley”, como la Corte ha señalado anteriormente en el presente fallo en relación con el artículo 13 del Pacto y el párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana, no es suficiente para hacer que la detención y la prisión con la finalidad de hacer cumplir ese decreto sean “arbitrarias” en el sentido del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto y el artículo 6 de la Carta Africana.

Sin embargo, la Corte considera que en este punto se debe tener en cuenta la cantidad y la gravedad de las irregularidades que afectaron a las detenciones del Sr. Diallo. Como se observó *supra*, fue retenido durante un tiempo particularmente largo y parecería que las autoridades no hicieron intento alguno de cerciorarse si su prisión era necesaria.

Además, la Corte no puede menos que determinar que no solo el decreto mismo no estuvo motivado de manera suficientemente precisa, como se señaló *supra* (véase el párrafo 70), sino que a lo largo del procedimiento, la República Democrática del Congo nunca ha podido presentar fundamentos que pudieran constituir una base convincente para la expulsión del Sr. Diallo. Se han formulado contra el Sr. Diallo alegaciones de “corrupción” y otros delitos, pero no se han presentado a la Corte pruebas concretas que corroboren

esas alegaciones. La Corte observa que esas acusaciones no dieron lugar a ningún procedimiento ante los tribunales ni, *a fortiori*, a ninguna declaración de culpabilidad. Además, es difícil no discernir un vínculo entre la expulsión del Sr. Diallo y el hecho de que había tratado de cobrar deudas que creía que tenían en favor de sus sociedades, entre otros, el Estado zairense o sociedades en las cuales el Estado tenía una parte sustancial del capital, iniciando acciones a esos efectos ante los tribunales civiles. La Corte opina que, en tales circunstancias, la detención y la prisión con la finalidad de permitir que se hiciera efectiva tal medida de expulsión, que carecía de toda base defendible, solo puede caracterizarse como arbitraria en el sentido del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto y el artículo 6 de la Carta Africana.

Por último, la Corte considera la alegación relacionada con el párrafo 2 del artículo 9 del Pacto. Observa que, por las razones examinadas en el párrafo 77 del fallo, Guinea no puede argumentar eficazmente que en el momento de cada una de sus detenciones (en noviembre de 1995 y enero de 1996), el Sr. Diallo no haya sido informado de la “acusación formulada contra [él]”, como sostiene la parte demandante que exige el párrafo 2 del artículo 9 del Pacto. Esa disposición del artículo 9 en particular solo es aplicable cuando una persona es detenida en el contexto de procedimientos penales; la Corte determina que tal no fue el caso respecto del Sr. Diallo.

Por otro lado, añade, Guinea tiene razón al argumentar que se violó el derecho del Sr. Diallo a ser “informad[o], en el momento de su detención, de las razones de la misma” —un derecho garantizado en todos los casos, independientemente de los fundamentos de la detención.

La Corte observa que la República Democrática del Congo no ha producido ni un solo documento ni una prueba de otra índole que demuestre que el Sr. Diallo fue notificado del decreto de expulsión en el momento de su detención el 5 de noviembre de 1995, o que fue de alguna manera informado, en ese momento, de la razón de su detención. Aunque en el decreto de expulsión mismo no se dieron razones específicas, como se señaló *supra* (véase el párrafo 72), la notificación de dicho decreto en el momento de la detención del Sr. Diallo le habría dado información suficiente de las razones para dicha detención a los efectos del párrafo 2 del artículo 9, pues le habría indicado al Sr. Diallo que había sido detenido a los efectos de un procedimiento de expulsión y le habría permitido, de ser necesario, tomar las medidas adecuadas para impugnar la licitud del decreto. La Corte observa, empero, que no se le brindó información alguna de esa índole; la República Democrática del Congo, que debería estar en condiciones de probar la fecha en la cual se notificó el decreto al Sr. Diallo, no ha presentado prueba alguna a tal efecto.

La Corte opina que lo mismo se aplica a la detención del Sr. Diallo en enero de 1996. Tampoco se ha establecido que en esa fecha se haya informado al Sr. Diallo de que estaba siendo sacado por la fuerza del territorio congolés en ejecu-

ción de un decreto de expulsión. Además, en el día en que fue efectivamente expulsado, se le dio la incorrecta información de que era objeto de un “*refoulement*” en razón de su “residencia ilegal” (véase el párrafo 50). Siendo así, la Corte determina que el requisito de que se le informara, establecido por el párrafo 2 del artículo 9 del Pacto, tampoco fue cumplido en esa ocasión.

c) *La alegada violación de la prohibición de someter a un detenido a malos tratos* (párrs. 86 a 89)

La Corte recuerda que Guinea sostiene que el Sr. Diallo fue sometido a malos tratos durante su detención, a causa de las condiciones particularmente severas allí existentes, porque estuvo privado de su derecho a comunicarse con sus abogados y con la Embajada de Guinea, y porque recibió amenazas de muerte de los guardias. La parte demandante invoca a ese respecto el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto, según el cual: “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”

Según la Corte, el artículo 7 del Pacto, que dispone que “[n]adie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.”, y el artículo 5 de la Carta Africana, que dispone que “[t]odo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano”, también son pertinentes en esta esfera. La Corte dice que no cabe duda, además, de que la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes es una de las reglas de derecho internacional general que son vinculantes para los Estados en todas las circunstancias, incluso fuera de todo compromiso convencional.

Observa, empero, que Guinea no ha demostrado convincentemente que el Sr. Diallo haya sido sometido a tratos de ese tipo durante su detención. No hay pruebas que corroboren la alegación de que recibió amenazas de muerte. Parece que el Sr. Diallo podía comunicarse con sus familiares y sus abogados sin grandes dificultades y, aunque así no haya sido, esas limitaciones en sí mismas no habrían constituido tratos prohibidos por el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto y por el derecho internacional general. La cuestión de las comunicaciones del Sr. Diallo con las autoridades de Guinea es distinta de la del cumplimiento de las disposiciones que se están examinando ahora y se abordará en relación con el próximo epígrafe, en relación con el apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Por último, el hecho de que el Sr. Diallo haya sido alimentado gracias a las provisiones que sus familiares llevaban a su lugar de prisión —cosa que la República Democrática del Congo no controvierte— es insuficiente en sí mismo para probar malos tratos, pues no se impedía el acceso de los familiares al individuo privado de su libertad.

En conclusión, la Corte determina que no se ha demostrado que el Sr. Diallo haya sido sometido a tratos prohibidos por el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto.

d) *La alegada violación de las disposiciones del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares* (párrs. 90 a 98)

El apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares dispone que:

“[S]i el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por una persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a una persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado.”

La Corte observa que esas disposiciones, como resulta claro de su solo tenor literal, son aplicables a toda privación de libertad de cualquier tipo, incluso fuera del contexto del enjuiciamiento de los autores de infracciones penales. Por consiguiente, se aplican en la presente causa, punto que la República Democrática del Congo no controvierte.

Según Guinea, esas disposiciones fueron violadas cuando el Sr. Diallo fue detenido en noviembre de 1995 y enero de 1996, porque en esas ocasiones no fue informado “sin retraso alguno” de su derecho a solicitar la asistencia de las autoridades consulares de su país.

En ningún punto de las actuaciones escritas o de la primera ronda de argumentos orales la República Democrática del Congo controvertió la exactitud de las alegaciones de Guinea a este respecto; tampoco intentó establecer, y ni siquiera alegó, que la información requerida por la última oración de la disposición citada haya sido suministrada al Sr. Diallo, o que le haya sido suministrada “sin demora”, como exige el texto. La parte demandada replicó a la alegación de la parte demandante con dos argumentos: que Guinea no había probado que el Sr. Diallo hubiese solicitado a las autoridades congoleñas que notificaran a la oficina consular de Guinea sin retraso alguno de su situación, y que el embajador de Guinea en Kinshasa tenía conocimiento de la detención y la prisión del Sr. Diallo, como lo demostraban las medidas que tomó en favor suyo. La Corte observa que fue recién en respuesta a una pregunta formulada por un Magistrado durante la audiencia de 26 de abril de 2010 que la República Democrática del Congo afirmó por primera vez que había “informado oralmente al Sr. Diallo inmediatamente después de su detención de la posibilidad de solicitar la asistencia consular de su Estado” (respuesta escrita de la República Democrática del Congo entregada en la Secretaría el 27 de abril de 2010 y confirmada oralmente en la audiencia de 29 de abril, durante la segunda ronda de argumentos orales).

La Corte señala que los dos argumentos formulados por la República Democrática del Congo antes de la segunda ronda

de alegatos orales carecen de toda importancia. Añade que incumbe a las autoridades del Estado que hizo la detención informar por su propia iniciativa a la persona detenida de su derecho a pedir que se notifique a su consulado; el hecho de que la persona no haya hecho ese pedido no solo no justifica el incumplimiento de la obligación de informar que incumbe al Estado que ha hecho la detención, sino que además podría explicarse en algunos casos precisamente porque la persona no había sido informada de sus derechos a ese respecto (*Avena y otros nacionales mexicanos (México contra Estados Unidos de América)*, fallo, I.C.J. Reports 2004 (I), pág. 46, párr. 76). La Corte considera, además, que el hecho de que las autoridades consulares del Estado nacional de la persona detenida se hayan enterado de la detención por otros conductos no elimina ninguna violación de la obligación de informar a dicha persona de sus derechos “sin demora” que pueda haberse cometido.

En cuanto a la afirmación de la República Democrática del Congo, hecha en las condiciones descritas *supra*, de que el Sr. Diallo fue “informado oralmente” de sus derechos en ocasión de su detención, la Corte no puede menos que observar que fue hecha muy tardíamente en el procedimiento, mientras que el punto estaba controvertido desde el comienzo, y que no existe la más mínima pieza de prueba que la corrobore. Por consiguiente, la Corte no puede darle crédito alguno.

Consiguientemente, la Corte determina que hubo una violación por la República Democrática del Congo del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

*

Guinea ha sostenido además que la expulsión del Sr. Diallo, habida cuenta de las circunstancias en las cuales se llevó a cabo, violó su derecho a la propiedad, garantizado por el artículo 14 de la Carta Africana, porque tuvo que abandonar la mayoría de sus bienes cuando se vio forzado a salir del Congo.

En opinión de la Corte, este aspecto de la controversia tiene menos que ver con la licitud de la expulsión del Sr. Diallo a la luz de las obligaciones de la República Democrática del Congo y más que ver con los daños que sufrió el Sr. Diallo como resultado de los actos internacionalmente ilícitos de los que fue víctima. Por consiguiente, la Corte lo examina más adelante en el fallo, en el contexto de la cuestión de la reparación debida por la parte demandada (véanse los párrafos 160 a 164 del fallo).

III. *Protección de los derechos propios del Sr. Diallo como socio en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire* (párrs. 99 a 159)

La Corte observa que es especialmente importante clarificar las cuestiones de la existencia jurídica de las dos *sociétés privées à responsabilité limitée* (sociedades privadas

de responsabilidad limitada, en adelante “las SPRL”) constituidas con arreglo a la legislación zaireña, Africom-Zaire y Africontainers-Zaire, y la participación y el papel del Sr. Diallo en ellas, porque las partes están en desacuerdo en esos puntos.

Después de considerar detenidamente la situación (párrafos 99 a 113), la Corte llega a la conclusión de que el Sr. Diallo, por ser tanto gerente como socio de las dos sociedades, las dirigía y controlaba plenamente, pero que de todos modos ellas seguían siendo entidades jurídicas distintas de él. A continuación, la Corte considera las diversas pretensiones de Guinea relacionadas con los derechos propios del Sr. Diallo como socio. Para hacerlo, tiene que evaluar si, con arreglo al derecho de la República Democrática del Congo, los derechos reivindicados son efectivamente derechos propios del socio, o si son, más bien, derechos u obligaciones de las sociedades. Como ya ha señalado la Corte, las pretensiones relacionadas con derechos que no son derechos propios pertenecientes al Sr. Diallo como socio han sido declaradas inadmisibles por el fallo de 24 de mayo de 2007; por consiguiente, no pueden seguir considerándose. En particular, tal es el caso de las pretensiones relacionadas con los derechos contractuales de Africom-Zaire contra el Estado del Zaire (la República Democrática del Congo) y de Africontainers-Zaire contra las sociedades Gécamines, Onatra, Fina y Shell.

En los siguientes párrafos, la Corte ha tenido cuidado de mantener la estricta distinción entre las alegadas infracciones de los derechos de las dos SPRL en cuestión y las alegadas infracciones de los derechos propios del Sr. Diallo como socio de ellas (véase *I.C.J. Reports 2007 (II)*, págs. 605 y 606, párrs. 62 y 63).

Las pretensiones de Guinea relacionadas con los derechos propios del Sr. Diallo como socio se refieren al derecho a participar y votar en las asambleas generales de las dos SPRL, el derecho a designar un gerente y el derecho a supervisar y controlar la gerencia de las sociedades. Guinea también presenta una pretensión en relación con el derecho a la propiedad respecto de las partes sociales del Sr. Diallo en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire. La Corte esas diferentes pretensiones.

A. *El derecho a participar y votar en las asambleas generales* (párrs. 117 a 126)

Guinea sostiene que la República Democrática del Congo, al expulsar al Sr. Diallo, lo privó de su derecho, garantizado por el artículo 79 del Decreto congolés de 27 de febrero de 1887 relativo a las sociedades comerciales, a participar en las asambleas generales y a votar en ellas. Sostiene que, con arreglo al derecho de la República Democrática del Congo, las asambleas generales de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire no podían celebrarse fuera del territorio de la República Democrática del Congo. Guinea admite que el Sr. Diallo podía, desde luego, haber ejercido sus derechos como socio desde otro país designando un mandatario de su elección,

de conformidad con el artículo 81 del Decreto de 1887, pero argumenta que la designación de un mandatario es simplemente una opción de que dispone el socio, cuyo derecho reconocido es claramente el de optar entre designar un representante o asistir en persona. Guinea añade que, en el caso de Africontainers-Zaire, habría sido imposible que el Sr. Diallo estuviese representado por un mandatario, porque el artículo 22 de los estatutos de la SPRL estipula que solo un socio puede ser designado mandatario de otro, y él había pasado a ser su único socio en el momento de su expulsión.

La República Democrática del Congo sostiene que no puede haber existido ninguna violación del derecho del Sr. Diallo a participar en las asambleas generales, porque no existe prueba de que se hayan convocado asambleas generales ni de que el Sr. Diallo no haya podido asistir debido a su remoción del territorio de la República Democrática del Congo. La República Democrática del Congo afirma que en todo caso el derecho comercial congolés no establece ninguna obligación de las sociedades comerciales con respecto al lugar de celebración de las asambleas generales.

La Corte observa que, con arreglo al derecho congolés, el derecho a participar y votar en las asambleas generales pertenece a los socios y no a la sociedad. A continuación considera la cuestión de si la República Democrática del Congo, al expulsar al Sr. Diallo, lo privó de su derecho a participar en las asambleas generales y a votar, garantizado por el artículo 79 del Decreto congolés de 27 de febrero de 1887 relativo a las sociedades comerciales.

A la luz de las pruebas que le presentaron las partes, la Corte determina que no hay nada que pruebe que el Sr. Diallo, actuando como gerente o como socio que poseía por lo menos la quinta parte del total de acciones, haya adoptado ninguna medida para convocar una asamblea general, ni después de haber sido expulsado de la República Democrática del Congo, ni en momento alguno durante el tiempo en que era residente de la República Democrática del Congo después de 1980. Tampoco se ha producido prueba alguna de que el Sr. Diallo hubiera estado impedido de convocar asambleas generales desde el extranjero, como gerente o como socio.

La Corte recuerda que el derecho de un socio a participar y votar en las asambleas generales puede ser ejercido por el socio en persona o por medio de un mandatario de su elección. A ese respecto, no cabe duda de que un voto emitido por conducto de un mandatario en una asamblea general tiene el mismo efecto jurídico que un voto emitido por el socio mismo. Por otro lado, es más difícil inferir con certeza de las disposiciones mencionadas que ellas establezcan, como sostiene Guinea, el derecho del socio a asistir a las asambleas generales en persona. En opinión de la Corte, la finalidad principal de esas disposiciones es asegurar que las asambleas generales de las sociedades puedan llevarse a cabo efectivamente. La interpretación que hace Guinea del derecho congolés podría frustrar ese objetivo, al permitir que un

socio impidiera que los órganos de la sociedad funcionaran normalmente. Según la Corte, es dudoso que el legislador congolés haya deseado ese resultado, que está muy alejado de la *affectio societatis*. Con respecto a Africom-Zaire y Africontainers-Zaire, la Corte no advierte cómo la designación de un representante por el Sr. Diallo podría de alguna manera haber violado en la práctica su derecho a participar y votar en las asambleas generales de las dos SPRL, dado que él las controlaba completamente.

Además, en lo tocante a Africontainers-Zaire, la Corte determina que no puede aceptar el argumento de Guinea de que habría sido imposible que el Sr. Diallo estuviera representado en una asamblea general por un mandatario distinto de sí mismo porque él era el único socio de esa SPRL y el artículo 22 de los estatutos de Africontainers-Zaire estipulan que un socio solo puede designar a otro socio como mandatario. Como ya ha observado la Corte (véase el párrafo 110 del fallo), dicha sociedad tiene dos socios, a saber, el Sr. Diallo y Africom-Zaire. Por consiguiente, de conformidad con el mencionado artículo 22, el Sr. Diallo, actuando como socio de Africontainers-Zaire, podía designar al “representante o agente” de Africom-Zaire como su mandatario para una asamblea general de Africontainers-Zaire. Antes de la designación de ese mandatario, y actuando como gerente de Africom-Zaire de conformidad con el artículo 69 del Decreto de 1887 (véase el párrafo 135 del fallo), el Sr. Diallo podía haber designado a ese “representante o agente” de esa sociedad.

Por consiguiente, la Corte concluye que no puede hacer lugar a la pretensión de Guinea de que la República Democrática del Congo ha violado el derecho del Sr. Diallo a participar y votar en las asambleas generales. La República Democrática del Congo, al expulsar al Sr. Diallo, probablemente le ha impedido participar en persona en asambleas generales, pero, en opinión de la Corte, ese impedimento no equivale a una privación de su derecho a participar y votar en las asambleas generales.

B. *Los derechos relacionados con la gerencia* (párrs. 127 a 140)

La Corte observa que, en diversos puntos del procedimiento, Guinea ha formulado cuatro afirmaciones levemente diferentes, que ha agrupado dentro de la pretensión general de violación del derecho del Sr. Diallo a “designar un gerente”. Ha sostenido que, al expulsar ilícitamente al Sr. Diallo, la República Democrática del Congo ha cometido: una violación de su alegado derecho a designar un gerente, una violación de su alegado derecho a ser designado gerente, una violación de su alegado derecho a ejercer las funciones de gerente, y una violación de su alegado derecho a no ser cesado como gerente.

En particular, la República Democrática del Congo sostiene que el derecho a designar el gerente de una SPRL es un derecho de la sociedad, no del socio, pues corresponde a la asamblea general, que es un órgano de la sociedad. Sos-

tiene también que el Sr. Diallo efectivamente designó al Sr. N’Kanza como gerente de Africontainers-Zaire después de su expulsión.

La Corte observa que la designación y las funciones de los gerentes se rigen, en el derecho congolés, por el Decreto de 1887 relativo a las sociedades comerciales, y por los estatutos de la sociedad de que se trate. Comienza desestimando el argumento de la República Democrática del Congo de que el derecho del Sr. Diallo a designar un gerente no podía haber sido violado porque de hecho designó un gerente de Africontainers-Zaire en la persona del Sr. N’Kanza. Ya ha concluido que esa alegación no ha sido probada (véanse los párrafos 111 y 112 del fallo).

En lo tocante a la primera afirmación hecha por Guinea, según la cual la República Democrática del Congo ha violado el derecho del Sr. Diallo a designar un gerente, la Corte observa que la designación del gerente es responsabilidad de la sociedad misma, sin constituir un derecho del socio; consiguientemente, la Corte concluye que debe rechazarse la pretensión de Guinea de que la República Democrática del Congo ha violado el derecho del Sr. Diallo a designar un gerente.

En lo tocante a la segunda afirmación hecha por Guinea, según la cual la República Democrática del Congo ha violado el derecho del Sr. Diallo a ser designado gerente, la Corte observa en particular que ese derecho no puede haber sido violado en este caso porque el Sr. Diallo fue de hecho designado gerente, y sigue siendo el gerente de las dos sociedades de que se trata.

En lo tocante a la tercera afirmación de Guinea, según la cual se violó el derecho del Sr. Diallo a ejercer sus funciones de gerente, la Corte determina en particular que, si bien el desempeño de las funciones del Sr. Diallo como gerente puede haberse vuelto más difícil por su presencia fuera del país, Guinea no ha demostrado que fuera imposible desempeñar esas funciones. La Corte observa además que de hecho, surge claramente de diversos documentos presentados ante ella que, incluso después de la expulsión del Sr. Diallo, representantes de Africontainers-Zaire han seguido actuando en nombre de la sociedad en la República Democrática del Congo y negociando las pretensiones contractuales con la sociedad Gécamines. Consiguientemente, la Corte concluye que debe rechazarse la pretensión de Guinea de que la República Democrática del Congo ha violado un derecho del Sr. Diallo a ejercer sus funciones como gerente.

En lo tocante a la cuarta afirmación de Guinea, según la cual la República Democrática del Congo ha violado el derecho del Sr. Diallo a no ser removido de sus funciones de gerente, la Corte observa que, aunque tal vez se haya vuelto más difícil que el Sr. Diallo desempeñara sus funciones de gerente desde fuera de la República Democrática del Congo después de su expulsión, como se mencionó anteriormente, él seguía siendo, desde el punto de vista jurídico, el gerente tanto de Africom-Zaire como de Africontainers-Zaire. Con-

siguientemente, la Corte concluye que debe rechazarse la pretensión de Guinea de que la República Democrática del Congo ha violado el derecho del Sr. Diallo a no ser removido de sus funciones de gerente.

A la luz de todo lo que antecede, la Corte concluye que deben rechazarse las diversas afirmaciones hechas por Guinea, agrupadas dentro de la pretensión general de violación de los derechos del Sr. Diallo relacionadas con la gerencia.

C. *El derecho a supervisar y controlar la gerencia*
(párrs. 141 a 148)

La Corte considera que, aunque exista un derecho a supervisar y controlar la gerencia en las sociedades en las que un solo socio dispone de la dirección y del control, el Sr. Diallo no podía haber sido privado del derecho a supervisar y controlar la gerencia de las dos sociedades. Si bien es posible que las detenciones y la expulsión de la República Democrática del Congo del Sr. Diallo hayan hecho más difícil la actividad comercial de las sociedades, simplemente no podían haber interferido con la capacidad del Sr. Diallo de supervisar y controlar la gerencia, cualquiera fuese el lugar en que hubiera estado. Consiguientemente, la Corte concluye que debe rechazarse la pretensión de Guinea de que la República Democrática del Congo ha violado el derecho del Sr. Diallo a supervisar y controlar la gerencia.

D. *El derecho del Sr. Diallo a la propiedad sobre sus partes sociales en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire* (párrs. 149 a 159)

La Corte observa primero que el derecho internacional ha reconocido reiteradamente el principio de derecho interno de que una sociedad tiene una personalidad jurídica distinta de la de sus accionistas. Ello sigue siendo cierto en el caso de una SPRL que se haya vuelto unipersonal, como en el presente caso. Por consiguiente, la Corte dice que los derechos y bienes de una sociedad deben distinguirse de los derechos y bienes de un socio. A este respecto, es jurídicamente insostenible considerar, como argumenta Guinea, que el patrimonio de la sociedad se confunde con el de los accionistas. Además, debe reconocerse que las responsabilidades de la sociedad no son responsabilidades del accionista. En el caso de la SPRL Africontainers-Zaire sus estatutos disponen específicamente que “cada socio solo es responsable de las obligaciones de la sociedad hasta el monto de su participación” (art. 7; Anexo 1 a la memoria de Guinea; véanse también los párrafos 105 y 115 del fallo).

La Corte recuerda que ya ha indicado que la República Democrática del Congo no ha violado el derecho propio del Sr. Diallo como socio a participar y votar en las asambleas generales de las sociedades, ni su derecho a ser designado gerente o a seguir siéndolo, ni su derecho a supervisar y controlar la gerencia (véanse los párrafos 117 a 148 del fallo). La Corte reafirma que los otros derechos propios del Sr. Diallo, con respecto a sus partes sociales, deben distinguirse clara-

mente de los derechos de la SPRL, en particular con respecto a los derechos de propiedad pertenecientes a las sociedades. Observa a ese respecto que, junto con sus demás bienes, incluidos sus créditos frente a terceros, el capital forma parte de la sociedad, mientras que los socios son propietarios de las partes sociales. Las partes sociales representan el capital pero no se confunden con él, y confieren a sus titulares derechos en el funcionamiento de la sociedad, así como un derecho a percibir los eventuales dividendos u otras cantidades pagaderas en caso de liquidación de la sociedad. Los únicos derechos propios del Sr. Diallo que aún resta examinar se refieren a estos dos últimos aspectos, a saber, la percepción de dividendos u otras cantidades pagaderas en caso de liquidación de las sociedades. Sin embargo, no hay pruebas de que jamás se hayan declarado dividendos ni de que se haya adoptado medida alguna para liquidar las sociedades, ni menos aún que se hayan violado los derechos del Sr. Diallo como resultado de alguna medida atribuible a la República Democrática del Congo.

Por último, la Corte considera que no es necesario determinar la extensión de las actividades comerciales de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire en el momento en que el Sr. Diallo fue expulsado, ni pronunciarse acerca de si se hallaban en estado de “quiebra no declarada”, como ha alegado la República Democrática del Congo.

Sobre la base de lo que antecede, la Corte concluye que no se han establecido las alegaciones de Guinea de afectación del derecho del Sr. Diallo a la propiedad de sus partes sociales en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire.

IV. *Reparación* (párrs. 160 a 164)

Habiendo concluido que la República Democrática del Congo ha violado las obligaciones que le incumben con arreglo a los artículos 9 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 6 y 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (véanse los párrafos 73, 74, 85 y 97 del fallo), incumbe ahora a la Corte determinar, a la luz de las conclusiones finales de Guinea, qué consecuencias derivan de esos actos internacionalmente ilícitos que comprometen la responsabilidad internacional de la República Democrática del Congo.

La Corte recuerda que “la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si no se hubiera cometido dicho acto” (*Fábrica de Chorzów, fondo, fallo No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17*, pág. 47). Cuando ello no sea posible, la reparación puede tomar “la forma de la indemnización o la satisfacción, o incluso de la indemnización y la satisfacción” (*Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina contra Uruguay)*, fallo de 20 de abril de 2010, párr. 273). A la luz de las circunstan-

cias de la causa, en particular del carácter fundamental de las obligaciones en materia de derechos humanos violadas y de la pretensión de Guinea de reparación en forma de indemnización, la Corte opina que, además de la constatación judicial de las violaciones, la reparación debida a Guinea por los daños sufridos por el Sr. Diallo debe tomar la forma de indemnización.

A este respecto, Guinea pidió en sus conclusiones finales que la Corte difiriera su fallo sobre la cuantía de la indemnización, para que las partes llegaran a un arreglo concertado sobre ese punto. Si las partes no pudieran hacerlo “dentro de un período de seis meses a contar de la emisión del [presente] fallo”, Guinea también pidió a la Corte que la autorizara a presentar una evaluación de la cuantía de la indemnización que se le debe, para que la Corte decida sobre esta cuestión “en una fase posterior del procedimiento” (véase el párrafo 14 del fallo).

La Corte opina que las partes deben efectivamente llevar a cabo negociaciones para ponerse de acuerdo acerca de la cuantía de la indemnización que debe pagar la República Democrática del Congo a Guinea en razón de los daños resultantes de las detenciones y la expulsión ilícitas del Sr. Diallo en 1995-1996, incluida la pérdida resultante de sus efectos personales.

Como la demanda por la que se incoó el procedimiento en la presente causa se presentó en diciembre de 1998, la Corte considera que la buena administración de justicia exige que se termine el proceso a la brevedad, y que, por lo tanto, el período para negociar un acuerdo sobre indemnización deba ser limitado. Por consiguiente, la Corte determina que, en caso de no lograrse un acuerdo entre las partes dentro de los seis meses siguientes al dictado del presente fallo sobre la cuantía de la indemnización que deberá pagar la República Democrática del Congo, el punto será resuelto por la Corte misma en una fase ulterior del procedimiento. Como ha sido suficientemente informada de los hechos de la presente causa, la Corte determina que un solo intercambio de alegatos escritos de las partes será suficiente para que decida sobre la cuantía de la indemnización.

*
* *
*

Declaración conjunta de los Magistrados Al-Khasawneh, Simma, Bennouna, Cañado Trindade y Yusuf

Los Magistrados Al-Khasawneh, Simma, Bennouna, Cañado Trindade y Yusuf votaron en contra del primer apartado de la parte dispositiva del fallo, según la cual “la pretensión de la República de Guinea relativa a la detención y la prisión del Sr. Diallo en 1988-1989 es inadmisibles”, porque estiman que dicha pretensión, aun cuando se haya presentado tardíamente, está comprendida en el objeto de la controversia tal como se definió en la demanda por la que se incoó el procedimiento.

Los Magistrados lamentan que la mayoría se haya contentado con hacer un análisis formal de las circunstancias de las detenciones y la prisión del Sr. Diallo en 1988-1989 y 1995-1996, y los fundamentos jurídicos de ellas que han sido alegadas por la República Democrática del Congo, sin preocuparse por la continuidad que existe entre las detenciones del Sr. Diallo y los intentos de cobrar los créditos que según se decía adeudaban el Estado y sociedades congoleesas a las sociedades Africom-Zaire y Africontainers-Zaire. En opinión de los magistrados, las detenciones de 1988-1989 y 1995-1996 se llevaron a cabo por las mismas razones y tuvieron el mismo carácter arbitrario.

Además, como la República Democrática del Congo fue informada por Guinea en una etapa bastante temprana de la nueva pretensión atinente a los hechos relacionados con 1988-1989 y tuvo la oportunidad de controvertirlos durante los argumentos orales que tuvieron lugar en abril de 2010, los Magistrados estiman que la Corte tenía ante sí pruebas que le permitían pronunciarse sobre todas las violaciones del derecho internacional cometidas por la República Democrática del Congo sobre la persona del Sr. Diallo. En su opinión, si se hubiera pronunciado sobre la nueva pretensión, la Corte habría satisfecho las exigencias de la seguridad jurídica y la buena administración de justicia en una causa basada en el ejercicio de la protección diplomática, cuyo alcance comprende los derechos humanos internacionalmente garantizados.

Opinión disidente conjunta de los Magistrados Al-Khasawneh y Yusuf

Los Magistrados Al-Khasawneh y Yusuf anexaron una opinión disidente conjunta en la que expusieron las razones por las que no estuvieron de acuerdo con el párrafo 6 de la parte dispositiva, que dice que la Corte “[d]etermina que [la República Democrática del Congo] no ha violado los derechos propios del Sr. Diallo como socio en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire”.

“Por el contrario”, argumentaron los dos magistrados, se cometió una gran injusticia para con el Sr. Diallo, no solo en lo tocante a sus derechos personales sino también a sus derechos como socio, mediante su detención y su expulsión que tuvieron la finalidad, o por lo menos el efecto, de causar grandes pérdidas a sus sociedades.

Esa injusticia fue aún más enorme porque, a diferencia de la causa relativa a la *Barcelona Traction*, él se identificaba con sus dos sociedades, de las que era el único socio y gerente.

Éste es un precedente peligroso para los pequeños inversionistas no protegidos por tratados bilaterales o multilaterales. Todo lo que tiene que hacer un Estado es expulsar al único socio o a varios de ellos y la sociedad no tendrá un protector si se ha constituido en el mismo Estado que llevó a cabo el alegado acto ilícito. De hecho, ello equivale a una expropiación indirecta sin indemnización, e incluso sin necesidad de demostrar un interés público legitimante.

Por otro lado, los inversionistas protegidos por tratados estarán resguardados, y si bien esto puede ser afortunado para ellos, crea una situación jurídica muy poco satisfactoria en la cual para algunos el alcance del derecho de las inversiones es mucho mayor de lo que pretendía Guinea, mientras que el nivel de protección del derecho consuetudinario es bajo para los condenados de la tierra como el Sr. Diallo.

En una lectura más minuciosa, el fallo en la causa *Barcelona Traction* no sirve de apoyo para el menor nivel de protección otorgado en el fallo de 2007 y el actual. En *Barcelona Traction* se contempló una relación triangular (España, Canadá, Bélgica) en la cual la protección diplomática nunca estuvo en el reino de la ficción. En el presente caso la relación es bilateral y no hay posibilidad alguna de protección diplomática por el Estado de nacionalidad de la sociedad.

Además, el tamaño de la sociedad es importante y los papeles del socio y el gerente son pertinentes. La Corte aplicó un enfoque del tipo “el mismo tamaño sirve para todos” y ello ha llevado a algunos resultados surrealistas. La Corte exige que el Sr. Diallo tenga asambleas generales antes de poder determinar que sus derechos propios como socio han sido violados, pero ¿por qué debería un único socio y gerente indigente y exiliado celebrar una asamblea general consigo mismo?

En lo tocante a la cuestión más central de su derecho a “la propiedad de sus sociedades”, la Corte no tuvo en cuenta los importantes desarrollos del derecho convencional de las inversiones y del derecho de los derechos humanos que habrían dado al Sr. Diallo posibilidades de recursos. Los dos Magistrados exploraron esas ramas del derecho y llegaron a la conclusión de que el derecho estaba mucho más adelantado y era más matizado que el fallo de la Corte. La Corte perdió una oportunidad de hacer justicia al Sr. Diallo y de tal modo armonizar el criterio del derecho consuetudinario con el criterio aplicado en el moderno derecho de las inversiones extranjeras.

Declaración conjunta de los Magistrados Keith y Greenwood

En su declaración conjunta, los Magistrados Keith y Greenwood exponen las razones por las cuales discrepan con la interpretación que hace la Corte de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos que rigen la expulsión de los no ciudadanos. La Corte determina que esas disposiciones prohíben las expulsiones que sean de naturaleza arbitraria, permitiendo la revisión por un tribunal de si la expulsión estuvo justificada en cuanto al fondo. Las razones por las cuales los Magistrados discrepan con esa interpretación se basan en los términos de las disposiciones particulares, que no imponen tal límite; en la contraposición con los términos de las disposiciones de los dos tratados que sí establecen, respecto de las injerencias con los derechos que enuncian, límites sustantivos fundados en la arbitrariedad; en la historia de la redacción de las disposiciones del Pacto,

y en las opiniones del Comité de Derechos Humanos y la Comisión Africana.

Los Magistrados Keith y Greenwood ponen de relieve que, al imponer la promulgación y la aplicación de normas legislativas nacionales que regulen la expulsión y, en el caso del Pacto, al imponer determinados derechos procesales particulares, el Pacto y la Carta brindan importantes protecciones contra las acciones arbitrarias. “La historia de la libertad, se ha dicho sabiamente, es en gran medida la historia de la observancia de las salvaguardias procesales.” Los hechos de la causa, en opinión de los magistrados, demuestran la fuerza de esa proposición: las detenciones y prisiones que precedieron a la expulsión fueron ilícitas por flagrantes violaciones de las prescripciones del derecho de la República Democrática del Congo y la expulsión misma fue, asimismo, violatoria de las obligaciones procesales establecidas en el Pacto. En razón de esas violaciones, los Magistrados concuerdan con las conclusiones de la Corte acerca de las detenciones, las prisiones y la expulsión.

Opinión disidente del Magistrado Bennouna

El Magistrado Bennouna estima que el carácter arbitrario de la detención, la prisión y en definitiva la expulsión del Sr. Diallo de la República Democrática del Congo tuvieron como resultado la violación de sus derechos propios como único socio de las dos sociedades, Africom-Zaire y Africontainers-Zaire. En su opinión, la Corte no aceptó esa violación porque recayó en un enfoque formalista que no guarda relación con la realidad de la presente causa, pues el Estado congolés forzó al Sr. Diallo a salir de su territorio para que no pudiera seguir ejerciendo sus derechos propios como único socio de sus dos sociedades. Según el Magistrado Bennouna, al obstaculizar el ejercicio por el Sr. Diallo de sus derechos propios como socio, la República Democrática del Congo ha cometido actos ilícitos que comprometen su responsabilidad internacional.

Opinión separada del Magistrado Cançado Trindade

1. En su opinión separada, compuesta de 13 partes, el Magistrado Cançado Trindade, que votó a favor de los puntos 2, 3, 4, 7 y 8 y en contra de los puntos 1, 5 y 6 de la parte dispositiva, presenta los fundamentos de su posición personal sobre los asuntos tratados en el presente fallo de la Corte. Comienza su opinión separada identificando (parte I) el *sujeto de los derechos* y el *objeto de la pretensión* en este caso concreto: la presente causa se refiere, en realidad, a los derechos *individuales* del Sr. A. S. Diallo, a saber, su derecho a la libertad y la seguridad de la persona, su derecho a no ser expulsado de un Estado sin fundamentos legales, y su derecho individual a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

2. A continuación dedica sus consideraciones al *derecho aplicable* en la presente causa (parte II), a saber, las disposi-

ciones pertinentes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966 (párrafos 1 a 4 del artículo 9 y artículo 13), de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (artículo 6 y párrafo 4 del artículo 12) y de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares (apartado b) del párrafo 1 del artículo 36). El Magistrado Cançado Trindade señala que la presente causa es, pues, significativamente, una *causa contentiosa interestatal ante la CIJ*, atinente en su totalidad a los derechos del individuo afectado (el Sr. A. S. Diallo), y las consecuencias jurídicas de su alegada violación, con arreglo a un tratado de derechos humanos de las Naciones Unidas, un tratado regional de derechos humanos y una convención de codificación de las Naciones Unidas. Éste es un rasgo significativo de la presente causa, única en la historia de la CIJ.

3. Además, ésta es la primera vez en su historia que la CIJ ha constatado violaciones de los dos tratados de derechos humanos en cuestión *juntos* (el Pacto y la Carta Africana), así como de la disposición pertinente de la Convención de Viena de 1963, todo en el marco de la universalidad de los derechos humanos. A continuación dedica su análisis (desde la perspectiva del *sujeto de derechos*) a la reivindicación por el Sr. A. S. Diallo de los derechos protegidos (parte III). Éstos comprenden, en su opinión, el derecho a la libertad y la seguridad personal (con respecto a las detenciones y prisiones del Sr. A. S. Diallo de 1988-1989, así como a las de 1995-1996), el derecho a no ser expulsado de un Estado sin fundamentos legales, el derecho a no ser sometido a malos tratos y el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

4. El Magistrado Cançado Trindade considera que nuestro tiempo es la época de un nuevo *jus gentium*, centrado en los derechos de la persona humana, individual o colectivamente. Es digno de elogio tanto para Guinea como para la República Democrática del Congo que la CIJ haya sido llamada, en el curso del procedimiento sobre el fondo, a resolver una controversia sobre la base de dos tratados de derechos humanos y una disposición pertinente de una convención de codificación de las Naciones Unidas. Con respecto al fondo (y a la reparación), ésta se convirtió en una causa relacionada con la protección de *los derechos humanos*. La protección diplomática fue el *medio* por el cual la demanda fue presentada originalmente ante la Corte. Sin embargo, una vez que la protección diplomática, inevitablemente de carácter discrecional, hubo desempeñado su papel *instrumental*, la causa ante la Corte pasó a ser *sustancialmente* una causa relacionada con la protección de los derechos humanos.

5. La siguiente parte (IV) de su opinión separada está dedicada a la *hermenéutica* de los tratados de derechos humanos (en cuanto tiene incidencia en la resolución de este caso concreto). Si bien en el derecho internacional tradicional ha habido una marcada tendencia a aplicar una interpretación más bien restrictiva, en el derecho internacional de

los derechos humanos, de manera bastante distintiva, se ha hecho un claro y especial hincapié en el elemento del objeto y el fin del tratado, de modo de asegurar una protección efectiva (*effet utile*) de los derechos garantizados, sin menoscabo de la regla general del artículo 31 de las dos convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados (1969 y 1986).

6. Si bien en el derecho internacional general los elementos para la interpretación de los tratados se desarrollaron principalmente como directrices para el proceso de interpretación por los propios Estados partes, los tratados de derechos humanos, a su vez, han requerido una interpretación de sus disposiciones que tenga presente el carácter esencialmente *objetivo* de las obligaciones contraídas por los Estados partes: dichas obligaciones se dirigen a la protección de los derechos humanos y no al establecimiento de derechos subjetivos y recíprocos para los Estados partes. Los tratados de derechos humanos han propugnado la interpretación *autónoma* de sus disposiciones (por referencia a los respectivos sistemas jurídicos internos).

7. Además, la interpretación dinámica o *evolutiva* de esos tratados (la dimensión temporal) ha sido aplicada en la jurisprudencia constante tanto del Tribunal Europeo como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de satisfacer las cambiantes necesidades de la protección de los seres humanos (con arreglo al Convenio europeo o a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente). El propio derecho internacional general es prueba del principio (subsumido en la regla general de interpretación del artículo 31 de las dos convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados) según el cual la interpretación debe permitir que el tratado surta los efectos apropiados. En la presente esfera de la protección, se ha utilizado al Derecho internacional a fin de mejorar y fortalecer —y jamás debilitar o socavar— la salvaguardia de los derechos humanos reconocidos (en aplicación del principio *pro persona humana, pro victima*).

8. El Magistrado Cançado Trindade añade que tanto el Tribunal Europeo como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han establecido con razón límites al voluntarismo estatal, han salvaguardado la integridad de las respectivas convenciones de derechos humanos y la primacía de las consideraciones de orden público por encima de la “voluntad” de los distintos Estados, han establecido estándares más elevados para el comportamiento de los Estados y han establecido cierto grado de control respecto de la imposición de restricciones indebidas por parte de los Estados, y han realizado, alentadoramente, la posición de los individuos como sujetos del derecho internacional de los derechos humanos, con plena capacidad procesal. Los dos tribunales internacionales de derechos humanos han hecho un correcto uso de las técnicas del derecho internacional público a fin de fortalecer sus respectivas jurisdicciones de protección de la persona humana. En cuanto al derecho sustantivo, la contribución de los dos tribunales internacionales de derechos

humanos a estos efectos resulta ilustrada por numerosos ejemplos de sus respectivas jurisprudencias relacionadas con los derechos protegidos con arreglo a las dos convenciones regionales.

9. La parte siguiente (V) de su opinión separada se refiere al *principio de humanidad*. Pese a la actual tendencia a enfocar este principio en el marco del derecho internacional humanitario, a juicio del Magistrado Cançado Trindade el principio de humanidad posee una dimensión aún mayor: se aplica en las más diversas circunstancias, tanto en tiempo de conflictos armados como en tiempo de paz. En el primero, se aplica en las relaciones de poder público con todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado de que se trate. Ese principio tiene una notoria incidencia cuando dichas personas están en una situación de vulnerabilidad, o incluso de *indefensión*, como lo demuestran las disposiciones de distintos tratados que integran el derecho internacional de los derechos humanos (por ejemplo, entre otras, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990, párrafo 1 del artículo 17; la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, apartado *b*) del artículo 37; la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, artículo 5; la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, artículo 5; la Convención de 1969 que regula los aspectos propios de los problemas de los refugiados en África, párrafo 2 del artículo II).

10. El Magistrado Cançado Trindade sostiene que el principio de humanidad permea todo el *corpus juris* de la protección internacional de los derechos de la persona humana (que abarca el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados), en los niveles mundial (Naciones Unidas) y regional. El principio en cuestión sirve de ilustración de las aproximaciones o convergencias entre esas ramas complementarias, a nivel hermenéutico, y también se manifiesta en los niveles normativo y operacional. Con respecto a la presente causa *A. S. Diallo*, el principio de humanidad está en la base del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que protege la integridad personal del individuo, contra los malos tratos, así como el artículo 10 del Pacto (relativo a los detenidos), que comienza diciendo que “[t]oda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (párr. 1). Ello comprende no solo la obligación negativa de no maltratar (artículo 7), sino también la obligación positiva de asegurar que un detenido, bajo el poder del Estado, sea tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

11. El principio de humanidad ha sido objeto de reconocimiento judicial —continúa— del que sirven de ejemplo algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Internacional Penal *ad hoc* para

la ex Yugoslavia. Además, el principio en cuestión orienta la forma en que se trata a los demás, extendiéndose a todas las formas de comportamiento humano y a la totalidad de la condición de la existencia humana. En su visión, el derecho internacional no es para nada insensible a ello, y el principio en cuestión se aplica en toda circunstancia, de modo de prohibir los tratos inhumanos y asegurar la protección para todos, incluidos los que están en una situación de gran vulnerabilidad. En suma, el *humanitarismo* [*humaneness*] debe condicionar el comportamiento humano en todas las circunstancias.

12. El Magistrado Cançado Trindade señala a continuación que el principio de humanidad armoniza con el pensamiento del derecho natural; subyace al pensamiento clásico sobre el trato humanitario y el mantenimiento de relaciones sociales, también en el nivel internacional. El humanitarismo pasa al primer plano aún con mayor fuerza en el trato a las personas en situación de vulnerabilidad, o incluso de indefensión, como las que están privadas de su libertad personal, por cualquier motivo. Recuerda que el *jus gentium* —cuando comenzó a corresponder al derecho internacional [*“law of nations”*]— llegó a ser concebido por sus “padres fundadores” (F. de Vitoria, A. Gentili, F. Suárez, H. Grotius, S. Pufendorf, C. Wolff, que propugnaban un *jus gentium* inspirado por el principio de humanidad *lato sensu*) —como una regulación de la comunidad internacional constituida por los seres humanos socialmente organizados en los Estados (emergentes) y coextensiva con la humanidad, conformando así el derecho *necesario* de la *societas gentium*. Esta última prevalecía sobre la “voluntad” de los distintos Estados, respetuosa de la persona humana, en beneficio del bien común. Concluye sobre este punto que el legado del pensamiento del derecho natural, evocando al derecho natural de la recta razón humana (*recta ratio*), nunca se ha desvanecido, y esto debería destacarse vez tras vez.

13. Su próximo conjunto de consideraciones (parte VI) está centrado en la cuestión clave de la prohibición de la *arbitrariedad* en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, para la consideración de la presente causa de *A. S. Diallo*. Después de examinar la noción de “arbitrariedad” en el pensamiento jurídico, el Magistrado Cançado Trindade la considera a la luz de los tratados e instrumentos sobre derechos humanos, que conforman un *derecho de la protección* (un *droit de la protection*), orientado hacia la salvaguardia de la parte ostensiblemente más débil, la víctima. Consiguientemente, la prohibición de la *arbitrariedad* abarca hoy en día la detención y la prisión, así como otros actos de poder público, como las expulsiones. Teniendo presente la hermenéutica de los tratados de derechos humanos (*supra*), una interpretación meramente exegética o literal de las disposiciones convencionales sería totalmente injustificada.

14. A continuación examina y evalúa la posición del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y la

construcción jurisprudencial de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre el asunto en cuestión. Concluye que todos ellos apuntan hacia una firme prohibición de la arbitrariedad en distintas circunstancias; esa prohibición no está limitada al derecho a la libertad personal, sino que se extiende análogamente a otros derechos protegidos por los respectivos tratados o convenciones sobre derechos humanos. Abarca, análogamente, el derecho a no ser expulsado arbitrariamente de un país, el derecho a un juicio justo, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el derecho a un recurso efectivo, o cualquier otro derecho protegido. En la concepción del Magistrado Cançado Trindade, ésta es, epistemológicamente, la postura correcta a este respecto, habida cuenta del carácter interrelacionado y la indivisibilidad de todos los derechos humanos.

15. El intento de dar una visión restrictiva de la prohibición de la arbitrariedad, o un enfoque atomizado de ella, sería totalmente injustificado. Asimismo, chocaría con la perspectiva correctamente sostenida por los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos tales como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y por los tribunales internacionales de derechos humanos tales como la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo. La letra y el espíritu de las disposiciones pertinentes de los tratados de derechos humanos convergen en señalar hacia la misma dirección: la prohibición absoluta de la arbitrariedad, con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos en su conjunto. En la percepción del Magistrado Cançado Trindade, subyace a todo este asunto el imperativo del acceso a la justicia *lato sensu*, el *derecho al Derecho* (*the right to the Law, le droit au Droit*), el derecho a la realización de la justicia en una sociedad democrática.

16. En la siguiente parte de su opinión separada (VII), el Magistrado Cançado Trindade examina el contenido *material* de los derechos protegidos con arreglo al presente fallo (derecho a la libertad y la seguridad de la persona, y derecho a no ser expulsado de un Estado sin fundamento legal), y la interrelación entre ellos; en lo tocante al derecho a la información sobre la asistencia consular en el universo conceptual de los derechos humanos, dedica toda una sección (parte VIII) de su opinión separada a su construcción jurisprudencial. A este respecto, se concentra en el derecho individual a la información sobre la asistencia consular más allá de la dimensión interestatal, y examina y evalúa lo que percibe como el proceso de *humanización* del derecho consular a ese respecto, y lo que considera la *irreversibilidad* de ese avance de la humanización.

17. A pesar de que el derecho a la información sobre la asistencia consular fue inicialmente enunciado en una disposición (apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares) pensada en función de las relaciones consulares, y consagrada en 1963 dentro de una óptica en apariencia predominantemen-

te interestatal, el hecho es que en la práctica posterior llegó a ser considerado como un *derecho individual*, dentro del universo conceptual de los derechos humanos. A este respecto, a fin de clarificar la naturaleza jurídica y el contenido del derecho en cuestión, al final de la audiencia pública de la Corte celebrada el 26.04.2010, el Magistrado Cançado Trindade formuló a las dos partes en litigio en la presente causa *A. S. Diallo*, la pregunta de si la disposición del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 se agotaba en las relaciones entre el Estado de envío (de nacionalidad) y el Estado receptor (de residencia); asimismo les preguntó si el Estado de envío (de nacionalidad), o el individuo afectado, era el sujeto (titular) del derecho en cuestión. Sobre la base de las respuestas dadas por las dos partes en litigio (Guinea y la República Democrática del Congo), el Magistrado Cançado Trindade concluyó que era claramente un derecho individual, y que no se había hecho efectivo en la presente causa.

18. A continuación pasó a examinar y evaluar la construcción jurisprudencial del derecho en cuestión hasta la fecha. Recordó que, aún antes de los *obiter dicta* pertinentes de la CIJ en las causas *LaGrand* (2001) y *Avena* (2004), la primera y pionera articulación del derecho individual a la información sobre la asistencia consular fue elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte Interamericana) en su opinión consultiva No. 16, de 01.10.1999, titulada “*El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*”. Esa opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue expresamente invocada por las partes en litigio, y utilizada como argumento principalmente por los Estados demandantes, en las causas *LaGrand* (*Alemania contra Estados Unidos*) y *Avena* (*México contra Estados Unidos*) ante esta Corte.

19. Añadió que la Corte Interamericana había adoptado el enfoque correcto, al considerar al asunto presentado ante ella en el marco de la evolución de los “derechos fundamentales de la persona humana” en el derecho internacional contemporáneo. La Corte Interamericana sostuvo la opinión de que el derecho individual a la información con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 hace efectivo el derecho al debido proceso legal. La Corte Interamericana vinculó el derecho en cuestión a la evolución de las garantías de debido proceso legal, —un enfoque que ha servido de inspiración para la incipiente jurisprudencia internacional, *in statu nascendi*, sobre el punto. Así pues, si se produce un incumplimiento del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena de 1963, opera en detrimento no solo de un Estado Parte sino también de los seres humanos afectados.

20. Esa opinión consultiva fue seguida, cuatro años después, en la misma línea de pensamiento, por la opinión consultiva No. 18 de la Corte Interamericana, de 17.09.2003, titulada “*Condición jurídica y derechos de los migrantes indo-*

cumentados”. Esta opinión consultiva abrió una nueva perspectiva para la protección de los migrantes, al reconocer la prevalencia de los derechos inherentes a los seres humanos, independientemente de su condición migratoria. La Corte Interamericana dejó en claro que los Estados deben respetar y asegurar el respeto de los derechos humanos a la luz del principio general y básico de igualdad y no discriminación, y que todo trato discriminatorio en lo tocante a la protección y el ejercicio de los derechos humanos genera la responsabilidad internacional de los Estados. En opinión de la Corte Interamericana, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*, con las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección (en sus dimensiones horizontal y vertical). Esta construcción jurisprudencial apunta en una dirección clara: la asistencia y la protección consulares han llegado a estar mucho más próximas a la protección de los derechos humanos.

21. Es así que la asistencia y la protección consulares efectivamente han pasado por un proceso de *jurisdiccionalización*, integrando, a la luz de la perspectiva adelantada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la concepción ampliada del *debido proceso legal*, propia de nuestro tiempo. Hoy en día se está comprendiendo gradualmente esto, pues si bien la protección diplomática sigue siendo ineluctablemente discrecional, por corresponder a una insatisfactoria dimensión interestatal, la asistencia y la protección consulares están ahora vinculadas a las garantías obligatorias del debido proceso legal, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. Los beneficiarios últimos de esta evolución son los individuos que se enfrentan a la adversidad, particularmente los que están privados de su libertad personal en el extranjero.

22. La opinión consultiva No. 16 (de 1999) de la Corte Interamericana, titulada “*El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco del debido proceso legal*”, fue ampliamente tomada como fundamento por las partes en litigio en los procedimientos (fases escrita y oral) ante la CIJ en las causas *LaGrand* y *Avena*, aunque la CIJ prefirió guardar silencio sobre ese precedente judicial, y en ninguna de esas ocasiones hizo referencia a él. En la causa *Avena* (fallo de 31.03.2004), la CIJ se encontraba ante la afirmación de México —claramente conforme a la mencionada opinión consultiva No. 16 de 1999 de la Corte Interamericana (*supra*)— de que si se infringe el derecho en cuestión, con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena de 1963, ello “producirá *ipso facto* el efecto de viciar todo el proceso de las actuaciones penales tramitadas con violación de ese derecho fundamental” (párr. 124).

23. La CIJ dijo que no tenía necesidad de decidir esa cuestión, y que, en todo caso, en su opinión “ni el texto ni el objeto y el fin de la Convención, ni tampoco ninguna indicación en los trabajos preparatorios, apoyan la conclusión que México saca de su afirmación a ese respecto” (párr. 124). Y la CIJ prontamente concluyó que no se podía hacer lugar

a la petición de México (párr. 125). La presente causa de *A. S. Diallo* brindaba en opinión del Magistrado Caçado Trindade, una oportunidad única para que la Corte clarificara y sostuviera su posición sobre este punto en particular. Después de todo, el punto se volvía a plantear ante ella.

24. Siendo así, y en contra de lo que dijo la Corte en la causa *Avena*, el Magistrado Caçado Trindade sostuvo, en relación con los debates planteados en la presente causa *A. S. Diallo*, que la opinión de que el apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 vincula al derecho individual en cuestión —en el marco de la protección de los derechos humanos— con las garantías del debido proceso legal, está apoyada por el texto del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 y por *el objeto y el fin* de dicha Convención, así como por sus trabajos preparatorios. En cuanto al *texto*, la última frase del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 no deja duda alguna acerca de que es *el individuo*, y no *el Estado*, quien es el titular del derecho a ser informado sobre la asistencia consular; por más entrelazada que esté esa disposición con las obligaciones de los Estados partes, éste es claramente un *derecho individual*. Si ese derecho individual es violado, las garantías del debido proceso legal resultarán ineluctablemente afectadas.

25. Por su parte, *el objeto y el fin* de la Convención de Viena de 1963 —continúa el Magistrado Caçado Trindade— radican en la *comunidad* de intereses de todos los Estados partes en la Convención de Viena de 1963, en el sentido de que debe asegurarse el cumplimiento por los Estados partes de todas las obligaciones prescritas en ella —incluida la obligación de hacer efectivo el derecho individual en cuestión. Consiguientemente, en lo tocante a la asistencia consular, la preservación y la garantía de efectividad del derecho individual a la información sobre ella (apartado b) del párrafo 1 del artículo 36) se vuelve esencial para el logro del objeto y el fin de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

26. Por último, pero no menos importante, sobre este asunto en particular, el Magistrado Caçado Trindade examina en su opinión separada los trabajos preparatorios de esa disposición de la Convención de Viena de 1963, y encuentra valiosas indicaciones en el mismo sentido, particularmente en los debates de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones Consulares, celebrada en 1963 en Viena. Ya en esa época (tres años antes de la adopción de los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respectivamente), en los debates de 1963 en la Conferencia de Viena, no menos de 19 intervenciones apuntaron en la misma dirección, a saber, que ya había conciencia entre las delegaciones participantes acerca de la necesidad de insertar al derecho a la información sobre la asistencia consular en el universo conceptual de los derechos humanos.

27. Además de esas intervenciones, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados presentó a la Conferencia de Viena de 1963 un memorando en el que señalaba que el artículo 36 del proyecto de convención era una de las dos disposiciones que tenía directa incidencia en su propia labor, en lo tocante a la protección de los derechos de los nacionales del Estado de envío en el Estado de residencia. Había efectivamente conciencia acerca del imperativo de la protección de los derechos humanos, *incluso antes de la adopción de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) en 1965 y de los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1966*, en la primera etapa de la fase legislativa de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas.

28. Esa conciencia, captada más de tres decenios después por la Corte Interamericana en su opinión consultiva No. 16 (1999) —consolidada por su opinión consultiva No. 18 (2003)— a la que contribuyó decisivamente el proceso de *humanización* del derecho consular, yendo mucho más allá de la dimensión interestatal. Según estima el Magistrado Cañado Trindade, ese avance de la humanización del derecho consular ha de ser irreversible. La conciencia humana, la *conciencia jurídica universal* (como última fuente material del derecho internacional), fue pronto despertada a fin de satisfacer una acuciante necesidad en ese sentido, la de la protección de los seres humanos en todas las circunstancias, incluso en situaciones de privación de la libertad personal en el extranjero.

29. Es algo que no permite dar pasos atrás ni tener vacilaciones. Una clara manifestación de esta Corte en el mismo sentido —a saber, que el derecho a la información sobre la asistencia consular pertenece al universo conceptual de los derechos humanos, y su no realización afecta ineluctablemente a las garantías judiciales, viciando el debido proceso legal— sería realmente tranquilizante. La Corte podía haberlo hecho en la presente causa *A. S. Diallo* —dado que el punto fue planteado ante ella en el curso de la fase oral del procedimiento en este caso concreto— pero la Corte prefirió encarar de manera bastante sumaria la consideración del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 en el presente fallo.

30. En la siguiente parte (IX) de su opinión separada, el Magistrado Cañado Trindade examina la noción de “situación continuada”, a la luz de la proyección de las violaciones de los derechos humanos en el tiempo, y de las decisiones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el punto, así como de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a este respecto. En opinión del Magistrado Cañado Trindade, los agravios sufridos por el Sr. *A. S. Diallo* en la presente causa revelan un *nexo fáctico* entre las detenciones y prisiones de 1988-1989 y las de 1995-

1996, antes de su expulsión del país de residencia en 1996. Esos agravios, *extendidos en el tiempo*, constituyeron una violación del derecho aplicable en la presente causa (artículos 9 y 13 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6 y párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares), interpretado en aplicación de la hermenéutica de los tratados de derechos humanos (*supra*).

31. En el tiempo de sus detenciones y su prisión, el Sr. *A. S. Diallo* no fue informado de la acusación formulada contra él, ni podía haber ejercido sin demora su derecho a la información sobre la asistencia consular. Sus agravios estuvieron rodeados de arbitrariedad por parte de las autoridades estatales. Además, hubo una cadena de causalidad, un *nexo causal*, en esa *continuidad* de acontecimientos, que debe tenerse presente (con una directa incidencia en la reparación debida al Sr. *A. S. Diallo*), pero que lamentablemente la mayoría de la Corte omitió considerar. La proyección de los derechos humanos en el tiempo también plantea la cuestión de la prolongada falta de acceso a la justicia.

32. Ese *nexo causal* podía por lo menos haber sido considerado como una prueba presentada ante la Corte, pero fue simplemente desechado por la mayoría de la Corte. Por lo menos la Corte podía —y en opinión del Magistrado Cañado Trindade debía— haber tenido en cuenta las circunstancias de las detenciones y la prisión en 1988-1989 en su consideración de las detenciones y la prisión de 1995-1996, antes de la expulsión del Sr. *A. S. Diallo* de la República Democrática del Congo en 1996. Teniendo presentes el *nexo fáctico* y el *nexo causal* mencionados —concluye sobre este punto el Magistrado Cañado Trindade— mal podría negarse que existió una *situación continuada* de violaciones de los derechos individuales del Sr. *A. S. Diallo*, en el período comprendido entre 1988 y 1996.

33. La siguiente línea de reflexiones del Magistrado Cañado Trindade (parte X) se refiere al individuo afectado como víctima y como titular del derecho a reparación. Como los puntos resolutivos 7 y 8 (deber de dar una reparación adecuada) de la parte dispositiva del fallo de la Corte en la presente causa *A. S. Diallo*, fueron adoptados con su voto afirmativo, el Magistrado Cañado Trindade se considera obligado, además, a expresar su preocupación ante el hecho de que la decisión acerca de la reparación adecuada aún tiene que seguir esperando, hasta que en definitiva la Corte decida más adelante sobre este aspecto (de conformidad con el punto resolutivo 7), en caso de que las partes en litigio no lleguen a un acuerdo sobre esta cuestión dentro de los seis meses próximos. A su juicio, se parece más a un arbitraje que a un procedimiento verdaderamente judicial, y al Magistrado Cañado Trindade le parece algo inquietante.

34. Ello es particularmente así, teniendo presente el tiempo tan largo que ha insumido la tramitación de la presente causa en la Corte (casi 12 años, desde fines de diciem-

bre de 1998 hasta fines de noviembre de 2010), por razones no atribuibles a la Corte misma. En todo caso, esas demoras deben evitarse, *particularmente cuando está en juego la reparación por violaciones de los derechos humanos*. El nuevo aplazamiento de la determinación de la reparación, por otro período de hasta seis meses, no parece razonable, pues el sujeto (titular) de los derechos violados en la presente causa no es el Estado demandante, sino el individuo afectado, el Sr. A. S. Diallo, que es también el beneficiario final de las reparaciones debidas.

35. Por ello, es claramente adecuado tener presente el derecho *individual* a reparación a la luz del derecho aplicable en este caso concreto, que es el derecho internacional de los derechos humanos. Esta cuestión nos lleva, más allá de la esfera del derecho procesal internacional, a la de la epistemología jurídica, abarcando a nuestra propia concepción del derecho internacional en nuestro tiempo. En la concepción del Magistrado Cançado Trindade, en la presente causa A. S. Diallo, el Estado demandante es el reclamante, pero la víctima es el individuo. El Estado demandante reclama una reparación, pero el titular del derecho a reparación es el individuo, cuyos derechos han sido violados. El Estado demandante no sufrió daño alguno, sino que, más bien, incurrió en costos y gastos, al asumir la causa de su nacional en el extranjero. El daño fue sufrido por el individuo mismo (sometido arbitrariamente a detenciones y prisión, así como a la expulsión del Estado de residencia), y no por el Estado de su nacionalidad.

36. El individuo afectado está en el *comienzo* y en el *fin* de la presente causa, y su saga aun no ha terminado, también como resultado de la irrazonable prolongación del procedimiento ante esta Corte. Ya es hora de que esta Corte —añade— supere un indebido apego a la vieja ficción de Vattel, revivida por la CPJI en la ficción de la causa *Mavrommatis* (que no es un principio, sino solo una ficción ampliamente superada). La CIJ no puede seguir razonando dentro de los herméticos parámetros de la dimensión exclusivamente interestatal. El reconocimiento de los daños sufridos por el individuo (párr. 98 del fallo) ha vuelto insostenible la vieja teoría la afirmación de los “derechos propios” (*droits propres*) del Estado, con su subyacente enfoque voluntarista.

37. El titular del derecho a reparación es el individuo, que sufrió los daños, y la acción del Estado en la protección diplomática consiste en asegurar la reparación debida al individuo afectado. Esa acción de ejercer la protección diplomática se dirige a obtener la reparación de un daño, por lo común ya consumado, en detrimento del individuo; la asistencia y la protección consulares, mucho más próximas hoy a la protección de los derechos humanos, son ejercidas en una forma más bien *preventiva*, a fin de evitar un daño probable o un nuevo daño al individuo afectado. Esta afinidad entre la asistencia y la protección consulares contemporáneas y la protección de los derechos humanos se debe en

gran medida al histórico rescate del individuo, de la persona humana, como sujeto del derecho internacional.

38. Si la Corte hubiese aplicado en *la totalidad* del fallo la hermenéutica de los tratados de derechos humanos, invocada por los Estados en litigio a lo largo de *la totalidad* de sus actuaciones, el fallo, a juicio del Magistrado Cançado Trindade, habría sido enteramente mucho más congruente y satisfactorio. En cuanto a la determinación de una reparación adecuada por las violaciones de los derechos consagrados en el Pacto que sufrió la víctima, puede en definitiva equivaler a una indemnización adecuada (siendo improbable la *restitutio in integrum*), entre otras formas de reparación (tales como, por ejemplo, la satisfacción, el pedido público de perdón, la rehabilitación de la víctima, las garantías de no repetición de los actos dañosos), por las violaciones de los derechos previstos en el Pacto, es decir, por daños materiales y morales, fijados en cierta medida sobre la base de consideraciones de equidad.

39. En casos de esta índole, tales reparaciones deben otorgarse *desde la perspectiva de las víctimas*, los seres humanos (sus pretensiones, necesidades y aspiraciones originales), y no de los Estados. Ello revela un horizonte más ancho en materia de reparaciones, cuando los derechos humanos están en juego. El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas enuncia una obligación *general* de los Estados partes, que se añade a las obligaciones específicas en relación con cada uno de los derechos garantizados en dicho Pacto. La mencionada fórmula general da flexibilidad en lo tocante a la determinación de las medidas de la indemnización u otras formas de reparación a la(s) víctima(s) de que se trate. El objetivo último es, naturalmente, siempre que sea posible, la *restitutio in integrum*, pero, cuando ella no es posible, se debe recurrir al otorgamiento de otras formas adecuadas de reparación.

40. En todo caso, y cualesquiera fueran las circunstancias —reflexiona asimismo el Magistrado Cançado Trindade— se debe tener presente que el deber de dar una reparación refleja un principio fundamental del derecho internacional general, que fue prontamente captado por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), en una fase temprana de su jurisprudencia y que la CIJ hizo suyo en su jurisprudencia. Esa obligación de dar una reparación se rige por el derecho internacional en todos sus aspectos (tales como, por ejemplo, su alcance, sus formas y características y la determinación de los beneficiarios). Consiguientemente, su cumplimiento no puede someterse a modificación o suspensión, en circunstancia alguna, por ningún Estado demandado, mediante la invocación de disposiciones (o dificultades) de su propio derecho interno.

41. En la siguiente parte (XI) de su opinión separada, el Magistrado Cançado Trindade sostiene que la presente causa A. S. Diallo demuestra que en el caso se recurrió inicialmente a la protección diplomática, pensando en derechos de propiedad o inversiones, pero la causa, en la etapa de fondo,

sufrió una metamorfosis, y se convirtió, alentadoramente, en una causa dirigida en definitiva a la protección de los derechos humanos, de los derechos inherentes a una persona humana, concernientes a su libertad y su seguridad jurídica. El tratamiento de cada causa en el curso de la decisión judicial internacional tiene una dinámica propia. Sin embargo, el resultado de este caso concreto es alentador, en lo tocante a los derechos protegidos, y contiene un par de lecciones que no pueden pasar inadvertidas.

42. Para comenzar, los intentos de revitalizar la protección diplomática tradicional, con su ineluctable naturaleza discrecional, no deben llevarse a cabo subestimando la protección de los derechos humanos. A juicio del Magistrado Cançado Trindade, el mayor legado del pensamiento jurídico internacional del siglo XX al de este nuevo siglo radica en el histórico rescate de la persona humana como sujeto de derechos emanados directamente del derecho de gentes (*law of nations*), como verdadero sujeto (no solo “actor”) del derecho internacional contemporáneo. El surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos ha enriquecido considerablemente al derecho internacional contemporáneo, tanto en el nivel sustantivo como en el nivel procesal.

43. A fin de brindar una reparación adecuada a las víctimas de los derechos violados, es preciso pasar a la esfera del derecho internacional de los derechos humanos; de ningún modo se puede permanecer dentro de los estrictos y miopes confines de la protección diplomática, como resultado no solo de su ineluctable naturaleza discrecional, sino también de su dimensión estática interestatal. Aquí, las reparaciones exigen una comprensión de la concepción del derecho de gentes centrada en la persona humana (*pro persona humana*). Los seres humanos —y no los Estados— son efectivamente los beneficiarios finales de las reparaciones por las violaciones de los derechos humanos en su detrimento.

44. El Magistrado Cançado Trindade reflexiona que la ficción de Vattel en 1758 (expresada en la fórmula “*Quiconque maltraite un citoyen offense indirectement l’État, qui doit protéger ce citoyen*” [“Todo aquel que maltrate a un ciudadano ofende indirectamente al Estado, que debe proteger a dicho ciudadano”]) ya ha cumplido su función en la historia y la evolución del derecho internacional. El desafío a que se enfrenta hoy la Corte Mundial es de naturaleza diferente y va mucho más allá de esa dimensión interestatal. Requiere que la Corte esté preparada para explorar las formas de incorporar, en su *modus operandi* —comenzando con su propio razonamiento— el reconocimiento de la consolidación de la personalidad jurídica internacional de los individuos, y la gradual afirmación de su capacidad jurídica internacional —para reivindicar derechos que les pertenecen a ellos y no a sus Estados— como sujetos de derechos y portadores de deberes emanados directamente del derecho internacional; en suma, como verdaderos sujetos del derecho internacional.

45. El Magistrado Cançado Trindade añade en sus observaciones finales (parte XII) que, en esta perspectiva y

como punto de partida en esta dirección — en su presente fallo en la causa *A. S. Diallo* la Corte tuvo razón en concentrar su atención, en particular, en las violaciones que constató en relación con los artículos 9 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y el artículo 6 y el párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, así como del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Esas disposiciones se refieren a los derechos del Sr. *A. S. Diallo* como individuo, como persona humana. Las violaciones de sus derechos individuales como socio de las dos sociedades pasan a un primer plano por vía de consecuencia, habiendo sido análogamente afectadas.

46. El sujeto de los derechos violados en la presente causa es el Sr. *A. S. Diallo*, un individuo. El procedimiento para la reivindicación de la pretensión originalmente utilizado (por el Estado demandante) fue el de la protección diplomática, pero el derecho sustantivo aplicable en la presente causa es el derecho internacional de los derechos humanos. Éste se aplica en el marco de relaciones *intraestatales* (tales como, en la presente causa, las relaciones entre la República Democrática del Congo y el Sr. *A. S. Diallo*). Al interpretar y aplicar adecuadamente los tratados de derechos humanos, la Corte está aportando su contribución al desarrollo de la aptitud del derecho internacional para regular relaciones tanto en el nivel *intraestatal* como en el nivel *interestatal*.

47. El Magistrado Cançado Trindade argumenta que el hecho de que el procedimiento contencioso ante la CIJ siga siendo exclusivamente interestatal —no por una necesidad intrínseca, ni por una imposibilidad jurídica de que las cosas sean de otra forma— no significa que el *razonamiento* de la Corte deba desarrollarse con una óptica esencial y exclusivamente interestatal, sobre todo cuando es llamada a pronunciarse, en el arreglo pacífico de las correspondientes controversias, sobre cuestiones que van más allá de los intereses de los Estados en litigio, y que pertenecen a los derechos fundamentales de la persona humana, e incluso a la comunidad internacional toda.

48. Las relaciones regidas por el derecho internacional contemporáneo, en distintas esferas de regulación, trascienden en gran medida la dimensión puramente interestatal (por ejemplo, en la protección internacional de los derechos humanos, en la protección internacional del medio ambiente, en el derecho internacional humanitario, en el derecho internacional de los refugiados, en el derecho de las instituciones internacionales, entre otros), y la CIJ, llamada a pronunciarse sobre esas relaciones, no está obligada a ceñirse a una anacrónica óptica interestatal. El anacronismo de su mecanismo de funcionamiento no debe, ni puede, condicionar su *razonamiento*, para permitirle que ejerza fielmente y plenamente sus funciones de órgano judicial principal de las Naciones Unidas en nuestro tiempo.

49. El presente fallo, en lo tocante a los puntos resolutivos 2, 3, 4 y 7 de su parte dispositiva, con los que concuerda el Magistrado Cançado Trindade, constituye en su opinión una valiosa contribución de la jurisprudencia de la Corte al arreglo de controversias originadas a nivel *intraestatal*, cuando los derechos humanos están en juego. El hecho de que una causa de derechos humanos haya sido finalmente decidida por la propia CIJ es particularmente significativo para el magistrado. Demuestra asimismo que el derecho internacional contemporáneo se ha desarrollado notablemente hasta un punto en que esos Estados mismos consideran adecuado hacer uso de un procedimiento contencioso de esa índole, originalmente ideado en 1920 y confirmado en 1945 para su propio y exclusivo uso, a fin de obtener de la Corte su decisión sobre derechos humanos, sobre derechos inherentes a la persona humana, ontológicamente anteriores y superiores al Estado mismo. Esto va en el sentido de la evolución del derecho internacional para la persona humana (*pro persona humana*), el nuevo *jus gentium* de este comienzo del siglo XXI.

50. Luego de haber tratado de identificar las enseñanzas obtenidas de la presente causa *A. S. Diallo*, el Magistrado Cançado Trindade concluye su opinión separada con un breve epílogo (parte XIII) relativo a su trascendencia histórica. La causa que acaba de resolver la CIJ tenía como demandante a un Estado, y como víctima —y beneficiario de reparación— a un individuo. El Magistrado Cançado Trindade reitera que ésta es la primera vez en su historia que la Corte Mundial ha resuelto una causa sobre la base del derecho aplicable conformado por dos tratados de derechos humanos juntos, uno a nivel universal (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas) y el otro a nivel regional (la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos), además de la disposición pertinente de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (el apartado b) del párrafo 1 del artículo 36), que también se sitúa en la esfera de la protección internacional de los derechos humanos.

51. Es alentador que, debido originalmente al ejercicio de la protección diplomática, la causa del Sr. *A. S. Diallo* haya llegado a esta Corte. Éste fue el punto más avanzado hasta el cual pudo llegar, y llegó, la protección diplomática, un instrumento tradicional. No se puede esperar de ella más de lo que puede dar. Después de todo, es tan tradicional como el fundamento del procedimiento ante la CIJ. Los individuos siguen sufriendo una *capitis diminutio*, pues aún tienen que depender de ese instrumento tradicional para llegar hasta esta Corte, mientras que ya tienen *locus standi in judicio*, o incluso *jus standi*, ante otros tribunales internacionales contemporáneos. Esto demuestra que epistemológicamente no hay impedimento alguno para que los individuos tengan *locus standi* o *jus standi* también ante la Corte Mundial; lo que falta es el *animus* que lo vuelva posible.

52. No obstante, hay algo a la vez alentador y novedoso en la presente causa *A. S. Diallo* que ahora ha sido resuelta por esta Corte: a partir del procedimiento sobre el fondo (fases escrita y oral), la causa de *A. S. Diallo* ha sido en gran medida considerada y decidida en el marco conceptual del derecho internacional de los derechos humanos. Es este último, y no la protección diplomática, el que tiene la aptitud para salvaguardar los derechos de las personas en situación de adversidad, o socialmente marginadas o excluidas, o en situaciones de extrema vulnerabilidad. Esto refleja un gran desafío para la justicia internacional de hoy, un desafío al que solo se puede hacer frente efectivamente en el dominio del derecho internacional de los derechos humanos, más allá de la dimensión puramente interestatal.

53. Además, ésta es la primera vez en su historia que la Corte Mundial ha tenido expresamente en cuenta la contribución de la jurisprudencia de dos tribunales internacionales de derechos humanos, el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana (párr. 68), a la perenne lucha de los seres humanos contra la *arbitrariedad* (párr. 65), abarcando la prohibición de la expulsión arbitraria. Esto revela una nueva mentalidad en relación con otra cuestión relevante. La coexistencia de múltiples tribunales internacionales, que promueve el acceso a la justicia internacional por parte de una cantidad cada vez mayor de justiciables en todo el mundo en distintas esferas de la actividad humana, es prueba de la forma en que se ha desarrollado el derecho internacional contemporáneo en la antigua búsqueda de la realización de la justicia internacional. Los tribunales internacionales contemporáneos tienen mucho que aprender unos de otros.

54. El Artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas dice que esta Corte, la CIJ, será “el órgano judicial principal de las Naciones Unidas”. Además, el Artículo 95 de la Carta de las Naciones Unidas deja abierta la puerta para que los Estados Miembros encomienden la solución de sus diferencias a “otros tribunales en virtud de acuerdos ya existentes o que puedan concertarse en el futuro”. La nuestra se ha convertido en la era de los tribunales internacionales, y éste es un fenómeno sumamente positivo, pues lo que en definitiva importa es la ampliación o la expansión del acceso a la justicia, *lato sensu*, comprendiendo la realización de la justicia.

55. Ésta es otra enseñanza que puede obtenerse de la decisión de la presente causa *A. S. Diallo*, y es efectivamente alentador que la CIJ haya revelado una nueva visión de esta cuestión particular, en lo que tiene que ver con los tribunales internacionales de derechos humanos. Esto es particularmente importante en un momento en que los Estados se fundan, en sus argumentaciones ante esta Corte, en las disposiciones pertinentes de las convenciones de derechos humanos, como Guinea y la República Democrática del Congo han hecho en la presente causa. El Magistrado Cançado Trindade estima alentador que los Estados comiencen a fundarse en los tratados de derechos humanos ante la CIJ, anunciando un movimiento hacia una era en que sea posible

que la propia CIJ resuelva causas de derechos humanos. La *conciencia jurídica internacional* se ha despertado por fin a la satisfacción de esta necesidad.

56. La CIJ, en el ejercicio de sus funciones contenciosa y consultiva en los últimos años, se ha referido a las disposiciones pertinentes de un tratado de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o a la labor de su órgano de supervisión, el Comité de Derechos Humanos. La Corte, en su fallo en la presente causa de *A. S. Diallo*, 30 de noviembre de 2010, ha ido mucho más lejos, más allá del sistema de las Naciones Unidas, al reconocer la contribución de la construcción jurisprudencial de otros dos tribunales internacionales, la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También ha considerado la contribución de un órgano internacional de supervisión de los derechos humanos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Los tres sistemas regionales de derechos humanos operan en el marco de la universalidad de los derechos humanos.

57. El Magistrado Cançado Trindade concluye diciendo que los tribunales internacionales contemporáneos deben continuar con su misión común —la realización de la justicia internacional— en un espíritu de respetuoso diálogo, aprendiendo los unos de los otros. Cultivando ese diálogo, atentos a la labor de los otros en cumplimiento de una misión común, los tribunales internacionales contemporáneos abrirán caminos para que no solo los Estados, sino también los seres humanos, en todas partes y con respecto a distintas esferas del derecho internacional, recuperen su fe en la justicia humana. De este modo estarán ampliando y fortaleciendo la aptitud del derecho internacional contemporáneo para resolver controversias surgidas no solo a nivel *interestatal*, sino también a nivel *intraestatal*. Y de este modo estarán esforzándose por asegurar a los Estados, así como a los seres humanos, lo que están buscando: la realización de justicia.

Opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Mahiou

Pese a que suscribe muchas de las conclusiones a que llegó la Corte en la presente causa, de todos modos respecto de los puntos más importantes, atinentes, primero, a la admisibilidad de la pretensión relacionada con la detención y la prisión del Sr. Diallo en 1988-1989 y, segundo, a la violación de los derechos del Sr. Diallo como socio en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire, al Magistrado *ad hoc* Mahiou no lo han convencido ni las conclusiones adoptadas ni la argumentación expuesta para justificarlas. Corresponde explicar sumariamente las razones por las que no puede acompañar a la Corte sobre esos puntos.

En lo tocante a la pretensión relativa a las detenciones y prisiones en 1988-1989, no hay diferencia entre ellas y las de 1995-1996, ni con respecto a la forma jurídica que revisitaron ni al objeto que perseguían (impedir que el Sr. Diallo cobrara sus créditos contra determinados organismos públicos o privados congolese). Es cierto que la pretensión fue

planteada tardíamente, pero según la jurisprudencia de la Corte, como es sabido, no todas las pretensiones nuevas son inadmisibles *ipso facto*, pues “el mero hecho de que una pretensión sea nueva no es en sí mismo decisivo para la cuestión de la admisibilidad”; una pretensión nueva es admisible con arreglo a dicha jurisprudencia si cumple una u otra de las dos siguientes condiciones: estar implícita en la demanda o surgir directamente de la cuestión que constituye la materia de la demanda. A su juicio, la pretensión relativa a las detenciones y las prisiones en 1988-1989 cumple una u otra de las condiciones, e incluso ambas; en efecto, no son más que el comienzo de una serie de comportamientos de las autoridades congoleseas en un continuum de acciones ilícitas que habrían debido ser declaradas admisibles por la Corte.

En cuanto a los derechos propios del Sr. Diallo, la Corte considera que, si bien la expulsión arbitraria de que fue víctima acarreó algunos impedimentos, éstos no obstaculizaron ni impidieron el ejercicio de esos derechos. El reproche que se hace a ese análisis y a las conclusiones a las que llevó consiste en que no se tuvo en cuenta el contexto particular de la presente causa, en que la evolución de la situación real hizo que una sola persona llegara a ser la única accionista de las dos sociedades, en las que tenía a su cargo la gerencia y el funcionamiento hasta el punto de confundirse con ellas. Así pues, cualquier traba impuesta a los diferentes derechos del socio, como los derechos a participar en las asambleas generales, a ser gerente de las sociedades, a supervisar y controlar el funcionamiento y la gestión de las sociedades, de proceder a su liquidación y a la realización de los bienes residuales, tiene como resultado impedir el ejercicio de esos derechos y en definitiva infringirlos.

Consiguientemente, si bien la Corte reconoció con razón las violaciones de los derechos humanos del Sr. Diallo y previó una reparación a tal efecto, también habría debido contemplar, si no todas, algunas de las violaciones de los derechos propios del Sr. Diallo y haber previsto su indemnización.

Opinión separada del Magistrado *ad hoc* Mampuya

Antes de exponer sus opiniones sobre las posiciones de fondo adoptadas en el fallo, el Magistrado *ad hoc* Mampuya indica sus reservas de principio con respecto a algunas cuestiones planteadas por el fallo. En primer lugar, con respecto a una cuestión de derecho judicial internacional, observa que, si bien al aceptar conocer de la causa sin que previamente hubiera existido una controversia en la que se hubieran opuesto los dos Estados afectados, Guinea y la República Democrática del Congo, la Corte parecía haber dado la espalda a su jurisprudencia tradicional en la materia, afortunadamente la práctica entre partes volvió a poner las cosas en su lugar. Como prueba, el Magistrado *ad hoc* Mampuya cita la excepción preliminar de Rusia en la causa pendiente entre ella y Georgia acerca de la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las*

Formas de Discriminación Racial, en la cual Rusia impugna la admisibilidad de la demanda de Georgia y argumenta que “la Corte solo puede ejercer su competencia contenciosa cuando *existe realmente una controversia entre las partes ...*” que no existía una controversia interestatal sobre los hechos relativos a la interpretación o la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de la que los dos Estados fueran partes. A continuación, el Magistrado *ad hoc* Mampuya expone sus reservas con respecto a ciertas formulas apreciativas empleadas por la Corte y ciertos juicios emitidos por ella en relación con el comportamiento de las autoridades congoleñas, que parecen sumamente perjudiciales para el honor del Estado congolés. Sin demostrarlo, la mayoría insinúa, como en el fallo sobre las excepciones preliminares, que el Congo habría hecho deliberadamente una notificación de “*refoulement*”, en lugar de una notificación de expulsión, a fin de hacer imposible la presentación de recursos contra su decisión, o que debe establecerse que había “un vínculo entre la expulsión del Sr. Diallo y el hecho de que había tratado de cobrar deudas ... iniciando acciones a esos efectos ante los tribunales civiles a” (párr. 82). Si bien pueden comprenderse acusaciones tan graves en boca de la parte demandante, la Corte Mundial no puede asumirlas bajo la forma de una presunción sin fundamento.

Sobre el fondo, el Magistrado *ad hoc* Mampuya precisa las razones por las cuales votó con la mayoría de la Corte acerca de las violaciones por el Congo de los párrafos 1 y 2 del artículo 9 y el párrafo 4 del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de los artículos 6 y 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en relación con la detención, la prisión y la expulsión del Sr. Diallo, especialmente habida cuenta de que esas medidas fueron adoptadas con violación de la propia legislación congoleña. Sin embargo, su interpretación del alcance de esos artículos difiere de la de la Corte en cuanto el fallo exige, además de las condiciones previstas en ellos acerca de la regularidad de la expulsión, una condición adicional no prevista: añade que la expulsión, además de ser conforme a la ley, debe tener un carácter “no arbitrario”. Esto no quiere decir que esa medida pueda ser arbitraria, sino simplemente que las disposiciones aplicables no prevén esa condición. El artículo 13 solo exige que la decisión de expulsar haya sido adoptada “de conformidad con la ley” y que se haya permitido al interesado “exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión” ante “la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente”. Lo mismo se aplica al párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana, que dice que un extranjero “legalmente admitido en un territorio de un Estado Parte en la presente Carta, solo podrá ser expulsado de él en virtud de una decisión tomada de conformidad con la ley”. La interpretación de la Corte asimila esas disposiciones a la del artículo 9 del Pacto, que vincula esa condición no con la expulsión sino con la detención y la prisión. No hay funda-

mento para esa asimilación, a pesar de la “jurisprudencia” citada por la Corte sobre la base de la práctica del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que también se refiere en su totalidad a la detención y la prisión, y no a la expulsión. El Magistrado estima asimismo, sobre la base del párrafo 2 del artículo 1 del Protocolo No. 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, que se reconoce a las autoridades territoriales cierta latitud en lo tocante a una prerrogativa tan discrecional como la de un Estado para decidir, de conformidad con su ley, admitir o no admitir extranjeros en su territorio, y que no se pueden imponer limitaciones implícitas al ejercicio de esa prerrogativa, ni aún insinuando que es del carácter “arbitrario”.

En cambio, el Magistrado *ad hoc* Mampuya no se asocia a la condena de la República Democrática del Congo por la alegada violación del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que prescribe la obligación de informar al extranjero detenido o preso de su derecho a entrar en contacto con las autoridades consulares de su Estado nacional. Su opinión es que la Corte no ha tenido en cuenta sus propias conclusiones anteriores (en las causas *LaGrand* y *Avena*): que el apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 contiene tres elementos “interrelacionados”, y que “[l]as conclusiones jurídicas que cabe extraer de esas interrelaciones dependen necesariamente de los hechos de cada caso”; o que esa disposición “contiene tres elementos separados pero interrelacionados”, y que “[e]s necesario reexaminar las interrelaciones de los tres apartados del párrafo 1 del artículo 36 a la luz de los hechos y circunstancias particulares de la presente causa”. Si lo hubiera hecho, habría aplicado una interpretación teleológica y habría constatado que, a diferencia de lo ocurrido en los dos casos mencionados, los hechos y circunstancias de la presente causa demuestran que la alegada omisión de la República Democrática del Congo de informar al Sr. Diallo de sus derechos no impidió que Guinea ejerciera el derecho que le confiere el párrafo 1 del artículo 36. En esta perspectiva del objeto de la mencionada obligación, que es permitir que el Estado nacional cumpla su función consular, no se puede hacer caso omiso del hecho de que las autoridades de Guinea estuvieron indiscutiblemente enteradas de la situación y, lo que es más importante, que, como ellas mismas lo reconocen, pudieron ejercer su función consular. Así pues, la omisión de informar no podía tener el efecto de hacer imposible que Guinea ejerciera su derecho a dar protección consular a su nacional. A la luz de todo esto, el Magistrado *ad hoc* Mampuya no puede adherir a la conclusión de la mayoría de que la República Democrática del Congo violó esa disposición de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. De todos modos, votó lógicamente a favor del apartado del párrafo dispositivo del fallo relativo a la reparación que Guinea debe al Congo, aunque lamentando que la Corte no haya hecho una útil clarificación del principio jurisprudencial según el cual el perjuicio —exclusivamente moral y no material— constatado con respecto a la alegada violación

por la parte demandada de la obligación impuesta por el apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares —una violación que no produjo daño material alguno— solo exige una reparación “declaratoria”, moral y no pecuniaria.

Por último, si bien concuerda con la conclusión de la Corte en la que se constata que la República Democrática del Congo no ha violado los derechos propios del Sr. Diallo como socio, el Magistrado *ad hoc* Mampuya ha considerado necesario exponer su motivación, que difiere de la de la mayoría. La mayoría se ha limitado a afirmar que la expulsión del nacional guineo no violó sus derechos de socio “como tales”, mientras que él considera que habría sido útil y jurídi-

camente exacto precisar que, más allá de la interpretación de los hechos, que podría dar lugar a críticas o impugnaciones, hay principios jurídicos en los que se funda esa conclusión. Los derechos propios de un socio nacen, se despliegan y se ejercen en relación con el funcionamiento de la sociedad y en las relaciones entre la sociedad y sus socios. Como resultado de ello, solo son oponibles a la sociedad y solo pueden exigirse a ella. Consiguientemente, los actos de un tercero solo pueden violar esos derechos “como tales” si dichos actos constituyen injerencias del tercero en el funcionamiento de la sociedad o en sus relaciones con sus socios; así pues, esos actos, que, como la detención, la prisión y la expulsión, solo concernían al Sr. Diallo en su calidad individual, no podían haber infringido sus derechos de socio “como tales”.

**183. CIERTAS ACTIVIDADES LLEVADAS A CABO POR NICARAGUA
EN LA ZONA FRONTERIZA (COSTA RICA CONTRA NICARAGUA)
[SOLICITUD DE INDICACIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES]**

Providencia de 8 de marzo de 2011

En la causa relativa a *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica contra Nicaragua)*, la Corte pidió a las partes que se abstuvieran de enviar al territorio en litigio, incluido el caño, o mantener en él, cualquier clase de personal, ya sea civil, policial o de seguridad; autorizó a Costa Rica, en determinadas circunstancias específicas, a despachar al lugar personal civil encargado de la protección del medio ambiente; y pidió a las partes que no agravaran ni extendieran la controversia que la Corte tenía ante sí ni hicieran que fuese más difícil resolverla.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; Magistrados *ad hoc* Guillaume, Dugard; Secretario Couvreur.

*
* * *

El párrafo dispositivo (párr. 86) de la providencia dice lo siguiente:

“ ...

LA CORTE,

Indica las siguientes medidas provisionales:

1) Por unanimidad,

Cada parte deberá abstenerse de enviar al territorio en litigio, incluido el caño, o mantener en él, cualquier clase de personal, ya sea civil, policial o de seguridad;

2) Por trece votos contra cuatro,

Sin perjuicio del punto 1) *supra*, Costa Rica podrá despachar personal civil encargado de la protección del medio ambiente al territorio en litigio, incluido el caño, pero solo en la medida en que sea necesario para evitar que se causen daños irreparables a la parte del humedal en que está situado dicho territorio; Costa Rica deberá consultar con la Secretaría de la Convención de Ramsar en lo tocante a esas acciones, dará preaviso de ellas a Nicaragua y hará cuanto esté a su alcance para hallar soluciones comunes con Nicaragua a este respecto;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Bennouna, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Dugard;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Sepúlveda-Amor, Skotnikov, Xue; Magistrado *ad hoc* Guillaume;

3) Por unanimidad,

Cada parte deberá abstenerse de toda acción que pueda agravar o extender la controversia que la Corte tiene ante sí o hacer que sea más difícil resolverla;

4) Por unanimidad,

Cada parte informará a la Corte acerca de la forma en que dé cumplimiento a las medidas provisionales indicadas *supra*.”

*
* *

Los Magistrados Koroma y Sepúlveda-Amor anexaron opiniones separadas a la providencia. Los Magistrados Skotnikov, Greenwood y la Magistrada Xue anexaron declaraciones a la providencia. El Magistrado *ad hoc* Guillaume anexó una declaración a la providencia. El Magistrado *ad hoc* Dugard anexó una opinión separada a la providencia.

*
* *

Demanda y solicitud de indicación de medidas provisionales
(párrs. 1 a 48)

1. *Demanda introductiva de instancia* (párrs. 1 a 10)

La Corte comienza recordando que por una demanda presentada en la Secretaría de la Corte el 18 de noviembre de 2010, la República de Costa Rica (en adelante “Costa Rica”) incoó un procedimiento contra la República de Nicaragua (en adelante “Nicaragua”) sobre la base de las cuatro alegaciones siguientes: “la incursión en territorio de Costa Rica y la ocupación y el uso de dicho territorio por parte del Ejército de Nicaragua, así como violaciones de las obligaciones de Nicaragua para con Costa Rica” con arreglo a varios instrumentos de derecho internacional.

Costa Rica sostiene que las violaciones alegadas afectan a “una superficie inicial de aproximadamente tres kilómetros cuadrados de territorio de Costa Rica, situado en el vértice noreste de Costa Rica en el Caribe”, en la desembocadura del río fronterizo San Juan, y más específicamente en la Laguna Los Portillos (también conocida como “laguna Harbor Head”), en la costa marítima de la Isla Portillos.

Como base de la competencia de la Corte, la parte demandante se refiere al artículo XXXI del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas firmado en Bogotá el 30 de abril de 1948 (en adelante “el Pacto de Bogotá”) y a las declaraciones formuladas en virtud del párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto

de la Corte, por Costa Rica el 20 de febrero de 1973 y por Nicaragua el 24 de septiembre de 1929 (con las enmiendas de 23 de octubre de 2001).

En su demanda, Costa Rica sostiene que

“[a] enviar contingentes de sus fuerzas armadas al territorio de Costa Rica y establecer campamentos militares en él, Nicaragua no sólo está actuando con violación directa del régimen fronterizo establecido entre los dos Estados, sino también de los principios fundacionales básicos de las Naciones Unidas, a saber, el principio de integridad territorial y la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza contra cualquier Estado de conformidad con el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta; y asimismo refrendado por ambas partes en los artículos 1, 19 y 29 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos.”

Costa Rica imputa a Nicaragua haber ocupado, en dos incidentes separados, el territorio de Costa Rica en conexión con la construcción de un canal (en adelante mencionado también como el “caño”) a través del territorio de Costa Rica desde el río San Juan hasta la Laguna Los Portillos (también conocida como “laguna Harbor Head”), y algunas obras conexas de dragado en el río San Juan.

Costa Rica dice que el

“dragado en curso y proyectado y la construcción del canal afectarán gravemente el flujo de agua hacia el río Colorado de Costa Rica, y causarán otros daños al territorio de Costa Rica, incluidos los humedales y las zonas nacionales de flora y fauna silvestres protegidas ubicadas en la región”.

Consiguientemente, Costa Rica pide a la Corte

“que juzgue y declare que Nicaragua ha incurrido en violación de sus obligaciones internacionales en relación con la incursión en territorio de Costa Rica y la ocupación de dicho territorio, los graves daños infligidos a sus pluviselvas y humedales protegidos, y los daños previstos al río Colorado y a humedales y ecosistemas protegidos, así como las actividades de dragado y canalización que está llevando a cabo Nicaragua en el río San Juan. En particular, se pide a la Corte que juzgue y declare que, por su conducta, Nicaragua ha violado:

- a) el territorio de la República de Costa Rica, tal como ha sido convenido y delimitado por el Tratado de Límites de 1858, el laudo Cleveland y los laudos Alexander primero y segundo;
- b) los principios fundamentales de integridad territorial y prohibición del uso de la fuerza previstos en la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de los Estados Americanos;
- c) la obligación impuesta a Nicaragua por el artículo IX del Tratado de Límites de 1858 de no utilizar el río San Juan para realizar actos hostiles;

d) la obligación de no dañar el territorio de Costa Rica;

e) la obligación de no canalizar artificialmente el río San Juan fuera de su curso de agua natural sin el consentimiento de Costa Rica;

f) la obligación de no prohibir la navegación en el río San Juan por nacionales costarricenses;

g) la obligación de no dragar el río San Juan si ello causa daños al territorio de Costa Rica (incluido el río Colorado), de conformidad con el laudo Cleveland de 1888;

h) las obligaciones previstas en la Convención de Ramsar sobre los humedales;

i) la obligación de no agravar ni extender la controversia adoptando medidas contra Costa Rica, entre ellas, la expansión de la parte invadida y ocupada del territorio de Costa Rica, o adoptando nuevas medidas o llevando a cabo nuevas acciones que infrinjan la integridad territorial de Costa Rica con arreglo al derecho internacional.”

Al final de la demanda, se pide también a la Corte que determine la reparación que debe dar Nicaragua, en particular en relación con cualesquiera medidas de la índole mencionada en el párrafo anterior.

2. *Solicitud de indicación de medidas provisionales* (párrs. 11 a 48)

La Corte recuerda que el 18 de noviembre de 2010, habiendo presentado su demanda, Costa Rica también presentó una solicitud de indicación de medidas provisionales, de conformidad con el Artículo 41 del Estatuto de la Corte y los artículos 73 a 75 del Reglamento de la Corte.

La solicitud de Costa Rica de indicación de medidas provisionales está dirigida a dos actividades separadas de Nicaragua, a saber:

1. la construcción de un canal artificial (el caño) a través de la Isla Portillos, sobre la totalidad de la cual Costa Rica considera ser soberana;
2. las operaciones de dragado en el río San Juan, sobre el cual Nicaragua es soberana.

Primero, en lo tocante a la alegada construcción del caño, Costa Rica sostiene en su solicitud de indicación de medidas provisionales que

“Nicaragua está actualmente destruyendo una zona de pluviselvas primarias y frágiles humedales en el territorio de Costa Rica (incluidas como tales en la Lista de Humedales de Importancia Internacional de la Convención de Ramsar) con el fin de facilitar la construcción de un canal a través de territorio de Costa Rica, con la intención de desviar las aguas del río San Juan de su curso natural histórico hacia la Laguna Los Portillos (la Laguna Harbor Head)”.

Segundo, con respecto a las obras de dragado en el río San Juan, Costa Rica dice que ha formulado periódicamente

protestas ante Nicaragua y le ha pedido que no lleve a cabo dichas obras “hasta que pueda determinarse que la operación de dragado no dañará al río Colorado ni a otra parte del territorio de Costa Rica”. Costa Rica afirma que de todos modos Nicaragua ha continuado sus actividades de dragado en el río San Juan y que “incluso anunció el 8 de noviembre de 2010 que desplegaría otras dos dragas en el río San Juan”, una de las cuales, según se informa, aún está en construcción.

En su solicitud de indicación de medidas provisionales, Costa Rica afirma que las declaraciones de Nicaragua demuestran “la probabilidad de daños al río Colorado de Costa Rica, y a lagunas, ríos, pantanos herbáceos y tierras arboladas de Costa Rica”, y la operación de dragado plantea más específicamente “una amenaza a refugios de fauna y flora silvestres en la Laguna Maquenque, la Barra del Colorado, el Corredor Fronterizo y el Parque Nacional Tortuguero”. Costa Rica también se refiere a la aprobación, el 12 de noviembre de 2010, de una resolución del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (CP/RES.978 (1777/10)), en la cual el Consejo acogió e hizo suyas las recomendaciones hechas por el Secretario General de dicha Organización en su informe de 9 de noviembre de 2010 (CP/doc. 4521/10). Dice que el Consejo Permanente instó a las partes a cumplir esas recomendaciones, en particular la que pide “evitar la presencia de fuerzas armadas o de seguridad en el área donde su presencia podría generar tensión”. Costa Rica afirma que la “respuesta inmediata” de Nicaragua “a la resolución del Consejo Permanente de la OEA fue expresar [su] intención de no cumplir[la]” y que Nicaragua ha “rechazado constantemente todos los pedidos de que retire sus fuerzas armadas del territorio de Costa Rica en la Isla Portillos”.

Costa Rica afirma también que “sus derechos a la soberanía y la integridad territorial constituyen el objeto de su solicitud de indicación de medidas provisionales” (párr. 18 de la providencia).

Al final de su solicitud escrita de indicación de medidas provisionales, Costa Rica pide a la Corte que

“con carácter urgente ordene las siguientes medidas provisionales a fin de rectificar la violación en curso de la integridad territorial de Costa Rica y evitar ulteriores perjuicios irreparables al territorio de Costa Rica, mientras no dicte su decisión sobre el fondo de la presente causa:

- 1) el inmediato e incondicional retiro de todas las tropas nicaragüenses de los territorios costarricenses ilegalmente invadidos y ocupados;
- 2) la inmediata cesación de la construcción de un canal a través de territorio de Costa Rica;
- 3) la inmediata cesación de la tala de árboles y de la remoción de vegetación y tierra del territorio de Costa Rica, incluidos su humedales y bosques;
- 4) la inmediata cesación del vertido de sedimento en el territorio de Costa Rica;

5) la suspensión del programa nicaragüense de dragado en curso, dirigido a la ocupación y la inundación del territorio de Costa Rica y la provocación de daños a dicho territorio, así como a causar graves daños y detrimento de la navegación del río Colorado, haciendo plenamente efectivo el laudo Cleveland y mientras no se dicte la decisión de la presente controversia en cuanto al fondo;

6) que Nicaragua se abstenga de toda otra acción que pueda perjudicar los derechos de Costa Rica, o que pueda agravar o extender la controversia que la Corte tiene ante sí.”

*

En las audiencias públicas celebradas los días 11, 12 y 13 de enero de 2011 sobre la solicitud de indicación de medidas provisionales, presentaron observaciones orales los agentes y abogados de los gobiernos de Costa Rica y Nicaragua.

Durante las audiencias, Costa Rica reiteró los argumentos expuestos en su demanda y su solicitud de indicación de medidas provisionales, y argumentó que se habían cumplido las condiciones necesarias para que la Corte indicara las medidas solicitadas.

La parte demandante reafirmó que,

“sin su consentimiento, Nicaragua ha construido un canal artificial a través de una zona de territorio de Costa Rica ocupada ilícitamente por fuerzas armadas nicaragüenses; [que], con tal fin, se dice que Nicaragua ha deforestado ilegalmente zonas de bosques primarios internacionalmente protegidos; y [que], según Costa Rica, las acciones de Nicaragua han causado graves daños a un frágil ecosistema y están dirigidas a establecer un hecho consumado, modificando unilateralmente la frontera entre las dos partes, al tratar de desviar el curso del río San Juan, a pesar del “constante, no ambiguo [e] incontestable” reconocimiento por la parte demandada de la soberanía de la parte demandante sobre la Isla Portillos, a la que en adelante atravesaría dicho canal” (párr. 31 de la providencia).

Durante sus argumentos orales, Costa Rica declaró que “no se opone a que Nicaragua realice obras de limpieza del río San Juan, siempre que dichas obras no afecten el territorio de Costa Rica, incluido el río Colorado, ni sus derechos de navegación en el río San Juan o sus derechos en la bahía de San Juan del Norte” (párr. 32 de la providencia).

La parte demandante también

“afirmó que las obras de dragado llevadas a cabo por Nicaragua en el río San Juan no se ajustaban a esas condiciones, en primer lugar porque Nicaragua ha depositado grandes cantidades de sedimento del río en el territorio de Costa Rica que está ocupando y ha procedido a deforestar determinadas zonas; en segundo lugar, porque dichas obras, así como las relacionadas con la excavación del canal controvertido, tiene como consecuencia la significativa desviación de las aguas del río Colorado, que

está situado enteramente en territorio de Costa Rica; y, en tercer lugar, porque dichas obras de dragado estropearán porciones de la costa septentrional de Costa Rica sobre el Mar Caribe” (párr. 32 de la providencia).

Al final de su segunda ronda de argumentos orales, Costa Rica presentó las peticiones siguientes:

“Costa Rica pide a la Corte que ordene las siguientes medidas provisionales:

A. Que, mientras no se dicte la decisión de la presente causa en cuanto al fondo, en la zona que comprende la totalidad de la Isla Portillos, es decir, a través de la ribera derecha del río San Juan y entre las riberas de la Laguna Los Portillos (también conocida como Laguna Harbor Head) y el río Taura (“la zona pertinente”), Nicaragua:

- 1) no estacione ninguna de sus tropas ni personal de otra índole;
- 2) no lleve a cabo la construcción o ampliación de un canal;
- 3) no tale árboles ni remueva vegetación o tierra;
- 4) no vierta sedimento.

B. Que, mientras no se dicte la decisión de la presente causa en cuanto al fondo, Nicaragua suspenda su programa de dragado en curso en la parte del río San Juan adyacente a la zona pertinente.

C. Que, mientras no se dicte la decisión de la presente causa en cuanto al fondo, Nicaragua se abstenga de toda otra acción que pueda perjudicar los derechos de Costa Rica, o que pueda agravar o extender la controversia que la Corte tiene ante sí.”

*

Por su parte, durante su primera ronda de observaciones orales, Nicaragua dijo que las actividades de que la acusa Costa Rica tuvieron lugar en territorio nicaragüense y que no causaron, ni crearon el riesgo de causar, un daño irreparable a la otra parte.

Refiriéndose al primer laudo Alexander, de fecha 30 de septiembre de 1897, Nicaragua sostuvo que, en la región en cuestión, su frontera con Costa Rica sigue el borde oriental de la Laguna Harbor Head antes de llegar al río San Juan por el primer canal natural en dirección al suroeste y luego en dirección al sur. Según Nicaragua, ese primer canal es el caño. Nicaragua añadió que su título de soberanía sobre la parte septentrional de la Isla Portillos delimitada por dicho caño está confirmado por el ejercicio de diversas prerrogativas de soberanía.

La parte demandada indicó que en su opinión el caño era un “canal natural [que] había llegado a quedar obstruido a lo largo de los años, [y que] Nicaragua había emprendido la tarea de hacerlo una vez más navegable para pequeñas embarcaciones”, añadiendo que, “por consiguiente, las obras condenadas por Costa Rica no se dirigían a excavar un canal

artificial [y que] la limpieza y el desbroce del canal se habían llevado a cabo manualmente en territorio nicaragüense, pues la ribera derecha de dicho canal constituía la frontera entre las dos partes” (párr. 38 de la providencia).

Nicaragua afirmó además que “la cantidad de árboles talados era limitada y que se había comprometido a replantar las zonas afectadas, todas ellas ubicadas en la ribera izquierda de dicho canal” — es decir, según Nicaragua, en territorio nicaragüense — “con diez árboles por cada árbol talado”, y afirmó que “las obras de limpieza del canal están concluidas y terminadas” (párr. 39 de la providencia).

Además, “Nicaragua controvertía la afirmación de que elementos de sus fuerzas armadas hubiesen ocupado una zona de territorio de Costa Rica” (párr. 42 de la providencia). Y si bien dijo que había asignado algunas de sus tropas a la protección del personal dedicado a la limpieza del canal y el dragado del río, de todos modos sostuvo que “esas tropas habían permanecido en territorio nicaragüense y que ya no estaban presentes en la región fronteriza en la que tuvieron lugar esas actividades”.

En su segunda ronda de observaciones orales, Nicaragua, una vez más,

“sostuvo que, contrariamente a las afirmaciones de Costa Rica, el caño existía antes de ser objeto de la operación de limpieza; que ese hecho estaba probado con evidencia por diversos mapas, fotografías de satélite, la evaluación de impacto ambiental llevada a cabo por Nicaragua y declaraciones juradas, en todos los casos de fecha anterior a las obras controvertidas; y que la frontera entre las partes en la zona controvertida corre efectivamente a lo largo de ese caño, habida cuenta de las características hidrológicas específicas de la región” (párr. 46 de la providencia).

Además, la parte demandada “reafirmó que tenía el derecho de dragar el río San Juan sin tener que obtener permiso de Costa Rica para hacerlo”, antes de confirmar que

“esta operación limitada, como la relacionada con la limpieza y el desbroce del caño, no había causado daño alguno a Costa Rica y no hacía correr el riesgo de causar daño alguno, pues, según Nicaragua, no hay pruebas que permitan sustentar las pretensiones de la parte demandante” (párr. 47 de la providencia).

Nicaragua concluyó que no había nada que justificara que la Corte indicase las medidas provisionales solicitadas por Costa Rica y pidió a la Corte “que desestimase la solicitud de medidas provisionales presentada por la República de Costa Rica”.

Razonamiento de la Corte

1. Competencia prima facie (párrs. 49 a 52)

La Corte comienza por observar que, cuando la Corte considera una solicitud de indicación de medidas provisionales, no es necesario que, antes de decidir si ha de indicar

tales medidas o no, se convenza de manera definitiva de que tiene competencia en elación con el fondo de la causa; sólo tiene que estar convencida de que las disposiciones invocadas por la parte demandante parecen, *prima facie*, constituir una base en la que pueda fundarse su competencia.

La Corte observa que Costa Rica procura fundar la competencia de la Corte en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá y en las declaraciones hechas por los dos Estados en virtud del párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto. Costa Rica se refiere también a la comunicación enviada por el Ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua a su homólogo de Costa Rica el 30 de noviembre de 2010, en la que se presenta a la Corte como “el órgano judicial de las Naciones Unidas competente para discernir” las cuestiones planteadas por la presente controversia.

La Corte señala que, en el presente procedimiento, Nicaragua no controvertió su competencia para conocer de la controversia.

La Corte concluye, a partir de lo que antecede, que los instrumentos invocados por Costa Rica parecen, *prima facie*, constituir una base en la que podría fundarse la competencia de la Corte para decidir sobre el fondo, lo cual la faculta para indicar medidas provisionales si considera que las circunstancias lo requieren. Consiguientemente, concluye que no está obligada, en esta etapa del procedimiento, a determinar con mayor precisión qué instrumento o instrumentos invocados por Costa Rica constituyen la base de su competencia para conocer de las diversas pretensiones que se le han sometido.

2. *Fundamento razonable de los derechos cuya protección se solicita y vínculo entre tales derechos y las medidas solicitadas* (párrs. 53 a 62)

La Corte recuerda que su potestad de indicar medidas provisionales con arreglo al Artículo 41 del Estatuto tiene como objeto la preservación de respectivos derechos de las partes mientras no dicte su decisión. Por consiguiente, la Corte sólo puede ejercer esta potestad si está convencida de que los derechos que hace valer una parte tienen por lo menos un fundamento razonable, y de que existe un vínculo entre los derechos que son materia del procedimiento ante la Corte en el fondo de la causa y las medidas provisionales que se solicitan.

Fundamento razonable de los derechos cuya protección se solicita (párrs. 55 a 59)

La Corte observa que, mientras que Costa Rica alega que los derechos que hace valer y que son materia de la causa en el fondo son, por un lado, su derecho a ejercer soberanía sobre la totalidad de la Isla Portillos y sobre el río Colorado y, por otro lado, su derecho a proteger el medio ambiente en las zonas en las cuales es soberana, Nicaragua, por su parte, sostiene que posee el título de soberanía sobre la parte septentrional de la Isla Portillos, es decir, la zona de humedales de unos tres kilómetros cuadrados entre la ribera derecha

del caño en litigio, la ribera derecha del río San Juan hasta su desembocadura en el Mar Caribe y la Laguna Harbor Head (en adelante “el territorio en litigio”), y argumenta que su dragado del río San Juan, sobre el que tiene soberanía, sólo produce un impacto insignificante en el caudal del río Colorado, sobre el cual Costa Rica tiene soberanía.

En lo tocante al derecho a ejercer soberanía sobre el territorio en litigio, la Corte dice que, en esta etapa del procedimiento, no puede pronunciarse acerca de las pretensiones contrapuestas de las partes y no le corresponde determinar de una vez y para siempre si los derechos pretendidos por cada una de ellas existen; a los efectos de considerar la solicitud de indicación de medidas provisionales, la Corte sólo tiene que decidir si los derechos invocados por la parte demandante en el fondo, y para los que solicita protección, tienen un fundamento razonable.

Después de un detenido examen de las pruebas y los argumentos presentados por las partes, la Corte concluye que el título de soberanía invocado por Costa Rica sobre la totalidad de la Isla Portillos tiene un fundamento razonable. Añade que no le corresponde pronunciarse sobre el fundamento razonable del título de soberanía sobre el territorio en litigio invocado por Nicaragua. La Corte señala además que las medidas provisionales que indique no prejuzgan acerca de título alguno, y que las pretensiones contrapuestas de las partes no pueden obstar a que la Corte ejerza la potestad de indicar tales medidas que tiene en virtud de su Estatuto.

En lo tocante al derecho a proteger el medio ambiente, la Corte determina también que, en esta etapa del procedimiento, el derecho invocado por Costa Rica de pedir la suspensión de las operaciones de dragado en el río San Juan si amenazan perjudicar gravemente la navegación en el río Colorado o dañar territorio de Costa Rica tiene un fundamento razonable.

Vínculo entre los derechos cuya protección se solicita y las medidas solicitadas (párrs. 60 a 62)

Adoptando la opinión de que la continuación o reanudación de las actividades controvertidas de Nicaragua en la Isla Portillos probablemente afectaría los derechos de soberanía que al decidir sobre el fondo podría determinarse que pertenecen a Costa Rica, la Corte considera que existe un vínculo entre esos derechos y la primera medida provisional que se solicita, que tiene la finalidad de asegurar que Nicaragua se abstenga de toda actividad “en la zona que comprende la totalidad de la Isla Portillos”.

La Corte estima asimismo que, como existe riesgo de que los derechos que al pronunciarse sobre el fondo pueda determinarse que pertenecen a Costa Rica resulten afectados si se demostrara que la continuación de las operaciones nicaragüenses de dragado en el río San Juan amenazaban perjudicar gravemente la navegación en el río Colorado o causar daños a territorio de Costa Rica, existe un vínculo entre esos derechos y la segunda medida provisional que se solicita,

dirigida a que “Nicaragua suspenda su programa de dragado en curso en la parte del río San Juan adyacente a la zona pertinente”.

Por último, la Corte considera que la última medida provisional solicitada por Costa Rica, dirigida a asegurar que Nicaragua se abstenga “de toda otra acción que pueda perjudicar los derechos de Costa Rica, o que pueda agravar o extender la controversia que la Corte tiene ante sí” mientras no se dicte la “decisión de la presente causa en cuanto al fondo”, formulada en términos muy amplios, está vinculada con los derechos que son materia del fondo de la causa que la Corte tiene ante sí, en cuanto es una medida complementaria de medidas más específicas de protección de esos mismos derechos.

3. *Riesgo de perjuicios irreparables y urgencia* (párrs. 63 a 72)

La Corte recuerda que tiene la potestad de indicar medidas provisionales cuando se puedan causar perjuicios irreparables a los derechos que están en litigio, y que esa potestad sólo será ejercida si existe urgencia, en el sentido de que haya un riesgo real e inminente de que se causen perjuicios irreparables a esos derechos.

Observa que Costa Rica sostiene: i) que “fuerzas armadas nicaragüenses siguen estando presentes en la Isla Portillos con violación de los derechos soberanos de Costa Rica”; ii) que Nicaragua “continúa dañando el territorio de Costa Rica, planteando una grave amenaza a sus humedales y bosques internacionalmente protegidos”; y iii) que “no puede permitirse que Nicaragua[, que] está tratando de ajustar unilateralmente, para su propio beneficio, un río cuya ribera derecha forma una frontera válida, legítima y convenida, continúe desviando de esta manera el río San Juan a través de territorio de Costa Rica, de modo de imponer a Costa Rica y a la Corte un hecho consumado”.

La Corte señala que Costa Rica desea que se restablezca el *statu quo ante*, mientras no se dicte la decisión de la Corte sobre el fondo, y ha indicado que están bajo amenaza de perjuicios irreparables como resultado de actividades de Nicaragua los siguientes derechos, que considera que posee: el derecho a la soberanía y la integridad territorial; el derecho de que su territorio no sea ocupado; el derecho a que sus árboles no sean derribados por una fuerza extranjera; el derecho a que su territorio no sea utilizado para depositar sedimento proveniente de dragado ni como emplazamiento para la excavación no autorizada de un canal, y los diversos derechos correlativos a la obligación de Nicaragua de no dragar el río San Juan si afecta o daña a la tierra o el medio ambiente de Costa Rica o a la integridad y el caudal del río Colorado.

La Corte observa que Costa Rica añade que las obras emprendidas por Nicaragua en el territorio en litigio tendrán el efecto de causar inundaciones y daños en el territorio de Costa Rica, así como cambios geomorfológicos, y que el dragado del río San Juan llevado a cabo por Nicaragua provoca-

rá efectos análogos, y asimismo reducirá significativamente el caudal del río Colorado.

Observa además que Costa Rica basa la urgencia de su solicitud de indicación de medidas provisionales en la necesidad de evitar que continúen acciones perjudiciales para los derechos de Costa Rica alterando significativamente la situación de hecho sobre el terreno antes de que la Corte tenga la oportunidad de dictar su decisión definitiva sobre el fondo de la causa, y sostiene que la actual presencia de fuerzas armadas nicaragüenses en el territorio de Costa Rica está contribuyendo a una situación política de suma hostilidad y tensión que puede determinar la agravación y/o extensión de la controversia.

La Corte observa también que Nicaragua, habiendo sostenido que las actividades llevadas a cabo dentro de su propio territorio, cuyo impacto ambiental había sido debidamente evaluado en forma previa, no eran aptas para causar un daño inminente a Costa Rica, afirmó que las operaciones de limpieza y desbroce con respecto al caño estaban concluidas y terminadas, que ninguna parte de sus fuerzas armadas estaba actualmente estacionada en la Isla Portillos, y que Nicaragua no se proponía enviar tropas ni personal de otra índole a la zona en litigio, ni establecer un puesto militar allí en el futuro.

Sin embargo, la Corte señala que Nicaragua ha dicho que, en conexión con la actual replantación de árboles, su Ministerio del Medio Ambiente “enviará periódicamente inspectores al lugar a fin de supervisar el proceso de reforestación y los cambios que ocurran en la región, incluida la Laguna Harbor Head”, y que como “[e]l caño ya no está obstruido”, “[e]s posible patrullar la zona en el río, como siempre ha pasado, a los efectos de hacer cumplir la ley, luchar contra el tráfico de drogas y la delincuencia organizada y proteger el medio ambiente”.

4. *Consideración de las medidas provisionales solicitadas por Costa Rica, y decisión de la Corte* (párrs. 73 a 85)

La Corte dice que es a la luz de esta información que debe considerarse la primera medida provisional solicitada por Costa Rica en las peticiones que presentó al final de su segunda ronda de observaciones orales, a saber, que

“mientras no se dicte la decisión de la presente causa en cuanto al fondo, en la zona que comprende la totalidad de la Isla Portillos, es decir, a través de la ribera derecha del río San Juan y entre las riberas de la Laguna Los Portillos (también conocida como Laguna Harbor Head) y el río Taura (“la zona pertinente”), Nicaragua: 1) no estacione ninguna de sus tropas ni personal de otra índole; 2) no lleve a cabo la construcción o ampliación de un canal; 3) no tale árboles ni remueva vegetación o tierra; 4) no vierta sedimento.

Tomando nota de las declaraciones de Nicaragua relativas a la finalización de las obras en la zona del caño, la Corte concluye que, en las circunstancias del caso, en su estado ac-

tual, no hay necesidad de indicar las medidas indicadas con los números 2), 3) y 4) solicitadas por Costa Rica en las peticiones que presentó al final de la segunda ronda de observaciones orales (véase el párrafo anterior).

Habida cuenta de que Nicaragua se propone llevar a cabo determinadas actividades, aun cuando solo ocasionalmente, en el territorio en litigio, la Corte determina que deben indicarse medidas provisionales, porque esta situación crea un riesgo inminente de perjuicios irreparables para el título de soberanía invocado por Costa Rica sobre dicho territorio y para los derechos derivados de dicho título, y da lugar a un riesgo real y actual de incidentes aptos para causar daños irreparables en forma de lesiones personales o muerte.

Por consiguiente, la Corte considera que cada una de las partes debe abstenerse de enviar al territorio en litigio, incluido el caño, o mantener en él, cualquier clase de personal, ya sea civil, policial o de seguridad, hasta el momento en que se haya decidido la controversia sobre el fondo o las partes hayan llegado a un acuerdo sobre este tema. La Corte concluye además que cada una de las partes tiene el deber de supervisar la parte del territorio respecto de la cual tiene incuestionablemente soberanía, y que incumbe a las fuerzas policiales o de seguridad de las partes cooperar mutuamente en un espíritu de buena vecindad, en particular para luchar contra las actividades delictivas que puedan llevarse a cabo en el territorio en litigio.

Habiendo observado que, en la zona fronteriza en litigio, Costa Rica y Nicaragua han designado respectivamente, con arreglo a la Convención de Ramsar, al “Humedal Caribe Noroeste” y al “Refugio de Vida Silvestre Río San Juan” como humedales de importancia internacional, la Corte considera que, mientras no se dicte el fallo sobre el fondo, “Costa Rica debe estar en condiciones de evitar que se causen daños irreparables” a la parte del “Humedal Caribe Noroeste” en que está situado el territorio en litigio. Determina que, a estos efectos, “Costa Rica debe poder despachar personal civil encargado de la protección del medio ambiente a dicho territorio, incluido el caño, pero solo en la medida en que sea necesario para asegurar que no se causen tales perjuicios”. Añade que “Costa Rica deberá consultar con la Secretaría de la Convención de Ramsar en lo tocante a esas acciones, dará preaviso de ellas a Nicaragua y hará cuanto esté a su alcance para encontrar soluciones comunes con Nicaragua a este respecto”.

*

En lo tocante a la segunda medida provisional solicitada por Costa Rica, en la que se pide que Nicaragua suspenda su programa de dragado en la parte del río San Juan adyacente a la zona pertinente, la Corte determina que no se puede concluir en esta etapa sobre la base de las pruebas invocadas por las partes que el dragado del río San Juan esté creando un riesgo de perjuicios irreparables al medio ambiente de Costa Rica o al caudal del río Colorado; ni se ha demostrado

que, aunque existiera tal riesgo de perjuicio a los derechos que Costa Rica hace valer en la presente causa, el riesgo sería inminente. La Corte concluye, a partir de lo que antecede, que en las circunstancias de la causa tales como existen actualmente no se debe indicar la segunda medida provisional solicitada por Costa Rica.

*

Habiendo señalado que con arreglo a su Estatuto tiene la potestad de indicar medidas provisionales que sean en todo o en parte distintas de las solicitadas, o medidas que se dirijan a la parte que ha formulado la solicitud, y que sus providencias sobre medidas provisionales tienen efecto vinculante y consiguientemente crean obligaciones jurídicas internacionales que ambas partes deben cumplir, la Corte considera adecuado en las circunstancias indicar medidas complementarias, en las que se pide a ambas partes que se abstengan de todo acto que pueda agravar o extender la controversia o hacer más difícil su solución.

La Corte añade que la decisión adoptada en el presente procedimiento no prejuzga en modo alguno la cuestión de su competencia para conocer del fondo de la causa ni cualesquiera cuestiones relacionadas con la admisibilidad de la demanda, o relacionadas con el fondo mismo, y que no afecta el derecho de los gobiernos de Costa Rica y Nicaragua de presentar argumentos con respecto a dichas cuestiones.

*
* *

Opinión separada del Magistrado Koroma

En su opinión separada, el Magistrado Koroma dice que, aun cuando ha votado a favor de la providencia, tiene dudas acerca de la decisión de la Corte de utilizar a la “*plausibility*” [fundamento razonable] como criterio para la indicación de medidas provisionales. El Magistrado Koroma observa que la facultad de la Corte de indicar medidas provisionales con arreglo al Artículo 41 de su Estatuto es vital para asegurar que se preserven los derechos de las partes mientras no se dicte la decisión de la Corte sobre el fondo. Está de acuerdo tanto con el resultado como con la mayor parte del razonamiento enunciado en la providencia, pero decidió escribir una opinión separada sobre la cuestión de la “*plausibility*”, que se plantea en la providencia.

El Magistrado Koroma recuerda que este “*plausibility standard*” [criterio del fundamento razonable] fue enunciado por primera vez en la *Causa relativa a cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica contra Senegal)*. Sostiene que el criterio del fundamento razonable parece haber surgido de la nada en esa causa, sin ninguna cita de apoyo ni explicación. Pone asimismo de relieve que el criterio del fundamento razonable parecería incompatible con la jurisprudencia establecida de la Corte, que exige que el solicitante *demuestre* que hay un derecho existente que necesita ser protegido.

El Magistrado Koroma expresa dos preocupaciones respecto del criterio del fundamento razonable: su ambigüedad y el hecho de que no está claro si el criterio se aplica a derechos, a alegaciones de hecho, o a unos y otras. En lo tocante a la primera preocupación, el Magistrado Koroma observa que en inglés la palabra “*plausible*” puede tener múltiples significados. “*Plausible*” tiene frecuentemente una connotación negativa: una implicación de que, si bien una alegación “*plausible*” aparenta ser básicamente verdadera, en realidad es engañosa, especiosa, solo parcialmente verdadera, o completamente falsa. El Magistrado Koroma señala que ello determina que “*plausible*” no sea fiable como criterio jurídico que las partes deban satisfacer para obtener medidas provisionales de la Corte. La utilización por la Corte del “*plausibility standard*”, en su opinión, también da la impresión de que se ha bajado el umbral para la indicación de medidas provisionales. Observa, empero, que en francés la palabra “*plausible*” parece no tener una connotación negativa, y por consiguiente tal vez haya reflejado mejor la intención de la Corte cuando el término fue usado inicialmente en la causa *Bélgica contra Senegal*.

En lo tocante a la segunda preocupación, el Magistrado Koroma sostiene que la Corte no ha aclarado si el criterio del fundamento razonable [“*plausibility standard*”] exige que un solicitante demuestre que sus pretensiones jurídicas tienen un fundamento razonable o que sus pretensiones fácticas tienen un fundamento razonable. Señala que la Corte ha aplicado el criterio tanto a las pretensiones jurídicas como a las fácticas. En *Bélgica contra Senegal*, la Corte, después de articular el criterio del fundamento razonable, dijo que “los derechos que hace valer Bélgica, que se fundan en una posible interpretación de la Convención contra la Tortura, parecen consiguientemente estar razonablemente fundados [“*to be plausible*”]”. El Magistrado Koroma dice que ello sugiere que la Corte realizó únicamente un análisis jurídico. Observa que en la presente providencia, en cambio, la Corte evalúa el fundamento razonable de las pretensiones fácticas de Costa Rica. El Magistrado Koroma considera que los derechos que efectivamente están en cuestión, incluidos los derechos de Costa Rica a la soberanía y la integridad territorial, son evidentes. En cambio, lo que se examina en la providencia es si “el título de soberanía invocado por Costa Rica sobre la totalidad de la Isla Portillos tiene un fundamento razonable” (providencia, párrafo 58).

El Magistrado Koroma estima que habría valido la pena articular un criterio claro de alguna índole para evaluar, *prima facie*, la legitimidad de las pretensiones de un solicitante en la etapa de medidas provisionales. Observa que tal criterio sería análogo al requisito actualmente exigido por la Corte de la competencia *prima facie*, y ayudaría a que las partes no abusaran del proceso de medidas provisionales para plantear pretensiones que patentemente carecen de fundamento. Observa asimismo que la Corte en algunas ocasiones ha evaluado informalmente la legitimidad de la pretensión

de una parte al decidir la indicación de medidas provisionales, frecuentemente dentro de su análisis de las cuestiones de competencia o de los perjuicios irreparables. La cuestión más difícil, según el Magistrado Koroma, radica en determinar cuál debería ser el criterio preciso. Dice que una opción consistiría en exigir que una parte demostrara, *prima facie*, que goza de determinados derechos. Otra posibilidad consistiría en exigir que los derechos que hace valer una parte estén fundados en una *razonable* interpretación del derecho o de los hechos.

El Magistrado Koroma concluye que, si la Corte decide adoptar un nuevo criterio, debería hacerlo de una manera transparente que explique el fundamento en que se basa. Pone de relieve que la adopción de una providencia en la que se indiquen medidas provisionales por referencia a la “*plausibility*” puede constituir un error.

Opinión separada del Magistrado Sepúlveda-Amor

En su opinión separada, el Magistrado Sepúlveda-Amor conviene en que la Corte debe otorgar medidas de protección provisional en la presente causa. Recuerda que la Corte tiene la potestad de indicar *cualesquiera* medidas provisionales que estime necesarias a fin de preservar los respectivos derechos de cualquiera de las partes, y que las medidas indicadas pueden ser diferentes, en todo o en parte, de las solicitadas originalmente. El Magistrado Sepúlveda-Amor considera útil reafirmar que las providencias relativas a la indicación de medidas provisionales tienen efecto vinculante y que las partes en la causa deben cumplir las obligaciones internacionales que surjan con arreglo a la providencia.

Según el Magistrado Sepúlveda-Amor, la Corte aborda una importante preocupación: el riesgo de actividades delictivas en el territorio en litigio. La Corte ha decidido, con acierto, asignar a cada una de las partes la responsabilidad de cumplir las funciones de policía en la zona respecto de la cual tenga incuestionablemente soberanía. Cabe esperar que la eficacia de la colaboración bilateral requerida sea suficiente para mantener a las operaciones de la delincuencia organizada fuera de esta transitoria tierra de nadie.

En un plano diferente, el Magistrado Sepúlveda-Amor estima que la Corte debería haber aprovechado la oportunidad para seguir elucidando la “exigencia de fundamento razonable [“*plausibility*”]” a los efectos del Artículo 41 del Estatuto. La indeterminación en torno al concepto de fundamento razonable [“*plausibility*”] en la providencia podría llegar a ser problemática en futuras solicitudes de indicación de medidas provisionales, como se demostrará en su opinión.

Aun cuando concuerda con la necesidad de otorgar medidas provisionales de protección en la presente causa, el Magistrado Sepúlveda-Amor no suscribe el segundo párrafo de la cláusula dispositiva de la providencia, ni comparte algunas de las razones expuestas en ella como base de la decisión de la Corte. Considera insuficiente e insatisfactorio

el tratamiento dado por la Corte en la providencia al riesgo inminente de perjuicios irreparables a los posibles derechos de Costa Rica. Su opinión es que las medidas provisionales indicadas están muy por debajo de lo que se necesita para preservar y proteger adecuadamente al Humedal Caribe Noreste. Cabe recordar que el Humedal está íntimamente vinculado con el Refugio de Vida Silvestre del Corredor Fronterizo y el sitio Ramsar del Refugio de Vida Silvestre del Río San Juan. El hecho de que dichos humedales estén interconectados significa que su protección ambiental exige una colaboración bilateral y la plena asistencia de la Secretaría de la Convención de Ramsar.

Declaración del Magistrado Skotnikov

El Magistrado Skotnikov apoya plenamente la decisión de la Corte que dispone que ambas partes “se abstengan de enviar al territorio en litigio, incluido el caño, o mantener en él, cualquier clase de personal, ya sea civil, policial o de seguridad”. Sin embargo, no puede estar de acuerdo con la segunda medida provisional indicada por la Corte.

Señala que en el presente caso no se han cumplido dos condiciones, bien establecidas en la jurisprudencia de la Corte: la existencia de un riesgo de daño irreparable a los derechos en litigio y la urgencia. El Magistrado Skotnikov opina también que la mayoría que votó a favor de la segunda medida provisional ha tratado con bastante ligereza al deber de la Corte de no prejuzgar el resultado del fondo de la causa. Además, esta medida provisional, según el Magistrado Skotnikov, puede contribuir a agravar o extender la controversia.

Se han dado las siguientes razones para indicar la segunda medida provisional, que permite que Costa Rica despache al territorio en litigio personal civil encargado de proteger el medio ambiente: “el territorio en litigio está situado en los humedales comprendidos en el “Humedal Caribe Noreste”, con respecto al cual Costa Rica tiene obligaciones con arreglo a la Convención de Ramsar” y, por consiguiente, “mientras no se dicte el fallo sobre el fondo, Costa Rica debe estar en condiciones de evitar que se causen daños irreparables a la parte de dichos humedales en que está situado dicho territorio”.

El Magistrado Skotnikov concuerda en que Costa Rica tiene, con arreglo a la Convención de Ramsar, obligaciones con respecto al “Humedal Caribe Noreste”. Sin embargo, en su opinión, la cuestión de si dichas obligaciones se extienden al territorio en litigio sólo puede responderse en la etapa de fondo.

La Corte ha decidido que Nicaragua debe cesar la replantación de árboles en el territorio en litigio y no debe enviar inspectores a supervisar periódicamente el proceso de reforestación y los cambios que ocurran en la región, porque “esa situación crea un riesgo inminente de perjuicios irreparables para el título de soberanía invocado por Costa Rica sobre dicho territorio y para los derechos derivados de dicho

título”. Sin embargo, la presencia en el territorio en litigio de personal de Costa Rica encargado de proteger el medio ambiente no puede menos que ser igualmente perjudicial para el título de soberanía invocado por Nicaragua respecto de dicho territorio.

Las acciones que puede adoptar Costa Rica con arreglo a la segunda medida provisional van potencialmente mucho más allá de la reforestación y la supervisión contempladas por Nicaragua. Lamentablemente, ello crea el riesgo de agravar y extender la controversia que la Corte tiene ante sí y hacer más difícil su solución.

En opinión de la Corte, las actividades de Nicaragua en el territorio en litigio crean “un riesgo real y actual de incidentes aptos para causar daños irreparables en forma de lesiones personales o muerte”. Sin embargo, las actividades de Costa Rica, que la Corte está permitiendo en el territorio en litigio al indicar la segunda medida provisional, pueden plantear el mismo peligro.

El Magistrado Skotnikov observa que no se ha demostrado que cualquier presencia de personal de cualquiera de las partes en el minúsculo territorio en litigio sea necesaria a fin de evitar que se causen daños irreparables a la parte del humedal en que está situado dicho territorio. Del expediente resulta claro que no había personal alguno presente en el territorio en litigio antes de que Nicaragua emprendiera su operación en el caño, en octubre de 2010.

La propia Costa Rica no pidió a la Corte que indicara una medida provisional que le permitiera enviar personal al territorio en litigio. La segunda medida provisional ha sido indicada puramente por iniciativa de la Corte.

En opinión del Magistrado Skotnikov, la Corte debería haber tratado la cuestión de la protección del medio ambiente exactamente de la misma manera en que trató la cuestión atinente a la prevención de actividades delictivas en el territorio en litigio: debería haber instado a las partes a que cooperasen en un espíritu de buena vecindad en la zona protegida con arreglo a la Convención de Ramsar independientemente de sus pretensiones contrapuestas respecto de la soberanía sobre el territorio en litigio.

Declaración del Magistrado Greenwood

El Magistrado Greenwood considera los criterios que deben aplicarse cuando se pide a la Corte que indique medidas provisionales de protección y concluye que la Corte debe estar convencida de que los derechos invocados por una parte tienen un fundamento razonable [*“are plausible”*], es decir, de que existe una razonable perspectiva de que la Corte al decidir sobre el fondo determine que esos derechos existen y son aplicables en la causa que tiene ante sí. La Corte también debe estar convencida de que existe un riesgo real de que se causen daños irreparables a esos derechos antes de que se dicte el fallo sobre el fondo. El Magistrado Greenwood concluye que el primer requisito se ha cumplido con respecto

a las pretensiones de Costa Rica, pero que el segundo solo se ha cumplido con respecto al posible perjuicio a derechos que pueda determinarse en el fallo que pertenecen a Costa Rica con respecto a la Isla Portillos. Habría preferido que el segundo párrafo de la parte dispositiva de la providencia fuese más explícito pidiendo a las partes que adoptaran un enfoque concertado para evitar el daño ambiental a la Isla Portillos y la Laguna Harbor Head de conformidad con la Convención de Ramsar.

Declaración de la Magistrada Xue

La Magistrada Xue declaró que votó en contra del segundo párrafo de la parte dispositiva de la providencia porque considera que la presente causa se relaciona esencialmente con la controversia territorial respecto de la zona en cuestión. A menos que se disponga otra cosa, la aplicación territorial de un tratado internacional está delimitada por la soberanía territorial de los Estados partes. Permitir que una parte despache a la zona en litigio personal, aunque sea civil y para fines ambientales, es algo que podría muy verosímelmente llevar a una interpretación no deseada en el sentido de que la providencia prejuzga sobre el fondo de la causa y, más gravemente, podría inclinar a agravar la situación sobre el terreno. De conformidad con el Artículo 41 del Estatuto de la Corte y la jurisprudencia de ésta, el procedimiento incidental relativo a las medidas provisionales no debe prejuzgar respecto de ninguna cuestión relacionada con el fondo de la causa que la Corte tiene ante sí, y debe dejar intactos los derechos de las partes a ese respecto.

En opinión de la Magistrada Xue, mientras no se dicte la decisión definitiva sobre el fondo, la Corte podría haber indicado la medida a ambas partes con la asistencia de la Secretaría de la Convención de Ramsar, en caso de que hubiera que llevar a cabo acciones para evitar posibles daños irreparables al medio ambiente. La finalidad de su voto es recordar a las partes que el segundo párrafo de la parte dispositiva no debe en modo alguno interpretarse en el sentido de que afecta a la sustancia de la causa.

Declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume

1. En su declaración, el Magistrado *ad hoc* Gilbert Guillaume recuerda en primer lugar que, según el fallo dictado por la Corte el 13 de julio de 2009, Nicaragua puede ejecutar a sus propias expensas las obras de mejoramiento de la navegación en el río San Juan que estime convenientes, siempre que esas obras no afecten gravemente la navegación en el río o en los afluentes del río San Juan pertenecientes a Costa Rica. Añade que si, en el curso de tales obras, se causan daños al territorio de Costa Rica, ésta no tiene derecho a impedir la continuación de las obras en el territorio de Nicaragua, sino a obtener una reparación por los daños sufridos. Continúa observando que, sin pronunciarse sobre el fondo, la Corte ha determinado que el dragado previsto por Nicaragua no estaba “creando un riesgo de perjuicios irreparables al medio

ambiente de Costa Rica ni al caudal del río Colorado”. El Magistrado *ad hoc* Gilbert Guillaume apoya esa determinación y aprueba la decisión de la Corte de rechazar la solicitud de medidas provisionales presentada sobre este punto por Costa Rica.

2. Pasando a considerar la controversia relativa a las actividades llevadas a cabo por Nicaragua en el territorio de unos tres kilómetros cuadrados reclamado por ambos Estados, el Magistrado *ad hoc* Guillaume también aprueba la decisión de la Corte de disponer que cada una de las partes se abstenga de enviar a dicho territorio, o mantener en él, cualquier clase de personal, ya sea civil, policial o de seguridad. En su opinión, esta solución claramente preserva los derechos a la soberanía reivindicados tanto por Nicaragua como por Costa Rica, y al mismo tiempo ayuda a salvaguardar la paz en la región.

3. Queda el punto del impacto ambiental de las obras llevadas a cabo en esta zona por Nicaragua. A este respecto, el Magistrado *ad hoc* Guillaume toma nota, como lo hace la Corte, de la afirmación de Nicaragua de que las obras han terminado, y por consiguiente concluye, como la Corte, que no hay necesidad de pedir a Nicaragua que no continúe dichas obras. Comparte la opinión de la Corte de que la existencia del caño en litigio no crea un riesgo inminente de perjuicios irreparables al medio ambiente.

4. Por otro lado, el Magistrado *ad hoc* Guillaume discrepa con la Corte en lo tocante al apartado 2) de la parte dispositiva de la providencia. En dicho apartado, la Corte contempla la situación más bien improbable en la cual en el futuro pueda aparecer un riesgo de perjuicios irreparables para los humedales protegidos por la Convención de Ramsar a causa de las obras controvertidas. La Corte ha dado a Costa Rica, y solo a Costa Rica, el derecho de despachar al territorio en litigio en tales circunstancias personal civil encargado de la protección del medio ambiente, a fin de determinar si es necesario tomar algunas medidas.

5. Por cierto, antes de actuar de esa forma, Costa Rica debe consultar con la Secretaría de la Convención de Ramsar y tratar de llegar a un acuerdo con Nicaragua; sin embargo, en caso de que fracasen las negociaciones, la decisión final incumbe a Costa Rica. El Magistrado *ad hoc* Guillaume lamenta ese hecho, pues estima que la protección del medio ambiente en el territorio en litigio no puede separarse de la protección del medio ambiente en los territorios adyacentes que están bajo la soberanía indiscutida de un Estado o del otro. Por consiguiente, habría sido preferible encomendar esa protección a ambos Estados actuando conjuntamente. Esa solución también habría hecho posible evitar que se diera la impresión de que la Corte se proponía dar preferencia a los derechos de Costa Rica respecto del territorio en litigio, lo cual evidentemente no es cierto, porque la providencia dice específicamente que no prejuzga en modo alguno respecto del fondo de la causa, ni, en particular, respecto de la soberanía sobre el territorio en cuestión.

Opinión separada del Magistrado *ad hoc* Dugard

El Magistrado *ad hoc* Dugard votó a favor de la parte dispositiva en su totalidad. Sin embargo, expresó dudas acerca del primero párrafo de la parte dispositiva, que exige que el personal civil, policial o de seguridad de ambas partes se mantenga fuera del territorio en litigio.

En su opinión, el Magistrado *ad hoc* Dugard examina la necesidad de que la parte demandante demuestre un “*plausible right*” [derecho razonablemente fundado] como requisito para las medidas provisionales y dice que ese tipo de derecho solo puede ser probado mediante cierta consideración del fondo de la causa. El Tratado de Límites de 1858, el primer laudo Alexander de 1897 y varios mapas dan pruebas de tal derecho razonablemente fundado a la soberanía y la integridad territorial por parte de Costa Rica.

El respeto de la integridad territorial de un Estado por los demás Estados, que es una norma de *jus cogens*, y el principio de respeto por la estabilidad de las fronteras, exigen el dictado de una providencia de medidas provisionales que reivindique el derecho del Estado invadido, Costa Rica, a su

soberanía territorial. La naturaleza del territorio no justifica una conclusión diferente, pues un Estado tiene plena soberanía tanto sobre las porciones habitadas de su territorio como sobre las no habitadas. En un caso de esa índole, lo correcto es dictar una providencia que restablezca el *statu quo ante*.

El Magistrado *ad hoc* Dugard advierte que una disposición imparcial de la índole de la que figura en el primer párrafo de la parte dispositiva, en la que se pide a ambas partes que se abstengan de enviar al territorio en litigio, incluido el caño, o mantener en él, cualquier clase de personal, ya sea civil, policial o de seguridad, dará una credibilidad y una legitimidad injustificadas a la pretensión de la parte demandada respecto del territorio y creará un peligroso precedente.

Las dudas del Magistrado *ad hoc* Dugard acerca del primer párrafo de la parte dispositiva son mitigadas en cierta medida por el segundo párrafo de la parte dispositiva que, al permitir que Costa Rica tome medidas encaminadas a proteger al medio ambiente del territorio en litigio, reconoce la mayor fuerza de la pretensión de Costa Rica respecto del territorio. Ello le ha permitido votar a favor de la parte dispositiva en conjunto.

184. APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL (GEORGIA CONTRA LA FEDERACIÓN DE RUSIA)

Fallo de 1 de abril de 2011

El 1 de abril de 2011, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo sobre las excepciones preliminares planteadas por la Federación de Rusia en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia contra Federación de Rusia)*. La Corte concluyó que no era competente para decidir la controversia.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Gaja; Secretario Couvreur.

*
* *

El párrafo dispositivo (párr. 187) del fallo dice lo siguiente:

“... ”

LA CORTE,

1) *a)* por doce votos contra cuatro,

Rechaza la primera excepción preliminar planteada por la Federación de Rusia;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Magistrados Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Gaja;

VOTOS EN CONTRA: Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Skotnikov, Xue;

b) por diez votos contra seis,

Hace lugar a la segunda excepción preliminar planteada por la Federación de Rusia;

VOTOS A FAVOR: Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Xue;

VOTOS EN CONTRA: Presidente Owada; Magistrados Simma, Abraham, Cañado Trindade, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Gaja;

2) por diez votos contra seis,

Determina que no tiene competencia para conocer de la demanda presentada por Georgia el 12 de agosto de 2008.

VOTOS A FAVOR: Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Xue;

VOTOS EN CONTRA: Presidente Owada; Magistrados Simma, Abraham, Cañado Trindade, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Gaja.”

*
* *

El Presidente Owada y los Magistrados Simma, Abraham, Donoghue y el Magistrado *ad hoc* Gaja anexaron una opinión disidente conjunta al fallo de la Corte; el Presidente Owada anexó una opinión separada al fallo de la Corte; el Vicepresidente Tomka anexó una declaración al fallo de la Corte; los Magistrados Koroma, Simma y Abraham anexaron opiniones separadas al fallo de la Corte; el Magistrado Skotnikov anexó una declaración al fallo de la Corte; el Magistrado Cañado Trindade anexó una opinión disidente al fallo de la Corte; los Magistrados Greenwood y Donoghue anexaron opiniones separadas al fallo de la Corte.

*
* *

Cronología del procedimiento (párrs. 1 a 19)

La Corte comienza recordando que, el 12 de agosto de 2008, el Gobierno de Georgia presentó en la Secretaría de la Corte una demanda por la que se incoaba un procedimiento contra la Federación de Rusia con respecto a una controversia relativa a “acciones en el territorio de Georgia y en torno a él” con violación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante “la Convención”) de 21 de diciembre de 1965. Para fundar la competencia de la Corte, la demanda invocaba el artículo 22 de la Convención, que entró en vigor entre las partes el 2 de julio de 1999.

A continuación se hace una historia completa del procedimiento, en la cual la Corte hace referencia, entre otras cosas, a la solicitud de indicación de medidas provisionales presentada por la parte demandante el 14 de agosto de 2008, a la solicitud enmendada de indicación de medidas provisionales de protección presentada por Georgia el 25 de agosto de 2008, y a la providencia de 15 de octubre de 2008, en la cual la Corte, después de escuchar a las partes, indicó determinadas medidas provisionales a ambas partes.

La Corte recuerda también que, el 1 de diciembre de 2009, la Federación de Rusia planteó excepciones preliminares a la competencia de la Corte, y que, consiguientemente, por una providencia de 11 de diciembre de 2009, la Corte, señalando que se habían suspendido las actuaciones sobre el fondo, fijó el 1 de abril de 2010 como plazo para que Georgia presentara una exposición escrita que contuviera sus observaciones y peticiones sobre las excepciones preliminares formuladas por la Federación de Rusia. Georgia presentó dicha exposición dentro del plazo prescrito, y de tal modo la causa quedó

en estado de celebrar audiencias con respecto a las excepciones preliminares. Del lunes 13 de septiembre al viernes 17 de septiembre de 2010 se celebraron las audiencias públicas sobre las excepciones preliminares planteadas por la Federación de Rusia, en las que la Corte escuchó los argumentos y réplicas orales de ambas partes.

En nombre del Gobierno de la Federación de Rusia se presentaron las peticiones siguientes con respecto a las excepciones preliminares:

“Por las razones antes expuestas, la Federación de Rusia pide a la Corte que juzgue y declare que carece de competencia respecto de las pretensiones formuladas contra la Federación de Rusia por Georgia, presentadas ante la Corte en la demanda de Georgia de 12 de agosto de 2008.”

En nombre del Gobierno de Georgia, se presentaron las peticiones siguientes en la exposición escrita de sus observaciones y peticiones sobre las excepciones preliminares:

“Por estas razones, Georgia pide respetuosamente a la Corte:

1. Que desestime las *excepciones preliminares* presentadas por la Federación de Rusia;
2. Que determine que tiene competencia para conocer de las pretensiones presentadas por Georgia, y que dichas pretensiones son admisibles.”

La Corte recuerda asimismo que en las actuaciones orales sobre las excepciones preliminares las partes presentaron las peticiones siguientes:

En nombre del Gobierno de la Federación de Rusia, en la audiencia de 15 de septiembre de 2010:

“La Federación de Rusia pide a la Corte que juzgue y declare que carece de competencia respecto de las pretensiones formuladas contra la Federación de Rusia por Georgia, presentadas ante la Corte en la demanda de Georgia de 12 de agosto de 2008.”

En nombre del Gobierno de Georgia, en la audiencia de 17 de septiembre de 2010:

“Georgia pide respetuosamente a la Corte:

1. que desestime las excepciones preliminares presentadas por la Federación de Rusia;
2. que determine que tiene competencia para conocer de las pretensiones presentadas por Georgia, y que dichas pretensiones son admisibles.”

Razonamiento de la Corte

I. *Introducción* (párrs. 20 a 22)

Cabe recordar que en su demanda Georgia invocó el artículo 22 de la Convención para fundar la competencia de la Corte. El artículo 22 de la Convención dice lo siguiente:

“Toda controversia entre dos o más Estados partes con respecto a la interpretación o a la aplicación de la presente

Convención, que no se resuelva mediante negociaciones o mediante los procedimientos que se establecen expresamente en ella, será sometida a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a instancia de cualquiera de las partes en la controversia, a menos que éstas convengan en otro modo de solucionarla.”

La Federación de Rusia ha planteado cuatro excepciones preliminares a la competencia de la Corte en virtud del artículo 22 de la Convención. Según la primera excepción preliminar planteada por la Federación de Rusia, no había controversia entre las partes en relación con la interpretación o la aplicación de la Convención en la fecha en que Georgia presentó su demanda. En su segunda excepción preliminar, la Federación de Rusia argumenta que no se han cumplido los requisitos de procedimiento del artículo 22 de la Convención para recurrir a la Corte. La Federación de Rusia sostiene en su tercera excepción que la conducta ilícita alegada tuvo lugar fuera de su territorio y por consiguiente la Corte carece de competencia *ratione loci* para conocer de la causa. Durante las actuaciones orales, la Federación de Rusia dijo que esta excepción no tenía un carácter exclusivamente preliminar. Por último, según la cuarta excepción de la Federación de Rusia, cualquier competencia que pueda tener la Corte está limitada *ratione temporis* a los acontecimientos que hayan ocurrido después de la entrada en vigor de la Convención entre las partes, es decir, el 2 de julio de 1999.

II. *Primera excepción preliminar — Existencia de una controversia* (párrs. 23 a 114)

La Corte comienza considerando la primera excepción preliminar de la Federación de Rusia según la cual “no había controversia entre Georgia y Rusia con respecto a la interpretación o la aplicación de la Convención en relación con la situación en Abjasia y Osetia del Sur y en su derredor antes del 12 de agosto de 2008, es decir, la fecha en que Georgia presentó su demanda”. En resumen, presentó dos argumentos en apoyo de esa excepción. Primero, si había alguna controversia que comprendiese alegaciones de discriminación racial cometida en el territorio de Abjasia y Osetia del Sur, las partes en dicha controversia eran Georgia por un lado y Abjasia y Osetia del Sur por otra, pero no la Federación de Rusia. Segundo, aunque hubiese existido una controversia entre Georgia y la Federación de Rusia, tal controversia no estaría relacionada con la aplicación o la interpretación de la Convención.

La Corte señala que Georgia, en respuesta, sostiene que consta en el expediente que durante un período de más de diez años antes de la presentación de su demanda ha planteado constantemente sus graves preocupaciones con la Federación de Rusia con respecto a actos ilegítimos de discriminación racial que son atribuibles a dicho Estado, lo cual deja en claro que existe una controversia de larga data entre los dos Estados con respecto a asuntos comprendidos dentro de la Convención.

1. El significado de “controversia” (párrs. 26 a 30)

La Corte señala que, con respecto al derecho, la Federación de Rusia sostiene en primer lugar que la palabra “controversia” en el artículo 22 de la Convención tiene un significado especial que es más estrecho que el que se encuentra en el derecho internacional general y consiguientemente más difícil de satisfacer. La Federación de Rusia sostiene que, en la Convención, no se considera que los Estados partes estén en “controversia” hasta que un “asunto” entre dichas partes haya cristalizado pasando por un proceso de cinco etapas que comprende los procedimientos establecidos en la Convención. Este argumento depende de la redacción de los artículos 11 a 16 de la Convención y de las distinciones que según se dice hacen entre “*matter*”, “*complaints*” y “*disputes*”.

La Corte señala asimismo que Georgia, en sus exposiciones, rechaza el argumento de que el término “controversia” en el artículo 22 tiene un significado especial. Georgia sostiene que en las disposiciones pertinentes de la Convención, en particular en los artículos 12 y 13, se utilizan los términos “*matter*” [en español, “asunto”; en francés, “*question*”], “*issue*” [en español, “asunto”; en francés, “*litige*”] y “*dispute*” [en español, “controversia”; en francés, “*différend*”] sin distinción alguna ni rastros de significado especial.

La Corte no considera que las palabras “*matter*”, “*complaint*”, “*dispute*” e “*issue*” se hayan empleado en los artículos 11 a 16 de una forma tan sistemática que exija que se dé a la palabra “controversia” en el artículo 22 una interpretación más estrecha que la habitual. Además, la palabra “controversia” aparece en la primera parte del artículo 22 exactamente en la misma forma en que aparece en varias otras cláusulas compromisorias adoptadas en la misma época en que se estaba elaborando la Convención: “Toda controversia entre dos o más Estados partes con respecto a la interpretación o a la aplicación de la presente Convención ...” (Por ejemplo, Protocolo de firma facultativo sobre la jurisdicción obligatoria en la solución de controversias con respecto a las convenciones sobre el derecho del mar de 1958, artículo 1; Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, artículo 48; Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 1965, artículo 64). Esa congruencia en el uso sugiere que no hay razón alguna para apartarse del significado con que generalmente se entiende la palabra “controversia” en la cláusula compromisoria contenida en el artículo 22 de la Convención. Por último, en todo caso en los argumentos hechos por la Federación de Rusia sobre este asunto no se indica la forma particular que debería adoptar esa interpretación más estrecha. Consiguientemente, la Corte rechaza este primer argumento de la Federación de Rusia y pasa a considerar el significado general de la palabra “controversia” cuando se utiliza en relación con la competencia de la Corte.

La Corte recuerda su jurisprudencia establecida sobre ese asunto, comenzando con la declaración frecuentemente citada de la Corte Permanente de Justicia Internacional en la

causa relativa a las *Concesiones Mavrommatis en Palestina* en 1924: “Una controversia es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o de intereses entre dos personas.” La Corte Internacional de Justicia ha indicado que el punto de si hay una controversia en un caso dado debe resolverse mediante una “determinación objetiva” de la Corte, y que “[d]ebe demostrarse que la pretensión de una parte es positivamente resistida por la otra”. La determinación de la Corte debe basarse en un examen de los hechos. El asunto es de sustancia, no de forma. Como ha reconocido la Corte en su jurisprudencia, la existencia de una controversia puede inferirse del hecho de que un Estado no responda a una pretensión en circunstancias en que se impone una respuesta. Si bien la existencia de una controversia y la iniciación de negociaciones son cosas distintas como asunto de principio, las negociaciones pueden ayudar a demostrar la existencia de la controversia y delinear su materia.

La controversia debe en principio existir en el momento en que se presenta la demanda ante la Corte; las partes estuvieron de acuerdo con esta proposición. Además, desde el punto de vista de la materia de la controversia, para volver a los términos del artículo 22 de la Convención, la controversia debe ser “con respecto a la interpretación o la aplicación de [la] Convención”. Si bien no es necesario que un Estado se refiera expresamente a un tratado específico en sus intercambios con el otro Estado para que después pueda invocar ese instrumento ante la Corte, los intercambios deben referirse a la materia del tratado con suficiente claridad para permitir que el Estado contra el que se formula una pretensión determine que hay, o puede haber, una controversia con respecto a esa materia. Una especificación expresa eliminaría toda duda acerca de la forma en que un Estado entiende la materia en cuestión y pondría sobre aviso a la otra. Las partes están de acuerdo en que en la presente causa no aparece tal especificación expresa.

2. Las pruebas acerca de la existencia de una controversia (párrs. 31 a 39)

La Corte pasa entonces a considerar las pruebas que le presentaron las partes para determinar si demuestran, como sostiene Georgia, que en el momento en que presentó su demanda, el 12 de agosto de 2008, tenía una controversia con la Federación de Rusia con respecto a la interpretación o la aplicación de la Convención. La Corte tiene que determinar 1) si en el expediente consta un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho entre los dos Estados; 2) si ese desacuerdo es con respecto a “la interpretación o la aplicación” de la Convención, como lo exige el artículo 22 de la Convención, y 3) si ese desacuerdo existía a la fecha de la demanda. A tal efecto, es necesario determinar si Georgia formuló tal pretensión y si la Federación de Rusia se opuso positivamente a ella con el resultado de que hay una controversia entre ellas en los términos del artículo 22 de la Convención.

Antes de entrar a considerar las pruebas pertinentes para las respuestas a esas cuestiones, la Corte observa que indudablemente entre junio de 1992 y agosto de 2008 surgieron controversias en relación con los acontecimientos en Abjasia y Osetia del Sur. Dichas controversias comprendieron una gama de asuntos, entre ellos, el estatuto de Abjasia y Osetia del Sur, estallidos de conflictos armados y alegaciones de violaciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, incluidos los derechos de las minorías. Es dentro de esa compleja situación que debe identificarse la controversia que Georgia alega que existe y que la Federación de Rusia niega. Una situación puede contener controversias que se relacionen con más de un cuerpo de normas jurídicas y estén sujetas a distintos procedimientos de arreglo de controversias; las partes aceptaron esa proposición.

Las partes señalaron a la atención de la Corte numerosos documentos y declaraciones relacionados con los acontecimientos en Abjasia y Osetia del Sur entre 1990 y el momento de la presentación de la demanda de Georgia y más adelante. En sus exposiciones destacaron los que tenían carácter oficial. La Corte se limita a los documentos y declaraciones oficiales.

Las partes también distinguieron entre documentos y declaraciones emitidos antes del 2 de julio de 1999, fecha en que Georgia pasó a ser parte en la Convención, estableciendo de tal modo una relación convencional entre Georgia y la Federación de Rusia de conformidad con la Convención, y los documentos y declaraciones posteriores, y, con respecto a dichos documentos y declaraciones posteriores, entre los emitidos antes de los conflictos armados que comenzaron en la noche del 7 al 8 de agosto de 2008 y los de los días posteriores hasta el 12 de agosto, fecha en que se presentó la demanda. Georgia citó declaraciones relacionadas con los acontecimientos anteriores a 1999 “no como base de las pretensiones de Georgia contra Rusia en esa acción, sino como prueba de que la controversia con Rusia a causa de la depuración étnica es de larga data y legítima, y no de reciente invención”. La Corte también hace una distinción entre los documentos emitidos y las declaraciones formuladas antes y después de que Georgia pasara a ser parte en la Convención.

Los documentos y declaraciones también varían según sus autores, sus receptores o su público previstos, probables y efectivos, la ocasión de su emisión y su contenido. Algunos son emitidos por el Ejecutivo o por miembros del Ejecutivo de una parte o la otra —el Presidente, el Ministro de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Relaciones Exteriores y otros Ministerios— y otros por el Parlamento, en particular el de Georgia, y por parlamentarios. Algunos son declaraciones de prensa o registros de entrevistas, otros son minutas internas de reuniones preparadas por una parte. Algunos están dirigidos a receptores determinados, en particular por un miembro del Ejecutivo (el Presidente o el Ministro de Relaciones Exteriores) a su homólogo de la otra parte o a una organización o un funcionario internacional, como el

Secretario General de las Naciones Unidas o el Presidente del Consejo de Seguridad. La otra parte puede ser o no un miembro de la organización o el órgano. Una categoría particular consiste en informes presentados a órganos de supervisión de tratados, tales como el Comité de Derechos Humanos, el Comité para Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité contra la Tortura. Otra categoría está integrada por resoluciones del Consejo de Seguridad aprobadas entre 1993 y abril de 2008 en relación con Abjasia. Otros documentos registran acuerdos entre diversas partes o son minutas oficiales de sus reuniones. Entre las partes figuran a veces el “lado de Abjasia”, el “lado de Osetia del Sur”, el “lado de Osetia del Norte”, en algunos casos solo con Georgia y en otros con Georgia y Rusia y ambos “lados osetios”.

La referencia a “partes” puede a veces complementarse como “partes en el conflicto” o “partes en el acuerdo”. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) también han sido signatarios cuando así procedía, pero no son nombrados como partes en los acuerdos.

Las partes prestaron atención principalmente al contenido de los documentos y declaraciones y la Corte también. La Corte observa en esta etapa que es más probable que una controversia resulte probada por un choque directo de posiciones expresadas por las dos partes acerca de sus respectivos derechos y obligaciones con respecto a la eliminación de la discriminación racial, en un intercambio entre ellas, pero, como ha señalado la Corte, hay circunstancias en las cuales la existencia de una controversia puede inferirse del hecho de que no se dé respuesta a una pretensión. Además, en general, en el derecho y la práctica internacionales, es el Ejecutivo del Estado quien representa al Estado en sus relaciones internacionales y habla en su nombre a nivel internacional. Consiguientemente, se presta la principal atención a las declaraciones hechas o aprobadas por los Ejecutivos de las dos partes.

La Federación de Rusia dice que la controversia primaria que existía entre ella y Georgia era acerca del uso alegadamente ilegítimo de la fuerza por la Federación de Rusia después del 7 de agosto de 2008. Georgia, en contraste, puso de relieve las referencias que se hacían en las declaraciones a “la depuración étnica” y a los obstáculos con que tropezaba el regreso de los refugiados y los desplazados internos. La Corte toma nota de esos asuntos al examinar la significación jurídica de los documentos y declaraciones a los que las partes prestaron atención principalmente.

Antes de considerar esos documentos y declaraciones, la Corte examina los acuerdos alcanzados en el decenio de 1990 y las resoluciones del Consejo de Seguridad aprobadas entre el decenio de 1990 y comienzos de 2008. Esos acuerdos y resoluciones aportan una parte importante del contexto en el que se formularon las declaraciones que invocan las partes. En particular, ayudan a definir los distintos papeles

que la Federación de Rusia estaba desempeñando durante ese período.

3. *Acuerdos y resoluciones del Consejo de Seguridad pertinentes* (párrs. 40 a 49)

La Corte recuerda, entre otras cosas, que en lo tocante a Osetia del Sur, Georgia y la Federación de Rusia concertaron el 24 de junio de 1992 un acuerdo sobre principios de arreglo del conflicto georgiano-osetio (el Acuerdo de Sochi). En el acuerdo se preveía la cesación del fuego y el retiro de las formaciones armadas (identificando en particular a los contingentes de la Federación de Rusia); y, a fin de controlar la aplicación de dichas medidas, se establecía una comisión conjunta de control, integrada por representantes de todas las partes involucradas en el conflicto. La Corte reseña las reuniones y decisiones de la Comisión Conjunta de Control (CCC).

En lo tocante a Abjasia, la Corte recuerda que el Presidente de la Federación de Rusia y el Presidente del Consejo de Estado de la República de Georgia firmaron el 3 de septiembre de 1992 el Acuerdo de Moscú. Según consignaron, en sus conversaciones habían participado “dirigentes de Abjasia, las repúblicas del Cáucaso septentrional y regiones y distritos de la Federación de Rusia”. El acuerdo preveía la cesación del fuego, confirmaba la necesidad de observar las normas internacionales en la esfera de los derechos humanos y los derechos de las minorías, la inadmisibilidad de la discriminación, y disponía que “[l]as tropas de la Federación de Rusia, temporalmente desplegadas en el territorio de Georgia, incluso en Abjasia, observarán firmemente la neutralidad”. El 9 de julio de 1993 el Consejo de Seguridad pidió al Secretario General que hiciera los preparativos necesarios para una misión de observadores militares una vez que se hubiera puesto en práctica la cesación del fuego entre el Gobierno de Georgia y las autoridades de Abjasia (resolución del Consejo de Seguridad 849 (1993)). El 27 de julio de 1993 se firmó el acuerdo de cesación del fuego, con la mediación del Viceministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia en función de facilitador, y se estableció la comisión conjunta. Las partes consideraron necesario invitar a fuerzas internacionales de mantenimiento de la paz a las zonas de conflicto; “[e]sta tarea podrá ser compartida, con sujeción a la consulta con las Naciones Unidas, por el contingente militar ruso temporalmente desplegado en la zona”. La Misión de Observadores de las Naciones Unidas en Georgia (UNOMIG) fue establecida el 24 de agosto de 1993, en virtud de la resolución 858 (1993) del Consejo de Seguridad. La Corte examina otros acuerdos y resoluciones del Consejo de Seguridad pertinentes (entre ellos, las resoluciones 876 (1993), 934 (1994), 901 (1994), 937 (1994) y 1036 (1996)), así como las negociaciones entre las partes georgiana y abjasia, celebradas en Ginebra del 30 de noviembre al 1 de diciembre de 1993, bajo la égida de las Naciones Unidas, con la Federación de Rusia como facilitadora y un representante de la

OSCE —conocidas como el “proceso de Ginebra”. La Corte recuerda que dicho proceso de Ginebra contó con la asistencia del Grupo de Amigos del Secretario General (Alemania, los Estados Unidos, la Federación de Rusia, Francia y el Reino Unido). La Corte recuerda que fue solo después de los conflictos armados de agosto de 2008 que Georgia pidió, el 1 de septiembre de 2008, que se pusiera fin a la operación de las fuerzas colectivas de mantenimiento de la paz.

4. *Documentos y declaraciones del período anterior al 2 de julio de 1999, fecha de entrada en vigor de la Convención entre las partes* (párrs. 50 a 64)

La Corte examina los documentos y declaraciones emitidos antes del 2 de julio de 1999 e invocados por Georgia para demostrar que en el período anterior al momento en que quedó obligada por la Convención tenía una controversia con la Federación de Rusia acerca de discriminación racial por parte de ésta, en especial por parte de las fuerzas de la Federación de Rusia, contra personas de etnia georgiana. A ese respecto, la Corte recuerda que esos documentos y declaraciones anteriores pueden ayudar a poner en contexto los documentos emitidos o las declaraciones formuladas después de la entrada en vigor de la Convención entre las partes.

La Corte concluye que ninguno de los documentos o declaraciones sirve de base para concluir que para julio de 1999 había una controversia acerca de discriminación racial. Las razones se consignan en los párrafos anteriores en relación con cada uno de los documentos o declaraciones. Se relacionan con el autor de la declaración o el documento, con su destinatario previsto o efectivo y con su contenido. Varios de los documentos y declaraciones emanaban del Parlamento de Georgia o de autoridades parlamentarias y el Ejecutivo no los hizo suyos ni actuó de acuerdo con ellos. Por último, en lo tocante a la materia de cada documento o declaración, consiste en denuncias de acciones de las autoridades de Abjasia, frecuentemente mencionados como los “separatistas”, y no de la Federación de Rusia; o la materia de las denuncias es el uso alegadamente ilegítimo de la fuerza, o el estatuto de Abjasia, y no la discriminación racial; y, cuando hay una referencia posiblemente pertinente, por lo común a la obstaculización del regreso de los refugiados y desplazados internos, es como elemento accesorio de una pretensión más amplia —acerca del estatuto de Abjasia, el retiro de las tropas de la Federación de Rusia o el uso alegadamente ilegítimo de la fuerza por ellas.

De esta conclusión general de la Corte y de las conclusiones específicas a que llegó con respecto a cada uno de los documentos y declaraciones se desprende que, en opinión de la Corte, Georgia no ha citado ningún documento o declaración anterior a julio de 1999, fecha en que pasó a ser parte en la Convención, que sirva de apoyo a su afirmación de que “la controversia con Rusia acerca de la depuración étnica es de larga data y legítima, y no de reciente invención”. La Corte añade que, incluso si así fuera, esa controversia, aun cuando

fuera acerca de la discriminación racial, no podía haber sido una controversia con respecto a la interpretación o la aplicación de la Convención, que es el único tipo de controversia a cuyo respecto el artículo 22 de dicha Convención ha dado competencia a la Corte.

5. *Documentos y declaraciones del período posterior a la entrada en vigor de la Convención entre las partes y anteriores a agosto de 2008* (párrs. 65 a 105)

La Corte estima conveniente considerar ante todo en forma colectiva los informes elaborados después de 1999 por las dos partes para comités de supervisión de tratados. Dichos informes se relacionan con la Convención, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT).

La Corte observa que un Estado puede alegar que otro Estado está violando las obligaciones que le incumben con arreglo a la Convención sin iniciar ese proceso. Observa también que en general el proceso con arreglo al cual los Estados presentan periódicamente informes a los comités de supervisión opera entre el Estado que presenta el informe y el comité en cuestión; es un proceso en el cual el Estado informa sobre las medidas que ha tomado para aplicar el tratado. El proceso no tiene la finalidad de involucrar a otros Estados y sus obligaciones. Teniendo en cuenta esas características, así como los informes a que específicamente se hace referencia en la presente causa y los debates y las observaciones a su respecto, la Corte no considera que en este caso en particular los informes a los comités sean significativos para determinar la existencia de una controversia.

Pasando a considerar los documentos y declaraciones que constan en el expediente de la causa correspondientes al período posterior a la entrada en vigor de la Convención entre las partes y anteriores a agosto de 2008, la Corte hace referencia, entre otras cosas, a una resolución aprobada por el Parlamento de Georgia en octubre de 2001.

Dicha resolución comienza con una referencia al sufrimiento emanado “de los trágicos resultados del separatismo, el terrorismo internacional y la agresión”. Alegaba que a partir del despliegue del personal de mantenimiento de la paz de la Federación de Rusia bajo los auspicios de la Confederación de Estados Independientes (CEI), no habían cesado las políticas de depuración étnica. En dicha resolución aparecía ahora la Federación de Rusia como una parte involucrada en el conflicto.

La Corte señala que, al evaluar la resolución parlamentaria de octubre de 2001, así como otros documentos y declaraciones invocados por las partes, debe tener en cuenta, entre otros asuntos, los diferentes papeles de la Federación de Rusia, en las fuerzas de mantenimiento de la paz de la CEI, en calidad de facilitadora y como uno de los Amigos del Secretario General. En ese contexto y habida cuenta de

que el Gobierno de Georgia no había avalado la resolución del Parlamento de Georgia de octubre de 2001, la Corte no pudo atribuirle ninguna significación jurídica a los efectos de la presente causa.

La Corte continúa su análisis de los documentos y declaraciones del período que se examina, entre ellos, la resolución 1393 (2002) del Consejo de Seguridad, documentos relacionados con el resultado de reuniones de alto nivel entre representantes de las partes y diversos intercambios entre las partes, así como varias resoluciones aprobadas por el Parlamento de Georgia y reenviadas al Secretario General por el Representante Permanente, incluida una resolución de fecha 11 de octubre de 2005. Con respecto a esta última resolución parlamentaria, la Corte señala que se hizo referencia a ella en una carta de 27 de octubre de 2005 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente de Georgia. En dicha carta no se avalaba la resolución parlamentaria. La Corte determina que no se puede ver en esa carta ninguna alegación de violaciones de obligaciones emanadas de la Convención formulada por el Gobierno de Georgia contra la Federación de Rusia.

La Corte recuerda el hincapié hecho por Georgia en las resoluciones parlamentarias que fueron transmitidas a las Naciones Unidas, y considera significativo que en todas las ocasiones en que el Gobierno de Georgia transmitió resoluciones parlamentarias al Secretario General para que se distribuyeran como documentos oficiales de las Naciones Unidas, dicho Gobierno no hizo referencia a los temas del programa relacionados con la materia de la Convención, tales como la discriminación racial, o, en su caso, los refugiados y desplazados internos, o, de hecho, más generalmente, los instrumentos de derechos humanos. Análogamente, la Corte concluye que las declaraciones acerca de las zonas de conflicto emanadas del Gobierno de Georgia y transmitidas por el Representante Permanente al Secretario General y al Presidente del Consejo de Seguridad en agosto y septiembre de 2006, en septiembre y octubre de 2007 y en marzo y abril de 2008, salvo en un caso, no hacen referencia alguna a la Federación de Rusia como responsable de actos de discriminación racial.

La Corte, sobre la base de su examen de los documentos y declaraciones emitidos por las partes y otros entre 1999 y julio de 2008 concluye, por las razones expuestas en relación con cada uno de ellos, que durante ese período no surgió ninguna controversia jurídica entre Georgia y la Federación de Rusia con respecto al cumplimiento por parte de la Federación de Rusia de sus obligaciones con arreglo a la Convención.

6. *Agosto de 2008* (párrs. 106 a 114)

Pasando a los acontecimientos que se desencadenaron a comienzos de agosto de 2008, en particular las hostilidades armadas en Osetia del Sur que comenzaron durante la noche del 7 al 8 de agosto de 2009, la Corte observa que,

si bien las pretensiones planteadas contra la Federación de Rusia por Georgia entre el 9 y el 12 de agosto de 2008 (el día en que Georgia presentó su demanda) eran principalmente reclamaciones por el uso ilegítimo de la fuerza, también se referían expresamente a la depuración étnica por las fuerzas rusas.

La primera declaración de este período citada por Georgia es su Decreto Presidencial de 9 de agosto de 2008 sobre la Declaración de un estado de guerra y movilización en gran escala. La Corte observa que en ese decreto no se alega que la Federación de Rusia estuviera violando sus obligaciones relacionadas con la eliminación de la discriminación racial. Su preocupación se refiere al uso alegadamente ilegítimo de la fuerza armada.

La Corte considera a continuación una conferencia de prensa con periodistas extranjeros celebrada el 9 de agosto de 2008, durante la cual el Presidente Saakashvili formuló una declaración que comenzaba con alegaciones acerca de que “Rusia ... [había] lanzado una invasión militar a gran escala de Georgia”. El Presidente dijo que también tenía que indicar que las tropas rusas habían “cometido actos de depuración étnica en todas las zonas que controlan en Osetia del Sur” y que también estaban “tratando de organizar la depuración étnica de personas de etnia georgiana de alta Abjasia”. El día siguiente, 10 de agosto de 2008, el representante de Georgia, en una sesión del Consejo de Seguridad convocada a solicitud de Georgia, hizo referencia en su declaración inicial al “proceso de exterminio de la población georgiana”, pero la primera referencia explícita a la discriminación racial apareció en la declaración inicial del representante de la Federación de Rusia, cuando se refirió a la gran cantidad de refugiados que huían hacia la Federación de Rusia desde Osetia del Sur como resultado de “la depuración étnica” que estaba llevando a cabo la dirigencia de Georgia. El representante de Georgia respondió que “[n]o podemos [cerrar los ojos] ahora porque ésa es, exactamente, la intención de Rusia: borrar a Georgia como Estado y exterminar al pueblo georgiano”. El representante de la Federación de Rusia, en la siguiente declaración en el debate, replicó que “la intención de la Federación de Rusia en la presente causa es asegurar que el pueblo de Osetia del Sur y Abjasia no tema por su vida ni por su identidad”. La Corte observa que los civiles de las regiones directamente afectadas por conflictos militares en curso tratan en numerosos casos de huir —en este caso, georgianos hacia otras zonas de Georgia y osetios hacia la Federación de Rusia.

El 11 de agosto de 2008, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Georgia emitió una declaración del siguiente tenor:

“Según información fiable en poder del Ministerio de Relaciones Exteriores de Georgia, los soldados rusos y los separatistas llevan a cabo detenciones en masa de pacíficos civiles de origen georgiano que aún

permanecen en el territorio de la región de Tskhinvali y posteriormente los concentran en el territorio de la aldea de Kurta.”

Ese mismo día, 11 de agosto, el Presidente Saakashvili, en una entrevista con la CNN, hizo nuevas alegaciones de “depuración étnica” de la población de etnia georgiana de Abjasia y Osetia del Sur por parte de las tropas rusas.

El día siguiente, 12 de agosto de 2008, el Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia, en una conferencia de prensa conjunta con el Ministro de Relaciones Exteriores de Finlandia en su calidad del Presidente en funciones de la OSCE, dijo lo siguiente:

“Un par de días después de que [la Secretaria de Estado de los Estados Unidos] Rice me había pedido urgentemente que no usara esas expresiones, el Sr. Saakashvili ... alegó histéricamente que la parte rusa quería anexionar a toda Georgia y, en general, no vaciló en usar la expresión depuraciones étnicas, aunque, por cierto, era a Rusia a quien él acusaba de llevar a cabo esas depuraciones étnicas.”

La Corte observa que, si bien las reclamaciones de Georgia del 9 al 12 de agosto de 2008 eran principalmente alegaciones relativas al uso alegadamente ilegítimo de la fuerza, también se referían expresamente a la alegada depuración étnica por las fuerzas rusas. Esas reclamaciones fueron hechas contra la Federación de Rusia directamente y no contra una u otra de las partes en los anteriores conflictos, y fueron rechazadas por la Federación de Rusia. La Corte concluye que los intercambios entre los representantes de Georgia y Rusia en el Consejo de Seguridad el 10 de agosto de 2008, las alegaciones hechas por el Presidente de Georgia los días 9 y 11 de agosto y la respuesta dada el 12 de agosto por el Ministro de Relaciones Exteriores de Rusia demuestran que a esa fecha, el día en que Georgia presentó su demanda, había una controversia entre Georgia y la Federación de Rusia acerca del cumplimiento por parte de Rusia de las obligaciones que le incumben con arreglo a la Convención invocadas por Georgia en la presente causa.

Consiguientemente, se desestima la primera excepción preliminar de la Federación de Rusia.

III. *Segunda excepción preliminar — Las condiciones de procedimiento previstas en el artículo 22 de la Convención* (párrs. 115 a 184)

1. *Introducción* (párrs. 115 a 121)

La Corte examina a continuación la segunda excepción preliminar en la cual la Federación de Rusia afirma que Georgia está impedida de recurrir a la Corte porque ha omitido satisfacer dos precondiciones de procedimiento contenidas en el artículo 22 de la Convención, a saber, negociaciones y sometimiento a los procedimientos que se establecen expresamente en la Convención. Por su parte, Georgia sostiene que el artículo 22 no establece una obligación expresa de negociar ni establece una obligación de recurrir a los pro-

cedimientos previstos en la Convención antes de someter un caso a la Corte.

2. *Si el artículo 22 de la Convención establece condiciones de procedimiento para someter un caso a la Corte* (párrs. 122 a 147)

Las partes exponen varios argumentos en apoyo de sus respectivas interpretaciones del artículo 22 de la Convención, relacionados con: a) el sentido corriente de sus términos en su contexto y a la luz del objeto y el fin de la Convención, invocando, en apoyo de sus respectivas posiciones, la jurisprudencia de la Corte relativa a las cláusulas compromisorias de naturaleza análoga, y b) los trabajos preparatorios de la Convención.

a) *Sentido corriente del artículo 22 de la Convención* (párrs. 123 a 141)

La Corte comienza recordando las posiciones de las partes. A continuación, la Corte dice que antes de dar su interpretación del artículo 22 de la Convención, desea, con carácter preliminar, hacer tres observaciones.

Primero, la Corte recuerda que en el párrafo 114 de su providencia de 15 de octubre de 2008 dijo que “la frase “toda controversia ... que no se resuelva mediante negociaciones ...” no sugiere, en su sentido corriente, que las negociaciones formales en el marco de la Convención ... constituyan precondiciones que deban cumplirse antes de someter un caso a la Corte”. Sin embargo, la Corte también observó que “el artículo 22 sugiere que la parte demandante debe haber hecho algún intento de entablar, con la parte demandada, conversaciones sobre las cuestiones que estuvieran comprendidas en la Convención”.

La Corte recuerda asimismo que, en la misma providencia, también indicó que esa conclusión provisional era sin perjuicio de la decisión definitiva de la Corte sobre la cuestión de si tiene competencia para conocer del fondo de la causa, que debe ser abordada después de considerar las argumentaciones escritas y orales de ambas partes.

Segundo, incumbe a la Corte determinar si un Estado debe recurrir a determinados procedimientos antes de presentarse ante la Corte. En este contexto, señala que los términos “condición”, “precondición [*precondition*]”, “condición previa [*prior condition*]”, “condición suspensiva [*condition precedent*]” son a veces utilizados como sinónimos y a veces como diferentes entre sí. En esencia no hay diferencias entre esas expresiones salvo por el hecho de que, si el término “condición” se emplea sin ningún calificativo puede abarcar, además de las condiciones previas, otras condiciones que deben satisfacerse concomitantemente con un acontecimiento o con posterioridad a él. En la medida en que los requisitos de procedimiento del artículo 22 sean condiciones, deben ser condiciones previas al sometimiento de un caso a la Corte, aun cuando el término no esté calificado por un elemento temporal.

Tercero, no es inusual que en las cláusulas compromisorias que confieren competencia a la Corte y a otras jurisdicciones internacionales se haga referencia al recurso a negociaciones. Dicho recurso cumple tres funciones distintas. En primer lugar, sirve de notificación al Estado demandado de que existe una controversia y delimita el alcance de la controversia y su materia. La Corte Permanente de Justicia Internacional tenía conciencia de ello cuando dijo en la causa *Mavrommatis* que “antes de que una controversia pueda ser objeto de una acción judicial, su materia debe haber sido claramente definida por medio de negociaciones diplomáticas”.

En segundo lugar, alienta a las partes a tratar de solucionar sus controversias por acuerdo mutuo, evitando así el recurso a una decisión jurisdiccional vinculante adoptada por un tercero.

En tercer lugar, el recurso previo a negociaciones u otros métodos de solución pacífica de controversias cumple una importante función al indicar el límite del consentimiento prestado por los Estados.

La Corte pasa a continuación a la determinación del sentido corriente de los términos empleados en el artículo 22 de la Convención con miras a determinar si este artículo contiene requisitos que deban ser satisfechos antes de someter un caso a la Corte. Dejando de lado la cuestión de si los dos modos de solución pacífica son alternativos o acumulativos, la Corte señala que el artículo 22 de la Convención califica el derecho a someter “una controversia” a la competencia de la Corte mediante las palabras “que no se resuelva” por los medios de solución pacífica allí especificados. Es preciso dar efecto a esas palabras. Si se interpreta el artículo 22 de la Convención, como sostiene Georgia, en el sentido de que todo lo que se necesita es que, como cuestión de hecho, la controversia no se haya resuelto (mediante negociaciones o mediante los procedimientos establecidos por la Convención), una frase clave de esa disposición quedaría privada de todo efecto.

Además, es razonable pensar que si, como cuestión de hecho, una controversia ha sido resuelta, ya no es más una controversia. Por consiguiente, si la frase “que no se resuelva” debiera interpretarse como requiriendo solo que la controversia sometida a la Corte debe existir de hecho, esa frase no tendría utilidad alguna. Análogamente, la elección expresa de dos modos de solución de controversias, a saber, las negociaciones o el recurso a los procedimientos especiales que se establecen en la Convención, sugiere un deber afirmativo de recurrir a ellos antes de someter un caso a la Corte.

La Corte también observa que, en su versión francesa, la expresión mencionada emplea el futuro perfecto (“[t]out différend ... qui n’aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par la Convention”), mientras que en la versión inglesa se utiliza el presente simple. La Corte señala que el empleo del futuro perfecto refuerza aún más la idea de que debe haber tenido lugar una acción previa (un intento de resolver la controver-

sia) para que se pueda realizar otra acción (el sometimiento a la Corte). Los otros tres textos auténticos de la Convención, a saber, los textos chino, español y ruso, no contradicen esta interpretación.

La Corte recuerda asimismo que, como su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, ha tenido que considerar en varias ocasiones si la referencia a negociaciones contenida en cláusulas compromisorias establece una precondition al sometimiento de un caso a la Corte. Como punto preliminar, la Corte señala que, aun cuando sean de carácter análogo, las cláusulas compromisorias que contienen una referencia a negociaciones (y a veces a otros métodos de solución de controversias) no son siempre uniformes. Algunas contienen un elemento temporal para las negociaciones, cuyo vencimiento hace exigible el deber de someter a arbitraje o de recurrir a la Corte. Además, la redacción utilizada contiene variaciones tales como “no se resuelva mediante” o “no pueda resolverse mediante negociación”. A veces, especialmente en cláusulas compromisorias más antiguas, la expresión es “que no sea” o “no pueda ser arreglado mediante la negociación” o “mediante la diplomacia”.

La Corte considera a continuación su jurisprudencia relativa a cláusulas compromisorias comparables al artículo 22 de la Convención. Ambas partes invocan dicha jurisprudencia en apoyo de sus respectivas interpretaciones del sentido corriente del artículo 22. La Corte observa que en cada una de esas causas anteriores ha interpretado la referencia a negociaciones como constitutiva de una precondition al sometimiento de la causa.

Consiguientemente, la Corte concluye que en su sentido corriente, los términos del artículo 22 de la Convención, a saber “[t]oda controversia ... que no se resuelva por negociación o por los procedimientos que se establecen expresamente en [la Convención]”, establecen condiciones que deben cumplirse antes de someter un caso a la Corte.

b) *Trabajos preparatorios* (párrs. 142 a 147)

A la luz de esta conclusión, la Corte no necesita recurrir a medios de interpretación complementarios tales como los trabajos preparatorios de la Convención y las circunstancias de su celebración para determinar el significado del artículo 22. Sin embargo, la Corte señala que ambas partes han realizado una extensa argumentación en relación con los trabajos preparatorios, citándolos en apoyo de sus respectivas interpretaciones de la frase “una controversia que no se resuelva ...”. Habida cuenta de ello y del hecho adicional de que en otras causas la Corte ha recurrido a los trabajos preparatorios a fin de confirmar su lectura de los textos pertinentes, la Corte considera que en la presente causa se justifica una presentación de las posiciones de las partes y un examen de los trabajos preparatorios.

Después de examinar los argumentos de las partes sobre la cuestión, la Corte señala que en el tiempo en que se estaba elaborando la Convención la idea de someterse a la jurisdic-

ción obligatoria de la Corte para la solución de controversias no era de fácil aceptación para varios Estados. Si bien los Estados podían formular reservas a las disposiciones de la Convención relativas a la solución obligatoria de controversias, es razonable suponer que las limitaciones adicionales al recurso al arreglo judicial en forma de negociaciones previas y otros procedimientos de arreglo sin plazos fijos se incluyeron con miras a facilitar una más amplia aceptación de la Convención por los Estados.

Más allá de esta observación general relacionada con las circunstancias en las cuales se elaboró la Convención, la Corte señala que la utilidad de los trabajos preparatorios para ilustrar el significado del artículo 22 está limitada por el hecho de que hubo muy pocas deliberaciones sobre la expresión “una controversia que no se resuelva”. Una notable excepción, a la que debe asignarse alguna importancia, es la declaración del delegado de Ghana, uno de los patrocinadores de la enmienda de las “tres Potencias” sobre cuya base se convino en la redacción definitiva del artículo 22 de la Convención. Dijo: “[L]a enmienda de las “tres Potencias” se explicaba por sí misma. Se ha previsto en el proyecto de Convención un mecanismo *que debería utilizarse para la solución de controversias antes de recurrir a la Corte Internacional de Justicia*.” La Corte añade que debería tenerse presente que ese mecanismo comprendía negociaciones que ya estaban mencionadas expresamente en el texto propuesto por la Mesa de la Tercera Comisión.

La Corte señala que, si bien de la historia de la redacción de la Convención no se pueden extraer inferencias firmes acerca de si las negociaciones o los procedimientos que se establecen expresamente en la Convención fueron concebidos como condiciones para el recurso a la Corte, de todos modos es posible concluir que los trabajos preparatorios no sugieren una conclusión diferente de aquella a la que ha llegado ya la Corte mediante el método principal de interpretación según el sentido corriente.

3. *Si se han cumplido las condiciones para someter un caso a la Corte con arreglo al artículo 22 de la Convención* (párrs. 148 a 184)

Habiendo así interpretado el artículo 22 de la Convención en el sentido de que impone condiciones que deben cumplirse antes de recurrir a la Corte, la siguiente cuestión es si se han cumplido esas condiciones. Ante todo, la Corte señala que Georgia no alega que, antes del sometimiento a la Corte, haya utilizado o intentado utilizar los procedimientos que se establecen expresamente en la Convención. Por consiguiente, la Corte limita su examen a la cuestión de si se ha cumplido la condición previa de negociaciones.

a) *El concepto de negociaciones* (párrs. 150 a 162)

Después de examinar los argumentos de las partes sobre el concepto de negociaciones, la Corte aborda en primer lugar una serie de cuestiones atinentes a la naturaleza de la precondition de negociaciones, a saber: evaluar qué es lo que

constituye negociaciones; considerar su forma y su sustancia adecuadas, y determinar en qué medida deben llevarse a cabo antes de que pueda decirse que se ha cumplido la precondición.

Para determinar qué es lo que constituye negociaciones, la Corte observa que las negociaciones son distintas de las meras protestas o discusiones. Las negociaciones entrañan más que la simple oposición de opiniones jurídicas o de intereses entre dos partes, o la existencia de una serie de acusaciones y refutaciones, o incluso el intercambio de pretensiones y contrapretensiones directamente opuestas. Como tal, el concepto de “negociaciones” difiere del concepto de “controversia”, y requiere —como mínimo— un intento auténtico de una de las partes en litigio de entablar conversaciones con la otra parte en litigio, con miras a resolver la controversia.

La Corte señala asimismo que, claramente, la prueba de ese intento de negociar —o de la realización de negociaciones— no requiere que se llegue a un acuerdo efectivo entre las partes en litigio. La Corte añade que, manifiestamente, en ausencia de pruebas de un intento auténtico de negociar, no se ha cumplido la precondición de negociación.

Sin embargo, cuando se intentan las negociaciones o éstas han comenzado, la jurisprudencia de esta Corte y de la Corte Permanente de Justicia Internacional revela claramente que la precondición de negociación solo se cumple cuando se ha producido el fracaso de las negociaciones, o cuando las negociaciones se han vuelto fútiles o se han estancado.

Además, la determinación de si han tenido lugar las negociaciones, como algo distinto de las meras protestas o discusiones, y de si han fracasado o se han vuelto fútiles o se han estancado, son esencialmente cuestiones de hecho “que deben considerarse en cada caso”. A pesar de esta observación, la jurisprudencia de la Corte ha diseñado criterios generales utilizables para determinar si se han llevado a cabo negociaciones. A este respecto, la Corte ha llegado a aceptar un menor grado de formalismo en cuanto a lo que se pueden considerar negociaciones y ha reconocido a la “diplomacia por conferencia o diplomacia parlamentaria”.

En lo tocante a la sustancia de las negociaciones, la Corte recuerda que ha aceptado que la ausencia de una referencia expresa al tratado en cuestión no impide la invocación de la cláusula compromisoria para establecer la competencia. Sin embargo, para cumplir la precondición de negociación establecida en la cláusula compromisoria de un tratado, esas negociaciones deben relacionarse con la materia del tratado que contiene la cláusula compromisoria. En otras palabras, la materia de las negociaciones debe relacionarse con la materia de la controversia que, a su vez, debe referirse a las obligaciones sustantivas contenidas en el tratado en cuestión.

Por consiguiente, en la presente causa la Corte está evaluando si Georgia intentó auténticamente entablar negociaciones con la Federación de Rusia, con miras a resolver su controversia relativa al cumplimiento por la Federación de

Rusia de sus obligaciones sustantivas con arreglo a la Convención. Si concluyera que Georgia intentó auténticamente entablar tales negociaciones con la Federación de Rusia, la Corte examinaría si Georgia llevó adelante esas negociaciones con miras a lograr una posible solución de la controversia. Para llegar a esa determinación, la Corte tiene que verificar si las negociaciones habían fracasado o se habían vuelto fútiles o se habían estancado antes de que Georgia presentara su demanda ante la Corte.

b) Si las partes han celebrado negociaciones sobre asuntos relacionados con la interpretación o la aplicación de la Convención (párrs. 163 a 184)

Partiendo de esos criterios, la Corte pasa a continuación a las pruebas que le presentaron las partes para determinar si dichas pruebas demuestran, como dice Georgia, que en el momento en que presentó su demanda, el 12 de agosto de 2008, había habido negociaciones entre ella y la Federación de Rusia en relación con la materia de su controversia jurídica con arreglo a la Convención, y que las negociaciones no habían dado resultado.

Después de considerar los argumentos de las partes sobre la cuestión, la Corte recuerda sus conclusiones en lo tocante a la primera excepción preliminar de la Federación de Rusia, pues ella está directamente conectada con la segunda excepción preliminar de la Federación de Rusia. Después de examinar las pruebas presentadas por las partes, la Corte concluyó que recién en el período inmediatamente anterior a la presentación de la demanda surgió una controversia comprendida dentro del ámbito de la Convención entre Georgia y la Federación de Rusia. Específicamente, las pruebas producidas por Georgia que son de fecha anterior al comienzo de las hostilidades armadas en Osetia del Sur durante la noche del 7 al 8 de agosto de 2008 no fueron suficientes para demostrar la existencia de una controversia jurídica entre Georgia y la Federación de Rusia en relación con asuntos comprendidos dentro de la Convención.

La Corte concluye que es lógico considerar que solo era posible que las partes estuvieran negociando sobre los asuntos en litigio, a saber, el cumplimiento por la Federación de Rusia de sus obligaciones relacionados con la eliminación de la discriminación racial, entre el 9 de agosto de 2008 y la fecha de presentación de la demanda, el 12 de agosto de 2008, es decir, en el período durante el cual la Corte determinó que había surgido entre las partes una controversia susceptible de estar comprendida dentro de la Convención.

Por consiguiente, el cometido de la Corte en este punto es doble: primero, determinar si los hechos que constan en el expediente demuestran que, durante este período circunscrito, Georgia y la Federación de Rusia entablaron negociaciones con respecto a los asuntos en litigio en relación con la interpretación o la aplicación de la Convención, y segundo, en caso de que las partes hubiesen entablado tales negociaciones, determinar si dichas negociaciones habían fracasado,

lo que permitiría que la Corte conociese de la controversia en virtud del artículo 22.

Antes de considerar las pruebas pertinentes para las respuestas a esas dos cuestiones, la Corte observa que hubo efectivamente negociaciones entre Georgia y la Federación de Rusia antes de la iniciación de la controversia pertinente. Dichas negociaciones comprendieron varios asuntos de importancia para las relaciones entre Georgia y la Federación de Rusia, a saber, el estatuto de Osetia del Sur y Abjasia, la integridad territorial de Georgia, la amenaza o el uso de la fuerza, las alegaciones de violación del derecho internacional humanitario y del derecho de los derechos humanos por las autoridades de Abjasia o de Osetia del Sur y el papel del personal de mantenimiento de la paz de la Federación de Rusia. Sin embargo, en ausencia de una controversia relacionada con asuntos comprendidos dentro de la Convención antes del 9 de agosto de 2008, no puede decirse que esas negociaciones hayan abarcado tales asuntos, y por lo tanto no son pertinentes para el examen por la Corte de la segunda excepción preliminar de la Federación de Rusia.

La Corte examina las pruebas que le presentaron las partes. En particular, la Corte toma nota de determinados elementos significativos del contenido de la transcripción de una conferencia de prensa que el 12 de agosto de 2008 —la fecha de la presentación de la demanda de Georgia— celebraron en Moscú el Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia y el Ministro de Relaciones Exteriores de Finlandia y Presidente en funciones de la OSCE. Primero, la Corte observa que la Federación de Rusia atribuye la culpa del estallido de actividades armadas a la actual dirigencia de Georgia. Segundo, la Federación de Rusia afirma que no tiene “confianza en Mikhail Nikolayevich Saakashvili”, y que “[el avance] hacia relaciones de respeto mutuo ... es difícilmente posible con la actual dirigencia de Georgia”. Tercero, la Federación de Rusia anuncia que sus “enfoques del proceso de negociación sufrirán un cambio sustancial”. Cuarto, la Federación de Rusia propone su visión de los siguientes pasos esenciales en el restablecimiento de la paz, incluida la cesación de las actividades armadas, y la “firma de un acuerdo jurídicamente vinculante sobre la no utilización de la fuerza” entre Georgia, Abjasia y Osetia del Sur. Quinto, la Federación de Rusia ha recibido confirmación del Presidente en funciones de la OSCE de que Georgia está dispuesta a concertar ese compromiso sobre la no utilización de la fuerza. Adicionalmente, el Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia declaró que “Como cuestión de hecho, no sería una exageración decir que la conversación es acerca de las depuraciones étnicas, el genocidio y los crímenes de guerra [cometidos por Georgia].”

La Corte hace dos observaciones sobre la base de lo dicho por el Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia. Primero, con respecto a la materia de la Convención, la Corte señala que el tema de la depuración étnica no había llegado a ser objeto de auténticas negociaciones o inten-

tos de negociación entre las partes. La Corte opina que aun cuando las pretensiones y contrapretensiones relativas a la depuración étnica pueden ser prueba de la existencia de una controversia relativa a la interpretación y la aplicación de la Convención, no constituyen intentos de negociación por ninguna de las partes.

Segundo, la Corte observa que la cuestión de las negociaciones entre Georgia y la Federación de Rusia es compleja. Por un lado, el Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia manifestó su descontento con respecto al Presidente Saakashvili personalmente, y dijo que “no piensa que Rusia esté en estado de espíritu no solo para negociar, sino incluso para hablar con el Sr. Saakashvili”. Por otro lado, el Ministro de Relaciones Exteriores no hizo de su deseo de ver al Presidente Saakashvili “arrepentirse” por su “crimen contra nuestros ciudadanos” una “condición para terminar esta etapa de la operación militar”, y para reanudar las conversaciones sobre la no utilización de la fuerza. Dijo además que “En cuanto a Georgia, siempre hemos tratado y seguiremos tratando al pueblo georgiano con profundo respeto.”

A pesar del tono de algunas de las expresiones empleadas por el Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia acerca del Presidente Saakashvili, la Corte considera que en general la Federación de Rusia no descartaba la posibilidad de futuras negociaciones sobre las actividades armadas que estaba llevando a cabo en esos momentos, y sobre el restablecimiento de la paz entre Georgia, Abjasia y Osetia del Sur. Sin embargo, la Corte considera que la materia de esas negociaciones no era el cumplimiento por la Federación de Rusia de sus obligaciones relacionadas con la eliminación de la discriminación racial. Por consiguiente, independientemente de las declaraciones ambiguas y quizás contradictorias de la Federación de Rusia sobre el tema de las negociaciones con Georgia en general, y sobre el Presidente Saakashvili personalmente, esas negociaciones no tenían el carácter de asuntos relacionados con la Convención. Siendo así, la determinación de si la Federación de Rusia quería terminar o continuar las negociaciones con Georgia sobre el asunto de los conflictos armados carece de relevancia para la Corte en la presente causa. Consiguientemente, las expresiones del Presidente y del Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia en relación con las perspectivas de las conversaciones con el Presidente de Georgia no ponían fin a la posibilidad de negociaciones relacionadas con la Convención, pues tales negociaciones nunca se intentaron auténticamente o específicamente.

En suma, la Corte no puede considerar a esas declaraciones —ya sea en la reunión de prensa presidencial de Georgia o en la sesión del Consejo de Seguridad— como auténticos intentos de Georgia de negociar asuntos comprendidos dentro de la Convención. Como se señaló detalladamente con respecto a la primera excepción preliminar de la Federación de Rusia, la Corte considera que esas acusaciones y réplicas de ambas partes sobre las cuestiones del “exterminio” y la

“depuración étnica” demuestran la existencia de una controversia entre ellas sobre una materia que podría estar comprendida dentro de la Convención. Sin embargo, no demuestran un intento de negociar sobre esos asuntos.

Así pues, la Corte tampoco puede estar de acuerdo con el argumento de Georgia cuando alega que “la negativa de Rusia a negociar con Georgia en medio de su campaña de depuración, y dos días antes de la presentación de la demanda es suficiente para investir a la Corte de competencia en virtud del artículo 22”. La Corte concluye que los hechos que constan en el expediente demuestran que, entre el 9 y el 12 de agosto de 2008, Georgia no intentó negociar con la Federación de Rusia sobre asuntos relacionados con la Convención, y que, consiguientemente, Georgia y la Federación de Rusia no entablaron negociaciones con respecto al cumplimiento por esta última de las obligaciones sustantivas que le incumben con arreglo a la Convención.

La Corte ya ha observado que Georgia no alegó que, antes de someter un caso a la Corte, hubiese utilizado o intentado utilizar el otro modo de solución de controversias contenido en el artículo 22, a saber los procedimientos que se establecen expresamente en la Convención. Considerando la conclusión a que llegó la Corte, en el párrafo 141, de que en virtud del artículo 22 de la Convención, las negociaciones y los procedimientos que se establecen expresamente en la Convención constituyen precondiciones para el ejercicio de su competencia, y considerando la constatación de hecho de que Georgia no intentó utilizar ninguno de esos dos modos de solución de controversias la Corte no necesita examinar si los dos requisitos son acumulativos o alternativos.

Consiguientemente, la Corte concluye que no se ha cumplido ninguno de los requisitos contenidos en el artículo 22. Así pues, el artículo 22 de la Convención no puede servir para fundar la competencia de la Corte en la presente causa. Por consiguiente, se hace lugar a la segunda excepción preliminar de la Federación de Rusia.

IV. Tercera y cuarta excepciones preliminares (párr. 185)

Habiendo hecho lugar a la segunda excepción preliminar de la Federación de Rusia, la Corte determina que no debe considerar las otras excepciones a su competencia planteadas por la parte demandada ni pronunciarse a su respecto y que la causa no puede pasar a la fase de fondo.

Caducidad de la providencia de la Corte de 15 de octubre de 2008 (párr. 186)

En su providencia de 15 de octubre de 2008, la Corte indicó determinadas medidas provisionales. Esa providencia deja de surtir efectos a partir de la emisión del presente fallo. Las partes tienen el deber de cumplir las obligaciones que le incumben con arreglo a la Convención, que se les recordaron en dicha providencia.

*
* *

Opinión disidente conjunta del Presidente Owada, de los Magistrados Simma, Abraham y Donoghue y del Magistrado *ad hoc* Gaja

El Presidente Owada, los Magistrados Simma, Abraham y Donoghue y el Magistrado *ad hoc* Gaja discrepan con la decisión de la Corte de hacer lugar a la segunda excepción preliminar de la Federación de Rusia y han presentado una opinión disidente conjunta. La Corte concluye que carece de competencia en virtud del artículo 22 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (“la Convención”) porque, en opinión de la Corte, Georgia debía entablar negociaciones con Rusia con respecto a sus pretensiones de conformidad con la Convención antes de la presentación de su demanda, pero no lo hizo. Los autores de la opinión disidente conjunta discrepan.

Los autores de la opinión disidente conjunta cuestionan la conclusión del fallo de que el artículo 22 de la Convención establece un requisito de negociaciones previas y sostienen que el fallo no considera argumentos que podrían llevar a una interpretación diferente de dicha cláusula. Consideran también que, incluso si el artículo 22 estableciera precondiciones para el sometimiento de un caso a la Corte, esas precondiciones —negociaciones previas o recurso a los procedimientos establecidos en la Convención— deben entenderse como requisitos alternativos, y no acumulativos.

Los autores de la opinión disidente conjunta también discrepan con la aplicación del requisito de negociaciones previas que hace el fallo en virtud del artículo 22, a la que consideran formalista y contradictoria con la jurisprudencia reciente de la Corte. Señalan que, en el fallo, la Corte concluye por primera vez que carece de competencia basándose únicamente en que la parte demandante no ha satisfecho un requisito de negociación previa —a pesar de que, cuando Georgia presentó su demanda, ningún intento que hiciera Georgia por resolver la controversia mediante negociaciones habría tenido posibilidades de éxito.

¿Establece el artículo 22 de la Convención “precondiciones” de procedimiento que deben satisfacerse antes del sometimiento a la Corte?

El fallo considera que el “sentido corriente” del artículo 22 establece precondiciones que deben cumplirse antes de someter un caso a la Corte. La Corte concluye que su jurisprudencia apoya esa interpretación y que los trabajos preparatorios “no sugieren una conclusión diferente”. Los Magistrados disidentes estiman que esa interpretación merece un serio cuestionamiento y que, en algunos aspectos, se aparta de la jurisprudencia más reciente de la Corte.

La opinión disidente conjunta señala que, aun cuando el fallo dice que la Corte ha consultado los trabajos preparatorios a fin de “confirmar” su interpretación del texto, de hecho la Corte solo llega a concluir que los trabajos preparatorios “no sugieren una conclusión diferente”. Además, la

opinión disidente conjunta critica el enfoque del fallo acerca de la cuestión del “sentido corriente” del artículo 22, señalando, en particular, que la Corte se funda únicamente en su aplicación del principio de efectividad como medio para interpretar el texto.

A continuación, los autores de la opinión disidente conjunta enuncian varios factores que arrojan dudas sobre la conclusión del fallo de que el artículo 22 impone una condición de negociación. Primero, el fallo no analiza a fondo el sentido literal del texto, que, en una lectura directa, ni requiere ni sugiere un intento de arreglo antes del sometimiento de un caso a la Corte. Segundo, los autores de la opinión disidente conjunta señalan que no hay un requisito general de que un Estado lleve a cabo negociaciones diplomáticas antes del sometimiento a la Corte y que, como consecuencia, una cláusula compromisoria que se apartase de esa regla general debería estar formulada de manera suficientemente clara. Explican además que, aun cuando en tratados en vigor en la época en que se redactó la Convención existían otras formulaciones, que fueron consideradas por los redactores de la Convención, entre ellas cláusulas compromisorias que establecían condiciones expresas en lo tocante a la competencia de la Corte, los redactores de la Convención optaron por la formulación que tenía menos probabilidades de ser interpretada literalmente como exigiendo intentos previos por arreglar la controversia.

Los autores de la opinión disidente conjunta critican también el tratamiento que se da en el fallo a la jurisprudencia anterior de la Corte. Después de citar dos causas en las cuales la Corte había interpretado anteriormente cláusulas compromisorias con una redacción análoga al artículo 22 de la Convención, el fallo dice que “en cada una de esas causas ... ha interpretado la referencia a negociaciones como constitutiva de una condición al sometimiento de la causa”. Según los autores de la opinión disidente conjunta, ello deja al lector con la incorrecta impresión de que la jurisprudencia anterior de la Corte sobre la cuestión es clara y constante, cuando, de hecho, no lo ha sido.

Además, si bien concuerdan en que la Corte no está obligada por la determinación contenida en su providencia de 15 de octubre de 2008 de que tenía competencia *prima facie* respecto de medidas provisionales en la presente causa, según la cual el artículo 22, “en su sentido corriente, no sugiere que las negociaciones formales ... o el recurso al procedimiento [del Comité creado por la Convención]... constituyan requisitos que deban cumplirse antes de someter un caso a la Corte”, los Magistrados disidentes señalan que esa determinación de 2008 es una demostración adicional de que no hay una práctica establecida de tratar a las cláusulas que se refieren a negociaciones en el sentido de que imponen una condición.

En suma, los autores de la opinión disidente conjunta ponen de relieve que todos los factores que llevan a la conclusión del fallo de que el artículo 22 impone condiciones

adolecen de graves fallas: ni el análisis literal del texto, que es ambiguo, ni la jurisprudencia anterior de la Corte, que ha fluctuado, ni un examen de los trabajos preparatorios, que no son concluyentes, llevan necesariamente a la posición adoptada por la Corte.

Además, los autores de la opinión disidente conjunta rechazan la adopción en el fallo de una exigencia estricta de que las condiciones que existan deben cumplirse “antes de someter un caso a la Corte”, por oposición a cualquier momento anterior a la decisión de la Corte sobre su competencia. Los autores de la opinión disidente conjunta estiman que ese enfoque no se ajusta a la reciente decisión de la Corte en la causa de *Croacia contra Serbia* (en 2008), en la que se permitió que una condición no satisfecha cuando se incoó el procedimiento se cumpliera después de esa fecha, pero antes de que la Corte se pronunciara su competencia. Los Magistrados disidentes critican el fallo por dejar de lado su jurisprudencia más reciente —que permitiría un enfoque más flexible— sin dar la mínima justificación.

¿Los dos medios de solución enunciados en el artículo 22 son alternativos o acumulativos?

Como los autores de la opinión disidente conjunta también concluyen (según se reseña más adelante) que Georgia ha satisfecho cualquier condición de negociación, evalúan también si los dos medios de solución mencionados en el artículo 22 —los procedimientos de negociaciones o utilización del Comité creado por la Convención— serían condiciones alternativas o acumulativas. Para los autores de la opinión disidente conjunta, el argumento decisivo proviene de la lógica: el texto del artículo 22 no puede imponer a un Estado procedimientos acumulativos que no tengan otro objeto que demorar el acceso a la Corte. Así pues, señalando que los procedimientos de negociaciones directas y del Comité creado por la Convención son dos modos diferentes de permitir que las partes en una controversia expresen sus opiniones e intenten llegar a un acuerdo fuera de la Corte, los autores de la opinión disidente conjunta concluyen que las condiciones indicadas en el artículo 22 no pueden haberse concebidas para funcionar como requisitos acumulativos.

¿Cuáles serían los requisitos de la condición de negociación?

Pasando a continuación a la sustancia del requisito de que las partes entablen negociaciones antes del sometimiento a la Corte, los autores de la opinión disidente conjunta concluyen que el fallo ha aplicado el requisito de una manera excesivamente formalista y no realista. Los Magistrados disidentes son de opinión de que no hay —ni puede haber— un criterio general para determinar a qué altura puede considerarse que un Estado ha cumplido una obligación de negociar. En cambio, en su opinión, la Corte debe hacer esa evaluación caso a caso y no debería enfocar la cuestión en términos formales o procesales, sino como un asunto sustancial. Los Magistrados disidentes señalan que la finalidad de las negociaciones no es erigir innecesarias barreras de procedimiento que proba-

blemente demoren o impidan el acceso del demandante a la justicia internacional, sino permitir que la Corte se cerciore, antes de pasar al fondo, de que se han hecho suficientes esfuerzos por arreglar la controversia por los medios no judiciales requeridos.

Si la Corte determina que no hay perspectiva razonable de que la controversia pueda resolverse por esos medios, debería aceptar su competencia. Como se señala en la opinión disidente conjunta, éste ha sido el enfoque adoptado por la Corte respecto de la cuestión de las negociaciones en sus causas anteriores.

¿Hubo un esfuerzo suficiente por resolver la controversia mediante negociaciones?

Por último, suponiendo que el artículo 22 imponga una precondition de negociación, los autores de la opinión disidente conjunta consideran la cuestión de si Georgia ha satisfecho tal precondition en la presente causa. Dan una respuesta afirmativa y sostienen que el fallo llega a una conclusión diferente porque adopta un enfoque excesivamente formalista y no realista respecto del requisito de negociaciones. Critican el hecho de que el fallo considere solo el período comprendido entre el 9 y el 12 de agosto de 2008, lo cual es consecuencia de la conclusión del fallo de que antes de esa fecha no había controversia.

A la luz de las circunstancias de la presente causa, los Magistrados disidentes consideran completamente no realista la conclusión del fallo de que Georgia no ha agotado las posibilidades de un arreglo negociado con Rusia. En opinión de los Magistrados disidentes, nadie puede creer seriamente que, a la fecha de la presentación de la demanda, siguiera existiendo una perspectiva razonable de arreglar la controversia que Georgia presentó a la Corte. Los autores de la opinión disidente conjunta examinan diversos documentos y declaraciones que demuestran que, a lo largo de los años, Georgia reprochó a Rusia por ser responsable, por acción u omisión, de la depuración étnica cometida, según Georgia, contra personas de etnia georgiana en Abjasia y Osetia del Sur. Los autores de la opinión disidente conjunta tienen la opinión de que no se puede esperar que el demandante haga una oferta formal de negociar en tales circunstancias; más bien es suficiente que Georgia haya hecho conocer claramente la existencia y la naturaleza de sus pretensiones y que Rusia haya hecho conocer inequívocamente que rechazaba categóricamente las denuncias tales como se habían formulado (rechazando incluso, en realidad, que existiera una controversia entre ella y Georgia). Los autores de la opinión disidente conjunta concluyen que en la fecha de presentación de la demanda estaba claramente establecido que no había perspectivas razonables de un arreglo negociado y que, por consiguiente, se había satisfecho cualquier condición impuesta por el artículo 22.

Por tales razones, los autores de la opinión disidente conjunta concluyen que la Corte debía haber rechazado la segunda excepción preliminar de la Federación de Rusia y

haber determinado que tenía competencia para conocer del fondo de la presente causa.

Opinión separada del Presidente Owada

En una opinión separada, el Presidente Owada explica que, aun cuando concuerda con la conclusión del fallo de rechazar la primera excepción preliminar de Rusia, discrepa con determinados aspectos del tratamiento dado en el fallo a la cuestión de si hay una “controversia” entre Georgia y Rusia en relación con la interpretación o la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (la Convención). Específicamente, el Presidente Owada discrepa con la introducción en el fallo de un umbral más alto para determinar la existencia de una *oposición positiva* de la contraparte, que va más allá de la jurisprudencia establecida de la Corte sobre la existencia de una controversia. También cuestiona el tratamiento que se da en el fallo a las pruebas y, en particular, la sugerencia que se hace en el fallo de que la parte demandante tenía que haber dado a la parte demandada preaviso de sus pretensiones. El Presidente sugiere que la Corte no podía haber llegado a la conclusión a que llegó sobre su competencia sin considerar el fondo de las argumentaciones de las partes y que, si lo hubiese hecho, la Corte debía haber declarado que la primera excepción preliminar de Rusia no tiene un carácter exclusivamente preliminar de conformidad con el artículo 79 del Reglamento de la Corte.

El Presidente Owada comienza observando que, en la fase preliminar del procedimiento relativa a la competencia, la Corte no necesita, y realmente no puede, pronunciarse acerca de si las pretensiones de Georgia contra Rusia sobre el fondo estaban fundadas. La Corte solo necesita determinar si existía una controversia entre las partes; si dicha controversia se relacionaba con la interpretación o la aplicación de la Convención, y si dicha controversia existía en el momento en que Georgia presentó su demanda.

Sobre la cuestión de si existía una controversia entre las partes, el Presidente considera que el fallo aplica un requisito estricto que no encuentra apoyo en la jurisprudencia de la Corte establecida por el fallo *Mavrommatis* de la Corte Permanente de Justicia Internacional y por las causas del *África Sudoriental* de la Corte Internacional de Justicia.

A continuación, el Presidente Owada cuestiona varios aspectos del enfoque del fallo acerca de la cuestión de si existía una controversia entre las partes *en relación con la interpretación o la aplicación de la Convención*. En su opinión, el fallo, que concluye que solo existía una controversia entre las partes en relación con la Convención a partir del 9 de agosto de 2008, no es correcto a la luz de las pruebas. El Presidente Owada señala que, si bien no es necesario indicar con precisión una fecha en la cual haya surgido la controversia, la conclusión del fallo de que no surgió una controversia atinente a la Convención hasta el 9 de agosto de 2008 es demasiado restrictiva y tiene importantes ramificaciones para el tratamien-

to dado en el fallo a las pruebas relacionadas con la segunda excepción preliminar. El Presidente señala que Georgia puso repetidas veces en claro ante Rusia que sus preocupaciones se relacionaban con la “depuración étnica” y el “regreso de los refugiados” —cuestiones claramente comprendidas dentro de la materia de la Convención.

El Presidente Owada también critica la metodología empleada por el fallo para su evaluación de las pruebas presentadas en la causa. Observa que el fallo disecciona cada uno de los documentos presentados como prueba “de manera fragmentaria” en un intento de determinar si cada uno de los elementos de prueba —en sí mismo— contiene una pretensión formulada por Georgia con arreglo a la Convención y un acto positivo de oposición a esa pretensión por parte de Rusia.

Por último, el Presidente señala que lo que sostiene Georgia es que Rusia es responsable de actos u omisiones que constituirían violaciones de obligaciones establecidas por la Convención, mientras que Rusia ha rechazado categóricamente esas pretensiones, fundándose en que los actos u omisiones denunciados son primariamente atribuibles a las autoridades separatistas de Abjasia y Osetia del Sur y nada tienen que ver con Rusia. En opinión del Presidente, “esas dos percepciones contrapuestas” de la controversia reflejan una diferencia entre las partes acerca de la naturaleza esencial de la controversia. Sin entrar en un examen sustantivo del fondo de esas posiciones contrapuestas, puede decirse que ello constituye un “conflicto de opiniones jurídicas” y un “desacuerdo sobre un punto de derecho” en relación con la interpretación o la aplicación de la Convención. El Presidente reitera que la Corte no puede ni debe, en esta etapa preliminar relativa a la competencia, evaluar los argumentos de las partes relacionados con el fondo sin escuchar la exposición completa de las posiciones de las partes. Si la Corte hubiese opinado que no podía decidir la cuestión de competencia sin examinar algunos de esos aspectos relacionados con el fondo de la causa, debía haber declarado, de conformidad con el párrafo 9 del artículo 79 del Reglamento de la Corte, que la primera excepción preliminar de Rusia “no tiene, en las circunstancias del caso, un carácter exclusivamente preliminar”, con lo cual uniría de hecho el examen de esa excepción con su consideración de la causa sobre el fondo.

Declaración del Vicepresidente Tomka

El Vicepresidente ha votado a favor de la conclusión general de la mayoría de que la Corte carece de competencia respecto de la demanda de Georgia. También está de acuerdo con las conclusiones de la mayoría de que no se ha cumplido ninguna de las precondiciones del artículo 22 y que no había surgido ninguna controversia jurídica entre Georgia y la Federación de Rusia en el período comprendido entre 1999 y julio de 2008.

Sin embargo, el Vicepresidente no comparte la opinión de la mayoría sobre las pruebas que encuentra en apoyo de

la existencia de una controversia surgida en agosto de 2008. La mayoría identifica declaraciones hechas por el Presidente de Georgia y el Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia en conferencias de prensa separadas y declaraciones hechas por representantes de ambos Estados durante una sesión del Consejo de Seguridad de alto contenido emocional. Al basarse en esas declaraciones, la mayoría se ha conformado con una yuxtaposición bastante formalista de las palabras empleadas por los representantes de las partes durante el breve período de hostilidades militares abiertas entre los dos países. En ese contexto, las referencias a la “depuración étnica” deberían considerarse simplemente un aspecto de la retórica de tiempo de guerra. Georgia no presentó una reclamación a la Federación de Rusia con respecto a las obligaciones que le incumben con arreglo a la Convención, y tampoco entabló ni intentó entablar negociaciones o consultas. Ello habría servido para articular adecuadamente la controversia. De todos modos, para determinar que había surgido una controversia en agosto de 2008, la Corte ha bajado el criterio para la determinación de la existencia de una controversia.

Opinión separada del Magistrado Koroma

En su opinión separada, el Magistrado Koroma dice que ha votado a favor del segundo párrafo de la parte dispositiva del fallo habida cuenta de que la Corte debe cerciorarse de que se hayan cumplido los términos y condiciones establecidos en la cláusula compromisoria del tratado invocado antes de que pueda ejercer competencia. El Magistrado Koroma añade que también debe existir un vínculo entre una controversia y el tratado de que se trate. Sin embargo, habida cuenta de la importancia de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (“la Convención”), el Magistrado Koroma consideró necesario explicar su voto.

El Magistrado Koroma señala que la Convención mantiene su importancia en la lucha contra la discriminación racial y la intolerancia racial. Consiguientemente, dice que toda alegación de violación por un Estado parte de las obligaciones jurídicas que le incumben con arreglo a la Convención merece que la Corte le dedique un análisis detenido y objetivo. El Magistrado Koroma destaca, empero, que la Corte no puede realizar tal investigación si la demanda sometida a la Corte no cumple los requisitos de la cláusula de competencia de la Convención, a saber, que la controversia sea “con respecto a la interpretación o a la aplicación” de la Convención.

El Magistrado Koroma señala que, al considerar la segunda excepción preliminar de Rusia, la Corte aplicó los cánones de interpretación consagrados en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Dice que, de conformidad con el artículo 31, el punto de partida es el sentido corriente del tratado. Añade que si el sentido corriente no es claro o conduzca a un resultado absurdo, se podrá entonces considerar el objeto y el fin del tratado para

determinar precisamente qué es lo que se quiso decir. Así pues, el Magistrado Koroma destaca que el objeto y el fin de un tratado no pueden tener precedencia sobre su sentido corriente.

El Magistrado Koroma afirma que la cláusula compromisoria de la Convención establece claras condiciones o limitaciones respecto del derecho de un Estado parte a someter a la Corte una controversia con otro Estado. Primero, en su opinión, debe haber una “controversia” entre las partes, lo cual significa que, como mínimo, una parte debe haber expresado una posición y la otra parte debe haber discrepado con esa posición o haber expresado una posición diferente. Segundo, debe existir un vínculo entre las disposiciones sustantivas del tratado que se invoca y la controversia. En la presente causa, el Magistrado Koroma pone de relieve que la controversia debe ser una auténtica controversia entre las partes acerca de la *interpretación* o la *aplicación* de la Convención. Señala que esta limitación es vital, porque, sin ella, los Estados podrían utilizar la cláusula compromisoria como vehículo para introducir forzosamente ante la Corte una controversia no relacionada con otro Estado. En su opinión, otros tipos de controversias, entre ellas las relacionadas con la integridad territorial, los conflictos armados, etc., no están comprendidas en la cláusula compromisoria de la Convención.

El Magistrado Koroma añade que la cláusula compromisoria de la Convención impone el requisito adicional de que las partes hayan intentado resolver la controversia por negociación o por los procedimientos que establece la Convención. Pone de relieve que el sentido corriente de la cláusula compromisoria no permite ninguna otra conclusión. El Magistrado Koroma dice que, según el principio de efectividad, un tratado o una ley debe leerse de manera que dé *efecto* a sus disposiciones de conformidad con la intención de las partes. Estima que, al insertar en la cláusula compromisoria la frase “que no se resuelva por negociación o por los procedimientos que se establecen expresamente en la presente Convención”, los redactores tuvieron claramente la intención de establecer una precondición a la facultad de los Estados partes de someter controversias a la Corte.

El Magistrado Koroma constata que el objeto y el fin de la cláusula compromisoria confirman y apoyan el sentido corriente de la cláusula. Señala que durante la negociación de la Convención, Ghana, Mauritania y Filipinas presentaron una enmienda por la que se añadía la frase “o por los procedimientos que se establecen expresamente en la presente Convención” al texto de la cláusula compromisoria. El Magistrado Koroma señala que, explicando su enmienda, los representantes de dichos Estados dejaron en claro que creían que la enmienda requería que las partes utilizaran el mecanismo de solución de controversias establecido en la Convención antes de recurrir a la Corte. Añade que la enmienda fue adoptada por unanimidad. Consiguientemente, opina que los redactores de la cláusula compromisoria consideraron que su objeto y fin eran establecer precondiciones que

deben cumplirse antes de que una parte en la Convención pueda acudir ante la Corte. El Magistrado Koroma afirma que el fallo ha reflejado correctamente esa interpretación.

El Magistrado Koroma concluye diciendo que su voto a favor del segundo párrafo de la parte dispositiva debe entenderse de conformidad con el significado de la cláusula de competencia invocada. Pone de relieve que su voto no disminuye en modo alguno la importancia de la Convención como importante instrumento jurídico de lucha contra la discriminación racial y el odio racial.

Opinión separada del Magistrado Simma

El Magistrado Simma concuerda parcialmente con la parte del fallo en que se rechaza la primera excepción preliminar de la Federación de Rusia. Sin embargo, discrepa con la conclusión del fallo de que la controversia entre Georgia y la Federación de Rusia recién surgió entre el 9 y el 12 de agosto de 2008. Sobre la base de esta determinación de el período pertinente, y teniendo en mente la segunda excepción preliminar de Rusia, la Corte pasa totalmente por alto todas las pruebas documentales anteriores a agosto de 2008, limita su análisis a solo cuatro piezas de ese material probatorio correspondientes al período comprendido entre el 9 y el 12 de agosto de 2008, y de tal manera se las arregla para no encontrar rastros de negociaciones entre las partes —y llega al resultado de que no se cumplieron las precondiciones para que tuviera competencia en la causa según el artículo 22 de la Convención. Éste es un asunto sobre el cual el Magistrado Simma ha expresado su desacuerdo participando en la opinión disidente conjunta, junto con sus colegas Owada, Abraham, Donoghue y Gaja. La presente opinión separada está dedicada a las problemáticas formas empleadas por la Corte respecto de la primera excepción preliminar de Rusia, que el Magistrado Simma pasa a exponer detalladamente.

El Magistrado Simma concluye que la controversia pertinente había existido desde mucho antes de que estallaran las hostilidades armadas entre Georgia y la Federación de Rusia en agosto de 2008. En su opinión, la controversia comenzó ya en 1992 sobre materias que ya entonces podían haber estado comprendidas en la Convención, y continuó después de 1999 cuando tanto Georgia como la Federación de Rusia pasaron a ser partes en la Convención. Si se hubiera admitido la masa de pruebas documentales anteriores a agosto de 2008 sobre la existencia de una controversia y los intentos de Georgia por arreglarla, la Corte no podría haber aceptado la segunda excepción preliminar de la Federación de Rusia.

A continuación, el Magistrado Simma analiza el método por el cual el fallo desechó todas las pruebas documentales anteriores a agosto de 2008 por falta de “significación jurídica”. Identifica cinco supuestas fallas o defectos que el fallo aduce e invoca, individual o colectivamente, para rechazar cada una de las pruebas documentales fechadas antes de agosto de 2008. Demuestra que el fallo desechó pruebas sobre la base de supuestos defectos relacionados con la desig-

nación formal, la autoría, la inacción, la atribución y asuntos relacionados con la notificación. Según el Magistrado Simma, en ese proceso el fallo omitió aceptar las posibles diferencias en el grado de valor probatorio —mejor, primario, directo, secundario, indirecto, corroborante o complementario— que se han reconocido desde hace mucho en la jurisprudencia establecida de la Corte sobre la determinación del peso de las pruebas.

El Magistrado Simma demuestra a continuación la incompatibilidad de cada uno de esos supuestos defectos con las reglas del derecho internacional y las prácticas establecidas de la Corte sobre la evaluación de las pruebas. Primero, demuestra que los supuestos defectos formales —tales como la falta de designaciones literales en las pruebas documentales de frases tales como “discriminación racial”, o “depuración étnica”, alusiones explícitas a obligaciones específicas de la Federación de Rusia con arreglo a la Convención, o la distribución de documentos en las Naciones Unidas en relación con temas del programa distintos de la “discriminación racial”— no hacen que las pruebas documentales sean jurídicamente insignificantes. A los efectos de determinar la existencia de una controversia, es suficiente que las pruebas documentales se refieran a una materia relacionada con la Convención (tales como el supuesto apoyo, facilitación, o tolerancia por el personal de mantenimiento de la paz de Rusia de la depuración étnica que se estaba cometiendo contra civiles georgianos dentro de sus zonas de responsabilidad; el supuesto comportamiento de Rusia en relación con el derecho de regreso de los refugiados y desplazados internos al territorio de Georgia, y la supuesta omisión del personal de mantenimiento de la paz de Rusia en impedir las violaciones de los derechos humanos que se estaban cometiendo contra civiles georgianos).

Segundo, el Magistrado Simma evalúa críticamente la invocación en el fallo de supuestos defectos de autoría —tales como la falta de autoría, aval o aprobación por el Ejecutivo de Georgia de determinadas pruebas documentales, en particular, resoluciones del Parlamento de Georgia— para justificar el descarte de materiales parlamentarios. En su jurisprudencia anterior la Corte nunca vaciló en admitir a la legislación nacional como prueba. En todo caso, las resoluciones, decretos y declaraciones del Parlamento de Georgia fueron transmitidos oficialmente al Consejo de Seguridad o a la Asamblea General por el Representante Permanente de Georgia ante las Naciones Unidas —un funcionario que no se puede suponer que haya actuado *ultra vires* o sin el conocimiento del Ejecutivo de Georgia.

Tercero, el Magistrado Simma analiza la atribución hecha en el fallo de supuestos defectos de inacción, es decir, casos en los que el fallo rechaza pruebas documentales tales como resoluciones parlamentarias, porque su contenido no indica que el Ejecutivo de Georgia hubiese actuado o tomado medidas en relación con las denuncias expuestas en esas resoluciones. Este modo de rechazo de pruebas documentales

parece en particular inadecuado en esta etapa jurisdiccional porque al hacerlo la Corte termina llegando directamente al fondo de la controversia. Lo que es más importante, los textos reales de las pruebas documentales y las circunstancias que las rodean no corroboran las especulaciones que se hacen en el fallo acerca de que el Ejecutivo de Georgia podía haber pedido el retiro total de las tropas rusas del territorio de Georgia.

Cuarto, el Magistrado Simma refuta las conclusiones del fallo acerca de supuestos defectos debidos a que en las pruebas documentales no se atribuyen categóricamente violaciones a la Federación de Rusia. En la parte B de su opinión, demuestra que las pruebas documentales establecen claramente la atribuibilidad de la conducta del personal de mantenimiento de la paz de Rusia a la Federación de Rusia. Por último, el Magistrado Simma rechaza la determinación del fallo de desechar pruebas documentales debido a supuestos defectos relacionados con asuntos relacionados con la notificación, tales como la falta de pruebas de que Rusia había recibido, podía haber recibido, o tenía la oportunidad de recibir las alegaciones contenidas en determinadas pruebas documentales o ser informada de ellas. El Magistrado Simma señala que hasta la fecha la Corte nunca había impuesto un requisito de notificación efectiva de las denuncias hechas por un Estado demandante contra el Estado demandado a fin de determinar la existencia de una controversia.

Según el Magistrado Simma, el amorfo uso hecho por la Corte del concepto de “significación jurídica” en el presente fallo representa un nítido apartamiento de la práctica establecida de la Corte de admitir diferenciaciones en la evaluación del peso probatorio de las pruebas, demostrado en las causas relativas a las *Actividades armadas en el territorio del Congo*, al *Genocidio*, al *Canal de Corfú*, a la *Controversia Fronteriza*, a *Nicaragua* y a los *Rehenes en Teherán*. El Magistrado Simma teme que en causas futuras la Corte niegue peso probatorio a pruebas por razones análogamente defectuosas relacionadas con la formalidad, la autoría, la inacción, la atribución y la notificación. Advierte que esta metodología problemática podría inhibir a los Estados en la selección y el control que hagan para la presentación de las pruebas a la Corte. Lo que es más importante, el Magistrado Simma concluye que en la presente causa la Corte no cumplió su función jurisdiccional de manera cabal. Antes bien, el presente fallo realiza una serie de injustificadas inferencias de hecho en lugar de utilizar plenamente las facultades de averiguación de hechos de que está investida con arreglo a los Artículos 49 a 51 del Estatuto a fin de evitar tener que recurrir a esas inferencias en primer lugar.

La parte B de la opinión del Magistrado Simma expone el impresionante volumen de pruebas documentales incluidas en el expediente que demuestran la existencia de una controversia mucho antes de agosto de 2008. Al categorizar esos textos, el Magistrado Simma distingue entre intercambios bilaterales entre Georgia y la Federación de Rusia; declara-

ciones hechas por Georgia ante organizaciones internacionales de las que es miembro la Federación de Rusia y declaraciones públicas de Georgia en otras ocasiones.

Por último, el Magistrado Simma pone de relieve que su opinión separada no está dirigida a contradecir en modo alguno la opinión disidente conjunta de la que es coautor. La intención que lo mueve al emitir su opinión separada es hacer una reseña de los hechos que no solo permita llegar con mayor conocimiento de causa a una conclusión sobre la primera excepción preliminar de Rusia, sino que también se extienda hasta la esfera de la segunda excepción preliminar ampliando la base fáctica de la opinión disidente conjunta. El Magistrado Simma concluye que la forma en la cual se trataron en el presente fallo las cuestiones de la relevancia y la significación jurídica de los hechos es inaceptable —y permite que graves deficiencias sirvan como si fueran tapajos en el examen de los hechos.

Opinión separada del Magistrado Abraham

Además de ser uno de los cosignatarios de la opinión disidente conjunta que centra la atención en la segunda excepción preliminar planteada por la Federación de Rusia, el Magistrado Abraham ha expuesto en una opinión separada las razones por las cuales, a pesar de haber votado a favor de la decisión adoptada sobre la primera excepción preliminar planteada por Rusia, no está de acuerdo con el razonamiento que llevó a la Corte a concluir que la controversia entre las partes surgió en agosto de 2008.

El Magistrado Abraham cree que el fallo de la Corte merece críticas, en particular porque su concepto de una “controversia” está demasiado alejado de lo que surge de un estudio de la jurisprudencia anterior de la Corte, que él considera más exacto.

El Magistrado Abraham sostiene que el examen de la jurisprudencia de la Corte revela tres rasgos característicos del enfoque adoptado por la Corte cuando ha tenido que responder a una excepción basada en la ausencia de una controversia entre las partes. Primero, el Magistrado Abraham señala que la identificación de la controversia es una tarea puramente realista y práctica: la Corte no necesita establecer si hubieron intercambios formales entre las partes antes de la incoación del procedimiento; todo lo que importa es que debe estar convencida de que las partes tienen opiniones contrapuestas sobre las cuestiones que son objeto de la demanda y de que esas cuestiones están comprendidas en la cláusula compromisoria *ratione materiae*. Segundo, el Magistrado Abraham señala que, cuando determina la existencia de una controversia entre las partes, la Corte evalúa la situación en el momento de su decisión y por consiguiente puede tener en cuenta los argumentos hechos por las partes sobre el fondo de la causa durante el proceso judicial. Por último, el Magistrado Abraham recuerda que, salvo en determinadas circunstancias específicas, la Corte no determina cuándo surgió la controversia; es suficiente que la controver-

sia resulte establecida cuando se somete a la Corte (lo cual puede demostrarse mediante los hechos subsiguientes) y que sigue existiendo cuando la Corte considera su competencia.

En opinión del Magistrado Abraham, el fallo de la Corte se aparta del concepto de controversia anteriormente utilizado en su jurisprudencia en dos aspectos. Primero, el fallo trata innecesariamente de determinar exactamente cuándo surgió la controversia entre las partes, llevando a cabo un extenso y prolongado estudio de los documentos producidos por ellas. Además, el fallo rompe con la jurisprudencia anterior de la Corte al adoptar un enfoque formalista para la identificación de la controversia; ese enfoque parece exigir que la parte demandante, antes de incoar un procedimiento judicial, haya transmitido una denuncia a la parte demandada, diciendo por qué cree que las acciones de ésta son ilícitas, y que la parte demandada haya rechazado esa denuncia. A juicio del Magistrado Abraham, ello refleja una confusión entre la cuestión de la existencia de la controversia y la de la negociación previa.

En conclusión, el Magistrado Abraham cree que hay claramente una controversia en la presente causa, y que esa controversia indudablemente se refiere a la interpretación y la aplicación de la Convención, porque es más que razonable argumentar que la depuración étnica es una de las actividades prohibidas por dicha Convención, y que los Estados partes en ella tienen la obligación no solo de abstenerse de tales actividades, sino también de hacer todo lo que esté a su alcance para ponerles fin. Por último, el Magistrado Abraham señala que, si fuera necesario establecer cuándo surgió la controversia —ejercicio que considera totalmente desprovisto de sentido jurídico —podría determinarse que quizás comenzó en 2004, y ciertamente en 2006.

Declaración del Magistrado Skotnikov

El Magistrado Skotnikov apoya la conclusión general de la Corte de que no tiene competencia para conocer de la demanda presentada por Georgia. Sin embargo, no puede estar de acuerdo con la constatación de la Corte de que el 9 de agosto de 2008, en el curso de los conflictos armados estallaron en la noche del 7 al 8 de agosto de 2008, surgió una controversia entre Georgia y Rusia con respecto a la interpretación y la aplicación de la Convención.

Como ha dicho la Corte en numerosas ocasiones, “[u]na situación puede contener controversias que se relacionen con más de un cuerpo normativo y que estén sujetas a diferentes procedimientos de solución”. La Corte observa a lo largo del fallo que en la situación reinante cuando estallaron las hostilidades el 7/8 de agosto de 2008 había controversias que abarcaban una gama de asuntos diferentes, pero no la cuestión de la interpretación o la aplicación de la Convención.

La Corte tiene el deber de determinar si la controversia de agosto de 2008 era o no acerca del cumplimiento de la Convención, y no acerca de las disposiciones de la Carta de

las Naciones Unidas relacionadas con la no utilización de la fuerza o con las reglas del derecho internacional humanitario. Debe admitirse que esa tarea no es fácil. En realidad, algunos actos prohibidos por el derecho internacional humanitario también pueden ser capaces de contravenir derechos previstos en la Convención. A fin de determinar la existencia de una controversia relacionada con la Convención, la Corte debe de todos modos convencerse de que una supuesta controversia se refiere al establecimiento de una “distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico” (art. 1 de la Convención).

Habida cuenta de esa dificultad, tal vez no sea siempre posible que la Corte determine en la etapa preliminar del procedimiento si existe una controversia atinente a la Convención en una situación de conflictos armados. Sin embargo, la Corte siempre tiene la opción de declarar que la excepción relativa a la existencia de una controversia no tiene, en las circunstancias de la causa, un carácter exclusivamente preliminar. Si la Corte hubiese recurrido a esta opción en la presente causa, se habría encontrado en un terreno mucho más firme.

La Corte comienza su consideración de ese período en agosto de 2008 citando el Informe de la Misión Internacional Independiente de Averiguación de Hechos sobre el Conflicto en Georgia, establecida por el Consejo de la Unión Europea, según el cual en la noche del 7 al 8 de agosto:

“un sostenido ataque de artillería de Georgia hizo impacto en la villa de Tskhinvali. Se estaban llevando a cabo otros movimientos de las fuerzas armadas de Georgia que tenían como blanco a Tskhinvali y las zonas adyacentes, y pronto el combate involucró a unidades militares y elementos armados de Rusia, Osetia del Sur y Abjasia. Sin embargo, no pasó mucho tiempo antes de que el avance de Georgia en Osetia del Sur fuera detenido. En un contramovimiento, las fuerzas armadas de Rusia, con la cobertura de incursiones aéreas y de elementos de su flota del Mar Negro, penetraron profundamente en Georgia, atravesando la principal carretera este-oeste del país, llegando hasta el puerto de Poti y deteniéndose poco antes de la capital de Georgia, Tbilisi. El enfrentamiento evolucionó hasta adquirir un carácter combinado interestatal e intraestatal, en el que se oponían las fuerzas de Georgia y Rusia en un nivel de enfrentamiento así como los combatientes surosetios junto con abjasios y los georgianos en otro.” (Informe, Vol. 1, párr. 2 [Excepciones preliminares de la Federación de Rusia, Anexo 75]; véase el fallo, párrafo 106)

Habría sido útil considerar por lo menos otras dos observaciones contenidas en el Informe de la Misión:

“Se plantea la cuestión de si el uso de la fuerza por Georgia en Osetia del Sur, iniciado con el bombardeo de Tskhinvali durante la noche del 7 al 8 de agosto de 2008,

era justificable con arreglo al derecho internacional. No lo era.” (Vol. I, párr. 19.)

“Por lo menos en lo tocante a la fase inicial del conflicto, una cuestión jurídica adicional es la de si el uso de la fuerza de Georgia contra las fuerzas de mantenimiento de la paz de Rusia en el territorio de Georgia, es decir en Osetia del Sur, podía haber estado justificado. Una vez más, la respuesta es negativa ... No hay ... pruebas que apoyen ninguna pretensión de que las unidades rusas de mantenimiento de la paz en Osetia del Sur estuvieran violando flagrantemente las obligaciones que les imponían los acuerdos internacionales pertinentes, tales como el Acuerdo de Sochi, ni de que al hacerlo hubieran perdido su estatuto jurídico internacional. Consiguientemente, el uso de la fuerza por Georgia contra las fuerzas de mantenimiento de la paz de Rusia en Tskhinvali en la noche del 7 al 8 de agosto de 2008 fue contrario al derecho internacional.” (Vol. I, párr. 20.)

El contexto fáctico que surge del informe es bien claro: parece sumamente improbable, por decir poco, que la respuesta de Rusia al ataque de Georgia haya constituido una contravención de la Convención.

La Corte, cuando consideró el intercambio de acusaciones entre las partes, debería haberlas evaluado en el contexto de los conflictos armados en marcha cuando se formularon esas acusaciones. Siempre que la Corte considere una situación de conflictos armados y la cuestión del cumplimiento de la Convención, tiene que distinguir entre la propaganda de guerra, por un lado, y las declaraciones que efectivamente se dirijan al surgimiento y la cristalización de una controversia atinente a la Convención, por otro. Tal vez ello no sea fácil, pero la Corte es suficientemente perspicaz como para llevar a cabo esa tarea. Debería haber concluido que las alegaciones formuladas por Georgia entre el 10 y el 12 de agosto de 2008 pertenecen a la categoría de retórica de guerra y consiguientemente carecen de valor probatorio respecto de la cuestión de la existencia de una controversia atinente a la Convención.

El Magistrado Skotnikov concluye que Georgia no formuló ninguna alegación creíble a la que pudiera haberse opuesto positivamente la Federación de Rusia en el sentido de la jurisprudencia establecida de la Corte. El intercambio de acusaciones entre las partes, habida cuenta del contexto de los conflictos armados, simplemente no puede bastar para determinar la existencia de una controversia jurídica con respecto a la interpretación o la aplicación de la Convención.

Opinión disidente del Magistrado Cançado Trindade

1. En su opinión disidente, que comprende 13 partes, el Magistrado Cançado Trindade presenta los fundamentos de su posición personal sobre los asuntos tratados en el presente fallo de la Corte. Disiente con respecto a la totalidad del razonamiento de la Corte y con sus conclusiones acerca de

la segunda excepción preliminar y la competencia, así como con su tratamiento de las cuestiones de sustancia y de procedimiento planteadas ante la Corte. Comienza su opinión disidente identificando (parte I) el marco general de solución de la controversia en cuestión, inevitablemente vinculado con el imperativo de la *realización de la justicia* con arreglo a un tratado de las Naciones Unidas sobre derechos humanos de tanta importancia histórica como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (la Convención).

2. A juicio del Magistrado Cançado Trindade, las cláusulas compromisorias tales como la que figura en la Convención (artículo 22) solo pueden considerarse adecuadamente en el ámbito de los esfuerzos por lograr la competencia obligatoria de la Corte. Con tal fin, el Magistrado Cançado Trindade lleva a cabo un examen (parte II) de la génesis de la competencia obligatoria de la Corte, en la labor (en 1920) del Comité Consultivo de Juristas sobre el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), que era partidario de la competencia obligatoria. Esa posición del Comité de Juristas encontró un obstáculo en la postura diferente adoptada por los órganos políticos de la Sociedad de las Naciones. Se llegó a un avenimiento en los debates de la Asamblea de la Sociedad de las Naciones y sus órganos subsidiarios (también en 1920), que desembocó en la cláusula enmendada de competencia (la cláusula facultativa), y la posterior coexistencia de la cláusula facultativa y las cláusulas compromisorias de diversos tipos como base para el ejercicio de la competencia obligatoria por la Corte de La Haya.

3. El Magistrado Cançado Trindade considera a continuación los debates posteriores sobre el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Organización Internacional y sus órganos subsidiarios (en 1945). Habiendo examinado la historia legislativa, pasa a realizar un examen crítico de la práctica atinente a la cláusula facultativa de competencia obligatoria de la Corte de La Haya (CPJI y CIJ). El Magistrado Cançado Trindade lamenta la importancia que una práctica distorsionada llegó a asignar al consentimiento individual del Estado, colocándolo incluso por encima de los imperativos de la realización de la justicia a nivel internacional (parte III), y haciendo abstracción del antiguo ideal del automatismo de la competencia obligatoria de la Corte de La Haya (parte IV).

4. La posterior práctica de los Estados reveló la insatisfacción de la doctrina jurídica internacional con el hecho de que los Estados se fundaran en sus propios términos de consentimiento al enfocar la cláusula facultativa, acompañada por una mayor esperanza de que dichas cláusulas compromisorias, a su vez, contribuyeran más eficazmente a la realización de la justicia internacional. Para el Magistrado Cançado Trindade, ni la cláusula facultativa, ni las cláusulas compromisorias, pueden considerarse adecuadamente fuera del marco de la competencia obligatoria; a lo que se apunta es a esta última.

5. Recuerda que, desde el decenio de 1950 al de 1980, la doctrina jurídica internacional se esforzó por superar las vicisitudes de la “voluntad” de los Estados y obtener una más amplia aceptación de la competencia obligatoria de la Corte, sobre la base de cláusulas compromisorias. Posteriormente (a partir de finales del decenio de 1980), una tendencia más lúcida de la doctrina jurídica internacional siguió procurando realizar el mismo antiguo ideal, relacionando las cláusulas compromisorias en cuestión con la *naturaleza* y la *sustancia* de los tratados correspondientes. Ese pensamiento jurídico se benefició de la gradual acumulación de experiencia en la interpretación y la aplicación de los tratados de derechos humanos, tales como la Convención a que se refiere la presente causa.

6. El Magistrado Cançado Trindade continúa (parte V) pasando a la consideración de las relaciones entre la cláusula facultativa/las cláusulas compromisorias y la *naturaleza* y la *sustancia* de los tratados correspondientes en los que están consagradas. Sostiene que los tratados de derechos humanos (tales como la Convención) están inevitablemente *orientados hacia las víctimas*, y que el reconocimiento de la naturaleza especial de esos tratados ha contribuido en alto grado a su hermenéutica, lo cual ha llevado a que su aplicación se haga en definitiva en beneficio de los seres humanos, necesitados de protección.

7. El Magistrado Cançado Trindade argumenta que, a pesar de los innegables avances logrados por el ideal de la competencia obligatoria en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos, el panorama parece algo diferente en la esfera de las relaciones puramente interestatales, en las cuales los progresos realizados por la competencia obligatoria en los últimos decenios han sido bastante modestos. El derecho internacional contemporáneo mismo ha evolucionado lenta pero gradualmente, por lo menos poniendo límites a las manifestaciones de un voluntarismo estatal, que se ha revelado como perteneciente a otra era.

8. Éste es un punto que no puede pasar inadvertido en la presente causa —añade—, pues se refiere a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, y, en particular, de la cláusula compromisoria consagrada en un tratado de derechos humanos de las Naciones Unidas. El Magistrado Cançado Trindade considera a continuación la metodología de interpretación de los tratados de derechos humanos.

9. El Magistrado Cançado Trindade expone la opinión de que la metodología de interpretación de los tratados de derechos humanos (partiendo de las reglas de interpretación de los tratados enunciadas en los artículos 31 a 33 de las dos convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969 y 1986), en primer lugar, asigna un mayor peso, comprensible y necesariamente, a la realización de su objeto y su fin, de modo de asegurar la protección de los seres humanos, la parte ostensiblemente más débil, y, en segundo lugar, abarca, según él entiende, a todas las disposiciones de dichos

tratados, tomadas como un todo, comprendiendo no solo las *sustantivas* (sobre los derechos protegidos) sino también las *procesales*, las que regulan los mecanismos de protección internacional, incluidas las cláusulas compromisorias que confieren competencia a los tribunales internacionales de derechos humanos.

10. La hermenéutica de los tratados de derechos humanos, fiel a la regla general de interpretación de buena fe de los tratados (párrafo 1 del artículo 31 de las dos convenciones de Viena sobre el derecho de Tratados, de 1969 y 1986), tiene presentes los tres elementos componentes consistentes en el texto en sentido corriente, el contexto y el objeto y el fin del tratado en cuestión, así como la naturaleza del tratado en el que aparece dicha cláusula (facultativa o compromisoria) de competencia obligatoria. En la interpretación de los tratados de derechos humanos —continúa— hay una primacía de las consideraciones de orden público, de la garantía colectiva ejercida por todos los Estados partes, del logro de un objetivo común, superior a los intereses individuales de cada parte contratante.

11. Mal se puede hacer abstracción de la naturaleza y la sustancia de un tratado cuando se considera la cláusula facultativa, o bien la cláusula compromisoria, consagrada en dicho tratado. Así pues, el advenimiento de los tratados de derechos humanos —añade el Magistrado Cançado Trindade— ha contribuido al enriquecimiento del *jus gentium* contemporáneo, ensanchando su aptitud para regular relaciones no solo a nivel interestatal, sino también a nivel *intraestatal*. En la presente causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, el *punctum pruriens iudicii* es la correcta comprensión de la cláusula compromisoria (artículo 22) de la Convención.

12. El Magistrado Cançado Trindade señala que, en el curso del procedimiento en la presente causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, las dos partes en litigio, Georgia y la Federación de Rusia, en sus respuestas a una pregunta que el Magistrado consideró adecuado plantearles en la audiencia pública de 17.09.2010, han tenido debidamente en cuenta la naturaleza del tratado sobre derechos humanos en cuestión, la Convención (aunque derivaron consecuencias diferentes de sus respectivos argumentos); solo la Corte no ha tenido en cuenta este importante punto.

13. A continuación señala a la atención el principio *ut res magis valeat quam pereat* (parte VI), con amplio apoyo en la jurisprudencia. Como fundamento de la regla general de interpretación de los tratados está el mencionado principio *ut res magis valeat quam pereat* (el llamado *effet utile*), según el cual los Estados partes en los tratados de derechos humanos deben asegurar que las disposiciones convencionales tengan los efectos apropiados a nivel de sus respectivos órdenes jurídicos internos. Este principio se aplica —en su

opinión— no solo en relación con las normas *sustantivas* de dichos tratados, sino también en relación con las normas *procesales*, tales como la atinente a la aceptación de la competencia obligatoria en asuntos contenciosos de los órganos judiciales internacionales de protección.

14. Consiguientemente, consideraciones de orden superior (el orden público internacional) tienen primacía sobre el voluntarismo estatal. En la parte VII de su opinión disidente, el Magistrado Cançado Trindade realiza un examen de los elementos para la interpretación y la aplicación adecuadas de la cláusula compromisoria (artículo 22) de la Convención (que abarcan su sentido corriente, sus trabajos preparatorios y el anterior pronunciamiento de la propia Corte a su respecto). Sobre la base de su análisis, concluye que la opinión de la Corte en la presente causa según la cual el artículo 22 de la Convención establece “precondiciones” que debe cumplir un Estado Parte antes de que pueda tener recurso a esta Corte, y de tal modo hace que el acceso a la CPJI sea particularmente difícil, a su juicio no encuentra apoyo en la propia jurisprudencia constante de la Corte, ni en la historia legislativa de la Convención, y entra en conflicto con el enfoque recientemente adoptado por la Corte misma en su providencia de 15.10.2008 en la presente causa.

15. Argumenta, con respecto a este último punto, que la Corte no podía haber deconstruido su propia *res interpretata*: los posiciones *respecto del derecho* (a diferencia de la evaluación de las pruebas) que la Corte ya ha adoptado no pueden, en su opinión, ser simplemente cambiadas por la libre voluntad de la Corte, poco tiempo después, en un sentido diametralmente opuesto. Ello generaría un sentido de inseguridad jurídica, y chocaría con un principio básico de derecho procesal internacional, profundamente arraigado en el pensamiento jurídico: *venire contra factum/dictum proprium non valet*.

16. El Magistrado Cançado Trindade argumenta asimismo que, en la presente causa, debía haberse dado el peso debido a la consideración que figura en el preámbulo de la Convención (párr. 1), según la cual todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas se han comprometido a tomar medidas (en cooperación con la Organización) para realizar uno de los propósitos de las Naciones Unidas, que es el de “promover y estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos” de todos, sin distinción por motivo alguno, teniendo presente la proclamación hecha (en uno de los raros momentos o vislumbres de lucidez del siglo XX) en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, cuyos ecos resuenan en todas partes del mundo, de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y están dotados de razón y conciencia (artículo 1).

17. La parte VIII de su opinión disidente está dedicada a un examen de la jurisprudencia de la Corte de La Haya (CPJI y CIJ) en lo tocante a la verificación de anteriores *intentos* o *esfuerzos* de negociación, en el proceso de arreglo judicial de las controversias presentadas a su conocimiento. El Ma-

Magistrado Cançado Trindade concluye que la jurisprudencia constante de la propia Corte nunca ha atribuido a ese elemento fáctico el carácter de “precondición” que deba satisfacerse completamente, para el ejercicio de su competencia. Tanto la CPJI como la CPJI han determinado con gran claridad que un *intento* de negociación es suficiente, y que no hay ninguna “precondición” preceptiva de que haya negociaciones *resolutorias* para que una u otra ejerciesen competencia en una causa que se les hubiera sometido.

18. Muy por el contrario, —continúa,— las cláusulas compromisorias han sido una fuente pertinente de la competencia de la Corte, e incluso con mayor fuerza con arreglo a algunos de los tratados de derechos humanos que las contienen (cf. *infra*), y apuntando hacia el objetivo de la realización de la justicia (parte IX). Lamenta este cambio de enfoque en la presente causa, que establece un umbral muy elevado (en cuanto al requisito de negociaciones previas) para el ejercicio de competencia sobre la base de ese tratado sobre derechos humanos, la Convención, y perdiendo de vista la naturaleza de ese importante tratado de derechos humanos de las Naciones Unidas.

19. El Magistrado Cançado Trindade argumenta que no se pueden perder de vista los derechos y valores que están en juego. El hecho de invocar fórmulas formalistas, o centrar la atención en los “intereses” o intenciones de los Estados, o en su “voluntad”, u otras nociones conexas, o en las estrategias de negociación de los Estados, no debería hacer que se perdiera de vista el hecho de que quienes reclaman justicia, y los beneficiarios de ella, son, en definitiva, los seres humanos, —como lo revela la presente causa presentada a conocimiento de la Corte. En su opinión, la Corte no puede pasar por alto el *fundamento* de los tratados de derechos humanos; una mecánica y reiterada búsqueda del consentimiento del Estado, colocada por encima de los valores fundamentales en que se basan esos tratados, no habrá de llevar a la Corte a ningún lado.

20. Esto conduce al Magistrado Cançado Trindade a la parte X de su opinión disidente, en la que sostiene que, con arreglo a esos tratados, el arreglo pacífico está hermanado a la realización de la justicia, y mal puede lograrse justicia en una causa tal como la presente sin prestar atención a los *sufrimientos* y *necesidades de protección* de la población. Éstos asumen, en su opinión, una posición central en la consideración de la presente causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*. Muy lamentablemente, ésa no fue el enfoque de la Corte en la presente causa.

21. Destaca que la realización de la justicia con arreglo a un tratado sobre derechos humanos (tal como la Convención), en un caso como el presente, en que hay numerosas personas victimizadas, solo puede lograrse teniendo debidamente en cuenta y valorando los sufrimientos y las necesidades de protección de la población. En lugar de prestar particular atención a los sufrimientos y necesidades de

protección de la población, sobre la base de una evaluación de la totalidad de las pruebas producidas ante ella por las propias partes en litigio, la Corte desdichadamente aplicó un enfoque esencialmente interestatal, y principalmente bilateral, centrado en las relaciones (diplomáticas) entre los dos Estados en cuestión.

22. El presente fallo solo contiene referencias *in passim* a los sufrimientos padecidos por la población victimizada, a pesar de que hay documentos, presentados a la Corte por las propias dos partes en litigio, que son claramente ilustrativos del aspecto humano, del dolor y los sufrimientos y de las acuciantes necesidades de protección de las víctimas silenciosas de la controversia y los conflictos armados entre Georgia y la Federación de Rusia. Según la percepción del Magistrado Cançado Trindade, es necesario ir más allá del estricto enfoque interestatal (diplomático) del derecho internacional tradicional, pues es algo generalmente reconocido que el *jus gentium* contemporáneo no es para nada insensible al destino de las poblaciones. En su opinión, el reconocimiento judicial de la victimización de los seres humanos es un imperativo de la justicia, que viene por lo menos a *aliviar* sus sufrimientos.

23. Observa que la Corte ha dedicado 92 párrafos para conceder que finalmente cristalizó una controversia jurídica, el 10 de agosto de 2008, solo *después* del estallido de una guerra abierta y declarada entre Georgia y Rusia. El mismo razonamiento formalista ha llevado a la Corte, en 70 párrafos, a hacer lugar a la segunda excepción preliminar, sobre la base del supuesto incumplimiento de “precondiciones” de su propia construcción, apartándose de su propia jurisprudencia constante y de la más lúcida doctrina jurídica internacional. Advierte que con arreglo a los tratados de derechos humanos, los individuos afectados, en situaciones de gran vulnerabilidad o adversidad, necesitan un nivel más elevado de protección; sin embargo, la Corte ha aplicado, por el contrario, un criterio más elevado en materia de consentimiento del Estado para el ejercicio de su competencia. El resultado ha sido que la Corte ha reenviado la presente controversia a las partes en litigio.

24. En la parte XI de su opinión disidente, el Magistrado Cançado Trindade sostiene que los tratados de derechos humanos son instrumentos *vivientes* que han de interpretarse a la luz de las condiciones de vida actuales, de modo de responder a las nuevas necesidades de protección de los seres humanos. Esto se aplica incluso con más vigor con respecto a un tratado como la Convención, centrado en el principio fundamental de igualdad y no discriminación, que está en la base no solo de la Convención, sino de todo el derecho internacional de los derechos humanos, y que pertenece, en su opinión, a la esfera del *jus cogens* internacional. La Convención, dotada de universalidad, ocupa un lugar prominente en el propio *derecho de las Naciones Unidas*. Desde su adopción, la Convención estuvo enfrentada y opuesta a una grave violación de una obligación de *jus cogens* (la pro-

hibición absoluta de la discriminación racial), que generan obligaciones *erga omnes*, y ejerció influencia en los posteriores instrumentos internacionales a nivel universal (de las Naciones Unidas).

25. Lamenta que la Corte no se haya referido en ninguna parte a la efectiva aplicación que la Convención ha tenido en la práctica, a lo largo de los últimos decenios, de modo de cumplir su objeto y su fin, en beneficio de millones de seres humanos. En ninguna parte reconoce la Corte que la Convención —como los demás tratados de derechos humanos— es un instrumento *viviente*, que ha adquirido una vida propia, independientemente de las supuestas o imaginadas “intenciones” de sus redactores hace casi medio siglo. Incluso dentro del enfoque estático de la Corte, ya en la época en que se estaba elaborando la Convención había algunos —que él señala— que apoyaban el arreglo obligatorio de controversias por la Corte.

26. Con la evolución del derecho internacional contemporáneo, esto se aplica incluso con mayor vigor hoy, en 2011, con respecto a las obligaciones estipuladas en la Convención y los demás tratados de derechos humanos. Sin embargo, en el presente fallo, la Corte, con un enfoque totalmente diferente, hizo lugar a la segunda excepción preliminar, basándose en su propio razonamiento estrictamente textual o gramatical en relación con la cláusula compromisoria (artículo 22) de la Convención. En ninguna parte se encuentran consideraciones de naturaleza contextual, ni intento alguno de vincular esa cláusula compromisoria con el objeto y el fin de la Convención, teniendo en cuenta la sustancia y la naturaleza de la Convención como *un todo*.

27. En ninguna parte considera la Corte la importancia histórica de la Convención como un tratado pionero en materia de derechos humanos, y su continua contemporaneidad para responder a los nuevos desafíos que son fuente de legítima preocupación para la humanidad, a los efectos de interpretar la cláusula compromisoria contenida en ella. Como resultado de su propia decisión, la Corte se privó de la posibilidad de determinar si la presente controversia (que ha victimizado a tanta gente) está comprendida o no dentro de la Convención. El desdichado resultado de la presente causa revela que, a pesar de todos los avances logrados a favor de la dignidad humana con arreglo a la Convención, todavía queda mucho camino por andar: la lucha por la prevalencia de los derechos humanos —añade— es de nunca acabar, como en el mito de Sísifo.

28. En la parte XII de su opinión disidente, el Magistrado Cançado Trindade destaca que, sobre la base de todas las consideraciones precedentes, su propia posición, con respecto a todos los puntos que son objeto del presente fallo, está en clara oposición a la opinión adoptada por la Corte. Además, tampoco cabe exactamente dentro del marco conceptual del grupo disidente minoritario; va más allá de él. Su posición disidente se funda no solo en la evaluación de las pruebas producidas ante la Corte, a las que atribuye impor-

tancia, sino por sobre todo en cuestiones de principio, a las que asigna una importancia aún mayor.

29. Añade que la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha destacado constantemente que las disposiciones de los tratados de derechos humanos deben interpretarse de manera de hacer que la salvaguardia de esos derechos sea *efectiva*; a este respecto, el artículo 22 de la Convención no establece ninguna “precondición” preceptiva para el recurso a la Corte. Establecer “precondiciones” de esa índole donde no existen equivale a erigir un obstáculo indebido e infundado al acceso a la justicia con arreglo a un tratado sobre derechos humanos. La Corte debe estar atenta al *fundamento básico* de los tratados de derechos humanos.

30. En último lugar, pero no menos importante, en la parte XIII de su opinión disidente el Magistrado Cançado Trindade vuelve sobre un antiguo dilema —al que se enfrentan tanto la Corte como los Estados que comparecen ante ella— en el marco del *jus gentium* contemporáneo. En su opinión, no es posible volver ahora sobre ese antiguo dilema, que tiene incidencia directa en el presente y el futuro de la justicia internacional, sobre la base de viejos dogmas, erigidos en tiempos pretéritos, que ya no existen, sobre la base de nociones de la “voluntad” del Estado, o de sus “intereses” o intenciones. Insistir en esos dogmas no plantearía ningún dilema, pues llevaría al congelamiento o la osificación del derecho internacional. No hay nada más ajeno o antitético a la protección de los derechos humanos que esos dogmas.

31. Al reenviar la presente controversia a las partes en litigio, para su arreglo por cualesquiera otros medios (políticos o de otra índole) que ellas deseen adoptar o utilizar, la Corte se ha privado a sí misma, entre otras cosas, de la oportunidad de determinar, en una posible etapa posterior sobre el fondo, si los sucesos mencionados en la demanda, que causaron tantas víctimas, están comprendidos o no en las disposiciones pertinentes de la Convención. En su opinión, la presente decisión socava los efectos apropiados de la Convención (incluida la cláusula compromisoria que figura en su artículo 22) y la propia competencia obligatoria de la Corte con arreglo a ella.

32. Habida cuenta de las circunstancias —añade el Magistrado Cançado Trindade—, la Corte no puede ser rehén del consentimiento del Estado. No puede seguir desplegando una búsqueda instintiva y continua del consentimiento del Estado, hasta el punto de perder de vista el imperativo de la realización de la justicia. El momento en que se manifiesta el consentimiento del Estado es cuando el Estado de que se trata decide pasar a ser parte en un tratado —como el tratado sobre derechos humanos a que se refiere la presente causa, la Convención. La hermenéutica y la adecuada aplicación de ese tratado no pueden estar continuamente sujetas a una recurrente búsqueda del consentimiento del Estado. *El consentimiento del Estado no es un elemento de interpretación de los tratados*; si lo fuera, se convertiría indebidamente al tratado en letra muerta, y los tratados de

derechos humanos se han hecho para ser instrumentos vivos, y más aún su espíritu.

33. El Magistrado Cançado Trindade recuerda que los “padres fundadores” del derecho de gentes (*law of nations*) nunca visualizaron que el consentimiento individual de los Estados emergentes fuera la fuente *última* de sus obligaciones jurídicas. El triste resultado de la presente causa ante la Corte es la ineluctable consecuencia de haber dado, inepta y erróneamente, el lugar de honor al consentimiento del Estado, incluso por encima de los valores fundamentales en juego, que están en la base de la Convención y exigen la realización de la justicia.

34. En su opinión, ya es hora de que la Corte dé una expresión concreta al compromiso con su misión —tal como él la percibe— cuando resuelve causas, como la presente, en el ejercicio de su competencia basada en tratados de derechos humanos, teniendo presente el *fundamento*, la naturaleza y la sustancia de dichos tratados, con todas las consecuencias jurídicas que de ello derivan. Esta Corte no puede seguir privilegiando el consentimiento del Estado por encima de todo, una y otra vez, incluso después de que tal consentimiento ya haya sido dado por los Estados en el momento de la ratificación de dichos tratados.

35. La Corte no puede seguir embarcándose en una interpretación literal o gramatical y estática de los términos de las cláusulas compromisorias consagradas en dichos tratados, extrayendo de ellas “precondiciones” para el ejercicio de su competencia, en una actitud que recuerda la tradicional práctica arbitral internacional. Cuando están en juego tratados de derechos humanos —continúa— es necesario, en su percepción, superar la fuerza de la inercia, y afirmar y desarrollar la competencia obligatoria de la CIJ sobre la base de las cláusulas compromisorias contenidas en dichos tratados. Después de todo, son los seres humanos quienes en definitiva son protegidos con arreglo a dichos tratados, y esas cláusulas compromisorias deben enfocarse en su ineluctable relación con la *naturaleza* y la *sustancia* de los tratados de derechos humanos en cuestión, en su totalidad.

36. El Magistrado Cançado Trindade sostiene que, desde el punto de vista de los justiciables, los sujetos (titulares) de los derechos protegidos, las cláusulas compromisorias como la del artículo 22 de la Convención están directamente relacionadas con su *acceso a la justicia*, incluso si las demandas presentadas con arreglo a ellas son presentadas ante la CIJ por Estados partes en esos tratados de derechos humanos. Los justiciables son, en definitiva, los seres humanos interesados. Con esta óptica humanista, que armoniza bien con la propia creación de la Corte de La Haya (la CPJI y la CIJ), erigir una “precondición” preceptiva de negociaciones previas para el ejercicio de la competencia de la Corte equivale, en su opinión, a erigir un infundado y sumamente lamentable obstáculo a la justicia.

37. La realización de *la justicia* es un imperativo que la Corte debe tener constantemente presente. Dificilmente

pueda alcanzarse partiendo de una estricta perspectiva voluntarista centrada en el Estado y una recurrente búsqueda del consentimiento del Estado. La Corte no puede, en su percepción, seguir haciendo un homenaje verbal a lo que supone que representa las “intenciones” o la “voluntad” del Estado. La correcta interpretación de los tratados de derechos humanos (cf. *supra*) es en última instancia el beneficio de los seres humanos, para cuya protección los Estados han concertado y adoptado los tratados de derechos humanos. La razón de humanidad prevalece sobre la antigua razón de Estado.

38. Para su gran pesar, en el presente fallo la Corte pasó totalmente por alto el siguiente punto: antes bien, se embarcó en la habitual exaltación del consentimiento del Estado, rotulada (en el párrafo 110) como “el principio fundamental del consentimiento”. El Magistrado Cançado Trindade controvierte esa opinión, pues, a su juicio, el consentimiento no es “fundamental”, y ni siquiera es un “principio”. Lo que es “fundamental”, es decir, lo que está en los fundamentos de la Corte, desde su creación, es el imperativo de la *realización de la justicia*, por medio de la competencia obligatoria. El consentimiento del Estado no es más que una regla que debe observarse en el ejercicio de la competencia obligatoria para la *realización* de la justicia. Es un medio, no un fin; es un requisito procesal, no un elemento de interpretación de los tratados; indudablemente no pertenece a la esfera de los *prima principia*.

39. Para el Magistrado Cançado Trindade, principios fundamentales son los de *pacta sunt servanda*, de igualdad y no discriminación (a nivel del derecho sustantivo), de igualdad de armas (*égalité des armes* —a nivel del derecho procesal). Principio fundamental es, además, el de humanidad (que permea todo el *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, y el derecho internacional de los refugiados). Principio fundamental es, además, el de la dignidad de la persona humana (que establece un fundamento del derecho internacional de los derechos humanos). Principios fundamentales del derecho internacional son, además, los enunciados en el Artículo 2 en la Carta de las Naciones Unidas (y reformulados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, aprobada en 1970 por la Asamblea General de las Naciones Unidas).

40. Para el Magistrado Cançado Trindade, esos son algunos de los verdaderos *prima principia*, que confieren al ordenamiento jurídico internacional su ineluctable dimensión axiológica. Esos son algunos de los verdaderos *prima principia*, que revelan los valores que inspiran el *corpus juris* del ordenamiento jurídico internacional, y que, en definitiva, constituyen sus fundamentos mismos. Los *prima principia* conforman el *substratum* del ordenamiento jurídico

internacional, transmitiendo la idea de una justicia *objetiva* (propia del derecho natural).

41. Por su parte —añade— el consentimiento del Estado no pertenece a la esfera de los *prima principia*; el recurso al consentimiento es una concesión del *jus gentium* a los Estados. Es una regla que debe observarse (nadie lo negaría) a fin de hacer viable el arreglo judicial de las controversias internacionales. Para esta Corte, concebida como una Corte Internacional de Justicia, la *realización de la justicia* sigue siendo un ideal que aún no se ha logrado en la decisión de las causas de derechos humanos presentadas a su conocimiento —como tristemente lo revela el presente fallo, habida cuenta del indebido lugar de honor que ha dado al consentimiento del Estado. Esa regla o requisito procesal —concluye el Magistrado Cançado Trindade— se reducirá a su debida dimensión el día en que se comprenda que *la conciencia está por encima de la voluntad*. Esto resume un antiguo dilema (al que se enfrentan tanto la Corte como los Estados que comparecen ante ella), que ha vuelto a considerar en su opinión disidente, en el marco del *jus gentium* contemporáneo.

Opinión separada del Magistrado Greenwood

El Magistrado Greenwood considera que una decisión de la Corte, en una solicitud de medidas provisionales de protección, de que *prima facie* parece existir una base para la competencia de la Corte no obliga en modo alguno a la Corte en etapas posteriores del procedimiento. La decisión adoptada en 2008 de que parecía que hubiera una base para la competencia de la Corte no es en sentido alguno incompatible con la decisión adoptada en el fallo de hoy según la cual no se ha establecido tal competencia. La razón por la cual determinó que no había competencia radica en que el artículo 22 de la Convención impone una precondition que no se ha cumplido, pues Georgia no había hecho un intento suficiente de negociar acerca de la controversia específica en relación con la interpretación o la aplicación de la Convención antes de someter la causa a la Corte.

Opinión separada de la Magistrada Donoghue

En una opinión separada, la Magistrada Donoghue señala que acompaña al Presidente Owada, los Magistrados Simma y Abraham y el Magistrado *ad hoc* Gaja en la disidencia respecto de la segunda excepción preliminar de Rusia. A continuación explica que, aun cuando votó a favor de la decisión contenida en el fallo de rechazar la primera excepción preliminar de Rusia, discrepa con el enfoque adoptado en el fallo acerca de la cuestión de si hay una “controversia” entre Georgia y Rusia con respecto a la interpretación o la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (“la Convención”). Específicamente, rechaza la adopción en el fallo de la noción de que solo puede existir una “controversia” cuando el demandado ha hecho declaraciones de oposición antes de la presentación de la demanda. También rechaza el método

empleado por la Corte para examinar los documentos y declaraciones que constan en el expediente.

Primero, la Magistrada Donoghue recuerda que la cuestión de si existía una controversia entre las partes en relación con la Convención a la fecha de la demanda es un asunto respecto del cual la Corte debe hacer una “determinación objetiva”. Al hacer esa determinación, la Corte no está limitada a considerar si Georgia notificó de sus pretensiones a Rusia, o si Rusia respondió a esas pretensiones, antes de la fecha en la cual Georgia presentó su demanda. Anteriormente, la Corte ha dejado en claro que, para determinar la existencia de una controversia, la posición o la actitud de una parte puede establecerse mediante inferencia. La Corte también ha invocado declaraciones hechas en el curso del procedimiento ante ella para confirmar la existencia de opiniones contrapuestas y, por consiguiente, de una controversia jurídica. Además, la Magistrada Donoghue señala que no hay un requisito general de preaviso de las pretensiones o de la intención de someter esas pretensiones a la Corte.

Por tales razones, la Magistrada Donoghue rechaza la caracterización que se hace en el fallo de la frase frecuentemente citada de las causas relativas al *África Sudoriental* (*Etiopía contra Sudáfrica; Liberia contra Sudáfrica*), *Excepciones preliminares* —de que, para que exista una controversia, debe demostrarse que la pretensión de una parte “es positivamente resistida” por la otra parte— en el sentido de que establece un requisito formal de que las partes mantengan un intercambio de opiniones antes del sometimiento de un caso a la Corte. Por el contrario, la cuestión de si una pretensión “es positivamente resistida” forma parte integral de la “determinación objetiva” que haga la Corte, sobre la base de la totalidad de la información que tiene ante sí, acerca de si hay una controversia efectiva y en curso entre las partes en una causa contenciosa.

Segundo, la Magistrada Donoghue concluye que, incluso si se aceptara la interpretación del derecho que se hace en el fallo, hay suficientes pruebas para demostrar que existía una controversia relacionada con la interpretación o la aplicación de la Convención antes del 9 de agosto de 2008, fecha que se fija en el fallo como la del comienzo de una controversia a los efectos del artículo 22 de la Convención. En su opinión, el expediente, tomando en su conjunto, demuestra que Georgia alegó que existía una conducta que constituía discriminación étnica y alegó que Rusia era responsable de esa conducta, y que Rusia se opuso a esas alegaciones. En contraste, el fallo no asigna valor probatorio alguno a ningún documento considerado individualmente si en el documento no se alega una conducta que daría lugar a una acción con arreglo a la Convención y a la vez no se atribuye responsabilidad por dicha conducta a Rusia. El punto de si Georgia puede cumplir su carga de establecer toda la gama de elementos de derecho y de hecho de una violación de la Convención por parte de Rusia sería pertinente si la Corte estuviera considerando el fondo, pero no es eso lo que se debe probar en esta etapa,

en la cual la Corte solo tiene el cometido de determinar si existe una controversia con respecto a la Convención. En opinión de la Magistrada Donoghue, el expediente de hecho que tiene ante sí la Corte es suficiente para confirmar que las partes tienen opiniones contrapuestas sobre asuntos comprendidos dentro de la materia de la Convención, y que, por consiguiente, existía una controversia antes del período de conflictos armados de agosto de 2008.

La Magistrada Donoghue señala asimismo que la decisión de la Corte de que la controversia entre Georgia y Rusia co-

menzó recién el 9 de agosto de 2008 tiene importantes consecuencias para su análisis de la segunda excepción preliminar, que no tiene en cuenta ningún contacto entre Georgia y Rusia antes de esa fecha.

En conclusión, la Magistrada Donoghue expresa su preocupación porque el fallo de la Corte ha creado innecesariamente nuevos obstáculos de procedimiento que pueden servir para excluir la competencia en causas futuras, quizás con particular detrimento de los Estados con recursos limitados o sin experiencia ante la Corte.

**185. COMPETENCIA JUDICIAL Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES
EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL
(BÉLGICA CONTRA SUIZA) [DESISTIMIENTO]**

Providencia de 5 de abril de 2011

En la causa sobre *Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bélgica contra Suiza)*, el Presidente de la Corte Internacional de Justicia dictó el 5 de abril de 2011 una Providencia por la cual se hizo constar en el expediente el desistimiento y se dispuso que se eliminara la causa de la lista de la Corte.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; Secretario Couvreur.

*
* *

El texto de la Providencia es el siguiente:

“La Corte Internacional de Justicia, integrada en la forma indicada, Teniendo presente el Artículo 48 del Estatuto de la Corte y el párrafo 2 del artículo 89 del Reglamento de la Corte,

Teniendo presente la demanda presentada en la Secretaría de la Corte el 21 de diciembre de 2009, por la cual el Reino de Bélgica incoaba un procedimiento contra la Confederación Suiza con respecto a una controversia relativa a

“la interpretación y aplicación de la Convención de Lugano de 16 de septiembre de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil ..., así como a la aplicación de las reglas de derecho internacional general que rigen el ejercicio de la autoridad de los Estados, en particular en asuntos judiciales ... [, y relativa] a la decisión de los tribunales suizos de no reconocer una sentencia de los tribunales belgas y no disponer la clausura de procedimientos que fueron iniciados posteriormente en Suiza sobre el objeto de la misma controversia”,

Teniendo presente la Providencia de fecha 4 de febrero de 2010, por la cual la Corte, teniendo en cuenta el acuerdo de las Partes y las circunstancias de la causa, fijó el 23 de agosto de 2010 y el 25 de abril de 2011, respectivamente, como plazos para la presentación de la memoria del Reino de Bélgica y la contramemoria de la Confederación Suiza,

Teniendo presente la Providencia de fecha 10 de agosto de 2010, por la cual el Presidente de la Corte, a solicitud del Reino de Bélgica, prorrogó hasta el 23 de noviembre de 2010 y el 24 de octubre de 2011, respectivamente, los

plazos para la presentación de la memoria y la contramemoria,

Teniendo presente la memoria del Reino de Bélgica, presentada dentro del plazo prorrogado,

Teniendo presentes las excepciones preliminares a la competencia de la Corte y a la admisibilidad de la demanda que fueron planteadas por la Confederación Suiza el 18 de febrero de 2011, dentro del plazo fijado por el párrafo 1 del artículo 79 del Reglamento de la Corte;

Considerando que, en una carta de fecha 21 de marzo de 2011 que fue recibida en la Secretaría por facsímil el mismo día, el Agente del Reino de Bélgica dijo que la Confederación Suiza, en sus excepciones preliminares, había

“indica[do] que la referencia hecha por el Tribunal Supremo Federal [de Suiza] en su fallo de 30 de septiembre de 2008 a la no reconocibilidad de un futuro fallo belga no tenía autoridad de cosa juzgada y no vincula[ba] ni a los tribunales inferiores cantonales ni al propio Tribunal Supremo Federal, y que, por consiguiente, no ha[bía] nada que impidiera que un fallo belga, una vez dictado, fuera reconocido en Suiza de conformidad con las disposiciones convencionales aplicables”;

que el agente añadió que,

“[a] la luz de esa declaración, Bélgica, ... en concierto con la Comisión de la Unión Europea, consider[aba] que [podía] desistir del procedimiento que había incoado contra Suiza”; considerando que, por la misma carta, el Agente de Bélgica, refiriéndose al artículo 89 del Reglamento de la Corte, pidió consiguientemente “a la Corte que dict[ase] una providencia en la que se [hiciera] constar el desistimiento [de Bélgica] y se disp[usiera] que la causa se elimin[ase] de la Lista General”;

Considerando que inmediatamente se comunicó una copia de dicha carta al Gobierno de la Confederación Suiza, al cual se le informó de que el plazo previsto en el párrafo 2 del artículo 89 del Reglamento de la Corte, dentro del cual la Confederación Suiza podía manifestar que se oponía al desistimiento, había sido fijado para el 28 de marzo de 2011;

Considerando que, dentro del plazo así fijado, la Confederación Suiza no se opuso al desistimiento mencionado,

Hace constar en el expediente el desistimiento del Reino de Bélgica; y

Dispone que la causa se elimine de la lista.”

**186. CONTROVERSIA TERRITORIAL Y MARÍTIMA
(NICARAGUA CONTRA COLOMBIA)
[SOLICITUD DE COSTA RICA DE PERMISO PARA INTERVENIR]**

Fallo de 4 de mayo de 2011

El 4 de mayo de 2011, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo acerca de si correspondía o no hacer lugar a la petición de permiso para intervenir presentada por Costa Rica en la causa relativa a la *Controversia territorial y marítima (Nicaragua contra Colombia)*. La Corte concluyó que Costa Rica no había demostrado tener un interés de carácter jurídico que pudiera ser afectado por la decisión de la Corte en el procedimiento principal.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Xue, Donoghue; Magistrados *ad hoc* Cot, Gaja; Secretario Couvreur.

*
* *

El párrafo dispositivo (párr. 91) del fallo dice lo siguiente:

“... ”

LA CORTE,

Por nueve votos contra siete,

Determina que no corresponde hacer lugar a la petición de permiso para intervenir en el procedimiento presentada por la República de Costa Rica con arreglo al Artículo 62 del Estatuto de la Corte;

A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Xue; Magistrado *ad hoc* Cot;

EN CONTRA: Magistrados Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Cançado Trindade, Yusuf, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Gaja.”

*
* *

Los Magistrados Al-Khasawneh y Abraham anexaron opiniones disidentes al fallo de la Corte; el Magistrado Keith anexó una declaración al fallo de la Corte; los Magistrados Cançado Trindade y Yusuf anexaron al fallo de la Corte una opinión disidente conjunta; la Magistrada Donoghue anexó una opinión disidente al fallo de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Gaja anexó una declaración al fallo de la Corte.

*
* *

Reseña del procedimiento (párrs. 1 a 18)

La Corte comienza recordando que, el 6 de diciembre de 2001, la República de Nicaragua (en adelante “Nicaragua”) presentó en la Secretaría de la Corte una demanda por la cual incoaba un procedimiento contra la República de Colombia (en adelante “Colombia”) con respecto a una controversia consistente en un “grupo de cuestiones jurídicas conexas existentes” entre los dos Estados “en relación con el título sobre el territorio y la delimitación marítima” en el Caribe occidental.

Como fundamento de la competencia de la Corte, en la demanda se invocaban las disposiciones del artículo XXXI del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas firmado el 30 de abril de 1948 y designado oficialmente, con arreglo a su artículo LX, como “Pacto de Bogotá” (en adelante mencionado de este modo), así como las declaraciones formuladas por las partes con arreglo al Artículo 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que serán consideradas como aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia por el período que aún les quede de vigencia, de conformidad con el Artículo 36, párrafo 5, de su Estatuto.

El 25 de febrero de 2010, la República de Costa Rica (en adelante “Costa Rica”) presentó una petición de permiso para intervenir en la causa de conformidad con el Artículo 62 del Estatuto. En la solicitud dijo, en particular, que su intervención “tendría la finalidad limitada de informar a la Corte de la naturaleza de los derechos e intereses jurídicos de Costa Rica y de tratar de asegurar que la decisión de la Corte acerca de la frontera marítima entre Nicaragua y Colombia no afectara a tales derechos e intereses”. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 38, del Reglamento de la Corte, se comunicaron de inmediato copias certificadas de la petición de Costa Rica a Nicaragua y Colombia, que fueron invitadas a presentar observaciones escritas sobre dicha petición.

El 26 de mayo de 2010, dentro del plazo fijado con ese fin por la Corte, los Gobiernos de Nicaragua y Colombia presentaron observaciones escritas sobre la petición de permiso para intervenir presentada por Costa Rica. En sus observaciones, Nicaragua enunció los fundamentos por los cuales, en particular, consideraba que esa petición no se ajustaba al Estatuto y el Reglamento de la Corte. Por su parte, Colombia indicó en sus observaciones las razones por las cuales no tenía objeciones a dicha petición. Como la Corte consideró que Nicaragua había objetado la petición, las partes y el Gobierno de Costa Rica fueron notificados por cartas del Se-

cretario de fecha 16 de junio de 2010 que la Corte celebraría audiencias, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 84 del Reglamento de la Corte, para conocer de las observaciones de Costa Rica, el Estado que solicitaba intervenir, y de las partes en la causa.

En las audiencias públicas acerca de si correspondía o no hacer lugar a la petición de permiso para intervenir presentada por Costa Rica, se presentaron las argumentaciones siguientes:

En nombre del Gobierno de Costa Rica,

“[Se solicita] respetuosamente [a la Corte] ... que otorgue a la República de Costa Rica el derecho de intervenir, a fin de informar a la Corte de sus intereses de orden jurídico que podrían ser afectados por la decisión que se adopte en la presente causa, de conformidad con el Artículo 62 del Estatuto.

[Costa Rica] procur[a] la aplicación de las disposiciones del artículo 85 del Reglamento de la Corte, a saber:

- Párrafo 1: “se proporcionarán copias de los alegatos escritos y de los documentos anexos a los mismos al Estado interviniente, que tendrá derecho a presentar una declaración escrita dentro de un plazo fijado por la Corte”, y
- Párrafo 3: “El Estado interviniente tendrá derecho a presentar, durante el procedimiento oral, sus observaciones sobre el objeto de la intervención.”⁴⁴

En nombre del Gobierno de Nicaragua,

“De conformidad con el artículo 60 del Reglamento de la Corte y con referencia a la petición de permiso para intervenir presentada por la República de Costa Rica y los argumentos orales, la República de Nicaragua respetuosamente sostiene que:

La solicitud presentada por la República de Costa Rica no cumple los requisitos establecidos por el Estatuto y el Reglamento de la Corte, a saber, el Artículo 62, y los apartados a) y b) del párrafo 2 del artículo 81, respectivamente.”

En nombre del Gobierno de Colombia,

“A la luz de las consideraciones enunciadas durante las presentes actuaciones, [el] Gobierno [de Colombia] desea reiterar lo que dijo en las observaciones escritas que presentó a la Corte, en el sentido de que, en opinión de Colombia, Costa Rica ha satisfecho los requisitos del Artículo 62 del Estatuto y, consiguientemente, que Colombia no objeta la petición de permiso para intervenir presentada por Costa Rica en la presente causa sin la calidad de parte.”

Razonamiento de la Corte

La Corte recuerda que en su petición de permiso para intervenir Costa Rica especificó que deseaba intervenir en la causa sin la calidad de Estado parte a los “efectos de informar a la Corte de la naturaleza de los derechos e intereses jurídi-

cos de Costa Rica y de tratar de asegurar que la decisión de la Corte acerca de la frontera marítima entre Nicaragua y Colombia no afectara a tales derechos e intereses”.

Refiriéndose al artículo 81 del Reglamento de la Corte, Costa Rica enunció en su petición lo que considera que es el interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión de la Corte acerca de la delimitación entre Nicaragua y Colombia, el objeto preciso de su intervención, y la base de competencia que según dicho Estado existiría entre él y las partes en el procedimiento principal.

I. *El marco jurídico* (párrs. 21 a 51)

La Corte aborda en primer término el marco jurídico establecido en el Artículo 62 del Estatuto y el artículo 81 del Reglamento de la Corte e indica que, como la intervención es un procedimiento incidental dentro del procedimiento principal ante la Corte, de conformidad con el Estatuto y el Reglamento de la Corte, incumbe al Estado que procura intervenir enunciar el interés de orden jurídico que considera que puede ser afectado por la decisión que se dicte en dicha controversia, el objeto preciso que procura lograr mediante la petición, así como la base de competencia que según dicho Estado existiría entre él y las partes.

La Corte a continuación examina, por su orden, esos elementos constitutivos de la petición de permiso para intervenir y las pruebas en que se apoya dicha petición.

1. *El interés de orden jurídico que puede ser afectado* (párrs. 23 a 28)

La Corte observa que el Estado que procura intervenir deberá enunciar su propio interés de orden jurídico en el procedimiento principal, así como un vínculo entre ese interés y la decisión que la Corte adopte al cabo de dicho procedimiento. En las palabras del Estatuto, se trata de “un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio” [en inglés “*an interest of a legal nature that may be affected by the decision in the case*”] (expresado más explícitamente en el texto inglés [y en el texto español] que en el francés [“*un intérêt d’ordre juridique ... pour lui en cause*”]; véase el Artículo 62 del Estatuto).

Por consiguiente, la determinación por la Corte de la existencia de esos elementos es una condición necesaria para permitir que el Estado solicitante intervenga, dentro de los límites que considere adecuados. La Corte recuerda que una Sala de la Corte ya ha determinado que:

“Si un Estado puede convencer a la Corte de que tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio, puede permitirse que intervenga con respecto a dicho interés.” (*Controversia relativa a las fronteras terrestres, insulares y marítimas (El Salvador/Honduras), Petición de permiso para intervenir, Fallo, I.C.J.Reports 1990*, pág. 116, párr. 58.)

La Corte señala que, en su carácter de responsable de la correcta administración de justicia, le incumbe, de conformidad con el párrafo 2 del Artículo 62 del Estatuto, decidir acerca de la petición de permiso para intervenir y determinar los límites y el alcance de tal intervención. Sin embargo, cualesquiera sean las circunstancias, deberá cumplirse la condición establecida por el párrafo 1 del Artículo 62.

La Corte observa que, mientras que las partes en el procedimiento principal le están pidiendo que reconozca algunos de sus derechos en la causa de que se trata, un Estado que procura intervenir está afirmando, en cambio, sobre la base del Artículo 62 del Estatuto, que la decisión sobre el fondo podría afectar a sus intereses de orden jurídico. Por consiguiente, el Estado que procura intervenir no tiene que establecer que puede ser afectado uno de sus derechos; es suficiente que dicho Estado establezca que su interés de orden jurídico puede ser afectado. El Artículo 62 exige que el interés que invoca el Estado que procura intervenir sea de orden jurídico, en el sentido de que dicho interés tiene que ser objeto de una pretensión real y concreta de dicho Estado, basada en el derecho, por oposición a una pretensión de naturaleza puramente política, económica o estratégica. Pero no se trata de cualquier clase de interés de orden jurídico; además, debe ser posible que sea afectado, en su contenido y alcance, por la decisión que en el futuro adopte la Corte en el procedimiento principal.

Consiguientemente, un interés de orden jurídico en el sentido del Artículo 62 no goza de la misma protección que un derecho establecido y no está sujeto a los mismos requisitos de prueba.

La Corte señala asimismo que la decisión por la que otorga permiso para intervenir puede considerarse de carácter preventivo, porque tiene la finalidad de permitir que el Estado interviniente participe en el procedimiento principal a fin de proteger un interés de orden jurídico que corre el riesgo de ser afectado en dicho procedimiento. En cuanto al vínculo entre el procedimiento incidental y el procedimiento principal, la Corte recuerda que anteriormente ha dicho que “el interés de orden jurídico que debe demostrar un Estado que procura intervenir con arreglo al Artículo 62 no se limita a la parte dispositiva de un fallo exclusivamente. También puede relacionarse con las razones que constituyan los pasos necesarios para llegar a la parte dispositiva.”

La Corte recuerda también que incumbe a la Corte apreciar el interés de orden jurídico que puede ser afectado que invoca el Estado que desea intervenir, sobre la base de los hechos específicos de cada causa, y que sólo puede hacerlo “en concreto y en relación con todas las circunstancias de una causa en particular”.

2. *El objeto preciso de la intervención* (párrs. 29 a 36)

La Corte señala que, con arreglo a los términos del apartado b) del párrafo 2 del artículo 81 del Reglamento de la

Corte, en una petición de permiso para intervenir se debe enunciar “el objeto preciso de la intervención”.

La Corte recuerda a continuación que Costa Rica afirma que la finalidad por la cual solicita permiso para intervenir sin la calidad de parte es proteger los derechos e intereses de orden jurídico de Costa Rica en el Mar Caribe por todos los medios jurídicos disponibles y, por consiguiente, hacer uso del procedimiento establecido a tal efecto por el Artículo 62 del Estatuto de la Corte. Así pues, procura informar a la Corte de la naturaleza de los derechos e intereses de orden jurídico de Costa Rica que podrían ser afectados por la decisión de la Corte sobre la delimitación marítima entre Nicaragua y Colombia. Costa Rica ha señalado que, a fin de informar a la Corte de sus derechos e intereses de orden jurídico y asegurar que sean protegidos en el futuro fallo, no es necesario “establecer la existencia de una controversia o resolver una controversia con las partes en la presente causa”.

Por su parte, Nicaragua afirma que Costa Rica no ha identificado el objeto preciso de su intervención, y que es insuficiente su “vago” objeto de informar a la Corte de sus alegados derechos e intereses a fin de asegurar su protección.

Colombia, por su parte, considera que Costa Rica ha satisfecho los requisitos del Artículo 62 del Estatuto y el artículo 81 del Reglamento de la Corte.

En opinión de la Corte, el objeto preciso de la petición de permiso para intervenir consiste ciertamente en informar a la Corte del interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión que adopte en la controversia entre Nicaragua y Colombia, pero la petición tiene también la finalidad de proteger ese interés. En realidad, si la Corte reconoce la existencia de un interés de orden jurídico de Costa Rica que puede ser afectado y permite que dicho Estado intervenga, Costa Rica podrá contribuir a la protección de tal interés a lo largo del procedimiento principal.

La Corte recuerda que la Sala formada para conocer de la causa relativa a la *Controversia sobre fronteras terrestres, insulares y marítimas (El Salvador/Honduras)*, cuando consideró la petición de permiso para intervenir presentada por Nicaragua en esa causa, dijo que “[e]n la medida en que el objeto de la intervención de Nicaragua es “informar a la Corte de la naturaleza de los derechos jurídicos de Nicaragua que están en juego en la controversia”, no se puede decir que ese objeto no sea adecuado: parece efectivamente concordar con la función de la intervención” (*Fallo, I.C.J. Reports 1990*, pág. 130, párr. 90). La Sala también consideró la segunda finalidad de Nicaragua, consistente en “tratar de asegurar que las determinaciones de la Sala no invadieran los derechos e intereses jurídicos de la República de Nicaragua”, y concluyó que, aun cuando la expresión “invadir los derechos e intereses jurídicos” no figura en el Artículo 62 del Estatuto, “es perfectamente adecuada, y de hecho [se ajusta a] la finalidad de la intervención: que un interviniente informe a la Sala de lo que considera que son sus derechos o intereses, a fin de

asegurar que no se pueda afectar un interés jurídico sin que se haya oído al interviniente” (Ibíd.).

La Corte opina que el objeto de la intervención, tal como lo ha indicado Costa Rica, se ajusta a los requisitos del Estatuto y el Reglamento de la Corte, porque Costa Rica procura informar a la Corte de su interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio, a fin de permitir que ese interés sea protegido.

La Corte señala, además, que las actuaciones escritas y orales relativas a la petición de permiso para intervenir deben centrarse en demostrar el interés de orden jurídico que puede ser afectado; las presentes actuaciones no son una ocasión para que el Estado que procura intervenir o las partes se refieran a cuestiones sustantivas relacionadas con el procedimiento principal, que la Corte no puede tomar en consideración durante su examen de si ha de hacer lugar o no a una petición de permiso para intervenir.

3. *La base y la extensión de la competencia de la Corte* (párrs. 37 a 43)

En lo tocante a la base de competencia, Costa Rica, al paso que informó a la Corte de que ha formulado una declaración con arreglo al párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto y es parte en el Pacto de Bogotá, especificó que procura intervenir sin la calidad de Estado parte y que, consiguientemente, no tiene necesidad de enunciar una base de competencia entre ella y las partes en la controversia.

A este respecto, la Corte observa que su Estatuto no requiere, como condición para la intervención, la existencia de una base de competencia entre las partes en el procedimiento y el Estado que procura intervenir sin la calidad de parte. Por contraste, esa base de competencia se requiere si el Estado que procura intervenir se propone llegar a ser parte en la causa.

4. *Las pruebas en apoyo de la petición de permiso para intervenir* (párrs. 44 a 51)

La Corte recuerda que el párrafo 3 del artículo 81 del Reglamento de la Corte dispone que la petición deberá contener “la lista de los documentos en apoyo, los cuales deberán acompañarse”.

En sus observaciones escritas acerca de la petición de permiso para intervenir presentada por Costa Rica, Nicaragua señala que Costa Rica “no agregó los documentos ni claros elementos de prueba de sus afirmaciones. Esa falta de documentación de apoyo, ni aún ilustraciones, hace aún más difícil determinar exactamente cuáles son los intereses jurídicos invocados por Costa Rica.”

Costa Rica, por su parte, dice que la agregación de los documentos a una petición de permiso para intervenir no es una obligación y que, en todo caso, a ella le incumbe elegir las pruebas en apoyo de su petición.

La Corte recuerda que, como el Estado que procura intervenir tiene la carga de probar el interés de orden jurídi-

co que considera que puede ser afectado, incumbe a dicho Estado decidir qué documentos, incluidas las ilustraciones, deben agregarse a su petición. El párrafo 3 del artículo 81 del Reglamento de la Corte sólo obliga al Estado en cuestión, si decide agregar documentos a su petición, a presentar una lista de ellos.

La prueba que debe presentar el Estado que procura intervenir no puede describirse como restringida o sumaria en esta etapa del procedimiento, porque, esencialmente, el Estado debe establecer la existencia de un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión de la Corte. Como el objeto de su intervención es informar a la Corte de ese interés jurídico y asegurar que se proteja, Costa Rica debe convencer a la Corte, en esta etapa, de la existencia de tal interés; una vez que ese interés haya sido reconocido por la Corte, incumbirá a Costa Rica asegurar, participando en el procedimiento sobre el fondo, que dicho interés sea protegido en el fallo que posteriormente se dicte.

Consiguientemente, incumbe al Estado que procura intervenir producir todas las pruebas que tenga a su disposición a fin de obtener la decisión de la Corte sobre ese punto.

Ello no impide que la Corte, en caso de que rechace la petición de permiso para intervenir, tome nota de la información que se le haya proporcionado en esta etapa del procedimiento. Como ya ha dicho la Corte, “en su futuro fallo en la causa, tendrá en cuenta, como un hecho, la existencia de otros Estados que tienen pretensiones en la región” (*Plataforma continental (Jamahiriya Árabe Libia/Malta), Petición de permiso para intervenir, Fallo, I.C.J. Reports 1984*, pág. 26, párr. 43).

II. *Examen de la petición de permiso para intervenir presentada por Costa Rica* (párrs. 52 a 90)

El interés de orden jurídico invocado por Costa Rica (párrs. 53 a 90)

La Corte pasa a continuación a considerar si Costa Rica ha enunciado suficientemente un “interés de orden jurídico” que puede ser afectado por la decisión de la Corte en el procedimiento principal. La Corte examina ambos elementos, a saber, la existencia de un interés de orden jurídico por parte de Costa Rica y los efectos que la eventual decisión de la Corte sobre el fondo pueda tener sobre ese interés, para que la petición de intervención tenga éxito.

En su petición, Costa Rica dice que su “interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión de la Corte es el interés de Costa Rica en el ejercicio de sus derechos de soberanía y su jurisdicción en la zona marítima del Mar Caribe a la que tiene derecho con arreglo al derecho internacional en virtud de la costa que tiene frente a dicho mar”.

Costa Rica opina que los argumentos desarrollados por Nicaragua y Colombia en su controversia sobre delimitación afectan a su interés jurídico, que desea hacer valer ante la Corte. Según Costa Rica, dicho interés se establece en refe-

rencia al “escenario hipotético de delimitación entre Costa Rica y Nicaragua” y, consiguientemente, si no interviene, “la decisión sobre delimitación que se dicte en esta causa puede afectar al interés jurídico de Costa Rica”.

Por su parte, Nicaragua afirma que Costa Rica “no ha ... logrado demostrar la existencia de un interés jurídico directo, concreto y actual que le pertenezca, lo cual es una premisa necesaria de toda intervención. No ha logrado demostrar que ello exista en el contexto de la controversia entre Nicaragua y Colombia”, sino que más bien ha demostrado que tiene “intereses jurídicos en la delimitación con su vecina Nicaragua ... [y] que se está presentando en calidad de parte — no en la controversia entre Nicaragua y Colombia — sino en una controversia entre ella y Nicaragua acerca de la delimitación marítima entre los dos países”.

Colombia comparte la conclusión de Costa Rica de que ésta tiene derechos e intereses de orden jurídico que pueden ser afectados por la decisión que se dicte en el procedimiento principal. Colombia sostiene que “[l]os derechos e intereses jurídicos de Costa Rica ... comprenden los derechos y obligaciones de carácter jurídico que [Costa Rica ha] suscrito en los acuerdos de delimitación con Colombia”. Por consiguiente, según Colombia, Costa Rica tiene un interés jurídico en relación con las zonas marítimas delimitadas por el Tratado de 1977, así como con la delimitación de un eventual triffinio entre Costa Rica, Colombia y Nicaragua.

La Corte señala que, si bien Nicaragua y Colombia difieren en su apreciación de los límites de la zona en la cual Costa Rica puede tener un interés jurídico, reconocen la existencia de un interés de orden jurídico de Costa Rica en por lo menos algunas zonas reclamadas por las partes en el procedimiento principal. Sin embargo, a la Corte no le incumbe examinar los parámetros geográficos exactos de la zona marítima en la que Costa Rica considera que tiene un interés de orden jurídico.

La Corte recuerda que la Sala que conoció de la causa relativa a la *Controversia sobre fronteras terrestres, insulares y marítimas (El Salvador/Honduras)*, cuando rechazó la petición de Nicaragua de permiso para intervenir con respecto a cualquier cuestión de delimitación dentro del Golfo de Fonseca, dijo que

“la dificultad esencial ante la que se encuentra la Sala, en este asunto de una posible delimitación dentro de las aguas del Golfo, es que Nicaragua no indicó en su petición ningún espacio marítimo en el cual Nicaragua pudiera tener un interés jurídico que pudiera considerarse afectado por una posible línea de delimitación entre El Salvador y Honduras” (*Fallo, I.C.J. Reports 1990*, pág. 125, párr. 78).

En la presente causa, en cambio, Costa Rica ha indicado la zona marítima en la cual considera que tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión de la Corte en el procedimiento principal.

Sin embargo, la indicación de esa zona marítima no es suficiente en sí misma para que la Corte haga lugar a la petición de permiso para intervenir presentada por Costa Rica. Con arreglo al Artículo 62 del Estatuto, no es suficiente que un Estado que solicita intervenir demuestre que tiene un interés de orden jurídico que es objeto de una pretensión basada en el derecho, en la zona marítima en cuestión; debe también demostrar que dicho interés puede ser afectado por la decisión que se dicte en el procedimiento principal.

Costa Rica sostiene que sólo tiene que demostrar que una decisión sobre delimitación podría afectar su interés jurídico, y que tal sería el caso si se demostrara que existe alguna “superposición de cualquier clase entre la zona en la cual Costa Rica tiene un interés jurídico ... y la zona en controversia entre las partes en la presente causa”. También sostiene que Nicaragua no ha logrado aclarar dónde debería estar situada la línea del límite meridional de sus pretensiones, con lo cual deja a Costa Rica en la incertidumbre. Específicamente, Costa Rica afirma que incluso el límite meridional situado más al norte de las zonas reclamadas por Nicaragua en sus argumentos escritos invadiría los derechos de Costa Rica.

Costa Rica sostiene asimismo que la ubicación del término meridional de la frontera entre Nicaragua y Colombia que, en su opinión, será decidida por la Corte puede también afectar su interés jurídico en la zona, en la medida en que el punto terminal situado más al sur puede estar ubicado en la zona potencial de interés de Costa Rica.

Finalmente, Costa Rica afirma que sus intereses podrían ser afectados incluso si la Corte colocara una flecha indicadora al final de la línea fronteriza entre Nicaragua y Colombia que no tocara efectivamente los potenciales intereses de Costa Rica. Costa Rica sostiene que la Corte no puede estar segura de que colocará esa flecha indicadora a una distancia suficientemente alejada de la zona de intereses de Costa Rica a menos que ésta proporcione a la Corte una “información completa acerca de la extensión de [sus] intereses” mediante la intervención.

La Corte recuerda que ha dicho en el pasado que “en el caso de las delimitaciones marítimas en que las zonas marítimas de varios Estados están involucradas, la protección que ofrece el Artículo 59 del Estatuto no siempre es suficiente” (*Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (Camerún contra Nigeria: Intervención de Guinea Ecuatorial)*, *Fallo, I.C.J. Reports 2002*, pág. 421, párr. 238).

Al mismo tiempo, es igualmente cierto que, como señaló la Sala de la Corte en su fallo acerca de la petición de Nicaragua de permiso para intervenir en la causa relativa a la *Controversia sobre fronteras terrestres, insulares y marítimas (El Salvador/Honduras)*,

“no considera ... el tener en cuenta todas las costas y relaciones costeras ... como un hecho geográfico a los efectos de una eventual delimitación entre dos Estados ribereños ... signifique que el interés de un tercer Estado ribereño ...

pueda ser afectado” (*Fallo, I.C.J. Reports, 1990*, pág. 124, párr. 77).

Además, en la causa relativa a la *Delimitación marítima en el Mar Negro (Rumania contra Ucrania)*, la Corte, después de señalar que “la delimitación [entre Rumania y Ucrania] se llevará a cabo dentro del Mar Negro —un mar cerrado— donde Rumania y Ucrania tienen a la vez costas adyacentes y situadas frente a frente, y Bulgaria y Turquía se encuentran al sur” (*Fallo, I.C.J. Reports 2009*, pág. 100, párr. 112), dijo que “[s]e mantendrá al norte de cualquier zona en la que puedan estar involucrados intereses de terceros” (*Ibíd.*).

De ello se deduce que, como cuestión de principio, la Corte protegerá el interés de un tercer Estado sin definir de manera específica los límites geográficos de una zona en la cual pueda entrar en juego ese interés. La Corte desea poner de relieve que esa protección se otorga a cualquier tercero, tanto si es interviniente como si no lo es. Por ejemplo, en su fallo relativo a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (Camerún contra Nigeria: Intervención de Guinea Ecuatorial)*, la Corte adoptó la misma posición con respecto a Guinea Ecuatorial, que había intervenido sin la calidad de parte, y a Santo Tomé y Príncipe, que no lo había hecho (*Fallo, I.C.J. Reports 2002*, pág. 421, párr. 238).

La Corte, en su mencionado fallo, tuvo ocasión de indicar la existencia de cierta relación entre los Artículos 62 y 59 del Estatuto. Consiguientemente, para tener éxito con su petición, Costa Rica debe demostrar que su interés de orden jurídico en la zona marítima fronteriza con la zona en controversia entre Nicaragua y Colombia necesita una protección que no proporciona el efecto relativo de las decisiones de la Corte con arreglo al Artículo 59 del Estatuto, es decir que Costa Rica debe cumplir el requisito previsto en el párrafo 1 del Artículo 62, demostrando que un interés de orden jurídico que tiene en la zona “puede ser afectado” por la decisión del litigio.

La Corte recuerda a este respecto que, en la presente causa, Colombia no ha pedido que la Corte fije el punto final meridional de la frontera marítima que ha de determinar. De hecho, Colombia afirma que sus pretensiones dejan deliberadamente abiertos los puntos finales de la delimitación de modo de no afectar los intereses de terceros Estados. La Corte recuerda además que Nicaragua ha convenido en “que la línea de delimitación que establezca la Corte debe detenerse bastante antes de la zona [en la cual, según Costa Rica, ésta tiene un interés de orden jurídico,] y terminar [con] una flecha que señale hacia la zona de Costa Rica”.

La Corte señala que, en la presente causa, el interés de orden jurídico de Costa Rica sólo podría ser afectado si la frontera marítima entre Nicaragua y Colombia que se ha pedido a la Corte que trace se extendiera más allá de determinada latitud hacia el sur. La Corte, siguiendo su jurisprudencia, cuando trace una línea que delimite las zonas marítimas entre las partes en el procedimiento principal, de ser necesario, terminará la línea en cuestión antes de que llegue a una zona en la que puedan estar involucrados intereses de orden jurí-

dico de terceros Estados (véase *Delimitación marítima en el Mar Negro (Rumania contra Ucrania)*, pág. 100, párr. 112).

La Corte concluye que Costa Rica no ha demostrado tener un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión que se dicte en el procedimiento principal.

*
* *
*

Opinión disidente del Magistrado Al-Khasawneh

En su opinión disidente, el Magistrado Al-Khasawneh explica las razones de su discrepancia con la decisión de la Corte por la que se rechaza la petición de Costa Rica de intervenir en el procedimiento principal. También discrepa con el intento de la mayoría de definir y clarificar el concepto de “interés de orden jurídico”.

Para comenzar, el Magistrado Al-Khasawneh señala a la atención el enfoque persistentemente restrictivo de la Corte respecto de la intervención. En su opinión, la negativa de la Corte a otorgar el permiso para intervenir no puede explicarse en relación con los requisitos estatutarios, porque el criterio de “un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio” enunciado en el Artículo 62 del Estatuto de la Corte es liberal. Si bien puede haber casos en los que se justifique el rechazo porque el interés invocado por quien desea intervenir no está suficientemente especificado o es meramente un interés en un pronunciamiento de la Corte sobre los principios generales y reglas de derecho internacional aplicables, o porque el permiso para intervenir habría llevado a la Corte a pronunciarse sobre los derechos del interviniente, en lugar de limitarse a protegerlos, el principal factor que disminuye el papel de la intervención en los procedimientos de la Corte parece radicar en que la Corte se basa en el argumento de que los derechos de terceros Estados estarán en todo caso protegidos por el efecto relativo del Artículo 59 del Estatuto. El Magistrado Al-Khasawneh rechaza este enfoque por considerarlo insuficiente, debido a que la finalidad y el alcance de la protección de los intereses de los terceros Estados con arreglo al Artículo 62 son más amplios que los aplicables con arreglo al Artículo 59, al dar al interviniente una oportunidad de ser plenamente oído a fin de proteger sus intereses jurídicos en relación con el fondo.

Con respecto a la petición de Costa Rica en la presente causa, el Magistrado Al-Khasawneh expresa su decepción ante la decisión de la Corte de denegar el permiso para intervenir a pesar de que todos los requisitos del Artículo 62 se habían cumplido. En particular, rechaza el argumento de la Corte de que Costa Rica debía haber demostrado que su interés de orden jurídico necesitaba una protección que fuera más allá de la que brinda el Artículo 59. El Magistrado Al-Khasawneh encuentra irónico que la Corte comience proponiendo un umbral bajo al requerir que el Estado peticionante demuestre sólo que tiene *intereses* jurídicos, por oposición a

derechos establecidos, únicamente para después imponer un umbral más alto basado en la adecuación de la protección con arreglo al Artículo 59. Si bien encomia la política de la Corte de tener siempre en cuenta los intereses de los terceros Estados, independientemente de si ha habido o no una petición de intervención, pone de relieve que dicha protección será inevitablemente especulativa, en particular cuando las peticiones de intervención no se relacionen con una delimitación marítima o espacial.

El Magistrado Al-Khasawneh también discrepa con el intento de la Corte de clarificar el huido concepto de “interés de orden jurídico” distinguiendo entre intereses jurídicos y *derechos* y diciendo que esos dos conceptos no están sujetos a la misma protección o a la misma carga de la prueba. Primero, señala que es innecesario que la Corte haga esa distinción, porque la cuestión de las relaciones entre intereses y derechos no se plantea en la presente causa. Segundo, el intento de la Corte de bajar el umbral para la intervención no hace diferencia alguna en la presente causa, porque de todos modos se rechaza la petición de Costa Rica fundándose en el (irónicamente menos severo) criterio del Artículo 59. Tercero, el Magistrado Al-Khasawneh discrepa totalmente con la opinión de la Corte de que los conceptos de *interés* jurídico y de *derecho* en el contexto de la intervención son distintos. Señala que el concepto de “interés de orden jurídico” nació de una transacción a la que llegaron los redactores del Artículo 62, cuya finalidad fue la de excluir la intervención por razones puramente políticas o económicas u otras razones no jurídicas, y no la de crear un concepto híbrido que no es ni un interés ni un derecho. Además, señala que los términos “intereses jurídicos”, “derechos” y “títulos jurídicos [en inglés, “*entitlements*”]” han sido empleados indistintamente en la jurisprudencia de la Corte, de modo que no sirven de apoyo para la conclusión de que tienen significados distintos. Incluso el presente fallo parece reconocer que es así cuando, en el párrafo 26, define al interés de orden jurídico como “una pretensión real y concreta ... basada en el derecho”, lo cual, según el Magistrado Al-Khasawneh, sólo puede significar un *derecho*. Consiguientemente, estima que la conclusión de la Corte de que un interés de orden jurídico con arreglo al Artículo 62 “no goza de la misma protección que un derecho establecido y no está sujeto a los mismos requisitos de prueba” (fallo, párrafo 26), es ilógica e infundada. A la luz de lo que antecede, el Magistrado Al-Khasawneh concluye que el intento de la Corte de clarificar la expresión “un interés de orden jurídico” está fuera de contexto y no nos acerca para nada a su comprensión.

Opinión disidente del Magistrado Abraham

En su opinión disidente, el Magistrado Abraham expresa las razones por las que cree que la Corte debía haber permitido la intervención de Costa Rica.

Refiriéndose inicialmente a las consideraciones generales relativas a la intervención contenidas en su opinión disidente con respecto a la petición de permiso para intervenir presentada por Honduras, el Magistrado Abraham reproduce brevemente su opinión de que la intervención de un tercer Estado con arreglo al Artículo 62 del Estatuto de la Corte es un derecho, en el sentido de que la intervención no es una opción cuyo ejercicio esté supeditado a una autorización que pueda otorgar o negar discrecionalmente la Corte, sino un derecho dependiente de la existencia de condiciones cuyo cumplimiento debe determinar la Corte.

El Magistrado Abraham explica a continuación que, si bien está de acuerdo con la mayoría de los argumentos contenidos en la primera parte del fallo relacionados con el marco jurídico, y en particular con la distinción que allí se hace entre los “derechos” de terceros Estados y sus “intereses”, discrepa con la aplicación que hace la Corte en la presente causa de los principios identificados en la primera parte.

El Magistrado Abraham considera que los intereses de Costa Rica pueden ser afectados por el fallo que se dicte en el futuro en la causa principal por dos razones. Primero, si la Corte aceptara la línea de delimitación sugerida por Colombia, o incluso una línea situada levemente más al este, la línea adoptada se prolongaría hacia el sur de manera tal que entraría en la zona de los intereses de Costa Rica. El empleo de una “flecha indicadora” no es suficiente para contrarrestar ese riesgo, porque la Corte sigue necesitando saber dónde poner la flecha. A ese respecto, la información proporcionada por un tercer Estado durante el procedimiento relativo a la petición de permiso para intervenir no sustituye a las observaciones y la información completas que dicho Estado podría presentar una vez que se le permitiera intervenir. Segundo, si la Corte aceptara las pretensiones de Nicaragua, o incluso fijara una línea de delimitación al este del punto más oriental de la línea establecida por el tratado bilateral de 1977 entre Colombia y Costa Rica, el efecto equivaldría a negar a dicho tratado toda posibilidad de surtir efecto, y privar de objeto a su ratificación, porque la zona situada inmediatamente al lado colombiano de la línea fijada por el tratado bilateral caería dentro del ámbito de los derechos de soberanía de Nicaragua.

Por último, el Magistrado Abraham discrepa con la posición restrictiva adoptada por la Corte en el fallo, a la que estima contraria a las más recientes decisiones de la Corte sobre el tema de la intervención. Además, el Magistrado Abraham considera que el fallo de la Corte se basa en el erróneo razonamiento de que la línea de delimitación que traza la Corte terminará antes de llegar a una zona en la cual los intereses de terceros

Estados estén en juego. El Magistrado Abraham recuerda que la práctica de la Corte es colocar una flecha al final de la línea de delimitación que traza, y explicar que la línea continúa más allá de ese punto hasta llegar a una zona en la cual se verían afectados los derechos de un tercer Estado, y

no los “intereses” de dicho Estado. El Magistrado Abraham concluye señalando que es difícil ver, partiendo del razonamiento de la Corte en el fallo, en qué circunstancias la Corte autorizaría la intervención de un tercer Estado en una futura causa relativa a delimitación marítima.

Declaración del Magistrado Keith

En su declaración, el Magistrado Keith dice que está de acuerdo con las conclusiones a que llega la Corte, esencialmente por las razones dadas por ella. Sin embargo, discrepa con un aspecto del razonamiento.

El Magistrado Keith expresa tres dificultades con el desarrollo de la distinción entre “los derechos en la causa de que se trata” y “un interés de orden jurídico” que hace la Corte. Esos términos o conceptos están tomados fuera de contexto. La definición que se da del segundo es problemática. Y, en la medida en que la distinción exista, no parece ser útil en la práctica.

Opinión disidente conjunta de los magistrados Cañado Trindade y Yusuf

1. Los Magistrados Cañado Trindade y Yusuf anexan una opinión disidente conjunta en la que exponen las razones por las cuales discrepan con el presente fallo de la Corte. Estiman que Costa Rica ha satisfecho las condiciones para la intervención que figuran en el Artículo 62 del Estatuto. En su opinión disidente conjunta, que comprende seis partes, presentan los fundamentos de su posición sobre *a)* el alcance y objeto del Artículo 62 del Estatuto; *b)* la necesidad de identificar un “interés de orden jurídico”; *c)* la necesidad de demostrar que dicho interés “puede ser afectado por la decisión del litigio”, y *d)* la supuesta “relación” especial entre Artículos 62 y 59 de la Corte Estatuto.

2. Los Magistrados Cañado Trindade y Yusuf comienzan su opinión disidente conjunta argumentando que la decisión de la Corte se basa en consideraciones de oportunidad y no en la apreciación de si se han cumplido los requisitos del Artículo 62, porque la Corte decide rechazar la petición de Costa Rica por el simple fundamento de oportunidad según el cual, “como cuestión de principio, la Corte protegerá el interés de un tercer Estado sin definir de manera específica los límites geográficos de una zona en la cual pueda entrar en juego ese interés”.

3. Además, no están de acuerdo con la posición de la Corte según la cual los objetivos para cuyo logro se estableció el Artículo 62 pueden obtenerse mediante el ejercicio de alguna forma de “debida diligencia judicial” referente a los intereses de orden jurídico de terceros sin dar al Estado que desea intervenir una audiencia en el procedimiento sobre el fondo. Acerca de la cuestión del alcance y el objeto de la intervención sin calidad de parte con arreglo al Artículo 62 (parte II), los dos Magistrados señalan que la oportunidad otorgada a un interviniente sin calidad de parte de alertar

a la Corte sobre la manera en que su decisión podría afectar el interés jurídico del peticionario tiene la finalidad de surtir un efecto en el procedimiento principal mediante la información sustantiva proporcionada por el interviniente a la Corte. Expresan preocupación por el razonamiento de la Corte de que “[l]a Corte, siguiendo su jurisprudencia, cuando trace una línea que delimite las zonas marítimas entre las partes en el procedimiento principal, de ser necesario, terminará la línea en cuestión antes de que llegue a una zona en la que puedan estar involucrados intereses de orden jurídico de terceros Estados” (párrafo 89 del fallo). En opinión de los dos magistrados, este razonamiento se basa en el erróneo supuesto de que la delimitación de todas las zonas marítimas controvertidas entre dos partes puede efectuarse en cierto modo mecánicamente sin tener en cuenta todas las circunstancias o hechos de una causa en particular.

4. Los Magistrados Cañado Trindade y Yusuf tampoco están de acuerdo con la Corte cuando se presenta a sí misma como posible sustituto de quienes desean ser intervinientes sin calidad de parte en el procedimiento principal. Si tal fuera el caso, entonces el objeto de la intervención de cualquier Estado que solicitara intervenir perdería toda importancia. Aunque la Corte pudiera delimitar ciertas zonas marítimas hasta llegar a la zona en la cual podrían ser afectados los derechos de terceros Estados, no está claro cómo se enteraría de cuáles son las zonas en las que pueden existir intereses de orden jurídico de terceros Estados si no diera audiencia a dichos Estados en el procedimiento principal.

5. Los Magistrados Cañado Trindade y Yusuf abordan a continuación la necesidad de identificar un “interés de orden jurídico” (parte III). Encomian a la Corte por sus esfuerzos por clarificar, por primera vez en su historia, el concepto de “interés de orden jurídico”. Si bien se trata de una elogiada novedad, los dos Magistrados creen que la Corte no ha hecho una apreciación completa del cumplimiento de los requisitos del Artículo 62 en el *cas d’espèce*. Luego de exponer la historia de cómo se llegó a la expresión “interés de orden jurídico”, observan que un “interés de orden jurídico” constituye un medio legítimo por el cual un tercero puede pedir permiso para procurar protección frente a un futuro fallo que, en ausencia de tal intervención, pueda afectar sus pretensiones. Así pues, el criterio de prueba aplicado en la apreciación de esos requisitos no debería ser tan exigente como el aplicable al establecimiento de la existencia de un derecho.

6. Los Magistrados Cañado Trindade y Yusuf centran a continuación su atención en la necesidad de demostrar que tal interés “puede ser afectado por la decisión del litigio” (parte IV). Señalan que la Corte *a)* caracterizó erróneamente el interés de orden jurídico de Costa Rica; *b)* introdujo un nuevo criterio de prueba, y *c)* basó su decisión únicamente en consideraciones de oportunidad.

7. Primero, los dos Magistrados señalan que la Corte, en los párrafos 71 y 72 del fallo, desestimó los argumentos de Costa Rica encaminados a demostrar cómo su interés

de orden jurídico podría ser afectado por una decisión de la Corte basándose en el fundamento fácticamente erróneo de que Costa Rica había calificado inicialmente al Tratado Facio-Fernández que concertó en 1977 con Colombia, y los supuestos en que se basaba, como un “interés de orden jurídico”, pero luego se había retractado de esa alegación. En opinión de los dos magistrados, la finalidad por la cual Costa Rica presentó argumentos fundados en el Tratado de 1977 era demostrar la manera en que su interés de orden jurídico, en la forma especificada en su petición, podía ser afectado por una decisión de la Corte. Parece haberse establecido un vínculo injustificado entre el requisito que la petición de Costa Rica tiene que cumplir en lo tocante a demostrar la manera en que su interés de orden jurídico puede ser afectado por una decisión y el hecho de que el Tratado de 1977 no es su interés jurídico *per se*.

8. Segundo, los Magistrados expresan sorpresa ante la introducción por parte de la Corte de un nuevo criterio de prueba, hasta ahora desconocido, según el cual Costa Rica debería demostrar que “su interés de orden jurídico (...) necesita una protección que no proporciona el efecto relativo de las decisiones de la Corte con arreglo al Artículo 59 del Estatuto”. Un criterio de prueba basado en la adecuación de la protección proporcionada por Artículo 59 del Estatuto no puede fundarse en el texto del párrafo 1 del Artículo 62 del Estatuto y no tiene directa incidencia en el procedimiento de intervención con arreglo al Artículo 62. Los Magistrados Cançado Trindade y Yusuf llegan a la conclusión de que, al introducir ese criterio de prueba, la decisión de la Corte se basó en consideraciones de oportunidad que no fueron articuladas en el fallo. Ponen de relieve que el Artículo 62 no confiere a la Corte facultades discrecionales generales para “aceptar o rechazar una petición de permiso para intervenir por simples razones de oportunidad” (véase *Túnez/Libia, Petición de permiso para intervenir, Fallo, I.C.J. Reports 1981*, pág. 12, párrafo 17). Para determinar si el peticionario ha cumplido o no las condiciones para la intervención establecidas con arreglo al párrafo 1 del Artículo 62, la Corte ha de apreciar si los fundamentos invocados por el peticionario son suficientemente convincentes. Sin embargo, en opinión de los dos magistrados, la Corte no actuó de ese modo, y parece haber tomado un atajo, optando por una decisión fundada en consideraciones de oportunidad.

9. La penúltima parte de la opinión disidente conjunta está dedicada a la supuesta relación especial entre los Artículos 62 y 59 del Estatuto. Los Magistrados reiteran que la institución de la intervención fue concebida en una perspectiva más amplia, no relacionada con el Artículo 59, que limita la fuerza obligatoria de las decisiones de la Corte a las partes en litigio y al caso que ha sido decidido. El Artículo 59 tiene un alcance específico y estrecho y se aplica a todas las decisiones de la Corte. Por el contrario, la intervención con arreglo al Artículo 62 fue concebida, para fines de una correcta administración de justicia, a fin de funcionar antes de que la Corte

dicte una decisión definitiva, y por lo tanto antes de que el Artículo 59 entre a funcionar. Así pues, cabe lamentar que la Corte haya optado por fundarse en una “relación” especial no probada entre el Artículo 59 y el Artículo 62, haciendo caso omiso de esas importantes características de la institución de la intervención.

10. En sus consideraciones finales, los Magistrados Cançado Trindade y Yusuf observan que la práctica de la Corte parece reminiscente de los tradicionales procedimientos arbitrales bilaterales en los que podía considerarse deseable que hubiera una barrera contra la intervención de terceros. De todos modos, los Magistrados Cançado Trindade y Yusuf destacan que esta práctica no responde a las exigencias contemporáneas del arreglo judicial de controversias, y no está a la altura de los desafíos a que hoy en día se enfrenta el derecho internacional.

Opinión disidente de la Magistrada Donoghue

La Magistrada Donoghue discrepa con la decisión de la Corte de rechazar la petición de Costa Rica de intervenir sin la calidad de parte. Asimismo expresa su discrepancia con el enfoque de la Corte respecto del Artículo 62 del Estatuto de la Corte.

Con respecto a los factores pertinentes para la consideración de una petición de permiso para intervenir con arreglo al Artículo 62 del Estatuto y a la práctica de la Corte de proteger a los terceros Estados que “puede[n] ser afectado[s]” en las causas sobre delimitación marítima, la Magistrada Donoghue remite al lector a la Parte I de su opinión disidente relativa a la petición de permiso para intervenir presentada por Honduras en la presente causa. La Magistrada Donoghue señala que en la opinión que emitió en relación con la petición de Honduras explica su conclusión de que en las causas sobre delimitación en las que la zona que ha de delimitarse se superpone con una zona sujeta a la pretensión de un tercer Estado, la decisión de la Corte puede afectar al “interés de orden jurídico” de ese tercer Estado.

La Magistrada Donoghue pasa a continuación a referirse a la petición de permiso para intervenir presentada por Costa Rica. Señala que Costa Rica ha descrito una “zona mínima de interés” que se superpone con la zona en litigio en la controversia entre Nicaragua y Colombia. Ello queda claro en el mapa esquemático Anexo al fallo de la Corte. En opinión de la Magistrada Donoghue, la Corte parece haber decidido que puede proteger los intereses de Costa Rica delimitando la frontera entre Nicaragua y Colombia de una manera que no llegue a la zona reclamada por Costa Rica. Ello lleva a la Corte a rechazar la petición de Costa Rica. Sin embargo, la posición de la Magistrada Donoghue es que la posibilidad de que la Corte utilice flechas indicadoras para proteger los intereses de Costa Rica no es un argumento en contra de la intervención, sino que, en cambio, respalda la conclusión de que Costa Rica tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión de la Corte. Además, la Magis-

trada Donoghue señala que la Corte inevitablemente debe apreciar o estimar el punto en el cual un tercer Estado puede tener un interés de orden jurídico a fin de evitar colocar una flecha indicadora dentro de la zona sujeta a la reclamación de ese tercer Estado. A la luz de lo que antecede, la Magistrada Donoghue concluye que el objeto de la petición de Costa Rica de intervenir sin la calidad de parte — informar a la Corte de sus derechos e intereses jurídicos y tratar de asegurar que la decisión de la Corte no afecte a tales intereses — es apropiado y que Costa Rica ha cumplido con la carga que e impone el Artículo 62.

En su conclusión, la Magistrada Donoghue remite nuevamente al lector a su opinión en relación con la petición de Honduras, en la cual formula algunas observaciones generales acerca del enfoque actual de la Corte respecto de las peticiones de intervención y presenta algunas ideas sobre la forma en que podría mejorarse dicho enfoque.

Declaración del Magistrado *ad hoc* Gaja

En su declaración el Magistrado *ad hoc* Gaja sostiene que la Corte debería haber admitido la petición de Costa Rica de intervenir si hubiese seguido sus precedentes más recientes en causas de delimitación marítima. Ello habría permitido que el Estado que deseaba intervenir contribuyera a la determinación de la naturaleza y el alcance de su interés jurídico en juego. Si bien la Corte dice que en todo caso tomaría nota de la información proporcionada por dicho Estado en su petición, parece paradójico que, en una causa de delimitación marítima, la única manera de que un tercer Estado presente información acerca de su interés de orden jurídico que puede ser afectado por una decisión de la Corte sea presentar una petición que la Corte considere inadmisibile.

**187. CONTROVERSIA TERRITORIAL Y MARÍTIMA
(NICARAGUA CONTRA COLOMBIA)
[SOLICITUD DE HONDURAS DE PERMISO PARA INTERVENIR]**

Fallo de 4 de mayo de 2011

El 4 de mayo de 2011, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo acerca de si correspondía o no hacer lugar a la petición de permiso para intervenir presentada por Honduras en la causa relativa a la *Controversia territorial y marítima (Nicaragua contra Colombia)*. La Corte concluyó que Honduras no había demostrado tener un interés de carácter jurídico que pudiera ser afectado por la decisión de la Corte en el procedimiento principal.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Cañado Trindade, Yusuf, Xue, Donoghue; Magistrados *ad hoc* Cot, Gaja; Secretario Couvreur.

*
* *

El párrafo dispositivo (párr. 76) del fallo dice lo siguiente:

“... ”

LA CORTE,

Por trece votos contra dos,

Determina que no corresponde hacer lugar a la petición de permiso para intervenir en el procedimiento, sea en calidad de parte o sin dicha calidad, presentada por la República de Honduras con arreglo al Artículo 62 del Estatuto de la Corte;

A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Cañado Trindade, Yusuf, Xue; Magistrados *ad hoc* Cot, Gaja;

EN CONTRA: Magistrados Abraham, Donoghue.”

*
* *

El Magistrado Al-Khasawneh anexó una declaración al fallo de la Corte; el Magistrado Abraham anexó una opinión disidente al fallo de la Corte; el Magistrado Keith anexó una declaración al fallo de la Corte; los Magistrados Cañado Trindade y Yusuf anexaron una declaración conjunta al fallo de la Corte; la Magistrada Donoghue anexó una opinión disidente al fallo de la Corte.

*
* *

Reseña del procedimiento (párrs. 1 a 17)

La Corte comienza recordando que, el 6 de diciembre de 2001, la República de Nicaragua (en adelante “Nicaragua”)

presentó en la Secretaría de la Corte una demanda por la cual incoaba un procedimiento contra la República de Colombia (en adelante “Colombia”) con respecto a una controversia consistente en un “grupo de cuestiones jurídicas conexas existentes” entre los dos Estados “en relación con el título sobre el territorio y la delimitación marítima” en el Caribe occidental.

Como base de la competencia de la Corte, Nicaragua invocó las disposiciones del artículo XXXI del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas firmado el 30 de abril de 1948 y designado oficialmente, con arreglo a su artículo LX, como “Pacto de Bogotá” (en adelante mencionado de este modo), así como las declaraciones formuladas por las partes con arreglo al Artículo 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que serán consideradas, respecto de las partes en el presente Estatuto, como aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia por el período que aún les quede de vigencia y conforme a los términos de dichas declaraciones de conformidad con el Artículo 36, párrafo 5, de su Estatuto.

La Corte dice que, el 10 de junio de 2010, la República de Honduras (en adelante “Honduras”) presentó una petición de permiso para intervenir en la causa de conformidad con el Artículo 62 del Estatuto. Dijo que el objeto de dicha petición era:

“*Primero*, en términos generales, proteger los derechos de la República de Honduras en el Mar Caribe por todos los medios jurídicos disponibles y, consiguientemente, hacer uso con ese fin del procedimiento previsto en el Artículo 62 del Estatuto de la Corte.

Segundo, informar a la Corte de la naturaleza de los derechos e intereses jurídicos de Honduras que podrían ser afectados por la decisión de la Corte, teniendo en cuenta las fronteras marítimas reclamadas por las partes en la causa incoada ante la Corte ...

Tercero, solicitar a la Corte que se le permita intervenir en el procedimiento actual en calidad de Estado parte. En tales circunstancias, Honduras reconocería la fuerza obligatoria de la decisión que se dictara. Si la Corte no accediera a esa petición, Honduras solicita a la Corte, alternativamente, permiso para intervenir sin la calidad de parte.”

De conformidad con el párrafo 1 del artículo 38 del Reglamento de la Corte, se comunicaron de inmediato copias certificadas de la petición de Honduras a Nicaragua y Colombia, que fueron invitadas a presentar observaciones escritas sobre dicha petición.

El 2 de septiembre de 2010, dentro del plazo fijado con ese fin por la Corte, los Gobiernos de Nicaragua y Colombia presentaron observaciones escritas acerca de la petición de permiso para intervenir presentada por Honduras. En sus observaciones, Nicaragua dijo que la petición de permiso para intervenir no cumplía el Estatuto y el Reglamento de la Corte y que, por consiguiente, Nicaragua se “opon[ía] al otorgamiento de dicho permiso, y ... [solicitaba] que la Corte no [hiciera] lugar a la petición de permiso para intervenir presentada por Honduras”. Por su parte, Colombia indicó en sus observaciones, entre otras cosas, que no tenía “ninguna objeción” a la petición de Honduras “de que se le permit[iera] intervenir sin la calidad de parte”, y añadió que “considera[ba] que incumb[ía] a la Corte decidir acerca de [la petición de Honduras de que se le permit[iera] intervenir en calidad de parte”. Como Nicaragua había formulado objeciones a la petición, se notificó a las partes y al Gobierno de Honduras, por cartas del Secretario de fecha 15 de septiembre de 2010, que la Corte celebraría audiencias, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 84 del Reglamento de la Corte, para conocer de las observaciones de Honduras, el Estado que solicitaba intervenir, y de las partes en la causa.

En las audiencias públicas acerca de si correspondía o no otorgar la petición de permiso para intervenir presentada por Honduras, se presentaron las argumentaciones siguientes:

En nombre del Gobierno de Honduras,

“En relación con la petición y los argumentos orales, Se ruega a la Corte que permita a Honduras:

- 1) intervenir en calidad de parte con respecto a sus intereses de orden jurídico en la zona de interés en el Mar Caribe (párrafo 17 de la petición) que pueden ser afectados por la decisión de la Corte; o
- 2) alternativamente, intervenir sin la calidad de parte con respecto a dichos intereses.”

En nombre del Gobierno de Nicaragua,

“De conformidad con el artículo 60 del Reglamento de la Corte y con referencia a la petición de permiso para intervenir presentada por la República de Honduras y sus argumentos orales, la República de Nicaragua respetuosamente sostiene que:

La solicitud presentada por la República de Honduras es un manifiesto desconocimiento de la autoridad de cosa juzgada de vuestro fallo de 8 de octubre de 2007. Además, Honduras no ha cumplido los requisitos establecidos por el Estatuto y el Reglamento de la Corte, a saber, el Artículo 62 y los apartados *a)* y *b)* del párrafo 2 del artículo 81, respectivamente, y por consiguiente Nicaragua 1) se opone al otorgamiento de dicho permiso, y 2) solicita que la Corte no haga lugar a la petición de permiso para intervenir presentada por Honduras.”

En nombre del Gobierno de Colombia,

“A la luz de las consideraciones expuestas durante las presentes actuaciones, [el] Gobierno [de Colombia] desea reiterar lo que dijo en las observaciones escritas que presentó a la Corte, en el sentido de que, en opinión de Colombia, Honduras ha satisfecho los requisitos del Artículo 62 del Estatuto y que, consiguientemente, Colombia no objeta la petición de Honduras de permiso para intervenir en la presente causa sin la calidad de parte. En lo tocante a la petición de Honduras de que se le permita intervenir en calidad de parte, Colombia reitera asimismo que es un asunto que incumbe a la Corte decidir de conformidad con el Artículo 62 del Estatuto.”

Razonamiento de la Corte

La Corte señala que la definición del objeto de su intervención que hizo Honduras dependía de si se hacía lugar a su petición primaria o a su petición alternativa de permiso para intervenir: en el primer caso, determinar la frontera marítima entre Honduras y los dos Estados partes en la causa; en el segundo caso, proteger sus derechos e intereses jurídicos e informar a la Corte de la naturaleza de ellos, para que no fueran afectados por la futura delimitación marítima entre Nicaragua y Colombia.

I. El marco jurídico (párrs. 20 a 48)

La Corte considera en primer lugar el marco jurídico de la petición de permiso para intervenir presentada por Honduras con arreglo a lo previsto en el Artículo 62 del Estatuto de la Corte y el artículo 81 del Reglamento de la Corte y señala que, como la intervención es un procedimiento incidental dentro del procedimiento principal ante la Corte, el Estado que procura intervenir debe, de conformidad con el Estatuto y el Reglamento de la Corte, enunciar el interés de orden jurídico que considera que puede ser afectado por la decisión que se dicte en dicha controversia, el objeto preciso que procura lograr mediante la petición, así como la base de competencia que según dicho Estado existiría entre él y las partes.

La Corte examina las calidades en las que Honduras procura intervenir, antes de abordar los demás elementos constitutivos de la petición de permiso para intervenir.

1. Las calidades en las que Honduras procura intervenir (párrs. 22 a 30)

Honduras está solicitando permiso para intervenir en calidad de parte en la causa ante la Corte a fin de lograr el arreglo definitivo de la controversia entre ella y Nicaragua, incluida la determinación del trifinio con Colombia, y, alternativamente, para intervenir sin la calidad de parte, a fin de informar a la Corte de sus intereses de orden jurídico que pueden ser afectados por la decisión que la Corte dicte en la causa entre Nicaragua y Colombia, y proteger dichos intereses.

Refiriéndose a la jurisprudencia de la Corte, Honduras considera que el Artículo

62 del Estatuto permite que un Estado intervenga en calidad de parte o sin tal calidad. En el primer caso, se requiere que exista una base de competencia entre el Estado que procura intervenir y las partes en el procedimiento principal, y el Estado interviniente estará obligado por el fallo de la Corte, mientras que en el segundo caso dicho fallo surtirá efecto sólo entre las partes en el procedimiento principal, de conformidad con el Artículo 59 del Estatuto. Honduras sostiene que en el presente procedimiento el artículo XXXI del Pacto de Bogotá fundamenta la competencia de la Corte entre Honduras, Nicaragua y Colombia. Para un Estado que procura intervenir en calidad de parte, según Honduras, la intervención consiste en “hacer valer un derecho que le es propio con respecto al objeto de la controversia”, de modo de obtener una decisión de la Corte sobre tal derecho.

Para Nicaragua, en cualquiera de las dos calidades alternativas en las que Honduras procura intervenir siguen siendo aplicables las condiciones *sine qua non* establecidas en el Artículo 62 del Estatuto, a saber, que el Estado demuestre que tiene un interés de orden jurídico que pueda ser afectado por la decisión en una controversia sometida a la Corte. Señala que Honduras, en todo caso, no puede intervenir en calidad de parte, aunque no hubiera otras razones, por la ausencia de una base de competencia, porque el artículo VI del Pacto de Bogotá excluye de la competencia de la Corte “los asuntos ya resueltos... por sentencia de un tribunal internacional”. En opinión de Nicaragua, el argumento de Honduras consiste en reabrir cuestiones de delimitación ya decididas por el fallo de la Corte de 8 de octubre de 2007 (*Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe (Nicaragua contra Honduras)*, Fallo, I.C.J. Reports 2007 (II), pág. 659).

Colombia señala que la intervención es un procedimiento incidental y no puede ser utilizado para incoar una nueva causa, distinta de la causa que existe entre las partes originales. Acepta que ambas formas de intervención, en calidad de parte y sin la calidad de parte, requieren la prueba de la existencia de un interés de orden jurídico, si bien cuestiona si en ambos casos se aplica el mismo criterio a dicho interés.

La Corte observa que ni el Artículo 62 del Estatuto ni el artículo 81 del Reglamento de la Corte especifican la calidad en la cual un Estado puede procurar intervenir. Sin embargo, en su fallo de 13 de septiembre de 1990 relativo a la petición de Nicaragua de permiso para intervenir en la causa relativa a la *Controversia sobre fronteras terrestres, insulares y marítimas (El Salvador/Honduras)*, la Sala de la Corte consideró la condición de un Estado que procura intervenir y aceptó que se pueda permitir que un Estado intervenga con arreglo al Artículo 62 del Estatuto sin la calidad de parte o en calidad de parte:

“por consiguiente, está claro que un Estado al que se permite intervenir en una causa, no pasa a ser también parte

en la causa por la sola razón de ser un interviniente. Inversamente, es cierto que, siempre que exista el necesario consentimiento de las partes en la causa, el interviniente no está impedido, en razón de tal condición, de pasar a ser parte en la causa.” (*Controversia sobre fronteras terrestres, insulares y marítimas (El Salvador/Honduras)*, Petición de permiso para intervenir, Fallo, I.C.J. Reports 1990, págs. 134 y 135, párr. 99.)

En opinión de la Corte, la condición de interviniente en calidad de parte requiere, en todo caso, la existencia de una base de competencia entre los Estados de que se trate, cuya validez es determinada por la Corte en el momento en que permite la intervención. Sin embargo, aun cuando el artículo 81 del Reglamento de la Corte dispone que la petición debe especificar la base de competencia que afirma que existe entre el Estado que procura intervenir y las partes en la causa principal, tal base de competencia no es una condición para la intervención sin la calidad de parte.

Si la Corte le permite pasar a ser parte en el procedimiento, el Estado interviniente puede pedir que los derechos que le pertenezcan sean reconocidos por la Corte en su futura decisión, que será obligatoria para dicho Estado con respecto a los aspectos en relación con los cuales se hizo lugar a la intervención, de conformidad con el Artículo 59 del Estatuto. A contrario sensu, como ha señalado la Sala de la Corte formada para conocer de la causa relativa a la *Controversia sobre fronteras terrestres, insulares y marítimas (El Salvador/Honduras)*, un Estado al que se le permite intervenir en el procedimiento sin la calidad de parte “no adquiere los derechos ni queda sujeto a las obligaciones inherentes a la condición de parte, con arreglo al Estatuto y el Reglamento de la Corte, o a los principios generales del derecho procesal” (*Petición de permiso para intervenir, Fallo, I.C.J. Reports 1990*, pág. 136, párr. 102).

Sin embargo, la Corte observa que, cualquiera sea la calidad en la cual procura intervenir un Estado, debe cumplir las condiciones establecidas en el Artículo 62 del Estatuto. Como el Artículo 62 del Estatuto y el artículo 81 del Reglamento de la Corte estipulan el marco jurídico de las peticiones de permiso para intervenir y definen sus elementos constitutivos, dichos elementos son esenciales, cualquiera sea la calidad en la cual procura intervenir un Estado; dicho Estado debe en todos los casos demostrar que tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión en la causa principal, y establecer el objeto preciso de la intervención que solicita.

2. El interés de orden jurídico que puede ser afectado (párrs. 31 a 39)

La Corte señala que Honduras opina que son dos los principios en que se basa el Artículo 62 del Estatuto. Con arreglo al primero, incumbe al Estado que desea intervenir “considerar” si uno o más de sus intereses de orden jurídico puede ser afectado por la decisión del litigio, y sólo dicho Estado

puede apreciar la extensión de los intereses en cuestión. Con arreglo al segundo principio, incumbe a dicho Estado decidir si es apropiado ejercer el derecho de intervención ante la Corte.

Para Honduras, por consiguiente, el Artículo 62, como el Artículo 63, consagra un derecho a intervenir para todos los Estados partes en el Estatuto, en virtud del cual es suficiente que uno de ellos “considere” que sus intereses de orden jurídico pueden ser afectados para que la Corte esté obligada a permitir la intervención. Según Honduras, si ese interés es auténtico, la Corte no tiene discrecionalidad para no autorizar la intervención.

La Corte observa que, con arreglo en lo dispuesto en el Estatuto y el Reglamento de la Corte, el Estado que procura intervenir debe enunciar su propio interés de orden jurídico en el procedimiento principal, así como un vínculo entre ese interés y la decisión que la Corte adopte al final del procedimiento. En las palabras del Estatuto, se trata de “un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio” [en inglés “*an interest of a legal nature that may be affected by the decision in the case*”] (expresado más explícitamente en el texto inglés [y en el texto español] que en el francés [“*un intérêt d’ordre juridique ... pour lui en cause*”]; véase el Artículo 62 del Estatuto).

La Corte considera que incumbe al Estado de que se trata solicitar permiso para intervenir, aun cuando la Corte puede, en el curso de una causa en particular, señalar a la atención de terceros Estados la posible incidencia que su futuro fallo sobre el fondo podría tener en sus intereses, como lo hizo en su fallo de 11 de junio de 1998 relativo a las excepciones preliminares en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, I.C.J. Reports 1998, pág. 324, párr. 116.

La Corte señala que, en contraste con el Artículo 63 del Estatuto, un tercer Estado no tiene derecho a intervenir con arreglo al Artículo 62. No es suficiente que dicho Estado considere que tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión de la Corte en el procedimiento principal para tener, *ipso facto*, derecho a intervenir en dicho procedimiento. En efecto, el párrafo 2 del Artículo 62, claramente reconoce la prerrogativa de la Corte de decidir acerca de una petición de permiso para intervenir, sobre la base de los elementos que se le hayan presentado.

Es cierto que, como ya lo ha indicado, la Corte “no considera que el párrafo 2 [del Artículo 62] le confiera facultades discrecionales generales para aceptar o rechazar una petición de permiso para intervenir por simples razones de oportunidad” (*Plataforma continental (Túnez/Jamahiriya Árabe Libia)*, *Petición de permiso para intervenir*, Fallo, I.C.J. Reports 1981, pág. 12, párr. 17). Incumbe a la Corte, responsable de salvaguardar la adecuada administración de justicia, decidir si se ha cumplido la condición establecida en el párrafo 1 del Artículo 62. Consiguientemente, el párrafo 2 del Artículo 62, de conformidad con el cual “[l]a Corte decidirá

con respecto a dicha petición”, es notoriamente diferente del párrafo 2 del Artículo 63, que claramente da a determinados Estados el “derecho de intervenir en el proceso” con respecto a la interpretación de una convención en la cual sean partes.

La Corte observa que, mientras que las partes en el procedimiento principal piden que se reconozcan algunos de sus derechos en la causa de que se trata, un Estado que procura intervenir, en cambio, sostiene, sobre la base del Artículo 62 del Estatuto, que la decisión sobre el fondo podría afectar a sus intereses de orden jurídico. Por consiguiente, el Estado que procura intervenir sin la calidad de parte, no tiene que establecer que uno de sus derechos puede ser afectado; es suficiente que dicho Estado establezca que su interés de orden jurídico puede ser afectado. El Artículo 62 requiere que el interés que invoca el Estado que procura intervenir sea de orden jurídico, en el sentido de que tiene que ser objeto de una pretensión real y concreta de dicho Estado, basada en el derecho, por oposición a una pretensión de naturaleza puramente política, económica o estratégica. Pero no se trata de cualquier clase de interés de orden jurídico; además, debe ser posible que sea afectado, en su contenido y su alcance, por la decisión que en el futuro adopte la Corte en el procedimiento principal.

Consiguientemente, un interés de orden jurídico en el sentido del Artículo 62 no goza de la misma protección que un derecho establecido y no está sujeto a los mismos requisitos de prueba.

La decisión de la Corte de otorgar permiso para intervenir puede considerarse de carácter preventivo, porque tiene la finalidad de permitir que el Estado interviniente participe en el procedimiento principal, a fin de proteger un interés de orden jurídico que corre el riesgo de ser afectado en dicho procedimiento. En cuanto al vínculo entre el procedimiento incidental y el procedimiento principal, la Corte ha dicho anteriormente que “el interés de orden jurídico que debe demostrar un Estado que procura intervenir con arreglo al Artículo 62 no se limita a la parte dispositiva de un fallo exclusivamente. También puede relacionarse con las razones que constituyen los pasos necesarios para llegar a la parte dispositiva” (*Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia/Malasia)*, *Petición de permiso para intervenir*, Fallo, I.C.J. Reports 2001, pág.596, párr. 47).

La Corte deja en claro que a ella le incumbe apreciar el interés de orden jurídico que puede ser afectado que invoca el Estado que desea intervenir, sobre la base de los hechos específicos de cada causa, y que sólo puede hacerlo “en concreto y en relación con todas las circunstancias de una causa en particular” (*Controversia sobre fronteras terrestres, insulares y marítimas (El Salvador/Honduras)*, *Petición de permiso para intervenir*, Fallo, I.C.J. Reports 1990, pág. 118, párr. 61).

3. El objeto preciso de la intervención (párrs. 40 a 48)

La Corte recuerda que, con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 81 del Reglamento de la Corte, una pe-

tición de permiso para intervenir debe enunciar “el objeto preciso de la intervención”.

Honduras pide a la Corte, en el contexto de su petición de permiso para intervenir en calidad de parte, que determine el curso definitivo de la frontera marítima entre ella, Nicaragua y Colombia en la zona marítima en cuestión, y que fije el triffinio sobre la línea fronteriza con arreglo al Tratado de 1986. Alternativamente, el objeto de la intervención de Honduras sin la calidad de parte es “proteger sus derechos e informar a la Corte de la naturaleza de los derechos e intereses jurídicos de la República de Honduras en el Mar Caribe que podrían ser afectados por la decisión de la Corte en la causa pendiente”.

La Corte dice que la petición de Honduras de permiso para intervenir es un procedimiento incidental y que, cualquiera sea la forma de la intervención que se pide, sea en calidad de parte o sin ella, con arreglo al Estatuto el Estado que procura intervenir debe demostrar la existencia de un interés jurídico que puede ser afectado por la decisión de la Corte en el procedimiento principal. De ello se infiere que el objeto preciso de la intervención debe estar conectado con el objeto de la controversia principal entre Nicaragua y Colombia.

La Corte señala, además, que las actuaciones escritas y orales relativas a la petición de permiso para intervenir deben centrarse en demostrar el interés de orden jurídico que puede ser afectado; las presentes actuaciones no son una ocasión para que el Estado que procura intervenir o las partes se refieran a cuestiones sustantivas relacionadas con el procedimiento principal, que la Corte no puede tomar en consideración durante su examen de si ha de hacer lugar o no a una petición de permiso para intervenir.

Como ha dicho anteriormente la Corte, la razón de ser de la intervención es permitir que un tercer Estado cuyo interés jurídico pueda ser afectado por una posible decisión de la Corte participe en la causa principal a fin de proteger ese interés.

La Corte señala que un Estado que pide permiso para intervenir no puede, so pretexto de intervención, tratar de introducir una nueva causa junto con el procedimiento principal. Si bien es cierto que un Estado al que se haya permitido intervenir en calidad de parte puede presentar pretensiones propias para que la Corte adopte una decisión, dichas pretensiones tienen que estar vinculadas con el objeto de la controversia principal. El hecho de que a un Estado se le permita intervenir no significa que pueda alterar la naturaleza del procedimiento principal, porque la intervención “no puede ser [un procedimiento] que transforme [a una] causa en una causa diferente con partes diferentes” (*Controversia sobre fronteras terrestres, insulares y marítimas (El Salvador/Honduras)*, *Petición de permiso para intervenir*, Fallo, I.C.J. Reports 1990, pág. 134, párr. 98; véase también *Plataforma continental (Jamahiriya Árabe Libia/Malta)*, *Petición de permiso para intervenir*, Fallo, I.C.J. Reports 1984, pág. 20, párr. 31).

Por consiguiente, la finalidad de apreciar la conexión entre el objeto preciso de la intervención y el objeto de la controversia es permitir que la Corte asegure que un tercer Estado está realmente tratando de proteger sus intereses jurídicos que pueden ser afectados por el futuro fallo.

II. *Examen de la petición de permiso para intervenir presentada por Honduras* (párrs. 49 a 75)

La Corte señala que, al especificar sus intereses de orden jurídico que pueden ser afectados por la decisión de la Corte, Honduras dice en su petición que el Tratado de delimitación marítima de 1986 entre Honduras y Colombia (en adelante mencionado como “el Tratado de 1986”) reconoce que la zona situada al norte del paralelo 15 y al este del meridiano 82 comprende legítimos derechos e intereses de orden jurídico de Honduras. Honduras argumenta que la Corte debería, en su decisión en la presente causa, tener plenamente en cuenta esos derechos e intereses en la zona mencionada, que, según sostiene, no fueron considerados en el fallo dictado en 2007 por la Corte en la causa relativa a la *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe (Nicaragua contra Honduras)* (Fallo, I.C.J. Reports 2007 (II), pág. 658). Como la Corte va a determinar la distribución de la “zona de delimitación” propuesta por Nicaragua en el procedimiento principal, Honduras opina que la Corte inevitablemente tendrá que decidir si el Tratado de 1986 está en vigor y si otorga derechos a Colombia en la zona en controversia entre Colombia y Nicaragua o no. Por consiguiente, Honduras sostiene que la condición y la sustancia del Tratado de 1986 están en juego en la presente causa.

Honduras afirma que en virtud del Tratado de 1986, en la zona situada al este del meridiano 82, sigue teniendo determinados derechos de soberanía y jurisdicción, tales como concesiones petroleras, patrullas navales y actividades de pesca. Honduras sostiene que Nicaragua, que es un tercero en relación con el Tratado de 1986, no puede fundarse en dicho Tratado para sostener que la zona marítima en cuestión pertenece sólo a Nicaragua. Honduras está convencida de que, sin su participación como Estado interviniente, la decisión de la Corte podría afectar irreversiblemente sus intereses jurídicos si en definitiva la Corte hiciera lugar a determinadas pretensiones formuladas por Nicaragua.

Honduras argumenta que el fallo de 2007 no fijó toda la frontera entre Honduras y Nicaragua en el Mar Caribe. En su opinión, el hecho de que la flecha en la línea bisectriz fronteriza que figura en uno de los mapas esquemáticos del fallo de 2007 se detiene en el meridiano 82, unido al texto de la parte dispositiva del fallo, indica que la Corte no adoptó decisión alguna acerca de la zona situada al este de dicho meridiano. Según Honduras, como la Corte en el fallo de 2007 no se pronunció sobre el Tratado de 1986, un asunto que no se pidió a la Corte que abordara, aún existe una incertidumbre que debe resolverse en relación con los respectivos derechos de soberanía y jurisdicción de los tres Estados en la

zona, a saber, Honduras, Colombia y Nicaragua. Más específicamente, Honduras opina que la Corte no ha determinado el punto final de la frontera entre Honduras y Nicaragua, ni ha especificado que el punto final definitivo esté situado en el azimut de la línea bisectriz fronteriza. Como objeto de su petición, Honduras pide a la Corte que, en caso de que le otorgue permiso para intervenir en calidad de parte, fije el trfinio entre Honduras, Nicaragua y Colombia, de modo de llegar a un arreglo final de la delimitación marítima en la zona.

Al explicar su entendimiento del efecto del fallo de 2007 con respecto al razonamiento contenido en los párrafos 306 a 319 del fallo bajo el epígrafe “Punto inicial y punto final de la frontera marítima”, Honduras sostiene que esos párrafos no forman parte de la cosa juzgada, y que, en el párrafo 319, la Corte no estaba pronunciándose sobre un asunto específico, sino indicando a las partes la metodología que podría utilizar, sin prejuzgar acerca del punto final definitivo, y sin prejuzgar acerca de qué Estado o Estados podrían considerarse como los terceros Estados. Así pues, en su opinión, el párrafo 319 no se pronuncia sobre asunto alguno y la cosa juzgada en principio sólo se aplica a la parte dispositiva del fallo.

Nicaragua y Colombia, las partes en el procedimiento principal, tienen posiciones diferentes respecto de la petición de Honduras. Nicaragua se opone decididamente a la petición de Honduras de permiso para intervenir, sea en calidad de parte o sin ella. Nicaragua adopta la posición de que la petición de Honduras no identifica ningún interés de orden jurídico que pueda ser afectado por la decisión de la Corte, como lo requiere el Artículo 62 del Estatuto y desconoce la cosa juzgada del fallo de 2007.

Nicaragua sostiene que Honduras no tiene un interés de orden jurídico al sur de la línea de delimitación fijada por la Corte en el fallo de 2007, incluida la zona delimitada por esa línea al norte y el paralelo 15 al sur. Según Nicaragua, no se puede invocar en contra de ello al Tratado de 1986, porque éste invade sus derechos de soberanía. Nicaragua argumenta que el fallo de 2007, con plena fuerza de cosa juzgada, fija toda la frontera entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe, y que la cosa juzgada abarca no sólo la parte dispositiva, sino también el razonamiento, en la medida en que éste es inseparable de la parte dispositiva. Nicaragua opina que la petición presentada por Honduras intenta reabrir asuntos que ya han sido decididos por la Corte y por consiguiente debe considerarse excluida por el principio de la cosa juzgada.

Colombia, por su parte, opina que Honduras ha cumplido el criterio para intervenir sin la calidad de parte en la causa con arreglo al Artículo 62 del Estatuto. Además, no presenta objeciones a la petición de Honduras de permiso para intervenir en calidad de parte. Colombia centró sus argumentos en el efecto del fallo de 2007 sobre los derechos jurídicos de Colombia frente a Nicaragua en la zona abarcada por el Tratado de 1986. Colombia afirma que sus obligaciones bilate-

rales respecto de Honduras con arreglo al Tratado de 1986 no impiden que en el presente procedimiento se hagan valer contra Nicaragua derechos e intereses en la zona situada al norte del paralelo 15 y al este del meridiano 82, porque los compromisos asumidos por Honduras con arreglo al Tratado de 1986 sólo eran aplicables a Honduras.

La Corte señala que, de conformidad con el Artículo 62 del Estatuto y el artículo 81 del Reglamento de la Corte, el Estado que solicita intervenir debe cumplir determinadas condiciones para que se permita la intervención. El Estado que solicita permiso para intervenir, sea en calidad de parte o sin ella, debe demostrar a la Corte que tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión de la Corte en el procedimiento principal. La Corte, al determinar si Honduras ha cumplido o no los criterios establecidos en el Artículo 62 del Estatuto en relación con la intervención, examinará ante todo el interés jurídico que según se alega estaría involucrado. La Corte, como lo ha dicho anteriormente, tiene presente que, al analizar tales intereses, la Corte no tiene la intención de interpretar el significado o el alcance del fallo de 2007 en el sentido del artículo 60 del Estatuto, ni de abordar ningún tema que deba considerarse en la fase de fondo del procedimiento principal. La Corte no debe en modo alguno anticipar su decisión sobre el fondo (véase *Controversia sobre fronteras terrestres, insulares y marítimas (El Salvador/Honduras), Petición de permiso para intervenir, Fallo, I.C.J. Reports 1990*, pág. 118, párr. 62).

1. *El interés de orden jurídico invocado por Honduras* (párrs. 57 a 75)

La Corte examina en primer lugar el interés que Honduras que pretende proteger mediante la intervención. Honduras indica que la zona que contiene su interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión de la Corte está ubicada dentro de una zona más o menos rectangular, tal como se ilustra en el mapa esquemático que figura en la página 26 del fallo. Asimismo dice que la línea sur y la línea este del rectángulo, que son idénticas a la frontera fijada en el Tratado de 1986, corren en la forma siguiente:

“[c]omenzando en el meridiano 82, la frontera sigue hacia el este la línea del paralelo 15 hasta que llega al meridiano 79° 56' 00”. A continuación hace un giro hacia el norte siguiendo la línea de dicho meridiano. A cierta distancia hacia el norte, hace un giro para seguir un arco aproximado al oeste de algunos cayos y el banco Serranilla, hasta que llega a un punto situado al norte de los cayos ...”

La Corte observa que Honduras, a fin de demostrar que tiene un interés de orden jurídico en la presente causa, sostiene que está facultada para reclamar derechos de soberanía y hacer valer su jurisdicción respecto de la zona marítima situada en el rectángulo. En concreto, Honduras dice que puede hacer valer derechos relacionados con concesiones petroleras, patrullas navales y actividades de pesca en esa zona. En sus argumentos, Honduras plantea varias cuestiones que, a

juicio de la Corte, ponen directamente en tela de juicio el fallo de 2007, en el cual se delimitó la frontera marítima entre Honduras y Nicaragua.

El interés de orden jurídico de Honduras se relaciona esencialmente con dos cuestiones: si el fallo de 2007 ha fijado toda la frontera marítima entre Honduras y Nicaragua en el Mar Caribe y qué efecto podría tener la decisión de la Corte en el procedimiento pendiente en los derechos de que goza Honduras con arreglo al Tratado de 1986.

En su petición, Honduras explica que ella y Colombia poseen derechos en la zona marítima situada al norte del paralelo 15 pues son generados por la costa de Honduras, por un lado, y por el Archipiélago de San Andrés, Serranilla y la isla de Providencia, por otro. Como sus pretensiones se superponían, se concertó el Tratado de 1986. La Corte observa que la posición de Honduras sobre la condición del paralelo 15 expuesta en la presente causa no se plantea por primera vez entre Honduras y Nicaragua. De hecho, fue debidamente considerada por la Corte en el fallo acerca de la delimitación de la frontera marítima entre Nicaragua y Honduras en 2007.

En la causa *Nicaragua contra Honduras*, uno de los argumentos principales de Honduras con respecto a la delimitación era que el paralelo 15, sea en calidad de línea tradicional o por acuerdo tácito de los Estados vecinos, debía constituir la frontera marítima entre Honduras y Nicaragua. La Corte, en ese fallo, rechazó esos dos fundamentos jurídicos y no dio efecto alguno al paralelo 15 como la línea fronteriza. En virtud del fallo de 2007, por consiguiente, el paralelo 15 no cumple función alguna en la consideración de la delimitación marítima entre Honduras y Nicaragua. En otras palabras, el asunto constituye cosa juzgada para Honduras en el presente procedimiento.

Al establecer una única frontera marítima entre Nicaragua y Honduras, delimitando sus respectivos mares territoriales, plataformas continentales y zonas económicas exclusivas en la zona controvertida, la Corte en el fallo de 2007 trazó una línea bisectriz recta, con algunos ajustes para tener en cuenta las islas situadas frente a la costa de Honduras. En el presente procedimiento, Honduras y Nicaragua tienen posiciones considerablemente diferentes sobre el efecto de esa frontera bisectriz. Difieren en cuanto a si el fallo de 2007 ha especificado un punto final sobre la línea bisectriz, si la línea bisectriz se extiende más allá del meridiano 82 y, consiguientemente, si el fallo de 2007 ha delimitado definitivamente toda la frontera marítima entre Honduras y Nicaragua en el Mar Caribe. La Corte señala la afirmación de Honduras de que esas interrogantes, en caso de no ser contestadas, ciertamente afectarían a la definitividad y la estabilidad de las relaciones jurídicas entre las dos partes.

En el razonamiento de la Corte que figura en los párrafos 306 a 319 del fallo de 2007, hay dos aspectos que a juicio de la Corte tienen una directa incidencia en las cuestiones mencionadas. La Corte recuerda, primero, que en el fallo de 2007

fue sólo después de que la Corte había llegado a la conclusión de que podía haber potenciales intereses de terceros Estados en la zona que decidió no pronunciarse sobre la cuestión del punto final. Lógicamente, si el Punto F de la línea bisectriz hubiera sido determinado como punto final, como interpreta Honduras, habría sido innecesario que la Corte siguiera considerando dónde podrían estar situados los intereses de terceros Estados, porque en todo caso el Punto F carecería de efecto potencial en los derechos de cualquier tercer Estado. Segundo, fue a causa de la alegación formulada por Honduras de que una delimitación que continuara *más allá del meridiano 82* afectaría a los derechos de Colombia que la Corte tuvo plenamente en cuenta los argumentos formulados por Honduras con respecto a los derechos de terceros Estados y se cercioró de

“que toda delimitación entre Honduras y Nicaragua que se extienda *al este del meridiano 82 y al norte del paralelo 15 (como se extendería la bisectriz adoptada por la Corte)* no perjudicaría efectivamente los derechos de Colombia porque los derechos de Colombia con arreglo [al Tratado de 1986] no se extiende al norte del paralelo 15” (*Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe (Nicaragua contra Honduras)*, Fallo, I.C.J. Reports 2007 (II), págs. 758 y 759, párr. 316; cursiva añadida).

Según el razonamiento de la Corte, la línea bisectriz con un azimut definido, después del Punto F, debe continuar como una línea recta sujeta a la curvatura de la Tierra y extenderse por todo el curso de la frontera marítima entre Honduras y Nicaragua en la medida en que no haya derechos de terceros Estados afectados. Así pues, esa línea delimita las zonas marítimas respectivamente pertenecientes a Honduras y Nicaragua en el Mar Caribe, que por definición deben abarcar la zona comprendida dentro del rectángulo.

Al examinar el argumento de Honduras, la Corte encuentra difícil aceptar la afirmación de Honduras de que “una frontera que no tiene un punto final, claramente no puede estar fijada en su totalidad”, porque esa no fue la primera vez que la Corte dejó abierto el punto final de una frontera marítima, que sería decidido más adelante, cuando se determinaran los derechos del tercer Estado o de los terceros Estados. Como dijo la Corte en su fallo de 2007, es “usual que en una delimitación judicial el punto final preciso quede sin definir con el fin de abstenerse de perjudicar los derechos de terceros Estados” (*Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe (Nicaragua contra Honduras)*, Fallo, I.C.J. Reports 2007 (II), pág. 756, párr. 312). Lo que decidió la Corte con respecto a la delimitación marítima entre Honduras y Nicaragua en el Mar Caribe es definitivo. Honduras no puede ser un “tercer Estado” en las relaciones jurídicas en ese contexto en razón de que ella misma fue parte en el procedimiento. En la medida en que no existan pretensiones de terceros Estados, la frontera debe indiscutiblemente seguir el curso definido por la Corte.

La Corte observa que sólo podría haberse concebido que la frontera se desviara de la línea recta establecida por el fallo de 2007 si Honduras hubiera presentado otros accidentes geográficos marítimos que debiesen tenerse en cuenta para la delimitación de la frontera. Ni en la causa relativa a la *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe (Nicaragua contra Honduras)* ni en el presente procedimiento hizo Honduras una sugerencia de esa índole ni presentó pruebas a tal efecto. Desde luego, aunque lo hubiese hecho en el presente procedimiento, de todos modos el asunto no hubiese estado comprendido dentro del Artículo 62 del Estatuto, relativo a la intervención, sino dentro del Artículo 61, relativo a la revisión. En otras palabras, Honduras no sugiere que todavía exista alguna controversia no resuelta, ni pruebas que demuestren que la línea bisectriz no es la frontera marítima completa y definitiva entre Honduras y Nicaragua.

2. *La aplicación del principio de cosa juzgada* (párrs. 66 a 70)

La Corte señala que las pretensiones de Honduras se basan principalmente en el argumento de que el razonamiento contenido en los párrafos 306 a 319 del fallo de 2007 no tiene autoridad de cosa juzgada. Honduras sostiene que, por consiguiente, el principio de cosa juzgada no impide plantear cuestiones relacionadas con el razonamiento de dicho fallo.

La Corte recuerda que es un principio de derecho bien establecido y generalmente reconocido que un fallo dictado por un órgano judicial tiene fuerza obligatoria entre las partes en la controversia.

Señala que, para determinar el alcance de la cosa juzgada del fallo de 2007, debe considerar la petición de Honduras en el contexto específico de la causa.

Los derechos de Honduras respecto de la zona situada al norte de la línea bisectriz no han sido controvertidos ni por Nicaragua ni por Colombia. Así pues, con respecto a esa zona, no puede haber un interés de orden jurídico de Honduras que pueda ser afectado por la decisión de la Corte en el procedimiento principal.

A fin de apreciar si Honduras tiene un interés de orden jurídico en la zona situada al sur de la línea bisectriz, la cuestión esencial a consideración de la Corte radica en decidir en qué medida el fallo de 2007 ha determinado el curso de la única frontera marítima entre las zonas de mar territorial, plataforma continental y zona económica exclusiva pertenecientes respectivamente a Nicaragua y Honduras.

La Corte opina que el curso de la línea bisectriz determinado en el punto 3) de la cláusula dispositiva de su fallo de 2007 (párrafo 321) es claro. En el punto 3) de su cláusula dispositiva, que indiscutiblemente tiene autoridad de cosa juzgada, la Corte decidió que “[d]esde el punto F, [la línea fronteriza] continuará por la línea que tiene el azimut

70°14’41.25” hasta que llega a la zona en que pueden ser afectados los derechos de terceros Estados”.

La Corte observa que el razonamiento contenido en los párrafos 306 a 319 del fallo de 2007, que fue un paso esencial para llegar a la parte dispositiva de dicho fallo, es también inequívoco sobre ese punto. La Corte hizo en esos párrafos una clara determinación según la cual la línea bisectriz se extendería más allá del meridiano 82 hasta llegar a la zona en que pudieran ser afectados los derechos de un tercer Estado. Antes de que se determinaran los derechos de ese tercer Estado, el punto final de la línea bisectriz quedaría abierto. Sin ese razonamiento, puede ser difícil entender por qué la Corte no fijó un punto final en su decisión. Con ese razonamiento, la decisión adoptada por la Corte en su fallo de 2007 no deja lugar a ninguna interpretación alternativa.

3. *La petición de Honduras en relación con el Tratado de 1986* (párrs. 71 a 75)

Con respecto al Tratado de 1986, la Corte observa que Honduras y Colombia tienen posiciones diferentes. Honduras afirma que, habida cuenta de las “obligaciones bilaterales contradictorias” derivadas del Tratado de 1986 con Colombia y el fallo de 2007 frente a Nicaragua, respectivamente, Honduras tiene un interés de orden jurídico en determinar si, y cómo, el fallo de 2007 ha afectado la condición y la aplicación del Tratado de 1986. Colombia, por su parte, pide a la Corte que deje de lado el Tratado de 1986, porque el cometido de la Corte en la fase de fondo es delimitar la frontera marítima entre Colombia y Nicaragua, y no determinar la condición de las relaciones convencionales entre Colombia y Honduras. Así pues, en opinión de Colombia, la condición y la sustancia del Tratado de 1986 no son cuestiones que estén en juego en el procedimiento principal.

En el rectángulo percibido a consideración de la Corte, hay tres Estados involucrados: Honduras, Colombia y Nicaragua. Dichos Estados pueden concertar tratados de delimitación marítima en forma bilateral. Esos tratados bilaterales, con arreglo al principio *res inter alios acta*, ni confieren derechos ni imponen deberes a un tercer Estado. Sean cuales fueren las concesiones que un Estado parte haya hecho al otro seguirán siendo bilaterales, y sólo bilaterales, y no afectarán a los derechos del tercer Estado. De conformidad con el principio *res inter alios acta*, la Corte en el fallo de 2007 no se fundó en el Tratado de 1986.

La Corte dice que, entre Colombia y Nicaragua, la frontera marítima será determinada de conformidad con la costa y los accidentes geográficos marítimos de las dos partes. Al hacerlo, la Corte no tomará al Tratado de 1986 en modo alguno como fundamento para la determinación de la frontera marítima entre Nicaragua y Colombia.

Finalmente, la Corte no considera necesario abordar la restante cuestión, relacionada con el “trifinio”, que Honduras pretende que se ubique en la línea fronteriza fijada en

el Tratado de 1986. Habiendo clarificado los mencionados asuntos relacionados con el fallo de 2007 y el Tratado de 1986, la Corte no encuentra vínculo alguno entre la cuestión del “trifinio” planteada por Honduras y el procedimiento actual.

A la luz de las consideraciones que anteceden, la Corte concluye que Honduras no ha podido convencer a la Corte de que tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión de la Corte en el procedimiento principal. Consiguientemente, no es necesario que la Corte siga considerando las cuestiones que se han planteado en el presente procedimiento.

*
* *
*

Declaración del Magistrado Al-Khasawneh

El Magistrado Al-Khasawneh concuerda con la conclusión del fallo de que no se puede hacer lugar a la petición de permiso para intervenir presentada por Honduras en el presente procedimiento en calidad de parte o sin tal calidad. También concuerda esencialmente con el razonamiento que llevó a la mayoría a esa conclusión.

Sin embargo, el Magistrado Al-Khasawneh discrepa, por razones ya expuestas en su opinión disidente anexada al fallo relativo a la petición de permiso para intervenir presentada por Costa Rica en la misma causa, con el intento de la Corte de clarificar el huido concepto de “interés de orden jurídico” distinguiendo entre *intereses* jurídicos y *derechos* y diciendo que esos dos conceptos no están sujetos a la misma protección o a la misma carga de la prueba. En su opinión, ese intento no nos ha acercado para nada a entender el concepto de “interés de orden jurídico” sino que lo ha tornado aún más oscuro.

Opinión disidente del Magistrado Abraham

El Magistrado Abraham concuerda con la parte dispositiva del fallo en la medida en que rechaza la petición de Honduras de permiso para intervenir en calidad de parte, pero no está de acuerdo con el razonamiento que llevó a la Corte a esa conclusión. Además, el Magistrado Abraham discrepa con la parte dispositiva del fallo en la medida en que rechaza la petición de Honduras de permiso para intervenir sin la calidad de parte.

A manera de consideraciones generales, el Magistrado Abraham explica que los terceros Estados tienen un “derecho” a intervenir en una causa pendiente, pero que ese derecho esté supeditado a la existencia de determinadas condiciones, cuyo cumplimiento debe ser determinado por la Corte sobre la base de las pruebas presentadas por el Estado que desea intervenir. Si la Corte determina que las condiciones se han cumplido, está obligada, en opinión del Magis-

trado Abraham, a autorizar la intervención. Consiguientemente, el Magistrado Abraham cree que el fallo de la Corte merece críticas en la medida en que la Corte no se limita, en la parte del fallo relativa a la aplicación de esos principios a la petición de Honduras de permiso para intervenir, a establecer si la condición enunciada en el Artículo 62 del Estatuto se ha cumplido, sino que razona como si tuviera facultades discrecionales que le dejaran las manos libres para aceptar o rechazar una petición de permiso para intervenir.

El Magistrado Abraham considera que la petición de Honduras de permiso para intervenir en calidad de parte debe ser rechazada, habida cuenta de la falta de base de competencia entre Honduras y las dos partes en la presente causa. Así pues, el Magistrado Abraham estima que la delimitación marítima entre Honduras y Nicaragua fue completamente decidida por el fallo de la Corte dictado el 8 de octubre de 2007 en la causa entre Nicaragua y Honduras. Por consiguiente, esa delimitación constituye un asunto resuelto “por sentencia de un tribunal internacional”, en el sentido del artículo VI del Pacto de Bogotá, cosa que impide la aplicación de la cláusula compromisoria contenida en el Artículo XXXI del Pacto.

Sin embargo, según el Magistrado Abraham, la Corte debía haber permitido que Honduras interviniera sin la calidad de parte. Cree que, en la presente causa, el futuro fallo de la Corte podría afectar los intereses de orden jurídico de Honduras de dos maneras. Primero, el fallo dictado por la Corte en la controversia entre Nicaragua y Colombia podría fijar el punto final de la línea bisectriz trazada por la Corte en su fallo de 8 de octubre de 2007 en la causa entre Nicaragua y Honduras. Consiguientemente, el Magistrado Abraham concluye que el futuro fallo de la Corte podría afectar a los intereses de Honduras. Segundo —y más importante— el Magistrado Abraham cree que el fallo dictado por la Corte podría tener consecuencias directas en la efectiva aplicación del tratado bilateral de 1986 entre Honduras y Colombia. En efecto, si la Corte adoptara la línea de delimitación propuesta por Colombia, Honduras todavía podría, sobre la base de ese tratado, reclamar la mayor parte de las zonas que dicho tratado le atribuye. En cambio, en caso de que la Corte decidiera otorgar todo o parte de esas zonas a Nicaragua, Honduras ya no podría reclamarlas, porque no existe una base convencional entre Honduras y Nicaragua en la que pudiera fundarse esa reclamación. El Magistrado Abraham discrepa con el fallo en la medida en que no tiene en cuenta esas consideraciones y concluye, fundándose en motivos irrelevantes, que Honduras no tiene un interés de orden jurídico que pudiera ser afectado por el futuro fallo.

Declaración del Magistrado Keith

En su declaración, el Magistrado Keith dice que concuerda con las conclusiones a que llega la Corte, esencialmente por las razones dadas por ella. Sin embargo, discrepa con un aspecto del razonamiento.

El Magistrado Keith tiene tres dificultades con el desarrollo que hace la Corte de la distinción entre “los derechos en la causa de que se trata” y “un interés de orden jurídico”. Esos términos o conceptos están tomados fuera de contexto. La definición que se da del segundo es problemática. Y, en la medida en que la distinción exista, no parece ser útil en la práctica.

Declaración conjunta de los Magistrados Cañado Trindade y Yusuf

1. Los Magistrados Cañado Trindade y Yusuf han votado a favor de la decisión general de la Corte de no hacer lugar a la petición de Honduras de permiso para intervenir, sea en calidad de parte o sin ella. Además, encomian a la Corte por su tratamiento de la distinción entre derechos e intereses jurídicos. En su declaración conjunta, los Magistrados Cañado Trindade y Yusuf explican los fundamentos de su posición de sumarse a la decisión de la Corte de no hacer lugar a la petición de Honduras de permiso para intervenir. También expresan preocupación por la continuación de la propensión de la Corte a decidir en contra de la aplicación concreta de la institución de la intervención, que a juicio de dichos Magistrados tiene un importante papel que desempeñar en los litigios y el arreglo de controversias internacionales en la época actual (parte I).

2. Con tal fin, los Magistrados Cañado Trindade y Yusuf realizan un examen de los requisitos para la intervención con arreglo al Estatuto de la Corte (parte II). Consideran que a los efectos de apreciar los criterios para la intervención enunciados en el Artículo 62 del Estatuto es irrelevante el hecho de que los terceros Estados solicitantes deseen intervenir en calidad de parte en el procedimiento principal o sin ella, porque, en todo caso, los terceros Estados solicitantes deben demostrar que tienen “un interés de orden jurídico” que “puede ser afectado” por la decisión de la Corte sobre el fondo de la causa. Los Magistrados Cañado Trindade y Yusuf sostienen que, en el *cas d’espèce*, Honduras no ha demostrado tener un “interés de orden jurídico” que puede ser afectado por la decisión del litigio. Según entienden, el fallo dictado por la Corte en 2007 en la causa relativa a la *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe* tiene la calidad de cosa juzgada y consiguientemente ha fijado la delimitación marítima entre Honduras y Nicaragua en el Mar Caribe. Argumentan que Honduras no ha presentado nuevos accidentes geográficos marítimos que deban considerarse en la apreciación de su petición de permiso para intervenir, y concuerdan con la Corte en que el Tratado de 1986 entre Honduras y Colombia no tiene incidencia en una delimitación marítima entre Nicaragua y Colombia.

3. A continuación, los Magistrados Cañado Trindade y Yusuf consideran la irrelevancia del consentimiento del Estado para la consideración por la Corte de las peticiones de permiso para intervenir (parte III). A este respecto,

destacan su opinión de que el consentimiento de las partes principales en el procedimiento es irrelevante para la apreciación de una petición de permiso para intervenir y no puede ser percibido como un requisito con arreglo al Artículo 62 del Estatuto.

4. Además, explican su acuerdo con la conclusión de la Corte de que “no es una condición para la intervención sin la calidad de parte” la existencia de un vínculo de competencia entre el Estado que procura intervenir y las partes en la causa principal. Consideran que el razonamiento de la Corte relativo a la intervención en los procedimientos jurídicos internacionales deja de lado claramente la cuestión del consentimiento de los Estados. A su juicio, el consentimiento de las partes en la causa principal no es, en modo alguno, una condición para la intervención sin la calidad de parte, porque la Corte es dueña de su propia competencia y no tiene que preocuparse por buscar el consentimiento de los Estados para decidir acerca de una petición de permiso para intervenir. En opinión de los dos magistrados, la intervención con arreglo al Estatuto trasciende el consentimiento de los distintos Estados. Lo que importa, en opinión de los dos magistrados, es el consentimiento originalmente expresado por los Estados en pasar a ser Partes en el Estatuto de la Corte, o en reconocer la competencia de la Corte por otros instrumentos, como las cláusulas compromisorias. Argumentan que, por consiguiente, no es necesario que la Corte siga buscando instintivamente el consentimiento de los distintos Estados *en el curso* de los procedimientos jurídicos internacionales.

5. Los Magistrados Cañado Trindade y Yusuf confían en que el argumento expuesto en su declaración conjunta acerca de la irrelevancia del consentimiento de los Estados en la consideración de las peticiones de permiso para intervenir con arreglo al Artículo 62 del Estatuto de la Corte pueda ser útil para elucidar las posiciones que la Corte tome sobre ese asunto en su construcción jurisprudencial.

Opinión disidente de la Magistrada Donoghue

La Magistrada Donoghue disiente de la decisión de la Corte de rechazar la petición de Honduras de permiso para intervenir sin la calidad de parte. Asimismo expresa su desacuerdo con el enfoque que hace la Corte del Artículo 62 de su Estatuto.

Para comenzar, la Magistrada Donoghue examina las disposiciones del Estatuto y el Reglamento de la Corte que se refieren a la intervención. Señala que el Artículo 62 no hace distinción alguna entre la intervención en calidad de parte y sin ella, lo cual puede llevar a cierta confusión.

A continuación la Magistrada Donoghue centra su atención en el requisito previsto en el Artículo 62 de que un tercer Estado que solicita intervenir debe demostrar “un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio”. Señala que la expresión “puede ser afectado” debe leerse a la luz del Artículo 59 del Estatuto, que dice que la

“decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”. Como el Artículo 59 claramente limita la forma en la cual un fallo puede “afectar” a un tercer Estado, el Artículo 62 debe abarcar un efecto que no llegue a imponer obligaciones jurídicas vinculantes al tercer Estado.

Pasando a la delimitación marítima, la Magistrada Donoghue describe la práctica según la cual la Corte ha tenido en cuenta los intereses de los terceros Estados absteniéndose de fijar puntos finales definitivos, en lugar de especificar que las líneas fronterizas continúan hasta que lleguen a la zona en la cual pueden ser afectados los derechos de terceros Estados. La Magistrada Donoghue rechaza la sugerencia de que esa práctica es un argumento en contra de permitir la intervención. Más bien, cuando un tercer Estado afirma una reclamación que se superpone con las de las partes en la causa, esto demuestra un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión de la Corte y sugiere que puede justificarse la intervención sin la calidad de parte.

A continuación, la Magistrada Donoghue examina la petición de Honduras. Observando que Honduras tiene reclamaciones que se superponen con la zona en controversia entre Nicaragua y Colombia, la Magistrada Donoghue dice que cabe esperar que la Corte tenga en cuenta las pretensiones de Honduras en su decisión sobre el fondo. Ello demuestra que Honduras tiene un “interés de orden jurídico” que “puede ser afectado” por la decisión del litigio. La Magistrada Donoghue explica asimismo que, además de las reclamaciones superpuestas, existe una razón adicional para hacer lugar a la petición de Honduras de permiso para intervenir sin la

calidad de parte. Si la Corte adoptara la línea propuesta por Colombia, tendría una incidencia significativa en el significado concreto del fallo dictado por la Corte en 2007 en la causa relativa a la *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe*, una decisión que obliga a Honduras con arreglo al Artículo 59.

Sobre la cuestión de la intervención en calidad de parte, la Magistrada Donoghue dice que la Corte actuó correctamente al rechazar la petición de Honduras. La intervención de Honduras en calidad de parte, en los términos solicitados por Honduras, añadiría una nueva controversia a la causa — la ubicación de un “trifinio” en la línea fronteriza establecida por el tratado bilateral entre Honduras y Colombia. Según la Magistrada Donoghue, ése no es un objeto adecuado de una intervención en calidad de parte.

En conclusión, la Magistrada Donoghue toma nota de la reafirmación que hace la Corte de la posibilidad de tener en cuenta la información presentada por quien intentó sin éxito ser interviniente, aún cuando la Corte haya rechazado la petición de permiso para intervenir. En opinión de la Magistrada Donoghue, esa práctica da lugar a una forma de participación *de facto* de terceros Estados que actualmente no está prevista por el Estatuto ni por el Reglamento de la Corte. Señalando la significativa demora en el procedimiento que puede causar una petición de permiso para intervenir sin la calidad de parte, la Magistrada Donoghue sugiere que la Corte simplifique los procedimientos para la consideración de tales peticiones, reservando los procedimientos más onerosos para las peticiones de permiso para intervenir en calidad de parte.

188. INMUNIDADES JURISDICCIONALES DEL ESTADO (ALEMANIA CONTRA ITALIA) [SOLICITUD DE LA REPÚBLICA HELÉNICA DE PERMISO PARA INTERVENIR]

Providencia de 4 de julio de 2011

El 4 de julio de 2011, la Corte Internacional de Justicia aprobó una providencia sobre la solicitud de permiso para intervenir presentada por Grecia en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania contra Italia)*. En esa providencia, la Corte otorgó a la República Helénica permiso para intervenir en la causa, de conformidad con el Artículo 62 del Estatuto, en la medida y en los objetivos establecidos en el párrafo 32 de la providencia.

La Corte estaba integrada como sigue: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Gaja; Secretario Couvreur.

*
* *

El párrafo dispositivo (párr. 34) de la providencia dice como sigue:

“... ”

LA CORTE,

1) Por quince votos contra uno,

Decide que Grecia está facultada para intervenir como no parte en la causa, de conformidad con el Artículo 62 del Estatuto, en la medida y con los objetivos establecidos en el párrafo 32 de esta providencia;

A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue;

EN CONTRA: Magistrado *ad hoc* Gaja;

2) Por unanimidad,

Fija los siguientes plazos para la presentación de los alegatos escritos y los documentos a que se hace referencia en el artículo 85, párrafo 1, del Reglamento de la Corte:

— 5 de agosto de 2011 para el alegato escrito de Grecia;

— 5 de septiembre de 2011 para los documentos de Alemania y de Italia; y

Reserva el procedimiento posterior para una decisión futura”.

*
* *

El Magistrado Cançado Trindade añadió una opinión separada a la providencia de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Gaja añadió una declaración a la providencia de la Corte.

*
* *

Al tiempo que señalaba a la atención de la Corte determinadas consideraciones que indicarían que la solicitud de Grecia no satisface los criterios establecidos en el Artículo 62, párrafo 1, del Estatuto de la Corte, Alemania había declarado expresamente que “no se oponía formalmente” a que se aprobara esa solicitud. Italia, por su parte, había indicado que no se oponía a que se otorgara la solicitud.

En su providencia, la Corte describió en primer término brevemente el contexto fáctico de la solicitud de Grecia de permiso para intervenir. Recordó que, el 10 de junio de 1944, durante la ocupación alemana de Grecia, las fuerzas armadas alemanas habían cometido una masacre en la aldea griega de Distomo, en que resultaron muertos numerosos civiles. Señaló que un tribunal griego de primera instancia había fallado en 1997 contra Alemania y otorgado daños y perjuicios a los familiares de las víctimas de la masacre, y que ese fallo había sido posteriormente confirmado por la Corte Suprema de Grecia en el año 2000, pero no había sido posible hacer cumplir esos dos fallos en Grecia porque el Ministro de Justicia de Grecia no había dado la autorización requerida para hacer cumplir un fallo en contra de un Estado extranjero. La Corte señaló también que los demandantes en la causa *Distomo* habían iniciado posteriormente procedimientos contra Grecia y Alemania ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero éste, invocando el principio de inmunidad del Estado, había sostenido que la solicitud de los demandantes era inadmisibles. La Corte recordó que los demandantes griegos habían tratado entonces de hacer cumplir los fallos de los tribunales griegos en Italia, y el tribunal italiano había sostenido que el primer fallo griego (dictado en 1997) era ejecutable en Italia.

En su providencia, la Corte declaró a continuación que, en el fallo que dictaría en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania contra Italia)*, podría considerar necesario “examinar las decisiones de los tribunales griegos en la causa *Distomo*, a la luz del principio de inmunidad del Estado a efectos de pronunciarse sobre la tercera pretensión formulada por Alemania”. La Corte llegó a la conclusión de que esto bastaba para indicar que Grecia tenía un interés de orden jurídico que podía verse afectado por el fallo en la causa entre Alemania e Italia. Cabe recordar que la tercera pretensión formulada por Alemania dice como sigue: “que la República Italiana ... 3) Al declarar que sentencias griegas basadas en [violaciones del derecho internacional humanitario por el Reich alemán durante la Segunda Guerra Mundial] son ejecutables en territorio italiano, Italia ha violado una vez más la inmunidad jurisdiccional de Alemania”.

La Corte indicó claramente que, en los casos en que permite una intervención, puede limitar el alcance de esa intervención y permitirla solo con respecto a un aspecto del objeto de la solicitud que tiene ante sí. Teniendo en cuenta sus conclusiones con respecto al interés de orden jurídico de Grecia en la presente causa, la Corte declaró que se podía autorizar a Grecia a intervenir como no parte “en la medida en que dicha intervención se limitara a las decisiones de los tribunales griegos [en la causa *Distomo*]” que se mencionaban.

En términos concretos, la intervención de Grecia como “no parte” en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania contra Italia)* le permite tener acceso a los escritos de las partes e “informar a la Corte de la naturaleza de [sus] derechos e intereses jurídicos [...] que podrían verse afectados por la decisión de esta, habida cuenta de las pretensiones formuladas por Alemania” en el procedimiento principal. Con este fin, en la misma providencia, la Corte fijó los días 5 de agosto de 2011 y 5 de septiembre de 2011 como plazos respectivos para la presentación de la exposición escrita de Grecia y de las observaciones escritas de Alemania e Italia sobre esa exposición, y reservó la continuación del procedimiento para una decisión posterior. El artículo 85 del Reglamento de la Corte dispone, entre otras cosas, que “[e]l Estado interviniente tendrá derecho a presentar, durante el procedimiento oral, sus observaciones sobre el objeto de la intervención”.

Cabe señalar que la condición de no parte de Grecia no le permite reivindicar derechos propios en el marco del procedimiento principal entre las partes (Alemania e Italia) y que el fallo que emitirá la Corte sobre el fondo de la causa no será vinculante para Grecia, mientras que sí tendrá carácter obligatorio y será inapelable para las partes.

*
* *
* *

Opinión separada del Magistrado Cançado Trindade

1. El Magistrado Cançado Trindade, en su opinión separada compuesta de cinco partes, empieza por señalar que, dada la importancia que asigna a las cuestiones que tiene ante sí la Corte en esta providencia, y a las cuestiones en que se basa, se considera obligado a dejar constancia de su propio examen y de su posición personal sobre las cuestiones planteadas —conforme las percibe— en los seis documentos ante la Corte concernientes a los procedimientos ante la Corte relativos a la solicitud de Grecia de permiso para intervenir (dos presentados por el Estado demandante, Grecia, y dos presentados por cada una de las partes en la causa principal ante la Corte, Alemania e Italia —parte I).

2. Señala a continuación, en cuanto a la solicitud de Grecia de permiso para intervenir (parte II), que, aunque Alemania afirmó que no se oponía *formalmente* a ello, contradecía de hecho *sustancialmente* los fundamentos de la pretendida intervención de Grecia en virtud del Artículo 62

del Estatuto de la Corte. Italia, a su vez, declaró sin lugar a dudas que no tenía objeción a que se acogiera la solicitud de Grecia. Grecia precisó claramente que no pedía intervenir como parte en la presente causa y solo tenía *in mente* aspectos claramente circunscritos del procedimiento relativos a decisiones de sus propios tribunales nacionales sobre reclamaciones relacionadas con hechos acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial que deberían ejecutar los tribunales italianos.

3. La solicitud de Grecia se basaba en decisiones de un tribunal italiano que, entre otras cosas, hacían posible la ejecución en Italia de decisiones de los tribunales griegos que habían permitido la interposición de demandas civiles por daños y perjuicios contra Alemania fundadas en violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario perpetradas por tropas alemanas en Grecia, y en particular en la aldea griega de Distomo, durante la Segunda Guerra Mundial. Dadas las dificultades a que hacían frente en Grecia, los nacionales griegos interesados solicitaron el reconocimiento como ejecutables de esas decisiones en Italia. Alemania, por su parte, desea que, en la causa principal, la Corte Internacional de Justicia declare que Italia ha violado su inmunidad jurisdiccional.

4. El Magistrado Cançado Trindade observa que no se trataba estricta o formalmente del consentimiento de las partes en la causa principal en este caso particular y que, de todos modos, ese consentimiento no cumple ninguna función en los procedimientos conducentes a la decisión de la Corte de otorgar o no permiso para intervenir (parte III). Sostiene que el consentimiento del Estado tiene sus límites y que la Corte no está siempre limitada por el consentimiento del Estado en relación no solo con la intervención sino también con otros aspectos del procedimiento ante la Corte; la Corte Internacional de Justicia no es un tribunal arbitral.

5. El Magistrado Cançado Trindade pasa luego a la parte más extensa de su opinión separada, relativa a la *coexistencia de derechos de los Estados y derechos de las personas* en el *jus gentium* del siglo XXI (parte IV). En cuanto a la *titularidad* de los derechos de los Estados, examina en primer lugar las decisiones de los tribunales griegos mencionadas por Alemania, a saber: a) el fallo de 1997 del Tribunal de Primera Instancia de Livadia en la causa *Masacre de Distomo*; b) el fallo de 2000 del Tribunal de Casación (*Areios Pagos*) en la misma causa, *Masacre de Distomo*; y c) el fallo de 2002 del Tribunal Supremo Especial de Grecia en la causa *Margellos y otros*.

6. Recuerda a este respecto que en 1995 más de 250 familiares de las víctimas de la masacre (de 1944) en la aldea de Distomo iniciaron procedimientos contra Alemania ante tribunales griegos reclamando indemnización por la pérdida de vidas y bienes a raíz de actos perpetrados en junio de 1944 por las fuerzas de ocupación alemanas (bajo el Tercer Reich) en Grecia. El 25 de septiembre de 1997, el Tribunal de Primera Instancia de Livadia declaró que un Estado no puede

escudarse en la inmunidad cuando el acto que se le atribuye se perpetró en violación de normas de *jus cogens* y afirmó que un Estado que cometía esa violación había renunciado indirectamente a la inmunidad. En consecuencia, el Tribunal de Livadia determinó que Alemania era responsable y le ordenó pagar indemnización a los familiares de las víctimas de la *masacre de Distomo*.

7. Este fallo fue objeto de procedimientos de ejecución en Italia, que Alemania mencionó en sus escritos en la causa ante la Corte. En conexión con el *jus cogens*, el Tribunal de Livadia se refirió expresamente al Convenio de La Haya (IV) de 19 de octubre de 1907, al artículo 46 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra anexo a ese Convenio, así como al derecho internacional consuetudinario y al principio general de derecho *ex injuria jus non oritur*. Alemania planteó a continuación el caso ante la Corte de Casación (*Areios Pagos*) alegando inmunidad de jurisdicción ante los tribunales griegos. El 4 de mayo de 2000, Corte de Casación decidió en la causa *Masacre de Distomo* que los tribunales griegos eran competentes para ejercer su jurisdicción en la causa.

8. En cuanto al derecho sustantivo, la Corte sostuvo en primer lugar que la inmunidad del Estado es un concepto generalmente aceptado de derecho internacional y forma parte del ordenamiento jurídico griego. La Corte de Casación consideró que se renuncia tácitamente a la inmunidad siempre que los actos en cuestión se cometen en violación de las normas de *jus cogens* (refiriéndose una vez más al artículo 46 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra anexo al Convenio de La Haya (IV) de 1907). El *Areios Pagos* declaró también, en la causa *Masacre de Distomo*, que debía aplicarse una excepción a la norma de inmunidad cuando los actos respecto de los cuales se solicitaba indemnización (especialmente los crímenes de lesa humanidad) se habían cometido en un lugar dado contra personas que no tenían relación directa ni indirecta con las operaciones militares; además, se renunciaba tácitamente a la inmunidad siempre que esos actos, como se indicó antes, constituían violaciones de *jus cogens*.

9. Paralelamente, se estaban realizando también ante los tribunales griegos procedimientos en *otra causa* similar (la causa *Margellos y otros*). La Corte de Casación remitió la causa *Margellos y otros* al Tribunal Supremo Especial de Grecia que, por mayoría de *seis votos contra cinco*, declaró el 17 de diciembre de 2002, entre otras cosas, que con arreglo al derecho internacional consuetudinario, un Estado extranjero seguía disfrutando de inmunidad soberana con respecto a los actos ilícitos cometidos en el Estado del foro independientemente de si la conducta en cuestión violaba normas de *jus cogens* o las fuerzas armadas participaban en un conflicto armado. Como resultado, el efecto de este último fallo del Tribunal Supremo Especial en la causa *Margellos* consistió básicamente en anular el fallo del Tribunal de Primera Instancia de Livadia por el que se otorgaba indemnización a los

demandantes, según lo confirmado por la Corte de Casación en la misma causa.

10. Refiriéndose siempre a la cuestión de los Estados como *titulares* de derechos, el Magistrado Caçado Trindade pasa examinar a continuación los enfoques de Alemania y de Grecia, y sostiene la opinión de que difícilmente podría negarse que la cuestión de la ejecución de los fallos de un órgano judicial de un Estado, que forma parte integrante del Estado en cuestión, responde a un interés de carácter jurídico de ese Estado, para los fines de su pretendida intervención en un litigio internacional. Es así incluso si los beneficiarios finales de la ejecución de esos fallos son *personas, seres humanos*, nacionales de ese Estado. Un interés relacionado con la ejecución (en el extranjero) de decisiones judiciales solo puede calificarse como interés de *carácter jurídico*, y no de ninguna otra especie o de un carácter distinto.

11. El Magistrado Caçado Trindade pasa entonces a considerar la *titularidad* de los derechos de las personas; cuestión planteada en estos procedimientos por la propia Alemania. A este respecto, lamenta que la reconvencción de Italia en el presente caso haya sido desestimada por la Corte (en su providencia de 6 de julio de 2010), con su opinión disidente. Su interpretación es que los Estados no pueden renunciar mediante acuerdos entre Estados a reclamaciones que se refieren a derechos que son inherentes a los seres humanos (como por ejemplo, en el ámbito de esa reconvencción, el derecho a la integridad personal, a no ser sometido a trabajos forzados); no puede haber ninguna renuncia tácita o expresa a ese respecto, ya que los derechos de que se trata no son derechos de los Estados sino de los seres humanos.

12. En cuanto a la solicitud de Grecia de permiso para intervenir, recuerda: a) el legado de la subjetividad de las personas en el *jus gentium*; b) la presencia y la participación de la persona en el ordenamiento jurídico internacional; c) el rescate de la persona como sujeto de derecho internacional; y d) la importancia histórica de la subjetividad internacional de la persona. El Magistrado Caçado Trindade sostiene que los seres humanos poseen efectivamente derechos y obligaciones que *emanan directamente del derecho internacional*, con el que se encuentran en contacto directo. No hay en el derecho internacional nada intrínseco que impida o que haga imposible ese contacto directo.

13. En su opinión, es perfectamente posible conceptualizar como sujeto de derecho internacional una persona o entidad, *titular* de derechos y de obligaciones que emanan directamente de normas del derecho internacional. Esa es, en su opinión, la situación de los seres humanos que han promovido y fortalecido así su contacto directo —sin intermediarios— con el ordenamiento jurídico internacional. Esa es la fuente de la ampliación alentadora de *la personalidad* y de *la responsabilidad* jurídica internacional. La idea de la soberanía absoluta del Estado, que condujo a la irresponsabilidad y la supuesta omnipotencia del Estado, y no impidió sucesivas atrocidades contra seres humanos (como la masa-

cre de Distomo del 10 de junio de 1944), llegó a ser con el paso del tiempo enteramente carente de fundamento.

14. El Magistrado Cançado Trindade añade que el surgimiento de la categoría jurídica de la personalidad jurídica internacional de las personas, que es una demostración del proceso histórico de *humanización* del derecho internacional, satisfizo una de las *necesidades* de la comunidad internacional, precisamente una que surgió de manera prominente, a saber, la de *proteger* a los seres humanos que la integran, en particular los que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Se ha visto claramente en los últimos años que la inmunidad del Estado no es un concepto estático, vinculado inmutablemente a sus orígenes históricos, y que en cambio también se reacomoda en el universo conceptual en evolución del *jus gentium* contemporáneo.

15. Esta evolución, que contribuye en última instancia al estado de derecho a los niveles nacional e internacional, debe apreciarse en una dimensión más amplia. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, la Corte tiene ahora ante sí una causa relativa a las inmunidades jurisdiccionales del Estado, con repercusiones para todos los *titulares* de los derechos, Estados y personas por igual. Se trata de una causa que guarda relación directa con la evolución del derecho internacional en nuestro tiempo. No hay a su parecer ninguna razón para seguir elaborando los derechos de los Estados y descuidando al mismo tiempo los derechos de las personas. Unos y otros deben evolucionar *pari passu* en nuestros días, atendiendo a valores comunes superiores. La inmunidad del Estado y los derechos fundamentales de la persona humana no deben excluirse mutuamente, ya que ello haría que la inmunidad fuera inaceptablemente equivalente a la impunidad.

16. La parte V de la opinión separada del Magistrado Cançado Trindade se dedica a la *resurrectio* de la intervención en los litigios internacionales contemporáneos. Observa que en el ámbito de las circunstancias del presente caso, la intervención ha visto por fin la luz del día. Añade que ello resulta alentador, ya que el objeto de la causa en cuestión está estrechamente relacionado con la evolución del propio derecho internacional en nuestros tiempos, y es pertinente, en última instancia, para todos los Estados y para la comunidad internacional en su totalidad y, según él, apunta a una

evolución hacia un derecho internacional verdaderamente *universal*. A su parecer, la decisión de la Corte en la providencia actual de dar a Grecia permiso para intervenir expresa adecuadamente el principio de la buena administración de justicia en el contexto del caso de que se trata.

17. El Magistrado Cançado Trindade llega a la conclusión de que no es posible encarar una cuestión como la relativa a las inmunidades jurisdiccionales del Estado en circunstancias como las presentes (que tienen como origen fáctico violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario) desde un punto de vista estrictamente interestatal. En los procedimientos ante la Corte se ha dado la debida consideración a los Estados como *titulares* de derechos al igual que a las personas como *titulares* de derechos. La *resurrectio* de la intervención en esas circunstancias tiene posibilidades de satisfacer las necesidades no solo de los Estados interesados sino también de las personas interesadas, y en última instancia de la comunidad internacional en su totalidad, en el universo conceptual del nuevo *jus gentium* de nuestros tiempos.

Declaración del Magistrado *ad hoc* Gaja

No es difícil entender el deseo del Gobierno de Grecia de participar en un debate sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros en relación con reclamaciones planteadas por personas que sufrieron como resultado de violaciones del derecho internacional humanitario durante una ocupación beligerante. Sin embargo, la única oportunidad prevista en el Estatuto y en el Reglamento para que un Estado que no es parte en los procedimientos exprese sus opiniones consiste en intervenir. El Estado debe tener con arreglo al Estatuto un interés jurídico que podría verse afectado por la decisión en la causa. El interés en cuestión debe existir de acuerdo con el derecho internacional. En ausencia de una norma de derecho internacional que disponga la ejecución de fallos griegos pertinentes en Italia, no cabe decir que Grecia tiene un interés de carácter jurídico en que se ejecuten los fallos griegos en Italia. La cuestión de determinar si al disponer que los fallos griegos sean ejecutables en Italia con arreglo a su derecho interno, Italia violó una obligación para con Alemania es una cuestión que concierne solamente a Alemania y a Italia.

189. SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN DEL FALLO DE 15 DE JUNIO DE 1962 EN LA CAUSA RELATIVA AL TEMPLO DE PREAH VIHEAR (CAMBOYA CONTRA TAILANDIA) (CAMBOYA CONTRA TAILANDIA) [SOLICITUD DE INDICACIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES]

Providencia de 18 de julio de 2011

El 18 de julio de 2011, la Corte Internacional de Justicia dictó su providencia relativa a la solicitud de indicación de medidas provisionales presentada por Camboya en la causa relativa a la *Solicitud de interpretación del fallo de 15 de junio de 1962 en la causa relativa al Templo de Preah Vihear (Camboya contra Tailandia) (Camboya contra Tailandia)*. En su providencia, la Corte rechazó la solicitud de Tailandia de que la causa incoada por Camboya fuese retirada de la Lista General e indicó diversas medidas provisionales.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; Magistrados *ad hoc* Guillaume, Cot; Secretario Couvreur.

*
* *
* *

El párrafo resolutivo (párr. 69) de la providencia dice lo siguiente:

“ ...

LA CORTE,

a) Por unanimidad,

Rechaza la solicitud del Reino de Tailandia de que la causa incoada por el Reino de Camboya el 28 de abril de 2011 de la Lista General de la Corte;

b) *Indica* las siguientes medidas provisionales:

1) Por once votos contra cinco,

Ambas partes retirarán inmediatamente su personal militar actualmente presente en la zona desmilitarizada provisional, que se define en el párrafo 62 de la presente providencia, y se abstendrán de toda presencia militar dentro de dicha zona y de toda actividad armada dirigida a dicha zona;

VOTOS A FAVOR: Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Simma, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood; Magistrado *ad hoc* Guillaume;

VOTOS EN CONTRA: Presidente Owada; Magistrados Al-Khasawneh, Xue, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Cot;

2) Por quince votos contra uno,

Tailandia no obstruirá el libre acceso de Camboya al Templo de Preah Vihear ni el suministro por parte de Camboya de provisiones frescas a su personal no militar en el Templo;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue; Magistrados *ad hoc* Guillaume, Cot;

VOTOS EN CONTRA: Magistrada Donoghue

3) Por quince votos contra uno,

Ambas partes continuarán la cooperación que han iniciado dentro de la ASEAN y, en particular, permitirán que los observadores designados por la organización tengan acceso a la zona desmilitarizada provisional;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue; Magistrados *ad hoc* Guillaume, Cot;

VOTOS EN CONTRA: Magistrada Donoghue

4) Por quince votos contra uno,

Ambas partes se abstendrán de toda acción que pueda agravar o extender la controversia que la Corte tiene ante sí o hacer más difícil su resolución;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue; Magistrados *ad hoc* Guillaume, Cot;

VOTOS EN CONTRA: Magistrada Donoghue

c) Por quince votos contra uno,

Decide que cada parte informe a la Corte acerca de su cumplimiento de las medidas provisionales mencionadas;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue; Magistrados *ad hoc* Guillaume, Cot;

VOTOS EN CONTRA: Magistrada Donoghue

d) Por quince votos contra uno,

Decide que, hasta que la Corte haya dictado su fallo sobre la solicitud de interpretación, seguirá conociendo de los asuntos que constituyen el objeto de la presente providencia.

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue; Magistrados *ad hoc* Guillaume, Cot;

VOTOS EN CONTRA: Magistrada Donoghue.”

*
* *
* *

El Presidente Owada anexó una opinión disidente a la providencia de la Corte; el Magistrado Koroma anexó una declaración a la providencia de la Corte; el Magistrado Al-Khasawneh anexó una opinión disidente a la providencia de la Corte; el Magistrado Cañado Trindade anexó una opinión separada a la providencia de la Corte; los Magistrados Xue y Donoghue anexaron opiniones disidentes a la providencia de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Guillaume anexó una declaración a la providencia de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Cot anexó una opinión disidente a la providencia de la Corte.

*
* *

1. *Demanda y solicitud de indicación de medidas provisionales* (párrs. 1 a 18 de la providencia)

Demanda por la que se incoó el procedimiento (párrs. 1 a 5)

La Corte comienza recordando que, en su demanda, Camboya invoca el primer párrafo de la cláusula resolutive del fallo de 1962, en el cual la Corte declaró que “el Templo de Preah Vihear [estaba] situado en territorio bajo la soberanía de Camboya”. La Corte nota el argumento de Camboya según el cual la Corte “no podría haber llegado a esa conclusión si primero no hubiera reconocido que existía una frontera legalmente establecida entre las dos partes en la zona en cuestión”. También recuerda que la parte demandante sugiere que, en los fundamentos del fallo de 1962, la Corte consideró que las dos partes, por su comportamiento, habían reconocido que la línea que figura en el mapa contenido en el Anexo I a la memoria de Camboya (en adelante, el “mapa del Anexo I”), un mapa trazado en 1907 por la Comisión Mixta Franco-Siamesa, representaba la frontera entre Camboya y el Reino de Tailandia (en adelante “Tailandia”) en la zona del Templo de Preah Vihear. También observa que Camboya invoca la jurisprudencia de la Corte según la cual, “si bien en principio toda solicitud de interpretación debe relacionarse con la parte resolutive del fallo, también puede relacionarse con las razones en que se fundó el fallo que sean inseparables de la parte resolutive”.

A continuación, la Corte recuerda que, en su demanda, el Estado demandante invoca el segundo párrafo de la cláusula resolutive del fallo de 1962, en el cual la Corte declaró que “Tailandia [tenía] la obligación de retirar a todos los elementos de sus fuerzas armadas o de policía, u otros guardas

o guardianes, que hubiera apostado en el templo, o en sus proximidades en territorio de Camboya”. La Corte observa además que, según la parte demandante, esa obligación deriva del hecho de que el Templo de Preah Vihear y sus proximidades están situados en territorio bajo la soberanía de Camboya, según lo reconoció la Corte en el primer párrafo de la cláusula resolutive, y “ello va más allá de un retiro solamente del predio del Templo mismo y se extiende a la zona del Templo en general”. La Corte nota que, según Camboya, “la enunciación de esta obligación en la cláusula resolutive del fallo indica que debe entenderse como una obligación general y continua que incumbe a Tailandia de no avanzar dentro del territorio de Camboya”.

La Corte también observa que, según Camboya, su competencia para conocer de una solicitud de interpretación de uno de sus fallos se basa directamente en el Artículo 60 del Estatuto, que estipula que “[e]n caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de las partes” y que, al final de su demanda, Camboya presenta la siguiente petición:

“Habida cuenta de que ‘el Templo de Preah Vihear está situado en territorio bajo la soberanía de Camboya’ (primer párrafo de la cláusula resolutive), lo cual es la consecuencia jurídica del hecho de que el Templo está situado del lado camboyano de la frontera, tal como dicha frontera fue reconocida por la Corte en su fallo, y sobre la base de los hechos y argumentos jurídicos expuestos *supra*, Camboya respetuosamente pide a la Corte que juzgue y declare que:

La obligación que incumbe a Tailandia de ‘retirar a todos los elementos de sus fuerzas armadas o de policía, u otros guardas o guardianes, que hubiera apostado en el templo, o en sus proximidades en territorio de Camboya’ (segundo párrafo de la cláusula resolutive) es una consecuencia particular de la obligación general y continua de respetar la integridad del territorio de Camboya, territorio que ha sido delimitado en la zona del Templo y sus proximidades por la línea que figura en el mapa del Anexo I, en el que se basa el fallo de la Corte.”

Solicitud de indicación de medidas provisionales

La Corte recuerda a continuación que, “el 28 de abril de 2011, habiendo presentado su demanda, Camboya, haciendo referencia al Artículo 41 del Estatuto y el artículo 73 del Reglamento de la Corte, también presentó una solicitud de indicación de medidas provisionales a fin de ‘hacer que cesen [las] incursiones [de Tailandia] en su territorio mientras no se dicte la decisión de la Corte sobre la solicitud de interpretación del fallo de 1962” y que, “en su solicitud de indicación de medidas provisionales, Camboya hace referencia a la base de competencia de la Corte invocada en su demanda”.

La Corte nota las alegaciones formuladas por Camboya, según las cuales “desde el 22 de abril de 2011, han ocurrido

graves incidentes armados en la zona del Templo de Preah Vihear y en varios lugares situados a lo largo de la frontera entre Camboya y Tailandia”. La Corte también nota que, según Camboya, “Tailandia es responsable de dichos incidentes”. La Corte observa que, según la parte demandante, “dichos incidentes han causado muertes, lesiones y la evacuación de los habitantes locales”. La Corte nota además que, “en su solicitud, Camboya afirma que si se rechazara esa solicitud, y si Tailandia persistiera en su comportamiento, empeorarían tanto el daño causado al Templo de Preah Vihear como la pérdida de vidas y el sufrimiento humano resultante de esos choques armados”. La Corte dice que, según Camboya, “[s]e requiere urgentemente la adopción de medidas, tanto para salvaguardar [sus] derechos ... a la espera de la decisión de la Corte —derechos relacionados con su soberanía, con su integridad territorial y con el deber de no injerencia que incumbe a Tailandia— como para evitar el agravamiento de la controversia”.

La Corte recuerda que “al final de su solicitud de indicación de medidas provisionales, Camboya [le] pide que indique las siguientes medidas provisionales mientras no dicta su fallo sobre la solicitud de interpretación: i) “un retiro inmediato e incondicional de todas las fuerzas tailandesas de las partes del territorio de Camboya situadas en la zona del Templo de Preah Vihear”; ii) “una prohibición de toda actividad militar por parte de Tailandia en la zona del Templo de Preah Vihear”; y iii) “que Tailandia se abstenga de todo acto o acción que pueda interferir en los derechos de Camboya o agravar la controversia en el procedimiento principal”. La Corte dice que la parte demandante también le pide, “en razón de la gravedad de la situación, que considere su solicitud de indicación de medidas provisionales con carácter urgente”.

A continuación, la Corte hace una breve reseña de la historia del procedimiento (párrs. 12 a 17).

La Corte nota que, al final de su segunda ronda de observaciones orales, el Reino de Tailandia le pidió “que retirara de la Lista General la causa incoada por el Reino de Camboya el 28 de abril de 2011”.

2. *Desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo de 1962 y competencia de la Corte* (párrs. 19 a 32)

La Corte observa en primer lugar que, cuando recibe una solicitud de indicación de medidas provisionales en el contexto de un procedimiento de interpretación de un fallo con arreglo al Artículo 60 del Estatuto, tiene que considerar si se han cumplido las condiciones enunciadas en dicho Artículo para que la Corte conozca de una solicitud de interpretación.

La Corte recuerda que el Artículo 60 dice lo siguiente: “El fallo será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de las partes”, y que esa disposición está comple-

mentada por el párrafo 1 del artículo 98 del Reglamento de la Corte, que dice: “En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance de un fallo, cualquiera de las partes podrá presentar una demanda de interpretación ...”.

La Corte nota, en el párrafo 21 de su providencia, que “[su] competencia sobre la base del Artículo 60 del Estatuto no está sujeta a la condición previa de la existencia de ninguna otra base de competencia entre las partes en la causa original” y que “de ello se infiere que, incluso si la base de competencia en la causa original caduca, la Corte, de todos modos, en virtud del Artículo 60 del Estatuto, puede conocer de una solicitud de interpretación siempre que haya un ‘desacuerdo sobre el sentido o el alcance’ de cualquier fallo que haya dictado”. No obstante, la Corte dice que “puede indicar medidas provisionales en el contexto de un procedimiento de interpretación de un fallo solo si está convencida *prima facie* de que parece existir un ‘desacuerdo’ en el sentido del Artículo

60 del Estatuto”. Añade que “en esta etapa, no es necesario que esté convencida de manera definitiva de que tal desacuerdo existe”.

La Corte recuerda que por “desacuerdo” en el sentido del Artículo 60 del Estatuto debe entenderse una diferencia de opinión o de puntos de vista entre las partes sobre el sentido o el alcance de un fallo dictado por la Corte, y que la existencia de tal desacuerdo no requiere que se cumplan los mismos criterios que determinan la existencia de una controversia con arreglo al párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto.

Habiendo señalado que “se ha establecido que un desacuerdo en el sentido del Artículo 60 del Estatuto debe relacionarse con la cláusula resolutive del fallo en cuestión y no puede referirse a las razones en que se funda el fallo salvo en la medida en que dichas razones sean inseparables de la cláusula resolutive”, la Corte dice que ahora debe “determinar si parece existir un desacuerdo entre las partes en la presente causa, en el sentido del Artículo 60 del Estatuto”. Recuerda las posiciones adoptadas por las partes (párrafos 25 a 30 de la providencia) y concluye que, a la luz de dichas posiciones, “parece existir entre ellas una diferencia de opinión o de puntos de vista sobre el sentido o el alcance del fallo de 1962”. La Corte declara que esa diferencia parece referirse: i) “en primer lugar, al sentido y el alcance de la frase ‘proximidades en el territorio de Camboya’ empleada en el segundo párrafo de la cláusula resolutive del fallo”; ii) “luego, a la naturaleza de la obligación impuesta a Tailandia, en el segundo párrafo de la cláusula resolutive del fallo, de ‘retirar a todos los elementos de sus fuerzas armadas o de policía, u otros guardas o guardianes’, y, en particular, a la cuestión de si dicha obligación es de carácter continuo o instantáneo”, y iii) “finalmente, a la cuestión de si el fallo reconoció o no con fuerza vinculante que la línea que figura en el mapa del Anexo I representa la frontera entre las dos partes”. La Corte recuerda que “la Corte Permanente de Justicia Internacional tuvo anteriormente ocasión de declarar que una diferencia

de opinión acerca de si un punto en particular ha sido decidido con fuerza vinculante o no también constituye una causa que está comprendida en los términos del Artículo 60 del Estatuto”.

Habiendo concluido que “parece existir, así, un desacuerdo entre las partes sobre el sentido o el alcance del fallo de 1962, y [que] por consiguiente resulta que la Corte puede, de conformidad con el Artículo 60 del Estatuto, conocer de la solicitud de interpretación de dicho fallo presentada por Camboya”, la Corte considera, “en consecuencia, [que] no puede acceder a la solicitud de Tailandia de que la causa se retire de la Lista General” y que “hay una base suficiente para que [la Corte] pueda indicar las medidas provisionales solicitadas por Camboya, si se cumplen las condiciones necesarias”.

A continuación, la Corte considera las condiciones requeridas para la indicación de medidas provisionales (párrafos 33 a 56).

3. *Verosimilitud de los derechos alegados en la demanda principal y vínculo entre esos derechos y las medidas solicitadas* (párrs. 33 a 45)

Habiendo notado que “[su] potestad de indicar medidas provisionales con arreglo al Artículo 41 del Estatuto tiene como objeto resguardar los respectivos derechos de las partes mientras no se pronuncia la decisión de la Corte” y que “de ello se infiere que [la Corte] debe preocuparse por resguardar mediante tales medidas los derechos que posteriormente la Corte pueda determinar que pertenecen a una u otra de las partes”, la Corte indica, primero, que “puede ejercer esa potestad solo si está convencida de que los derechos afirmados por una parte son por lo menos verosímiles” y, segundo, que “en un procedimiento con arreglo al Artículo 60 del Estatuto, ello supone que los derechos que la parte que solicita medidas provisionales alega que derivan del fallo en cuestión, a la luz de su interpretación de dicho fallo, son por lo menos verosímiles”. La Corte observa además que “debe establecerse un vínculo entre los derechos alegados y las medidas provisionales solicitadas para protegerlos” y que, “en un procedimiento con arreglo al Artículo 60 del Estatuto, ello supone que hay un vínculo entre las medidas provisionales solicitadas por una parte y los derechos que dicha parte alega que derivan del fallo en cuestión, a la luz de la interpretación que da a dicho fallo”.

Verosimilitud de los derechos alegados en la demanda principal (párrs. 35 a 41)

Habiendo recordado brevemente las posiciones de las partes sobre la verosimilitud de los derechos alegados en la demanda principal (párrs. 35 y 36), la Corte considera que “debería, desde el comienzo, dejarse en claro que el Artículo 60 del Estatuto no impone ningún plazo para las solicitudes de interpretación”. Subraya que la Corte “puede conocer de una solicitud de interpretación en la medida en que exista

un desacuerdo sobre el sentido o el alcance de un fallo”, y que “tal desacuerdo puede, en sí mismo, ciertamente surgir de hechos posteriores al dictado de dicho fallo”. La Corte considera que “en esta etapa del procedimiento, no tiene que pronunciarse definitivamente sobre la interpretación del fallo de 1962 formulada por Camboya ni sobre los derechos que alega que derivan de él”. Añade que “a los efectos de considerar la solicitud de indicación de medidas provisionales, solo necesita determinar si esos derechos son por lo menos verosímiles”.

A continuación, la Corte recuerda que, “en la cláusula resolutive de su fallo de 1962, declaró en particular que el Templo de Preah Vihear estaba situado en territorio bajo la soberanía de Camboya, y que Tailandia tenía la obligación de retirar a todas las fuerzas militares que hubiera apostado en el Templo o en sus proximidades en territorio de Camboya”. La Corte nota que “la interpretación del fallo de 1962 formulada por Camboya a fin de hacer valer sus derechos —a saber, el derecho a que se respete su soberanía en la zona del Templo de Preah Vihear y su derecho a la integridad territorial— es que la Corte solo pudo llegar a esas conclusiones después de reconocer la existencia de una frontera entre los dos Estados y determinar que el Templo y sus ‘proximidades’ estaban del lado camboyano de dicha frontera”. Camboya alega que la frase “proximidades en territorio de Camboya” incluye la zona que circunda al predio del Templo y que, consiguientemente, “Tailandia tiene una obligación continua de no infringir la soberanía de Camboya sobre esa zona”.

La Corte concluye que “los derechos alegados por Camboya, en la medida en que se basan en el fallo de 1962 tal como lo interpreta Camboya, son verosímiles”, y dice que si bien “esta conclusión no prejuzga del resultado del procedimiento principal ..., es de todos modos suficiente a los efectos de considerar la presente solicitud de indicación de medidas provisionales”.

Vínculo entre los derechos alegados y las medidas solicitadas (párrs. 42 a 45)

Habiendo recordado brevemente las posiciones de las partes sobre este punto (párrs. 42 a 43), la Corte recuerda que “en un procedimiento relativo a la interpretación, [le] incumbe clarificar el sentido y el alcance de lo que la Corte decidió con fuerza vinculante en un fallo”. Observa que “Camboya procura la clarificación del sentido y el alcance de lo que la Corte decidió con fuerza vinculante en el fallo de 1962 en la causa relativa al Templo de *Preah Vihear* (Camboya contra Tailandia)”, y le solicita “que especifique el sentido y el alcance de la cláusula resolutive de dicho fallo con respecto a la extensión de su soberanía en la zona del Templo (véase el párrafo 5 [de la providencia])”. En su solicitud de indicación de medidas provisionales (véase el párrafo 11 [de la providencia]), Camboya, mientras se pronuncia la decisión final de la Corte, “es precisamente procurar

la protección de los derechos a la soberanía sobre esta zona que, según alega, derivan de la cláusula resolutoria del fallo de 1962”. La Corte concluye que “las medidas provisionales que se procuran tienen la finalidad de proteger los derechos que Camboya invoca en su solicitud de interpretación” y que, “por consiguiente, se ha establecido el necesario vínculo entre los derechos alegados y las medidas solicitadas”.

4. *Riesgo de perjuicio irreparable; urgencia* (párrs. 46 a 68)

La Corte recuerda ante todo que, de conformidad con el Artículo 41 de su Estatuto, tiene “la potestad de indicar medidas provisionales cuando se pueda causar perjuicio irreparable a los derechos que son objeto del procedimiento judicial” y que su potestad de indicar medidas provisionales “solo se ejercerá si hay urgencia, en el sentido de que haya un riesgo real e inminente de que se cause un perjuicio irreparable a los derechos en controversia antes de que [la Corte] haya pronunciado su decisión final”. Por consiguiente, la Corte debe “considerar si, en este procedimiento, tal riesgo existe”.

A continuación, la Corte recuerda los hechos tales como los describen las partes en el procedimiento (párrs. 48 a 52).

La Corte observa (párr. 53) que “en esta etapa del procedimiento, solo tiene que considerar si las circunstancias señaladas a su atención requieren la indicación de medidas provisionales”. En este caso, nota “que resulta aparente del expediente de la causa que en varias ocasiones han ocurrido incidentes entre las partes en la zona del Templo de Preah Vihear”. Así pues, observa que, “desde el 15 de julio de 2008, se han producido choques armados, que han seguido produciéndose en dicha zona, en particular entre el 4 y el 7 de febrero de 2011, y han causado muertes, lesiones y el desplazamiento de los habitantes locales”, y que “se han causado daños al Templo y a los bienes asociados con él”. La Corte nota que, “el 14 de febrero de 2011, el Consejo de Seguridad instó a que se estableciera una cesación del fuego permanente entre las dos partes y expresó su apoyo a [la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (en adelante, ‘ASEAN’)] en la búsqueda de una solución del conflicto”, y que “consiguientemente la Presidencia de la ASEAN propuso a las partes que se desplegaran observadores a lo largo de su frontera, pero que esa propuesta no se puso en práctica, porque las partes no se pusieron de acuerdo sobre la forma en que debía aplicarse”. La Corte añade que “a pesar de esos intentos por arreglar la controversia pacíficamente, hubo otro intercambio de fuego entre las partes el 26 de abril de 2011 en la zona del Templo”.

La Corte observa (párr. 54) que “la existencia de una cesación del fuego ‘no ... [la] priva de los derechos y deberes de que está investida en la causa que tiene ante sí’” y que, “por consiguiente, no está obligada a establecer, en esta etapa del procedimiento, si la cesación del fuego oral negociada entre los comandantes militares de las partes el 28 de abril de 2011

abarcaba o no la zona del Templo de Preah Vihear”. Asimismo considera que “los derechos que Camboya alega poseer con arreglo a los términos del fallo de 1962 en la zona del Templo podrían sufrir un perjuicio irreparable resultante de las actividades militares en dicha zona y, en particular, de la pérdida de vidas, las lesiones personales y los daños causados al Templo y a los bienes asociados con él”. Habiendo observado que “hay pretensiones en conflicto sobre el territorio que circunda al Templo” y que “la situación en la zona del Templo de Preah Vihear sigue siendo inestable y podría deteriorarse”, la Corte considera que “a causa de las persistentes tensiones y la ausencia de un arreglo del conflicto, hay un real e inminente riesgo de que se cause un perjuicio irreparable a los derechos alegados por Camboya”. Por consiguiente, concluye que hay urgencia en el presente caso.

La Corte concluye, primero, que puede indicar medidas provisionales, según lo previsto en el Artículo 41 de su Estatuto, y que las circunstancias de la presente causa requieren que lo haga. A continuación nota que, con arreglo a su Estatuto, tiene la potestad “de indicar medidas total o parcialmente distintas de las solicitadas o medidas que deban ser tomadas o cumplidas por la misma parte que haya formulado la demanda, como lo dice expresamente el párrafo 2 del artículo 75 del Reglamento de la Corte”. Recuerda que “ya ha ejercido esta potestad en varias ocasiones”, y dice que, cuando está indicando medidas provisionales a efectos de resguardar derechos específicos, también tiene, “independientemente de las solicitudes de las partes, ... la potestad de indicar medidas provisionales con miras a impedir el agravamiento o la extensión de la controversia siempre que considere que las circunstancias lo requieren”.

Habiendo considerado los términos de las medidas provisionales solicitadas por Camboya, la Corte “no encuentra, en las circunstancias del caso, que las medidas que haya de indicar deban ser las mismas que ha solicitado [dicho Estado] ni limitarse a las solicitadas”. Habiendo analizado los materiales que tiene ante sí, la Corte “estima adecuado indicar medidas dirigidas a ambas partes”.

La Corte subraya que “la zona del Templo de Preah Vihear ha sido escena de choques armados entre las partes y [que la Corte] ya ha concluido que dichos choques pueden ocurrir nuevamente”. Considera que le incumbe (párr. 61) “asegurar, en el contexto del presente procedimiento, que no se causen daños irreparables a las personas o los bienes en dicha zona mientras no haya dictado su fallo sobre la solicitud de interpretación”. Concluye que, “a fin de evitar que ocurran daños irreparables, todas las fuerzas deberán estar provisionalmente excluidas de una zona circundante a la zona del Templo, sin perjuicio del fallo que dicte [la Corte] sobre la solicitud de interpretación presentada por Camboya”.

La Corte continúa diciendo que “considera necesario, a fin de proteger los derechos controvertidos en el presente procedimiento, definir una zona que se mantendrá provisionalmente libre de todo personal militar, sin perjuicio de la

administración normal, incluida la presencia del personal no militar necesario para garantizar la seguridad de las personas y los bienes”. A continuación define esa zona desmilitarizada provisional (véase el párrafo 62 y el mapa esquemático incluido como apéndice de la providencia y anexado al presente resumen) y dice que “ambas partes, a fin de cumplir la presente providencia, retirarán a todo el personal militar actualmente presente en la zona así definida [y que] ambas partes se abstendrán no solo de toda presencia militar dentro de dicha zona desmilitarizada provisional, sino también de toda actividad armada dirigida a dicha zona” (párr. 63).

La Corte dice además (párr. 64) que “ambas partes continuarán la cooperación que han iniciado dentro de la ASEAN y, en particular, permitirán que los observadores designados por dicha organización tengan acceso a la zona desmilitarizada provisional”.

La Corte dice (párr. 65) que no se controvierte que el Templo de Preah Vihear en sí mismo pertenece a Camboya, que “Camboya debe, en todas las circunstancias, tener libre acceso al Templo y debe poder suministrar provisiones frescas a su personal no militar”; Tailandia debe, por consiguiente, “tomar todas las medidas necesarias a fin de no obstruir tal acceso libre e ininterrumpido”.

A continuación, la Corte recuerda a las partes, i) que “la Carta de las Naciones Unidas impone a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas la obligación de abstenerse, en sus relaciones internacionales, “de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”; ii) que “los Estados Miembros de las Naciones Unidas también están obligados a arreglar sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se ponga en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia”, y iii) que “ambas partes están obligadas, por la Carta y el derecho internacional general, a respetar esos principios fundamentales del derecho internacional”.

Finalmente, la Corte subraya que sus providencias “sobre medidas provisionales con arreglo al Artículo 41 [de su Estatuto] tienen efecto vinculante” y que por consiguiente crean “obligaciones jurídicas internacionales que ambas partes deben cumplir”. Añade que la decisión adoptada en el presente procedimiento relativo a la solicitud de indicación de medidas provisionales “no prejuzga en modo alguno de ninguna cuestión que la Corte deba considerar en relación con la solicitud de interpretación”.

*
* *
*

Opinión disidente del Presidente Owada

En su opinión disidente, el Presidente Owada dice que, si bien concuerda con la indicación de la Corte de que se establezca una zona desmilitarizada provisional a los efectos

de la separación militar, discrepa con la Corte en su concreta delimitación de la zona.

La Corte designó la zona de la que debe retirarse todo el personal militar, a la espera del resultado final de la decisión de la Corte sobre el fondo en la causa principal, de manera tal que se extiende a determinada porción de los territorios de las partes respecto de la cual la soberanía no está en controversia. En el pasado, en casos análogos en los que había riesgo de conflicto armado en la zona controvertida, la Corte limitó la indicación de medidas provisionales a ordenar a las partes que separaran sus fuerzas, en principio, de “la zona en controversia”. El Presidente Owada considera que, por más comprensible que haya sido la preocupación de la Corte acerca del posible estallido de un conflicto armado sobre la zona circundante al Templo de Preah Vihear, la Corte no debe ni puede, dentro de la competencia que tiene en la presente causa, establecer la zona cuadrangular designada en la providencia como zona desmilitarizada provisional. Además, en su opinión, la viabilidad de la aplicación de la zona desmilitarizada por las partes podría de hecho verse incrementada, si la Corte la estableciera de manera limitada al territorio en controversia entre las partes (aproximadamente 4,6 kilómetros cuadrados), pues cada una de las partes podría fácilmente identificar la zona sobre el terreno, sobre la base de los límites que respectivamente pretenden.

Declaración del Magistrado Koroma

En su declaración, el Magistrado Koroma dice que ha votado a favor de la providencia de la Corte, pero pone de relieve que la zona desmilitarizada establecida en la providencia es de carácter *temporal* y no prejuzga en modo alguno del resultado de la demanda que la Corte tiene ante sí. Más bien, según el Magistrado Koroma, la providencia tiene la finalidad de evitar nuevos choques armados entre las partes que puedan perjudicar los derechos de una u otra de las partes mientras la causa está pendiente ante la Corte.

El Magistrado Koroma dice que la Corte, cuando decida sobre la naturaleza precisa de las medidas provisionales que se propone indicar, debe tomar en consideración la existencia, la naturaleza y la magnitud de un conflicto armado entre las partes. Según el Magistrado Koroma, la Corte debe también evaluar el riesgo de que ocurran nuevos conflictos armados mientras la causa está pendiente. Señala que en otras causas en que había un conflicto armado, la Corte ha indicado medidas provisionales análogas a las indicadas en la presente causa a fin de resguardar los derechos de las partes. Añade que, en la presente causa, las pruebas presentadas ante la Corte demostraron que habían ocurrido repetidos incidentes de conflicto armado entre las partes, incluyendo bombardeos con artillería pesada. En consecuencia, el Magistrado Koroma dice que la Corte decidió crear una zona desmilitarizada temporal de dimensiones adecuadas para minimizar el riesgo de nuevos choques armados y bombardeos.

El Magistrado Koroma concluye que la providencia de la Corte debe verse como un esfuerzo por evitar nuevos conflictos armados entre las dos partes y no debería considerarse como un prejuzgamiento respecto de la demanda que la Corte tiene ante sí.

Opinión disidente del Magistrado Al-Khasawneh

En su opinión disidente, el Magistrado Al-Khasawneh explica las razones de su voto contrario al punto 1) del apartado B) del párrafo resolutivo 69 de la providencia. Si bien acepta que, en principio, en el presente caso se han cumplido todas las condiciones necesarias para la indicación de medidas provisionales, el Magistrado Al-Khasawneh rechaza la decisión de la Corte de establecer una “zona desmilitarizada provisional” y disponer que ambas partes retiren su personal militar de dicha zona. En su opinión, esa medida es excesiva e innecesaria, porque los derechos que tienen que ser protegidos del riesgo de perjuicio irreparable resultante de las actividades militares en la zona del Templo de Preah Vihear pueden ser protegidos de manera adecuada y efectiva simplemente disponiendo que ambas partes se abstengan de toda actividad militar en la zona que circunda al Templo o dirigida a dicha zona. Al mismo tiempo, el Magistrado Al-Khasawneh advierte que el establecimiento por la Corte de la “zona desmilitarizada provisional” sin ningún criterio discernible está sujeto a acusaciones de arbitrariedad, que la Corte podía haber evitado limitando el alcance de las medidas provisionales a las estrictamente necesarias para la protección de los derechos a la espera del fallo final.

Opinión separada del Magistrado Cançado Trindade

1. El Magistrado Cançado Trindade comienza su opinión separada, que comprende doce partes, señalando que, habida cuenta de la gran importancia que atribuye a los asuntos de que trata la Corte en la presente providencia, o subyacen a ésta, se siente obligado a dejar constancia en esta “causa trascendental” del *Templo de Preah Vihear* (tal como él la percibe) de los fundamentos de su propia posición personal acerca de ellos. Lo hace movido por un sentido del deber en el ejercicio de la función judicial internacional, y ello más aún cuando algunas de las enseñanzas que extrae de la presente decisión de la Corte “no están explícitamente desarrolladas y expresadas en la presente providencia” (parte I).

2. Siendo así, el Magistrado Cançado Trindade desarrolla sus propias reflexiones de conformidad con la secuencia siguiente: *a)* el paso del tiempo y el claroscuro del derecho; *b)* la densidad del tiempo; *c)* la dimensión temporal en el derecho internacional; *d)* la búsqueda de la intemporalidad; *e)* de la intemporalidad a la tempestividad; *f)* el paso del tiempo y el claroscuro de la existencia; *g)* el tiempo, la interpretación jurídica y la naturaleza de la obligación jurídica; *h)* del tiempo al espacio: territorio y pueblo juntos; *i)* los efectos de las medidas provisionales de protección en el *cas d’espèce* (abarcando la protección del pueblo en el territorio; la pro-

hibición del uso o la amenaza de la fuerza; y la protección del patrimonio cultural y espiritual del mundo); *j)* las medidas provisionales de protección, más allá del estricto enfoque territorialista, y *k)* consideraciones finales *sub specie aeternitatis*.

3. Comienza su razonamiento deteniéndose en “las multifacéticas relaciones entre tiempo y derecho”, una cuestión que revela el claroscuro del derecho internacional así como, en definitiva, de la existencia misma (parte II). Advierte que no se puede suponer un progreso lineal en la regulación de las relaciones de los Estados *inter se*, o de los seres humanos *inter se*, o entre los Estados y los seres humanos. Las presentes solicitudes de medidas provisionales y de interpretación con respecto al fallo de la CIJ de 15 de junio de 1962 en la causa relativa al *Templo de Preah Vihear*, son prueba del elemento de imprevisibilidad fáctica de los esfuerzos por el arreglo pacífico, para precavernos contra cualquier suposición acerca de los progresos definitivos logrados en esas relaciones entre los Estados o entre los seres humanos, o entre los primeros y los segundos.

4. A este respecto, recuerda las partes pertinentes de los alegatos de cincuenta años atrás que la Corte tiene ante sí (en las audiencias públicas de marzo de 1962), y a continuación pasa a un examen de lo que llama la “densidad del tiempo”, análogamente señalada a la atención de la Corte hace medio siglo (parte III). Como el tiempo no deja de pasar, y sigue corriendo, el Magistrado Cançado Trindade destaca los nuevos acontecimientos fácticos (ocurridos en los años 2000, 2007-2008 y 2011) ahora planteados a la Corte en las dos solicitudes pendientes ante ella. Para él, la dimensión temporal, en la presente causa del *Templo de Preah Vihear*, puede examinarse, a su entender, desde distintos ángulos, que desarrolla a lo largo de su opinión separada.

5. Para el Magistrado Cançado Trindade, la dimensión temporal es claramente inherente a la concepción del “desarrollo progresivo” del derecho internacional. Con los mismos parámetros, la consciente búsqueda de nuevas soluciones jurídicas ha de presuponer el sólido conocimiento de las soluciones del pasado y de la evolución del derecho aplicable como sistema abierto y dinámico, capaz de responder a las cambiantes necesidades de regulación. En efecto, —añade— la dimensión temporal subyace a todo el dominio del derecho en general, y del derecho internacional público en particular. El tiempo es inherente al derecho, a su interpretación y su aplicación, y a todas las situaciones y las relaciones humanas reguladas por él. A continuación critica las “inevitables dificultades” de la perspectiva estática del positivismo jurídico y del pensamiento “realista”.

6. El Magistrado Cançado Trindade sostiene que el tiempo marca una presencia perceptible en todo el dominio del derecho procesal internacional. En cuanto al derecho sustantivo, la dimensión temporal permea virtualmente todos los dominios del derecho internacional público, tales como, por ejemplo, el derecho de los tratados (regulación

pro futuro), el arreglo pacífico de las controversias internacionales (arreglo *pro futuro*), la sucesión de los Estados, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho ambiental internacional, entre otros. En la esfera de la regulación de los espacios (por ejemplo, derecho del mar, derecho del espacio ultraterrestre), la dimensión temporal aparece análogamente destacada. Hoy en día hay una mayor conciencia de la necesidad de satisfacer los intereses de las generaciones actuales y futuras (y hay un conjunto de convenciones multilaterales en vigor que así lo disponen).

7. La presente causa, centrada en el Templo de Preah Vihear, en la percepción del Magistrado Cançado Trindade parece resistir a los estragos del tiempo y estar dotada de con un toque de intemporalidad. El Templo de Preah Vihear, un monumento del arte khmer, data de la primera mitad del siglo XI; se erigió para durar durante tiempos inmemoriales, y satisfacer las necesidades espirituales de los fieles de la región (parte V). Los templos y los santuarios —añade—, que dan expresión a las diferentes fes religiosas, han sido erigidos en el pasado en distintas localidades en todos los continentes, en procura de la intemporalidad, para hacer eterna a la fe humana, esculpida en piedra con ese fin.

8. Los recientes acontecimientos fácticos (2007-2011) en la región demuestran que lo que fue concebido como un monumento dotado de *intemporalidad*, es ahora nuevamente objeto de controversia ante esta Corte, planteando ante ella, entre otras cosas, la cuestión de la *tempestividad* (parte VI). La causa relativa al *Templo de Preah Vihear* es ahora, medio siglo después de su decisión por la Corte el 15 de junio de 1962, señalada nuevamente a la atención de la Corte, mediante dos solicitudes de Camboya, una de interpretación del fallo de 1962 y la otra de medidas provisionales de protección. En la primera solicitud, de interpretación, el Estado demandante señala a la atención su tempestividad, como derecho a pedir la asistencia de la Corte para resolver que no ha sido sometida a ningún plazo por el Artículo 60 del Estatuto de la Corte.

9. El Estado demandado, si bien concede que no hay ningún plazo en el Artículo 60, argumenta que una interpretación “regresa” al texto del fallo, mientras que una solicitud de medidas provisionales “se relaciona con el futuro”, habiendo “una tensión entre las dos, que se hace cada vez más aguda a medida que pasa el tiempo”. El hecho de que tanto Tailandia como Camboya hayan considerado adecuado abordar, cada una a su manera, la cuestión de la tempestividad en las circunstancias del *cas d’espèce*, aparentemente sobresaltadas por ella, hace que la presente causa del Templo de *Preah Vihear* sea, en opinión del Magistrado Cançado Trindade, “realmente fascinante”, pues muestra “el rostro humano de una causa interestatal ante la Corte Mundial”.

10. En su percepción, la presente causa parece contener algunas lecciones, no tan fáciles de captar, con respecto a “las fronteras en el espacio y en el tiempo”, cuyo sentido es “juntar a los países y sus pueblos, y no separarlos”. El Magis-

trado Cançado Trindade reflexiona que “todas las culturas, incluidas las antiguas, en distintas latitudes, captaron el misterio del paso del tiempo, cada una a su manera”; no hay un medio social en el cual no se encuentren representaciones colectivas atinentes a su origen y a su destino. Hay un legado espiritual que se transmite, con el paso del tiempo, de generación en generación, conformando una “perfecta continuidad espiritual entre las generaciones”; de allí la relevancia de la conciencia de vivir *en el tiempo*.

11. El Magistrado Cançado Trindade añade que “el paso del tiempo, —una fuente de desesperación para algunos,— de hecho hace que los vivos estén inevitablemente más próximos a sus muertos, y los reúne, y la preservación del legado espiritual de nuestros predecesores constituye un medio por el cual pueden comunicarse con los vivos, y viceversa” (parte VII). A continuación señala, como el claroscuro de la existencia misma, las distinciones entre el tiempo cronológico y el tiempo biológico, y entre éste y el tiempo psicológico. El tiempo de los seres humanos primero los nutre de inocencia y esperanza, y posteriormente de experiencia y memoria; “el tiempo vincula el comienzo y el fin de la existencia humana, en lugar de separarlos”.

12. A continuación dedica su atención al tiempo, la interpretación jurídica y la naturaleza de la obligación jurídica (parte VIII). A este respecto, reflexiona que, en la larga historia del derecho de gentes, 50 años pueden parecer un tiempo largo, o no tanto largo, dependiendo de cómo los veamos, y del “período de esa historia en que estemos pensando. Todo dependerá de la densidad del tiempo (...) del período en cuestión, si en ese período ha ocurrido mucho o no ha tenido lugar nada significativo”. No se puede perder de vista el hecho de que el tiempo y el espacio no forman parte del mundo empírico o real —añade—, sino que forman parte de nuestra “constitución mental” para examinar y comprender los acontecimientos que han ocurrido u ocurran.

13. El Magistrado Cançado Trindade recuerda que, en lo tocante a la interpretación jurídica, en la presente causa, Camboya y Tailandia sostienen las tesis distintas de la existencia de una obligación *continua*, o bien *instantánea*, respectivamente. En una solicitud de *medidas provisionales de protección* como la que la Corte tiene ante sí, atinente a una situación que parece cumplir los prerrequisitos de urgencia y gravedad, e inminencia de perjuicio irreparable, la Corte no puede simplemente abstenerse de dar respuesta a los puntos planteados ante ella. En el *cas d’espèce*, atinente al dominio de las relaciones interestatales (entre Camboya y Tailandia), cuando está en juego, como lo está aquí, el principio fundamental de la prohibición del uso o la amenaza de la fuerza, la obligación correspondiente es, a entender del Magistrado Cançado Trindade, una obligación *continua o permanente* (y no inmediata o “instantánea”), para los Estados interesados.

14. El Magistrado Cançado Trindade aborda a continuación otro aspecto de la causa, pasando de sus consideraciones sobre el tiempo y el derecho a las relativas al espacio

y el derecho. Centra la atención en “el elemento humano de la condición de Estado: la población”, que exige considerar al territorio y el pueblo juntos (parte IX). Examina las dos rondas de respuestas dadas por Camboya y Tailandia a una serie de preguntas que el Magistrado Cañado Trindade les hizo a ambas, al final de la audiencia pública de la Corte de 31 de marzo de 2011. Sus preguntas se referían a las condiciones de vida de la población local en la zona del Templo de Preah Vihear, como resultado de los incidentes ocurridos allí a partir del 22 de abril de 2011.

15. Después de señalar que hay puntos de convergencia tanto como de diferencia en las respectivas respuestas, el Magistrado Cañado Trindade concluye que, si bien “las respuestas aportan cierta clarificación y la situación parece haber progresado de manera positiva, con respecto al retorno seguro y voluntario de los habitantes locales a sus hogares, la calma lograda sigue siendo frágil, y parece ser provisional”. Advierte que la cesación del fuego es solo verbal, y no hay seguridades de que las hostilidades armadas no se reanuden y de que la población no sea desplazada una vez más. La cesación del fuego “parece ser temporal”, y nada indica que el conflicto no haya de estallar de nuevo. Concordantemente, en su opinión, la situación en la presente causa “requiere la indicación de medidas provisionales de protección para impedir o evitar el *nuevo agravamiento* de la controversia o situación, habida cuenta de la gravedad, la urgencia y los riesgos de perjuicio irreparable que actualmente tiene”.

16. Observa además, al respecto, que hoy en día se ha vuelto casi un lugar común evocar medidas provisionales de protección para impedir o evitar el “agravamiento” de la controversia o situación en cuestión. Sin embargo, esto suena “casi tautológico”, pues una controversia o situación que requiere medidas provisionales de protección ya está *per definitionem* dotada de gravedad y urgencia, habida cuenta de la probabilidad o inminencia de perjuicio irreparable. Así pues, sería más exacto, en su opinión, evocar medidas provisionales de protección para impedir o evitar un “ulterior agravamiento” de la controversia o situación en cuestión.

17. Su siguiente conjunto de consideraciones se refiere a los efectos de las medidas provisionales de protección en el *cas d'espèce* (parte X). Reflexiona que “el derecho internacional en cierta forma trata de ser *anticipatorio* en la regulación de los hechos sociales, de modo de evitar el desorden y el caos, así como el perjuicio irreparable. Lo que es anticipatorio es el derecho en sí mismo, y no el recurso injustificado a la fuerza”. Ello trae al primer plano la razón de ser de las medidas provisionales de protección, impedir y evitar el perjuicio irreparable en situaciones de gravedad y urgencia. Están dotadas de “carácter preventivo, siendo de naturaleza anticipatoria, mirando hacia adelante en el tiempo”, y revelando la dimensión preventiva de la salvaguardia de los derechos.

18. Para el Magistrado Cañado Trindade, pueden extraerse otras enseñanzas de la presente decisión de la Corte en la causa del Templo de Preah Vihear, también con respec-

to a: a) la protección del pueblo en el territorio; b) la prohibición del uso o la amenaza de la fuerza; c) la protección del patrimonio cultural y espiritual del mundo. A su entender, en cuanto al primer punto, “epistemológicamente no es imposible ni inadecuado que las medidas provisionales, del tipo de las indicadas en la presente providencia, extiendan protección también a la vida humana, y al patrimonio cultural y espiritual mundial”. Muy por el contrario, en su percepción, “los efectos reconfortantes de las medidas provisionales indicadas en la presente providencia radica en que extienden la protección no solo a la zona territorial en cuestión, sino también, al reafirmar la prohibición del uso o la amenaza de la fuerza —de conformidad con un principio fundamental del derecho internacional (...),— a la vida y la integridad personal de los seres humanos que habitan o se encuentran ocasionalmente en dicha zona o cerca de ella, así como al propio Templo de Preah Vihear en sí mismo, situado en la zona mencionada, y a todo lo que el Templo representa”.

19. Para el Magistrado Cañado Trindade, la Corte presta la debida atención al cumplimiento de los principios fundamentales del derecho internacional, consagrados en la Carta de las Naciones Unidas (Artículo 2) y reconocidos en el derecho internacional general, en particular la prohibición del uso o la amenaza de la fuerza (párrafo 4 del Artículo 2), además del arreglo pacífico de las controversias (párrafo 3 del Artículo 2). Además, el Magistrado Cañado Trindade dedica especial atención al reconocimiento del “valor universal” del Templo de Preah Vihear, inscripto el 07.07.2008 por el Comité del Patrimonio Mundial de la UNESCO como sitio del Patrimonio Mundial, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención de la UNESCO de 1972 para la protección del patrimonio mundial y cultural. Así pues, las medidas provisionales indicadas por la Corte extienden la protección también al patrimonio cultural y espiritual mundial.

20. En su opinión, aunque la Corte ha adoptado la decisión correcta a este respecto, estableciendo, con tal fin, una “zona desmilitarizada provisional, en las proximidades del Templo de Preah Vihear”, lo hizo de conformidad con un enfoque tradicional y con un “razonamiento reduccionista”, atento “esencialmente al territorio, aunque la causa que se le sometió va mucho más allá de ese enfoque”. Para él, más allá del estricto enfoque territorialista, es preciso tener en cuenta “*al pueblo y el territorio juntos*”, expresamente, a los efectos de la protección (parte XI). En su opinión, la Corte debe estar preparada, en nuestros días, a asignar el peso adecuado al *factor humano*.

21. El Magistrado Cañado Trindade añade que, si se tiene en cuenta también la protección del patrimonio cultural y espiritual del mundo, a los efectos de las medidas provisionales, el panorama resultante aparece “aún más complejo, y el estricto enfoque territorialista aún más insatisfactorio”. Ello demuestra cuán multifacética puede ser, en estas circunstancias, la protección brindada por las medidas provi-

sionales, yendo mucho más allá de la soberanía territorial del Estado, y reuniendo al territorio, al pueblo y a los valores humanos.

22. Las consideraciones finales del Magistrado Cançado Trindade se presentan “*sub specie aeternitatis*”, al abordar en particular la protección de las necesidades espirituales de los seres humanos” (parte XII). Paralelamente a los perjuicios materiales y morales, sostiene la existencia de “perjuicios espirituales”, y paralelamente a los perjuicios al “proyecto de vida”, adelanta la conceptualización de los perjuicios al “proyecto de otra vida”. Lamenta los incidentes ocurridos recientemente en la zona del Templo de Preah Vihear, una obra maestra del arte y la arquitectura khmer construida en la primera mitad del siglo XI para ayudar a la satisfacción de las necesidades religiosas de los seres humanos.

23. Recordando la importancia y los orígenes conceptuales de las religiones, y los encuentros entre ellas y entre las culturas, señala que las relaciones, en sus distintos aspectos, entre las religiones y el propio derecho de gentes, ha sido objeto de constante atención a lo largo de los nueve últimos decenios; el interés en el asunto se ha mantenido particularmente vivo últimamente. En la percepción del Magistrado Cançado Trindade, “el patrimonio cultural y espiritual parece más estrechamente relacionado con un contexto humano, y no con el tradicional contexto estatocéntrico; parece trascender la dimensión puramente interestatal, a la que está habituada la Corte”.

24. Para él, “más allá de los Estados están los seres humanos que se organizan socialmente y los componen. El Estado no es, y nunca ha sido, concebido como un fin en sí mismo, sino como medio para regular y mejorar las condiciones de vida de la *societas gentium*, teniendo presente el básico principio de humanidad, entre otros principios fundamentales del derecho de gentes, de modo de lograr el *bien común*. Más allá de los Estados, los titulares finales del derecho a la salvaguardia y la preservación de su patrimonio cultural y espiritual son las colectividades de seres humanos de que se trata, o bien la especie humana en conjunto”, reflexiona el Magistrado Cançado Trindade.

25. Para él, puede inferirse de la presente causa relativa al Templo de Preah Vihear que “aquí estamos en el dominio de los valores humanos superiores, cuya protección no es desconocida para el derecho de gentes, aunque hasta la fecha no ha sido suficientemente elaborada en la jurisprudencia y la doctrina internacionales”. La presente providencia de la Corte está directamente relacionada con el fallo de la Corte de 15 de junio de 1962, hace medio siglo, en la causa relativa al Templo de Preah Vihear, en el cual la CIJ dijo expresamente, en su cláusula dispositiva (párr. 2), que “Tailandia tiene la obligación de retirar a todos los elementos de sus fuerzas armadas o de policía, u otros guardas o guardianes, que hubiera apostado en el templo, o en sus proximidades en territorio de Camboya”. Observa que el Templo sigue siendo la referencia para “sus proximidades” ([en inglés “*vicinity*”],

del latín *vicinitas*), y la zona desmilitarizada provisional establecida por la presente providencia de la Corte comprende el territorio vecino (*vicinus*) al Templo.

26. El Magistrado Cançado Trindade concluye, respecto de la cuestión de la supervisión del cumplimiento por los Estados a los que se refiere la presente providencia, que ésta abarca, a los efectos de la protección, al pueblo que vive en dicha zona y sus alrededores, al propio Templo de Preah Vihear, y a todo lo que él representa, todo lo que viene con él desde tiempo inmemorial, hoy considerado por la UNESCO como parte del patrimonio cultural y espiritual mundial. Añade que “las culturas, como los seres humanos, son vulnerables, y necesitan protección. La universalidad del derecho internacional está erigida sobre el respeto de la diversidad cultural”. Considera reconfortante que, por primera vez en la historia de esta Corte, las medidas provisionales de protección indicadas por ella estén, tal como él las percibe, “tan significativamente dotadas de un alcance de este tipo”; para él, ello está “bien en consonancia con el *jus gentium* de nuestro tiempo”.

Opinión disidente de la Magistrada Xue

La Magistrada Xue está de acuerdo con la decisión de la Corte de indicar medidas provisionales, pero tiene reservas respecto del inciso 1) del apartado B) del párrafo dispositivo (párr. 69) de la providencia, que define una zona desmilitarizada provisional. En su opinión, esa medida es excesiva y pone en tela de juicio el correcto ejercicio de la discrecionalidad judicial de la Corte al indicar medidas provisionales.

La Magistrada Xue nota que en todas las causas que involucran directamente controversias territoriales o tienen implicaciones territoriales, la Corte, al indicar medidas provisionales, invariablemente ha limitado esas medidas a los territorios controvertidos y nunca ha ido más allá de esas zonas. Si bien reconoce la potestad de la Corte de indicar medidas provisionales independientemente de las solicitudes presentadas por las partes cuando lo requieren las circunstancias, a la Magistrada le preocupa que la Corte haya ejercido liberalmente su potestad judicial discrecional al identificar las coordenadas de la zona desmilitarizada provisional y extender las medidas provisionales a territorios que no están en controversia entre las partes. En esta misma línea, la Magistrada Xue lamenta que la Corte no haya dado suficientes razones para la adopción de la zona desmilitarizada provisional como una de las medidas provisionales, especialmente acerca de por qué las circunstancias fácticas requieren que se tome una medida tan extraordinaria. Le preocupa particularmente que, habida cuenta de la falta de un adecuado conocimiento de la situación sobre el terreno en la zona, la definición de una zona desmilitarizada provisional en un mapa plano podría dar lugar a dificultades imprevisibles que operen en detrimento de los legítimos intereses de las partes.

En opinión de la Magistrada Xue, habría sido suficiente que la Corte simplemente ordenara a las partes que se abstuvieran de toda actividad militar “en la zona del Templo”, una expresión reiteradamente empleada por ambas partes, a fin de preservar los derechos de una u otra de las partes en el procedimiento principal. De no ser así, la Corte podía haber seguido la práctica manifestada en la causa relativa a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/República de Malí)* ordenando a las partes que, con la cooperación de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental, determinen primero por sí mismas las posiciones a las que deberían retirarse sus fuerzas armadas. A falta de ese acuerdo, la Corte podría entonces trazar esas líneas mediante una providencia.

Por último, la Magistrada Xue observa que la Corte ha seguido hasta la fecha la jurisprudencia según la cual cuando se indican medidas provisionales debe haber un vínculo entre los derechos que son objeto del procedimiento principal sobre el fondo y las medidas solicitadas. Las medidas provisionales así indicadas deberían relacionarse lógicamente con los derechos a que se refiere el procedimiento principal. La zona desmilitarizada provisional indicada en el inciso 1) del apartado B) del párrafo dispositivo (párr. 69) no mantiene este necesario vínculo dentro de límites razonables.

Opinión disidente de la Magistrada Donoghue

La Magistrada Donoghue formula una opinión disidente. Concuera con la Corte en que la causa no debe retirarse de la Lista General. Disiente, empero, en lo tocante a las medidas provisionales impuestas por la Corte. En su opinión, es dudoso que el Estatuto de la Corte contemple la imposición de medidas provisionales en un procedimiento de interpretación en el cual la única base de competencia es el Artículo 60 del Estatuto de la Corte. Incluso suponiendo que tal competencia exista, la Magistrada Donoghue considera que las medidas particulares impuestas hoy exceden sus límites. Nota, en particular, que dichas medidas se extienden a zonas que no son objeto de la controversia sobre interpretación. También considera que la providencia de hoy extiende los límites del Artículo 60 más allá de lo que se extendieron en la única causa relativa a interpretación en que la Corte ha indicado anteriormente medidas provisionales (*Solicitud de interpretación del fallo de 31 de marzo de 2004 en la causa relativa a Avena y otros nacionales mexicanos (México contra Estados Unidos de América)* (*México contra Estados Unidos de América*)) y también tiene un amplio alcance en comparación con las providencias sobre medidas provisionales dictadas en anteriores conflictos relativos a zonas fronterizas. Como la competencia basada en el Artículo 60 parece persistir indefinidamente y sin que los Estados tengan medios para retirarse de ella, la Magistrada Donoghue expresa la preocupación de que la providencia de hoy pueda disuadir a los Estados de consentir en la competencia de la Corte, porque ello puede socavar su confianza en que se respeten los eventuales límites a dicha competencia.

Declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume

El Magistrado *ad hoc* Guillaume comparte la opinión de la Corte de que en la presente causa se han cumplido las condiciones necesarias para la indicación de medidas provisionales. A este respecto, observa que la Corte tiene competencia para conocer tanto de la controversia entre las partes acerca de la interpretación del segundo párrafo de la parte resolutive del fallo de 1962 como de la controversia sobre la fuerza de *res judicata* de los fundamentos del fallo con respecto al curso de la frontera entre los dos Estados.

El Magistrado expone sus razones para apoyar la creación de una zona desmilitarizada relativamente grande y recuerda las garantías dadas por la Corte a Camboya en relación con el Templo mismo: la reafirmación de la soberanía de Camboya; la obligación de Tailandia de no obstruir el libre acceso de Camboya al Templo; y la posibilidad de estacionar en el Templo al personal policial que sea necesario para la seguridad de las personas y los bienes.

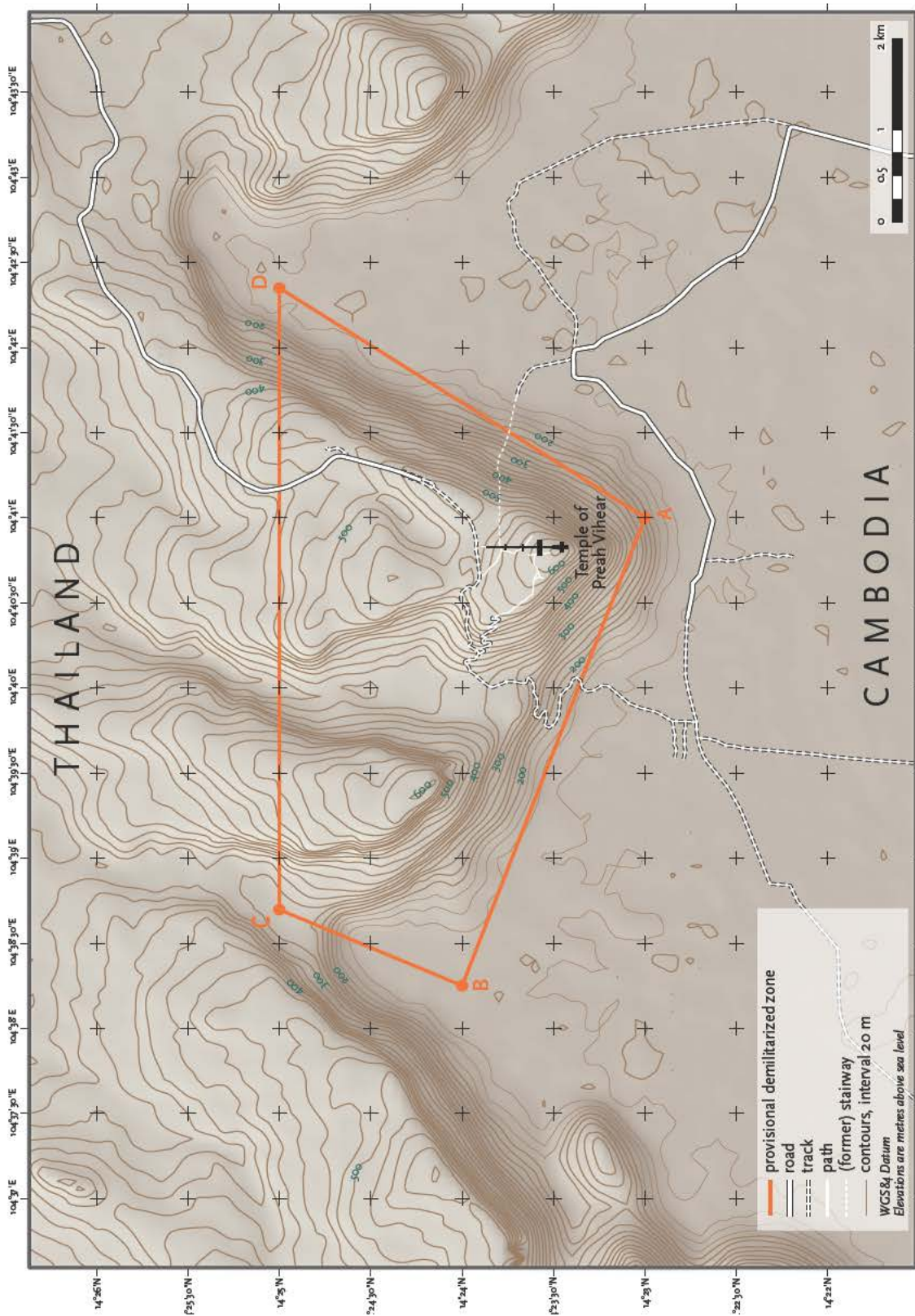
Opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Cot

En su opinión disidente, el Magistrado *ad hoc* Jean-Pierre Cot observa que es excepcional que la Corte indique medidas provisionales en relación con una solicitud de interpretación. El único precedente, en la causa *Avena (Providencia de 16 de julio de 2008)*, no es en modo alguno comparable. La presente causa se refiere a un fallo que tiene cincuenta años de antigüedad y ha sido aplicado durante decenios sin problema alguno. Sin embargo, las medidas provisionales limitan el ejercicio de la soberanía territorial de los Estados. El Magistrado *ad hoc* Cot señala a la atención el riesgo de abuso de los medios procesales en tales circunstancias. La demandante puede tratar de injertar una nueva causa —procedimiento de revisión o incumplimiento en relación con una decisión anterior— en la solicitud de interpretación. De tal modo se eludiría el requisito básico del consentimiento de las partes en la causa.

El Magistrado *ad hoc* Cot considera además que la principal medida provisional indicada por la Corte —el establecimiento de una zona desmilitarizada temporal— es infundada. Las partes no han proporcionado detalles sobre los datos topográficos o estratégicos en la causa. En tales circunstancias, la definición de una zona desmilitarizada temporal es el producto de una “estrategia de sillón” y lleva a la indicación de medidas provisionales que pueden ser inaplicables sobre el terreno. El Magistrado *ad hoc* Cot habría preferido que la Corte se hubiese basado en el precedente de la causa relativa a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/República de Malí)*. La Sala de la Corte, en su sabiduría, notó la falta de datos que le permitieran indicar una medida de desarme y limitó su indicación de medidas provisionales al apoyo a los esfuerzos de la organización regional pertinente, que en el presente caso es la Presidencia indonesia de la ASEAN.

Mapa esquemático de la zona desmilitarizada provisional determinada por el Tribunal

Este mapa esquemático se ha preparado a título ilustrativo únicamente



190. APLICACIÓN DEL ACUERDO PROVISIONAL DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 1995 (EX REPÚBLICA YUGOSLAVA DE MACEDONIA CONTRA GRECIA)

Fallo de 5 de diciembre de 2011

El 5 de diciembre de 2011, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo en la causa relativa a la *Aplicación del Acuerdo Provisional de 13 de septiembre de 1995 (ex República Yugoslava de Macedonia contra Grecia)*.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Xue, Greenwood, Donoghue; Magistrados *ad hoc* Roucouнас, Vukas; Secretario Couvreur.

*
* *

El párrafo dispositivo (párr. 170) del fallo dice lo siguiente:

“... ”

LA CORTE,

1) Por catorce votos contra dos,

Determina que tiene competencia para conocer de la demanda presentada por la ex República Yugoslava de Macedonia el 17 de noviembre de 2008 y que dicha demanda es admisible;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Vukas;

VOTOS EN CONTRA: Magistrada Xue; Magistrado *ad hoc* Roucouнас;

2) Por quince votos contra uno,

Determina que la República Helénica, al oponer objeciones a la admisión de la ex República Yugoslava de Macedonia en la OTAN, ha violado la obligación que le incumbe con arreglo al párrafo 1 del artículo 11 del Acuerdo Provisional de 13 de septiembre de 1995;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Vukas;

VOTO EN CONTRA: Magistrado *ad hoc* Roucouнас;

3) Por quince votos contra uno,

Rechaza todas las demás pretensiones formuladas por la ex República Yugoslava de Macedonia.

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado

Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Roucouнас;

VOTO EN CONTRA: Magistrado *ad hoc* Vukas.

*
* *

El Magistrado Simma anexó una opinión separada al fallo de la Corte; el Magistrado Bennouna anexó una declaración al fallo de la Corte; la Magistrada Xue anexó una opinión disidente al fallo de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Roucouнас anexó una opinión disidente al fallo de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Vukas anexó una declaración al fallo de la Corte.

*
* *

I. *Antecedentes de hecho de la causa* (párrs. 15 a 22)

La Corte recuerda que, el 17 de noviembre de 2008, la ex República Yugoslava de Macedonia (en adelante la “demandante”) presentó en la Secretaría de la Corte una demanda por la cual incoaba un procedimiento contra la República Helénica (en adelante la “demandada”) con respecto a una controversia relativa a la interpretación y la aplicación del Acuerdo Provisional de 13 de septiembre de 1995 (en adelante el “Acuerdo Provisional”).

En particular, la demandante procura establecer que, al oponer objeciones a la admisión de la demandante en la OTAN, la demandada violó el párrafo 1 del artículo 11 de dicho Acuerdo, que dispone lo siguiente:

“A partir de la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo Provisional, la Primera Parte conviene en no oponer objeciones a la solicitud de admisión o a la condición de miembro de la Segunda Parte en organizaciones e instituciones internacionales, multilaterales y regionales de las que sea miembro la Primera Parte; no obstante, la Primera Parte se reserva el derecho de objetar a la condición de miembro mencionada precedentemente en la medida en que en la organización o institución del caso se haga referencia a la Segunda Parte con una denominación diferente de la que figura en el párrafo 2 de la resolución 817 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.”

En el párrafo 2 de la resolución 817, el Consejo de Seguridad recomendó “a la Asamblea General que se admit[iera] como Miembro de las Naciones Unidas al Estado” demandante, “que a todos los efectos, dentro de las Naciones Unidas, ser[ía] denominado provisionalmente “ex República Yugoslava de Macedonia” hasta tanto se lleg[ase] a un arreglo sobre la diferencia que [había] surgido con respecto al nombre del Estado”.

En el período posterior a la adopción del Acuerdo Provisional, se otorgó a la demandante la calidad de miembro de varias organizaciones internacionales de las cuales ya era miembro la demandada. Por invitación de la Organización del Tratado del Atlántico del Norte, la demandante ingresó en 1995 a la Asociación para la Paz de dicha organización (un programa que promueve la cooperación entre la OTAN y los países asociados) y, en 1999, al Plan de Acción para la Incorporación como miembro de la organización (que ayuda a los posibles futuros miembros de la OTAN). La candidatura de la demandante a la OTAN fue considerada en una reunión de los Estados miembros de la OTAN en Bucarest (en adelante la “Cumbre de Bucarest”) los días 2 y 3 de abril de 2008, pero la demandante no fue invitada a iniciar conversaciones sobre la adhesión a la organización. El comunicado emitido al final de la Cumbre decía que se cursaría una invitación a la demandante “en cuanto se hubiese alcanzado una solución mutuamente aceptable a la cuestión del nombre”.

II. *Competencia de la Corte y admisibilidad de la demanda* (párrs. 23 a 61)

La Corte recuerda que la demandante invocó como base de competencia de la Corte el párrafo 2 del artículo 21 del Acuerdo Provisional, según el cual toda “diferencia o controversia” relativa a “la interpretación o la aplicación” del Acuerdo Provisional es de competencia de la Corte, con excepción de la “diferencia” mencionada en el párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo Provisional, que dice lo siguiente:

“Las partes convienen en proseguir las negociaciones bajo los auspicios del Secretario General de las Naciones Unidas con arreglo a la resolución 845 (1993) del Consejo de Seguridad con miras a llegar a un acuerdo respecto de la diferencia descrita en dicha resolución y en la resolución 817 (1993) del Consejo de Seguridad.”

La demandada alega que la Corte no tiene competencia para conocer de la causa y que la demanda es inadmisibile sobre la base de las siguientes razones. Primero, la demandada sostiene que la controversia se refiere a la diferencia con respecto al nombre de la demandante mencionada en el párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo Provisional y que, consiguientemente, está excluida de la competencia de la Corte en virtud de la excepción prevista en el párrafo 2 del artículo 21. Segundo, la demandada alega que la controversia se refiere a un comportamiento atribuible a la OTAN y a sus Estados miembros, que no está sometido a la competencia de la Corte en la presente causa. Tercero, la demandada alega que el fallo de la Corte en la presente causa no podría tener una aplicación efectiva, porque no podría efectuar la admisión de la demandante en la OTAN ni en otras organizaciones o instituciones internacionales, multilaterales y regionales. Cuarto, la demandada sostiene que el ejercicio de competencia por la Corte interferiría con las negociaciones diplomáticas en curso dispuestas por el Consejo de Seguridad acerca de la diferencia con respecto al nombre y

consiguientemente sería incompatible con la función judicial de la Corte.

Con respecto a la primera objeción planteada por la demandada, la Corte considera que resulta claro del texto del párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 21 del Acuerdo Provisional que la “diferencia” a que allí se hace referencia es la diferencia con respecto al nombre definitivo de la demandante y no a las controversias relativas a la obligación de la demandada de no oponer objeciones a la admisión de la demandante en organizaciones internacionales, a menos que la demandante haya de ser mencionada en la organización en cuestión de manera diferente a la que figura en la resolución 817 (1993). Concordantemente, la Corte decide no hacer lugar a dicha objeción.

Con respecto a la segunda objeción, la Corte considera que el comportamiento que es objeto de la demanda es la alegada objeción de la demandada a la admisión de la demandante en la OTAN, y que, al considerar el fondo, la Corte sólo tendrá que determinar si dicho comportamiento demuestra o no que la demandada incumplió las obligaciones que le incumben con arreglo al Acuerdo Provisional, independientemente de la decisión final de la OTAN acerca de la solicitud de ingreso de la demandante. Concordantemente, la Corte decide no hacer lugar a dicha objeción.

Con respecto a la tercera objeción, la Corte observa que la demandante no pide que se revoque la decisión adoptada por la OTAN en la Cumbre de Bucarest, sino que se determine si la demandada ha violado las obligaciones que le incumben con arreglo al Acuerdo Provisional como resultado de su comportamiento. Concluye que un fallo de la Corte podría ser aplicado efectivamente, porque afectaría a los derechos y obligaciones de las partes existentes con arreglo al Acuerdo Provisional. Concordantemente, decide no hacer lugar a dicha objeción.

En lo tocante a la cuarta objeción, la Corte señala que las partes incluyeron una disposición que confiere a la Corte (art. 21) en un acuerdo que también les imponía continuar negociaciones sobre la controversia entre ellas con respecto al nombre de la demandante (art. 5, párr. 1). La Corte es de opinión que, si las partes hubiesen considerado que una futura decisión de la Corte interferiría con las negociaciones diplomáticas dispuestas por el Consejo de Seguridad, no habrían acordado someterle las controversias relativas a la interpretación o la aplicación del Acuerdo Provisional. Concordantemente, decide no hacer lugar a dicha objeción.

A la luz de lo que antecede, la Corte concluye que tiene competencia respecto de la controversia y que la demanda es admisible.

III. *Si la demandada incumplió la obligación prevista en el párrafo 1 del artículo 11 del Acuerdo Provisional* (párrs. 62 a 113)

La Corte considera a continuación si la demandada opuso objeciones a la admisión de la demandante en la OTAN, en

el sentido de la primera cláusula del párrafo 1 del artículo 11 del Acuerdo Provisional.

Comienza examinando el sentido de dicha cláusula y concluye a ese respecto que la demandada tiene la obligación de no oponer objeciones “a la solicitud de admisión o a la condición de miembro de” la demandante en la OTAN. Señala que las partes concuerdan en que la obligación de “no oponer objeciones”, que es una obligación de comportamiento, y no de resultado, no exige que la demandada apoye activamente la admisión de la demandante en organizaciones internacionales. La Corte observa además que no hay nada en el texto de dicha cláusula que limite la obligación de la demandada de no oponer objeciones a organizaciones que utilicen un procedimiento de votación para decidir sobre la admisión de nuevos miembros.

Considera que no hay indicación de que las partes hayan tenido la intención de excluir del párrafo 1 del artículo 11 a organizaciones como la OTAN que aplican procedimientos que no requieren una votación. Además, la Corte señala que la cuestión que tiene ante sí no se refiere a si la decisión adoptada por la OTAN en la Cumbre de Bucarest con respecto a la candidatura de la demandante se debió exclusivamente, principalmente o marginalmente a la objeción de la demandada, sino a si la demandada, por su propio comportamiento, no cumplió la obligación de no oponer objeciones contenida en el párrafo 1 del artículo 11 del Acuerdo Provisional. La Corte observa también que la demandada no tomó la posición de que las objeciones que haya opuesto en la Cumbre de Bucarest se basaban en motivos no relacionados con la diferencia con respecto al nombre. Por consiguiente, no considera necesario decidir si la demandada mantiene derecho a oponer objeciones a la admisión de la demandante en organizaciones internacionales por tales otros motivos.

La Corte considera a continuación si la demandada opuso “objeciones” a la admisión de la demandante en la OTAN. A tal efecto, pasa a considerar las pruebas que le presentaron las partes, a fin de decidir si el expediente corrobora la afirmación de la demandante de que la demandada opuso objeciones a la admisión de la demandante como miembro de la OTAN. La Corte señala que, para justificar su posición, la demandante hace referencia a correspondencia diplomática de la demandada anterior y posterior a la Cumbre de Bucarest y a declaraciones de altos funcionarios de la demandada durante el mismo período. La Corte observa que la demandada no controvierte la autenticidad de esas declaraciones y las examina como prueba del comportamiento de la demandada en conexión con la Cumbre de Bucarest, a la luz de la obligación que le incumbe con arreglo al párrafo 1 del artículo 11 del Acuerdo Provisional. En opinión de la Corte, las pruebas que se le presentaron demuestran que, mediante correspondencia diplomática formal y mediante declaraciones de sus altos funcionarios, la demandada dejó en claro antes, durante y después de la Cumbre de Bucarest que la resolución de la diferencia con respecto al nombre era el “criterio

decisivo” para que la demandada aceptara la admisión de la demandante en la OTAN. La Corte señala que la demandada manifestó su objeción a la admisión de la demandante en la OTAN en la Cumbre de Bucarest, citando el hecho de que la diferencia concerniente al nombre de la demandante seguía sin resolverse. La Corte concluye que la demandada opuso objeciones a la admisión de la demandante en la OTAN, en el sentido de la primera cláusula del párrafo 1 del artículo 11 del Acuerdo Provisional.

La Corte pasa entonces a considerar la cuestión de si la objeción de la demandada a la admisión de la demandante en la OTAN en la Cumbre de Bucarest estaba comprendida dentro de la excepción contenida en la segunda cláusula del párrafo 1 del artículo 11 del Acuerdo Provisional.

La Corte considera que, en dicha cláusula, las partes convienen en que la demandada “se reserva el derecho de objetar a la condición de miembro” de la demandante en una organización o institución internacional, multilateral o regional de que sea miembro la demandada “en la medida en que en la organización o institución del caso se haga referencia a la [demandante] con una denominación diferente de la que figura en el párrafo 2 de la resolución 817 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones”. La Corte recuerda que el párrafo 2 de la resolución 817 recomienda que la demandante sea admitida como Miembro de las Naciones Unidas, siendo denominada “provisionalmente “ex República Yugoslava de Macedonia” hasta tanto se llegue a un arreglo sobre la diferencia que ha surgido con respecto al nombre del Estado”.

La Corte señala que las partes convienen en que la demandante tenía la intención de referirse a sí misma dentro de la OTAN, una vez admitida, por su nombre constitucional, y no por la designación provisional enunciada en la resolución 817. Así pues, considera si la segunda cláusula del párrafo 1 del artículo 11 permite a la demandada oponer objeciones en tales circunstancias. La interpretación de esa cláusula de conformidad con los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados lleva a la Corte a concluir que la demandada no tiene derecho a oponer objeciones a la admisión de la demandante en una organización sobre la base de la perspectiva de que la demandante haya de referirse a sí misma en dicha organización con su nombre constitucional. La Corte concluye, en efecto, que la intención de la demandante de referirse a sí misma en una organización internacional por su nombre constitucional no significa que se hubiera de “hacer referencia” a ella en dicha organización “con una denominación diferente de la que figura en” el párrafo 2 de la resolución 817.

Finalmente, la Corte considera la posición de la demandada de que, aun suponiendo que la Corte llegara a concluir que la demandada había opuesto objeciones a la admisión de la demandante en la OTAN en contravención del párrafo 1 del artículo 11, esa objeción no violaría el Acuerdo Provisional, debido al efecto del artículo 22. El artículo 22 del Acuerdo Provisional dispone lo siguiente:

“El presente Acuerdo Provisional no está dirigido contra ningún otro Estado ni entidad y no conculca los derechos y obligaciones derivados de acuerdos bilaterales y multilaterales ya en vigor que las partes hayan concertado con otros Estados u organizaciones internacionales.”

La Corte observa que la interpretación inicial del artículo 22 hecha por la demandada, según la cual sus “derechos” con arreglo a un acuerdo anterior (además de sus “deberes”) tienen precedencia sobre su obligación de no oponer objeciones a la admisión de la demandante en una organización dentro de los términos del párrafo 1 del artículo 11, viciaría esa obligación, porque normalmente cabe prever que la demandada tenga “derecho” con arreglo a acuerdos anteriores con terceros Estados a expresar una opinión sobre las decisiones relativas a la admisión de miembros. Por consiguiente, la Corte, considerando que las partes no tuvieron la intención de que el artículo 22 privara de sentido a la primera cláusula del párrafo 1 del artículo 11, no puede aceptar esa interpretación propuesta por la demandada. La Corte señala a continuación que la interpretación más estrecha del artículo 22 hecha por la demandada, propuesta por ella durante las actuaciones orales, es decir, que los “deberes” con arreglo a un tratado anterior tendrían precedencia sobre las obligaciones contenidas en el Acuerdo Provisional, la obligarían a determinar si la demandada ha establecido que el Tratado del Atlántico del Norte le imponía el deber de oponer objeciones a la admisión de la demandante en la OTAN. Sin embargo, a juicio de la Corte, la demandada no presenta ningún argumento convincente en el sentido de que alguna disposición del Tratado del Atlántico del Norte la obligaba a oponer objeciones a la admisión de la demandante como miembro. La Corte concluye que el intento de la demandada de fundarse en el artículo 22 es infructuoso. Concordantemente, no necesita decidir cuál de las interpretaciones de las dos partes es la correcta.

A la luz de lo que antecede, la Corte concluye que la demandada incumplió la obligación que le incumbe con arreglo al párrafo 1 del artículo 11 del Acuerdo Provisional al oponer objeciones a la admisión de la demandante en la OTAN en la Cumbre de Bucarest. La Corte considera que la perspectiva de que la demandante hubiera de referirse a sí misma en la OTAN utilizando su nombre constitucional no convertía a dicha objeción en legítima con arreglo a la excepción contenida en la segunda cláusula del párrafo 1 del artículo 11. La Corte añade que, en las circunstancias de la presente causa, el artículo 22 del Acuerdo Provisional no sirve de base para que la demandada oponga una objeción que sea incompatible con el párrafo 1 del artículo 11.

IV. *Justificaciones adicionales invocadas por la demandada* (párrs. 114 a 165)

La Corte observa que, con carácter alternativo respecto de su argumento principal de que había cumplido las obligaciones que le incumben con arreglo al Acuerdo Provisional,

la demandada sostiene que la ilicitud de cualquier objeción a la admisión de la demandante en la OTAN está excluida por la doctrina de la *exceptio non adimpleti contractus*. La demandada también sugiere que cualquier incumplimiento de las obligaciones que le incumben con arreglo al Acuerdo Provisional podría justificarse como respuesta a una violación grave de un tratado y como contramedida con arreglo al derecho de la responsabilidad del Estado.

La Corte observa que, si bien la demandada presenta argumentos separados en relación con la *exceptio*, la suspensión parcial con arreglo al artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 y las contramedidas, plantea ciertas condiciones mínimas que son comunes a los tres argumentos, a saber, que la demandante violó varias disposiciones del Acuerdo Provisional y que la objeción de la demandada a la admisión de la demandante en la OTAN se formuló en respuesta a esas violaciones.

A. *Alegada violación por la demandante de la segunda cláusula del párrafo 1 del artículo 11*

La Corte señala que en su tenor literal, el texto de la segunda cláusula del párrafo 1 del artículo 11 no impone a la demandante la obligación de no ser mencionada en una organización o institución internacional en ninguna forma distinta a la de la designación provisional (como la “ex República Yugoslava de Macedonia”). La Corte señala además que, así como otras disposiciones del Acuerdo Provisional imponen obligaciones sólo a la demandante, el párrafo 1 del artículo 11 impone una obligación sólo a la demandada. La segunda cláusula contiene una importante excepción a esa obligación, pero ello no la transforma en una obligación de la demandante. Concordantemente, la Corte concluye que la demandante no ha incurrido en una violación de esta disposición.

B. *Alegada violación por la demandante del párrafo 1 del artículo 5*

Para comenzar, la Corte señala que aunque el párrafo 1 del artículo 5 no contiene una exigencia expresa de que las partes negocien de buena fe, esa obligación está implícita en dicha disposición. La Corte observa que el hecho de que las partes no hayan llegado a un acuerdo, 16 años después de la celebración del Acuerdo Provisional, no prueba por sí mismo que cualquiera de las partes haya violado su obligación de negociar de buena fe. Por consiguiente, la Corte pasa a considerar si las partes se comportaron de manera tal que las negociaciones pudieran tener sentido. La Corte señala que en el curso de las negociaciones en cumplimiento del párrafo 1 del artículo 5 la demandante se había resistido a las sugerencias de que abandonara su nombre constitucional y que la demandada se había opuesto al uso de “Macedonia” en el nombre de la demandante. La Corte señala además que los dirigentes políticos de ambas partes hicieron a veces declaraciones públicas que sugerían una posición inflexible en cuanto a la diferencia relativa al nombre, incluso en los

meses anteriores a la Cumbre de Bucarest. Además, observa que también hay pruebas de que el mediador de las Naciones Unidas presentó a las partes una gama de propuestas a lo largo de los años y, en particular, expresó la opinión de que, en el período anterior a la Cumbre de Bucarest, las partes estaban negociando seriamente. La Corte considera que, tomadas en conjunto, las pruebas correspondientes a este período indican que la demandante demostró un grado de apertura a las propuestas que difería tanto del uso exclusivo de su nombre constitucional como de la “fórmula dual”, mientras que la demandada, por su parte, aparentemente cambió su posición inicial y en septiembre de 2007 declaró que estaría de acuerdo con que se incluyera la palabra “Macedonia” en el nombre de la demandante como parte de una formulación compuesta. La Corte señala en particular que, en marzo de 2008, el mediador de las Naciones Unidas propuso que la demandante adoptara el nombre de “República de Macedonia (Skopje)” a todos los efectos. Según el expediente que la Corte tiene ante sí, la demandante expresó la voluntad de someter ese nombre a un referéndum. El expediente también indica que fue la demandada quien rechazó el nombre así propuesto. Así pues, la Corte concluye que la demandada no ha cumplido su carga de demostrar que la demandante ha violado su obligación de negociar de buena fe.

C. Alegada violación por la demandante del párrafo 2 del artículo 6

El párrafo 2 del artículo 6 dispone:

“La Segunda Parte declara solemnemente que ninguna parte de su Constitución, y en particular del artículo 49 enmendado, podrá o deberá interpretarse en el sentido de que constituya o pueda constituir en el futuro base para que la Segunda Parte pueda injerirse en los asuntos internos de otro Estado con miras a proteger el estatuto y los derechos de cualesquiera personas que se encuentren en otros Estados y que no sean ciudadanos de la Segunda Parte.”

La Corte considera que la demandada no ha presentado ninguna prueba convincente que sugiera que la demandante ha interpretado su Constitución en el sentido de que le otorga derecho a injerirse en los asuntos internos de la demandada en nombre de personas que no sean ciudadanos de la demandante. Por consiguiente la Corte no considera que la demandante haya violado el párrafo 2 del artículo 6 antes de la Cumbre de Bucarest.

D. Alegada violación por la demandante del párrafo 1 del artículo 7

El párrafo 1 del artículo 7 dispone:

“Cada Parte tomará rápidamente medidas eficaces para prohibir las actividades o la propaganda hostiles de organismos controlados por el Estado y para desalentar actividades de entidades privadas que pudieran incitar a la violencia, el odio o la hostilidad contra la otra Parte.”

La Corte recuerda que, según la demandada, la demandante violó esta disposición al no haber tomado medidas eficaces para prohibir actividades hostiles de organismos controlados por el Estado, citando, por ejemplo, alegaciones relativas al contenido de textos escolares, y al no haber desalentado actos de entidades privadas que pudieran incitar a la violencia, el odio o la hostilidad contra la demandada, citando, en particular, un incidente ocurrido el 29 de marzo de 2008 (en los días anteriores a la Cumbre de Bucarest) en los que varias carteleras al aire libre en Skopje exhibían una imagen alterada de la bandera de la demandada. La Corte observa que la demandada también alega una constante omisión de la demandante en la protección del local y el personal de la Oficina de Enlace de la demandada en Skopje.

La Corte considera que la prueba no puede fundar una conclusión en el sentido de que la demandante haya cometido una violación del párrafo 1 del artículo 7, antes de la Cumbre de Bucarest. La Corte concluye que el contenido del texto en cuestión no constituye una base para concluir que la demandante ha omitido prohibir “actividades o propaganda hostiles”. Además, la demandada no ha demostrado convincentemente que la demandante haya omitido “desalentar” actos de entidades privadas que pudieran incitar a la violencia, el odio o la hostilidad contra la demandada. Después de recordar la obligación de proteger los locales de la misión diplomática y evitar que se turbe la tranquilidad de la misión o se atente contra su dignidad contenida en el artículo 22 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, la Corte concluye que la demandante presentó pruebas que demostraban sus esfuerzos por brindar una protección adecuada al personal y los locales diplomáticos de la demandada.

E. Alegada violación por la demandante del párrafo 2 del artículo 7

El párrafo 2 del artículo 7 dispone:

“A partir de la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo Provisional, la Segunda Parte se abstendrá totalmente de hacer uso, en todas sus formas, del símbolo que aparecía en su bandera nacional antes de la mencionada fecha de entrada en vigor.”

La Corte comprueba que el expediente corrobora la conclusión de que hubo por lo menos un caso en que el ejército de la demandante usó el símbolo prohibido por el párrafo 2 del artículo 7 del Acuerdo Provisional.

F. Alegada violación por la demandante del párrafo 3 del artículo 7

El párrafo 3 del artículo 7 dispone:

“Si una de las partes considera que uno o más símbolos que forman parte de su patrimonio histórico o cultural está siendo utilizado por la otra Parte, señalará dicho presunto uso a la atención de la otra Parte, y la otra Parte adoptará las medidas correctivas necesarias o indicará por qué no considera necesario hacerlo.”

La Corte señala que, en contraste con el párrafo 2 del artículo 7, el texto del párrafo 3 del artículo 7 no prohíbe expresamente a la demandante usar los símbolos que describe. Más bien, establece un procedimiento para las situaciones en las que una parte cree que la otra parte está usando sus símbolos históricos o culturales. Por consiguiente, según la Corte, la cuestión que ha de considerarse es la de si la demandada señaló su preocupación “a la atención” de la demandante antes de la Cumbre de Bucarest cuando la demandante cambió el nombre del aeropuerto de la capital. A tal efecto, señala que, aunque no parece que la demandada lo haya hecho, la demandante estaba enterada de la preocupación de la demandada, y que el Ministerio de Relaciones Exteriores de la demandante explicó el fundamento del cambio de nombre del aeropuerto en una entrevista de enero de 2007 con un periódico griego. La Corte concluye que la demandada no ha cumplido su carga de demostrar que la demandante ha cometido una violación del párrafo 3 del artículo 7.

A la luz de este análisis de las alegaciones de la demandada de que la demandante violó varias de las obligaciones que le incumben con arreglo al Acuerdo Provisional, la Corte concluye que la demandada ha establecido sólo una violación de esa índole. A saber, la demandada ha demostrado que la demandante utilizó el símbolo prohibido por el párrafo 2 del artículo 7 del Acuerdo Provisional en 2004. Después de que la demandada planteó el asunto ante la demandante en 2004, se dejó de utilizar el símbolo durante ese mismo año.

G. Conclusiones relativas a las justificaciones adicionales de la demandada

1. Conclusión relativa a la *exceptio non adimpleti contractus*

Habiendo examinado las alegaciones de la demandada de violaciones cometidas por la demandante, la Corte vuelve su atención a la afirmación de la demandada de que la *exceptio*, tal como la define la demandada, impide que la Corte concluya que la demandada ha violado la obligación que le incumbe con arreglo al párrafo 1 del artículo 11 del Acuerdo Provisional. La Corte recuerda que en todos los casos menos uno (el uso del símbolo prohibido por el párrafo 2 del artículo 7), la demandada no pudo establecer ninguna violación del Acuerdo Provisional por la demandante. Además, la demandada no ha podido demostrar una conexión entre el uso del símbolo por la demandante en 2004 y la objeción de la demandada en 2008 —es decir, prueba de que cuando la demandada planteó su objeción a la admisión de la demandante en la OTAN, lo hizo en respuesta a la aparente violación del párrafo 2 del artículo 7, o, más generalmente, sobre la base de la creencia de que la *exceptio* excluía la ilicitud de su objeción. Así pues, la demandada no ha podido establecer que las condiciones que ella misma ha afirmado que serían necesarias para la aplicación de la *exceptio* hayan sido satisfechas en el presente caso. Por consiguiente, es in-

necesario que la Corte determine si esa doctrina forma parte del derecho internacional contemporáneo.

2. Conclusión relativa a la respuesta a una violación grave

La Corte recuerda que la demandada también sugirió que su objeción a la admisión de la demandante en la OTAN podría haberse considerado como una respuesta, con arreglo al artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, a violaciones graves del Acuerdo Provisional alegadamente cometidas por la demandante. El apartado b) del párrafo 3 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 dispone que constituye una violación grave “la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado”. La Corte recuerda además su conclusión de que la única violación que se ha establecido es la exhibición de un símbolo con violación del párrafo 2 del artículo 7 del Acuerdo Provisional, una situación que terminó en 2004. La Corte considera que este incidente no puede considerarse una violación grave en el sentido del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969. Además, la Corte considera que la demandada no ha podido establecer que la acción que llevó a cabo en 2008 en conexión con la solicitud de la demandante de admisión en la OTAN haya sido una respuesta a la violación del párrafo 2 del artículo 7, ocurrida aproximadamente cuatro años antes. Concordantemente, la Corte no acepta que la acción de la demandada haya podido estar comprendida en el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969.

3. Conclusión relativa a las contramedidas

La Corte recuerda que la demandada también argumenta que su objeción a la admisión de la demandante en la OTAN podría justificarse como una contramedida proporcional en respuesta a violaciones del Acuerdo Provisional cometidas por la demandante. Como la Corte ya ha dejado en claro, la única violación que ha sido establecida por la demandada es la de que la demandante, en 2004, usó el símbolo prohibido por el párrafo 2 del artículo 7 del Acuerdo Provisional. Habiendo llegado a esa conclusión y a la luz de su análisis relativo a las razones dadas por la demandada para su objeción a la admisión de la demandante en la OTAN, la Corte no está convencida de que la objeción de la demandada a la admisión de la demandante haya sido formulada con el objeto de lograr la cesación del uso por la demandante del símbolo prohibido por el párrafo 2 del artículo 7. Como ha señalado la Corte, el uso del símbolo que justifica la constatación de una violación del párrafo 2 del artículo 7 por la demandante había cesado ya en 2004. Así pues, la Corte rechaza la alegación de la demandada de que su objeción podría justificarse como una contramedida que excluyera la ilicitud de la objeción de la demandada a la admisión de la demandante en la OTAN. Concordantemente, no hay razón alguna para que la Corte considere ninguno de los argumentos adicionales formulados por las partes con respecto al derecho que rige las contramedidas.

Por las razones que anteceden, la Corte determina que las justificaciones adicionales presentadas por la demandada no son fundadas.

Por último, la Corte pone de relieve que el Acuerdo Provisional de 1995 impone a las partes el deber de negociar de buena fe bajo los auspicios del Secretario General de las Naciones Unidas con arreglo a las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad con miras a llegar a un acuerdo respecto de la diferencia descrita en dichas resoluciones.

V. Reparaciones (párrs. 167 a 169)

La Corte recuerda que, en sus conclusiones finales relativas al fondo de la presente causa, la demandante solicitó dos medidas que consideraba constitutivas de reparación adecuada por las violaciones del Acuerdo Provisional que según alegaba había cometido la demandada. Primero, la demandante solicita satisfacción en forma de una declaración de la Corte de que la demandada ha actuado ilegalmente, y segundo, solicita satisfacción en forma de una orden de la Corte de que en adelante la demandada se abstenga de toda acción que viole las obligaciones que le incumben con arreglo al párrafo 1 del artículo 11 del Acuerdo Provisional.

Al final de su consideración, la Corte ha constatado la violación por la demandada de la obligación que le incumbe con arreglo al párrafo 1 del artículo 11 del Acuerdo Provisional. En cuanto a las posibles reparaciones de dicha violación, la Corte determina que se justifica una declaración de que la demandada violó su obligación de no oponer objeciones a la admisión de la demandante en la OTAN o a la obtención de la calidad de miembro de dicha organización. Además, la Corte no considera necesario ordenar a la demandada, como solicita la demandante, que se abstenga de todo futuro comportamiento que viole la obligación que le incumbe con arreglo al párrafo 1 del artículo 11 del Acuerdo Provisional. Como ha explicado anteriormente la Corte, “[p]or regla general, no hay razón alguna para suponer que un Estado cuyo acto o cuyo comportamiento haya sido declarado ilícito por la Corte ha de repetir dicho acto o comportamiento en el futuro, porque debe presumirse su buena fe” (*Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica contra Nicaragua)*, fallo de 13 de julio de 2009, I.C.J. Reports 2009, pág. 267, párr. 150).

Concordantemente, la Corte determina que su conclusión de que la demandada ha violado la obligación que le incumbe frente a la demandante con arreglo al párrafo 1 del artículo 11 del Acuerdo Provisional constituye una satisfacción adecuada.

*
* *
*

Opinión separada del Magistrado Simma

El Magistrado Simma está de acuerdo con las conclusiones de la Corte en lo tocante tanto a la competencia como al

fondo de la causa. Su preocupación se relaciona únicamente con la forma en la cual el fallo trata a la llamada *exceptio non adimpleti contractus*. Comienza su análisis indicando que, según la demandada, si la Corte concluyera —como efectivamente concluyó— que Grecia había violado el Acuerdo Provisional de 1995 al oponer objeciones a la admisión de la ex República Yugoslava de Macedonia en la OTAN en 2008, de todos modos quedaría excluida la ilicitud de la acción de Grecia. En ese sentido, se plantean no menos de tres “defensas”, todas ellas basadas en la alegación de anteriores violaciones del Acuerdo cometidas por la ex República Yugoslava de Macedonia: en primer lugar, Grecia presenta la doctrina de la *exceptio non adimpleti contractus*; en segundo lugar, la objeción de Grecia se explica como respuesta a violaciones graves del Acuerdo por la ex República Yugoslava de Macedonia sobre la base del derecho de los tratados, y en tercer lugar, Grecia describe a su comportamiento como una contramedida contra anteriores violaciones de la ex República Yugoslava de Macedonia reconocidas como justificadas por el derecho de la responsabilidad del Estado.

El fallo rechaza todas esas defensas, correctamente según el Magistrado Simma, aunque en su opinión la Corte trató el tema demasiado sucintamente. El Magistrado Simma discrepa con el tratamiento dado por la Corte a la *exceptio non adimpleti contractus* como justificación separada y diferente de las otras dos “defensas” que acaban de mencionarse. Sobre este asunto, las partes en la causa plantearon opiniones diferentes. Frente a esas exposiciones contrapuestas acerca de puntos de derecho, habría sido útil que la Corte hubiese hecho una clarificación autorizada de la condición jurídica y las interrelaciones de la *exceptio* frente al artículo 60 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (titulado “Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación”) y al régimen jurídico de las contramedidas expuesto por la Comisión de Derecho Internacional.

La opinión del Magistrado Simma aborda tal clarificación. El Magistrado Simma rastrea el concepto de la *exceptio* a la idea de reciprocidad, que en los sistemas jurídicos plenamente desarrollados ha sido casi totalmente absorbida y reemplazada por normas e instituciones específicas —por así decirlo, “domesticada”. En derecho internacional, la reciprocidad sigue estando cerca de la superficie, en la raíz de diversos métodos de autoayuda por los cuales los Estados pueden asegurar sus derechos; ha sido cristalizada en los mecanismos sancionatorios del derecho internacional, entre ellos, las contramedidas y el incumplimiento recíproco de un acuerdo con su *sedes materiae* en el derecho de los tratados.

El Magistrado Simma dice firmemente que la *exceptio non adimpleti contractus* pertenece a la segunda categoría. Dicha *exceptio* dio expresión jurídica al carácter sinalagmático de la mayoría de los acuerdos internacionales, y estuvo condicionada por dicho carácter —pues la regla *pacta sunt servanda* está vinculada a la regla *do ut des*. El reconocimiento

generalizado de ese sinalagma funcional en el derecho de los contratos de los principales sistemas jurídicos permite que se lo acepte como principio general de derecho en el sentido del artículo 38 del Estatuto de la Corte, y consiguientemente que se aplique también en las relaciones jurídicas internacionales. Entonces, la cuestión radica en determinar a qué modificaciones deberá someterse a nivel del derecho internacional ese concepto elaborado *in foro domestico* a fin de asegurar que funcione de manera ordenada y no se vuelva propenso a abusos a falta del control judicial de su aplicación normalmente disponible en derecho interno. En el contexto de las respuestas a la violación de un tratado, la invocación unilateral por una parte y la negativa de la justificación por la otra han sido la regla, en grado tal que ha sido difícil dar a la *exceptio* una base en derecho internacional consuetudinario.

La opinión del Magistrado Simma pone de relieve que es precisamente esta circunstancia lo que hace tan importante la codificación de este principio en el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Esta disposición pone a la reciprocidad en las relaciones convencionales los límites necesarios —en particular permitiendo la suspensión o la terminación de un tratado sólo en caso de una violación grave de la otra parte y estableciendo varias condiciones de procedimiento. Además, como lo confirma el párrafo 2 del artículo 42 de la Convención de Viena, la intención del artículo 60 es regular las consecuencias jurídicas de la violación de un tratado de manera exhaustiva. Así pues, no hay posibilidad de aplicar la *exceptio* fuera del ámbito del artículo 60 y sin sujeción a los requisitos de procedimiento para su ejercicio, como Grecia querría que la Corte creyese. El Magistrado Simma reconoce que, según el artículo 73 de la Convención, sus disposiciones no prejuzgan ninguna cuestión que con relación a la violación de un tratado pueda surgir como consecuencia de la responsabilidad internacional de un Estado. La suspensión de las disposiciones de un tratado como contramedida adoptada frente a anteriores violaciones por otra parte sigue, pues, intocada por el artículo 60 y es permisible con sujeción al régimen bastante estricto establecido por el código de la CDI en la materia. Sin embargo, el Magistrado Simma concluye que, como la demandada hizo la distinción necesaria a este respecto, y el fallo trata de manera satisfactoria de las “defensas” de Grecia distintas de la *exceptio*, no queda nada por decir sobre el asunto.

Declaración del Magistrado Bennouna

El Magistrado Bennouna concuerda con las conclusiones finales de la Corte en la presente causa, pero observa que la Corte optó por evitar ciertas cuestiones jurídicas cruciales planteadas y debatidas extensamente por las partes, en particular la *exceptio non adimpleti contractus* y las contramedidas, escudándose detrás de su evaluación de los hechos invocados por las partes en respaldo de sus argumentos. Según el Magistrado Bennouna, la Corte podía haber analizado esas

cuestiones y haberse pronunciado sobre ellas, a la luz de su evolución temporal y material.

Opinión disidente de la Magistrada Xue

La Magistrada Xue disiente de la decisión de la Corte de ejercer competencia en la causa. Según su posición, la causa está comprendida en el alcance del párrafo 1 del artículo 5 y no en el del párrafo 1 del artículo 11 del Acuerdo Provisional y la demanda no es admisible por razones de prudencia judicial.

La Magistrada Xue considera que la cuestión esencial para la Corte, al determinar su jurisdicción, es si la controvertida objeción de la demandada a la admisión de la demandante como miembro de la Organización del Tratado del Atlántico del Norte (OTAN) en la Cumbre de Bucarest de 2008 se relaciona con la interpretación o la aplicación del párrafo 1 del artículo 11 del Acuerdo Provisional o es una cuestión relativa al párrafo 1 del artículo 5 excluida de la competencia de la Corte en virtud del párrafo 2 del artículo 21 de dicho tratado. En su opinión, toda interpretación de las disposiciones del Acuerdo Provisional en relación con la cuestión del nombre debe prestar la debida consideración al carácter provisional del Acuerdo y a la negociación en curso entre las partes para el arreglo de la diferencia relativa al nombre.

La Magistrada Xue es de opinión que, al establecer su competencia, la Corte adopta una interpretación bastante estrecha del término “diferencia” con arreglo al párrafo 1 del artículo 5. Según dicha interpretación, la “diferencia” a que se refiere ese artículo se reduce a la *solución* del nombre definitivo que deben convenir las partes en la negociación y de tal modo el párrafo 1 del artículo 11 y el párrafo 1 del artículo 5 son tratados como cuestiones enteramente separadas sin una conexión sustantiva entre ellas en la aplicación del Acuerdo Provisional. La Magistrada cuestiona esa interpretación del tratado.

En opinión de la Magistrada Xue, habida cuenta de la naturaleza de la controversia entre las partes acerca de la cuestión del nombre y el objeto y el fin del Acuerdo Provisional, el párrafo 1 del artículo 11 y el párrafo 1 del artículo 5 constituyen dos de las disposiciones claves del acuerdo. Con arreglo a las pruebas que la Corte tiene ante sí, está claro que la cuestión central de la controversia entre las partes sobre el párrafo 1 del artículo 11 radica en la llamada “fórmula dual”, que alegadamente propugna la demandante. Los términos condicionales del párrafo 1 del artículo 11 han sido objeto de diferentes interpretaciones por las partes; éstas discrepan en particular acerca de si la demandante puede usar su nombre constitucional cuando se refiera a sí misma o trate con terceros Estados en organizaciones internacionales. En los años subsiguientes a la concertación del Acuerdo Provisional, la demandante ha insistido en usar su nombre constitucional cuando se refiere a sí misma o trata con terceros Estados, mientras que la demandada ha formado un patrón general

de protestas contra tal uso, alegando que constituye una violación de la resolución 817 y del Acuerdo Provisional.

La concertación del Acuerdo Provisional entre las partes, junto con las resoluciones 817 y 845 del Consejo de Seguridad, reconoce los intereses jurídicos de ambas partes en conexión con la cuestión del nombre. El arreglo temporal de la diferencia relativa al nombre conforme al párrafo 1 del artículo 11 dispone un medio de terminar el estancamiento entre las partes acerca de la admisión de la demandante como miembro de organizaciones internacionales. La ambigüedad de los términos condicionales del párrafo 1 del artículo 11 con respecto a si, o en qué medida, el nombre constitucional de la demandante puede ser usado por la demandante y por terceros Estados en organizaciones internacionales, demuestra que el Acuerdo Provisional, como medida temporal para mantener la paz y las relaciones de buena vecindad tanto en la región como entre las partes, requiere una gran dosis de buena fe y confianza mutua de ambas partes en su aplicación. Esa incertidumbre sólo puede explicarse y justificarse por el carácter provisional del tratado y el hecho de que esté pendiente el arreglo de la cuestión del nombre. Por consiguiente, la aplicación del párrafo 1 del artículo 11 está intrínsecamente vinculada con el deber de las dos partes de arreglar la controversia relativa al nombre mediante negociaciones de conformidad con lo dispuesto por el párrafo 1 del artículo 5. Toda cuestión relativa al proceso de negociación debería estar comprendida dentro del alcance del párrafo 1 del artículo 5.

La llamada “fórmula dual”, como se reveló en las actuaciones, se refiere a la fórmula según la cual, en definitiva, el nombre provisional se utilizaría sólo entre la demandada y la demandante, mientras que el nombre constitucional de la demandante se utilizaría con todos los demás Estados. La Magistrada Xue señala que en la presente causa, sin analizar esta llamada “fórmula dual”, sería imposible examinar plenamente las acciones de la demandada en la Cumbre de Bucarest a la luz del objeto y el fin del Acuerdo Provisional. Sin embargo, si ese examen se llevara a cabo conduciría inevitablemente a considerar la “diferencia” relacionada con el párrafo 1 del artículo 5, con la cual excedería la competencia de la Corte.

En opinión de la Magistrada Xue, el examen que hace la Corte del único acto de la demandada de objeción a la admisión de la demandante como miembro de la OTAN ha aislado al párrafo 1 del artículo 11 del contexto del tratado en su conjunto, y de su objeto y fin. El párrafo 1 del artículo 11 no puede separarse del párrafo 1 del artículo 5 en la medida en que está involucrado el arreglo del nombre definitivo.

Respecto de la cuestión de la prudencia judicial, la Magistrada Xue sostiene que aun cuando si, mediante una interpretación estricta del párrafo 2 del artículo 21, la Corte concluyera que tiene competencia en la causa, de todos modos habría buenas razones para que la Corte se abstuviera de ejercerla, pues incide en la cuestión de la prudencia ju-

dicial. Como señaló la Corte en la causa relativa al *Camerún Septentrional*, incluso si la Corte, “cuando se le plantea una causa, concluye que tiene competencia, la Corte no está obligada en todos los casos a ejercer esa competencia. Hay limitaciones inherentes al ejercicio de la función judicial que la Corte, como tribunal de justicia, jamás puede pasar por alto.” (Causa relativa al *Camerún Septentrional (Camerún contra Reino Unido)*, *Excepciones preliminares, Fallo, I.C.J. Reports 1963*, pág. 29.)

La Magistrada Xue concuerda con la posición de la Corte de que la cuestión que la Corte tiene ante sí no es si la decisión de la OTAN puede atribuirse a la demandada, sino si la demandada ha violado la obligación que le incumbe con arreglo al Acuerdo Provisional como resultado de su propio comportamiento. La decisión de la Corte de pronunciarse sólo sobre la licitud del único acto de la demandada y rechazar todas las demás pretensiones de la demandante, priva al fallo de todo efecto respecto de la decisión de la OTAN de aplazar la invitación a la demandante a pasar a ser miembro de la OTAN.

En la medida en que la decisión de la OTAN sigue siendo válida, la decisión de la Corte no tendrá un efecto práctico en el futuro comportamiento de las partes con respecto a la admisión de la demandante como miembro de dicha organización. En la causa relativa al *Camerún Septentrional* case, la Corte declaró que su decisión “debe tener alguna consecuencia práctica en el sentido de que pueda afectar derechos u obligaciones existentes de carácter jurídico de las partes, removiendo así la incertidumbre en sus relaciones jurídicas” (causa relativa al *Camerún Septentrional (Camerún contra Reino Unido)*, *Excepciones preliminares, Fallo, I.C.J. Reports 1963*, pág. 34). En opinión de la Magistrada Xue, no parece que en la presente causa se haya cumplido esa exigencia.

Además, la Magistrada Xue expresa preocupaciones acerca del potencial efecto del fallo en el proceso de negociación, pues es probable que las partes utilicen la decisión de la Corte para endurecer sus posiciones en la negociación, lo cual no sería conducente para un rápido arreglo de la cuestión del nombre.

Opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Roucouas

Después de una introducción y una breve historia, el Magistrado Roucouas presenta el contexto en el cual las dos partes concertaron el Acuerdo Provisional de 13 de septiembre de 1995, que contiene varios “rasgos inusuales” significativos, en particular el hecho de que las partes son no mencionadas por sus nombres, debido a la “diferencia” con respecto al nombre de la “Segunda Parte”. Esa diferencia es ubicua en la presente causa, y las otras pretensiones de la demandante y reacciones de la demandada giran en torno a ella. El Magistrado Roucouas señala que el Acuerdo Provisional fue concertado en medio del tumulto de las crisis de los Balcanes del decenio de 1990 y describe los esfuerzos de las instituciones europeas entre 1992 y 1994, las políticas de

las Naciones Unidas y la mediación de enviados estadounidenses que llevaron a la aprobación de las resoluciones 817 y 845 y al Acuerdo Provisional.

El Magistrado discrepa con la interpretación sostenida por la Corte según la cual el propio Estado demandante no estaba obligado a usar el nombre provisional dentro de las organizaciones internacionales. Señala que esa interpretación es incompatible con la frase según la cual, dentro de las Naciones Unidas, “será denominado a todos los efectos”, que se emplea en las resoluciones 817 y 845 y está incorporada en el texto del Acuerdo. Además, la frase “a todos los efectos” pone de relieve el objeto de las negociaciones, que se dirigen a llegar a un acuerdo sobre un nombre (y únicamente un nombre). El Magistrado Roucounas observa que la “fórmula dual” planteada por la demandante, que sostiene que el fin de las negociaciones bilaterales conducidas bajo los auspicios de las Naciones Unidas es simplemente llegar a un acuerdo sobre el nombre que haya de reemplazar a la denominación provisional de ex República Yugoslava de Macedonia, que solo habría de ser usado por la demandada, mientras que la demandante, por su parte, continuaría refiriéndose a sí misma, y haciendo que se refirieran a ella, como “Macedonia”, constituye una violación de las obligaciones convencionales de la demandante.

El Magistrado señala que, durante el período comprendido entre 1993 y 2008, Grecia expresó repetidamente su oposición, oralmente y por escrito, a la estrategia de la ex República Yugoslava de Macedonia de usar su nombre constitucional en organizaciones internacionales, y que la demandada dejó perfectamente en claro su posición frente al cambio de la demandante hacia una “fórmula dual”. Además, no es necesario, desde el punto de vista jurídico, que quienes tienen objeciones expresen esas objeciones en todos los momentos y en todas las ocasiones.

El Magistrado continúa diciendo que el Acuerdo Provisional es sinalagmático, en el sentido de que se basa en la reciprocidad. Sus disposiciones están estrechamente interconectadas y los derechos y obligaciones de las dos partes son jurídicamente dependientes los unos de los otros. Dice que es difícil ver qué beneficios derivaría el Estado demandado del Acuerdo Provisional, aparte de la regularización de sus relaciones con su vecino septentrional, de la aceptación conjunta de un nombre que distinguiera al uno del otro. Por consiguiente, el Magistrado Roucounas cree que la Corte debería esforzarse por hacer que el objeto y el fin del Acuerdo Provisional fueran realizables poniendo de relieve la necesidad de negociaciones efectivas conducidas de buena fe, y tener cuidado de no perjudicar dichas negociaciones directa o indirectamente.

La opinión disidente cuestiona la competencia de la Corte para conocer de la controversia que se ha planteado ante ella. El Magistrado es de opinión que el párrafo 2 del artículo 21 excluye de la competencia de la Corte no solamente la cuestión de la atribución de un nombre para la demandante, sino

también “la diferencia mencionada en el párrafo 1 del artículo 5”, es decir, prohíbe que la Corte intervenga respecto de cualquier cuestión que, según la demandante, se relacione “directa o indirectamente” con la cuestión del nombre. Añade que la exclusión con arreglo al artículo 21 está también vinculada al artículo 22, que refleja los artículos 8 y 10 del Tratado del Atlántico del Norte, y la Corte no tiene competencia para interpretar ese instrumento. Considera lamentable que la Corte haya adoptado una interpretación restrictiva del artículo 5 y, al mismo tiempo, una interpretación amplia de la primera parte del artículo 11 y una interpretación restrictiva de la segunda parte de ese mismo artículo. Cree que la Corte ha asumido una posición que puede ser interpretada como contribuyendo a “*faits accomplis* [hechos consumados]”, o que puede llevar a un renovado deterioro de las negociaciones y las relaciones entre los dos Estados. Añade que la falta de competencia de la Corte se ve corroborada por el hecho de que la decisión de la OTAN de 3 de abril de 2008 es un acto de dicha organización internacional, y que Grecia no tiene que responder por los actos de las organizaciones de las que es miembro.

A continuación el Magistrado Roucounas argumenta que el comportamiento de la demandante es incompatible con el artículo 5 del Acuerdo Provisional, que establece la obligación de las partes de llevar a cabo negociaciones de buena fe. Cree que la resolución 817 fue incorporada al artículo 5 del Acuerdo Provisional precisamente porque hace referencia a “la diferencia ... con respecto al nombre”. El artículo 5 establece un equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes. Su primer párrafo requiere negociaciones “con miras a llegar a un acuerdo respecto de la diferencia”, en primer lugar acerca de lo que se entiende por “nombre” y en segundo lugar acerca de quién debería usarlo. El segundo párrafo del artículo 5 refuerza al primero, “sin perjuicio” de la diferencia con respecto al nombre, al estipular que las partes deben facilitar sus relaciones, en particular sus relaciones económicas y comerciales y “tomarán medidas prácticas” con tal fin. El Magistrado cree que la intransigencia de la demandante con respecto a la “fórmula dual” estaba comprometiendo las negociaciones entre las partes, cosa que considera que resulta claramente ilustrada por declaraciones del Presidente y el Primer Ministro de la ex República Yugoslava de Macedonia, a las que cita textualmente y que, en su opinión, tienen un carácter potencialmente destructivo, pero sobre las cuales el fallo guarda silencio. El Magistrado recuerda que Grecia alteró su posición e hizo saber que estaría dispuesta a aceptar un nombre que incluyera el término “Macedonia”, a condición de que estuviera acompañado por un calificativo y que dicho nombre se utilizara *erga omnes*. La ex República Yugoslava de Macedonia, por otro lado, declaró que era inaceptable el uso internacional de un nombre que difiriese de su nombre constitucional. El Magistrado Roucounas añade que es permisible preguntarse si las acciones de la demandante cumplían con las condiciones generalmente reconocidas para una adecuada conducción

de negociaciones “significativas”, así como su buena fe en un proceso que se ha extendido durante 16 años sin éxito.

A continuación, el Magistrado examina la cuestión de la admisión en organizaciones “cerradas” o “regionales”, pues la OTAN difiere de las demás organizaciones en razón de su naturaleza militar y relacionada con la defensa. Dice que el órgano competente dentro de la organización puede establecer condiciones adicionales para la admisión de un nuevo miembro. Durante el proceso de admisión también entran en juego factores políticos, relacionados tanto con las calidades del Estado candidato como con sus relaciones con los Estados miembros, e incumbe a cada Estado miembro determinar subjetivamente si se han cumplido todos los criterios necesarios antes de dar su asentimiento. Para admitir un nuevo miembro en la OTAN, los Estados miembros —una vez que hayan determinado si el Estado europeo candidato está en condiciones de promover los principios del tratado y contribuir a la seguridad de la zona del Atlántico del Norte— deciden por acuerdo unánime invitar a dicho Estado a adherirse a la organización (art. 10 del Tratado del Atlántico del Norte). De ello se deduce que todos los Estados miembros, sin excepción, tienen el derecho —e incluso la obligación— de decidir si el Estado candidato reúne las condiciones necesarias para su admisión en la organización. Y no se puede impedir que ningún Estado miembro cuyas relaciones con el Estado candidato sean fuente de preocupación directa exprese su opinión sobre el estado real de dichas relaciones. Decir que no tiene derecho impide que ese Estado ejerza sus derechos. La decisión de la OTAN se adoptó después de que la organización hubiera exhortado a la demandante a llegar a “soluciones mutuamente aceptables de las cuestiones pendientes”.

En la opinión se plantea una discrepancia con la interpretación que hace la Corte del artículo 11 del Acuerdo Provisional, que no solamente da primacía a la primera parte del primer párrafo del artículo respecto de la segunda parte del mismo párrafo, sino que también infringe los derechos y las obligaciones de la demandada en relación con terceros. Así pues, la Corte asigna un peso excesivo a la primera parte del párrafo 1 del artículo 11 —que contiene otro “rasgo inusual” en la frase “la Primera Parte conviene en no oponer objeciones”— hasta el punto de volverla ininteligible. Sin ningún argumento decisivo, la Corte minimiza el alcance de la segunda parte del párrafo 1, que establece las condiciones para el uso del nombre ex República Yugoslava de Macedonia. Según el magistrado, es completamente infundada la idea de que la segunda parte del párrafo 1 del artículo 11 solamente se aplicaría en caso de que la organización admitiese a la demandante con un nombre distinto del de ex República Yugoslava de Macedonia, y no es jurídicamente sostenible, en vista del tratado y de la naturaleza específica de la OTAN, la distinción entre lo que sucede antes de la admisión en las organizaciones internacionales y lo que sucede después de ella. En lo tocante al procedimiento de admisión, el Magistrado

Roucounas señala que la decisión de la Alianza fue tomada de conformidad con la práctica habitual, después de celebrar consultas dentro y fuera de la organización. Como las opiniones individuales quedan absorbidas en la decisión de la organización, es imposible distinguir la posición de Grecia de la de la organización. La OTAN tiene sus propios procedimientos basados en el consenso de sus Estados miembros.

El Magistrado añade que la lectura que hace la Corte de la frase “la Primera Parte conviene en no oponer objeciones” (a la admisión en organizaciones internacionales) tiene el resultado de privar a la demandada de competencias internacionales establecidas. En contraste, una lectura equilibrada del artículo 11 habría permitido a la Corte concluir que a la demandada no le estaba prohibido, ni jurídica ni políticamente, hacer públicas las razones por las cuales, en su opinión, la deliberada actitud de la demandante constituía una violación del Acuerdo Provisional y determinaba que no satisficiera las condiciones del artículo 10 del Tratado del Atlántico del Norte, a pesar de las repetidas exhortaciones de los órganos de la Alianza a que las partes arreglaran la diferencia con respecto al nombre.

En lo tocante a la protesta internacional, el Magistrado recuerda que se trata de un concepto jurídico de derecho consuetudinario, mediante el cual un sujeto de derecho internacional objeta un acto o un comportamiento oficial de otro sujeto que considera violatorio del derecho internacional. La protesta adquiere mayor peso cuando se opone a un acto o un comportamiento que es incompatible con las obligaciones internacionales del otro sujeto de derecho internacional. Tiene el efecto de preservar los derechos del sujeto que protesta y poner de relieve la naturaleza ilícita del acto o comportamiento oficial en cuestión. La repetición de la protesta la refuerza aún más y hace que se vuelva incontrovertible. El Magistrado Roucounas observa que la Corte nunca se ha fundado en *el número* de protestas a fin de determinar su efecto jurídico; sin embargo, en la presente causa el fallo concluye que las ocho protestas de Grecia en el período comprendido entre la adopción de la resolución 817 y la concertación del Acuerdo Provisional son insuficientes, e impugna las numerosas protestas adicionales (aproximadamente 85) formuladas por Grecia después de la concertación del Acuerdo Provisional contra el uso por la ex República Yugoslava de Macedonia de su nombre constitucional dentro de organizaciones internacionales. El Magistrado Roucounas expresa la preocupación de que, al usar de esta forma medidas cuantitativas para determinar la condición jurídica de un acto internacional, la Corte puede socavar el concepto mismo de protesta internacional.

El Magistrado Roucounas destaca la noción de buena vecindad. El derecho de vecindad y el derecho de buena vecindad son conceptos en evolución. Cuando la buena vecindad se incorpora a un internacional tratado, se convierte en un principio jurídico, que debe leerse en conjunción con los principios fundamental establecidos en la Carta de las Na-

ciones Unidas, que es generalmente considerado por los comentarios sobre la Carta como la consagración jurídica del mutuo derecho de los Estados vecinos a la protección de sus legítimos intereses. Añade que el principio de buena vecindad no es vinculante sólo para los Estados sino, en la medida en que su inobservancia puede comprometer las acciones de los órganos de la comunidad internacional, es también una obligación que incumbe a las organizaciones internacionales, las cuales deben asegurar que se respete dicho principio. El Magistrado Roucouas recuerda que la buena vecindad está mencionada específicamente en las resoluciones 817 y 845 y en los comunicados de la OTAN, y que el Acuerdo Provisional limita la libertad de acción de las partes en siete lugares, pues su objeto es precisamente regular las relaciones pacíficas entre los Estados. Es por ello que en el Acuerdo se dispone que la demandante será denominada a todos los efectos dentro de las organizaciones internacionales como ex República Yugoslava de Macedonia hasta tanto se llegue a un arreglo de la diferencia por negociación. Según el Magistrado Roucouas, los actos de provocación de la demandante, que son violatorios de dichas obligaciones, continúan en varias formas: pretensiones irredentistas acerca de las fronteras geográficas y étnicas de la ex República Yugoslava de Macedonia, que se extienden más allá de sus fronteras políticas, libros escolares, mapas, enciclopedias oficiales y discursos inflamatorios.

El artículo 22 es una respuesta a la preocupación expresada por quienes estudian el derecho de los tratados acerca de los problemas de interpretación y las incertidumbres causadas por el silencio de los acuerdos internacionales sobre las relaciones entre dichos acuerdos y otros tratados anteriores o posteriores. No es simplemente una cláusula estándar, y tiene la finalidad de evitar toda duda posible que surja en relación con la interpretación del párrafo 2 del artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. El artículo 22 se aplica a todo el Acuerdo Provisional y debe leerse en conjunción con el artículo 8 del Tratado del Atlántico del Norte, que impide que un Estado miembro renuncie a sus derechos y deberes para con la Alianza. Además, debe considerarse que, cuando incorporaron el artículo 22 al Acuerdo Provisional, ambas partes tenían conciencia de su alcance a la luz de la específica naturaleza militar y relacionada con la defensa del tratado constitutivo de la OTAN.

Con respecto a la invocación por la demandada, con carácter alternativo, del principio de la *exceptio non adimpleti contractus*, el Magistrado Roucouas concluye que la *exceptio* expresa un principio tan justo y tan equitativo que puede encontrarse en una u otra forma en todos los sistemas jurídicos. Es el corolario de la reciprocidad y de los acuerdos

sin alagmáticos y constituye un principio general de derecho, independientemente del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Porque, como dejó en claro la Corte en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, el derecho internacional general y el derecho de los tratados se superponen constantemente. El artículo 60 no priva a la parte lesionada del derecho a invocar la *exceptio*. Grecia ha respondido moderadamente a las prácticas de la demandante. En el caso de la solicitud de la demandante de ingresar en la OTAN, Grecia no procuró la suspensión o la terminación del Acuerdo como tal; hizo que su posición fuera ampliamente conocida, pero sin invocar artículos específicos del Acuerdo Provisional. Sin embargo, es importante no perder de vista el texto del párrafo 5 del artículo 65 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que dispone que: “[s]in perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, el hecho de que un Estado no haya efectuado la notificación prescrita en el párrafo 1 no le impedirá hacerla en respuesta a otra parte que pida el cumplimiento del tratado o alegue su violación.”. Grecia ha satisfecho las condiciones sustantivas de proporcionalidad y reversibilidad. Con respecto a las condiciones de procedimiento, la flexibilidad está permitida, pues el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional es una mezcla de codificación y desarrollo progresivo.

El Magistrado Roucouas examina a continuación el enfoque de las contramedidas adoptado por la Corte. Concluye que, teniendo en cuenta toda la extensión de la lesión sufrida como consecuencia de las violaciones de los artículos 5, 6, 7 y 11 del Acuerdo Provisional, y cualquiera sea el estado actual del derecho internacional en relación con las contramedidas, la medida adoptada por la demandada satisface la condición de proporcionalidad. El Magistrado cree que la evaluación de esas violaciones hecha por la Corte de no contempla la sustancia de las cuestiones.

Declaración del Magistrado *ad hoc* Vukas

El autor concuerda con la conclusión de la Corte de que tiene competencia para conocer de la demanda de la ex República Yugoslava de Macedonia y de que dicha demanda es admisible. También comparte la opinión de la Corte de que la República Helénica violó el párrafo 1 del artículo 11 del Acuerdo Provisional firmado por las partes el 13 de septiembre de 1995. En cambio, no concuerda con la determinación de la Corte de rechazar la solicitud de la demandante de que la Corte ordene que la demandada cumpla las obligaciones que le incumben con arreglo al párrafo 1 del artículo 11 del Acuerdo Provisional también en el futuro.

191. FALLO No. 2867 DICTADO POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO CON MOTIVO DE LA DEMANDA PRESENTADA CONTRA EL FONDO INTERNACIONAL DE DESARROLLO AGRÍCOLA

Opinión consultiva de 1 de febrero de 2012

El 1 de febrero de 2012, la Corte Internacional de Justicia emitió su opinión consultiva sobre el fallo No. 2867 del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo con motivo de la demanda presentada contra el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola.

La composición de la Corte era la siguiente: Presidente: Owada; Vicepresidente: Tomka; Magistrados: Koroma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; Secretario: Couvreur.

*
* *

El párrafo final (párr. 76) de la opinión consultiva dice lo siguiente:

“... ”

LA CORTE,

1) Por unanimidad,

Determina que es competente para emitir la opinión consultiva solicitada;

2) Por unanimidad,

Decide acceder a la solicitud de que emita una opinión consultiva;

3) *Opina*:

a) Con respecto a la pregunta I,

Por unanimidad,

Que el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo era competente, en virtud del artículo II de su Estatuto, para entender de la demanda presentada contra el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola el 8 de julio de 2008 por la Sra. Ana Teresa Sáez García;

b) Con respecto a las preguntas II a VIII,

Por unanimidad,

Que esas preguntas no necesitan otras respuestas de la Corte;

c) Con respecto a la pregunta IX,

Por unanimidad,

Que la decisión pronunciada por el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo en su fallo No. 2867 es válida.”

*
* *

El Magistrado Cançado Trindade añadió una opinión separada a la opinión consultiva de la Corte; el Magistrado Greenwood añadió una declaración a la opinión consultiva de la Corte.

*
* *

Historia de la controversia (párrs. 1 a 18)

La Corte comienza por recordar que las cuestiones sobre las que se ha solicitado la opinión consultiva se exponen en la resolución aprobada el 22 de abril de 2010 por la Junta Ejecutiva del Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (en adelante, “el FIDA” o el “Fondo”) (esa resolución figura en el Anexo 1 del presente resumen). La Corte hace a continuación un breve resumen de la historia de la controversia.

Competencia de la Corte (párrs. 19 a 27)

La Corte se ocupa primero de la cuestión de si es competente para responder a la solicitud. Después de recordar que la solicitud de que emitiera una opinión consultiva fue presentada en virtud del artículo XII del anexo del Estatuto del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, “TAOIT”), la Corte señala que la Junta Ejecutiva ha hecho la declaración debida por la que reconocía la competencia del Tribunal, conforme a lo dispuesto en el artículo II, párrafo 5, del Estatuto del Tribunal. La Corte observa que la facultad de la Junta Ejecutiva para solicitar una opinión consultiva y la competencia de la Corte para emitir esa opinión están fundadas en la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte y no únicamente en el artículo XII del anexo del Estatuto del Tribunal. Además de esa última disposición, la Corte examina el Artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, el Artículo 65, párrafo 1, de su propio Estatuto y el artículo XIII, párrafo 2, del Acuerdo de relación entre las Naciones Unidas y el Fondo (en adelante, el “Acuerdo de relación”) (esas disposiciones figuran en el Anexo 2 del presente resumen). La Corte indica que la solicitud presentada por el Fondo de que examinara un fallo referente a su acogida del Mecanismo Mundial y la cuestión de si empleó a la Sra. Sáez García presentan efectivamente “cuestiones jurídicas” que surgen “en el ámbito de las actividades del Fondo”. La Corte señala que, si bien la autorización concedida al FIDA por el artículo XIII, párrafo 2, del Acuerdo de relación excluye “las cuestiones que interesen a las relaciones mutuas del Fondo y las Naciones Unidas u

otros organismos especializados”, esa exclusión no impide a la Corte examinar las relaciones entre el Fondo y el Mecanismo Mundial o la Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación, que no son organismos especializados, en la medida en que esas relaciones resultan pertinentes en relación con las preguntas formuladas a la Corte por el FIDA. En consecuencia, la Corte determina que el Fondo está facultado para solicitar una opinión consultiva sobre la cuestión de la validez de la decisión pronunciada por el TAOIT en su fallo No. 2867 y que la Corte es competente para examinar la solicitud de que emita una opinión consultiva.

Alcance de la competencia de la Corte (párrs. 28 a 32)

En virtud del artículo VI, párrafo 1, del Estatuto del TAOIT, los fallos del Tribunal serán definitivos e inapelables. Sin embargo, de conformidad con el artículo XII, párrafo 1, del Estatuto del TAOIT y el artículo XII, párrafo 1, de su anexo, respectivamente, la OIT y las organizaciones internacionales que hayan formulado la declaración en la que reconocen la competencia del TAOIT pueden no obstante impugnar el fallo del TAOIT dentro de los términos de esas disposiciones. En virtud del artículo XII, párrafo 2, del Estatuto del TAOIT y de su anexo, la opinión de esta Corte emitida en virtud de esas disposiciones es “obligatoria”. Como dijo la Corte en *Fallos dictados por el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo con motivo de las demandas presentadas contra la UNESCO* (opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1956*, pág. 77; en adelante, la “opinión consultiva de 1956”), ese efecto va más allá del alcance atribuido por la Carta y el Estatuto de la Corte a una opinión consultiva. No afecta al modo en que funciona la Corte, que sigue estando determinado por su Estatuto y Reglamento. La potestad de la Corte de revisar un fallo del TAOIT en virtud del artículo XII del anexo del Estatuto del TAOIT a petición del organismo especializado correspondiente se limita a dos motivos: que el Tribunal confirmara erróneamente su competencia o que la decisión estuviese viciada por un fallo fundamental en el procedimiento seguido. La Corte cita la sección correspondiente de la opinión consultiva de 1956, en la que había puesto de relieve los límites del primero de esos motivos. La Corte observa que en la opinión consultiva de 1956 había afirmado que la revisión no reviste la naturaleza de un recurso de apelación sobre el fondo del fallo y que la impugnación no se puede transformar en un procedimiento contra el modo en que se ha ejercitado la competencia ni contra el fundamento de la decisión. Con respecto al otro motivo, la Corte, remitiéndose a su opinión consultiva sobre la *Petición de revisión del fallo No. 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas*, recuerda que un error de procedimiento es fundamental e impide que se haga justicia cuando es de tal naturaleza que viola el derecho del funcionario a presentar su caso y, en ese sentido, impide que se haga justicia al funcionario (*I.C.J. Reports 1973*, pág. 209, párr. 92).

La discreción de la Corte (párrs. 33 a 48)

La Corte recuerda que el Artículo 65 de su Estatuto deja claro que tiene discreción para responder o no a una solicitud de que emita una opinión consultiva. Al ejercitarla, la Corte ha de tener en cuenta su doble carácter, como órgano principal de las Naciones Unidas y como órgano judicial. Desde muy pronto, la Corte declaró que el ejercicio de su competencia consultiva representa su participación en las actividades de la Organización y, en principio, no se debe denegar una solicitud (*Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania (Primera fase), opinión consultiva, I.C.J. Reports 1950*, págs. 71 y 72). Esto se refleja también en la afirmación que hizo posteriormente la Corte, en la única otra impugnación ante ella de una decisión del TAOIT, de que serían necesarias razones imperiosas para justificar una denegación (opinión consultiva de 1956, *I.C.J. Reports 1956*, pág. 86).

La Corte examina a continuación el principio de igualdad ante ella del FIDA, por un lado, y de la funcionaria, por el otro; a saber, la igualdad de acceso a la Corte y la igualdad en las actuaciones ante la Corte. La Corte considera que el principio de igualdad, que se deriva de las exigencias de la buena administración de la justicia, debe interpretarse ahora que incluye el acceso en condiciones de igualdad a los recursos de apelación o remedios similares disponibles, salvo que se pueda justificar una excepción por motivos objetivos y razonables. Cabe preguntarse hoy con razón si el sistema establecido en 1946 cumple con el principio actual de igualdad de acceso a cortes y tribunales. Si bien la Corte no se halla en situación de reformar ese sistema, puede intentar que, en la medida de lo posible, haya una igualdad en las actuaciones ante ella. En la presente causa, la desigualdad entre la posición ante la Corte de la institución empleadora y su funcionaria, que se deriva de las disposiciones del Estatuto de la Corte, ha sido paliada en gran medida por la decisión de la Corte de que el Presidente del Fondo le había de transmitir cualquier declaración en la que se expusiesen los puntos de vista que la Sra. Sáez García desease señalar a la atención de la Corte, y por la decisión de la Corte de que no habría procedimiento oral (puesto que el Estatuto de la Corte no permite a las personas físicas comparecer en audiencias en esas causas). Si bien el proceso para garantizar la igualdad en las actuaciones no estaba exento de dificultades, la Corte llega a la conclusión de que, al final de ese proceso, sí que tiene la información que necesita para decidir sobre las cuestiones presentadas; que tanto el Fondo como la Sra. Sáez García han tenido oportunidades adecuadas y en gran medida iguales de presentar sus argumentos y responder a los de la otra parte; y que, en esencia, el principio de igualdad en las actuaciones ante la Corte que exigen su carácter judicial inherente y la buena administración de la justicia, ha sido respetado.

A tenor del análisis *supra*, la Corte mantiene su preocupación sobre la desigualdad de acceso a ella y sigue preocupada

por la cantidad de tiempo que se tomó el Fondo para cumplir con los procedimientos dirigidos a asegurar la igualdad en las presentes actuaciones. No obstante, tomando las circunstancias de la causa en su totalidad, y en particular las medidas que ha adoptado para reducir la desigualdad en las actuaciones ante ella, la Corte considera que las razones que podían llevarla a declinar emitir una opinión consultiva no son suficientemente imperiosas como para exigirle que así lo haga.

Fondo (párrs. 49 a 99)

La Corte recuerda que la solicitud de una opinión consultiva se refiere a la validez del fallo emitido por el TAOIT en relación con el contrato de empleo de la Sra. Sáez García. El 1 de marzo de 2000, el FIDA ofreció a la Sra. Sáez García, nacional de Venezuela, un contrato de plazo fijo de dos años de duración de categoría P-4 como Oficial de Programas en el Mecanismo Mundial, una entidad acogida por el FIDA. El objetivo del Mecanismo Mundial (establecido por la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África) es movilizar y canalizar recursos financieros a los países en desarrollo. Aceptó esa oferta el 17 de marzo de 2000. Posteriormente, su contrato fue prorrogado dos veces, hasta el 15 de marzo de 2004 y el 15 de marzo de 2006, respectivamente. Además, a partir del 22 de marzo de 2002, su cargo cambió a “Directora de Programas, Región de América Latina” y es mencionado posteriormente, en el aviso de no renovación de su contrato, como “Directora de Programas de la oficina regional para América Latina y el Caribe del Mecanismo Global”. Por conducto de un memorando de 15 de diciembre de 2005, el Director Gerente del Mecanismo Mundial le informó de que la Conferencia de las Partes había decidido recortar en un 15% el presupuesto del Mecanismo Mundial para 2006-2007. Como consecuencia, había que reducir el número de funcionarios pagados con cargo al presupuesto básico. Por ello, su puesto sería suprimido y su contrato no sería renovado cuando expirase el 15 de marzo de 2006. Le ofrecía un contrato de seis meses de duración como consultora, desde el 26 de marzo hasta el 15 de septiembre de 2006, en un “intento de reubicarla y encontrarle un empleo alternativo adecuado”. La Sra. Sáez García no aceptó ese contrato. El 10 de mayo de 2006, la Sra. Sáez García solicitó un procedimiento de conciliación, que terminó sin acuerdo el 22 de mayo de 2007. Entonces impugnó la decisión del Director Gerente presentando un recurso ante la Junta Mixta de Apelación del Fondo en virtud del Manual de procedimientos de recursos humanos del FIDA. El 13 de diciembre de 2007, la Junta Mixta de Apelación recomendó por unanimidad que se rehabilitase en su cargo a la Sra. Sáez García y que se le pagasen los salarios, subsidios y derechos que no había percibido. El 4 de abril de 2008, el Presidente del Fondo rechazó las recomendaciones. Entonces, el 8 de julio de 2008, la Sra. Sáez García presentó una demanda ante el Tribunal solicitándole

que “anulase la decisión del Presidente del FIDA por la que había desestimado el recurso de la demandante”, ordenase su rehabilitación y le concediese el pago de diversas indemnizaciones. En su fallo de 3 de febrero de 2010, el Tribunal decidió que “la decisión del Presidente del 4 de abril de 2008 se anula” y ordenó el pago de daños y perjuicios y costas.

Con respecto a las atribuciones del Fondo, el Mecanismo Mundial, la Conferencia de las Partes y la secretaría permanente de la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación y las relaciones entre ellos, la Corte examina las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación y el memorando de entendimiento entre la Conferencia de las Partes en la Convención de Lucha contra la Desertificación y el Fondo relativo a las modalidades y el funcionamiento administrativo del Mecanismo Mundial (en adelante, el “memorando de entendimiento”). La Corte observa que, si bien la secretaría permanente está ligada institucionalmente a las Naciones Unidas, no está plenamente integrada en el programa de trabajo ni en la estructura administrativa de ningún departamento ni programa en concreto. La Corte recuerda que, en virtud del Acuerdo relativo a la sede celebrado entre la secretaría permanente y Alemania, la secretaría de la Convención tiene capacidad jurídica para contratar y adquirir bienes muebles e inmuebles y disponer de ellos y actuar en justicia en el país anfitrión. La Corte observa que, en la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación, la Conferencia de las Partes y la secretaría permanente se establecen expresamente como instituciones y se les conceden diversas potestades. En cambio, el Mecanismo Mundial no está incluido en la parte de la Convención titulada “Instituciones” y ni la Convención ni ningún acuerdo relativo a la sede como el de la secretaría permanente le conceden ninguna potestad expresa de contratar ni de celebrar ningún acuerdo. Además, no hay nada en el expediente que obra ante la Corte que indique que haya celebrado alguna vez contratos ni acuerdos. La posición del Mecanismo Mundial puede diferenciarse también de la del Fondo, que, en virtud del artículo 10, sección 1, del Convenio constitutivo del FIDA, tiene personalidad jurídica internacional y en virtud del artículo II, sección 3 de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunities de los Organismos Especializados de 21 de noviembre de 1947, tiene capacidad para contratar y adquirir bienes muebles e inmuebles y disponer de ellos. La Corte señala que en la Convención se encarga a la Conferencia de las Partes que identifique la entidad que ha de ser organización huésped y adopte con ella las disposiciones apropiadas para su funcionamiento administrativo. Ese fue el motivo por el que se celebró un memorando de entendimiento entre la Conferencia de las Partes y el FIDA en 1999, como se ha descrito más arriba. Ni la Convención ni el memorando de entendimiento confieren expresamente personalidad jurídica al Mecanismo Mundial ni le dotan expresamente de otro modo de la capacidad de celebrar acuerdos jurídicos. Además, a tenor de los distintos instrumentos por

los que se establecen el FIDA, la Conferencia de las Partes, el Mecanismo Mundial y la secretaría permanente, y de la práctica que figura en la documentación que obra en poder de la Corte, el Mecanismo Mundial no tenía facultad para celebrar contratos, acuerdos ni “arreglos”, ni internacional ni nacionalmente, ni ha pretendido ejercer esa facultad.

A. Respuesta a la pregunta I

La Corte se ocupa a continuación de las preguntas que se le han hecho para que emita una opinión consultiva y señala que esas preguntas se deben formular en términos neutrales, en lugar de asumir conclusiones sobre cuestiones de derecho que están en litigio. No deben incluir razonamientos ni argumentos. Las preguntas formuladas en la presente causa se apartan de esa norma, que refleja la práctica habitual. No obstante, la Corte responderá a ellas.

Se pide a la Corte que emita su opinión sobre la competencia del TAOIT para atender la demanda presentada contra el Fondo el 8 de julio de 2008 por la Sra. Sáez García. La competencia del Tribunal con respecto a las demandas presentadas por miembros de personal de organizaciones distintas de la OIT se basa en el artículo II, párrafo 5, de su Estatuto, de acuerdo con el cual “[e]l Tribunal es también competente para conocer de las demandas fundadas en la inobservancia, de fondo o de forma, de las disposiciones de los contratos de trabajo y del Estatuto del Personal relativas a los funcionarios de cualquier otra organización internacional” que cumpla los criterios establecidos en el anexo del Estatuto del TAOIT y que haya formulado una declaración admitiendo la competencia del Tribunal.

El Fondo considera que la Sra. Sáez García es miembro del personal del Mecanismo Mundial, no del Fondo, y por ello impugnó la competencia del Tribunal para conocer de su demanda. Ante el Tribunal, el Fondo sostuvo que su aceptación de la competencia del TAOIT no se extendía a entidades que acoge en virtud de acuerdos internacionales. Mantuvo que el Mecanismo Mundial no era un órgano del Fondo y que, incluso aunque el Fondo administraba el Mecanismo Mundial, esto no hacía que la demandante fuese miembro del personal del Fondo, ni hacía que las actuaciones del Director Gerente del Mecanismo Mundial fuesen atribuibles al Fondo. Según el Fondo, a pesar de que se aplicaban a la demandante las políticas, el reglamento y el estatuto del personal del FIDA, no era miembro del personal del Fondo. A la inversa, la demandante alegó que había sido miembro del personal del FIDA durante todo el período en cuestión, hasta su separación el 15 de marzo de 2006 y que en todas sus cartas de nombramiento y renovación de contrato se le ofrecía un puesto en el Fondo. En su fallo No. 2867 de 3 de febrero de 2010, el Tribunal desestimó las excepciones de incompetencia esgrimidas por el Fondo y se declaró competente para entender de todos los alegatos formulados en la demanda presentada por la Sra. Sáez García. Es esa confirmación por parte del Tribunal de su “competencia para entender” de la demanda

presentada por la Sra. Sáez García lo que impugna la Junta Ejecutiva del Fondo y constituye el objeto de la primera pregunta formulada a la Corte. En virtud del artículo II, párrafo 5, de su Estatuto, el Tribunal podía conocer de la demanda solo si la demandante era funcionaria de una organización que hubiese reconocido la competencia del Tribunal y si la demanda se refería a la inobservancia de las disposiciones del contrato de trabajo de esa funcionaria o las disposiciones del estatuto del personal de la organización. El primer conjunto de condiciones ha de ser examinado en el marco de la competencia *ratione personae* del Tribunal, mientras que el segundo ha de ser considerado dentro del contexto de su competencia *ratione materiae*. La Corte examinará a continuación esos dos conjuntos de condiciones.

1. Competencia *ratione personae* del Tribunal en relación con la demanda presentada por la Sra. Sáez García

Puesto que quienes pueden recurrir ante el TAOIT son los miembros del personal del FIDA, la Corte examinará ahora si la Sra. Sáez García era funcionaria del Fondo, o de alguna otra entidad que no había reconocido la competencia del Tribunal. La Corte apunta que en el presente contexto, se puede considerar que las expresiones “funcionaria” y “miembro del personal” significan lo mismo y por ello las usa indiferentemente. En la Política en materia de recursos humanos del FIDA se define a los miembros del personal como “personas o persona titulares de un contrato ordinario, de carrera, de plazo fijo, temporal o indefinido con el Fondo”. Para gozar de la condición de miembro del personal del Fondo, la Sra. Sáez García tendría que haber sido titular de uno de los contratos mencionados con el Fondo. La Corte señala que el 1 de marzo de 2000, la Sra. Sáez García recibió una oferta de empleo, escrita en papel con membrete del Fondo, de “un contrato de plazo fijo por un período de dos años con el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA)”. En la carta se indicaba que el nombramiento “se haría de acuerdo con las disposiciones generales del Manual de políticas de personal del FIDA ... [y] con las instrucciones administrativas que se publiquen ... en relación con la aplicación del Manual”. En la oferta de nombramiento se señalaba también que el FIDA podría dar por finalizado su contrato con un preaviso por escrito de un mes y que la Sra. Sáez García había de pasar por el período de prueba prescrito en el Manual de políticas de personal. Además, con arreglo a las condiciones de la oferta, se le exigía dar un preaviso por escrito como mínimo de un mes al FIDA si desease poner fin a su contrato. Las renovaciones de su contrato hasta marzo de 2004 y hasta marzo de 2006, respectivamente, mencionaban una “prórroga de su contrato con el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola”. En las cartas de renovación se decía también que todas las demás condiciones de empleo permanecerían iguales y que su contrato “seguiría rigiéndose por el Manual de políticas de personal, junto con las disposiciones del Manual de Recursos Humanos relativas a su aplicación”.

La Corte señala que un contrato de empleo celebrado entre una persona física y una organización internacional es una fuente de derechos y obligaciones para las partes en él. En ese contexto, la Corte apunta que la oferta de nombramiento aceptada por la Sra. Sáez García el 17 de marzo de 2000 fue hecha, en nombre del Fondo, por el Director de su División de Personal, y que las renovaciones posteriores de ese contrato fueron firmadas por funcionarios de la misma División del Fondo encargados de las cuestiones de personal. El Fondo no pone en duda la habilitación concedida a esos funcionarios para actuar en su nombre en cuestiones de personal. Esas ofertas se hicieron de acuerdo con las disposiciones generales del Manual de políticas de personal, en el que figuraban entonces el reglamento y estatuto aplicables a los miembros del personal del Fondo. Como afirmó la Corte en su opinión consultiva de 1956, el reglamento y estatuto del personal de la organización en cuestión “constituyen el fundamento jurídico en el que ha de apoyarse la interpretación del contrato” (*I.C.J. Reports 1956*, pág. 94). De ello se deduce que se estableció una relación de empleo, basada en los elementos contractuales y estatutarios mencionados, entre la Sra. Sáez García y el Fondo. Esa relación le otorgaba la condición de miembro del personal de la organización.

Prueban también la relación jurídica de la Sra. Sáez García con el Fondo como miembro del personal los hechos que rodean a su recurso contra la decisión de suprimir su puesto y la consiguiente no renovación de su contrato de plazo fijo. Inicialmente, interpuso sus reclamaciones dentro de los mecanismos internos establecidos por el Fondo para tratar de las reclamaciones del personal, a saber, el procedimiento de conciliación y la Junta Mixta de Apelación, y ambos se llevaron a cabo de acuerdo con el Manual de procedimientos de recursos humanos. El memorando de 4 de abril de 2008 del Presidente del FIDA por el que rechazó las recomendaciones de la Junta Mixta de Apelación no incluye ninguna indicación de que la Sra. Sáez García no fuese miembro del personal del Fondo. Al contrario, en ese memorando se afirma que “la no renovación de su contrato de plazo fijo estaba de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.21.1 del Manual de procedimientos de recursos humanos del FIDA”. Tampoco hay nada que sugiera que, al rechazar la recomendación de la Junta Mixta de Apelación, el Presidente estuviese actuando de ningún otro modo que no fuese en su condición de Presidente del FIDA.

La Corte desestima a continuación tres argumentos adicionales presentados por el Fondo en apoyo de su punto de vista de que la Sra. Sáez García no era miembro del personal del Fondo. Con respecto al argumento del Fondo de que una instrucción administrativa publicada por el FIDA en forma de Boletín del Presidente el 21 de enero de 2004 tenía por objetivo “precisar y aclarar la situación jurídica del personal que trabaja para el Mecanismo Mundial” y deja claro que “si bien el personal del Mecanismo Mundial no es personal del FIDA, algunas reglas y reglamentaciones del FIDA se

aplican *mutatis mutandis* al personal del Mecanismo Mundial”, la Corte afirma que las disposiciones del Boletín del Presidente del FIDA constituyen otra prueba de la aplicabilidad del reglamento y estatuto del personal del FIDA a los contratos de plazo fijo de la Sra. Sáez García y proporcionan otra indicación de la existencia de una relación de empleo entre ella y el Fondo. Con respecto al argumento del Fondo de que el TAOIT carecía de competencia porque ni la Conferencia de las Partes ni el Mecanismo Mundial han reconocido su competencia, la Corte observa que el Tribunal no basó su competencia con respecto a la demanda presentada por la Sra. Sáez García en esa aceptación. Con respecto al argumento del Fondo de que el Tribunal no tenía competencia para examinar la decisión de no renovar el contrato de la Sra. Sáez García que había adoptado el Director Gerente del Mecanismo Mundial porque este no era un miembro del personal del FIDA, la Corte considera que la condición del Director Gerente es indiferente en relación con la competencia *ratione personae* del Tribunal, que depende únicamente de la condición de la Sra. Sáez García.

Habida cuenta de cuanto antecede, la Corte concluye que el Tribunal era competente *ratione personae* para conocer de la demanda interpuesta por la Sra. Sáez García contra el FIDA el 8 de julio de 2008.

2. Competencia *ratione materiae* del Tribunal

En su condición de miembro del personal del Fondo, la Sra. Sáez García tenía derecho, en virtud del Manual de procedimientos de recursos humanos, a presentar su demanda ante el TAOIT. El Fondo, sin embargo, alega que incluso suponiendo que el Tribunal tuviese competencia *ratione personae* sobre la demandante porque fuese miembro del personal del Fondo, el Tribunal seguiría sin tener competencia *ratione materiae* sobre la demanda. El Fondo arguye que, basándose en el texto de las alegaciones de la demandante presentadas ante el Tribunal, claramente no es posible encajar su demanda en ninguna de las dos clases de demandas enunciadas en el artículo II, párrafo 5, del Estatuto del Tribunal, a saber: 1) demandas en las que se alegue “la inobservancia, de fondo o de forma, de las disposiciones de los contratos de trabajo relativas a los funcionarios”; y 2) demandas en las que se alegue inobservancia “de las disposiciones del Estatuto del Personal”. El Fondo sostiene también que el Tribunal no era competente para entender de los argumentos invocados por la demandante en función del memorando de entendimiento, la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación ni las decisiones de la Conferencia de las Partes, ya que todos ellos caen fuera del ámbito del artículo II, párrafo 5, del Estatuto del Tribunal. La Sra. Sáez García afirma que el gran número de cuestiones de competencia planteadas por el Fondo en su solicitud de que se emita una opinión consultiva parecen indicar que va realmente más allá de las decisiones sobre competencia adoptadas por el Tribunal y pone en duda el modo en que ha ejercido su

competencia el Tribunal o la amplitud de sus consideraciones al entender de la demanda.

La Corte reitera que la decisión impugnada ante el Tribunal Administrativo era la del Presidente del FIDA que figuraba en un memorando dirigido a la Sra. Sáez García de fecha 4 de abril de 2008 en el que rechazaba las recomendaciones de la Junta Mixta de Apelación de que se rehabilitase en su puesto a la Sra. Sáez García. La Sra. Sáez García impugnaba también la decisión del Director Gerente de no renovar su contrato y alegaba que estaba viciada de abuso de poder y que él no estaba autorizado a determinar el programa de trabajo del Mecanismo Mundial con independencia de la Conferencia de las Partes y del Presidente del FIDA. El Fondo impugnaba la competencia del Tribunal para examinar esas alegaciones ya que ello entrañaría que el Tribunal examinase el proceso de adopción de decisiones del Mecanismo Mundial, para lo que carecía de competencia. El Tribunal desestimó esas objeciones basándose en que “las decisiones del Director Gerente relativas al personal del Mecanismo Mundial son, en derecho, decisiones del Fondo”.

La Corte no puede estar de acuerdo con los argumentos del Fondo de que el Tribunal carecía de competencia para examinar la decisión del Director Gerente del Mecanismo Mundial. En primer lugar, como lo demuestran su carta de nombramiento y las condiciones de su contrato, el Director Gerente del Mecanismo Mundial era un miembro del personal del Fondo cuando adoptó la decisión de no renovar el contrato de la Sra. Sáez García. En segundo lugar, la demanda de la Sra. Sáez García ante el Tribunal entra dentro de la categoría de alegaciones de inobservancia de “las disposiciones de los contratos de trabajo relativas a los funcionarios” conforme a lo especificado en el artículo II, párrafo 5, del Estatuto del Tribunal. En tercer lugar, en las cartas de nombramiento y renovación de contrato de la Sra. Sáez García se estipula claramente que su nombramiento se hace de acuerdo con las disposiciones generales del Manual de políticas de personal del FIDA y cualesquiera modificaciones del mismo, así como las instrucciones administrativas que se publiquen en lo sucesivo en relación con la aplicación del Manual. La inobservancia de las disposiciones de esos instrumentos, o de los aprobados posteriormente para sustituirlos, se podía impugnar ante el Tribunal de acuerdo con el artículo II, párrafo 5, de su Estatuto, y la Sra. Sáez García alegó efectivamente ante el Tribunal violaciones del Manual de procedimientos de recursos humanos. La Corte, por consiguiente, concluye que la demanda de la Sra. Sáez García ante el TAOIT, de resultas de la decisión del Fondo de no renovar su contrato, entra dentro del ámbito de las alegaciones de inobservancia de las disposiciones de su contrato de trabajo y las disposiciones del reglamento y estatuto del personal del Fondo, según lo prescrito en el artículo II, párrafo 5, del Estatuto del Tribunal. En consecuencia, la Corte considera que el Tribunal era competente *ratione materiae* para conocer de la demanda interpuesta ante él por

la Sra. Sáez García con respecto a la no renovación de su contrato por el FIDA.

Con respecto al argumento del Fondo de que el Tribunal carecía de competencia para examinar las disposiciones del memorando de entendimiento y el proceso de adopción de decisiones de la Conferencia de las Partes porque esas cuestiones caen fuera del alcance del artículo II, párrafo 5, de su Estatuto, la Corte opina que el Tribunal no podía evitar examinar los arreglos jurídicos que regulan la relación entre el Mecanismo Mundial y el Fondo, así como la condición del Director Gerente del Mecanismo Mundial y la autoridad a la que debía rendir cuentas. La Corte afirma que incluso aunque, contrariamente a la observación que ha formulado más arriba, el Mecanismo Mundial sí tuviese una personalidad jurídica independiente y la capacidad de celebrar contratos, la conclusión a la que ha llegado más arriba seguiría siendo válida, fundamentalmente sobre la base de los documentos contractuales y las disposiciones del reglamento y estatuto del personal del FIDA. Por ello, la Corte determina, en respuesta a la primera pregunta que le formuló el FIDA, que el TAOIT era competente para entender de la demanda presentada contra el FIDA, de acuerdo con el artículo II de su Estatuto, habida cuenta de que la Sra. Sáez García era miembro del personal del Fondo y su nombramiento se regía por las disposiciones del reglamento y estatuto del personal del Fondo.

B. *Respuesta a las preguntas II a VIII*

Habiendo decidido dar una respuesta afirmativa a la primera pregunta y habiendo concluido que el Tribunal tenía motivos justificados para confirmar su competencia, la Corte considera que su respuesta a la primera pregunta que le formuló el Fondo abarca también todas las cuestiones sobre competencia planteadas por el Fondo en las preguntas II a VIII de su solicitud de que emitiera una opinión consultiva. En la medida en que las preguntas II a VIII solicitan la opinión de la Corte sobre el razonamiento en que se fundaban las conclusiones alcanzadas por el Tribunal, la Corte reitera que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo XII del anexo del Estatuto del TAOIT, la solicitud de una opinión consultiva se limita a la impugnación de una decisión del Tribunal que confirme su competencia o a casos de falta esencial en el procedimiento seguido. La Corte ya se ha ocupado de la impugnación formulada por la Junta Ejecutiva del FIDA contra la decisión del Tribunal que confirmaba su competencia. Puesto que el artículo XII del anexo del Estatuto del TAOIT no le concede ninguna potestad para examinar el razonamiento del Tribunal ni el fondo de sus fallos, la Corte no puede dar su opinión sobre esas cuestiones. Como observó la Corte en su opinión consultiva de 1956, “los motivos dados por el Tribunal para su decisión sobre el fondo, después de que haya confirmado su competencia, no pueden legítimamente servir de base para una impugnación de la competencia del Tribunal” (*I.C.J. Reports 1956*, pág. 99).

Con respecto a la posible existencia de una “falta esencial en el procedimiento seguido” planteada en las preguntas II a VIII, la Corte recuerda que explicó ese concepto en su opinión consultiva de 1973 sobre la *Petición de revisión del fallo No. 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas*, como se expone más arriba. En las preguntas II a VIII no se especifica ninguna falta esencial en el procedimiento que haya podido cometer el Tribunal al examinar la demanda contra el Fondo. Así, en opinión de la Corte, esas preguntas o bien constituyen una repetición de la pregunta sobre competencia, que la Corte ya ha respondido, o bien tienen un objeto que se refiere a cuestiones más amplias que caen fuera del alcance del artículo XII del anexo del Estatuto del TAOIT que fue alegado por el Fondo como base de su solicitud de que se emitiera una opinión consultiva.

C. Respuesta a la pregunta IX

La pregunta IX formulada por la Junta Ejecutiva del FIDA en su solicitud de una opinión consultiva está formulada de la manera siguiente: “¿Qué validez tiene la decisión presentada por el TAOIT en su fallo No. 2867?”. La Corte, habiendo respondido afirmativamente a la primera pregunta del FIDA, y habiendo por ello decidido que el Tribunal estaba enteramente justificado al confirmar su competencia, y no habiendo encontrado ninguna falta esencial en el procedimiento que hubiera podido cometer el Tribunal, determina que la decisión presentada por el TAOIT en su fallo No. 2867 es válida.

ANEXO 1

Resolución aprobada por la Junta Ejecutiva del Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola el 22 de abril de 2010

En su 99º período de sesiones, celebrado los días 21 y 22 de abril de 2010, la Junta Ejecutiva del Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola:

Considerando que, en su fallo No. 2867 del 3 de febrero de 2010, el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo (TAOIT) confirmó su competencia en relación con la demanda presentada por la Sra. A.T.S.G. contra el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola, Considerando que el artículo XII del anexo del Estatuto del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo dispone lo siguiente:

“1. En los casos en que el consejo ejecutivo de una organización internacional que haya formulado la declaración prevista en el párrafo 5 del artículo II del Estatuto del Tribunal impugne una decisión del Tribunal que confirme su competencia, o considere que una decisión del Tribunal está viciada por una falta esencial en el procedimiento seguido, el consejo ejecutivo interesado someterá con carácter consultivo a la Corte Internacional de Justicia la cuestión de la validez de la decisión del Tribunal.

2. La opinión expresada por la Corte será de obligado cumplimiento.”

Considerando que la Junta Ejecutiva, tras someter a examen esa cuestión, desea acogerse a las disposiciones de dicho artículo,

Decide presentar las cuestiones jurídicas siguientes a la Corte Internacional de Justicia a fin de recabar una opinión consultiva:

I. ¿Era el TAOIT competente, en virtud del artículo II de su Estatuto, para atender la demanda presentada contra el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (en adelante, el “Fondo”) el 8 de julio de 2008 por la Sra. A.T.S.G., un particular que era miembro del personal del Mecanismo Mundial de la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África (en adelante, la “Convención”) respecto de la cual el Fondo actúa solo como organización de acogida?

II. Teniendo en cuenta que, según revelan las actas, las partes en la controversia relativa al fallo No. 2867 del TAOIT estaban de acuerdo en que el Fondo y el Mecanismo Mundial son entidades con personalidad jurídica propia y que la demandante era miembro del personal del Mecanismo Mundial, y tomando en consideración todos los documentos, normas y principios pertinentes, ¿quedaba fuera de la competencia del TAOIT y/o constituía una falta esencial en el procedimiento seguido por el TAOIT la declaración presentada en apoyo de la decisión que confirmaba su competencia, en la que se indicaba que “el Mecanismo Mundial ha de asimilarse a las diversas dependencias administrativas del Fondo a todos los efectos administrativos”, y que el “efecto de esto es que las decisiones administrativas adoptadas por el Director Gerente en relación con el personal del Mecanismo Mundial son, de acuerdo con la ley, decisiones del Fondo”?

III. ¿Quedaba fuera de la competencia del TAOIT y/o constituía una falta esencial en el procedimiento seguido por el TAOIT la declaración general presentada en apoyo de la decisión que confirmaba su competencia, en la que se indicaba que “el Mecanismo Mundial ha de asimilarse a las diversas dependencias administrativas del Fondo a todos los efectos administrativos”?

IV. ¿Quedaba fuera de la competencia del TAOIT y/o constituía una falta esencial en el procedimiento seguido por el TAOIT la decisión en la que confirmaba su competencia de considerar la declaración del demandante alegando un abuso de autoridad por parte del Director Gerente del Mecanismo Mundial?

V. ¿Quedaba fuera de la competencia del TAOIT y/o constituía una falta esencial en el procedimiento seguido por el TAOIT la decisión en la que confirmaba su competencia de considerar la declaración del demandante alegando que la decisión del Director Gerente de no renovar el contrato de la demandante constituía un error de derecho?

VI. ¿Quedaba fuera de la competencia del TAOIT y/o constituía una falta esencial en el procedimiento seguido por el TAOIT la decisión en la que confirmaba su competencia para interpretar el memorando de entendimiento entre la Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África y el FIDA (en adelante, el “memorando”), el Convenio y el Convenio Constitutivo del FIDA?

VII. ¿Quedaba fuera de la competencia del TAOIT y/o constituía una falta esencial en el procedimiento seguido por el TAOIT la decisión en la que confirmaba su competencia para determinar que, al desempeñar un papel de intermediación y apoyo en el marco del memorando, el Presidente estaba actuando en nombre del FIDA?

VIII. ¿Quedaba fuera de la competencia del TAOIT y/o constituía una falta esencial en el procedimiento seguido por el TAOIT la decisión en la que confirmaba su competencia para sustituir la decisión discrecional del Director Gerente del Mecanismo Mundial con la suya propia?

IX. ¿Qué validez tiene la decisión presentada por el TAOIT en su fallo No. 2867?

ANEXO 2

Artículo XII del anexo del Estatuto del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo

1. En los casos en que el consejo ejecutivo de una organización internacional que haya formulado la declaración prevista en el párrafo 5 del artículo II del Estatuto del Tribunal impugne una decisión del Tribunal que confirme su competencia, o considere que una decisión del Tribunal está viciada por una falta esencial en el procedimiento seguido, el consejo ejecutivo interesado someterá con carácter consultivo a la Corte Internacional de Justicia la cuestión de la validez de la decisión del Tribunal.

2. La opinión expresada por la Corte será de obligado cumplimiento.

Artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas

1. La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica.

2. Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades.

Artículo 65 del Estatuto de la Corte

1. La Corte podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma.

2. Las cuestiones sobre las cuales se solicite opinión consultiva serán expuestas a la Corte mediante solicitud escrita, en que se formule en términos precisos la cuestión respecto de la cual se haga la consulta. Con dicha solicitud se acompañarán todos los documentos que puedan arrojar luz sobre la cuestión.

Artículo XIII, párrafo 2, del Acuerdo de relación entre las Naciones Unidas y el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola

La Asamblea General de las Naciones Unidas autoriza al Fondo a solicitar de la Corte Internacional de Justicia opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan en el ámbito de las actividades del Fondo, salvo las cuestiones que interesen a las relaciones mutuas del Fondo y las Naciones Unidas u otros organismos especializados. Tales solicitudes las podrá dirigir a la Corte el Consejo de Gobernadores del Fondo, o su Junta Ejecutiva actuando por autorización del Consejo de Gobernadores. El Fondo informará al Consejo Económico y Social de toda solicitud de ese tipo que se dirija a la Corte.

*
* *

Opinión separada del Magistrado Caçado Trindade

1. En su opinión separada, compuesta de 15 partes, el Magistrado Caçado Trindade comienza por explicar que, aunque ha votado a favor de la aprobación de la presente opinión consultiva, se siente obligado a dejar constancia de los fundamentos de su posición personal sobre determinadas cuestiones planteadas en el curso del presente procedimiento consultivo, que tocan puntos de epistemología jurídica que constituyen la base del derecho contemporáneo y del derecho interno de las Naciones Unidas (parte I), como la incipiente aparición de las personas físicas como sujetos de derecho internacional, dotados de capacidad jurídica internacional, y sus llamamientos a que se respete el principio de la igualdad de armas en los litigios administrativos internacionales.

2. Después de examinar los antecedentes de hecho (parte II) y señalar a la atención la decisión del Tribunal Administrativo de la OIT (TAOIT) de que el FIDA cumpliera su fallo No. 2867 de 2010 en favor de la persona física demandante, la Sra. Ana Teresa Sáez García (parte III), el Magistrado Caçado Trindade señala que la posición de la persona física como sujeto de derechos en el derecho internacional es el meollo de la cuestión dirimida ante la Corte en la presente opinión consultiva. El Magistrado señala después a la atención la persistente dificultad a que se ha enfrentado la persona física demandante (parte IV), porque todas sus comunicaciones habían de ser transmitidas a la Corte por conducto del FIDA, lo que planteaba la cuestión de la aplicación del principio de la buena administración de la justicia (*la bonne administration de la justice*).

3. Ocupándose de la petición de igualdad de armas (*égalité des armes*) formulada por la persona física demandante, el Magistrado Caçado Trindade distingue dos formas de desigualdad distintas en el presente procedimiento consultivo (parte V). La primera se refiere al hecho de que, de conformidad con el artículo XII del anexo del Estatuto del TAOIT, solo la organización internacional concernida, el FIDA, puede impugnar una decisión desfavorable del TAOIT ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) (una cuestión que fue examinada por el TAOIT en su fallo No. 3003 de 2011, relativo a la petición del FIDA de que se suspendiera la ejecución del fallo No. 2867 del TAOIT, en que se había dado la razón a la demandante, la Sra. Sáez García). La segunda forma de desigualdad procesal se refiere a la posición de la persona física demandante en las presentes actuaciones ante esta Corte, y más en concreto a un aspecto del que no se ocupaba el fallo No. 3003 de 2011 del TAOIT (pero que sí había tocado la propia Sra. Sáez García), a saber, el hecho de que solo el FIDA (que era la parte contraria a ella en la presente causa) puede dirigirse directamente a la Corte y que todas las comunicaciones y los escritos de la demandante dirigidos a la CIJ habían de presentarse por conducto del FIDA.

4. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade señala las posiciones totalmente distintas de la persona física demandante y del FIDA en el presente procedimiento consultivo (parte VI). Recuerda que el mismo problema había llevado a que en 1995 la Asamblea General de las Naciones Unidas suprimiese el procedimiento de revisión por parte de la CIJ de las decisiones del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta el principio de la igualdad de las partes. Durante el presente procedimiento consultivo ante la CIJ, las dificultades que sufrió la demandante original, la Sra. Sáez García (derivadas del hecho de que dependía del FIDA para la simple transmisión de documentos a la Corte), exigió dos veces que interviniera la secretaria de la Corte, en nombre de la buena administración de la justicia.

5. En la parte VII de su opinión separada, el Magistrado Cançado Trindade emprende un examen del problema recurrente de la falta de igualdad de armas en los procedimientos de revisión del tipo del que tiene ante sí la CIJ. Comienza por advertir que, a pesar de que nos encontramos ante principios generales del derecho como la igualdad de armas (*égalité des armes*) ante los tribunales y el principio de la *bonne administration de la justice*, el hecho es que, lamentablemente, el problema en cuestión ha persistido durante más de medio siglo (56 años), “con gran detrimento para las personas físicas, sujetos de derechos en virtud del derecho internacional administrativo o el derecho de las Naciones Unidas”.

6. Procede a continuación a ofrecer una perspectiva general de las cinco opiniones consultivas anteriores de este tipo emitidas por la CIJ (en 1954, 1956, 1973, 1982 y 1987) y que precedieron a la presente opinión consultiva, de modo que se puedan “apreciar las dificultades experimentadas por la Corte al enfrentarse a una concepción del derecho internacional que tenía la vana pretensión de desafiar el paso del tiempo (como hacen los positivistas jurídicos)”. Eran las opiniones consultivas siguientes: *Efectos de los fallos del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas en los que se fijan indemnizaciones* (1954); *Fallos dictados por el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo con motivo de las demandas presentadas contra la UNESCO* (1956); *Petición de revisión del fallo No. 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas* (1973); *Petición de revisión del fallo No. 273 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas* (1982); y *Petición de revisión del fallo No. 333 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas* (1987).

7. Al final de esa perspectiva general, el Magistrado Cançado Trindade estima que “durante 56 años, han prevalecido a ese respecto la fuerza de la inercia y la letargia mental. La Corte continúa siguiendo ese procedimiento anormal (con respecto a la revisión de los fallos del TAOIT), en 2011 como en 1956”, basándose en “el dogma de otra época de que las personas físicas no pueden comparecer ante la CIJ porque no son sujetos de derecho internacional. El resultado es el procedimiento prehistórico y fosilizado que va en con-

tra de la lógica, el sentido común y el principio básico de la buena administración de la justicia (*la bonne administration de la justice*)”. Recuerda a continuación que, a lo largo de los últimos 56 años, “han manifestado con razón su descontento con la presente situación Magistrados (y también juristas) de diferentes ordenamientos y tradiciones jurídicos”, predecesores suyos en la CIJ. Para el Magistrado Cançado Trindade, “esto no es ninguna sorpresa, ya que nos encontramos ante principios básicos del derecho, como los de la buena administración de la justicia (*la bonne administration de la justice*) y la igualdad de armas (*égalité des armes*) en los procedimientos jurídicos (internacionales)”.

8. El Magistrado Cançado Trindade recuerda además (parte VIII) que, a pesar de la persistencia del problema de la desigualdad procesal (en los procedimientos de las cinco opiniones consultivas anteriores de la Corte, de 1954, 1956, 1973, 1982 y 1987), o independientemente de ese problema, “la CIJ se ha solido inclinar por confirmar la validez de las decisiones en cuestión del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas y del TAOIT, ya fuesen favorables o no a los demandantes originales. Así, en sus opiniones consultivas de 1954, 1973, 1982 y 1987, confirmó las decisiones previas del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, mientras que en su opinión consultiva de 1956 y en la presente de 2012, hizo lo mismo con respecto a las decisiones previas del TAOIT (...). Y sin embargo, el modo en que ha tratado la cuestión de la desigualdad procesal (a saber, decidiendo no tener audiencias durante el procedimiento) ha sido y es”, en su opinión, “absolutamente insatisfactorio: más que una solución, es la capitulación ante un problema persistente”.

9. Siendo esto así, al Magistrado Cançado Trindade le parece que lo más adecuado es rescatar para su examen en el presente contexto, “los avances experimentados por el *jus gentium* de nuestros tiempos con el surgimiento y la consolidación de las personas físicas como sujetos de derecho internacional, con su acceso a la justicia *lato sensu* (incluida la igualdad procesal), con su *locus standi in judicio* y su *jus standi*, con la esperanza de que, en la evolución futura, se las tendrá debidamente en cuenta en el funcionamiento de las jurisdicciones administrativas internacionales en general (incluido, en especial, el procedimiento de revisión)”. Eso es lo que hace el Magistrado en las partes restantes de su opinión separada.

10. En la parte IX de ella, el Magistrado Cançado Trindade se ocupa de la cuestión de la aparición de las personas físicas como sujetos de derecho internacional, dotados de capacidad jurídica internacional. Comienza por señalar el legado de los escritos de los “padres fundadores” del *droit des gens* (Francisco de Vitoria, Alberico Gentili, Francisco Suárez, Hugo Grotius, Samuel Pufendorf, Christian Wolff, Cornelius van Bynkershoek) sobre los sujetos del *jus gentium*. Después de examinar la evolución doctrinal posterior, señala a la atención que la creación de jurisdicciones internacionales permanentes, desde principios del siglo XX (que

comenzó en 1907 con la creación de la Corte Centroamericana de Justicia), “en realidad trascendió una concepción puramente interestatal del *contentieux* internacional”.

11. En nuestros días, —continúa el Magistrado Cançado Trindade— la coexistencia de tribunales internacionales de derechos humanos (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, seguidos últimamente por la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) da testimonio de que las personas físicas se erigieron en sujetos de derecho internacional, “dotados de capacidad de entablar procedimientos ante jurisdicciones internacionales”. De hecho, —añade el Magistrado Cançado Trindade— las personas físicas “siempre han permanecido en contacto, directa o indirectamente, con el ordenamiento jurídico internacional. En el período de entreguerras, los experimentos de los *sistemas de protección de minorías* y de *mandatos* en el marco de la Sociedad de las Naciones, por ejemplo, dan testimonio de ello. Fueron seguidos, a ese respecto, por el *sistema de administración fiduciaria* ya en la época de las Naciones Unidas, en paralelo con el establecimiento, en el marco de esta Organización, a lo largo de los años, de los múltiples mecanismos (convencionales o extraconvencionales) de protección internacional de los derechos humanos”.

12. En la parte X de su opinión separada, el Magistrado Cançado Trindade recuerda además que, de hecho, la cuestión de la capacidad procesal de las personas físicas ante la CIJ y su antecesora la Corte Permanente de Justicia Internacional, se planteó con ocasión de la redacción original, en 1920, del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional por el Comité Consultivo de Juristas nombrado por la antigua Sociedad de las Naciones. La opinión que prevaleció en 1920, de que “solo los Estados eran personas jurídicas en el orden internacional” y que se ha mantenido hasta la fecha en el Artículo 34 1) del Estatuto de la CIJ (anteriormente, Corte Permanente de Justicia Internacional) “pronto fue duramente criticada en la doctrina más lúcida de la época (ya en la década de 1920)”. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, “la opción tomada por los redactores del Estatuto de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional, cristalizada con el paso del tiempo en el Estatuto de la CIJ hasta hoy, es aún más criticable si consideramos que, ya en la primera mitad del siglo XX, hubo experimentos de derecho internacional que conferían de hecho a las personas físicas capacidad procesal ante jurisdicciones internacionales”.

13. Esa evolución del derecho de recurso individual ante las jurisdicciones internacionales —añade el Magistrado Cançado Trindade— “se intensificó y generalizó en la época de las Naciones Unidas”, con la adopción del sistema de recursos individuales en el marco de algunos tratados universales de derechos humanos de nuestro tiempo, además de las convenciones de derechos humanos en el plano regional. La cuestión del acceso de las personas físicas a la justicia internacional, con igualdad procesal, ha evolucionado nota-

blemente en las últimas décadas. Y el Magistrado Cançado Trindade añade:

“La posición dogmática adoptada originalmente en 1920, con ocasión de la preparación y aprobación de su Estatuto, no impidió a la Corte Permanente de Justicia Internacional ocuparse pronto de causas relacionadas con el tratamiento de minorías y habitantes de ciudades y territorios con estatuto jurídico propio. En las consideraciones desarrolladas en el examen de esas cuestiones, la Corte Permanente de Justicia Internacional fue mucho más allá de la dimensión interestatal y tuvo en cuenta la posición de las propias personas físicas (como, por ejemplo, en la opinión consultiva sobre *Competencia de los tribunales de Danzig*, 1928). Desde entonces, la artificialidad de esa dimensión se hizo manifiesta y fue reconocida ya en una etapa temprana de la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional.”

14. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade menciona ejemplos posteriores de la jurisprudencia de la propia CIJ en el mismo sentido, a saber: la causa *Nottebohm* relativa a la doble nacionalidad (*Liechtenstein contra Guatemala*, 1955); la *Causa relativa a la aplicación del Convenio de 1902 sobre la tutela de los niños (Países Bajos contra Suecia*, 1958); la causa del *Enjuiciamiento de prisioneros de guerra paquistaníes (Pakistán contra India*, 1973); la *Causa relativa al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos de América contra Irán*, 1980); la *Causa relativa a Timor Oriental (Portugal contra Australia*, 1995); la *Causa relativa a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Yugoslavia*, 1996); y las tres causas sucesivas relativas a la asistencia consular, a saber, la causa *Breard (Paraguay contra Estados Unidos de América*, 1998), la causa *LaGrand (Alemania contra Estados Unidos de América*, 2001) y la causa *Avena y otros nacionales mexicanos (México contra Estados Unidos de América*, 2004).

15. En esas causas, —añade además el Magistrado Cançado Trindade— “uno de sus elementos predominantes era precisamente la situación concreta de las personas físicas directamente afectadas, y no meramente cuestiones abstractas de interés exclusivo de los Estados litigantes en sus relaciones *inter se*”. Además, recuerda igualmente que, en la *Causa relativa a las actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo contra Uganda*, 2000) a la CIJ le preocupaban las “violaciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”; y en la *Causa relativa a la frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria* (1996), le preocupaban igualmente “las víctimas de los enfrentamientos armados”. Entre otros ejemplos más recientes en los que “las preocupaciones de la Corte han ido más allá de la concepción interestatal” cabe citar, por ejemplo, la *Causa relativa a cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica contra Senegal*, 2009), que se refiere al principio de competencia universal en virtud de

la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la opinión consultiva sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo* (2010), la *Causa Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea contra República Democrática del Congo)*, 2010), relativa a la detención y expulsión de un extranjero, la *Causa relativa a las inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania contra Italia)*, reconvencción, 2010), la *Causa relativa a la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia contra Federación de Rusia)*, 2011) y la *Causa relativa al Templo de Preah Vihear (Camboya contra Tailandia)*, 2011).

16. La “artificialidad de la concepción exclusivamente interestatal de los procedimientos ante la CIJ” queda así “claramente expuesta por la propia naturaleza de algunas de las causas que se le han sometido” y puede recibir otras críticas, por no haberse acompasado a la evolución del derecho internacional. Así ocurre en el procedimiento de revisión, como el seguido en la presente causa consultiva ante la Corte, que desafía el paso del tiempo insistiendo en la concepción anticuada de la falta de *locus standi in judicio* de las personas físicas en los procedimientos de revisión del tipo del sustentado ante la CIJ (parte XII). A ese respecto, el Magistrado Cançado Trindade recuerda que, ya en el décimo período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1955), el entonces Secretario General de la Organización (Dag Hammarskjöld) presentó a la Asamblea un memorando titulado “Participación de las personas físicas en procedimientos ante la Corte Internacional de Justicia”, en el que destacó la necesidad de idear un *procedimiento equitativo* en ese ámbito que comenzaba a perfilarse, con “la posible participación de personas físicas en procedimientos ante la Corte Internacional de Justicia”, como *sujetos* de derechos. Así, —prosigue el Magistrado Cançado Trindade— “para mediados del siglo XX, ya se habían reconocido la legitimación procesal de las personas físicas ante las jurisdicciones internacionales y la necesidad de lograr un *procès équitable* (también en el derecho incipiente de las organizaciones internacionales)”.

17. En la parte XIII de su opinión separada, el Magistrado Cançado Trindade aboga enérgicamente por “el imperativo de garantizar la igualdad de las partes en el procedimiento jurídico internacional” ante la CIJ, como “un componente del derecho de acceso a la justicia *lato sensu*”. A ese efecto, examina la contribución de la jurisprudencia en la materia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Afirma después que “está firmemente establecido, en el derecho internacional procesal contemporáneo, que en el curso del litigio se ha de conceder a las partes en litigio la misma oportunidad de presentar sus argumentos y tomar conocimiento de los argumentos presentados y las pruebas aducidas por la

otra parte y comentarlos”. De modo similar, “el *principe du contradictoire* ha marcado con su presencia las jurisdicciones internacionales contemporáneas más diversas”.

18. La parte XIV de la opinión separada del Magistrado Cançado Trindade está consagrada a “la necesidad de asegurar el *locus standi in judicio* y el *jus standi* a las personas físicas ante los tribunales internacionales, entre ellos la CIJ”, para garantizar la igualdad de las partes en el procedimiento jurídico internacional (como un componente del derecho de acceso a la justicia *lato sensu*) en los procedimientos de revisión como el del *cas d’espèce*. Debido a “un dogma obsoleto, impuesto a esta Corte desde sus orígenes históricos”, las personas físicas no pueden comparecer ante ella porque aún no son consideradas sujetos de derecho internacional. El resultado —deplora el Magistrado Cançado Trindade— es que “únicamente la organización internacional concernida (el empleador) tiene *jus standi* y *locus standi in judicio* ante la CIJ, mientras que la persona física (el empleado) depende de la decisión del empleador (de acudir a esta Corte) y, si la cuestión es sometida a la Corte, no puede comparecer ante ella, lo que constituye sin duda una doble desigualdad procesal ante la Corte mundial”.

19. En sus observaciones finales (parte XV), el Magistrado Cançado Trindade sostiene que la competencia consultiva de la CIJ parece ofrecer un marco adecuado para considerar la posibilidad de avanzar en esa esfera, yendo más allá de una perspectiva estrictamente interestatal y superando “un dogma completamente obsoleto”, especialmente en “una época como la nuestra, de *estado de derecho en los planos nacional e internacional*”. La enorme importancia de esa cuestión es que parece ir más allá de una perspectiva interestatal insatisfactoria, siguiendo la evolución reciente en varias esferas del derecho internacional contemporáneo. A su juicio, un tribunal mundial como la CIJ no puede dejar pasar esto inadvertido ni dejar de explorar sus posibilidades. En su opinión, la participación de las personas físicas en los procedimientos de revisión ante la CIJ preservaría el *principe du contradictoire*, “esencial en la búsqueda de la verdad y la consecución de la justicia, garantizando la igualdad de armas (*égalité des armes*) en todo el procedimiento ante la Corte, esencial para la *bonne administration de la justice*”.

20. Para el Magistrado Cançado Trindade, “esto es lógico, ya que, a la personalidad jurídica internacional de las partes debe corresponder su capacidad jurídica plena para hacer valer sus derechos ante la Corte. Además, su participación pública en el procedimiento ante la Corte reconoce el derecho a la libertad de expresión de las propias partes en litigio, al concederles la oportunidad de actuar como verdaderos sujetos de derecho. Esto proporciona a quienes se sienten víctimas y buscan justicia una forma de reparación, al contribuir directamente, con su participación, a la paciente reconstrucción y determinación de los hechos por la propia Corte”. En su opinión, todas esas consideraciones hacen que el tema en cuestión merezca un examen profundo

y minucioso a partir de ahora. Concluye diciendo que “dado que esta Corte ha de desempeñar sus funciones frente a los más grandes retos de nuestro tiempo, ha de reconocer por fin, en su condición de Corte Internacional de *Justicia*, que las personas físicas son sujetos de derecho internacional, del *jus gentium* de nuestro tiempo”.

Declaración del Magistrado Greenwood

El Magistrado Greenwood está de acuerdo con las respuestas dadas por la Corte y el razonamiento en que se

basan. Manifiesta graves reservas en cuanto a la naturaleza unilateral de la disposición del artículo XII del anexo del Estatuto del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo en virtud de la cual se puede recurrir a la Corte y en cuanto a la dificultad de garantizar la igualdad entre la organización empleadora y el empleado. Considera que no cabe duda ninguna de que la Sra. Sáez García era una empleada del FIDA. Él habría apoyado que se ordenase al FIDA que pagase como mínimo parte de los costos de la Sra. Sáez García, si se hubiese solicitado.

192. INMUNIDADES JURISDICCIONALES DEL ESTADO (ALEMANIA CONTRA ITALIA: INTERVENCIÓN DE GRECIA)

Fallo de 3 de febrero de 2012

El 3 de febrero de 2012, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo en el caso relativo a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania contra Italia: intervención de Grecia)*.

La composición de la Corte era la siguiente: Presidente: Owada; Vicepresidente: Tomka; Magistrados: Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Gaja; Secretario: Couvreur.

*
* *

El párrafo dispositivo (párr. 139) del fallo es el siguiente:

“... ”

LA CORTE,

1) Por 12 votos contra tres,

Considera que la República Italiana ha incumplido su obligación de respetar la inmunidad de que goza la República Federal de Alemania en virtud del derecho internacional al permitir que se interpongan contra ella demandas civiles fundadas en violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por el Reich alemán entre 1943 y 1945;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Greenwood, Xue, Donoghue;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Cançado Trindade, Yusuf; Magistrado *ad hoc* Gaja;

2) Por 14 votos contra uno,

Considera que la República Italiana ha incumplido su obligación de respetar la inmunidad de que goza la República Federal de Alemania en virtud del derecho internacional al adoptar medidas coercitivas contra Villa Vigoni;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Gaja;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Cançado Trindade;

3) Por 14 votos contra uno,

Considera que la República Italiana ha incumplido su obligación de respetar la inmunidad de que goza la República Federal de Alemania en virtud del derecho internacional al declarar ejecutables en Italia las decisiones de tribunales griegos basadas en violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en Grecia por el Reich alemán;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Gaja;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Cançado Trindade;

4) Por 14 votos contra uno,

Considera que la República Italiana, mediante la promulgación de una legislación apropiada o recurriendo a otros métodos de su elección, debe velar por que dejen de surtir efecto las decisiones de sus tribunales y las de otras autoridades judiciales que vulneren la inmunidad de que goza la República Federal de Alemania en virtud del derecho internacional;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Gaja;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Cançado Trindade;

5) Por unanimidad,

Rechaza todas las demás peticiones de la República Federal de Alemania.”

*
* *

Los Magistrados Koroma, Keith y Bennouna adjuntaron opiniones separadas al fallo de la Corte; los Magistrados Cançado Trindade y Yusuf adjuntaron opiniones disidentes al fallo de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Gaja adjuntó una opinión disidente al fallo de la Corte.

*
* *

I. *Antecedentes históricos y fácticos del caso* (párrs. 20 a 36)

La Corte recuerda que, el 23 de diciembre de 2008, la República Federal de Alemania (en lo sucesivo “Alemania”) presentó en la Secretaría de la Corte una demanda contra la República Italiana (en lo sucesivo, “Italia”) con respecto a la controversia originada en “incumplimientos de las obligaciones en virtud del derecho internacional” cometidos presuntamente por Italia por conducto de su práctica judicial “por cuanto no ha respetado la inmunidad de jurisdicción de la que... goza Alemania en virtud del derecho internacional”. La Corte recuerda además que, mediante una Providencia de 4 de julio de 2011, la Corte autorizó a Grecia a intervenir en las actuaciones sin carácter de parte, en la medida en que esa intervención se limitara a las decisiones de los tribunales

griegos, que fueron declaradas ejecutables en Italia. A continuación, la Corte describe brevemente los antecedentes históricos y fácticos del caso y, en particular, las actuaciones entabladas ante los tribunales italianos por nacionales italianos y griegos.

II. *El objeto de la controversia y la competencia de la Corte* (párrs. 37 a 51)

Alemania solicita a la Corte, en esencia, que considere que Italia no ha respetado la inmunidad de jurisdicción de que goza Alemania en virtud del derecho internacional al permitir que se entablaran demandas civiles contra ella ante los tribunales italianos, en las que se solicitó la reparación por perjuicios causados por violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por el Reich alemán durante la segunda guerra mundial; que Italia también ha violado la inmunidad de Alemania mediante la adopción de medidas coercitivas contra Villa Vigoni, propiedad del Estado alemán situada en territorio italiano; y que Italia ha infringido asimismo la inmunidad de jurisdicción de Alemania al declarar ejecutables en Italia las decisiones de los tribunales civiles griegos dictadas contra Alemania sobre la base de actos similares a los que dieron lugar a demandas interpuestas ante tribunales italianos.

Italia, por su parte, solicita a la Corte que resuelva que las pretensiones de Alemania son infundadas y, por lo tanto, las rechace, aparte de la petición con respecto a las medidas coercitivas instituidas contra Villa Vigoni, en cuyo punto el demandado indica a la Corte que no tendría objeción a que esta le ordenara la revocación de dichas medidas. En su contramemoria, Italia presentó una reconvencción “con respecto a la cuestión de la reparación debida a las víctimas italianas de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas por las fuerzas del Reich alemán”; esta pretensión fue desestimada en la Providencia de la Corte de 6 de julio de 2010, en razón de que no estaba comprendida en la competencia de la Corte y, en consecuencia, era inadmisibles de conformidad con el párrafo 1 del artículo 80 del reglamento de la Corte.

La Corte recuerda que la demanda de Alemania se presentó al amparo del artículo 1 del Convenio europeo sobre el arreglo pacífico de controversias, de conformidad con el cual:

“Las Altas Partes Contratantes someterán a la Corte Internacional de Justicia todas las controversias internacionales de orden jurídico que puedan surgir entre ellas, incluidas, en particular, las relativas a:

- a) La interpretación de un tratado;
- b) Cualquier cuestión de derecho internacional;
- c) La existencia de cualquier hecho que, de quedar probado, constituiría un quebrantamiento de una obligación internacional;

d) La naturaleza o la extensión de la reparación que haya de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.”

La Corte observa que el apartado a) del artículo 27 del mismo Convenio limita el alcance de dicho instrumento *ratione temporis* cuando dice que no se aplicará “A las controversias que versen sobre hechos o situaciones anteriores a la entrada en vigor del presente Convenio entre las Partes en la controversia”. La Corte señala a este respecto que el Convenio entró en vigor entre Alemania e Italia el 18 de abril de 1961.

Habiendo observado que las demandas presentadas por Alemania se relacionan con “controversias internacionales de orden jurídico”, en el sentido del artículo 1 citado *supra*, entre dos Estados que eran Partes en el Convenio europeo en la fecha en que se presentó la demanda, la Corte considera que la cláusula del artículo 27 antes citado que impone una limitación *ratione temporis* no es aplicable a las reclamaciones de Alemania. En verdad, los “hechos o situaciones” que han dado lugar a la controversia que la Corte tiene ante sí están constituidos por las decisiones judiciales italianas que denegaron a Alemania la inmunidad de jurisdicción que invocaba y por las medidas coercitivas aplicadas a bienes de propiedad de Alemania. La Corte observa, sin embargo, que esas decisiones y medidas fueron adoptadas entre 2004 y 2011, es decir, mucho después de que el Convenio europeo entrara en vigor entre las Partes. La Corte, por lo tanto, tiene competencia para conocer de la controversia.

La Corte observa que si bien no han estado en desacuerdo con el análisis antes expuesto, las Partes han debatido, por otro lado, el alcance de la competencia de la Corte en el contexto de algunos de los argumentos aducidos por Italia y en relación con el presunto incumplimiento por Alemania de su obligación de indemnizar a las víctimas italianas y griegas de los crímenes cometidos por el Reich alemán en 1943-1945. Señala a este respecto que, a pesar de que ya no está llamada a pronunciarse sobre la cuestión de si Alemania tiene una obligación de reparación para con las víctimas italianas de los crímenes cometidos por el Reich alemán, después de haber decidido, en la Providencia de 6 de julio de 2010, que la reconvencción de Italia era inadmisibles, la Corte debe, no obstante, determinar si el hecho de que un Estado no haya cumplido integralmente una obligación de reparación que presuntamente le incumbe puede tener un efecto, en derecho, sobre la existencia y el alcance de la inmunidad de jurisdicción de ese Estado ante tribunales extranjeros. La Corte observa que si esta respuesta es afirmativa, la segunda cuestión será la de saber si en las circunstancias concretas del caso, teniendo en cuenta especialmente la conducta de Alemania sobre la cuestión de la reparación, los tribunales italianos tenían fundamento suficiente para dejar de lado la inmunidad de Alemania.

III. *Presuntas violaciones de la inmunidad de jurisdicción de Alemania en las actuaciones entabladas por demandantes italianos* (párrs. 52 a 108)

La Corte examina en primer lugar las cuestiones planteadas en la primera petición de Alemania, a saber, si al ejercer competencia sobre Alemania en relación con las demandas que habían interpuesto ante ellos diversos demandantes italianos, los tribunales italianos actuaron en incumplimiento de la obligación de Italia de acordar inmunidad de jurisdicción a Alemania.

1. *Las cuestiones ante la Corte* (párrs. 52 a 61)

La Corte comienza por observar que las actuaciones ante los tribunales italianos tienen su origen en actos perpetrados por las fuerzas armadas alemanas y otros órganos del Reich alemán. Distingue tres categorías de casos: la primera se refiere a la matanza en gran escala de civiles en territorios ocupados, como parte de una política de represalias, ejemplificada por las matanzas perpetradas el 29 de junio de 1944 en Civitella in Val di Chiana, Cornia y San Pancrazio por miembros de la división “Hermann Göring” de las fuerzas armadas alemanas, que comprendieron la matanza de 203 civiles tomados como rehenes después de que combatientes de la resistencia habían matado a cuatro soldados alemanes unos pocos días antes; la segunda implica a miembros de la población civil que, al igual que el Sr. Luigi Ferrini, fueron deportados desde Italia a lo que esencialmente era trabajo esclavo en Alemania; la tercera se refiere a miembros de las fuerzas armadas italianas a quienes se les denegó el estatuto de prisionero de guerra, junto con las protecciones que ese estatuto entrañaba, a las que tenían derecho, y quienes igualmente fueron empleados como trabajadores forzosos.

Si bien la Corte considera que no puede haber duda alguna de que esa conducta constituyó una grave violación del derecho internacional de los conflictos armados aplicable en 1943-1945, estima que no se le pide que decida si estos actos eran ilícitos, un punto que no se discute, sino si, en las actuaciones relativas a las demandas por indemnización que se derivaron de esos actos, los tribunales italianos estaban obligados a conceder inmunidad a Alemania. En ese contexto, la Corte observa que existe un grado considerable de acuerdo entre las Partes en cuanto a que la inmunidad se rige por el derecho internacional y no es una mera cuestión de cortesía internacional. Declara que, entre las Partes, el derecho a la inmunidad puede derivarse solo del derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, la Corte debe determinar, de conformidad con el inciso b) del párrafo 1 del artículo 38 de su Estatuto, si existe “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho” que confiera inmunidad a los Estados y, en caso afirmativo, cuáles son el ámbito y la extensión de esa inmunidad.

La Corte observa que, aunque en el pasado ha habido un gran debate acerca de los orígenes de la inmunidad del Estado y la determinación de los principios que la susten-

tan, la Comisión de Derecho Internacional (en adelante la “CDI”) concluyó en 1980 que la regla de la inmunidad del Estado había sido “adoptada... como una regla general de derecho internacional consuetudinario con una base sólida en la práctica actual de los Estados”. A juicio de la Corte, esa conclusión, que se basó en un amplio estudio de la práctica de los Estados, encuentra confirmación en el historial de la legislación nacional, la jurisprudencia y las observaciones de los Estados respecto del texto que luego pasó a ser la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (en adelante la “Convención de las Naciones Unidas”). Esa práctica demuestra que, ya sea para invocar la inmunidad para sí mismos o concederla a terceros, los Estados suelen fundarse en que existe un derecho a la inmunidad en virtud del derecho internacional, junto con la correspondiente obligación de los demás Estados de respetar y aplicar dicha inmunidad.

La Corte observa que las Partes están, pues, de acuerdo en general respecto de la validez e importancia de la inmunidad del Estado como parte del derecho internacional consuetudinario. Toma nota de que sus puntos de vista difieren, sin embargo, respecto de si, como sostiene Alemania, el derecho aplicable es el que determinó el ámbito y la extensión de la inmunidad del Estado en 1943-1945, es decir, en el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a las actuaciones ante los tribunales italianos o, como aduce Italia, el que se aplicaba en el momento en que se incoaron esas actuaciones. La Corte declara que, de conformidad con el principio enunciado en el artículo 13 del proyecto de artículos de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la compatibilidad de un acto con el derecho internacional se puede determinar únicamente por referencia al derecho en vigor en el momento en que se produjo el hecho. Puesto que los actos italianos pertinentes, a saber, la denegación de la inmunidad y el ejercicio de la competencia de los tribunales italianos, no se produjeron hasta que se incoaron las actuaciones ante los tribunales italianos, la Corte concluye que se debe examinar y aplicar el derecho sobre la inmunidad del Estado tal como este existía en el momento de las actuaciones italianas y no el que existía en 1943-1945. En apoyo de esa conclusión, la Corte añade que el derecho sobre la inmunidad es esencialmente de naturaleza procesal; regula el ejercicio de la competencia respecto de una conducta en particular y, por lo tanto, es totalmente distinto del derecho sustantivo que determina si esa conducta es lícita o ilícita.

La Corte observa que las Partes discrepan también en cuanto al ámbito y la extensión de la regla de la inmunidad del Estado. Aunque ambas Partes coinciden en que los Estados generalmente tienen derecho a inmunidad respecto de los *acta jure imperii*, no están de acuerdo en cuanto a si la inmunidad es aplicable a los actos cometidos por las fuerzas armadas de un Estado (y de otros órganos de ese Estado que actúan en cooperación con las fuerzas armadas) en el curso

de un conflicto armado. Alemania sostiene que la inmunidad es aplicable y que no hay ninguna limitación pertinente sobre la inmunidad a la que tiene derecho un Estado en relación con los *acta jure imperii*. Italia, por su parte, sostiene que Alemania no tiene derecho a inmunidad respecto de las causas ante los tribunales italianos por dos razones: primera, que la inmunidad en cuanto a los *acta jure imperii* no se extiende a actos ilícitos o delitos que producen la muerte, lesiones personales o daños a la propiedad cometidos en el territorio del Estado del foro y, segunda, que, con independencia del lugar en que se produjeron los actos en cuestión, Alemania no tenía derecho a inmunidad porque esos actos constituían las más graves violaciones de las normas imperativas de derecho internacional para las cuales no existían otros medios de reparación. La Corte examina cada uno de los argumentos de Italia.

2. *Primer argumento de Italia: el principio de territorialidad del perjuicio* (párrs. 62 a 79)

La Corte estima que en las presentes actuaciones no se le pide que dirima la cuestión de si en el derecho internacional consuetudinario existe una “excepción por responsabilidad civil” a la inmunidad del Estado aplicable a los *acta jure imperii* en general. La cuestión que la Corte tiene ante sí se limita a actos cometidos en el territorio de un Estado por las fuerzas armadas de un Estado extranjero y otros órganos de Estado que actúan en cooperación con esas fuerzas armadas, en el curso de un conflicto armado.

La Corte comienza por examinar si el artículo 11 del Convenio Europeo o el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas ofrecen algún sustento a la alegación de Italia de que los Estados ya no tienen derecho a la inmunidad en relación con el tipo de actos descritos *supra*. Explica que, por cuanto ninguno de estos instrumentos está en vigor entre las Partes en el presente caso, solo son pertinentes en la medida en que sus disposiciones y el proceso de su aprobación y aplicación esclarecen el contenido del derecho internacional consuetudinario.

El artículo 11 del Convenio Europeo establece el principio de territorialidad del perjuicio en términos generales:

“Un Estado Contratante no puede invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado Contratante si las actuaciones se refieren a la reparación de un daño corporal o material resultante de un hecho ocurrido en el territorio del Estado del foro y si el autor de la lesión o el daño estaba presente en ese territorio en el momento de ocurrir ese hecho.”

La Corte observa que dicha disposición debe, sin embargo, interpretarse a la luz del artículo 31, que reza como sigue:

“Ninguna de las disposiciones del presente Convenio afectará a ninguna de las inmunidades o privilegios de que goce un Estado Contratante con respecto a algo que hayan hecho u omitido hacer sus fuerzas armadas presentes en

el territorio de otro Estado Contratante, o en relación con dichas fuerzas armadas.”

La Corte considera que el artículo 31 excluye del ámbito del Convenio todas las actuaciones judiciales relativas a los actos de las fuerzas armadas extranjeras, independientemente de que esas fuerzas estén presentes en el territorio del foro con el consentimiento del Estado del foro y de que sus actos tengan lugar en tiempos de paz o en situaciones de conflicto armado. Considera que el artículo 31 surte efecto como “cláusula de salvaguardia”, con el resultado de que la inmunidad de un Estado por los actos de sus fuerzas armadas está completamente al margen del Convenio y se tiene que determinar por referencia al derecho internacional consuetudinario. A juicio de la Corte, sin embargo, la consecuencia es que no se puede interpretar que la inclusión del “principio de territorialidad del perjuicio” en el artículo 11 del Convenio sirve de sustento al argumento de que un Estado no tiene derecho a gozar de inmunidad por actos ilícitos cometidos por sus fuerzas armadas.

La Corte observa que, a diferencia del Convenio Europeo, la Convención de las Naciones Unidas no contiene ninguna disposición expresa que excluya de su ámbito de aplicación a los actos de las fuerzas armadas. Sin embargo, el comentario de la CDI sobre el texto del artículo 12¹ dice que la disposición no es aplicable a las “situaciones de conflicto armado”. La Corte observa que ningún Estado cuestionó esta interpretación y que dos de los Estados que hasta ahora han ratificado la Convención hicieron declaraciones en términos idénticos respecto de su entendimiento de que la Convención no se aplica a las acciones militares, incluidas las acciones de las fuerzas armadas durante un conflicto armado y las actividades realizadas por las fuerzas militares de un Estado en el ejercicio de sus funciones oficiales. La Corte concluye que no se puede interpretar que la inclusión del artículo 12 en la Convención sirve de sustento al argumento de que el derecho internacional consuetudinario deniega la inmunidad del Estado en las actuaciones judiciales por responsabilidad civil en relación con los actos que produzcan la muerte, lesiones personales o daños a la propiedad cometidos en el territorio del Estado del foro por las fuerzas armadas y los órganos conexos de otro Estado en el contexto de un conflicto armado.

En cuanto a la práctica de los Estados que plasma en la legislación nacional, la Corte observa que nueve de los diez Estados mencionados por las Partes que han legislado específicamente sobre la cuestión de la inmunidad del Estado han

¹ El artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas reza como sigue:

“Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a una acción de indemnización pecuniaria en caso de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes tangibles, causados por un acto o una omisión presuntamente atribuible al Estado, si el acto o la omisión se ha producido total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión.”

sancionadas disposiciones en el sentido de que un Estado no tiene derecho a inmunidad respecto de actos ilícitos que produzcan la muerte, lesiones personales o daños a la propiedad y que se cometan en el territorio del Estado del foro. La Corte observa que dos de estas leyes contienen disposiciones que excluyen del ámbito de su aplicación a las actuaciones judiciales relativas a los actos de las fuerzas armadas extranjeras. Observa además que, si bien ninguno de los otros siete Estados mencionados por las Partes dispone en su legislación sobre los actos de las fuerzas armadas, no se han entablado acciones ante los tribunales para aplicar esa legislación en un caso en que estuvieran involucradas las fuerzas armadas de un Estado extranjero y los órganos conexos del Estado, actuando en el contexto de un conflicto armado.

La Corte examina seguidamente la práctica de los Estados que plasma en los fallos de los tribunales nacionales con respecto a la inmunidad del Estado en relación con los actos de las fuerzas armadas. A juicio de la Corte, la práctica abona la tesis de que la inmunidad del Estado para los *acta jure imperii* se continúa aplicando a las actuaciones judiciales civiles relacionadas con actos que producen la muerte, lesiones personales o daños a la propiedad cometidos por las fuerzas armadas y otros órganos de un Estado en el curso de un conflicto armado, aun cuando los actos pertinentes se ejecuten en el territorio del Estado del foro. La Corte observa que esa práctica va acompañada de *opinio juris*, como lo demuestran las posiciones adoptadas por los Estados y la jurisprudencia de varios tribunales nacionales que han dejado en claro que consideraban que el derecho internacional consuetudinario exigía la inmunidad. Considera que la ausencia casi completa de jurisprudencia contraria es también significativa, como lo es la ausencia de declaraciones de los Estados en relación con la labor de la CDI sobre la inmunidad de los Estados y la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas o, en la medida en que la Corte ha podido descubrir, en cualquier otro contexto en el sentido de que el derecho internacional consuetudinario no exige inmunidad en esos casos.

En vista de lo antes expuesto, la Corte concluye que el derecho internacional consuetudinario sigue exigiendo que se confiera inmunidad a un Estado en las actuaciones judiciales por actos lesivos presuntamente cometidos en el territorio de otro Estado por sus fuerzas armadas y otros órganos del Estado en el curso de un conflicto armado. Añade que esta conclusión encuentra confirmación en los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En consecuencia, la Corte considera que la decisión de los tribunales italianos de denegar inmunidad a Alemania no puede justificarse sobre la base del principio de territorialidad del perjuicio.

3. Segundo argumento de Italia: el objeto y las circunstancias de las demandas presentadas ante los tribunales italianos (párrs. 80 a 106)

La Corte observa que el segundo argumento de Italia que, a diferencia de su primer argumento, se aplica a todas las

demandas presentadas ante los tribunales italianos, es que la denegación de inmunidad se justificaba por la especial naturaleza de los actos que habían constituido el objeto de las demandas ante los tribunales italianos y las circunstancias en que se habían presentado dichas demandas. Este argumento se compone de tres vertientes. En primer lugar, Italia sostiene que los actos que dieron lugar a las demandas constituían violaciones graves de los principios de derecho internacional aplicables a la conducción de un conflicto armado, equivalentes a crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. En segundo lugar, Italia afirma que las normas de derecho internacional infringidas por esos actos eran normas imperativas (*jus cogens*). En tercer lugar, Italia aduce que, dado que a los demandantes se les habían denegado todas las demás formas de reparación, el ejercicio de la competencia por los tribunales italianos era necesario como medida de última instancia. La Corte examina sucesivamente cada una de estas vertientes, al tiempo que reconoce que, en el juicio oral, Italia adujo que los tribunales habían tenido derecho a denegar la inmunidad a Alemania a causa del efecto combinado de estas tres vertientes.

La gravedad de las violaciones (párrs. 81 a 91)

La Corte observa que la primera vertiente se basa en la tesis de que el derecho internacional no concede inmunidad a un Estado, o al menos restringe su derecho a la inmunidad, cuando ese Estado ha cometido violaciones graves del derecho aplicable a los conflictos armados. Recuerda que, en el presente caso, la Corte ya ha aclarado que las acciones de las fuerzas armadas alemanas y de otros órganos del Reich alemán que dieron lugar a las actuaciones ante los tribunales italianos fueron violaciones graves del derecho aplicable a los conflictos armados, que constituían crímenes de derecho internacional. A juicio de la Corte, la cuestión, por lo tanto, se refiere a saber si el efecto de esta circunstancia es privar a Alemania de su derecho a la inmunidad.

La Corte comienza por averiguar si el derecho internacional consuetudinario se ha desarrollado hasta el punto en que un Estado carece de derecho a la inmunidad en el caso de violaciones graves de los derechos humanos o del derecho aplicable a los conflictos armados. Después de examinar la práctica internacional y de los Estados, la Corte concluye que, en virtud del derecho internacional consuetudinario en su forma actual, un Estado no queda privado de la inmunidad por el hecho de que se le acuse de violaciones graves de la normativa internacional sobre derechos humanos o del derecho aplicable a los conflictos armados. Para llegar a esa conclusión, la Corte hace hincapié en que únicamente se ocupa de la inmunidad del Estado mismo frente a la competencia de los tribunales de otros Estados; en el presente no se discute la cuestión de saber si, y en caso afirmativo en qué medida, la inmunidad se podría aplicar en actuaciones penales contra un funcionario del Estado.

La relación entre el jus cogens y la regla de la inmunidad del Estado (párrs. 92 a 97)

La Corte examina seguidamente la segunda vertiente del argumento de Italia, que hace hincapié en la naturaleza de *jus cogens* de las normas incumplidas por Alemania durante el período 1943-1945. Observa que esta vertiente del argumento reposa en la premisa de que existe un conflicto entre las normas de *jus cogens* que forman parte del derecho aplicable a los conflictos armados y el reconocimiento de inmunidad a Alemania. Según Italia, por cuanto las reglas de *jus cogens* siempre tienen primacía sobre cualquier norma incompatible del derecho internacional, y dado que la regla que otorga inmunidad a un Estado ante los tribunales de otro Estado no tiene la condición de regla de *jus cogens*, la regla de la inmunidad queda superada.

La Corte opina que no hay conflicto entre una norma o normas de *jus cogens* y la regla de derecho consuetudinario que obliga a un Estado a conceder inmunidad a otro Estado. Suponiendo para este propósito que las normas del derecho aplicable a los conflictos armados que prohíben la matanza de civiles en territorio ocupado, la deportación de habitantes civiles para someterlos a trabajo esclavo y la de prisioneros de guerra para someterlos a trabajo esclavo son normas de *jus cogens*, la Corte estima que no hay conflicto entre esas reglas y las normas sobre inmunidad del Estado. Los dos conjuntos de reglas se aplican a cuestiones diferentes. Las reglas de la inmunidad del Estado son de carácter procesal y están limitadas a determinar si los tribunales de un Estado pueden o no ejercen su competencia respecto de otro Estado. No se aplican a la cuestión de saber si la conducta respecto de la cual se incoan las actuaciones judiciales fue lícita o ilícita. Por esa razón, la aplicación del derecho contemporáneo de la inmunidad del Estado a las actuaciones judiciales relativas a acontecimientos que sucedieron en 1943-1945 no vulnera el principio de que la ley no debe aplicarse retroactivamente para determinar las cuestiones de legalidad y responsabilidad.

La Corte observa que en el presente caso la violación de las normas que prohíben el homicidio, la deportación y el trabajo esclavo ocurrió en el período 1943-1945. La ilegalidad de estos actos es francamente reconocida por todos los interesados. La aplicación de las normas de la inmunidad del Estado para determinar si los tribunales italianos tienen competencia para conocer de las demandas derivadas de esas violaciones no puede involucrar un conflicto con las normas que se incumplieron. La Corte añade que el argumento acerca de que el *jus cogens* desplaza el derecho de la inmunidad del Estado ha sido rechazado por los tribunales nacionales. Declara que los fallos de los tribunales italianos que son objeto de las presentes actuaciones son las únicas decisiones de tribunales nacionales que han aceptado el razonamiento en que se funda el argumento de Italia. Señala, además, que ninguna de las leyes nacionales sobre la inmunidad del Estado ha limitado la inmunidad en los casos en que se alegan violaciones del *jus cogens*.

La Corte concluye que, incluso en el supuesto de que las actuaciones ante los tribunales italianos se hubieran referido a violaciones de las normas de *jus cogens*, ello no afectó la aplicabilidad del derecho internacional consuetudinario sobre la inmunidad del Estado.

El argumento de “última instancia” (párrs. 98 a 104)

La Corte toma nota de que la tercera y última vertiente de la argumentación de Italia es que los tribunales italianos tuvieron fundamento para denegar a Alemania la inmunidad a la que de otro modo hubiera tenido derecho, porque habían fracasado todos los intentos para obtener indemnizaciones para los diversos grupos de víctimas intervinientes en las actuaciones judiciales italianas.

La Corte considera que no puede aceptar el argumento de Italia de que las supuestas deficiencias en las disposiciones de Alemania para otorgar reparación a las víctimas italianas daban derecho a los tribunales italianos a privar a Alemania de la inmunidad jurisdiccional. La Corte no puede encontrar fundamento alguno en la práctica de los Estados de la que se deriva el derecho internacional consuetudinario que sustente la tesis de que el derecho internacional hace depender el derecho de un Estado a la inmunidad de la existencia de medios alternativos eficaces para obtener reparación. Ni en la legislación nacional sobre la cuestión, ni en la jurisprudencia de los tribunales nacionales ante los que se han formulado objeciones basadas en la inmunidad hay prueba alguna de que el derecho a la inmunidad esté subordinado a esa condición previa. Los Estados tampoco impusieron esa condición ni en el Convenio Europeo ni en la Convención de las Naciones Unidas. Por otra parte, la Corte no puede dejar de observar que la aplicación de una condición de esa índole, si realmente existiera, sería excepcionalmente difícil en la práctica, particularmente en un contexto como el del presente caso, en el que las demandas han sido objeto de un amplio debate intergubernamental.

En consecuencia, la Corte rechaza el argumento de Italia de que se podía denegar inmunidad a Alemania con ese fundamento.

El efecto combinado de las circunstancias invocadas por Italia (párrs. 105 y 106)

La Corte observa que, en el curso del juicio oral, los abogados de Italia sostuvieron que las tres vertientes del segundo argumento de Italia se tenían que examinar juntamente; el efecto acumulativo de la gravedad de las violaciones, la naturaleza de las reglas incumplidas y la ausencia de otros medios de reparación justificaban que los tribunales se hubieran rehusado a conceder inmunidad a Alemania.

La Corte declara que ya ha determinado que ninguna de las tres vertientes del segundo argumento de Italia, por sí sola, justifica la decisión de los tribunales italianos. No está persuadida de que esas vertientes puedan tener ese efecto

si se examinan juntamente. A juicio de la Corte, en la medida en que el argumento fundado en el efecto combinado de las circunstancias se ha de entender en el sentido de que el tribunal nacional debiera sopesar los diferentes factores, evaluando la respectiva ponderación, por un lado, de las distintas circunstancias que podrían justificar el ejercicio de su competencia, y, por otro lado, de los intereses vinculados a la protección de la inmunidad, dicho enfoque desconocería la naturaleza misma de la inmunidad del Estado.

4. Conclusiones (párrs. 107 y 108)

La Corte considera que la acción de los tribunales italianos al denegar a Alemania la inmunidad a la que la Corte ha considerado que tenía derecho en virtud del derecho internacional consuetudinario constituye un incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado italiano para con Alemania.

IV. Medidas coercitivas dictadas contra bienes de Alemania en territorio italiano (párrs. 109 a 120)

La Corte recuerda que, el 7 de junio de 2007, algunos demandantes griegos, fundados en una decisión del Tribunal de Apelación de Florencia de fecha 13 de junio de 2006, que declaró ejecutable en Italia la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Livadia, en Grecia, que había ordenado que Alemania les pagara una indemnización, hicieron anotar en el Registro de la Propiedad de la Provincia de Como un gravamen sobre la Villa Vigoni, una propiedad del Estado alemán situada cerca del Lago de Como. Recuerda, además, que Alemania adujo que esa medida coercitiva violaba la inmunidad de ejecución a que tenía derecho en virtud del derecho internacional y que Italia, por su parte, no había tratado de justificar esa medida. Observa que el gravamen en cuestión fue suspendido, con el fin de tener en cuenta las actuaciones pendientes ante la Corte en el presente caso. La Corte observa, por otra parte, que todavía existe una controversia entre las Partes, ya que Italia no ha admitido oficialmente que el gravamen sobre la Villa Vigoni constituyera una medida contraria a sus obligaciones internacionales ni tampoco ha puesto fin a los efectos de esa medida.

La Corte observa que la inmunidad de ejecución de que gozan los Estados en cuanto a sus bienes situados en territorio extranjero va más allá de la inmunidad de jurisdicción de que disfrutaban esos mismos Estados ante los tribunales extranjeros. Incluso cuando una sentencia ha sido dictada conforme a derecho contra un Estado extranjero, en circunstancias tales que éste no podría invocar la inmunidad de jurisdicción, no se sigue de ello *ipso facto* que el Estado contra el que se dictó sentencia pueda ser objeto de medidas coercitivas en el territorio del Estado del foro o en el de un tercer Estado con el fin de hacer cumplir la sentencia en cuestión. Análogamente, toda renuncia de un Estado a su inmunidad de jurisdicción ante un tribunal extranjero no significa *per se* que ese Estado haya renunciado a su inmunidad

de ejecución respecto de bienes de su propiedad situados en territorio extranjero. La Corte considera que, en el presente caso, la distinción entre las normas del derecho internacional consuetudinario que rigen la inmunidad de ejecución y las que rigen la inmunidad de jurisdicción (entendida *stricto sensu* como el derecho de un Estado a no ser objeto de actuaciones judiciales ante los tribunales de otro Estado) significa que la Corte puede pronunciarse respecto de la cuestión de si el gravamen sobre la Villa Vigoni constituye una medida coercitiva, en violación de la inmunidad de ejecución de Alemania, sin necesidad de tener que determinar si las decisiones de los tribunales griegos que adjudicaron indemnizaciones por daños contra Alemania, razón por la cual se adoptó la medida de ejecución, constituían en sí una violación de la inmunidad de jurisdicción de ese Estado.

Fundada en el artículo 19 de la Convención de las Naciones Unidas, en la medida en que este refleja el derecho consuetudinario en la materia, la Corte considera que como mínimo es preciso cumplir una condición antes de que se pueda imponer una medida coercitiva contra los bienes de propiedad de un Estado extranjero: que el bien de que se trate se emplee para una actividad con fines distintos de los fines oficiales no comerciales, o que el Estado propietario del bien haya consentido expresamente en la adopción de esa medida coercitiva, o que el Estado haya asignado el bien de que se trate a la satisfacción de la demanda objeto de un proceso judicial. Sin embargo, la Corte concluye que es evidente en el presente caso que el bien que fue objeto de la medida coercitiva en litigio se está usando con fines oficiales que son enteramente no comerciales y, por lo tanto, para propósitos que corresponden a las funciones soberanas de Alemania. La Villa Vigoni, en verdad, es la sede de un centro cultural destinado a promover intercambios culturales entre Alemania e Italia. Tampoco, agrega la Corte, ha consentido Alemania expresamente en la adopción de una medida como el gravamen en cuestión ni ha asignado la Villa Vigoni a la satisfacción de las demandas judiciales en su contra.

En estas circunstancias, la Corte considera que la anotación de un gravamen sobre la Villa Vigoni constituye un incumplimiento por Italia de su obligación de respetar la inmunidad debida a Alemania.

V. Las decisiones de los tribunales italianos que declaran ejecutables en Italia las decisiones de los tribunales griegos que validan las demandas civiles contra Alemania (párrs. 121 a 133)

La Corte observa que, en su tercera petición, Alemania se agravia de que su inmunidad de jurisdicción fue incumplida por las decisiones de los tribunales italianos que declararon ejecutables en Italia las sentencias dictadas por los tribunales griegos contra Alemania en actuaciones judiciales derivadas de la matanza de Distomo, cometida por las fuerzas armadas del Reich alemán en 1944.

Según la Corte, la cuestión que interesa es la de saber si los tribunales italianos respetaron la inmunidad de jurisdicción de Alemania al aceptar la petición de exequátur, y no la de saber si el tribunal griego que había dictado la sentencia cuyo exequátur se solicitaba había respetado la inmunidad jurisdiccional de Alemania. La Corte observa que cuando se presenta a un tribunal, como en el presente caso, una petición de exequátur de una sentencia extranjera contra un tercer Estado, se está pidiendo al tribunal que ejerza su competencia respecto del tercer Estado en cuestión. Aunque el propósito de las actuaciones de exequátur no es decidir sobre el fondo de la controversia, sino simplemente ejecutar una sentencia ya dictada en el territorio de un Estado distinto del Estado del tribunal que se pronunció sobre el fondo, ello no obsta a que, en realidad, al conceder o denegar el exequátur, el tribunal ejerza un poder jurisdiccional que dé lugar a que la sentencia extranjera pase a tener los efectos correspondientes a los de una sentencia dictada sobre el fondo en el Estado requerido. Por lo tanto, se debe considerar que las actuaciones incoadas ante dicho tribunal se sustancian contra el tercer Estado que fue objeto de la sentencia extranjera. Según la Corte, de ello se sigue que el tribunal que conozca de una petición de exequátur de una sentencia extranjera dictada contra un tercer Estado ha de preguntarse si el Estado demandado goza de inmunidad de jurisdicción —teniendo en cuenta la naturaleza del caso en el que se dictó dicha sentencia— ante los tribunales del Estado en el que se han entablado las actuaciones de exequátur. En otras palabras, tiene que preguntarse si, en el caso de que él mismo hubiera conocido de los méritos de un litigio idéntico al que fue objeto de la sentencia extranjera, habría estado obligado en virtud del derecho internacional a conceder inmunidad al Estado demandado. La Corte concluye que, a la luz de este razonamiento, se sigue que los tribunales italianos que declararon ejecutables en Italia las sentencias de los tribunales griegos dictadas contra Alemania han incumplido la inmunidad de esta última. La Corte considera que, a fin de llegar a esa decisión, es innecesario pronunciarse sobre la cuestión de si los tribunales griegos mismos incumplieron la inmunidad de Alemania, una cuestión que la Corte no tiene ante sí y sobre la cual, además, no se puede pronunciar.

La Corte concluye, por lo tanto, que las decisiones de los tribunales italianos que declararon ejecutables en Italia las sentencias dictadas por los tribunales griegos contra Alemania en actuaciones derivadas de la matanza de Distomo constituyen un incumplimiento por Italia de su obligación de respetar la inmunidad jurisdiccional de Alemania.

VI. *Las peticiones finales de Alemania y las medidas solicitadas* (párrs. 134 a 138)

La Corte hace lugar a las tres primeras peticiones de Alemania en que se le pide que declare, respectivamente, que Italia incumplió la inmunidad de jurisdicción de que goza Alemania en virtud del derecho internacional cuando dio

curso a las demandas civiles sobre la base de violaciones del derecho internacional humanitario por parte del Reich alemán entre 1943 y 1945; que Italia también ha incumplido la inmunidad debida a Alemania mediante la adopción de medidas coercitivas contra la Villa Vigoni; y, por último, que Italia ha incumplido la inmunidad de Alemania al declarar ejecutables en Italia las sentencias griegas fundadas en hechos similares a los mencionados *supra*.

Con respecto a la cuarta petición de Alemania, la Corte estima innecesario incluir en la cláusula dispositiva una declaración expresa de que Italia ha incurrido en responsabilidad internacional.

Con respecto a la quinta petición de Alemania, en la que solicita a la Corte que ordene a Italia que adopte, por los medios de su propia elección, todas las medidas necesarias para asegurar que no se puedan ejecutar las decisiones de sus tribunales y de otras autoridades judiciales que vulneren la inmunidad soberana de Alemania, la Corte comienza por recordar que el Estado responsable por un hecho internacionalmente ilícito está obligado a hacer cesar ese acto, si este continúa y, aunque el acto en cuestión haya cesado, el Estado responsable tiene la obligación de restablecer, a modo de reparación, la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, a condición de que el restablecimiento no sea materialmente imposible y no implique una carga para ese Estado fuera de toda proporción con el beneficio que se derivaría de la restitución en lugar de la indemnización. La Corte considera que las decisiones y medidas que vulneran las inmunidades jurisdiccionales de Alemania que todavía estén en vigor deben cesar de surtir efecto, y los efectos que ya se hayan producido por esas decisiones y medidas se deben revertir, de modo tal que se restablezca la situación existente antes de la comisión de los hechos ilícitos. La Corte añade que no se ha alegado ni demostrado que la restitución sería materialmente imposible en este caso, o que impondría a Italia una carga fuera de toda proporción con los beneficios derivados de ella. Por otro lado, observa que Italia tiene derecho a elegir los medios que considere más apropiados para lograr el resultado requerido. Así, pues, el demandado tiene la obligación de lograr este resultado mediante la sanción de una legislación apropiada o el empleo de otros métodos de su elección que produzcan igual efecto.

La Corte, sin embargo, no hace lugar a la sexta petición de Alemania, en la que se le pide que ordene a Italia que tome todas las medidas necesarias para asegurar que los tribunales italianos no hagan lugar en el futuro a acciones legales contra Alemania fundadas en los hechos descritos en su primera petición (es decir, las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por el Reich alemán entre 1943 y 1945). Como ha señalado en casos anteriores, la Corte recuerda que, como regla general, no hay razón para suponer que un Estado cuya acción o conducta ha sido declarada ilícita por la Corte ha de repetir esa acción o conducta en el futuro, ya que se debe presumir su buena fe. En consecuencia,

si bien la Corte puede ordenar que el Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito dé seguridades al Estado vulnerado de que no repetirá su acción o conducta, o que tome medidas específicas para asegurar que el hecho ilícito no se repetirá, solo podrá hacerlo cuando haya circunstancias especiales que lo justifiquen, que la Corte debe evaluar caso por caso. En el presente caso, sin embargo, la Corte no tiene razón alguna para creer que existan tales circunstancias.

*
* *
*

Opinión separada del Magistrado Koroma

En su opinión separada, el Magistrado Koroma dice que ha votado a favor del fallo de la Corte que, a su juicio, refleja con precisión el estado actual del derecho internacional con respecto a la inmunidad de jurisdicción de un Estado. El Magistrado Koroma destaca, sin embargo, que el fallo de la Corte no debe interpretarse como una autorización para que los Estados cometan actos de tortura u otros actos similares que equivalen a crímenes de lesa humanidad.

El Magistrado Koroma declara que el caso que la Corte tiene ante sí no se refiere a la conducta de las fuerzas armadas de Alemania durante la segunda guerra mundial o a la responsabilidad internacional de Alemania en razón de esa conducta. La cuestión, a su entender, se limita a saber si Alemania tiene derecho a inmunidad ante los tribunales nacionales italianos con respecto a la conducta de sus fuerzas armadas en el curso del conflicto armado. El Magistrado Koroma añade que la competencia de la Corte se limita a examinar únicamente la cuestión de la inmunidad. Según el Magistrado, la Corte no tenía necesidad de abordar la cuestión sustantiva de la legalidad de la conducta de Alemania para resolver la cuestión de la inmunidad de jurisdicción.

El Magistrado Koroma observa que es evidente que los actos de las fuerzas armadas alemanas en Italia durante la segunda guerra mundial fueron *acta jure imperii*. Según el Magistrado Koroma, los actos cometidos por las fuerzas armadas de un Estado en el curso de un conflicto armado internacional son actos realizados en ejercicio del poder soberano, porque la ejecución de tales actos es necesariamente la prerrogativa soberana de un Estado. El Magistrado Koroma añade que está bien establecido que los Estados tienen generalmente derecho a la inmunidad por *acta jure imperii*. La cuestión, a su juicio, es la relativa a saber si existe alguna excepción a esa regla general que deniegue inmunidad soberana a los Estados por actos ilícitos cometidos por sus fuerzas armadas en el territorio de otro Estado durante un conflicto armado o en el curso de una ocupación.

El Magistrado Koroma observa que el derecho de la inmunidad soberana ha evolucionado para conferir una excepción limitada a la inmunidad por ciertos tipos de actos ilícitos. Señala que esta excepción está codificada en el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las

inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, que se puede considerar que refleja el estado actual del derecho internacional consuetudinario. El Magistrado Koroma señala, sin embargo, que en el comentario de la Comisión de Derecho Internacional relativo a la Convención se aclara que los redactores habían previsto que el artículo 12 se aplicara principalmente a situaciones tales como accidentes de tráfico y no a situaciones de conflicto armado. El Magistrado Koroma llega a la conclusión, por lo tanto, de que los Estados siguen teniendo derecho a inmunidad soberana por *acta jure imperii* cometidos por sus fuerzas armadas durante un conflicto armado. Subraya, sin embargo, que el mandato de la Corte es aplicar el derecho existente y que nada en el fallo de la Corte impide que prosiga la evolución del derecho sobre la inmunidad del Estado.

El Magistrado Koroma estima asimismo que es importante reconocer y examinar los argumentos expuestos por Grecia, que interviene en el caso sin ser parte. En su declaración escrita, Grecia puso de relieve, entre otras cosas, el “derecho individual a la reparación en el caso de violaciones graves del derecho humanitario”. El Magistrado Koroma dice que Grecia tiene razón cuando señala que el derecho internacional humanitario considera ahora al individuo como el beneficiario último de las reparaciones por violaciones de los derechos humanos. En su opinión, sin embargo, de ello no se sigue que el derecho internacional otorgue a las personas el derecho de presentar demandas de reparación *directamente* contra un Estado. El Magistrado Koroma señala que ninguna disposición de la Cuarta Convención de La Haya de 1907 o del artículo 91 del Protocolo Adicional (de 1977) a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 sustenta esa tesis. Los artículos pertinentes de estos dos convenios disponen que los Estados están obligados a “indemnizar” si violan los convenios, pero, de acuerdo con el Magistrado Koroma, no tienen la intención de exigir que los Estados paguen indemnización *directamente a las personas damnificadas*. El Magistrado Koroma observa que una disposición que obligara a los Estados a hacer pagos a particulares hubiera sido inconcebible en 1907, cuando se suscribió la Cuarta Convención de La Haya.

El Magistrado Koroma llega a la conclusión de que la Corte consideró correctamente que Alemania tiene derecho a inmunidad soberana por los actos cometidos por sus fuerzas armadas en Italia durante la segunda guerra mundial. Añade, con todo, que esta decisión no impide que las Partes entablen negociaciones para dirimir las cuestiones pendientes planteadas en el presente caso, pero que su resolución no requiere la derogación del derecho vigente sobre la inmunidad de jurisdicción, que justamente protege y preserva la soberanía y la igualdad soberana de los Estados.

Opinión separada del Magistrado Keith

El Magistrado Keith está de acuerdo con las conclusiones de la Corte, y en gran parte con sus razones. Su propósito al

preparar su opinión es hacer hincapié en la medida en que las normas internacionales sobre la inmunidad del Estado están firmemente fundadas en los principios del derecho internacional y en las políticas del ordenamiento jurídico internacional.

Un principio fundamental en esta esfera es el de la igualdad soberana de los Estados, con arreglo al cual todos los Estados tienen los mismos derechos y obligaciones y son jurídicamente iguales. En asuntos relativos a cuestiones de inmunidad del Estado, este principio se aplica a dos Estados: el Estado ante cuyo tribunal se interpone la acción y el Estado extranjero al que se demanda. Si bien, por un lado, la competencia del tribunal se deriva de la soberanía del Estado del foro, a la recíproca, la igualdad soberana y la independencia del Estado extranjero son principios que sustentan la inmunidad frente a esa jurisdicción.

Durante los últimos 200 años, los tribunales nacionales y los parlamentos nacionales, con miras a conciliar estas dos tesis, han prestado especial atención a la naturaleza del acto en cuestión: ¿se lo debe considerar como un ejercicio de autoridad soberana o es indistinguible del acto de cualquier otra persona sujeta al derecho local? El mismo criterio se ha aplicado en los tratados más recientes y en los procesos diplomáticos y de otro tipo que culminaron en esos tratados. La práctica de larga data también subraya la distinción, fundamental en este caso, entre las obligaciones sustantivas de un Estado extranjero y los medios procesales o institucionales por medio de los cuales se ha de exigir el cumplimiento de dichas obligaciones.

Con respecto a las demandas entabladas ante los tribunales italianos, el Magistrado Keith destaca que Alemania ha aceptado responsabilidad por los indecibles padecimientos que fueron el resultado de sus actos ilícitos entre 1943 y 1945. Sin embargo, lo que se discute en el presente caso no es la cuestión de la ilicitud. Se trata, en cambio, de saber si los tribunales italianos pueden ejercer su competencia sobre las demandas, fundadas en esos hechos, que se interpusieron contra Alemania.

Un fundamento para el ejercicio de esa competencia, había argumentado Italia, era la regla del hecho ilícito nacional. Aunque esa regla ha sido reconocida de larga data, el Magistrado Keith concluye que no abarca la conducta en cuestión en el presente caso. Primero, esta regla se aplicaría a lo que esencialmente eran demandas por daños y perjuicios conforme al derecho nacional en materia de lesiones y daños que, en general, serían asegurables. No se aplicaría a actos cometidos en el curso de un conflicto armado entre Estados: esos son actos a nivel internacional, de carácter soberano, y se han de evaluar conforme al derecho internacional y no conforme al derecho nacional. Segundo, el Magistrado Keith observa la analogía entre la inmunidad del Estado extranjero y las normas relativas a la inmunidad del soberano interno frente a las actuaciones judiciales entabladas ante sus propios tribunales, y recuerda que la legislación nacional, pese

a que ha restringido esa inmunidad, en general ha excluido las demandas derivadas de actos de las fuerzas armadas del Estado. Tercero, en el plano internacional, las demandas relacionadas con los daños y perjuicios causados por la guerra contra los antiguos beligerantes en la práctica son tratadas en el contexto de negociaciones y acuerdos entre Estados. Esta práctica refleja las realidades posbélicas y sustenta firmemente la conclusión de que un antiguo Estado beligerante no puede ser sometido, sin su consentimiento, a la competencia de un tribunal extranjero en casos como los que constituyen el objeto de las presentes actuaciones.

Opinión separada del Magistrado Bennouna

A pesar de que votó a favor de la parte del párrafo dispositivo que consideró que Italia había incumplido la inmunidad de jurisdicción de Alemania, el Magistrado Bennouna estima que no puede hacer suyo el enfoque adoptado por la Corte o apoyar la lógica de su razonamiento. A juicio del Magistrado Bennouna, el hecho de que la responsabilidad sea indisoluble del ejercicio de la soberanía significa que, cuando proceda, solo asumiendo su responsabilidad podrá un Estado justificar su pretensión de inmunidad ante los tribunales extranjeros sobre la base de la igualdad soberana. El Magistrado Bennouna opina que solo en circunstancias excepcionales, cuando el Estado que presumiblemente es el autor de los actos ilícitos rechaza toda atribución de responsabilidad, en cualquier forma, podría ese Estado verse privado del beneficio de la inmunidad ante los tribunales del Estado del foro. Incumbe a la Corte, al pronunciarse sobre la inmunidad, asegurar la unidad del derecho internacional teniendo en cuenta todos sus elementos constitutivos.

Opinión disidente del Magistrado Cançado Trindade

1. En su opinión disidente, compuesta de 27 partes, el Magistrado Cançado Trindade expone los fundamentos de su posición disidente personal en relación con la decisión de la Corte en su conjunto, que abarca la metodología y el enfoque adoptados, el razonamiento general en el examen de las cuestiones sustantivas y las conclusiones del fallo. Comienza su opinión disidente mediante la determinación (parte I) del marco más amplio de la solución de la controversia en cuestión, vinculado indisolublemente al imperativo de la *realización de la justicia*, en particular en las decisiones judiciales internacionales de la Corte en casos de este tipo sobre la base de las *consideraciones fundamentales de humanidad*, toda vez que su sustento fáctico sean violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, como en el *cas d'espèce*.

2. Preliminarmente, en cuanto a la dimensión intertemporal en el examen de la inmunidad del Estado (parte II), el Magistrado Cançado Trindade sostiene que no se puede tener en cuenta el derecho intertemporal solo al servicio de intereses individuales en los litigios, aceptando el transcurso del tiempo y la evolución del derecho en relación con ciertos

hechos, pero no en relación con otros, de una misma situación *continua*. Cuando se analiza la interrelación entre las inmunidades de los Estados y las demandas por reparaciones de guerra, es preciso tener presente la *evolución* del derecho. La relación entre las inmunidades de los Estados y las demandas por reparaciones de guerra en el presente caso es, a su juicio, ciertamente inevitable.

3. Así pues, a pesar de la Providencia de la Corte de 6 de julio de 2010, en que se rechazó sumariamente la reconvencción de Italia (con su opinión disidente), los hechos que sirven de fundamento a la controversia entre las Partes y se conforman a sus antecedentes históricos siguieron siendo aducidos por las Partes (Alemania e Italia) durante todo el curso de las actuaciones (en las fases escrita y oral) ante la Corte. El Magistrado Cançado Trindade añade que esto confirma lo que sostuvo en su anterior opinión disidente en la Providencia de la Corte de 6 de julio de 2010 en el presente caso, a saber, que las inmunidades del Estado no se pueden examinar en el vacío y constituyen un asunto que está indisolublemente vinculado a los hechos que dan origen a un caso contencioso (parte III).

4. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade destaca la importancia de la loable iniciativa de Alemania de reconocer, en repetidas ocasiones ante la Corte (en las fases escrita y oral), la responsabilidad del Estado por los actos ilícitos que constituyen los hechos que dan origen al *cas d'espèce*, es decir, los crímenes cometidos por el Tercer Reich durante la segunda guerra mundial (parte IV). Ello revela la singularidad del presente caso sobre las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, sin precedente en la historia de la Corte Internacional de Justicia, por cuanto el Estado demandante reconoce su propia responsabilidad por los actos lesivos que forman los antecedentes de hecho del caso que se examina.

5. En forma sucesiva, el Magistrado Cançado Trindade pasa revista a la evolución de la doctrina (parte V), a partir de una generación de juristas que fueron testigos de los horrores de dos guerras mundiales en el siglo XX, que no se identificaron con un enfoque estrictamente centrado en el Estado y que pusieron el acento en los valores humanos fundamentales y en la persona humana, siendo fieles a los orígenes históricos del derecho de gentes, como el Magistrado Cançado Trindade piensa que debería hacerse también hoy día. A su juicio, las inmunidades de los Estados son una prerrogativa o un privilegio, y no pueden seguir haciendo abstracción de la evolución del derecho internacional, evolución que contemporáneamente refleja *valores humanos fundamentales*. Añade que también se puede recordar a este respecto la labor de las instituciones científicas en el ámbito del derecho internacional (como, por ejemplo, el Instituto de Derecho Internacional y la Asociación de Derecho Internacional).

6. El Magistrado Cançado Trindade observa que la tensión entre la inmunidad del Estado y el derecho de acceso a

la justicia debe, pues, con razón, resolverse a favor de este último, especialmente en los casos de crímenes internacionales (parte VI). Expresa preocupación por la necesidad de cumplir con los imperativos de la justicia y evitar la impunidad en los casos de comisión de crímenes internacionales, con miras a evitar su repetición en el futuro. Señala, pues, que el umbral de *gravedad* de las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario elimina todo impedimento a la competencia, en la búsqueda de reparación para las víctimas (parte VII). Todas las atrocidades en masa se han de examinar actualmente, a su juicio, a la luz del umbral de *gravedad*, independientemente de quién las haya cometido; las políticas criminales del Estado y la ulterior perpetración de atrocidades por el Estado no se deben amparar tras el escudo de la inmunidad del Estado.

7. En la parte VIII de su opinión disidente, el Magistrado Cançado Trindade sostiene que los Estados no pueden renunciar, *inter se*, a derechos que no son suyos, sino que, en cambio, son inherentes al ser humano. A su entender, las pretendidas renunciaciones entre Estados de los derechos inherentes a la persona humana son inadmisibles; se oponen al orden público internacional y deben ser privadas de todo efecto jurídico. Esto está profundamente grabado en la conciencia humana, en la *conciencia jurídica universal*, la fuente *sustantiva* última de todo el Derecho.

8. El Magistrado Cançado Trindade demuestra, en la parte IX de su opinión disidente, que mucho antes de la segunda guerra mundial la deportación a trabajos forzados (como una forma de trabajo esclavo) ya estaba prohibida por el derecho internacional. Su ilicitud estaba ampliamente reconocida, a nivel normativo, por la Cuarta Convención de La Haya de 1907 y el Convenio de la OIT sobre el trabajo forzoso, de 1930. Esa prohibición estaba reconocida en las obras de codificación de la época y, además, había sido aceptada por la jurisprudencia. El derecho a las demandas de reparaciones de guerra fue reconocido asimismo mucho antes del fin de la segunda guerra mundial (en la Cuarta Convención de La Haya de 1907) (parte XII).

9. A juicio del Magistrado Cançado Trindade, lo que pone en peligro o desestabiliza el ordenamiento jurídico internacional son los crímenes internacionales y no las peticiones de reparación de los particulares. El problema para el ordenamiento jurídico internacional es el encubrimiento de esos crímenes internacionales, acompañado por la impunidad de los perpetradores, y no la demanda de justicia de las víctimas (partes X y XIII). Cuando un Estado lleva a cabo una política criminal de asesinar a segmentos de su propia población y de la población de otros Estados, no puede luego escudarse en las inmunidades soberanas, ya que estas últimas jamás fueron concebidas para ese fin.

10. El Magistrado Cançado Trindade procede a examinar todas las respuestas dadas por las partes litigantes (Alemania e Italia), así como por el Estado que interviene (Grecia), a las preguntas que se les formularon al fin de

las audiencias orales ante la Corte, el 16 de septiembre de 2011 (parte XI). Sostiene que las violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario constituyen crímenes internacionales y son actos antijurídicos y violaciones del *jus cogens*, que no pueden simplemente ser descartadas o sepultadas en el olvido invocando la inmunidad del Estado (partes XII y XIII).

11. El Magistrado Cançado Trindade procede a examinar sucesivamente la tensión reinante, en la jurisprudencia internacional y nacional, entre la inmunidad del Estado y el derecho de acceso a la justicia de las víctimas individuales (parte XIV); atribuye mayor ponderación a este último, en la era actual del *estado de derecho a nivel nacional e internacional* (como lo reconoce contemporáneamente la propia Asamblea General de las Naciones Unidas). Además, descarta la distinción tradicional y desvalorizada entre *acta jure gestionis* y *acta jure imperii* como carente de importancia en el presente caso; a su entender, los crímenes internacionales perpetrados por los Estados (como los cometidos por el Tercer Reich durante la segunda guerra mundial) no son actos *jure gestionis* ni tampoco actos *jure imperii*, sino que son delitos, *delicta imperii*, para los que no hay inmunidad (parte XV).

12. Seguidamente, el razonamiento del Magistrado Cançado Trindade se refiere a la persona humana y a las inmunidades de los Estados. Esta contraposición lleva al derecho internacional (derecho de gentes) a liberarse de la estricta y miope perspectiva interestatal (parte XVI) de tiempos pasados. Recuerda que el término “inmunidad” (del latín *immunitas*, que se deriva de *immunis*) entró en el léxico del derecho internacional en relación con “las prerrogativas” del Estado soberano, en relación con la “causa de la impunidad”. Con este término se quería hacer referencia a algo muy excepcional, una exención de la competencia o la ejecución. Nunca hubo intención de que fuera un principio ni tampoco una norma de aplicación general. Ciertamente nunca hubo intención de exceptuar la competencia sobre los crímenes internacionales y las violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y de encubrirlos.

13. Por lo tanto, en el caso de esos crímenes o violaciones graves, el Magistrado Cançado Trindade sostiene que el *acceso directo* de los interesados a la jurisdicción internacional está, pues, plenamente justificado, para reivindicar los derechos de las víctimas individuales, incluso contra su propio Estado (parte XVII). A su juicio, más allá de la miopía interestatal, las personas son a todas luces sujetos de derecho internacional (y no meramente “actores”), y toda vez que la doctrina jurídica se apartó de este criterio, las consecuencias y los resultados fueron catastróficos. Las personas son titulares de derechos y obligaciones que emanan *directamente* del derecho internacional (el *jus gentium*). Los acontecimientos convergentes de décadas recientes en la normativa internacional de los derechos humanos, del derecho internacional

humanitario y del derecho internacional de los refugiados, seguidos por los del derecho penal internacional, dan testimonio inequívoco de esta evolución.

14. Para el Magistrado Cançado Trindade, lo irrenunciable no es en absoluto la inmunidad del Estado. No hay inmunidad para los crímenes de lesa humanidad (partes XVIII y XIX). En los casos de crímenes internacionales, de *delicta imperii*, lo irrenunciable es el derecho individual de acceso a la justicia, que abarca el derecho a la reparación de las graves violaciones de los derechos inherentes al individuo como ser humano. Sin ese derecho, en modo alguno puede haber un auténtico ordenamiento jurídico a nivel nacional o internacional. Se está entonces en el ámbito del *jus cogens*.

15. En consecuencia, no hay inmunidades de los Estados para los *delicta imperii*, tales como las matanzas de civiles en situaciones de indefensión (por ejemplo, la matanza de Distomo, en Grecia, en 1944, y la de Civitella, en Italia, también en 1944), o la deportación y el sometimiento a trabajos forzados en la industria bélica (por ejemplo, en 1943-1945) (parte XVIII). A juicio del Magistrado Cançado Trindade, la determinación de violaciones particularmente graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario constituye un criterio muy útil para eliminar todo impedimento a la competencia, con miras a la necesaria realización de la justicia. Carece de importancia que el acto lesivo en grave violación de los derechos humanos haya sido gubernamental o privado con la aquiescencia del Estado, o que se haya cometido en su totalidad en el Estado del foro o no (la deportación a trabajos forzados es un crimen transfronterizo). La inmunidad del Estado no se puede oponer en el ámbito de la reparación de violaciones graves de los derechos fundamentales del ser humano.

16. Por su orden, el Magistrado Cançado Trindade sostiene que el derecho de acceso a la justicia *lato sensu* comprende no solo el acceso formal a la justicia (el derecho a entablar acciones judiciales), por medio de un recurso efectivo, sino también el respeto de las garantías procesales (con la igualdad de medios procesales conformando el *procès équitable*), hasta la sentencia (como la *prestation juridictionnelle*), con su fiel ejecución, con la prestación de la debida reparación (parte XIX). La jurisprudencia internacional contemporánea contiene elementos en este sentido, que apuntan al *jus cogens* (partes XX y XXI). La realización de la justicia es en sí misma una forma de reparación, que da satisfacción a la víctima. De esta manera, se vindica debidamente el derecho al derecho (*droit au Droit*) de las víctimas de la opresión (parte XXII).

17. Incluso en el ámbito de las inmunidades de los Estados propiamente dicho, —dice—, ha habido reconocimiento de los cambios que se han producido en él, en el sentido de limitar o dejar de lado dichas inmunidades cuando se han cometido esas infracciones graves, debido al advenimiento de la normativa internacional de los derechos humanos, con la atención centrada en el derecho de acceso a la justicia y la

rendición de cuentas internacional. El Magistrado Cançado Trindade añade que el deber del Estado de proporcionar reparación a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario es una obligación en virtud del derecho internacional consuetudinario que está en conformidad con un principio general del derecho de carácter fundamental (parte XXII).

18. Señala seguidamente que hoy día se echa de ver una creciente tendencia de opinión a favor de eliminar la inmunidad en los casos de crímenes internacionales, para los cuales las víctimas demandan reparación. En efecto, —añade—, admitir la supresión de la inmunidad del Estado en el ámbito de las relaciones comerciales, o en caso de actos ilícitos personales internos (por ejemplo, en accidentes de tráfico) y, al propio tiempo, insistir en amparar a los Estados con la inmunidad en los casos de crímenes internacionales —caracterizados por violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario— en virtud de políticas (criminales) del Estado es, a su juicio, un absurdo jurídico.

19. El Magistrado Cançado Trindade afirma que, en los casos que revelan tal *gravedad* como el que ahora opone a Alemania e Italia (y con la intervención de Grecia), el derecho de acceso a la justicia *lato sensu* se debe examinar poniendo el acento en su esencia como derecho *fundamental* (como en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), y no en “limitaciones” permisibles o implícitas a este derecho (como en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). A su entender, las infracciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario equivalen a violaciones del *jus cogens*, lo que entraña la responsabilidad del Estado y el derecho de las víctimas a la reparación (partes XXI y XXIII). Esto está en consonancia, —añade—, con la idea de *rectitud* (de conformidad con la *recta ratio* del derecho natural), que sustenta la concepción del Derecho (en distintos regímenes jurídicos —*Recht / Diritto / Droit / Direito / Derecho / Right*) en su conjunto (parte XXIII).

20. La siguiente vertiente en la reflexión del Magistrado Cançado Trindade se refiere al derecho de las víctimas individuales a la reparación, complemento indispensable de las graves violaciones del derecho internacional que las dañificaron. Este todo indisoluble, de violación y reparación, —agrega—, está reconocido en la *jurisprudence constante* de la Corte de La Haya (Corte Permanente de Justicia Internacional y Corte Internacional de Justicia), y la errónea aceptación de la inmunidad del Estado en el presente caso no puede dismantelar ese todo indisoluble. A su parecer, carece de fundamento afirmar que el régimen de las reparaciones por las violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario se agotaría en el plano interestatal, en detrimento de quienes han sufrido las consecuencias de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

21. El Magistrado Cançado Trindade añade que se desprende de autos que hay “internados militares italianos” (IMI, es decir, exsoldados tomados prisioneros y a quienes se les denegó el estatuto de prisioneros de guerra) —que fueron enviados, junto, también, con civiles, a trabajos forzados en la industria bélica alemana durante la segunda guerra mundial (en 1943-1945)— víctimas de violaciones graves por la Alemania nazi de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que, en realidad, se han visto privados de reparación hasta la fecha (parte XXIV). A pesar de que, de resultas de los dos acuerdos de 1961 entre Alemania e Italia, Alemania hizo pagos de reparación a Italia, todavía había víctimas que no habían quedado amparadas por esos Acuerdos. Alemania misma admite que hay “IMI” que no han recibido reparación, de acuerdo con una interpretación dada a la ley alemana de 2000 sobre la Fundación “Memoria, Responsabilidad y Futuro”.

22. Sobre la base de un dictamen pericial, Alemania no indemnizó a los “IMI” por conducto de la Fundación; recurrió, en cambio, a una evaluación que llevó a aplicar a esas víctimas, a juicio del Magistrado Cançado Trindade, un régimen de doble injusticia: en primer lugar, cuando podrían haberse beneficiado de los derechos inherentes al estatuto de prisioneros de guerra, se les denegó ese estatuto; y, en segundo lugar, ahora que piden la reparación de violaciones del derecho internacional humanitario de las que fueron víctimas (incluida la violación de denegarles el estatuto de prisioneros de guerra), se observa que se los considera prisioneros de guerra (parte XXV). Lamentablemente es demasiado tarde para considerarlos prisioneros de guerra (y, peor aún, para negarles la reparación): deberían haber sido reconocidos como tales durante la segunda guerra mundial e inmediatamente después de esta (a los efectos de la protección), pero no fue así.

23. En suma, hay víctimas de violaciones graves por la Alemania nazi de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que, de hecho, han quedado privadas de reparación. En el análisis del Magistrado Cançado Trindade, esas víctimas individuales de atrocidades del Estado no pueden quedar sin algún tipo de reparación. El objeto de la inmunidad del Estado no es servir de impedimento a la competencia en circunstancias como las que prevalecen en el presente caso relativo a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*. No debe oponerse a la *realización de la justicia*. La búsqueda de justicia se debe preservar como objetivo último; asegurar justicia a las víctimas significa, entre otras cosas, ponerlas en condiciones de demandar y obtener reparación por los crímenes de que fueron víctimas.

24. La *realización de la justicia* es en sí misma una forma de brindar reparación (satisfacción) a las víctimas. Es la reacción del Derecho ante violaciones graves, lo que nos lleva al ámbito del *jus cogens*. A juicio del Magistrado Cançado Trindade, por medio de la *reparatio* (del latín *reparare*, “restaurar”), el Derecho interviene para hacer cesar los efectos

de sus violaciones y para garantizar que no se repitan los actos lesivos. La *reparatio* no pone fin a las violaciones de los derechos humanos ya cometidas, pero, al hacer cesar sus efectos, por lo menos evita la agravación del daño que ya está hecho (por la indiferencia del medio social, la impunidad o el olvido).

25. La *reparatio* está dotada, a juicio del Magistrado Cançado Trindade, de un doble significado: da satisfacción (como una forma de reparación) a las víctimas y, al propio tiempo, restaura el ordenamiento jurídico quebrantado por esas violaciones $\frac{3}{4}$ un ordenamiento jurídico erigido sobre la base del pleno respeto de los derechos inherentes a la persona. El ordenamiento jurídico —restaurado— requiere la garantía de que no se repitan los actos lesivos.

26. En el resto de las reflexiones vertidas en su opinión disidente, el Magistrado Cançado Trindade sostiene la primacía del *jus cogens* y presenta una refutación de su deconstrucción (parte XXVI). En su opinión, uno no puede embarcarse en una ausencia de conflicto, erróneamente supuesta y formalista, entre normas “procesales” y “sustantivas” (cf. *infra*), privando indebidamente al *jus cogens* de sus efectos y consecuencias jurídicas. El hecho es que existe un conflicto, y la primacía corresponde al *jus cogens*, que resiste y sobrevive a este intento infundado de deconstrucción. No puede haber ninguna prerrogativa o privilegio de inmunidad del Estado en los casos de crímenes internacionales, como las matanzas de la población civil y la deportación de civiles y prisioneros de guerra para someterlos a trabajo esclavo: se trata de violaciones graves de las prohibiciones absolutas del *jus cogens*, para las cuales no puede haber inmunidades.

27. Hace hincapié en que no puede uno examinar casos de este tipo —que implican violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario— sin prestar la debida atención a los *valores humanos fundamentales*. A diferencia de lo que supone el positivismo jurídico, el derecho y la ética van inevitablemente juntos, y esto debería tenerse en cuenta para la fiel realización de la justicia, en los planos nacional e internacional. Los principios centrales de que se trata son, a su juicio, el principio de la humanidad y el principio de la dignidad humana. A su parecer, a la inmunidad del Estado no se la puede ubicar indebidamente por encima de la responsabilidad del Estado por los crímenes internacionales y su complemento ineludible, el deber del Estado responsable de brindar reparación a las víctimas.

28. La opinión opuesta (mayoritaria) es el fruto de un ejercicio fáctico empírico para identificar la incongruente jurisprudencia de los tribunales nacionales y la práctica incoherente de unas pocas legislaciones nacionales sobre el asunto que se examina. Este ejercicio es característico de la metodología del positivismo jurídico, que presta excesiva atención a los hechos y se olvida de los valores. Sea como fuere, incluso en su propio punto de vista, el examen de las decisiones de los tribunales nacionales —a juicio del Magis-

trado Cançado Trindade— no es en absoluto concluyente para hacer prevalecer la inmunidad del Estado en los casos de crímenes internacionales.

29. Tales son, a su entender, los ejercicios positivistas que conducen a la fosilización del derecho internacional y ponen de manifiesto su persistente subdesarrollo, en lugar de su desarrollo progresivo, como sería de esperar. Esa metodología inapropiada va unida a conceptualizaciones insuficientes y carentes de poder persuasivo, como la de la contraposición entre las normas “procesales” y “sustantivas”. Estima que es erróneo suponer que no hay o no puede haber conflicto entre las “normas de *jus cogens*” sustantivas (que “prohíben la matanza de civiles en territorio ocupado, la deportación de habitantes civiles para someterlos a trabajo esclavo y la deportación de prisioneros de guerra para someterlos a trabajo esclavo”) y las normas procesales de la inmunidad del Estado. Este supuesto tautológico conduce a la validación de la inmunidad del Estado, incluso en las graves circunstancias del presente caso.

30. Hay, pues, un conflicto material, aunque acaso *prima facie* no se pueda discernir un conflicto formalista. A su juicio, es innegable que a todas luces existe un conflicto, y es lamentable embarcarse en una deconstrucción carente de fundamento del *jus cogens*, privando a este último de sus efectos y consecuencias jurídicas. El Magistrado Cançado Trindade observa que no es la primera vez que esto sucede; ha sucedido antes, por ejemplo, en la última década, en los fallos de la Corte en el caso relativo a la *Orden de detención* (2002) y en el caso relativo a las *Actividades armadas en el territorio del Congo* (República Democrática del Congo contra Uganda, 2006), recordados con aprobación por la Corte en el presente fallo. A su juicio, ya es hora de prestar al *jus cogens* la atención que requiere y merece.

31. Su deconstrucción, como se hace en el presente caso, obra —a juicio del Magistrado Cançado Trindade— en detrimento no solo de las víctimas individuales de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, sino también del derecho internacional contemporáneo mismo. En suma, a su parecer, no puede haber ninguna prerrogativa o privilegio de inmunidad del Estado en los casos de crímenes internacionales, como las matanzas de la población civil y la deportación de civiles y prisioneros de guerra para someterlos a trabajo esclavo: se trata de violaciones graves de las prohibiciones absolutas del *jus cogens*, para las cuales no puede haber inmunidades.

32. No es posible seguir considerando las inmunidades de los Estados a la luz de una visión atomizada o autosuficiente (contemplando las inmunidades de los Estados en el vacío); es preciso considerarlas en función de una concepción integral del derecho internacional contemporáneo en su conjunto y de su papel en la comunidad internacional. El Magistrado Cançado Trindade agrega que el derecho internacional no puede ser “congelado” fundándose de manera continua y prolongada en las omisiones del pasado, ya sea

a nivel normativo (por ejemplo, en la redacción de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, de 2004) o a nivel judicial (por ejemplo, la decisión mayoritaria de la Sala Superior del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Al-Adsani* (2001), invocado por la Corte en el presente caso).

33. En suma —según concluye el Magistrado Cançado Trindade—, el *jus cogens* está por encima de la prerrogativa o el privilegio de la inmunidad del Estado, con todas las consecuencias que de ello se deriven, evitando así la denegación de justicia y la impunidad. Sobre la base de lo antes expuesto, la posición firme del Magistrado Cançado Trindade es que no hay inmunidad del Estado por los crímenes internacionales y las violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. En su opinión, esto es lo que la Corte Internacional de Justicia debiera haber decidido en el presente fallo.

Opinión disidente del Magistrado Yusuf

En su opinión disidente, el Magistrado Yusuf declara que no puede estar de acuerdo con la mayoría de la Corte en su consideración debido a la forma marginal en que se abordó en el fallo la cuestión básica en la controversia entre las Partes. La cuestión básica es la relación entre la falta de reparación por crímenes internacionales y la denegación de la inmunidad de jurisdicción a Alemania. ¿Podría la protección de las víctimas de los crímenes internacionales frente a la denegación de justicia constituir una violación del derecho internacional? El Magistrado Yusuf estima que la Corte no ha sabido aprovechar una oportunidad singular para elucidar el derecho y pronunciarse sobre el efecto que la ausencia de otros recursos para la reparación podría tener sobre la inmunidad ante los tribunales nacionales. Se trata de una esfera en la que el derecho internacional está claramente en evolución, y la Corte, como principal órgano judicial de las Naciones Unidas, debería haber impartido orientación sobre esta evolución.

Además, el desacuerdo del Magistrado Yusuf se refiere a los siguientes puntos principales: la falta de un análisis adecuado de la obligación de otorgar reparaciones después de violaciones del derecho internacional humanitario (una cuestión íntimamente vinculada a la denegación de la inmunidad del Estado); el razonamiento y las conclusiones sobre el ámbito y la extensión de la inmunidad y las excepciones correspondientes; y el enfoque de la mayoría respecto del papel de los tribunales nacionales en la determinación y evolución de las normas internacionales consuetudinarias, particularmente en el ámbito de la inmunidad del Estado.

Observando que la cuestión de la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales nacionales en casos relativos a las violaciones graves del derecho internacional humanitario ha sido objeto de considerable debate académico y recientemente ha dado lugar a decisiones ju-

diciales contradictorias, el Magistrado Yusuf afirma que la cuestión que se presentó a la Corte es de alcance mucho más limitado y estrecho, a saber, si la negativa de los tribunales italianos a conceder inmunidad de jurisdicción a Alemania con respecto a demandas de reparación de las víctimas por los crímenes nazis que carecían de otros recursos constituía un hecho internacionalmente ilícito. La Corte, sin embargo, dirige su análisis a la cuestión más general de saber si la inmunidad es aplicable a los actos ilícitos cometidos por las fuerzas armadas de un Estado durante un conflicto armado. A juicio del Magistrado Yusuf, esta formulación de las cuestiones básicas es “demasiado abstracta y formalista”, en comparación con la realidad de la vida de ciertas categorías de víctimas italianas de los crímenes nazis que vienen solicitando reparación por más de 50 años, se han visto desprovistas de esa reparación y, en consecuencia, han recurrido a los tribunales italianos en busca de un medio alternativo de reparación. Este argumento de “última instancia” es un elemento central en la controversia entre Alemania e Italia, pero la Corte no evalúa las consecuencias jurídicas del incumplimiento de Alemania en el otorgamiento de reparaciones a ciertas categorías de víctimas sobre el reconocimiento o la denegación de inmunidad a Alemania en los tribunales del Estado del foro en virtud del derecho internacional y, en cambio, se limita a expresar su “pesar” de que esto haya ocurrido.

El Magistrado Yusuf considera lamentable que la Corte no haya examinado la obligación de reparar las violaciones del derecho internacional humanitario en el derecho internacional en la medida en que tiene una incidencia directa sobre la concesión de inmunidad en las presentes actuaciones. Afirma que esta obligación está consagrada en el artículo 3 de la Cuarta Convención de La Haya (1907) y en el artículo 91 del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra (1949), y si bien la indemnización por causa de esas violaciones se ha gestionado, de larga data, a nivel interestatal, esto no significa que no se haya previsto que los individuos no sean o no hayan sido los presuntos beneficiarios últimos de tales mecanismos o que no les asiste el derecho de demandar indemnización. En las últimas dos décadas, ha habido más y más ejemplos de demandantes individuales que piden indemnización por las violaciones graves del derecho internacional humanitario, por ejemplo, las demandas ante los tribunales japoneses en la década de 1990 por personas que fueron sometidas a trabajo esclavo o torturas, u obligadas a servir como esclavas sexuales durante la segunda guerra mundial; las demandas presentadas ante los tribunales estadounidenses por el Movimiento Restitución del Holocausto, en nombre de los trabajadores forzados durante la guerra; el caso *Distomo* en Grecia y el caso *Ferrini* en Italia. El derecho sobre la responsabilidad del Estado no excluye la posibilidad de que las personas puedan adquirir derechos como resultado de un acto ilícito cometido por un Estado y en el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja al artículo 91 del Protocolo Adicional I se reconoce que desde 1945 ha ha-

bido una tendencia a reconocer el ejercicio de tales derechos por los individuos. La cuestión fundamental que tiene ante sí la Corte, por lo tanto, es qué sucede en el caso de violaciones del derecho internacional humanitario cuya responsabilidad ha sido reconocida por el Estado extranjero cuando algunas de las víctimas, sin embargo, no están amparadas por regímenes de reparación y, en consecuencia, se ven privadas de indemnización. ¿Se debiera permitir que ese Estado invoque inmunidad ante los tribunales nacionales para protegerse de la obligación de otorgar reparaciones?

En cuanto al ámbito de la inmunidad jurisdiccional, el Magistrado Yusuf afirma que, si bien la inmunidad del Estado es una norma de derecho consuetudinario y no una mera cuestión de cortesía internacional, su alcance se ha venido estrechando durante el siglo pasado, a medida que el derecho internacional evoluciona desde un ordenamiento jurídico centrado en el Estado hasta un ordenamiento jurídico que también protege los derechos de los seres humanos frente al Estado. La contracción del ámbito de aplicación de la inmunidad ha sido liderada por los tribunales nacionales, y si bien el derecho de la inmunidad es importante para el desarrollo de relaciones armoniosas entre los Estados, no es una norma de derecho cuyo alcance esté bien definido para todas las circunstancias o cuya estabilidad esté asegurada. La inmunidad del Estado está tan llena de agujeros como un queso suizo. Por lo tanto, no es convincente caracterizar algunas excepciones a la inmunidad diciendo que forman parte del derecho internacional consuetudinario, a pesar de la continua existencia de decisiones judiciales divergentes en el ámbito nacional, al tiempo que se interpreta que otras excepciones, basadas en decisiones igualmente conflictivas, justifican la inexistencia de normas consuetudinarias. Más apropiado sería, a su juicio, reconocer que el derecho consuetudinario en esta esfera sigue siendo fragmentario e inestable. El Magistrado Yusuf sostiene que estas incertidumbres del derecho consuetudinario no se pueden resolver mediante un ejercicio formalista que levante un inventario de las decisiones judiciales contradictorias de los tribunales nacionales, que ya son escasas en cuanto a las violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario, y mediante la realización de un cálculo matemático. Estima que el derecho internacional consuetudinario no es una cuestión de números relativos. Además, la inmunidad de jurisdicción del Estado no puede interpretarse en el vacío. Las características y circunstancias específicas de cada caso, la naturaleza de las cuestiones en juego y la evolución del derecho internacional son todos factores que se deben tener plenamente en cuenta. Así, pues, cuando las inmunidades jurisdiccionales entran en conflicto con derechos fundamentales consagrados en la normativa de los derechos humanos o del derecho humanitario, es preciso lograr un equilibrio entre las funciones y propósitos intrínsecos de la inmunidad y la protección y realización de los derechos humanos fundamentales y los principios del derecho humanitario. En el presente caso se trata del derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho a una

indemnización por daños y perjuicios sufridos como consecuencia de violaciones al derecho humanitario y el derecho a la protección contra la denegación de justicia. Se debieran invocar esos principios y debiera haber un análisis de la proporcionalidad y la legitimidad del propósito de conceder inmunidad, toda vez que las normas del derecho consuetudinario sobre la inmunidad del Estado o de las excepciones a dicha inmunidad sean fragmentarias o inestables, como ocurre en el presente caso. Por último, el carácter preliminar de la inmunidad de jurisdicción no impide que los tribunales nacionales, en este caso los tribunales italianos, evalúen el contexto en el que se ha presentado la reclamación con objeto de asegurar una caracterización jurídica adecuada de los hechos por los cuales se invoca la inmunidad y, cuando sea necesario, para equilibrar los diferentes factores subyacentes del caso a fin de determinar si la Corte puede ejercer su competencia.

El Magistrado Yusuf observa, además, que el derecho relativo a la inmunidad del Estado históricamente ha evolucionado mediante decisiones de los tribunales nacionales y que muchas de las excepciones actualmente aceptadas como tales, por ejemplo, la excepción por responsabilidad civil o la excepción del empleo, fueron establecidas inicialmente por uno o dos tribunales por vez. Excepciones importantes a la inmunidad, como estas, podrían haber tenido un destino muy diferente si, por ejemplo, la sentencia austríaca en *Holubek contra El Gobierno de los Estados Unidos de América* (ILR, vol. 40, 1962, pág. 73) se hubiera considerado como violación del derecho internacional sobre la inmunidad. De esa manera, se habría cortado de raíz una norma emergente, que ha venido a reflejar una *opinio juris* y una práctica estatal muy difundidas. Del mismo modo, las decisiones italianas, así como la decisión en *Distomo*, se pueden considerar como parte de un proceso evolutivo más amplio, en el que las decisiones de los tribunales nacionales han dado lugar a una serie de excepciones a la inmunidad de jurisdicción. Es evidente que las normas relativas a la inmunidad del Estado y el derecho de los individuos a la reparación de los crímenes internacionales cometidos por agentes del Estado están sufriendo una transformación. En la medida en que existe un conflicto entre la inmunidad de jurisdicción de los Estados y las demandas derivadas de los crímenes internacionales, la inmunidad del Estado no debe ser utilizada como pantalla para eludir el pago de las reparaciones a las que tengan derecho las víctimas de delitos. En circunstancias excepcionales, como las que tiene ante sí la Corte, cuando no haya otros medios de reparación disponibles, dicho conflicto se debiera resolver a favor de las víctimas de violaciones graves del derecho internacional humanitario. Esto no vulnera la independencia o la soberanía de los Estados. Contribuye simplemente a cristalizar una excepción emergente a la inmunidad del Estado, que se basa en la *opinio juris* muy difundida de asegurar la realización de ciertos derechos fundamentales de los seres humanos, como el derecho a un recurso efectivo, en

circunstancias en que las víctimas de lo contrario quedarían privadas de recursos.

En el análisis final, el Magistrado Yusuf afirma que sus comentarios no deben interpretarse en el sentido de que la inmunidad se ha de dejar de lado toda vez que las demandas de reparación de los crímenes internacionales cometidos por un Estado extranjero se someten a los tribunales nacionales. Indican, en cambio, la necesidad de interpretar el derecho en el sentido en que éste ya está evolucionando, es decir, una excepción limitada y viable a la inmunidad del Estado en circunstancias en que las víctimas de crímenes internacionales no tienen otro medio de reparación. El ejercicio de la competencia de los tribunales nacionales en esas circunstancias excepcionales en las que existe una falta de reparación por medio de otros recursos no puede alterar las relaciones armoniosas entre los Estados ni afectar a la soberanía de otro Estado. La protección de las víctimas de los crímenes internacionales frente a la denegación de justicia no puede constituir una violación del derecho internacional. Esa excepción a la inmunidad de jurisdicción, de acuerdo con el Magistrado Yusuf, armoniza el derecho sobre la inmunidad del Estado con la creciente ponderación normativa que la comunidad internacional atribuye a la protección de los derechos humanos y del derecho humanitario y a la realización del derecho a un recurso efectivo para las víctimas de crímenes internacionales.

Opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Gaja

1. La Corte considera que “el derecho internacional consuetudinario sigue exigiendo que se confiera inmunidad a un Estado en las actuaciones judiciales por actos ilícitos presuntamente cometidos en el territorio de otro Estado por sus fuerzas armadas y otros órganos del Estado en el curso de un conflicto armado”. Sin embargo, un análisis de la práctica pertinente de los Estados relativa a la “excepción por respon-

sabilidad civil” a la inmunidad del Estado no parece justificar una conclusión tan clara.

2. La Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes estatuye una “excepción por responsabilidad civil”. No concede inmunidad a los Estados extranjeros con respecto a sus acciones militares, aunque los trabajos preparatorios incluyen elementos que sugieren que las “situaciones relativas a conflictos armados” no están abarcadas por la Convención.

3. Nueve de diez Estados que sancionaron legislación sobre la inmunidad del Estado extranjero reconocen la “excepción por responsabilidad civil”. Algunas de estas leyes consideran que la inmunidad existe, no obstante, en lo que respecta a la conducta de las fuerzas militares extranjeras, pero estas leyes solo se refieren a fuerzas visitantes y no a las de un Estado extranjero u ocupante. Es significativa la práctica de estos nueve Estados que no ha sido impugnada. Si las excepciones declaradas a la inmunidad fueran infundadas a tenor del derecho internacional general, estos Estados incurrirían en responsabilidad internacional.

4. La variedad de las decisiones judiciales nacionales muestra que la cuestión se ubica en una “zona gris” en la que los Estados pueden adoptar diferentes posiciones sin apartarse necesariamente de los requisitos del derecho internacional general.

5. Un factor que podría contribuir a justificar un enfoque restrictivo de la inmunidad de los Estados al aplicar la “excepción por responsabilidad civil” es la naturaleza de la obligación (por ejemplo, una obligación en virtud de una norma imperativa) cuyo incumplimiento motiva una acción por reparación contra un Estado extranjero.

6. La Corte debería haber decidido que, al menos para ciertas decisiones de los tribunales italianos, el ejercicio de la competencia no podía ser considerado contrario al derecho internacional general.

193. AHMADOU SADIO DIALLO (REPÚBLICA DE GUINEA CONTRA LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO) [INDEMNIZACIÓN DEBIDA POR LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO A LA REPÚBLICA DE GUINEA]

Fallo de 19 de junio de 2012

El 19 de junio de 2012 la Corte Internacional de justicia pronunció su fallo en la causa relativa a *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea contra República Democrática del Congo) (Indemnización debida por la República Democrática del Congo a la República de Guinea)*.

La Corte estuvo integrada de la manera siguiente: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado, Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde; Magistrados *ad hoc* Mahiou, Mampuya; Secretario Couvreur.

*
* * *

El párrafo dispositivo [párr. 61] del fallo dice lo siguiente:

“... ”

LA CORTE,

1) Por 15 votos a favor y uno en contra,

Fija el importe de la indemnización adeudada por la República Democrática del Congo a Guinea por el daño moral sufrido por el Sr. Diallo en 85.000 dólares de los Estados Unidos;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde; Magistrado *ad hoc* Mahiou;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado *ad hoc* Mampuya;

2) Por 15 votos a favor y uno en contra,

Fija el importe de la indemnización adeudada por la República Democrática del Congo a Guinea por el daño material sufrido por el Sr. Diallo en relación con sus efectos personales en 10.000 dólares de los Estados Unidos;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde; Magistrado *ad hoc* Mahiou;

VOTOS EN CONTRA Magistrado *ad hoc* Mampuya;

3) Por 14 votos a favor y dos en contra,

Considera que la República Democrática del Congo no adeuda a Guinea indemnización alguna con respecto a la alegación relativa al daño material presuntamente sufrido por el Sr. Diallo como resultado de una pérdida de su remuneración profesional durante sus detenciones ilícitas y después de su expulsión ilícita;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde; Magistrado *ad hoc* Mampuya;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Yusuf; Magistrado *ad hoc* Mahiou;

4) Por unanimidad,

Considera que la República Democrática del Congo no adeuda a Guinea indemnización alguna con respecto a la alegación relativa al daño material presuntamente sufrido por el Sr. Diallo como resultado de la privación de sus ingresos potenciales;

5) Por unanimidad,

Decide que la cuantía total de la indemnización adeudada en virtud de los apartados 1 y 2 *supra* se debe abonar a más tardar el 31 de agosto de 2012 y que, en caso de que no se haya pagado para esa fecha, los intereses sobre el principal adeudado por la República Democrática del Congo a Guinea se devengarán a partir del 1 de septiembre de 2012 a un tipo anual de interés del 6%;

6) Por 15 votos a favor y uno en contra,

Desestima la pretensión de Guinea relativa a las costas incurridas en el juicio.

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde; Magistrado *ad hoc* Mampuya;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado *ad hoc* Mahiou.”

*
* * *

El Magistrado Cançado Trindade adjuntó una opinión separada al fallo de la Corte; los Magistrados Yusuf y Greenwood adjuntaron declaraciones al fallo de la Corte; los Magistrados *ad hoc* Mahiou y Mampuya adjuntaron opiniones separadas al fallo de la Corte.

*
* * *

I. *Antecedentes procesales y fácticos de la causa* (párrs. 1 a 17)

La Corte comienza recordando los antecedentes procesales de la presente causa.

El 28 de diciembre de 1998, la República de Guinea (en adelante “Guinea”) presentó a la Secretaría una demanda

contra la República Democrática del Congo (en adelante la “RDC”) por una controversia relativa a infracciones graves del derecho internacional presuntamente cometidas contra la persona de un nacional de Guinea, el Sr. Ahmadou Sadio Diallo.

El 24 de mayo de 2007, la Corte pronunció un fallo sobre las excepciones preliminares en que declaró que la demanda de Guinea era admisible en lo referente a la protección de los derechos del Sr. Diallo como persona y de sus derechos directos como socio de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire, pero inadmisibles en lo referente a la protección del Sr. Diallo en cuanto a las presuntas violaciones de los derechos de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire.

En su fallo de 30 de noviembre de 2010 sobre el fondo de la causa, la Corte determinó, respecto de las circunstancias en que el Sr. Diallo había sido expulsado el 31 de enero de 1996, que la RDC había violado el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el “Pacto”) y el artículo 12, párrafo 4, de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante la “Carta Africana”) (apartado 2 del párrafo dispositivo). La Corte decidió también que, respecto de las circunstancias en que se había arrestado y detenido al Sr. Diallo en 1995-1996 con miras a su expulsión, la RDC había violado el artículo 9, párrafos 1 y 2, del Pacto y el artículo 6 de la Carta Africana (apartado 3 del párrafo dispositivo). Además, la Corte determinó que la RDC había violado los derechos del Sr. Diallo en virtud del artículo 36, párrafo 1 b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (en adelante la “Convención de Viena”).

En su fallo sobre el fondo, la Corte decidió además que la RDC estaba obligada a otorgar una reparación adecuada, en forma de una indemnización, a la República de Guinea por las consecuencias perjudiciales causadas por el incumplimiento de las obligaciones internacionales mencionadas en los apartados 2 y 3 [del párrafo operativo]. Sin embargo, la Corte no ordenó a la RDC pagar una indemnización por la violación de los derechos del Sr. Diallo en virtud del artículo 36, párrafo 1 b) de la Convención de Viena. La Corte decidió que, a falta de acuerdo entre las partes sobre esta cuestión dentro de los seis meses siguientes a la fecha de pronunciado el fallo, la cuestión de la indemnización adeudada a Guinea por la RDC sería resuelta por la Corte. Como el plazo de seis meses así establecido por la Corte venció el 30 de mayo de 2011 sin que las partes llegaran a un acuerdo al respecto, correspondió a la Corte decidir el monto de la indemnización que se debía pagar a Guinea a resultas del arresto, la detención y la expulsión ilícitos del Sr. Diallo por la RDC, de conformidad con las conclusiones establecidas en el fallo sobre el fondo.

La Corte señala que Guinea pide indemnización por cuatro categorías de daño: daño inmaterial [que Guinea denomina “daño mental y moral”], y tres tipos de daño material: presunta pérdida de bienes personales; presunta pérdida de

remuneración profesional [que Guinea denomina “pérdida de ganancias”] durante la detención del Sr. Diallo y después de su expulsión; y presunta pérdida de “ganancias potenciales”. Respecto de cada categoría, la Corte indica que examinará si se ha establecido la existencia del daño. Lugo pasará a “determinar si los daños alegados por el demandante son consecuencia, y en qué medida, de la conducta ilícita del demandado”, teniendo en cuenta “si existe un nexo causal suficientemente directo y cierto entre el acto ilícito...y el daño sufrido por el demandante”. Por último, la Corte señala que, en caso de determinarse la existencia de un daño y establecerse su causa, procederá a determinar su monto.

II. *Categorías de daño respecto de las que se solicita indemnización* (párrs. 18 a 55)

a) *Indemnización por los daños inmateriales sufridos por el Sr. Diallo*

La Corte considera que los daños inmateriales se pueden establecer aun sin pruebas específicas. En el caso del Sr. Diallo, el hecho de que sufrió daños inmateriales es una consecuencia inevitable de los actos ilícitos de la RDC ya determinados por la Corte. En su fallo sobre el fondo, la Corte determinó que el Sr. Diallo había sido arrestado sin que se le informaran las razones y sin que se le ofreciera la posibilidad de interponer un recurso; que fue detenido por un plazo injustificadamente largo hasta su expulsión; que fue objeto de acusaciones no sustanciadas; y que fue expulsado ilícitamente del país en que había residido durante 32 años y en que había realizado importantes actividades comerciales. En consecuencia, la Corte considera razonable concluir que la conducta ilícita de la RDC causó al Sr. Diallo un sufrimiento psicológico y una pérdida de reputación importantes.

Además, la Corte tuvo en cuenta el número de días que el Sr. Diallo estuvo detenido: continuamente 66 días, del 5 de noviembre de 1995 hasta el 10 de enero de 1996, y una segunda vez entre el 25 y el 31 de enero de 1996, es decir, un total de 72 días; en la conclusión de su fallo sobre el fondo la Corte manifestó que no se había demostrado que el Sr. Diallo hubiera sido objeto de malos tratos en violación del artículo 10, párrafo 1, del Pacto.

La Corte también señala que las circunstancias del caso apuntan a la existencia de ciertos factores que agravan el daño inmaterial sufrido por el Sr. Diallo, en particular en el contexto en que se produjeron su detención y expulsión ilegales. Además de que el arresto y la detención del Sr. Diallo, que tuvieron por objeto posibilitar la medida de expulsión, fueron arbitrarios, en el sentido del artículo 9, párrafo 1 del Pacto, y el artículo 6 de la Carta Africana, la Corte destaca que también señaló en su fallo sobre el fondo que era difícil no discernir que existe un vínculo entre la expulsión del Sr. Diallo y el hecho de que hubiera tratado de recuperar deudas que consideraba que el Estado del Zaire o empresas en que el Estado tenía una parte importante del capital debían a sus empresas. La Corte observa que la cuantificación de la

indemnización por los daños inmateriales necesariamente se debe basar en consideraciones de equidad.

Habida cuenta de las circunstancias citadas precedentemente, la Corte considera que la suma de 85.000 dólares de los Estados Unidos constituye una indemnización adecuada por los daños inmateriales sufridos por el Sr. Diallo.

b) *Indemnización por daños materiales sufridos por el Sr. Diallo*

La Corte explica que comenzará abordando la reclamación de Guinea relativa a la pérdida de bienes personales del Sr. Diallo; después examinará las reclamaciones de Guinea relativas a la pérdida de remuneración profesional durante las detenciones ilícitas del Sr. Diallo y después de su expulsión ilícita de la RDC; y, por último, examinará la reclamación de Guinea respecto de las “ganancias potenciales”.

1. *Presunta pérdida de bienes personales del Sr. Diallo (incluidos activos en cuentas bancarias)*

La Corte observa que, según Guinea, la abrupta expulsión del Sr. Diallo le impidió hacer arreglos para la transferencia o disposición de bienes personales que se encontraban en su departamento, y también la pérdida de ciertos activos depositados en cuentas bancarias. La Corte manifiesta que abordará la reclamación de Guinea por la pérdida de los bienes personales del Sr. Diallo sin tener en cuenta los bienes de las empresas, habida cuenta de su decisión anterior de que las reclamaciones de Guinea relativas a las empresas eran inadmisibles. La Corte observa que los bienes personales mencionados en la reclamación de Guinea se pueden dividir en tres categorías: objetos que se encontraban en el departamento del Sr. Diallo que figuran en el inventario de bienes personales en el departamento; ciertos artículos de gran valor que presuntamente se encontraban en el departamento del Sr. Diallo, que no se especifican en ese inventario; y activos depositados en cuentas bancarias.

En cuanto a los bienes personales que se encontraban en el departamento del Sr. Diallo, la Corte observa que el inventario de esos bienes, presentado por ambas partes a la Corte, se preparó unos 12 días después de la expulsión del Sr. Diallo de la RDC. La Corte considera que, aunque aparentemente ambas partes aceptan que los artículos que figuran en el inventario se encontraban en el departamento al momento en que aquel fue preparado, no hay certeza sobre el destino de esos bienes. Guinea no ha demostrado la cuantía de la pérdida sufrida por el Sr. Diallo ni la medida en que esa pérdida fue causada por la conducta ilícita de la RDC. La Corte añade que, aun presumiendo que se pudiera establecer que los bienes personales que figuran en el inventario se perdieron y que la pérdida fue causada por la conducta ilícita de la RDC, Guinea no ofreció pruebas respecto del valor de los artículos incluidos en el inventario. A pesar de los inconvenientes en las pruebas relacionadas con los bienes que figuran en el inventario, la Corte recuerda que el Sr. Diallo vivió y trabajó en el territorio de la RDC durante más de 30 años, lapso en

el cual seguramente acumuló bienes personales. Aun asumiendo que la RDC es correcta en su afirmación de que los funcionarios de Guinea y los familiares del Sr. Diallo estaban en condiciones de disponer de los bienes personales del Sr. Diallo después de su expulsión, la Corte considera que, como mínimo, el Sr. Diallo tuvo que haber transportado sus bienes personales a Guinea o realizar arreglos para su disposición en la RDC. En consecuencia, la Corte considera que la conducta ilícita de la RDC causó algún tipo de daño material al Sr. Diallo respecto de los bienes personales que se encontraban en el departamento en que vivía, aunque no sería razonable aceptar la gran suma de dinero reclamada por Guinea por esta categoría de daño. En esta situación, la Corte considera adecuado otorgar una indemnización fundada en consideraciones de equidad por la suma de 10.000 dólares de los Estados Unidos.

A continuación la Corte examina la afirmación de Guinea de que en el departamento del Sr. Diallo había ciertos artículos de gran valor no incluidos en el inventario señalado precedentemente. Observa que Guinea menciona varios artículos en su memoria, pero aporta pocos detalles y no ofrece pruebas en apoyo de la afirmación de que el Sr. Diallo era el propietario de esos artículos al momento de la expulsión, que se encontraran en su departamento, ni que era su propietario, ni que se perdieron a resultas del trato que recibió por parte de la RDC. Por esas razones, la Corte rechaza la reclamación de Guinea respecto de la pérdida de artículos de gran valor que no figuran en el inventario.

En cuanto a los activos presuntamente depositados en cuentas bancarias, la Corte considera que Guinea no ofrece detalles ni pruebas en apoyo de su reclamo. No hay información sobre la suma total depositada en las cuentas bancarias, el monto de ninguna cuenta en particular ni el nombre del banco o bancos en que se encontraban las cuentas. Además, no hay pruebas que demuestren que la detención y expulsión ilícitas del Sr. Diallo provocaron la pérdida de activos depositados en cuentas bancarias. Por ejemplo, Guinea no explica la razón por la cual el Sr. Diallo no tuvo acceso a esas cuentas después de salir de la RDC. En consecuencia, no se ha establecido que el Sr. Diallo haya perdido activos depositados en cuentas bancarias en la RDC, ni que los actos ilícitos de la RDC hayan causado la pérdida de esos activos financieros del Sr. Diallo. En consecuencia, la Corte rechaza la reclamación de Guinea respecto de la pérdida de los activos en cuentas bancarias.

En consecuencia, la Corte no otorga indemnización alguna respecto de los artículos de alto valor y los activos en cuentas bancarias.

2. *Presunta pérdida de remuneración durante la detención del Sr. Diallo y después de su expulsión ilícita*

Para comenzar, la Corte señala que, en sus presentaciones en la conclusión de su memoria, Guinea reclama 6.430.148

dólares por concepto de pérdidas sufridas por el Sr. Diallo por pérdida de ganancias durante su detención y posterior expulsión. Sin embargo, en otra parte de su memoria, Guinea hace referencia a la suma de 80.000 dólares por la pérdida de ganancias sufrida por el Sr. Diallo durante su detención. Según la presenta Guinea, esta reclamación por 80.000 dólares, aunque no se refleja en una presentación separada, es claramente diferente de la hecha por 6.430.148 dólares que, según el razonamiento seguido en la memoria, solo se refiere a la presunta “pérdida de ganancias” después de la expulsión del Sr. Diallo. La Corte interpreta las presentaciones de Guinea a la luz del razonamiento seguido en su memoria, como es su derecho. En consecuencia, en primer lugar examinará la reclamación de 80.000 dólares por la pérdida de remuneración profesional durante las detenciones del Sr. Diallo y luego examinará la reclamación de 6.430.148 dólares por pérdida de remuneración profesional después de su expulsión.

En cuanto a la presunta pérdida de remuneración profesional durante las detenciones ilícitas del Sr. Diallo, la Corte recuerda que Guinea sostiene que, antes de su detención el 5 de noviembre de 1995, el Sr. Diallo percibía una remuneración mensual de 25.000 dólares en su condición de gerente de Africom-Zaire y Afrocontainers-Zaire. Sobre la base de esa suma, Guinea estima que el Sr. Diallo sufrió una pérdida total de 80.000 durante los 72 días de su detención, suma que, según Guinea, tiene en cuenta la inflación. La Corte señala que la RDC afirma que Guinea no ha producido ninguna prueba documental en apoyo de la reclamación por pérdida de remuneración. La RDC también opina que Guinea no ha demostrado que las detenciones del Sr. Diallo provocaron la pérdida de remuneración que habría percibido en caso contrario. En particular, la RDC afirma que Guinea no ha explicado por qué el Sr. Diallo, en su condición de único gerente y asociado de las dos empresas, no pudo haber ordenado que se le hicieran los pagos.

La Corte pasa a examinar si se ha establecido que Sr. Diallo percibía una remuneración antes de su detención y que esa remuneración era de 25.000 dólares mensuales. La Corte observa en primer lugar que Guinea no ofrece pruebas de que el Sr. Diallo estuviera ganando 25.000 dólares mensuales en su condición de gerente de las dos empresas. No hay cuentas bancarias ni registros tributarios; tampoco hay registros contables de ninguna de las empresas que demuestren que se efectuaban esos pagos.

Además, la Corte considera que no hay pruebas que sugieran que antes de sus detenciones el Sr. Diallo percibiera 25.000 dólares mensuales por concepto de remuneración por parte de las dos empresas. En primer lugar, las pruebas relativas a Africom-Zaire y Afrocontainers-Zaire indican seriamente que, en los años inmediatamente precedentes a las detenciones del Sr. Diallo, ninguna de las empresas estaba realizando actividades comerciales, aparte de tentativas de recaudar deudas presuntamente debidas a esas empresas. En segundo lugar, en contraste con la reclamación de Guinea

en la presente etapa del proceso dedicada a la indemnización de que el Sr. Diallo percibía una remuneración mensual de 25.000 dólares, Guinea manifestó a la Corte, durante la etapa de las excepciones preliminares, que en 1995, el Sr. Diallo ya se había empobrecido. Esa declaración ante la Corte se adecua al hecho de que, el 2 julio 1995, el Sr. Diallo obtuvo de la RDC, a su solicitud, un “certificado de indigencia” en que se lo declaraba “temporalmente empobrecido”, lo que le permitió evitar hacer pagos que de lo contrario se habría visto obligado a realizar a fin de registrar un fallo en favor de una de sus empresas. En consecuencia, la Corte concluye que Guinea no ha demostrado que el Sr. Diallo haya percibido una remuneración mensual de Africom-Zaire ni de Africontainers-Zaire en el período inmediatamente anterior a sus detenciones en 1995 y 1996, ni que esa remuneración era de 25.000 dólares mensuales.

La Corte observa que Guinea tampoco explica la razón por la cual las detenciones del Sr. Diallo interrumpieron la remuneración que quizás percibía en su condición de gerente de las dos empresas. Si en realidad las empresas estaban en condiciones de pagar al Sr. Diallo al momento en que fue detenido, es razonable esperar que sus empleados pudieran haber seguido haciendo a su gerente los pagos necesarios. Además, el Sr. Diallo estuvo detenido del 5 de noviembre de 1995 al 10 de enero de 1996, fue liberado y posteriormente detenido una vez más del 25 al 31 de enero de 1996. En consecuencia, hubo un período de dos semanas durante el cual el Sr. Diallo tuvo oportunidad de hacer arreglos para percibir la remuneración que presuntamente las empresas no le pagaron durante el período inicial de detención de 66 días.

En esas circunstancias, la Corte considera que Guinea no ha demostrado que el Sr. Diallo sufrió una pérdida de remuneración profesional a resultas de sus detenciones ilícitas.

En cuanto a la presunta pérdida de remuneración profesional después de la expulsión del Sr. Diallo, la Corte recuerda que Guinea afirma que la expulsión ilícita del Sr. Diallo por la RDC le privó de su capacidad de seguir percibiendo su remuneración como gerente de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire. Con fundamento en que el Sr. Diallo percibía una remuneración de 25.000 dólares mensuales antes de sus detenciones en 1995 y 1996, Guinea afirma que, durante el período transcurrido desde la expulsión del Sr. Diallo el 31 enero de 1996, ha perdido “ingresos profesionales” adicionales por la suma de 4.755.500 dólares. Guinea afirma además que esa suma debe ajustarse teniendo en cuenta la inflación, con lo cual la estimación de la pérdida sufrida por el Sr. Diallo por concepto de remuneración profesional desde su expulsión asciende a 6.430.148 dólares. La Corte observa que la RDC reitera su posición respecto de la reclamación por remuneración no pagada desde el período transcurrido desde las detenciones del Sr. Diallo, en particular la falta de pruebas en apoyo de la afirmación de que percibía una remuneración de 25.000 dólares mensuales antes de su detención y expulsión.

La Corte observa que ya ha rechazado la reclamación por pérdida de remuneración profesional durante el período de las detenciones del Sr. Diallo. Considera que las mismas razones también se aplican respecto de la reclamación de Guinea relativa al periodo posterior a la expulsión del Sr. Diallo. Además, la reclamación de Guinea respecto de la remuneración correspondiente al Sr. Diallo después de su expulsión es sumamente especulativa y presume que el Sr. Diallo habría seguido percibiendo 25.000 dólares mensuales de no haber sido expulsado ilícitamente. Si bien el otorgamiento de una indemnización por la pérdida de ganancias futuras inevitablemente entraña algo de incertidumbre, la reclamación no puede ser enteramente especulativa. En consecuencia, la Corte concluye que no se puede otorgar indemnización alguna respecto de la reclamación de Guinea relativa a la remuneración no pagada después de la expulsión del Sr. Diallo.

En consecuencia, la Corte no otorga indemnización alguna por la remuneración presuntamente perdida por el Sr. Diallo durante sus detenciones y después de su expulsión.

3. *Presunta privación de ganancias potenciales*

La Corte observa que Guinea formula una reclamación adicional que describe como relativa a las “ganancias potenciales” del Sr. Diallo. Concretamente, Guinea manifiesta que las detenciones ilícitas y posterior expulsión del Sr. Diallo dieron lugar a una disminución del valor de las empresas y a la dispersión de sus activos. Guinea también afirma que el Sr. Diallo no pudo ceder a terceros su participación (*parts sociales*) en esas empresas, y que su pérdida de ganancias potenciales se puede estimar en el 50% del “valor de mercado de la participación”, suma que, según Guinea, asciende a 4.360.000 dólares. La Corte observa que la RDC considera que el cálculo de Guinea sobre la presunta pérdida del Sr. Diallo basa en los activos pertenecientes a las dos empresas, y no en activos pertenecientes al Sr. Diallo a título individual. Además, la RDC afirma que Guinea no aporta pruebas de que, de hecho, los activos de las empresas se hayan perdido o que activos concretos de las dos empresas a que hace referencia Guinea no pudieron haberse vendido en un mercado abierto.

La Corte considera que la reclamación de Guinea relativa a las “ganancias potenciales” equivale a una reclamación por la pérdida del valor de las empresas presuntamente resultante de las detenciones y la expulsión del Sr. Diallo. Esa reclamación excede el alcance de las presentes actuaciones, habida cuenta de la decisión previa de la Corte de que son inadmisibles las reclamaciones de Guinea respecto de los daños presuntamente causados a las empresas. Por ese motivo, la Corte no otorga indemnización alguna a Guinea respecto de su reclamación relativa a las “ganancias potenciales” del Sr. Diallo.

*

Después de analizar los componentes de la reclamación de Guinea respecto del daño material causado al Sr. Diallo a resultas de la conducta ilícita de la de RDC, la Corte otorga a Guinea una indemnización por la suma de 10.000 dólares de los Estados Unidos.

III. *Suma total otorgada e intereses posteriores al fallo* (párrs. 56 a 57)

La Corte concluye que la suma total otorgada a Guinea asciende a 95.000 dólares de los Estados Unidos, que se deberá pagar a más tardar el 31 de agosto de 2012. La Corte espera que el pago se hará oportunamente y no tiene razones para presumir que la RDC no actuará en consecuencia. Sin embargo, considerando que el otorgamiento de intereses posteriores al fallo se adecua a la práctica de otros tribunales y cortes internacionales, la Corte decide que, en caso de que el pago se atrase, los intereses posteriores al fallo correspondientes a la suma principal debida se calcularán, a partir del 1 de septiembre de 2012, al tipo del 6% anual. Ese tipo se ha fijado teniendo en cuenta los prevalecientes en el mercado internacional y la importancia de un cumplimiento rápido. La Corte recuerda que la suma otorgada a Guinea en ejercicio de su protección diplomática del Sr. Diallo tiene como objetivo que se pueda dar una indemnización por el daño sufrido por este último.

IV. *Costas procesales* (párrs. 58 a 60)

La Corte observa que Guinea solicita a la Corte que adjudique las costas en su favor, por la suma de 500.000 dólares de los Estados Unidos, porque “a resultas de haberse visto obligada a instituir las presentes actuaciones, el Estado de Guinea ha incurrido en costas irrecuperables que, por razones de equidad, no debería sufragar”. La RDC se solicita a la Corte “que rechace la solicitud de reembolso de las costas presentada por Guinea y que cada Estado sufrague sus propias costas procesales, incluidas las de sus abogados y de otro tipo”.

La Corte recuerda que el artículo 64 de su Estatuto establece: “Salvo que la Corte determine otra cosa, cada parte sufragará sus propias costas”. Si bien la norma general ha sido siempre seguida por la Corte, el artículo 64 entraña que quizás se presenten circunstancias en que sea adecuado que la Corte adjudique las costas en favor de una de las partes. Sin embargo, la Corte no considera que en la presente causa se haya presentado alguna de esas circunstancias. En consecuencia, cada parte deberá sufragar sus propias costas.

*
* *

Opinión separada del Magistrado Cañado Trindade

1. En su opinión separada, compuesta de 10 partes, el Magistrado Cañado Trindade presenta los fundamentos de

su posición personal respecto de los asuntos abordados en el presente fallo de la Corte. Respaldada la decisión de la Corte de ordenar una indemnización por los daños sufridos por el señor A. S. Diallo, en su condición de particular, en virtud de los tratados de derechos humanos (el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 12.4 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos), además de la convención de Viena sobre Relaciones Consulares (su derecho a información sobre asistencia consular en virtud del artículo 36.1.b). Respaldada además la decisión de la Corte de tener en cuenta la experiencia de otros tribunales internacionales contemporáneos respecto de la cuestión de la indemnización por daños y perjuicios.

2. Destaca en particular (parte I) la importancia de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos (en particular la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) a fin de determinar la indemnización que se debe otorgar a los particulares por los daños que se les hayan causado. Si bien conviene con la mayoría de la Corte en cuanto a la determinación de la indemnización en la presente causa, hay algunas cuestiones, que no se reflejan plenamente en el razonamiento de la Corte, que se considera obligado a profundizar en su opinión separada, a fin de aclarar el asunto abordado por la Corte y los fundamentos de su posición personal al respecto.

3. El Magistrado Cançado Trindade comienza su reflexión mediante la identificación del tema de los derechos infringidos y el del derecho a una indemnización (parte II), en el marco de la posición de los particulares como sujetos del derecho internacional contemporáneo y, en consecuencia, como titulares del derecho a indemnización por los daños que hayan sufrido. En efecto, como quedó claro en las actuaciones y el fallo (de 30 de noviembre de 2010) sobre el fondo de la presente causa, el sujeto de los derechos infringidos en ella es un ser humano, el Sr. S. A. Diallo, y no un Estado. Igualmente, el sujeto del correspondiente derecho a indemnización es un ser humano, el Sr. S. A. Diallo, y no un Estado. Él es el titular de ese derecho a indemnización y el beneficiario de la indemnización ordenada por la Corte en el presente fallo.

4. También se ha reconocido en las actuaciones y en el presente fallo sobre la indemnización cuándo se ha tenido en cuenta la jurisprudencia pertinente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Magistrado Cançado Trindade añade que “el hecho de que el mecanismo de solución de controversias de la Corte Internacional de Justicia, como se establece en su *interna corporis*, se aplica entre Estados, no quiere decir que las conclusiones de la Corte y el razonamiento correspondiente se debe limitar invariablemente a un criterio estrictamente interestatal” (párr. 9). Luego hace referencia a una serie de causas, resueltas por la Corte Internacional de Justicia en los últimos decenios (en adición al ejercicio de su función consultiva), directamente referidas a la *condición de particulares*, a cuya luz, afirma “la insuficiencia, sino la arti-

ficialidad, del criterio exclusivamente interestatal de los procedimientos ante la Corte se ha vuelto manifiesto” (párr. 11).

5. El Magistrado Cançado Trindade añade que “a pesar de las limitaciones de la concepción interestatal de su mecanismo de funcionamiento, la Corte por lo menos puede revelar su disposición a razonar a la luz del desarrollo progresivo del derecho internacional, en consecuencia contribuyendo a él, más allá del obsoleto criterio interestatal” (párr. 11). Para su satisfacción, así se pronunció la Corte en el fallo sobre el fondo (2011) y ahora sobre la indemnización, en la presente causa A. S. Diallo. Y añade que, “después de todo, las infracciones del derecho internacional no solo se cometen en detrimento de los Estados, sino también de los seres humanos, sujetos de derechos (y titulares de obligaciones), y dimanar directamente del derecho internacional mismo. Los Estados perdieron hace mucho tiempo el monopolio de la personalidad jurídica internacional (párr. 12). Y sobre este tema en particular el Magistrado Cançado Trindade concluye que:

“Los particulares, al igual que los Estados y las organizaciones internacionales, son sujetos de derecho internacional. La violación de sus derechos entraña la obligación de indemnizarlos. Este es precisamente el caso del señor A. S. Diallo; la presente causa es un testimonio elocuente de ello, y de los límites impuestos por el derecho internacional contemporáneo al voluntarismo de los Estados. Los Estados no pueden disponer de los seres humanos de la manera que quieran, sin que importen los derechos que se les reconocen en el *corpus juris* de las normas internacionales de derechos humanos; cuando violan los derechos allí consagrados, deben hacerse cargo de las consecuencias correspondientes, en particular de la obligación ineludible de indemnizar a las víctimas individuales” (párr. 13).

6. En la parte III de su opinión separada, el Magistrado Cançado Trindade examina las raíces históricas de la obligación de indemnizar (a la luz del principio básico *neminem laedere*), partiendo desde los orígenes del derecho de las naciones (los escritos de Francisco de Vitoria, Hugo Grotius, Samuel Pufendorf y Christian Wolf, además de los de Alberico Gentili, Francisco Suárez y Cornelius van Bynkershoek). Afirma que las enseñanzas (de los siglos XVI a XVII) de los “padres fundadores” del derecho de las naciones sobre esa cuestión nunca se desvanecieron. Las sucesivas violaciones graves de los derechos de la persona humana (algunas a escala masiva) despertaron en la conciencia humana la necesidad de volver a poner al ser humano en la posición central de la que había sido indebidamente desplazado por el pensamiento exclusivamente interestatal que prevaleció en el siglo XIX.

7. El Magistrado Cançado Trindade añade que “la reconstrucción, con un fundamento humano, a partir de mediados del siglo XX, tomó, como fundamento conceptual, los cánones del ser humano como titular de derechos (*titulaire de droits*), de la garantía colectiva de la realización de estos últimos, y del carácter objetivo de las obligaciones de protección, y de la realización de valores comunes superior-

res. Se volvió a percibir a la persona como sujeto del derecho a indemnización por los daños sufridos” (párr. 21). A continuación (parte IV) examina los distintos marcos teóricos de la doctrina jurídica sobre el fundamento de la obligación de indemnizar los ilícitos internacionales, desde fines del siglo XIX en adelante (por ejemplo, los escritos de Dionisio Anzilotti, Hans Kelsen, Paul Fauchille, Hildebrando Accioly, F. V. García-Amador).

8. Recuerda además la contribución de la Corte Permanente de Justicia Internacional, especialmente su fallo de 1927 en la causa *Fábrica de Chorzów*, en que se reconoció que la obligación de indemnizar corresponde a un *principio de derecho internacional*, y que conforma un “complemento indispensable” del acto ilícito, a fin de borrar *todas las consecuencias* de este último (es decir, que se debe otorgar una reparación integral). En opinión del Magistrado Cançado Trindade, “la obligación de indemnizar en el ámbito de la responsabilidad internacional está vinculada a la subjetividad del derecho internacional, que dimana de la condición de ser sujeto de derechos y titular de obligaciones en el derecho de las naciones (*droit des gens*)” (párr. 32). Añade que el advenimiento de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho penal internacional contemporáneo ha tenido consecuencias en la aclaración de toda la cuestión, “dejando ninguna duda de que los particulares, ya no solo los Estados, también son sujetos de derechos y titulares de obligaciones dimanadas directamente del derecho internacional (el *droit des gens*)” (párr. 32).

9. En la parte V de su opinión separada, el Magistrado Cançado Trindade señala a la atención lo que denomina la *totalidad indisoluble* conformada por la infracción del derecho internacional y el cumplimiento de la obligación de indemnizar por daños y perjuicios. En tal sentido, recuerda su propia opinión disidente en el fallo de la Corte de 3 de febrero de 2012, en la reciente causa relativa a *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania contra Italia: intervención de Grecia)*, para mantener una vez más la opinión de que el cumplimiento de la obligación del Estado de indemnizar dimana ineludiblemente de la ocurrencia de infracciones del derecho internacional, como su “complemento indispensable”; que esa obligación se rige por el derecho internacional en todos sus aspectos (por ejemplo, alcance, forma, beneficiarios), y que no se puede modificar ni suspender invocando las presuntas dificultades del derecho interno.

10. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, el incumplimiento del derecho internacional y el correspondiente cumplimiento de la obligación de reparar por daños y perjuicios son dos caras de una misma moneda: forman una *totalidad indisoluble*, que de manera alguna se puede alterar mediante la invocación indebida de la soberanía o la inmunidad del Estado. Se trata de una opinión que sostuvo enérgicamente en su opinión disidente en la reciente causa relativa a *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* (fallo de 3 de febrero de 2012), y que reitera en el presente fallo en la causa

A. S. Diallo. En su opinión, el régimen de indemnización por infracción de los derechos humanos no se agota a nivel interestatal; después de todo, las víctimas de esas infracciones “son los *titulares* del derecho a una indemnización”.

11. Al sostener su “criterio humanizado”, el Magistrado Cançado Trindade señala que la *reparatio* (del latín *reparare*, “preparar de nuevo, reparar”) integral en realidad no borra las violaciones de derechos humanos cometidas, sino que más bien hace cesar todos sus efectos, por lo menos evitando la agravación del daño ya cometido, además de restaurar la integridad del ordenamiento jurídico y la de las víctimas. Advierte además que la obligación de indemnizar es fundamental (y no secundaria), y que ello se ve más claramente cuando se la considera desde la perspectiva del carácter central de las víctimas, que es la que él adopta. “La totalidad indisoluble conformada por la violación y la indemnización no puede ser alterada por medio de la invocación indebida de la responsabilidad del Estado, de su soberanía o sus inmunidades, con miras a eludir la consecuencia indispensable del incumplimiento internacional que se ha cometido: la indemnización debida a las víctimas” (párr. 40).

12. En la parte VI de su opinión separada, el Magistrado Cançado Trindade fija su atención en el carácter central de las víctimas en el ámbito actual de la protección y sus consecuencias en la indemnización. El derecho en cuestión, inherente a la persona humana y anterior y superior al Estado, no se reduce a aquellos que el Estado esté dispuesto a “otorgar” o “conceder” a personas bajo su jurisdicción, a su sola discreción. El *carácter central* de su posición en el ámbito actual de la protección está bien establecido, ya que responde a una *necesidad* genuina de la propia comunidad internacional, según percibió y promovió hace algunos decenios, en la primera mitad del siglo XX, en su condición de pioneros, una generación de juristas (André N. Mandelstam, Georges Scelle, Charles de Visscher).

13. Continúa diciendo que en nuestra época el ordenamiento jurídico internacional reconoce cada vez más la importancia de indemnizar a las víctimas de violaciones de derechos humanos, lo que es un signo de su madurez, si bien todavía queda mucho por hacer. De esta manera, el proceso histórico de *humanización* del derecho internacional, detectado y propugnado intuitivamente hace un par de decenios por otra generación de juristas de formación humanista (M. Bourquin, A. Favre, S. Sucharitkul, S. Glaser), seguirá progresando, con particular atención en aquellas personas (individualmente o en grupo) que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad.

14. Las consecuencias de la subjetividad internacional respecto de los particulares y de las indemnizaciones que se les deben constituyeron un desafío a los postulados de la doctrina tradicional de la responsabilidad de los Estados y, en particular, al poco satisfactorio y artificial criterio interestatal. Como lo demuestra claramente la presente causa *A. S. Diallo*, los daños se cometieron contra un particular, no un

Estado, y es ese el daño que se toma como “la medida” para determinar la indemnización debida al particular. En efecto, añade, la propia Comisión de Derecho Internacional, en su informe de 2001 sobre la responsabilidad internacional de los Estados, admitió la posibilidad de que ello ocurriera, y que el beneficiario de la indemnización fuera un particular y no el Estado. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, la causa que se examina, al aclarar esta cuestión respecto de la indemnización, es testigo de este alentador proceso histórico, actualmente en curso, de humanización del derecho internacional, como ha venido señalando y apoyando desde el decenio de 1990.

15. En circunstancias como las de la presente causa *A. S. Diallo*, el criterio estrictamente interestatal aplicado el cumplimiento del Estado de la obligación de indemnizar parece anacrónico e insostenible. De hecho, ha sido en la esfera de la protección internacional de los derechos humanos, añade el Magistrado Cançado Trindade, que se ha reconocido que la indemnización incluye, a la luz del principio general de *nemimen laedere*, la *restitutio in integrum* (es decir, en la medida de lo posible, restablecer la situación anterior de la víctima), además de la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repetición de los actos u omisiones violatorios de derechos humanos.

16. Continúa diciendo que la doctrina contemporánea ha identificado las distintas formas de indemnización mencionadas precedentemente *desde la perspectiva de las víctimas*, sus reclamos, necesidades y aspiraciones. Ello va más allá de las soluciones del derecho privado y el contenido esencialmente patrimonial (dimanadas de las analogías con el derecho civil) de la doctrina tradicional. El Magistrado Cançado Trindade sostiene además que las indemnizaciones se deben reevaluar constantemente desde la perspectiva del carácter integral de la personalidad de las víctimas mismas, teniendo presente el cumplimiento de sus aspiraciones como seres humanos y el restablecimiento de su dignidad.

17. Los Principios y directrices básicos de las Naciones Unidas sobre el derecho a interponer recursos y obtener reparaciones, de 2005, fueron precedidos de una construcción jurisprudencial única e innovadora de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre ese tema (en particular las distintas formas de indemnización), que tuvo lugar en gran medida entre 1998 y 2004, y que en los últimos años ha atraído cada vez mayor atención de la doctrina. En su conceptualización, la construcción jurisprudencial de la Corte Interamericana a los fines de la indemnización fue más allá de los principios y directrices básicos de 2005, ya que alienta la ampliación de la noción de víctima, al abarcar a los familiares directos, considerados también “víctimas directas” por derecho propio (habida cuenta de su intenso sufrimiento), sin establecer condiciones (como las que puede imponer el derecho interno) en casos individuales y colectivos.

18. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade examina en detalle (parte VII) la contribución pionera de la

jurisprudencia sobre indemnización de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Considera alentador que la Corte Internacional de Justicia haya tenido en cuenta esa contribución en la causa que se examina *A. S. Diallo* (indemnización), “habida cuenta de la misión común de los tribunales internacionales contemporáneos de asegurar la realización de la justicia” (párr. 62). Además, desde la perspectiva de la historia jurídica, destaca la importancia del principio fundamental *nemimen laedere* para la indemnización del daño moral causado a los particulares (parte VIII). Señala que “la consideración del daño moral inevitablemente señala a la atención el sufrimiento humano, más propio de los seres humanos que de los Estados. En realidad, los Estados no sufren; en ocasiones, tienden a infligir sufrimiento a los seres humanos bajo su jurisdicción respectiva o en otras partes. La importancia del daño moral se convierte en manifiesta habida cuenta de la necesidad de proteger a los particulares” (párr. 77).

19. Observa además que las analogías con las soluciones típicas del *common law* o del derecho continental (*droit civil*) nunca le han parecido convincentes ni satisfactorias porque, a los fines de la indemnización, se centran en la relación de los seres humanos con los bienes materiales; insiste en la necesidad de ir más allá de un criterio patrimonial o financiero, de miras cortas, y considerar también las aspiraciones, la libertad y la integridad de la persona humana. También destaca la importancia de la indemnización por daño moral y la particular importancia de la rehabilitación de las víctimas (parte IX), que debe considerarse desde la integralidad de la personalidad de las víctimas, en el marco de la justicia restaurativa. La *realización de la justicia* (un imperativo de *jus cogens*) es en sí misma una forma de indemnización (satisfacción) de las víctimas. Añade también que la *reparatio* no pone fin al sufrimiento dimanado de la violación de los derechos humanos pero, al poner fin a los efectos de esos incumplimientos, por lo menos alivia el sufrimiento de las víctimas individuales (*titulares* del derecho a la indemnización) al eliminar la indiferencia y el olvido del medio social y la impunidad de los autores.

20. En sus reflexiones finales (parte X), el Magistrado Cançado Trindade recuerda las obligaciones del Estado frente a la persona humana, individualmente o en grupos (como en el “*solidarisme de la liberté*” de Léon Duguit, opuesto a los abusos cometidos con la excusa de la soberanía absoluta del Estado), así como la contribución filosófica del personalismo jurídico, cuyo objetivo es hacer justicia a la individualidad de la persona humana, a su vida interior y a la necesidad de trascendencia sobre la base de su propia experiencia vital (como en los escritos de Emmanuel Mounier y Gabriel Marcel).

21. Añade que esas tendencias del pensamiento humanista, casi olvidadas en nuestros días agitados, en su opinión todavía pueden dar mucha luz en pro del desarrollo de la indemnización por daño moral causado a la persona humana. Otra lección que extrae de la causa que se examina *A. S. Dia-*

llo (*Guinea contra DRC*), sin precedentes en la historia de esta Corte, es que la determinación de la indemnización debida por violación de los derechos humanos no es únicamente una cuestión de técnica jurídica, como queda plenamente demostrado por la incidencia de *consideraciones de equidad*.

22. En síntesis, concluye el Magistrado Cançado Trindade, la reafirmación de la presencia, con carácter central, de la persona en el marco del derecho de las naciones ha sido una gran contribución al desarrollo progresivo más reciente del derecho internacional respecto de la indemnización por daños dimanados de la violación de los derechos humanos. En la causa en examen, en que los daños se causaron a un particular, la Corte, en el párrafo dispositivo del presente fallo, establece el monto de indemnización por los daños inmateriales y materiales “sufridos por el Sr. Diallo” (apartados 1 y 2). El sujeto último (titular) del derecho de indemnización y su beneficiario es el Sr. *A. S. Diallo*, la persona que sufrió los daños. La indemnización fue determinada por la Corte en su beneficio. En la percepción del Magistrado Cançado Trindade, este es el significado correcto de los apartados 1 y 2 del párrafo dispositivo del presente fallo, en combinación con el párrafo 57 de los considerandos de la Corte.

Declaración del Magistrado Yusuf

1. Añadiendo una declaración al fallo, el Magistrado Yusuf expresa su desacuerdo con el apartado 3 del párrafo dispositivo, en que la Corte rechaza la reclamación de Guinea por el daño material “presuntamente sufrido por el Sr. Diallo como resultado de una pérdida de su remuneración profesional durante sus detenciones ilícitas y después de su expulsión ilícita”. En primer lugar, observa que la Corte reformula como “pérdida de remuneración profesional” el daño material que en la memoria de Guinea se caracterizó como “pérdida de ganancias”. En su opinión, no hay ninguna razón jurídica ni lógica para esta reformulación restrictiva del reclamo de Guinea por que se indemnice un daño material. Manifiesta que, en su condición de comerciante, el Sr. Diallo no solo era remunerado por sus responsabilidades gerenciales, sino que también tenía la responsabilidad general, por ser el único socio, de las actividades de generación de ingresos de las empresas. La detención de un comerciante durante un período tan largo no solo perturbó sus actividades comerciales y empresariales, sino que también tuvo un efecto directo en las ganancias personales del Sr. Diallo en su condición de comerciante y único socio de las dos empresas. En consecuencia, en opinión del Magistrado Yusuf, la reformulación hecha por la Corte no constituye una cualificación adecuada del daño material real sufrido en la presente causa, ni tampoco se corresponde al contexto en el cual se causó el daño ni en las circunstancias particulares de la víctima de violaciones de derechos humanos reconocidos por la Corte.

2. En segundo lugar, el Magistrado Yusuf aborda las conclusiones a que llegó la Corte sobre la falta de pruebas acerca del monto de las ganancias mensuales del Sr. Diallo

antes de su detención. Si bien reconoce que la República de Guinea no ha producido pruebas satisfactorias acerca de la suma reclamada, argumenta que esa falta de pruebas no puede negar la existencia de un vínculo causal entre las detenciones ilícitas y el daño material sufrido. La existencia de este daño y su vínculo causal con el acto ilícito se puede determinar a resultas de la medida en que impidió a esa persona dedicarse a sus actividades habituales de generación de ingresos. Al centrarse únicamente en la falta de pruebas fiables sobre las ganancias mensuales del Sr. Diallo, la Corte perdió de vista el daño real causado por la detención ilícita del Sr. Diallo, es decir, la perturbación de sus actividades de generación ingresos y el hecho de que la detención le impidió dedicarse a esas actividades.

3. Además, señala que la falta de pruebas e información fiables sobre las ganancias de víctimas de actos ilícitos cometidos por Estados no ha impedido a las cortes, tribunales y comisiones internacionales otorgar una indemnización con fundamento en consideraciones de equidad. Esos tribunales y cortes han adoptado un criterio flexible, basado en la equidad, para evaluar lo que se dejó de ganar en los casos en que las pruebas eran insuficientes o no se habían establecido a satisfacción del tribunal. Observa que la Corte no tuvo en cuenta esa práctica, a pesar de afirmar en el párrafo 13 de su fallo que así lo hacía.

4. Por último, lamenta que la Corte aparentemente no tuvo en cuenta en el presente fallo, al igual que en el anterior sobre el fondo, que el Sr. Diallo era la figura central y el único *associé gérant* de las dos empresas, que en realidad eran empresas unipersonales, aunque estaban registradas como sociedades de responsabilidad limitada. Haciendo alusión a su opinión disidente conjunta con el Magistrado Al-Khasawneh, el Magistrado Yusuf observa que las detenciones ilícitas del Sr. Diallo socavaron su capacidad de gestionar las actividades de sus empresas, recuperar las deudas debidas a las empresas por el Gobierno del Zaire (RDC) y, en consecuencia, generar ingresos que permitieran compensar sus actividades. Esta prevención tuvo consecuencias directas en su capacidad de seguir percibiendo ingresos de sus empresas, que sufrieron nuevas perturbaciones e interrupciones en sus actividades. Ese es el vínculo causal entre las detenciones ilícitas y el daño material sufrido por el Sr. Diallo en ese período en la forma de pérdida de ganancias que debió haber aplicado la Corte para determinar la indemnización con fundamento en la equidad.

Declaración del Magistrado Greenwood

El Magistrado Greenwood considera que la suma comparativamente reducida otorgada a Guinea, en relación con los montos reclamados, está justificada por la falta de pruebas para sostener los reclamos de daños materiales, y el hecho de que la Corte, en sus fallos de 2007 y 2010, había excluido del alcance de la causa el daño sufrido por las empresas (*Africom-Zaire* y *Africontainers-Zaire*). Respecto de la indemni-

zación por daño moral, los principios de equidad debieron haber sido aplicados de manera uniforme y coherente, para lo cual la suma otorgada debe ser justa, no solo en referencia a los hechos de cada caso particular, sino por comparación con otras causas. Por esa razón, en la presente causa el Magistrado Greenwood habría otorgado una suma más reducida por concepto de daño moral.

Opinión separada del Magistrado *ad hoc* Mahiou

Son pocas las veces que la Corte ha tenido oportunidad de fallar respecto de la cuestión de la indemnización y, en particular, determinar su monto. En la celebrada causa relativa a la *Fábrica de Chorzów*, estableció los principios que deben regir la indemnización de un daño resultante de un acto ilícito del Estado, y también falló respecto del monto de la indemnización en la causa del *Canal de Corfú*. Las normas que rigen la indemnización están en la actualidad firmemente establecidas en el derecho internacional, a resultas de las decisiones de varias cortes y tribunales internacionales y la labor de la Comisión de Derecho Internacional.

Aplicando esas normas a la presente causa, conviene con el razonamiento de la Corte y su solución respecto de las cuatro categorías de indemnización planteadas por Guinea, relacionados respectivamente con daño inmaterial o moral, pérdida de bienes personales, pérdida de activos de las empresas y fijación de un plazo para el pago de la indemnización, junto con el tipo de interés que se debe aplicar a partir de una fecha determinada. Por otra parte, no puede convenir con el razonamiento general de la Corte, ni *a fortiori* con su solución de rechazo total de las reclamaciones de Guinea relativas a la remuneración profesional debida al Sr. Diallo y, en menor medida, las costas procesales.

Opinión separada del Magistrado *ad hoc* Mampuya

El Magistrado *ad hoc* Mampuya concurre en gran medida con las conclusiones principales adoptadas por la Corte en su fallo, pero no puede convenir con la mayoría respecto de dos cuestiones.

1. *Monto excesivo de la indemnización por daño inmaterial o moral*

El primer desacuerdo se refiere a una simple cuestión de hecho, relativa no al principio de la indemnización, que acepta plenamente, sino al monto de la indemnización que se debió haber otorgado a Guinea por el daño inmaterial o moral sufrido por el Sr. Diallo. En su razonamiento, el Magistrado *ad hoc* Mampuya elabora una línea de argumentación que, al tiempo que aborda la cuestión de hecho, se basa en principios jurídicos dimanados tanto de la jurisprudencia como de la doctrina. En consecuencia, afirmando que la suma de 85.000 dólares de los Estados Unidos otorgada por la Corte es demasiado elevada, señala en apoyo de sus argumentos la práctica de otras cortes y tribunales. Esa referencia se puede explicar por el hecho de que, con la úni-

ca excepción de la causa relativa al *Canal de Corfú* (*Reino Unido contra Albania*), *Determinación de la cuantía de la indemnización*, Fallo, I. C. J. Reports 1949, págs. 244 y ss.), la Corte tiene muy poca experiencia en la determinación de indemnizaciones; por el contrario, otros tribunales y cortes internacionales, en particular los tribunales regionales de derechos humanos (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos), así como tribunales conjuntos (como el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos y la Comisión General de Reclamaciones entre México y los Estados Unidos) y organismos internacionales de arbitraje, tienen una amplia y rica experiencia en esa esfera, experiencia que la Corte ha estado siempre dispuesta a aprovechar. Entre los principios que surgen de esa jurisprudencia está el principio innegable de que, si bien el principal objetivo de la indemnización es remediar de la mejor manera posible todas las formas de pérdida sufridas a resultas de un acto ilícito internacional, de ninguna manera tiene como meta sancionar al Estado responsable y no debe tener un carácter ni expresivo ni ejemplar. Ese criterio fue aprobado por la Comisión Derecho Internacional en su primeros informes sobre responsabilidad del Estado, citando los principios doctrinarios establecidos, entre otros, por Jiménez de Aréchaga: “Los daños punitivos o ejemplares... son incompatibles con la idea básica subyacente a la obligación de indemnizar” (E. Jiménez de Aréchaga, “International Responsibility”, en *Manual of Public International Law*, Londres, Macmillan, 1968, citado en el documento de las Naciones Unidas A/CN.4/4/425 y Corr.1 y Add.1 y Corr.1; Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial, 1989, párr. 24). Se incorporó en el proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional, primero en el comentario del artículo 36, relativo a la indemnización, y luego en el artículo 37, párrafo 3, respecto de la satisfacción. Y ese principio, que se puede definir como el principio de la proporcionalidad entre la reparación y el daño, está bien establecido: la cuantía del daño debe ser la medida del nivel o monto de la indemnización, asegurando así que esta última represente simplemente una justa compensación por el daño sufrido; incluso aparece en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a pesar de que es sumamente favorable a los reclamos de indemnización de víctimas de violaciones de derechos humanos. No obstante su función necesariamente disuasiva, la indemnización se debe corresponder con el principio de la reparación plena y, en consecuencia, no debe representar nada más que el monto de una reparación que refleje no solo de la manera más cabal posible, sino también de la manera más precisa, la escala del daño sufrido.

Además, el Magistrado *ad hoc* Mampuya reconoce que el monto de la indemnización otorgada también puede depender de si existen o no circunstancias particulares que acompañen al acto internacionalmente ilícito del Estado: por ejemplo, las condiciones de detención o expulsión, el

confinamiento solitario, la tortura, la duración de la detención ilícita o arbitraria, los malos tratos, etc., quizás puedan explicar un nivel mayor o menor de la indemnización. Sin embargo, en la presente causa, la Corte reconoció que el Sr. Diallo no sufrió durante sus detenciones un trato inhumano ni degradante, al tiempo que recuerda las circunstancias concretas, que no describe expresamente como agravantes, de la detención y expulsión de este último, según se establece en el fallo sobre el fondo (fallo de 30 de noviembre de 2010, párrs. 74 a 84 y 89).

Esa es razón por la que en general la indemnización que se otorga por daños inmateriales es relativamente modesta, teniendo en cuenta la naturaleza del daño sufrido, especialmente si el daño no ha tenido efectos somáticos significativos comprobados (con frecuencia la suma otorgada oscila entre 8.000 y 50.000 euros; por otra parte, en ocasiones se han otorgado sumas menores respecto de situaciones más graves). En consecuencia, el Magistrado *ad hoc* Mampuya considera que “teniendo en cuenta las circunstancias de la causa”, la suma de 85.000 dólares de los Estados Unidos es extremadamente excesiva, y no le parece que sea “adecuada”.

2. *La indemnización por el daño material resultante de la pérdida de bienes personales carece de fundamento jurídico*

El segundo punto en que el Magistrado *ad hoc* Mampuya está en desacuerdo se refiere a una cuestión de derecho relativa a la falta de pruebas y al fundamento jurídico de la indemnización otorgada por el daño material causado por la pérdida de los bienes personales del Sr. Diallo. Está en desacuerdo porque, aunque la suma otorgada de 10.000 dólares sea modesta, está en juego un importante principio jurídico: la prueba relativa a la indemnización. También aquí, respecto de la cuestión fundamental de la prueba, la fuente de referencia de la Corte, al igual que en el punto anterior, es el fallo en la causa del *Canal de Corfú* (el único fallo que ha dictado sobre la cuestión de determinar una indemnización) y la jurisprudencia seguida desde entonces por otros tribunales internacionales.

En su opinión, el Magistrado *ad hoc* Mampuya establece en primer lugar las normas que actualmente siguen la jurisprudencia y la doctrina, y que la Corte no tuvo en cuenta cuando determinó la indemnización debida por concepto de daño material presuntamente sufrido por el Sr. Diallo. Habiendo establecido esas normas, el Magistrado procede a examinar la presente causa, y concluye en particular que la Corte no se adhirió escrupulosamente a los requisitos tradicionales que rigen las pruebas. La cuestión jurídica pertinente es la de la carga de la prueba: prueba de la existencia del daño, que es la base y medida efectiva de la indemnización, y prueba del vínculo causal entre el daño y la conducta ilícita del Estado responsable.

Respecto de la existencia del daño, está realmente bien establecido que como norma general, corresponde a la parte que alega un hecho en apoyo de su reclamación demostrar la existencia de ese hecho, como recordó la Corte en su fallo sobre el fondo de la presente causa (fallo sobre el fondo de 30 de noviembre de 2010, párrafo 54). Esa es la razón por la cual jueces y árbitros siempre han exigido un estándar de prueba más alto para sustanciar las reclamaciones de daño material, exigiendo al demandante que respalde su alegación con “pruebas suficientes” o “pruebas a satisfacción del tribunal”. El Magistrado *ad hoc* Mampuya fundamenta su opinión en la jurisprudencia bien establecida del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos y otros laudos arbitrales. Respecto del daño material, aunque los tribunales en ocasiones han fundamentado la indemnización en consideraciones de equidad, no lo hicieron porque hubiera dudas sobre la existencia de daño mismo, sino simplemente a los fines de estimar el valor requerido como fundamento para el cálculo de la indemnización.

La indemnización también depende de las pruebas sobre el vínculo causal entre el daño y la conducta ilícita del Estado responsable: el presunto daño debe tener un vínculo causal directo con la conducta indebida alegada; los tribunales siempre han exigido ese requisito.

En la presente causa, se plantean problemas con algunos bienes que el Sr. Diallo afirma que se perdieron, pero cuya existencia misma no está sustanciada por el inventario preparado en su departamento por la embajada de Guinea. De hecho, la Corte aparentemente adopta la opinión de que no hay un vínculo causal claramente establecido que respalde la conclusión de que la presunta pérdida de esos bienes “fue causada por la conducta ilícita de la RDC” (párr. 32), ya que “Guinea no ha demostrado la cuantía de la pérdida de los bienes personales del Sr. Diallo que figuran en el inventario y la medida en que esa pérdida fue causada por la conducta ilícita de la RDC” (párr. 31); en consecuencia, debió haber rechazado esa reclamación.

Sin embargo, y paradójicamente, después de haber concluido que no existe una prueba “definitiva”, la Corte decidió otorgar una indemnización que ya no está justificada por la pérdida de los bienes en cuestión, ni por la responsabilidad del Gobierno de la RDC. Por ende, la indemnización otorgada carece de todo fundamento jurídico.

En consecuencia, el Magistrado *ad hoc* Mampuya concluye su opinión declarando que su desacuerdo con la mayoría está plenamente justificado, porque esta última no evaluó la situación correctamente al sostener que correspondía otorgar una indemnización por la pérdida de bienes físicos cuya existencia y valor no se han demostrado, y ni siquiera su pérdida, ni la responsabilidad de la RDC por esa pérdida.

194. CUESTIONES REFERENTES A LA OBLIGACIÓN DE JUZGAR O EXTRADITAR (BÉLGICA CONTRA SENEGAL)

Fallo de 20 de julio de 2012

El 20 de julio de 2012, la Corte Internacional de Justicia pronunció su fallo en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica contra Senegal)*.

La Corte estuvo integrada de la manera siguiente: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado, Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde; Magistrados *ad hoc* Sur, Kirsch; Secretario Couvreur.

*
* *
*

El párrafo dispositivo [párr. 122] del fallo dice lo siguiente:

“... ”

LA CORTE:

1) Por unanimidad,

Considera que es competente para conocer de la controversia entre las partes relativa a la interpretación y aplicación del artículo 6, párrafo 2, y el artículo 7, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, que el Reino de Bélgica sometió a la Corte en la demanda presentada en la Secretaría el 19 de febrero de 2009;

2) Por 14 votos a favor y dos en contra,

Considera que no tiene competencia para conocer de las pretensiones del Reino de Bélgica en relación con los presuntos incumplimientos por parte de la República del Senegal de las obligaciones dimanantes del derecho internacional consuetudinario;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde; Magistrado *ad hoc* Kirsch;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Abraham; Magistrado *ad hoc* Sur;

3) Por 14 votos a favor y dos en contra,

Considera que son admisibles las pretensiones del Reino de Bélgica fundadas en el artículo 6, párrafo 2, y el artículo 7, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yu-

suf, Greenwood, Donoghue, Gaja, Sebutinde; Magistrado *ad hoc* Kirsch;

VOTOS EN CONTRA: Magistrada Xue; Magistrado *ad hoc* Sur;

4) Por 14 votos a favor y dos en contra,

Considera que la República del Senegal, al no proceder inmediatamente a una investigación preliminar de las circunstancias relacionadas con los crímenes presuntamente cometidos por el Sr. Hissène Habré, ha incumplido su obligación en virtud del artículo 6, párrafo 2, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Greenwood, Donoghue, Gaja, Sebutinde; Magistrados *ad hoc* Sur, Kirsch;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Yusuf, Xue;

5) Por 14 votos a favor y dos en contra,

Considera que la República del Senegal, al no remitir el caso del Sr. Hissène Habré a sus autoridades competentes a los efectos de su enjuiciamiento, ha incumplido su obligación en virtud del artículo 7, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood, Donoghue, Gaja, Sebutinde; Magistrado *ad hoc* Kirsch;

VOTOS EN CONTRA: Magistrada Xue; Magistrado *ad hoc* Sur;

6) Por unanimidad,

Considera que la República del Senegal debe, sin más demora, remitir el caso del Sr. Hissène Habré a sus autoridades competentes a los efectos de su enjuiciamiento, si se rehúsa a extraditarlo.”

*
* *

El Magistrado Owada adjuntó una declaración al fallo de la Corte; los Magistrados Abraham, Skotnikov, Cañado Trindade y Yusuf adjuntaron opiniones separadas al fallo de la Corte; la Magistrada Xue adjuntó una opinión disidente al

fallo de la Corte; la Magistrada Donoghue adjuntó una declaración al fallo de la Corte; la Magistrada Sebutinde adjuntó una opinión separada al fallo de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Sur adjuntó una opinión disidente al fallo de la Corte.

*
* *

La Corte comienza señalando la historia del proceso (párrs. 1 a 14). Recuerda que, el 19 de febrero de 2009, Bélgica interpuso en la Secretaría de la Corte una demanda contra el Senegal respecto de una controversia relativa al “cumplimiento por el Senegal de su obligación de enjuiciar” al expresidente del Chad, Sr. H[issène] Habré [, expresidente de la República del Chad por actos que incluyen crímenes de tortura y crímenes de lesa humanidad, presuntamente cometidos por él como autor, coautor o cómplice] o extraditarlo a Bélgica para someterlo a un proceso penal”. En la demanda, Bélgica fundamentó su reclamación en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otras Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984 (en adelante, la “Convención contra la Tortura” o la “Convención”), así como en el derecho internacional consuetudinario. La Corte observa que en dicha demanda Bélgica invocó, como fundamento de la competencia de la Corte, el artículo 30, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura y las declaraciones hechas en virtud del Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte, por Bélgica el 17 de junio de 1958 y por el Senegal el de 2 diciembre de 1985.

El 19 de febrero de 2009, a fin de proteger sus derechos, Bélgica también solicitó la adopción de medidas provisionales; al respecto, la Corte dictó una providencia el 28 de mayo de 2009. En ella, la Corte determinó que las circunstancias, como se las expuso ante la Corte, no eran de la índole que requiriesen el ejercicio de su facultad de indicar medidas provisionales según se prevé en el artículo 41 del Estatuto.

I. *Antecedentes históricos y fácticos* (párrs. 15 a 41)

La Corte recuerda que, después de haber asumido el poder el 7 de junio de 1982 como jefe de una rebelión, el Sr. Hissène Habré fue Presidente de la República del Chad durante ocho años, y que en ese período presuntamente se cometieron violaciones de los derechos humanos en gran escala, incluidos el arresto de opositores políticos presuntos o reales, detenciones sin juicio o en condiciones inhumanas, malos tratos, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. Destituido el 1 de diciembre de 1990, el Sr. Habré solicitó asilo político al Gobierno del Senegal, que le fue concedido; desde entonces ha vivido en Dakar.

A partir del 25 de enero de 2000, nacionales del Chad, nacionales de Bélgica de origen chadiano y personas con doble nacionalidad belga y chadiana, junto con una asociación de víctimas, instauraron ante los tribunales del Senegal y de Bélgica varios procesos judiciales relacionados con delitos presuntamente cometidos durante la presidencia del Sr. Ha-

bré. La cuestión de la instauración de procesos contra el Sr. Habré también fue remitida por nacionales del Chad al Comité contra la Tortura, de las Naciones Unidas, y a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

El 19 de septiembre de 2005, un juez de instrucción belga expidió en ausencia un mandamiento internacional para la detención del Sr. Habré, acusado como autor o coautor, entre otras cosas, de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tortura, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, y con ese fundamento Bélgica solicitó al Senegal la extradición del Sr. Habré y la Interpol distribuyó una “notificación roja” a título de solicitud de detención provisional con miras a la extradición.

En un fallo de 25 de noviembre de 2005, la Sala de Acusación del Tribunal de Apelaciones de Dakar pronunció su fallo respecto de la solicitud de extradición de Bélgica y sostuvo que, “en su condición de tribunal de derecho ordinario, no puede extender su competencia a cuestiones relativas a la investigación o el enjuiciamiento de un Jefe de Estado por actos presuntamente cometidos en ejercicio de sus funciones”; y que se debía otorgar al Sr. Habré “inmunidad de jurisdicción”, que “debe continuar aun después de haber cesado en sus funciones como Presidente de la República”; y que, en consecuencia, no podía “pronunciarse sobre la licitud del procedimiento y la validez de la orden de detención contra un Jefe de Estado”.

El día siguiente al pronunciamiento del fallo, el Senegal remitió a la Unión Africana la cuestión de la institución de procedimientos contra Sr. Habré. En julio de 2006, la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión decidió, entre otras cosas, “que el caso de Hissène Habré era de competencia de la Unión Africana... y ordenó a la República del Senegal enjuiciar y asegurar que Hissène Habré sea procesado, en nombre de África, por un tribunal competente del Senegal con las debidas garantías procesales” y “encomendó al Presidente de la Unión [Africana] que, en consulta con el Presidente de la Comisión [de la Unión], prestara al Senegal la asistencia necesaria para la eficaz celebración del juicio”.

Mediante nota verbal de 11 de enero de 2006, Bélgica, haciendo referencia al procedimiento de negociaciones en curso establecido en el artículo 30 de la Convención contra la Tortura, y tomando nota de la remisión a la Unión Africana de la “causa Hissène Habré”, manifestó que interpretaba que dicha Convención, y más específicamente la obligación *aut dedere aut judicare* (es decir, “juzgar o extraditar”) establecida en el artículo 7 de la Convención, “únicamente impone obligaciones a un Estado, en este caso, en el contexto de la solicitud de extradición del Sr. Hissène Habré, a la República del Senegal”. Bélgica solicitó además al Senegal que “le notificara su decisión final de conceder o denegar la... solicitud de extradición” relativa al Sr. Habré. Según Bélgica, el Senegal no respondió a esa nota. Mediante nota verbal de 9 de marzo de 2006, Bélgica una vez más se remitió al procedimiento de negociación en curso establecido en el artículo 30 y explicó

que interpretaba que el artículo 4, el artículo 5, párrafos 1 c) y 2, el artículo 7, párrafo 1, el artículo 8, párrafos 1, 2 y 4, y el artículo 9, párrafo 1, de la Convención “establecen la obligación, para el Estado en cuyo territorio se halle la persona que presuntamente ha cometido alguno de los delitos especificados en el artículo 4 la Convención, de extraditar a esa persona si no lo enjuicia por los delitos mencionados en dicho artículo”. En consecuencia, Bélgica solicitó al Senegal “que le informara si la decisión de remitir la causa de Hissène Habré a la Unión Africana debía interpretarse en el sentido de que las autoridades Senegal ya no preveían extraditarlo a Bélgica ni enjuiciarlo en sus propios tribunales”.

Mediante nota verbal de 4 de mayo de 2006, Bélgica, señalando la ausencia de una respuesta oficial de las autoridades del Senegal a sus notas y comunicaciones anteriores, una vez más aclaró que interpretaba que el artículo 7 de la Convención contra la Tortura obliga al Estado en cuyo territorio se halle el presunto autor a extraditarlo si no lo enjuicia, y manifestó que “la decisión de remitir la causa del Sr. Hissène Habré a la Unión Africana” no podía liberar al Senegal de su obligación de juzgar o extraditar a la persona acusada de esos delitos, en virtud de los artículos pertinentes de la Convención. Añadió que la controversia sin resolver respecto de esa interpretación dimanaría en el recurso al procedimiento de arbitraje establecido en el artículo 30 de la Convención. Mediante nota verbal de 9 de mayo de 2006, el Senegal explicó que sus notas verbales de 7 y 23 de diciembre de 2005 constituían una respuesta a la solicitud de extradición formulada por Bélgica. Señaló que, al remitir la causa a la Unión Africana, el Senegal, a fin de no crear un estancamiento jurídico, había actuado de conformidad con el espíritu del principio *aut dedere aut punire*. Por último, tomó nota de “la posibilidad de recurrir al procedimiento de arbitraje establecido en el artículo 30 de la Convención”. En una nota verbal de 20 de junio de 2006, que el Senegal alega no haber recibido, Bélgica “observa que el intento de negociación con el Senegal, que comenzó en noviembre de 2005, no ha tenido éxito” y, en consecuencia, solicitó al Senegal que sometiera la controversia a arbitraje “en condiciones que habrán de convenirse mutuamente”, de conformidad con el artículo 30 de la Convención. Además, según un informe de la Embajada de Bélgica en Dakar después de una reunión celebrada el 21 de julio de 2006 entre el Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores del Senegal y el Embajador de Bélgica, este último invitó expresamente al Senegal a que adoptara una posición clara respecto de la solicitud de someter la cuestión a arbitraje. Según ese mismo informe, las autoridades del Senegal tomaron nota de la solicitud de arbitraje formulada por Bélgica y el Embajador de Bélgica señaló a su atención el hecho de que, a partir de ese momento, comenzaba a correr el plazo de seis meses establecido en el artículo 30.

La Corte observa además que, en una decisión de 17 de mayo de 2006, el Comité contra la Tortura, de las Naciones

Unidas, había determinado que el Senegal no había adoptado las “medidas necesarias” con miras a establecer su competencia respecto de los delitos señalados en la Convención, en violación de su artículo 5, párrafo 2. El Comité también observó que el Senegal no había cumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 7, párrafo 1, de la Convención de someter la causa relativa al Sr. Habré a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento o, habida cuenta de que se había recibido una solicitud de extradición formulada por Bélgica, de hacer lugar a esa solicitud.

La Corte señala además que, en 2007, el Senegal promulgó varias reformas legislativas a fin de adecuar su legislación interna al artículo 5, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura. Los nuevos artículos 435-1 a 431-5 de su Código Penal tipifican y prohíben formalmente el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otras violaciones del derecho internacional humanitario. Además, con arreglo nuevo artículo 431-6 del Código Penal, toda persona puede ser “procesada o condenada por actos u omisiones... que, al momento de cometerse, fueran considerados delitos penales con arreglo a los principios generales del derecho reconocido por la comunidad de las naciones, sin que importe que constituyan o no una transgresión jurídica en vigor en ese momento y en ese lugar”. Además, se enmendó el artículo 669 del Código de Procedimiento Penal del Senegal y su texto es ahora el siguiente: “Todo extranjero que, fuera del territorio de la República, haya sido acusado como autor o cómplice de alguno de los delitos a que se hace referencia en los artículos 431-1 a 431-5 del Código Penal... puede ser enjuiciado con arreglo a las disposiciones del derecho de Senegal o las leyes aplicables en el Senegal, si se encuentra bajo la jurisdicción del Senegal o si una víctima reside en el territorio de República del Senegal, o si el Gobierno obtiene su extradición”. También se incorporó al Código de Procedimiento Penal un nuevo artículo 664 bis, según el cual “Los tribunales nacionales serán competentes para entender en todos los delitos penales sancionados con arreglo al derecho de Senegal que un nacional o un extranjero cometa fuera del territorio la República, si la víctima es de nacionalidad senegalesa al momento en que se cometa el acto”.

El Senegal informó a Bélgica de esa reforma legislativa mediante notas verbales de fecha 20 y 21 de febrero de 2007. En su nota verbal de 20 de febrero, el Senegal también recordó que la Asamblea de la Unión Africana, en su octavo período ordinario de sesiones, celebrado los días 29 y 30 de enero de 2007, había “hecho un llamamiento a los Estados miembros [de la Unión],... a asociados internacionales y a toda la comunidad internacional a fin de movilizar todos los recursos, especialmente financieros, necesarios para la preparación y celebración sin tropiezos del enjuiciamiento [del Sr. Habré]”. En su nota verbal de 21 de febrero, el Senegal señaló que “el principio de irretroactividad, aunque reconocido por el derecho del Senegal [,] no impide el procesamiento ni la condena de ninguna persona por actos u omisiones que,

al momento de su comisión, fueran considerados delitos con arreglo a los principios generales del derecho reconocidos por todos los Estados”. Después de indicar que había establecido “un grupo de trabajo encargado de preparar las propuestas necesarias para definir las condiciones y los procedimientos apropiados para el enjuiciamiento del expresidente del Chad, en nombre de África, con las debidas garantías procesales”, el Senegal señaló que para celebrar dicho juicio “se necesitaban fondos sustanciales que el Senegal no puede movilizar sin la asistencia de la comunidad internacional”.

Mediante nota verbal de 8 de mayo de 2007, Bélgica recordó que, en una nota verbal de 20 de julio de 2006, había informado al Senegal de “su deseo de constituir un tribunal arbitral para resolver las diferencias de opinión ya que no se había encontrado una solución por medio de la negociación, según se prevé en el artículo 30 de la Convención [contra la Tortura]”. Señaló que “no había recibido respuesta de la República del Senegal a su propuesta de arbitraje” e hizo reserva de sus derechos con fundamento en el artículo 30 mencionado precedentemente. Tomó nota de las nuevas disposiciones legislativas promulgadas en el Senegal y preguntó si esas disposiciones permitirían que el Sr. Habré fuera enjuiciado en Senegal y, en caso afirmativo, en qué plazos. Por último, Bélgica hizo al Senegal una oferta de cooperación judicial en que se preveía que, en respuesta a una comisión rogatoria de las autoridades competentes del Senegal, Bélgica enviaría al Senegal una copia del expediente con la investigación realizada en Bélgica respecto del Sr. Habré. Mediante nota verbal de 5 de octubre de 2007, el Senegal informó a Bélgica de su decisión de organizar el enjuiciamiento del Sr. Habré e invitó a Bélgica a reunirse con posibles donantes, con miras a financiar dicho juicio. Bélgica reiteró su oferta de cooperación judicial mediante notas verbales de 2 de diciembre de 2008, 23 de junio de 2009, 14 de octubre de 2009, 23 de febrero de 2010, 28 de junio de 2010, 5 de septiembre de 2011 y 17 de enero de 2012. Mediante notas verbales de 29 de julio de 2009, 14 de septiembre de 2009, 30 de abril de 2010 y 15 de junio de 2010, el Senegal acogió con beneplácito la propuesta de cooperación judicial, manifestó que había designado jueces de instrucción y expresó su voluntad de aceptar la oferta no bien se celebrara la mesa redonda de donantes. Las autoridades de Bélgica nunca recibieron de las autoridades judiciales del Senegal una comisión rogatoria con tal fin.

En 2008, el Senegal enmendó el artículo 9 de su Constitución a fin de establecer una excepción al principio de la irretroactividad de sus leyes penales, haciendo posible el enjuiciamiento y el castigo de “toda persona por todo acto u omisión que, al momento de su comisión, fuera tipificado como delito con arreglo a las normas del derecho internacional relativas a actos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra”.

Como se indicó precedentemente, el 19 de febrero de 2009, Bélgica presentó a la Secretaría la solicitud por la cual se instauró el presente procedimiento ante la Corte. El 8 de

abril de 2009, al finalizar la vista relativa a la solicitud de medidas provisionales presentada por Bélgica, este país solicitó a la Corte “que indicara, hasta que se pronunciase el fallo final sobre el fondo”, medidas provisionales en que se solicitara al demandado que adoptara “todas las medidas en su poder para mantener bajo el control y vigilancia de las autoridades judiciales del Senegal al Sr. H. Habré, a fin de que puedan aplicarse correctamente las normas de derecho internacional respecto de las cuales Bélgica solicita el cumplimiento”; allí mismo el Senegal declaró solemnemente ante la Corte que no permitiría al Sr. Habré abandonar el territorio senegalés mientras estuviera pendiente la causa. En la misma vista, afirmó que “el único impedimento... para la iniciación del enjuiciamiento del Sr. Hissène Habré en el Senegal era de carácter financiero”, y que el Senegal “convenía en enjuiciar al Sr. Habré, pero desde un comienzo había informado a la Unión Africana de que no podía sufragar por sí mismo las costas del juicio”.

La Corte observó además que, en un fallo de 18 de noviembre de 2010, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (en adelante “el Tribunal de Justicia de la CEDAO”) se expidió respecto de una solicitud presentada el 6 de octubre de 2008, en la cual el Sr. Habré había solicitado al Tribunal que declarara que se produciría una violación de sus derechos humanos si el Senegal instituía un proceso en su contra. Habiendo observado, entre otras cosas, que existían pruebas que indicaban la posibilidad de que se cometieran violaciones de los derechos humanos del Sr. Habré a resultas de las reformas constitucionales y legislativas en el Senegal, ese Tribunal manifestó que el Senegal debía respetar los fallos dictados por sus propios tribunales nacionales y, en particular, respetar el principio de cosa juzgada y, en consecuencia, le ordenó respetar el principio absoluto de la irretroactividad. Señaló además que el mandato que el Senegal había recibido de la Unión Africana era en realidad preparar y proponer todos los arreglos necesarios para el enjuiciamiento del Sr. Habré, en el marco estricto de procedimientos internacionales especiales.

Después del pronunciamiento de ese fallo del Tribunal de Justicia de la CEDEAO, en enero de 2011 la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana “solicitó a la Comisión que celebrara consultas con el Gobierno del Senegal a fin de ultimar las modalidades para celebrar rápidamente el juicio de Hissène Habré en nombre de África” e “instó [a ese país] a cumplir su responsabilidad internacional de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura [,] la decisión del Comité de Derechos Humanos...de las Naciones Unidas [,] al igual que el mandato mencionado de enjuiciar rápidamente a Hissène Habré o extraditarlo a cualquier otro país que hubiera expresado su voluntad de enjuiciarlo”.

Los días 12 de enero y 24 de noviembre de 2011, el relator del Comité contra la Tortura, en comunicaciones de segui-

miento, recordó al Senegal la decisión del Comité de 17 de mayo de 2006 que obligaba a este país a someter la causa del Sr. Habré a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, en caso de que no lo extraditara.

Los días 15 de marzo de 2011, 5 de septiembre de 2011 y 17 de enero de 2012, Bélgica remitió al Senegal tres nuevas solicitudes de extradición del Sr. Habré. Las dos primeras solicitudes fueron declaradas inadmisibles; la tercera todavía está pendiente ante los tribunales del Senegal.

En su 18º período de sesiones, celebrado en enero de 2012, la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana observó que el Tribunal de Apelaciones de Dakar todavía no había adoptado una decisión respecto de la cuarta solicitud de extradición presentada por Bélgica. Señaló que Rwanda estaba preparada para organizar el enjuiciamiento del Sr. Habré y “pidió a la Comisión [de la Unión Africana] que siguiera celebrando consultas con los países e instituciones asociados y con la República del Senegal, y posteriormente con la República de Rwanda, con miras a asegurar el rápido enjuiciamiento de Hissène Habré, y que también considerara medidas prácticas y las consecuencias jurídicas y financieras del enjuiciamiento”.

II. Competencia de la Corte (párrs. 42 a 63)

Después de recordar los dos fundamentos de la competencia de la Corte mencionados por Bélgica —a saber, el artículo 30, párrafo 1 de la Convención contra la Tortura, y las declaraciones hechas por las partes con arreglo al Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte— la Corte observa que el Senegal impugna la competencia con base en ambos fundamentos, ya que sostiene que no se han satisfecho las condiciones establecidas en los instrumentos pertinentes y que, en primer lugar, no existe una controversia entre las partes.

A. Existencia de una controversia (párrs. 44 a 55)

La Corte recuerda que, en su solicitud, Bélgica solicitó a la Corte que fallara y declarara que “la República del Senegal está obligada a instaurar un proceso penal contra el Sr. H. Habré por actos que incluyen delitos de tortura y crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos por él en condición de autor, coautor o cómplice; de no enjuiciar al Sr. H. Habré, la República de Senegal está obligada a extraditarlo al Reino de Bélgica a fin de que pueda responder por esos delitos ante los tribunales de Bélgica”. En su presentación final, Bélgica solicitó a la Corte que declarara que el Senegal incumplió las obligaciones que le incumben con arreglo al artículo 5, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura y que, al no haber adoptado medidas en relación con los presuntos crímenes cometidos por el Sr. Habré, el Senegal incumplió y sigue incumpliendo las obligaciones que le incumben con arreglo al artículo 6, párrafo 2, y el artículo 7, párrafo 1, de ese instrumento y en virtud de otras normas de derecho in-

ternacional. La Corte observa que, por su parte, el Senegal afirma que no existe una controversia entre las partes respecto de la interpretación o aplicación de la Convención contra la Tortura ni de ninguna otra norma pertinente de derecho internacional y que, en consecuencia, la Corte carece de competencia en la presente causa. Por ende, la Corte observa que las partes han presentado puntos de vista radicalmente divergentes respecto de la existencia de una controversia entre ellas y, de existir alguna controversia, acerca de su contenido. Habida cuenta de que la existencia de una controversia es una condición de la competencia de la Corte en virtud de ambos fundamentos invocados por Bélgica, la Corte comienza examinando esa cuestión.

Sobre la base de sus precedentes jurisprudenciales, la Corte recuerda en tal sentido que, a fin de establecer si existe una controversia “debe probarse que la reclamación de una de las partes tropieza con la oposición manifiesta de la otra” (*Casos relativos al África Sudoccidental (Etiopía contra Sudáfrica; Liberia contra Sudáfrica)*, Excepciones preliminares, Fallo, *I.C.J. Reports 1962*, p. 328), en el entendimiento de que “la existencia de una controversia internacional es una cuestión que puede determinarse objetivamente” (*Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania, Primera Fase*, Opinión Consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, p. 74), y que “la determinación de la Corte debe basarse en un examen de los hechos. Se trata de una cuestión de fondo, no de forma” (*Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia contra Federación de Rusia)*, Excepciones preliminares, fallo de 1 de abril de 2011, párr. 30). La Corte señala también que “en principio, la controversia debe existir al momento en que se interpone la demanda ante la Corte” (*Ibid.*).

La Corte comienza examinando la primera solicitud de Bélgica, en el sentido de que la Corte declare que el Senegal incumplió el artículo 5, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura, que exige a los Estados parte en la Convención tomar las “medidas necesarias para establecer su jurisdicción” respecto de actos de tortura cuando “el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción” y Estado no lo extraditara a uno de los Estados a que se hace referencia en el párrafo 1 de ese mismo artículo. La Corte observa que, mientras que Bélgica afirma que el hecho de que el Senegal no cumplió “de manera oportuna” la obligación que le incumbía en virtud del artículo 5, párrafo 2, tuvo consecuencias negativas en el cumplimiento de otras obligaciones en virtud de la Convención, reconoce sin embargo que el Senegal finalmente cumplió esa obligación, por un lado, mediante sus reformas legislativas de 2007 (que ampliaron la competencia de los tribunales del Senegal respecto de ciertos delitos, entre ellos tortura, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crímenes de genocidio presuntamente cometidos por un extranjero fuera del territorio del Senegal, cualquiera sea la nacionalidad de la víctima) y, por otro, con la enmienda constitucional de 2008 (que ahora impide

la aplicación del principio de irretroactividad en asuntos penales al enjuiciamiento de personas por actos que constituían crímenes de derecho internacional al momento de su comisión).

La Corte considera que toda controversia que pudo haber existido entre las partes respecto de la interpretación o aplicación del artículo 5, párrafo 2, de la Convención había concluido al momento de interponerse la demanda. En consecuencia, concluye que no tiene competencia para decidir respecto de la reclamación de Bélgica relativa a la obligación dimanada de esa disposición convencional. Sin embargo, manifiesta que ello no impide a la Corte examinar las consecuencias que la conducta del Senegal en relación con las medidas exigidas por esa disposición pudiera haber tenido en el cumplimiento respecto de otras obligaciones en virtud de la Convención, en caso de que la Corte sea competente en tal sentido.

A continuación, la Corte examina la afirmación de Bélgica de que el Senegal incumplió otras dos obligaciones convencionales, que exigen respectivamente a un Estado parte en la Convención, cuando una persona que presuntamente ha cometido un acto de tortura se halla en su territorio, de proceder “inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos” (art. 6, párr. 2) y que “si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento” (art. 7, párr. 1). En tal sentido, la Corte observa que el Senegal sostiene que no existe controversia respecto de la existencia y el alcance de las obligaciones que allí figuran, sino que también ha cumplido esas obligaciones. Sobre la base de los intercambios diplomáticos entre las partes, la Corte considera que las reclamaciones de Bélgica basadas en la interpretación y aplicación del artículo 6, párrafo 2, y artículo 7, párrafo 1, de la Convención fueron impugnadas positivamente por el Senegal; en consecuencia, concluye que al momento de la presentación de la demanda existía una controversia, y señala que esa controversia persiste todavía.

La Corte observa que en la demanda de Bélgica también se incluye una solicitud de que la Corte declare que el Senegal incumplió su obligación en virtud del derecho internacional consuetudinario de “instaurar un proceso penal contra el Sr. H. Habré” por crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos por él; más tarde Bélgica amplió su solicitud, tanto en su memoria como en las vistas, con la inclusión de crímenes de guerra y genocidio. Sobre tal cuestión, el Senegal también afirma que no se ha planteado una controversia entre las partes.

La Corte observa que, si bien en el mandamiento internacional de arresto expedido por Bélgica respecto del Sr. Habré —transmitido al Senegal junto con una solicitud de extradición el 22 de septiembre de 2005— se hace referencia a violaciones del derecho internacional humanitario, tortura, genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, asesinato y otros delitos, en ninguno de esos documentos se manifestaba o implicaba que el Senegal estaba obligado en

virtud del derecho internacional a ejercer su jurisdicción sobre esos crímenes si no extraditaba al Sr. Habré. En lo que respecta a la competencia de la Corte, lo que importa es si, a la fecha en que se interpuso la demanda, existía una controversia entre las partes respecto de la obligación del Senegal, en virtud del derecho internacional consuetudinario, de adoptar medidas respecto de los crímenes mencionados precedentemente y atribuidos al Sr. Habré. A la luz de los intercambios diplomáticos celebrados entre las partes, la Corte considera que a esa fecha no existía tal controversia. Las únicas obligaciones a que se hace referencia en la correspondencia diplomática entre las partes son las establecidas en virtud de la Convención contra la Tortura. La Corte considera que, en esas circunstancias, no había razón para que, en sus relaciones con Bélgica, el Senegal abordara en absoluto la cuestión del enjuiciamiento de los presuntos crímenes cometidos por el Sr. Habré en virtud del derecho internacional consuetudinario. La Corte señala que los hechos que constituyen los presuntos crímenes quizás hayan tenido una estrecha relación con los presuntos actos de tortura. Sin embargo, la cuestión de si en virtud del derecho internacional consuetudinario un Estado está obligado a enjuiciar delitos presuntamente cometidos por un extranjero en el extranjero es claramente diferente de toda cuestión relacionada con el cumplimiento por ese Estado de las obligaciones que le impone la Convención contra la Tortura y plantea problemas jurídicos muy diferentes.

La Corte concluye que, al momento de la interposición de la demanda, la controversia entre las partes no se refería al incumplimiento de obligaciones en virtud del derecho internacional consuetudinario y que no tiene competencia para decidir respecto de los reclamos hechos por Bélgica en tal sentido. En consecuencia, es respecto de la controversia relativa a la interpretación y aplicación del artículo 6, párrafo 2, y el artículo 7, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura que la Corte tendrá que determinar si existe un fundamento jurídico para establecer su competencia.

B. *Otras condiciones para determinar la competencia* (párrs. 56 a 63)

A continuación, la Corte pasa a examinar las demás condiciones que se deben satisfacer para establecer su competencia en virtud del artículo 30, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura, cuyo texto es el siguiente: “Las controversias que surjan entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención, que no puedan solucionarse mediante negociaciones, se someterán a arbitraje, a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte”. Tales condiciones son que la

controversia no pueda solucionarse mediante negociaciones y que, después de que una de las partes haya formulado una solicitud de arbitraje, las partes no hayan conseguido ponerse de acuerdo sobre la organización del arbitraje en el plazo de seis meses contado a partir de la formulación de la solicitud.

Respecto de la primera de esas condiciones, la Corte afirma que debe comenzar mediante la determinación de si existió “por lo menos, una tentativa genuina por una de las partes en la controversia de establecer un debate con la contraparte con miras a resolver la controversia” (*Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia contra Federación de Rusia)*, Excepciones preliminares, fallo de 1 de abril de 2011, párr. 157). Con arreglo a la jurisprudencia de la Corte, “la condición previa relativa a las negociaciones solo se satisface si estas han fallado, o cuando las negociaciones se han vuelto inútiles o se han estancado” (*Ibíd.*, párr. 159). El requisito de que la controversia no pueda “solucionarse mediante negociaciones” no puede interpretarse como referencia a una imposibilidad teórica de llegar a una solución. Como la Corte ya señaló respecto de una disposición con una redacción similar, quiere decir que “no hay probabilidades razonables de que la continuación de las negociaciones pueda dar lugar a un arreglo” (*Casos relativos al África Sudoccidental (Etiopía contra Sudáfrica; Liberia contra Sudáfrica)*, Excepciones preliminares, Fallo, *I.C.J. Reports 1962*, p. 345).

La Corte observa que, si bien Bélgica manifestó expresamente que los numerosos intercambios de correspondencia y las distintas reuniones celebradas por las partes entre el 11 de enero de 2006 y 21 de junio de 2006 se realizaron en el marco del proceso de negociaciones establecido en virtud del artículo 30, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura, el Senegal no objetó que Bélgica caracterizara los intercambios diplomáticos como negociaciones. Habida cuenta de la posición del Senegal de que, aun cuando no convino en la extradición y tenía problemas para celebrar el enjuiciamiento, estaba cumpliendo las obligaciones que le imponía la Convención, en las negociaciones no se logró progreso alguno respecto de la resolución de la controversia. Habiendo observado que esas divergencias de opiniones entre las partes persistieron hasta la etapa oral, la Corte concluye que se han satisfecho las condiciones establecidas en el artículo 30, párrafo 1, de la Convención en el sentido de que la controversia no se puede resolver mediante negociaciones.

Respecto del sometimiento a arbitraje de la controversia sobre la interpretación del artículo 7 de la Convención contra la Tortura, en una nota verbal del Ministerio de Relaciones Exteriores de Bélgica de 4 de mayo de 2006 se señalaba que “una controversia sin resolver respecto de esta interpretación dará lugar a que se recurra al procedimiento de arbitraje establecido en el artículo 30 de la Convención contra la Tortura”. En una nota verbal de 9 de mayo de 2006, el Embajador del Senegal en Bruselas respondió que: “en cuanto

a la posibilidad de que Bélgica recurra al procedimiento de arbitraje establecido en el artículo 30 de la Convención contra la Tortura, esta Embajada solo puede tomar nota de ello, volviendo a manifestar el compromiso del Senegal de mantener una relación excelente entre los dos países en cuanto a cooperación en la lucha contra la impunidad”. Habiendo posteriormente hecho una solicitud directa de recurrir al arbitraje, en una nota verbal de 20 de junio de 2006, Bélgica subrayó que “la negociación intentada con el Senegal, que comenzó en noviembre de 2005, no ha tenido éxito”, y que Bélgica “de conformidad con el artículo 30, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura, solicita en consecuencia al Senegal que someta la controversia a arbitraje en las condiciones que habrán de convenirse mutuamente”.

La Corte observa que Bélgica reiteró esa solicitud de arbitraje en su nota verbal de 8 de mayo de 2007, a la que el Senegal no respondió. Aunque Bélgica no presentó una propuesta detallada para determinar las cuestiones que se someterían a arbitraje y la organización del proceso de arbitraje, en opinión de la Corte ello no significa que no se haya cumplido la condición de que “las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo”, ya que quizás un Estado aplaze la presentación de propuestas sobre esos aspectos hasta el momento en que se haya dado en principio una respuesta positiva a su solicitud de resolver la controversia mediante arbitraje. La Corte recuerda que, respecto de una disposición similar de un tratado, ha dicho que “la falta de acuerdo entre las partes respecto de la organización de un arbitraje no puede presumirse. La existencia de ese desacuerdo solo puede presentarse después de que el solicitante haya formulado una propuesta de arbitraje, a la que el demandado no haya respondido o respecto de la cual haya expresado su intención de no aceptar” (*Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda: 2002) (República Democrática del Congo contra Rwanda)*, Competencia y admisibilidad, Fallo, *I.C.J. Reports 2006*, pág. 41, párr. 92). La Corte concluye que en la presente causa la incapacidad de las partes de convenir en la organización del arbitraje resulta de la falta de toda respuesta por parte del Estado al cual se dirigió la solicitud de arbitraje.

Respecto de la segunda condición establecida en el artículo 30, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura, es decir, que por lo menos hayan pasado seis meses después de formulada la solicitud de arbitraje antes de presentar el caso a la Corte, la Corte considera que, en la presente causa, esa exigencia se ha cumplido, ya que la demanda se interpuso más de dos años después de formulada la solicitud de arbitraje.

Habiendo determinado que se han satisfecho las condiciones establecidas en el artículo 30, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura, la Corte concluye en que es competente para entender en la controversia entre las partes relativa a la interpretación y aplicación del artículo 6, párrafo 2, y el artículo 7, párrafo 1, de ese instrumento. Llegada a esa conclusión, la Corte no considera necesario examinar si

también es competente respecto de la misma controversia con fundamento en las declaraciones hechas por las partes en virtud del Artículo 36, párrafo 2, de su Estatuto.

III. Admisibilidad de las reclamaciones de Bélgica (párrs. 64 a 70)

La Corte observa la divergencia de opiniones entre las partes respecto de la legitimación de Bélgica, que fundamenta sus reclamaciones no solo en su condición de parte en la Convención, sino también en la existencia de un interés especial que distinguiría a Bélgica de otras partes en la Convención y que le otorga derechos específicos en el caso del Sr. Habré.

Sobre la base de que el objetivo y propósito de la Convención, que es “hacer más eficaz la lucha contra la tortura... en todo el mundo”, la Corte determina que los Estados parte en la Convención tienen en un interés común en asegurar, habida cuenta de los valores que comparten, que se prevengan los actos de tortura y que, de producirse, sus autores no queden impunes, cualquiera sea la nacionalidad del autor o de las víctimas o el lugar en que se hayan cometido los presuntos delitos. La Corte considera que todos los demás Estados parte tienen un interés común en que el Estado en que se halle el presunto autor cumpla sus obligaciones, que el interés común entraña que las obligaciones en cuestión son debidas por todo Estado parte a todos los demás Estados parte en la Convención. En consecuencia, todos los Estados parte “tienen un interés jurídico” en la protección de los derechos del caso (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica contra España)*, Fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 32, párr. 33) y que esas obligaciones se pueden definir como “obligaciones *erga omnes partes*”, en el sentido de que todos los Estados parte tienen interés en su cumplimiento en un caso determinado.

La Corte concluye que Bélgica, en su condición de Estado parte en la Convención contra la Tortura, está legitimada en la presente causa para invocar la responsabilidad del Senegal por el presunto incumplimiento de las obligaciones que incumben a ese país en virtud del artículo 6, párrafo 2, y el artículo 7, párrafo 1, de la Convención. En consecuencia, son admisibles las reclamaciones hechas por Bélgica con fundamento en esas disposiciones convencionales. Habida cuenta de lo decidido sobre la admisibilidad, la Corte considera que no es necesario pronunciarse respecto de si Bélgica también tiene un interés especial respecto del cumplimiento por el Senegal de las disposiciones pertinentes de la Convención en el caso del Sr. Habré.

IV. Presuntas violaciones de la Convención contra la Tortura (párrs. 71 a 117)

La Corte recuerda que, mientras que en su solicitud de incoación del procedimiento, Bélgica le solicitó que fallara y declarara que el Senegal estaba obligado a instaurar un pro-

ceso penal contra el Sr. Habré y que, de no hacerlo, debía extraditarlo a Bélgica, en sus presentaciones finales solicitó a la Corte que fallara y declarara que el Senegal incumplió y seguía incumpliendo las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 6, párrafo 2, y el artículo 7, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura, por no haber instaurado un proceso penal contra el Sr. Habré, a menos que conceda la extradición. Durante el proceso, el demandante también señaló que tales obligaciones, que dimanan de esas disposiciones convencionales y del artículo 5, están estrechamente vinculadas entre sí en el contexto del logro del objeto y propósito de la Convención, que es hacer más eficaz la lucha contra la tortura. En consecuencia, la incorporación de la legislación correspondiente en el derecho interno (art. 5, párr. 2) permitirá al Estado en cuyo territorio se halle el sospechoso proceder de inmediato a una investigación preliminar de los hechos (art. 6, párr. 2), una medida necesaria para permitir a ese Estado, con conocimiento de los hechos, someter el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento (art. 7, párr. 1).

La Corte observa que el Senegal impugna las afirmaciones de Bélgica y considera que no ha incumplido disposición alguna de la Convención contra la Tortura. El demandado afirma que la Convención desglosa la obligación de *aut dedere aut judicare* en una serie de medidas que debe adoptar el Estado, y que las medidas que ha adoptado hasta el momento demuestran que ha cumplido sus compromisos internacionales —que, en gran medida, quedan librados a la discreción del Estado interesado. Habiendo afirmado que ha resuelto que no habrá de extraditar al Sr. Habré, sino que organizará su enjuiciamiento, el Senegal mantiene que en 2007 y 2008 aprobó reformas constitucionales y legislativas, de conformidad con el artículo 5 de la Convención, que le permitirán con razonable rapidez celebrar un juicio justo al presunto autor de los crímenes en cuestión. Afirma además que las medidas que ha adoptado para restringir la libertad del Sr. Habré, en virtud de lo establecido en el artículo 6 de la Convención, así como otras medidas adoptadas en preparación del enjuiciamiento del Sr. Habré, contempladas bajo los auspicios de la Unión Africana, deben considerarse las primeras medidas en pro del cumplimiento de la obligación de juzgar establecida en el artículo 7 de la Convención.

La Corte afirma que, si bien es competente para entender en la presunta violación del artículo 5, párrafo 2, de la Convención mencionada precedentemente, debe tenerse presente que el cumplimiento por un Estado de su obligación de establecer la jurisdicción universal de sus tribunales respecto del crimen de tortura (art. 5, párr. 2) es una condición necesaria para proceder a una investigación preliminar (art. 6, párr. 2) y para someter el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento (art. 7, párr. 1). El propósito de todas esas obligaciones es poder incoar un proceso contra un sospechoso, en caso de no concederse la extradición, y de lograr el objetivo y propósito de la Convención, que es hacer

más eficaz la lucha contra la tortura evitando que queden impunes los autores de esos actos.

La Corte observa que la obligación del Estado de tipificar la tortura y de establecer su jurisdicción al respecto, que considera equivalente a las disposiciones de muchos convenios internacionales de lucha contra la delincuencia internacional, debe ser puesta en práctica por el Estado del caso no bien queda obligado por la Convención. Esta obligación tiene en particular una naturaleza preventiva y disuasoria, ya que al armarse de los instrumentos jurídicos necesarios para enjuiciar este tipo de delitos, los Estados parte garantizan que sus sistemas jurídicos funcionarán en tal sentido y se comprometen a coordinar sus esfuerzos por eliminar todo riesgo de impunidad. En tal sentido, la Corte considera que, al no haber adoptado la legislación necesaria hasta 2007, el Senegal demoró el sometimiento de la causa a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, en la medida en que, el 4 de julio de 2000 y el 20 de marzo de 2001, respectivamente, el Tribunal de Apelaciones de Dakar y el Tribunal de Casación del Senegal llegaron a la conclusión de que los tribunales de ese país eran incompetentes para entender en el procesamiento del Sr. Habré, que había sido acusado de crímenes de lesa humanidad y de actos de tortura y barbarie, ya que en el ordenamiento jurídico interno no existía legislación que permitiera la celebración de esos procesos. La Corte concluye que la demora en la aprobación de la legislación necesaria afectó sin dudas el cumplimiento por el Senegal de las obligaciones que le imponen el artículo 6, párrafo 2, y el artículo 7, párrafo 1, de la Convención. La Corte, teniendo presente el vínculo que existe entre las distintas disposiciones de la Convención, pasa a analizar los presuntos incumplimientos del artículo 6, párrafo 2, y el artículo 7, párrafo 1, de la Convención.

A. *Presunto incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 6, párrafo 2, de la Convención* (párrs. 79 a 88)

Habiendo recordado que, con arreglo al artículo 6, párrafo 2, de la Convención, el Estado en cuyo territorio se halle una persona que haya presuntamente cometido actos de tortura debe proceder “inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos”, la Corte observa que, mientras que Bélgica considera que la obligación dimanada de esa disposición es de naturaleza procesal —en el sentido de que dicho Estado debe adoptar medidas eficaces para reunir pruebas, si fuera necesario por conducto de la asistencia judicial mutua, remitiendo comisiones rogatorias a los países que pueden estar en condiciones de prestar asistencia—, el Senegal considera que se trata simplemente de una obligación de resultado, porque el objetivo de la investigación es establecer los hechos y no desemboca necesariamente en un enjuiciamiento, ya que, a la luz de los resultados, quizás el fiscal considere que no hay fundamentos para el procesar al

sospechoso. En todo caso, el Senegal afirma haber cumplido dicha obligación.

En opinión de la Corte, el propósito de la investigación preliminar prevista en el artículo 6, párrafo 2, al igual que el de toda investigación realizada por las autoridades competentes, es corroborar o no las sospechas respecto de la persona en cuestión. La investigación está a cargo de las autoridades encargadas de preparar la causa, establecer los hechos y reunir las pruebas; esas pruebas pueden consistir de documentos o declaraciones testimoniales relativas a los hechos del caso y la posible participación en ellos del sospechoso. La Corte considera que en esta instancia se debió haber procurado la cooperación de las autoridades del Chad y de las de cualquier otro Estado que hubiera presentado denuncias en relación con el caso, a fin de que el Senegal hubiera podido cumplir su obligación de realizar una investigación preliminar. La Corte observa que el Senegal no ha incluido en el expediente ningún material que demuestre que haya realizado ese tipo de investigación respecto del Sr. Habré. Considera que no es suficiente, como sostiene Senegal, que el Estado parte en la Convención haya adoptado todas las medidas legislativas requeridas para su puesta en práctica; también debe ejercer su jurisdicción sobre todo acto de tortura que se denuncie, comenzando por establecer los hechos. El interrogatorio realizado por el juez de instrucción del *Tribunal régional hors clause* de Dakar, celebrado a fin de establecer la identidad del Sr. Habré y notificarle los hechos de los que se lo acusaba, no puede considerarse cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 6, párrafo 2, ya que no entrañó ningún tipo de investigación respecto de los cargos contra el Sr. Habré.

La Corte observa que, si bien la elección de los medios para la realización de la investigación sigue en manos de los Estados parte, teniendo en cuenta el caso en cuestión, el artículo 6, párrafo 2, de la Convención exige que las medidas se adopten no bien se identifique al sospechoso en el territorio del Estado, a fin de proceder a la investigación del caso. El establecimiento de los hechos en cuestión, que es una etapa esencial de ese proceso, ha sido imperativo en la presente causa por lo menos desde el año 2000, cuando se presentó en el Senegal una denuncia contra el Sr. Habré. Además, el Senegal no comenzó la investigación de los hechos hasta el año 2008, cuando se presentó en Dakar una nueva denuncia contra Sr. Habré, después de las enmiendas legislativas y constitucionales promulgadas en 2007 y 2008.

Como el Senegal mismo manifestó en 2010 ante el Tribunal de Justicia de la CEDEAO que en los tribunales del Senegal no había pendiente ningún proceso en contra del Sr. Habré, la Corte concluye que el Senegal ha incumplido la obligación que le incumbe en virtud del artículo 6, párrafo 2, de la Convención por no haber iniciado de inmediato una investigación, no bien sus autoridades competentes tuvieron motivo para sospechar que el Sr. Habré, que se hallaba en su territorio, era responsable de actos de tortura. La Corte con-

sidera que ese punto se alcanzó, a más tardar, cuando se presentó la primera denuncia contra Sr. Habré en el año 2000.

B. *Presunto incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 7, párrafo 1, de la Convención* (párrs. 89 a 117)

Después de citar el artículo 7, párrafo 1, de la Convención, que establece: “El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”, la Corte observa que la obligación de someter el caso a las autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento (en adelante, la “obligación de juzgar”), que deriva de esa disposición, se formuló de manera de permitir a esas autoridades decidir si corresponde o no iniciar el proceso, con lo cual se respecta la independencia de los sistemas judiciales de los Estados parte. En consecuencia, las autoridades siguen siendo responsables de decidir si corresponde iniciar un proceso, teniendo en cuenta las pruebas de que dispongan y las normas pertinentes de procedimiento penal. En la presente causa, la Corte considera que la reclamación de Bélgica respecto de la aplicación del artículo 7, párrafo 1, plantea varias cuestiones relativas a la naturaleza y el significado de la obligación que figura en esa disposición y sobre su naturaleza temporal, así como sobre su aplicación en la presente causa.

1. *Naturaleza y significado de la obligación establecida en el artículo 7, párrafo 1* (párrs. 92 a 95)

La Corte aclara la naturaleza y el significado de la obligación de juzgar, indicando que el artículo 7, párrafo 1, exige al Estado en cuyo territorio se halle el sospechoso que someta el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin que importe la existencia de una solicitud previa de extradición del sospechoso. En consecuencia, el Estado está obligado a realizar una investigación preliminar (artículo 6, párrafo 2) no bien el sospechoso se halle en su territorio, en el entendimiento de que la obligación de someter el caso a las autoridades competentes, con arreglo al artículo 7, párrafo 1, puede dar lugar o no a que se instaure un procedimiento, según las pruebas con que se cuente relacionadas con los cargos en contra del sospechoso. Sin embargo, la Corte señala que si el Estado en cuyo territorio se halle el sospechoso ha recibido una solicitud de extradición en alguno de los casos previstos en las disposiciones de la Convención, puede eximirse de su obligación de juzgar haciendo lugar a esa solicitud. Con arreglo a la Convención, la elección entre extradición o sometimiento a enjuiciamiento no quiere decir que las dos alternativas tengan el mismo peso porque, si bien la extradición es una opción que la Convención ofrece al Estado, el enjuiciamiento es una obligación internacional establecida por la Convención, y su violación es un acto ilícito que da lugar a la responsabilidad del Estado.

2. *Alcance temporal de la obligación establecida en el artículo 7, párrafo 1* (párrs. 96 a 105)

Respecto de la cuestión relativa a la aplicación temporal del artículo 7, párrafo 1, de la Convención, según el momento en que se hayan cometido los presuntos delitos y la fecha de entrada en vigor de la Convención para el Senegal (26 de junio de 1987) y Bélgica (25 de junio de 1999), la Corte, después de considerar que no hay una clara divergencia entre las opiniones de las partes respecto de la cuestión, considera que la prohibición de la tortura es parte del derecho internacional consuetudinario y ha pasado a ser una norma imperativa (*jus cogens*). Esa prohibición se fundamenta en una difundida práctica internacional y en la *opinio juris* de los Estados, teniendo en cuenta el hecho de que aparece en numerosos instrumentos internacionales de aplicación universal y ha sido incorporada en la legislación interna de prácticamente todos los Estados, y que los actos de tortura se denuncian regularmente en los foros nacionales e internacionales.

Sin embargo, la Corte manifiesta que, con arreglo a las disposiciones del artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derechos los Tratados, que refleja el derecho consuetudinario respecto de la cuestión de la interpretación de los tratados, la obligación de juzgar a los presuntos autores de actos de tortura en virtud de la Convención solo se aplica a los hechos ocurridos después de su entrada en vigor para el Estado del caso. En consecuencia, observa que nada de lo establecido en la Convención contra la Tortura revela la intención de exigir a los Estados parte que tipifiquen, en virtud del artículo 4, actos de tortura ocurridos antes de su entrada en vigor para dicho Estado, o establecer su jurisdicción respecto de dichos actos con arreglo al artículo 5. En consecuencia, la obligación de juzgar no se aplica a esos actos. Ello fue confirmado por el Comité contra la Tortura, de las Naciones Unidas, en su decisión de 23 de noviembre de 1989 en la causa de *O.R., M.M. y M.S. contra Argentina*, en que manifestó que “a los efectos de la Convención, ‘tortura’ solo puede significar la tortura practicada posteriormente a la entrada en vigor de la Convención”.

La Corte concluye que la obligación de juzgar del Senegal con arreglo al artículo 7, párrafo 1, de la Convención no se aplica a los actos presuntamente cometidos antes de que la Convención entrara en vigor respecto de ese país el 26 de junio de 1987. Sin embargo, observa que como las denuncias contra el Sr. Habré incluyen numerosos delitos graves presuntamente cometidos después de esa fecha, el Senegal está obligado a someter las denuncias relativas a esos actos a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. La Corte afirma además que, aunque el Senegal no está obligado en virtud de la Convención a instaurar procedimientos relativos a actos cometidos antes del 26 junio 1987, nada de lo establecido en ese instrumento le impide hacerlo.

Respecto de la cuestión relativa al efecto de la fecha de entrada en vigor de la Convención respecto de Bélgica en cuanto al alcance de la obligación de juzgar del Senegal, la

Corte observa una divergencia notable entre las opiniones de las partes. Mientras que Bélgica afirma que el Senegal está vinculado por la obligación de juzgar al Sr. Habré después de que Bélgica pasó a ser parte en la Convención, y que en consecuencia tenía derecho a invocar ante la Corte los incumplimientos de la Convención ocurridos después del 25 de julio de 1999, el Senegal impugna el derecho de Bélgica de considerarlo responsable por actos presuntamente ocurridos antes de esa fecha, habida cuenta de que la obligación establecida en el artículo 7, párrafo 1, corresponde, según el demandado, a la “categoría de obligaciones *erga omnes* divisibles”, y que solo el Estado lesionado puede pedir que se sancione esa infracción. En consecuencia, el Senegal concluye que Bélgica no tiene derecho a fundamentarse en su condición de Estado lesionado respecto de actos ocurridos antes del 25 de julio de 1999 y no puede solicitar la aplicación retroactiva de la Convención.

La Corte considera que Bélgica ha tenido derecho, con vigor a partir del 25 de julio de 1999, fecha en que pasó ser parte en la Convención, a solicitar a la Corte que se expida respecto del cumplimiento por el Senegal de la obligación que incumbe a ese país en virtud del artículo 7, párrafo 1 (la misma conclusión también es válida respecto del artículo 6, párrafo 2). En el presente caso, la Corte señala que Bélgica invoca la responsabilidad del Senegal por la conducta de ese último país a partir del año 2000, cuando se presentó en el Senegal una denuncia en contra del Sr. Habré.

3. *Aplicación de la obligación establecida en el artículo 7, párrafo 1 (párrs. 106 a 117)*

La Corte recuerda las posiciones respectivas de las partes respecto de la aplicación de la obligación de juzgar. Bélgica, si bien reconoce que los plazos para la aplicación de dicha obligación dependen de las circunstancias de cada caso, y en particular de las pruebas reunidas, considera en primera instancia que el Estado en cuyo territorio se halle el sospechoso no puede demorar indefinidamente el cumplimiento de la obligación que le incumbe de someter el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, ya que la demora de ese Estado parte puede violar tanto los derechos de las víctimas como los del acusado. Bélgica también considera que las dificultades financieras invocadas por el Senegal no pueden justificar que no haya hecho nada para realizar una investigación e iniciar los procedimientos. Por último, el demandante manifiesta que la remisión por el Senegal del asunto a la Unión Africana en enero de 2006 no lo exime de cumplir las obligaciones que le incumben en virtud de la Convención, en particular porque, en su séptimo período sesiones de julio de 2006, la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana encomendó al Senegal “enjuiciar y asegurar que Hissène Habré sea procesado, en nombre de África, por un tribunal competente del Senegal con las debidas garantías procesales”. Bélgica afirma además que el Senegal no puede valerse de su legislación interna ni del fallo

del Tribunal de Justicia de la CEDEAO de 18 de noviembre de 2010 para eludir su responsabilidad internacional.

La Corte observa que, por su parte, el Senegal ha afirmado repetidamente a lo largo de todo el proceso su intención de cumplir las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 7, párrafo 1, de la Convención, adoptando todas las medidas necesarias para iniciar un proceso contra el Sr. Habré. El Senegal afirma que solo ha solicitado apoyo financiero a fin de preparar el enjuiciamiento en condiciones favorables, habida cuenta de su naturaleza única, teniendo en cuenta el número de víctimas, la distancia que deberán viajar los testigos y los problemas para reunir pruebas y que, al remitir el asunto a la Unión Africana, nunca fue su intención eximirse de sus obligaciones. Respecto del fallo del Tribunal de Justicia de la CEDEAO, el Senegal observa que no constituye una limitación de naturaleza interna, afirmando que, si bien teniendo presente el deber de cumplir sus obligaciones convencionales, está sin embargo sujeto a la autoridad del ese Tribunal, que le exigió que realizara cambios fundamentales en el proceso comenzado en 2006, ideados para dar lugar a un enjuiciamiento a nivel nacional y movilizar esfuerzos a fin de crear un tribunal especial de carácter internacional, cuya creación podría resultar más engorrosa.

La Corte considera que el deber del Senegal de cumplir las obligaciones que le incumben en virtud de la Convención no puede ser afectado por la decisión del Tribunal de Justicia de la CEDEAO, que las dificultades financieras planteadas por el Senegal no pueden justificar que no haya iniciado un proceso contra el Sr. Habré y que la remisión del asunto a la Unión Africana no puede justificar la demora del Senegal en cumplir las obligaciones que le incumben en virtud de la Convención. La Corte observa que, con arreglo al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho los Tratados, que refleja el derecho consuetudinario, el Senegal no puede justificar el incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 7, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura mediante la invocación de disposiciones de su derecho interno, en particular la invocación de las decisiones sobre incompetencia pronunciadas por sus tribunales en 2000 y 2001, o el hecho de que recién en 2007 promulgó la legislación necesaria con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5 párrafo 2, de la Convención.

La Corte observa que, si bien el artículo 7, párrafo 1, de la Convención no contiene ninguna indicación sobre los plazos para el cumplimiento de las obligaciones allí establecidas, está necesariamente implícito en el texto que se deben poner en práctica dentro de un plazo razonable, de manera compatible con el objetivo y propósito de la Convención, que es la razón por la cual el enjuiciamiento se debe realizar inmediatamente. En el presente caso, la Corte concluye que la obligación establecida en el artículo 7, párrafo 1, exigía al Senegal adoptar todas las medidas necesarias para su aplicación lo antes posible, en particular una vez que en el año 2000 se presentó la primera denuncia contra el Sr. Habré. Al

no haberlo hecho, el Senegal incumplió y sigue incumpliendo las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 7, párrafo 1, de la Convención.

V. Soluciones (párrs. 118 a 121)

La Corte recuerda que, en sus presentaciones finales, Bélgica solicita a la Corte que falle y declare, en primer lugar, que el Senegal incumplió sus obligaciones internacionales al no haber incorporado en su debido momento en su legislación interna las disposiciones necesarias que permitieran a las autoridades judiciales del Senegal ejercer la jurisdicción universal establecida en el artículo 5, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura, y que incumplió y sigue incumpliendo las obligaciones internacionales que le incumben en virtud del artículo 6, párrafo 2, y el artículo 7, párrafo 1, de la Convención, al no haber instaurado un proceso penal contra el Sr. Habré por los delitos presuntamente cometidos por él o, en su defecto, no haberlo extraditado a Bélgica a los fines de celebrar allí el proceso penal. Bélgica también solicita a la Corte que falle y declare que se debe exigir al Senegal que cese esos actos internacionalmente ilícitos mediante el sometimiento sin demoras de la “causa Hissène Habré” a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento o, de no hacerlo, extraditando al Sr. Habré a Bélgica sin más trámite.

La Corte recuerda que el hecho de que el Senegal recién aprobó en 2007 las medidas legislativas necesarias para instaurar un proceso con fundamento en la jurisdicción universal demoró el cumplimiento de sus demás obligaciones en virtud de la Convención. La Corte recuerda además que el Senegal había incumplido la obligación que le incumbe en virtud del artículo 6, párrafo 2, de la Convención de realizar una investigación preliminar sobre los crímenes de tortura presuntamente cometidos por el Sr. Habré, así como la obligación que le incumbe en virtud del artículo 7, párrafo 1, de someter la causa a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. El propósito de esas disposiciones convencionales es impedir que los presuntos actos de tortura queden impunes, asegurando que sus autores no puedan refugiarse en ninguno de los Estados parte. El Estado en cuyo territorio se halle el sospechoso tiene ciertamente la opción de extraditarlo al país que lo haya solicitado, a condición de que sea un Estado que tenga algún tipo de competencia, con arreglo al artículo 5 de la Convención, para enjuiciarlo.

La Corte subraya que, al haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 6, párrafo 2, y el artículo 7, párrafo 1, de la Convención, el Senegal ha incurrido en responsabilidad internacional. En consecuencia, se exige al Senegal que cese la continuación de su acto ilícito, de conformidad con el derecho internacional general sobre responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos. En consecuencia, el Senegal debe adoptar, sin más demora, las medidas necesarias para someter la causa a sus

autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, en caso de que no extradite al Sr. Habré.

*
* *
*

Declaración del Magistrado Owada

El Magistrado Owada manifiesta que, aunque votó en favor del fallo en apoyo de todas las cuestiones que figuran en su párrafo dispositivo, su opinión difiere en cierto modo de la posición adoptada en el fallo respecto de la metodología aplicada para resolver la causa.

Respecto de la competencia, el Magistrado Owada señala que, en sus presentaciones, ambas partes centraron enteramente su atención en la conducta del Senegal en el asunto del Sr. Habré. Bélgica manifiesta que el Senegal no adoptó medidas respecto de su obligación de sancionar los crímenes de derecho internacional humanitario presuntamente cometidos por el Sr. Habré. El Senegal afirma que nunca repudió su obligación de enjuiciar al Sr. Habré y que no existe controversia alguna entre las partes. Según el Magistrado Owada, a pesar de la posiciones de las partes, el fallo decidió centrar su atención en la cuestión concreta del artículo 5, párrafo 2, de la Convención y concluyó que la Corte no era competente para adoptar una decisión respecto de la petición de Bélgica relativa a la obligación del Senegal en virtud de dicho artículo.

En opinión del Magistrado Owada, habría sido mejor interpretar que la cuestión controvertida incluyera en su alcance la totalidad del proceso de aplicación por el Senegal del sistema *aut dedere aut judicare*, según se establece en la Convención, y considerar que la totalidad de la reclamación de Bélgica era de competencia de la Corte. En opinión del Magistrado Owada, el propósito de la Convención es crear un marco jurídico amplio para hacer cumplir el principio *aut dedere aut judicare*. El Magistrado Owada manifiesta que no se debe considerar que la Convención es una simple colección de obligaciones internacionales independientes, en que cada violación se evalúa separada e independientemente de las demás.

El Magistrado Owada añade que habría sido suficiente que la Corte hubiera declarado que se había producido un incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 5 de la Convención. En opinión del Magistrado Owada, esa declaración constituye el fundamento jurídico de la decisión posterior de la Corte respecto del incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 6 y 7 de la Convención. El Magistrado Owada destaca que la violación de las obligaciones establecidas en los artículos 6 y 7 es una consecuencia jurídica dimanada directamente de la determinación de la Corte de que se produjo un incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 5, párrafo 2, de la Convención.

Respecto de la admisibilidad, el Magistrado Owada acepta la conclusión de la Corte de que las reclamaciones de Bélgica son admisibles, pero desea destacar que esa conclusión de la Corte se fundamenta en el razonamiento de que la legitimación de Bélgica dimana únicamente de su condición de Estado parte en la Convención. Al abordar la cuestión de la legitimación de Bélgica de esta manera, el Magistrado Owada observa que el fallo evita abordar frontalmente la reclamación primaria, aunque más controversial, de Bélgica sobre la cuestión de su legitimación en virtud de la Convención, es decir, la afirmación de que tenía el derecho de invocar la responsabilidad del Senegal por tratarse de un “Estado lesionado” en virtud del artículo 42 b) i) de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados.

El Magistrado Owada destaca que la consecuencia jurídica de adoptar ese criterio es que Bélgica está legitimada en su condición de Estado parte en la Convención, al igual que cualquier otro Estado parte, y solo puede insistir en el cumplimiento por el Senegal de las obligaciones dimanadas de la Convención. Tampoco puede ir más allá. Según el Magistrado Owada, como en el fallo no se ha abordado la reclamación de Bélgica de que puede adoptar una posición en particular en su condición de Estado lesionado, Bélgica no está en condiciones de reclamar la extradición del Sr. Habré con arreglo al artículo 5, párrafo 2, de la Convención, ni de exigir una notificación inmediata en su condición de Estado parte, a la cual tiene derecho con arreglo al artículo 6, párrafo 4, de la Convención.

El Magistrado Owada añade que, en todo caso, la situación jurídica con arreglo a la Convención es que, tal como se señala claramente en el fallo, la extradición es nada más que una opción que tiene el Estado en cuyo territorio se halle el presunto delincuente, y no una obligación. El Magistrado Owada destaca que, en todo caso, la legitimación de Bélgica según se reconoce en el presente fallo no le permite reclamar ningún interés especial con arreglo a lo establecido en el artículo 5 de la Convención. En consecuencia, el Magistrado Owada concluye que la solicitud hecha por Bélgica en el párrafo 2 b) de sus presentaciones finales, en que solicita a la Corte que falle y declare que el Senegal debe extraditar sin más trámite al Sr. Habré a Bélgica, no puede aceptarse en virtud de ese fundamento.

Opinión separada del Magistrado Abraham

En su opinión separada, el Magistrado Abraham en primer lugar establece los fundamentos en virtud de los cuales la Corte, en su opinión, debió haberse basado para establecer su competencia para entender en las reclamaciones de Bélgica relativas al derecho internacional consuetudinario. El Magistrado Abraham considera que la Corte determinó erróneamente que no existía controversia entre las partes respecto de este aspecto de la reclamación de Bélgica. Como norma general, las condiciones que rigen la competencia la Corte se deben satisfacer al momento en que se interpone

la demanda, pero el Magistrado Abraham recuerda que la Corte acepta que una condición que inicialmente no existía se puede satisfacer en el curso del proceso. En el presente caso, los intercambios entre las partes ante la Corte respecto de las reclamaciones de Bélgica dimanadas del derecho internacional consuetudinario demuestran que al momento de dictarse el fallo claramente existía una controversia sobre este aspecto del caso, aun cuando la existencia de esa controversia no se había establecido cuando la causa se sometió a la Corte. El Magistrado Abraham concluye en consecuencia que la Corte debió haber determinado que era competente en razón de las declaraciones facultativas hechas por las partes en virtud del Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte, a fin de entender en la parte de la reclamación relativa a los presuntos incumplimientos de obligaciones dimanadas del derecho internacional consuetudinario.

Además, el Magistrado Abraham opina que la Corte, al considerar el fondo de la cuestión, no podía hacer lugar a las reclamaciones de Bélgica sobre este aspecto de la causa. En su opinión, en la actualidad no existe norma consuetudinaria que obligue a los Estados a enjuiciar en sus tribunales internos a personas sospechadas de haber cometido crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o genocidio cuando el presunto delito se produjo fuera del territorio del Estado y ni el autor ni las víctimas son nacionales de ese Estado, sin que importe que el sospechoso se encuentre o no en el territorio del Estado en cuestión. En consecuencia, las reclamaciones presentadas por Bélgica con fundamento en el derecho internacional consuetudinario estaban, de todas maneras, destinadas a ser rechazadas.

Opinión separada del Magistrado Skotnikov

El Magistrado Skotnikov respalda las conclusiones de la Corte establecidas en su párrafo dispositivo. Sin embargo, considera que la Corte se ha equivocado respecto de los fundamentos en que basa su determinación de que las reclamaciones de Bélgica son admisibles

En opinión del Magistrado Skotnikov, la Corte debió haberse limitado a observar que Bélgica instauró un proceso penal contra Sr. Habré, con arreglo a su legislación en vigor; que solicitó al Senegal que extraditara a Bélgica al Sr. Habré; y que celebró negociaciones diplomáticas con el Senegal en el objeto de que se enjuiciara al Sr. Habré en el Senegal o que se lo extraditara a Bélgica.

En cambio, la Corte decidió concluir que cualquier Estado parte en la Convención contra la Tortura está legitimado ante la Corte para invocar la responsabilidad de cualquier otro Estado parte. Ello permite a la Corte evitar tener que considerar en la etapa del examen del fondo de la cuestión si Bélgica ha establecido su competencia respecto del Sr. Habré con arreglo al artículo 5, párrafo 1, de la Convención, a pesar de que ninguna de las presuntas víctimas que presentó denuncias contra el Sr. Habré era de nacionalidad belga al momento en que se produjeron los presuntos delitos. La

cuestión está directamente relacionada con la validez de la solicitud de Bélgica de que se extradite al Sr. Habré.

Durante la etapa oral, Bélgica confirmó que comparecía ante la Corte en su condición de Estado lesionado. Como alternativa, Bélgica, al responder a una pregunta formulada por uno de los magistrados, afirmó su legitimación como parte distinta de la de un Estado lesionado. En sus presentaciones finales, Bélgica claramente se colocó como Estado lesionado, es decir, como parte con un interés especial en que el Senegal cumpliera lo establecido en la Convención. En consecuencia, resulta sorprendente la decisión de la Corte de no pronunciarse sobre la cuestión de si Bélgica tiene un interés especial en que el Senegal cumpla las disposiciones pertinentes de la Convención en el caso del Sr. Habré. Una consecuencia inevitable de esa decisión es que sigue sin resolverse la cuestión de la validez de la solicitud de extradición hecha por Bélgica.

El Magistrado Skotnikov considera que la conclusión de la Corte de que Bélgica, simplemente en su condición de Estado parte en la Convención contra la Tortura, está legitimada para invocar la responsabilidad del Senegal por el presunto incumplimiento de las obligaciones que le incumben en razón de que los Estados parte tienen un interés común en lograr los objetivos de la Convención no está debidamente explicada, ni tampoco justificada.

Ciertamente, las obligaciones debidas por cualquier Estado parte a los demás Estados parte figuran en numerosos instrumentos, en particular los relativos a la protección de los derechos humanos. El Magistrado Skotnikov cuestiona que ello lleve la conclusión de que el interés común de los Estados parte en asegurar la prevención de actos de tortura es exactamente lo mismo que el derecho de cualquier Estado parte de invocar la responsabilidad de otro Estado parte ante la Corte, con arreglo a la Convención contra la Tortura, por una presunta violación de obligaciones *erga omnes partes*. La posición adoptada por la Corte en el sentido de que todos los Estados parte tienen ese derecho no se basa en la interpretación de la Convención. De hecho, sus disposiciones, que permiten a cualquier Estado parte eximirse de rendir cuentas ante la Corte, así como eludir el escrutinio del Comité contra la Tortura, apuntan en la dirección contraria.

El Magistrado Skotnikov observa que en el fallo no se cita precedente alguno en el cual un Estado haya instaurado una causa ante esta Corte o cualquier otro organismo internacional respecto de presuntas violaciones de una obligación *erga omnes partes* únicamente con el fundamento de ser parte de un instrumento similar a la Convención contra la Tortura. Tampoco hace referencia al proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en 2001, en que no se presta apoyo a la posición de la Corte. En los comentarios al proyecto de artículos, la Comisión afirma en términos carentes de ambigüedad que:

“A fin de tomar esas medidas, es decir de invocar la responsabilidad en el sentido de los artículos, se requiere un derecho más específico. En particular, para que un Estado invoque la responsabilidad por cuenta propia, debe tener un derecho específico a hacerlo, es decir, un derecho a la acción que le haya conferido específicamente un tratado, o bien debe ser considerado como Estado lesionado.”

La Convención contra la Tortura no otorga a los Estados parte ese derecho a la acción.

En consecuencia, el Magistrado Skotnikov, concluye con pesar que los argumentos esgrimidos en apoyo de la correcta decisión de la Corte respecto de la admisibilidad de las reclamaciones de Bélgica no parecen estar fundados ni en el derecho convencional ni en el consuetudinario.

Opinión separada del Magistrado Cançado Trindade

1. En su opinión separada, compuesta de 16 partes, el Magistrado Cançado Trindade comienza explicando que, aunque concurrió con su voto en la aprobación del presente fallo en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar*, apoyando la determinación de la Corte Internacional de Justicia de que se cometieron violaciones de los artículos 6, párrafo 2, y 7, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura de 1984, su afirmación de la necesidad imperiosa de adoptar medidas para que se cumpla el deber de juzgar establecido en virtud de la Convención, y su reconocimiento correcto de la prohibición absoluta de la tortura como norma de *jus cogens*, considera que en dos ocasiones el razonamiento de la Corte no resultó coherente con sus propias conclusiones y respecto del cual tiene una opinión diferente, a saber: la competencia de la Corte respecto de las obligaciones establecidas en virtud del derecho internacional consuetudinario, y la manera en que se aborda el factor tiempo en la Convención contra la Tortura.

2. En consecuencia, se considera obligado a dejar constancia del fundamento de su propia opinión personal al respecto, al igual que sobre otras cuestiones conexas. Sus reflexiones, que figuran en la presente opinión separada, se refieren, según indica en la parte I, a consideraciones a nivel fáctico, conceptual y epistemológico, en distintos aspectos en que considera que el razonamiento de la Corte no es enteramente satisfactorio ni completo. En cuanto a las consideraciones de hecho, comienza examinando los antecedentes de hecho de la presente causa, según se informa en las conclusiones (de 1992) de la Comisión de Investigación del Chad en lo que respecta al régimen de Habré en el Chad (parte II).

3. Esas conclusiones, a que tanto hacen referencia Bélgica como el Senegal en las etapas escrita y oral del proceso ante la presente Corte, comprenden: a) los órganos de represión del régimen de Habré en el Chad (1982 a 1990); b) la práctica sistemática de tortura a personas detenidas arbitra-

riamente; c) ejecuciones extrajudiciales y sumarias; y d) matanzas y exterminio intencional de personas presuntamente opuestas al régimen. Según el *Informe* de 1992 de la Comisión de la Verdad del Ministerio de Justicia del Chad, a que hacen referencia tanto Bélgica como el Senegal, las numerosas y graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario cometidas durante el régimen de Habré dejaron más de 40.000 víctimas, más de 80.000 huérfanos, más de 30.000 viudas y más de 200.000 personas sin apoyo moral o material a resultas de esa represión.

4. A continuación el Magistrado Cançado Trindade examina la decisión (de 19 de mayo de 2006) del Comité contra la Tortura, de las Naciones Unidas, en la causa (iniciada por las presuntas víctimas el 18 abril 2001) *Soulemayne Guengueng y otros contra el Senegal* (parte III). Los peticionarios o autores de la comunicación eran nacionales del Chad que vivían en el Chad, que afirmaban ser víctimas de un incumplimiento por el Senegal del artículo 5, párrafo 2, y del artículo 7 de la Convención contra la Tortura. El Comité, después de hacer referencia a las conclusiones del informe de 1992 de la Comisión de la Verdad del Chad (*supra*) y de recordar además las iniciativas de adopción de medidas judiciales (a partir del año 2000) por parte de las presuntas víctimas contra el señor H. Habré en el Senegal y en Bélgica, consideró que la comunicación o petición era admisible y estableció que el principio de la jurisdicción universal enunciada el artículo 5, párrafo 2, y el artículo 7 de la Convención entrañaba que la jurisdicción de los Estados parte se debe ampliar “a autores potenciales que se encuentren en situaciones similares a las de los autores de la presente queja”.

5. En cuanto al fondo, el Comité determinó que el Senegal no había cumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 5, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura; el Comité estableció que el “plazo razonable” dentro del cual el Estado parte debió haber cumplido la obligación que le imponía el artículo 5, párrafo 2, de la Convención había vencido “desde hace tiempo”. El Comité determinó que el Senegal tenía la obligación de juzgar al Sr. H. Habré por presuntos actos de tortura; como hasta el momento el Senegal no había decidido ni juzgarlo ni extraditarlo, el Comité determinó que también había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 7 de la Convención. En consecuencia, el Comité concluyó que el Senegal infringió el artículo 5, párrafo 2, y el artículo 7 de la Convención, una decisión de particular importancia en la causa que la Corte tiene ante sí.

6. A continuación, todavía respecto de las consideraciones fácticas, el Magistrado Cançado Trindade examina las respuestas ofrecidas por Bélgica y el Senegal a las preguntas que consideró apropiado hacer a ambas partes (parte IV) al final de las vistas públicas celebradas en la Corte (el 16 de marzo de 2012). El valor probatorio de las pruebas producidas e invocadas por las partes parece claro; en todo caso, añade, corresponderá el tribunal competente al que final-

mente se encomiende el enjuiciamiento del señor H. Habré pronunciarse sobre la cuestión. Pasando a la “búsqueda constante de la realización de la justicia” en la presente causa, el Magistrado Cançado Trindade examina (parte VI): a) las medidas judiciales en los tribunales internos (en el Senegal y Bélgica); b) las solicitudes de extradición formuladas por Bélgica; c) las iniciativas en el plano internacional (por ejemplo, Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos; Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental [CEDEAO]; Comité contra la Tortura, de las Naciones Unidas, y Relator de la Convención contra la Tortura sobre el seguimiento de las comunicaciones o peticiones; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos); c) iniciativas de las entidades de la sociedad civil africana; y d) iniciativas y actividades de la Unión Africana (parte VII).

7. Pasando a su examen realizado a nivel conceptual y epistemológico, el Magistrado Cançado Trindade opina (parte V) que las obligaciones del Estado (en virtud de las convenciones de protección de la persona humana) de prevenir, investigar y sancionar las violaciones graves de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional “no son simples obligaciones de conducta, sino más bien obligaciones de resultado”, ya que “estamos frente a normas imperativas de derecho internacional que salvaguardan los derechos fundamentales de la persona humana... En la esfera del *jus cogens*, como la prohibición absoluta de la tortura, las obligaciones del Estado son de debida diligencia y de resultado” (párr. 44). De lo contrario, añade, “quedarían las puertas abiertas para la impunidad. La manera en que se ha tramitado la causa del Sr. Hissène Habré hasta la fecha es una advertencia en tal sentido” (párr. 45).

8. Explica además que la distinción hecha precedentemente entre los dos tipos de obligación “introduce un cierto hermetismo en la doctrina clásica sobre la cuestión, generando alguna confusión” (dimanada de una transposición indebida al derecho internacional de una distinción propia del derecho civil o de las obligaciones), y que no parece muy útil en la esfera de la protección internacional de los derechos humanos (párrs. 46 y 47). En consecuencia, afirma que no sorprende encontrar que dicha distinción ha sido muy criticada por la doctrina jurídica y que no ha tenido consecuencias significativas en la jurisprudencia internacional. Las obligaciones de naturaleza imperativa deben cumplirse, habida cuenta de los principios fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y uno de esos principios es el respeto de la dignidad de la persona humana.

9. La prohibición absoluta de cometer violaciones graves de derechos humanos (como la tortura) entraña obligaciones que solo pueden ser de *resultado*, dotadas de un carácter necesariamente objetivo. En el marco de las normas internacionales de derechos humanos, entre las que se encuentra la Convención contra la Tortura, el Magistrado Cançado Trin-

dade afirma: “no es que el resultado esté condicionado por la conducta del Estado, si no exactamente lo contrario, *es la conducta del Estado la que está condicionada por el logro del resultado que tienen por objetivo las normas de protección de la persona humana*. La conducta del Estado debe propiciar el cumplimiento de la obligación de resultado (en el caso que se examina, la proscripción de la tortura)” (párr. 50).

10. El Magistrado Cançado Trindade destaca la urgencia manifiesta que se observa en la presente causa (que afecta a víctimas sobrevivientes de la tortura o a sus familiares cercanos), a partir de la providencia de la Corte de 28 de mayo de 2009; en su opinión, como sostuvo en su (anterior) opinión disidente anexa a esa providencia, la Corte debió en aquel entonces haber indicado medidas provisionales de protección (parte VIII) a fin de evitar todas las incertidumbres que se han producido desde entonces, y asumir el rol de garante en virtud de la Convención contra la Tortura. En su opinión, la Corte se equivocó al no haber ordenado medidas provisionales de protección, tales como:

“La promesa de un gobierno (cualquier gobierno o cualquier Estado de cualquier parte del mundo) no basta para borrar la urgencia de una situación, en particular cuando están en juego los derechos fundamentales de la persona humana (como el derecho a la realización de la justicia). Ordenar medidas provisionales de protección (...) propicia el imperio de la ley a nivel internacional” (párr. 76).

11. El Magistrado Cançado Trindade critica además la actitud de “*laissez passer*” de la providencia de la Corte de 28 de mayo de 2009; en sus propias palabras:

“Los actos unilaterales de los Estados —por ejemplo, entre otras cosas, las promesas— se conceptualizan en el marco tradicional de las relaciones entre Estados, a fin de extraer sus efectos jurídicos, habida cuenta la descentralización del ordenamiento jurídico internacional. En la presente causa, nos encontramos en un contexto completamente diferente, el de obligaciones objetivas establecidas en virtud de una convención normativa, una de las más importante de las Naciones Unidas, en la esfera de la protección internacional de los derechos humanos, que consagra una prohibición absoluta de *jus cogens*: la Convención contra la Tortura. En el ámbito de esas obligaciones, un compromiso o una promesa hecha en el curso de un proceso judicial ante la Corte no elimina los requisitos previos (de urgencia y de probabilidad de daño irreparable) para que la Corte indique medidas provisionales” (párr. 79).

12. Añade que por lo menos la Corte Internacional de Justicia reconoció la urgencia de la situación: esa urgencia está subyacente en su actual fallo sobre el fondo de la causa, en que determinó que el Senegal violó el artículo 6, párrafo 2, y el artículo 7, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura, y tiene la obligación de adoptar “sin más demora” las medidas necesarias para someter la causa contra el Sr. H. Habré a sus

autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento (párrafo 121 y parte dispositiva).

13. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade analiza una cuestión a la que otorga la mayor importancia: la prohibición absoluta de la tortura en el ámbito del *jus cogens* (párrafo IX). Para comenzar, destaca la conformación de un verdadero régimen internacional contra la tortura, del que encuentra expresiones tanto en el plano normativo como en el jurisprudencial. En tal sentido, en primer lugar examina los instrumentos internacionales sobre el tema, en que se demuestra que la tortura está claramente prohibida por constituir una violación grave de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario internacional, así como del derecho internacional penal: en su opinión, existe aquí una convergencia normativa en tal sentido. En segundo lugar, examina la jurisprudencia internacional pertinente en que se reconoce judicialmente la existencia de tal régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura.

14. En una secuencia lógica, el Magistrado Cançado Trindade aborda los valores humanos fundamentales subyacentes en esa prohibición, después de observar que “se ha llegado a la actual prohibición absoluta (*jus cogens*) de la tortura por la conciencia que se tiene del horror y la inhumanidad de esta práctica. Los testimonios de las víctimas de tortura —como los prestados en los procedimientos de los tribunales contemporáneos internacionales de derechos humanos— dan cuenta de ello” (párr. 92) y de sus consecuencias devastadoras. Añade además que:

“El principio básico de humanidad, enraizado en la conciencia humana, se ha levantado y se enfrenta a la tortura. En efecto, en nuestra época, la prohibición de *jus cogens* de la tortura dimana en definitiva de la conciencia jurídica universal y encuentra su expresión en el *corpus juris gentium*” (párr. 84).

15. Con fundamento en el examen que realiza de la jurisprudencia pertinente de los tribunales internacionales contemporáneos, el Magistrado Cançado Trindade advierte además que:

“En efecto, la práctica de la tortura, con toda su perversión, no se limita a las lesiones físicas que se infligen a la víctima; trata de aniquilar la identidad y la integridad de la víctima. Causa trastornos psicológicos crónicos que persisten indefinidamente, que no permiten a la víctima llevar una vida normal como antes. Las opiniones de peritos expresadas ante los tribunales internacionales uniformemente indican que la tortura agrava la vulnerabilidad de la víctima, causando pesadillas, pérdida de confianza en el prójimo, hipertensión y depresión; una persona torturada en la cárcel o cuando está detenida pierde la dimensión espacial e incluso la del tiempo mismo” (párrafo 98).

16. En su siguiente línea argumental (parte X), el Magistrado Cançado Trindade observa que, como la Convención

contra la Tortura establece la prohibición absoluta de la tortura, con lo cual entra en la esfera del *jus cogens*, de la Convención dimanando obligaciones *erga omnes partes*. Recuerda que, significativamente, ello fue reconocido expresamente por las dos partes en la causa, Bélgica y el Senegal, en los procedimientos ante la Corte, en respuesta a una pregunta que formuló a ambas en la vista pública de la Corte celebrada el 8 de abril de 2009, en la etapa previa de medidas provisionales de protección.

17. Continúa afirmando que esas obligaciones *erga omnes partes* crecen en importancia frente a la *gravedad* del incumplimiento de la prohibición absoluta de la tortura, y conforman la *garantía colectiva* de los derechos protegidos en virtud de la Convención contra la Tortura. A continuación respalda la “expansión material” del *jus cogens* y de las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección “en sus dos dimensiones”, es decir, la horizontal (frente a la comunidad internacional en su conjunto) y la vertical (proyección en el derecho interno de la reglamentación de las relaciones, especialmente entre los particulares y el poder público del Estado).

18. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade destaca la *gravedad* de las violaciones de los derechos humanos en la práctica de la tortura, y la lucha imperiosa contra la impunidad (parte XI). La *garantía colectiva* de los derechos humanos protegidos en virtud de tratados de derechos humanos se ideó a fin de afrontar la crueldad humana y luchar contra ella en función del criterio de la gravedad. En ese mismo orden de ideas, se sostiene ampliamente la inadmisibilidad de la impunidad para los autores. En tal sentido, el Magistrado Cançado Trindade analiza las posiciones adoptadas en distintas ocasiones por el Chad respecto de la impunidad en el caso del Sr. H. Habré. Agrega que “la impunidad, además de ser un mal que corroe la confianza en las instituciones públicas”, sigue constituyendo un obstáculo que los órganos internacionales de supervisión “todavía no han podido superar plenamente” (párr. 124).

19. Observa además que la Corte, en el párrafo 68, captura la *razón de ser* de la Convención contra la Tortura (párrs. 122 y 123), que desnacionaliza la protección y afirma el principio de la jurisdicción universal. Añade que, sin embargo, al actuar de esa manera, la Corte “no resiste la tentación de citarse a sí misma, rescatando su propio lenguaje de años o décadas de antigüedad”, como la invocación del “interés jurídico” (en el célebre *obiter dictum* de la causa *Barcelona Traction* de 1970), o el “interés común” (expresión utilizada en el pasado en contextos diferentes). El Magistrado Cançado Trindade afirma posteriormente que:

“A fin de reflejar de una manera totalmente fiel la razón de ser de la Convención contra la Tortura, la Corte, en mi opinión, debió haber ido un poco más lejos: más allá de un “interés común”, los Estados parte en la Convención han formulado un *compromiso común* para que las disposiciones pertinentes de la Convención tengan un efecto

útil; han convenido en ejercer su *garantía colectiva* a fin de poner fin a la impunidad de los autores de tortura, para que desaparezca del mundo ese crimen odioso. *Nos encontramos aquí en la esfera de las obligaciones*, más que de los intereses. Esas obligaciones dimanando de la prohibición de *jus cogens* de la tortura” (párr. 123).

20. El Magistrado Cançado Trindade concluye esta parte de su opinión separada examinando la lucha contra la impunidad en la normativa de las Naciones Unidas. Recuerda las disposiciones pertinentes, en tal sentido, del documento final de la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), la *Declaración y Programa de Acción de Viena*, y la labor posterior, en cumplimiento de esas disposiciones, realizada por la [anterior] Comisión de Derechos Humanos y la [anterior] Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos que, por ejemplo, prepararon en 1997 el *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* (reafirmados por la Comisión en 2005), entre otras iniciativas. Además de varias resoluciones pertinentes de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, también se hace referencia a la *Observación general No. 31* (de 2004) del Comité de Derechos Humanos (órgano supervisor del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

21. En la parte XII de su opinión separada, el Magistrado Cançado Trindade recuerda que la prohibición de la tortura (que consagra valores humanos fundamentales) es parte tanto del derecho internacional *convencional* como del *consuetudinario*. En tal sentido, hace referencia al estudio de 2005 sobre el *Derecho internacional humanitario consuetudinario* realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y a la *Observación general No. 2* (de 2008) del Comité contra la Tortura. Luego señala a la atención la cuestión de que la determinación de la Corte respecto de la existencia de una controversia se basó exclusivamente en consideraciones de hecho de la causa. En su opinión, ello es *distinto del examen por la Corte de si existe un fundamento jurídico para su competencia* (con arreglo al artículo 30, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura) respecto de denuncias de presuntas violaciones de obligaciones de derecho internacional consuetudinario.

22. En su opinión, de esa manera la Corte declaró incorrectamente que no era competente para entender en las presuntas violaciones por un Estado de las presuntas obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional consuetudinario (por ejemplo, enjuiciar a los autores de crímenes internacionales básicos, como los que se plantean en esta causa). En su opinión, lo que la Corte realmente quiso decir es que *no existía un objeto material para el ejercicio de su jurisdicción* respecto de las obligaciones dimanadas del derecho internacional consuetudinario, más que carecía de jurisdicción *per se*. La conclusión de que, en las circunstancias de la presente causa, no existe una controversia entre las

partes sobre el asunto en cuestión no entraña necesariamente que, como cuestión de derecho, la Corte automáticamente carece de jurisdicción, que debe ejercerse respecto de la determinación de la existencia de una controversia relativa al cumplimiento de presuntas obligaciones en virtud del derecho internacional consuetudinario.

23. En la parte siguiente (XIII) de su opinión separada, el Magistrado Cançado Trindade se refiere al desfase que se debe superar entre los plazos de la justicia humana y los de los seres humanos, a fin de evitar más demoras indebidas en la realización de la justicia en la presente causa. Luego advierte que:

“No se puede perder de vista que quienes afirman haber sido víctimas de las atrocidades denunciadas del régimen de Habré en el Chad (1982 a 1990) han estado esperando que se haga justicia por más de dos decenios, y se les sumaría todavía más injusticias si su calvario se prolongara al plantearseles nuevos obstáculos (...)

(...) Las víctimas de una infracción tan grave de sus derechos inherentes (como la tortura), que además no tienen acceso a la justicia (*lato sensu*, es decir, que la justicia no se ha realizado), también son víctimas de una violación *continua* (denegación de justicia) que debe ser tenida en cuenta en su conjunto, sin la imposición de plazos que desnaturalicen esa violación continua, hasta que cese esa violación.

El paso del tiempo tampoco debe dar lugar a la impunidad; no se puede imponer el olvido, mucho menos cuando afrontamos una violación tan grave de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional como la tortura. El imperativo de preservar la integridad de la dignidad humana está muy por encima de los reclamos de no irretroactividad y/o prescripción. Ha llegado el momento de superar el lamentable desfase que existe entre los plazos de la justicia humana y los de los seres humanos. El artículo 5, párrafo 2, el artículo 6, párrafo 2, y el artículo 7, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura que están interrelacionados, prohíben las demoras indebidas; si, a pesar de las exigencias allí establecidas, se produce una demora indebida, se ha producido un incumplimiento de esas disposiciones de la Convención contra la Tortura. Claramente, eso es lo que ha sucedido en la presente causa, en la medida en que ello se refiere al artículo 6, párrafo 2, y el artículo 7, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura, como correctamente sostuvo esta Corte” (párrs. 147 a 149).

24. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, en esta esfera de protección, el tiempo debe ser tenido en cuenta *pro persona humana, pro victima*. En cuanto al principio *aut dedere aut judicare*, establecido en el artículo 7, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura, el segmento *aut judicare* está inextricablemente conexo a la exigencia de que no se produzcan demoras indebidas. En tal sentido, el fallo reciente (de 2010) del Tribunal de Justicia de la Comunidad

Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO) no puede ser considerado como un obstáculo para que el Senegal cumpla la obligación que le incumbe en virtud del artículo 7 de la Convención contra la Tortura. En su opinión, una decisión superviniente de un tribunal internacional (el Tribunal de Justicia de la CEDAO) no puede afectar la función judicial en curso de otro tribunal internacional (la Corte Internacional de Justicia), que está cumpliendo su obligación de pronunciarse sobre la interpretación y aplicación de la Convención contra la Tortura, una de las convenciones básicas de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, a fin de asegurar que se haga justicia.

25. En opinión del Magistrado Cançado Trindade “los tribunales internacionales coexistentes desempeñan una misión común de impartir justicia, de contribuir al objetivo común de la realización de la justicia. Con toda propiedad, debe considerarse que las decisiones de los tribunales internacionales contribuyen a ese objetivo, y no a difundir la discordia”. Añade que “se produce aquí una convergencia, más que una divergencia, del *corpus juris* de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional penal, para su interpretación y aplicación correctas por los tribunales internacionales” (párr. 157).

26. Considera que el párrafo 99 del presente fallo, en que la Corte reconoce expresamente que “la prohibición de la tortura es parte del derecho internacional consuetudinario y ha pasado a ser una norma imperativa (*jus cogens*)”, es uno de sus pasajes más importantes (parte XIV). En consecuencia, afirma que la Corte no debió haber rápidamente dado un giro y añadir a su razonamiento la cuestión de la irretroactividad; lo hizo *sponte sua*, sin que se hubiera pedido que se pronunciara sobre la cuestión, ajena a la Convención contra la Tortura, ni por Bélgica ni por el Senegal. Lamentablemente, realiza entonces una “interpretación regresiva” del artículo 7, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura.

27. La Corte procedió de esa manera a pesar de que la Convención contra la Tortura, a diferencia de otros tratados, no establece ni contiene ninguna limitación temporal ni expresa ninguna indicación sobre la irretroactividad. Lo hizo citando una decisión más antigua (de 1989) del Comité contra la Tortura, de las Naciones Unidas, que se adecuaba a sus argumentos y, al mismo tiempo, no tuvo en cuenta o no valoró adecuadamente decisiones más recientes *a contrario sensu* del Comité (véanse las causas *B. Ltaief* y *S. Guenguen*, de 2003 y 2006, respectivamente), en que el Comité revocó su decisión anterior en que la Corte fundamentó su razonamiento. Además, las dos partes en la presente causa, Bélgica y el Senegal, convinieron en que la obligación establecida por el artículo 7, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura se podía aplicar a delitos cometidos antes de que la Convención entrara en vigor para los Estados del caso.

28. Continúa diciendo que, sin embargo, la Corte “procedió a imponer una limitación temporal *contra legem* a la obligación de enjuiciar establecida en el artículo 7, párrafo 1,

de la Convención contra la Tortura”. No tuvo en cuenta otra cuestión, que “la ocurrencia de la práctica sistemática de tortura conforma *situaciones continuas* en violación de la Convención contra la Tortura, que deben ser consideradas en su conjunto, sin limitaciones temporales que las desnaturalicen, hasta que cesen” (párrafo 165). La Corte tampoco tuvo en cuenta que: a) los criterios aplicados en el derecho penal interno y en el derecho penal internacional contemporáneo son diferentes respecto de las excepciones de irretroactividad; y b) que la cuestión de la irretroactividad se ha convertido en una cuestión abstracta porque el crimen de tortura ya había sido prohibido por el derecho internacional consuetudinario (como en la presente causa) al momento de su comisión repetida o sistemática.

29. Por último, y en resumen, el Magistrado Cançado Trindade concluye al respecto que:

“En esta cuestión en particular, la Corte aplicó un razonamiento característicamente voluntarista, centrado en la voluntad de los Estados, dentro de los límites de la dimensión estricta y estática entre Estados. Pero la Convención contra la Tortura (el derecho aplicable en la presente causa) se centra más bien en los seres humanos que han sido víctimas de esa práctica, que necesitan protección. También le preocupa garantizar que no se repita el crimen de tortura y, con ese fin, refuerza la lucha contra la impunidad. La conciencia humana está por encima de la voluntad de los Estados. (...)

En consecuencia, no se adecuaría al objetivo y propósito de la Convención contra la Tortura que sus presuntos autores pudieran eludir su aplicación cuando se hallaran en un Estado respecto del cual la Convención solo ha entrado en vigor después de ocurridos los presuntos actos delictivos (a resultas de la limitación temporal que la Corte lamentablemente encuentra en el artículo 7, párrafo 1). Todavía peor, aunque en el presente fallo correctamente se reconoce que la prohibición de la tortura ha alcanzado la condición de norma de *jus cogens* (párr. 99), inmediatamente después no analiza las consecuencias necesarias de su propia determinación, al haber limitado indebidamente el alcance temporal de la aplicación de la Convención contra la Tortura. La Corte ha insistido en no prestar atención o ignorar la persistencia de una *situación continua* en violación del *jus cogens*” párrs. 166 y 168).

30. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade pasa a hacer consideraciones sobre la justicia restaurativa (parte XV). En su entender, la cada vez mayor conciencia que existe actualmente respecto de las víctimas que sufren estos graves incumplimientos de sus derechos inherentes, al igual que la obligación correspondiente de indemnizarlos, demuestra que, en nuestros días, se trata de una cuestión que preocupa legítimamente a la comunidad internacional, que considera a las víctimas individuales miembros de la humanidad en su conjunto. A ello han contribuido en gran parte los últimos adelantos en las normas internacionales de

derechos humanos y en el derecho penal internacional contemporáneo.

31. Continúa diciendo que, aparentemente, la justicia restaurativa (presente en las tradiciones jurídicas y culturales antiguas y modernas) está reverdeciendo en nuestros tiempos, y la atención está pasando de la sanción al autor (aspecto central de la justicia retributiva) a también ofrecer un remedio a las víctimas individuales. Parece así que “quizás la justicia restaurativa se había apagado” (hasta mediados del siglo XX), pero “no se desvaneció”. En opinión del Magistrado Cançado Trindade:

“En la segunda mitad del siglo XX, la considerable evolución del *corpus juris* de las normas internacionales de derechos humanos, esencialmente orientadas a la víctima, alentaron una nueva oleada de justicia restaurativa, que presta atención a las necesidades de rehabilitación de las víctimas (de la tortura). Su proyección actual sin precedentes en la esfera de la justicia penal internacional, en los casos de los crímenes internacionales básicos, nos hacen ponderar si es que no estamos en presencia de la confirmación de un nuevo capítulo de la historia de la justicia restaurativa.

(...) Parecería que, después de todo, la realización de la justicia es una forma de reparación, en que, en la medida de lo posible, se rehabilita a las víctimas (de la tortura). (...) Considero que la justicia restaurativa está centrada necesariamente en la rehabilitación de las víctimas de la tortura, a fin de que puedan soportar seguir manteniendo una relación con sus congéneres y, en definitiva, seguir viviendo en este mundo” (párrs. 171 y 172).

32. Considera que la justicia restaurativa adquiere mayor importancia en los casos de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, de la integridad de los seres humanos, como la “abominable práctica de la tortura”; la indemnización a las víctimas naturalmente prevé su rehabilitación. La naturaleza de la indemnización a las víctimas como manera de resarcimiento está ya reconocida tanto en la esfera de las normas internacionales de derechos humanos como en el derecho penal internacional contemporáneo (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional). Sin embargo, añade, “la cuestión es susceptible de ser más desarrollada, teniendo presente la vulnerabilidad de las víctimas y la gravedad del daño que han sufrido. En lo que respecta a la causa que la Corte tiene ante sí, la posición central la ocupa la persona humana, la víctima, más que el Estado” (párr. 174).

33. Por último, el Magistrado Cançado Trindade formula sus conclusiones finales (parte XVI). Alienta la esperanza de que el presente fallo de la Corte, que establece violaciones del artículo 6, párrafo 1, y del artículo 7, párrafo 1, de la Convención de la Tortura, y que afirma la obligación de juzgar allí establecida, contribuirá a que el tiempo funcione *pro persona humana, pro victima*. En esta segunda década del siglo XXI, después de una historia demasiado larga, parece que el principio de la jurisdicción universal, según se

establece en la Convención contra la Tortura (artículo 5, párrafo 2; artículo 7, párrafo 1), está alimentado por el ideal de una justicia universal, sin límites temporales (pasado o futuro) ni espaciales (por ser transfronteriza). Añade, además, que trasciende la dimensión interestatal, ya que su propósito es salvaguardar no solo los intereses de los Estados individuales, sino más bien los valores fundamentales compartidos por la comunidad internacional en su conjunto. En su opinión, lo que sobresale por encima de todo es el imperativo de la justicia universal, de conformidad con el pensamiento iusnaturalista.

34. Afirma que, en este horizonte nuevo y más amplio de un derecho internacional universalista, el nuevo *jus gentium* universal de nuestros tiempos, que nos hace recordar el *totus orbis* de Francisco de Vitoria y la *societas generis humani* de Hugo Grotius, el *jus cogens* ha hecho su presencia mediante la prohibición absoluta de la tortura, haciendo imperativo juzgar los casos de crímenes como la tortura, que “conmocionan la conciencia de la humanidad”. Después de todo, en nuestra época se reconoce que la tortura constituye un incumplimiento grave de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, y está prohibida por el derecho convencional y consuetudinario; cuando se la practica de manera sistemática, constituye un crimen de lesa humanidad. Ello “trasciende el antiguo paradigma de la soberanía del Estado: se tiene presente que las víctimas individuales pertenecen a la humanidad; y esta reacciona, conmovida por la perversidad e inhumanidad de la tortura” (párr. 178).

35. En su opinión, el advenimiento de las normas internacionales de derechos humanos “ha alentado la expansión de la personalidad y responsabilidad jurídica internacional, y la evolución en la esfera de la indemnización (en todas sus formas) debida a las víctimas de violaciones de los derechos humanos. (...) Este desarrollo tiene consecuencias directas en la indemnización debida a las víctimas de tortura” (párr. 179). Considera también que la rehabilitación de las víctimas cumple aquí una función importante:

“trayendo a la palestra una visión renovada de la justicia restaurativa. En efecto, la justicia restaurativa, de viejas raíces (que se remonta a milenios en el pasado y que se manifiesta en tradiciones jurídicas y culturales de todo el mundo) aparentemente ha vuelto a florecer en nuestra época. En mi opinión, ello se debe al reconocimiento de que: a) un crimen como la tortura, practicado sistemáticamente, tiene efectos profundos no solo en las víctimas y sus familiares, sino también en el medio social; b) la sanción a los autores no se puede disociar de la rehabilitación de las víctimas; c) pasa a ser de la mayor importancia procurar que se repare el daño causado a las víctimas; d) en la jerarquía de valores, reparar el daño causado está por encima de la sanción; y e) en el proceso jurídico, el lugar central lo ocupa la víctima, la persona humana, más que el Estado (con su monopolio sobre las sanciones)” (párr. 180).

36. Según el Magistrado Cançado Trindade, con la toma de conciencia de que la realización de la justicia, y en particular el reconocimiento judicial del sufrimiento de las víctimas, es una forma de reparación a la que estas tienen derecho, hemos pasado del *jus dispositivum* al *jus cogens*, más allá de la tradicional perspectiva interestatal. Son las propias víctimas, y no sus Estados, quienes ocupan el lugar central; “si no se hubiera superado la dimensión interestatal, no se habrían producido grandes avances en este ámbito” (párr. 181). El Magistrado Cançado Trindade añade que:

“ciertamente el *jus cogens* existe en beneficio de los seres humanos y, en definitiva, de la humanidad. La tortura está absolutamente prohibida en todas sus formas, sin que importen los neologismos equívocos y nocivos a que se recurre en una tentativa por eludir esta prohibición” (párr. 182).

37. Según el Magistrado Cançado Trindade, la prohibición de *jus cogens* de la tortura no tiene limitaciones temporales ni espaciales; ha descartado todas esas limitaciones, con el firme apoyo que ha recibido de una tendencia lúcida del pensamiento jurídico internacional. Este último “rápidamente ha descartado las limitaciones y la cortedad de miras (espacial y temporal) del positivismo jurídico, y también ha desechado la miopía y falacia del llamado ‘realismo’” (párr. 183). En opinión del Magistrado Cançado Trindade, lo que tiene importancia capital son los *prima principia* (los principios generales del derecho), entre los que se encuentran los principios de humanidad y de respeto de la dignidad inherente de la persona humana (mencionados en la Convención contra la Tortura); “en consecuencia se rescata un contenido ético, que por fin se adscribe al *jus gentium* de nuestros tiempos” (párr. 184).

Opinión separada del Magistrado Yusuf

1. En su opinión separada, el Magistrado Yusuf expresa su opinión sobre tres aspectos fundamentales del fallo, a saber: que la Corte se haya fundado en el artículo 30 de la Convención contra la Tortura para establecer su competencia; la obligación del Senegal en virtud del artículo 6, párrafo 1, de la Convención y la investigación que realizó en el año 2000; y la interpretación de la Corte respecto de la obligación *aut dedere aut judicare* establecida en el artículo 7, párrafo 1.

2. En primer lugar, el Magistrado Yusuf no comparte la opinión de que la competencia de la Corte en el presente caso se puede fundamentar en el artículo 30 de la Convención contra la Tortura, ya que no se han satisfecho dos de las cuatro condiciones allí establecida. Esas condiciones son: que las diferencias: a) “no puedan solucionarse mediante negociaciones”; b) y que las partes no pudieron convenir en la organización del arbitraje. Respecto de la condición de que las diferencias no puedan solucionarse mediante negociaciones, conviene con la determinación de la Corte de que la fórmula “no puedan solucionarse” implica que “no hay probabilidades razonables de que la continuación de las

negociaciones pueda dar lugar a un arreglo”. Sin embargo, considerada que la Corte sacó conclusiones incorrectas de esas declaraciones, teniendo en cuenta las pruebas de que se disponía. Un examen de las pruebas demuestra que las negociaciones entre las partes nunca se estancaron, y que continuaron aun después de la interposición por Bélgica de su demanda ante la Corte. En consecuencia, no está persuadido de que la Corte haya concluido correctamente que, en 2006, la controversia no podía solucionarse mediante negociaciones y que las negociaciones no ofrecían perspectiva alguna de solución.

3. En cuanto a la exigencia de que las partes no puedan convenir en la organización del arbitraje, el Magistrado Yusuf observa que ello implica una tentativa de iniciar la organización del arbitraje, o que una o ambas partes hayan sugerido modalidades respecto de esa organización. La propuesta de una o ambas partes, que demuestra el esfuerzo por organizar el arbitraje, debe en consecuencia distinguirse de la solicitud de arbitraje, y aquella es posterior a esta. Manifiesta que, habida cuenta del hecho de que el Senegal reconoció la solicitud inicial de arbitraje hecha por Bélgica, la carga recaía sobre Bélgica, en su condición de estado requirente, de adoptar medidas para sugerir procedimientos para organizar dicho arbitraje. En su opinión, la presente causa es distinta de *República Democrática del Congo contra Rwanda* y de *Libia contra Estados Unidos de América*, en donde las convenciones del caso incluían disposiciones convencionales similares. A falta de esa incapacidad de convenir, la controversia no se puede remitir a la Corte y, si se la remite, la Corte carece de competencia para entender en ella, ya que no se ha satisfecho una condición básica del artículo 30. En consecuencia, la Corte debió haber concluido que carecía de jurisdicción en virtud del artículo 30 de la Convención contra la Tortura y en cambio, debió haber basado su competencia en las declaraciones hechas por Bélgica y el Senegal con arreglo al Artículo 36, párrafo 2, de su Estatuto.

4. En segundo término, el Magistrado Yusuf está en desacuerdo con la conclusión de la Corte de que en el año 2000 el Senegal incumplió la obligación que le incumbía en virtud del artículo 6, párrafo 1, y manifiesta que se debe hacer una distinción clara entre las medidas adoptadas por las autoridades del Senegal en el año 2000 y la ausencia de actos similares después de la presentación de nuevas denuncias contra el Sr. Habré en 2008. Sostiene que la naturaleza y el alcance de una investigación preliminar de esa naturaleza están determinados en gran medida por el derecho interno y las circunstancias del caso. Por ello, la Corte no debe desechar la elección que haga un Estado sobre los medios para realizar esa investigación preliminar. En su opinión, la realización de una investigación, particularmente una de naturaleza preliminar, está implícita en el hecho de que el Sr. Habré fue acusado por el juez de instrucción y se ordenó su detención domiciliaria en el año 2000. El Magistrado Yusuf también observa en su opinión separada que en el fallo se pone a la

investigación preliminar en el mismo nivel de una investigación plena y aparentemente se sugiere que existe un estándar general para la realización de ese tipo de investigaciones.

5. Por último, si bien el Magistrado Yusuf comparte la interpretación hecha por la Corte de la obligación *aut dedere aut judicare* que figura en el artículo 7, párrafo 1, de la Convención contra la tortura, considera que la Corte debió haber aclarado más el significado de la naturaleza de esa obligación en el contexto de esa Convención. Observa que la prevalencia de la fórmula *aut dedere aut judicare* ha causado cierta confusión en la doctrina jurídica acerca de la relación que existe entre la extradición y el enjuiciamiento en las cláusulas convencionales que incluyen esa fórmula. Examina brevemente las distintas disposiciones con una redacción similar y observa que, a la luz de la interpretación hecha por la Corte del artículo 7, párrafo 1, Bélgica no tenía derecho en insistir en la extradición del Sr. Habré. El Magistrado Yusuf subraya que, en el contexto de la Convención, es únicamente la violación de la obligación de someter el caso a enjuiciamiento lo que da lugar a la responsabilidad del Estado en cuyo territorio se halle el sospechoso. La extradición es una opción que el Estado puede adoptar para liberarse de la obligación de someter el caso a enjuiciamiento; pero la extradición en sí misma no es una obligación en virtud de la Convención contra la Tortura.

Opinión disidente de la Magistrada Xue

En principio, la Magistrada Xue conviene con el fallo en el sentido de que el Senegal, en su condición de parte de la Convención contra la Tortura, debe someter sin demora el caso del Sr. Hissène Habré a las autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, si decidiera no extraditarlo. Sin embargo, no está de acuerdo con la mayoría de los miembros de la Corte respecto de varias cuestiones analizadas en el fallo.

Respecto de la admisibilidad, la Magistrada Xue considera que la nacionalidad de las víctimas tiene consecuencias directas en la cuestión de la admisibilidad; si hubiera que establecer la nacionalidad de la víctima al momento de la comisión de los presuntos actos, la reclamación de Bélgica sería inadmisibile. En su opinión, la legislación y la práctica de Bélgica son pertinentes respecto de la cuestión.

La Magistrada Xue recuerda que Bélgica enmendó su legislación penal en 2003, y ahora establece que en los casos de delitos de derecho internacional humanitario cometidos en el extranjero, el enjuiciamiento penal solo puede realizarse cuando la víctima sea belga al momento de los acontecimientos. Añade además que las decisiones judiciales de Bélgica indican que la intención legislativa de esa enmienda fue evitar “el uso político obviamente abusivo de esa ley” por quienes se asentaron en Bélgica “al solo efecto de obtener la posibilidad... de procurar la jurisdicción de los tribunales belgas”.

La Magistrada Xue sostiene que, por sus propios actos legislativos y judiciales, en particular los límites jurisdiccionales

les a la nacionalidad pasiva establecidos en su ley de 2003, Bélgica no puede denegar la aplicabilidad de la norma de la nacionalidad en los casos en que desee ejercer la jurisdicción personal pasiva. Considera que Bélgica no ha aportado prueba alguna que demuestre que el vínculo de nacionalidad no tiene como único sentido asegurar la jurisdicción de los tribunales belgas.

La Magistrada Xue lamenta que la Corte no haya abordado en el fallo esta cuestión crucial planteada por el Senegal y, en cambio, fundamente su razonamiento en la noción de obligaciones *erga omnes partes*.

En virtud de la naturaleza de esas obligaciones, la Corte concluye que Bélgica, en su condición de Estado parte en la Convención contra la Tortura, está legitimada para invocar la responsabilidad del Senegal por los presuntos incumplimientos de las obligaciones que le impone la Convención. Considera que esa conclusión es abrupta y carente de persuasión. La Magistrada Xue expresa la preocupación de que la referencia hecha por la Corte a la causa *Barcelona Traction* aplica erróneamente el *obiter dictum* respecto de las obligaciones *erga omnes*. Observa que en la presente causa, en lo que respecta a la legitimación, la Corte solo estableció las condiciones para el incumplimiento de las obligaciones en las relaciones bilaterales, sin analizar la cuestión de la legitimación respecto de las obligaciones *erga omnes*.

En segundo lugar, la Magistrada Xue considera que la opinión de la Corte en la presente causa respecto de las obligaciones *erga omnes partes* no se adecua a las normas de responsabilidad de los Estados. Observa que, aun cuando la prohibición de la tortura ha pasado a ser norma de *jus cogens* del derecho internacional, obligaciones como la de realizar de inmediato una investigación y la de juzgar o extraditar en virtud de la Convención son normas convencionales, sujetas a lo establecido en el instrumento. En su opinión, con arreglo al derecho internacional, es una cosa que todos los Estados parte tengan un interés en el cumplimiento de esas obligaciones, y otra que todos los Estados parte estén legitimados ante la Corte para presentar una reclamación contra otro Estado por el incumplimiento de esas obligaciones. Añade que un Estado parte debe demostrar cuáles son las obligaciones que el otro Estado le debe en virtud de la Convención y que se han incumplido, y esas normas procesales en modo alguno disminuyen la importancia de la prohibición de la tortura como *jus cogens*. Igualmente, el *jus cogens*, por su propia naturaleza, no revoca automáticamente la aplicabilidad de esas normas procesales.

La Magistrada Xue añade en tercer lugar que el razonamiento seguido por la Corte respecto de la admisibilidad es contrario a lo establecido en la Convención. Observa que las condiciones para el funcionamiento de los mecanismos de supervisión y comunicación demuestran que de ninguna manera los Estados parte previeron crear en la Convención obligaciones *erga omnes partes*. Si los Estados parte hubieran previsto crear obligaciones *erga omnes partes*, según ha de-

terminado la Corte, el artículo 21 y el artículo 30, párrafo 1, debieron haber sido obligatorios, más que facultativos, para los Estados parte.

En cuanto a la relación entre las obligaciones del caso, la Magistrada Xue considera que la decisión de la Corte sobre su incompetencia respecto del artículo 5, párrafo 2, tiene dos consecuencias jurídicas: una es que la Corte elude la necesidad de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, es decir, que el incumplimiento por el Senegal de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 5, párrafo 2, había cesado al momento en que Bélgica presentó su solicitud; en segundo lugar, según el razonamiento de la Corte, la obligación del Senegal de realizar una investigación preliminar en virtud del artículo 6, párrafo 2, y la obligación de enjuiciar en virtud del artículo 7, párrafo 1, de la Convención están separadas de la obligación establecida en el artículo 5, párrafo 1.

En su opinión, el artículo 5, párrafo 2, el artículo 6, párrafo 2, y el artículo 7, párrafo 1, están interrelacionados intrínsecamente. El artículo 5, párrafo 2, es la condición previa para la aplicación de las otras dos disposiciones a los fines del ejercicio de la jurisdicción universal. Sin fundamentos jurisdiccionales establecidos, las autoridades competentes del Estado parte no podrían cumplir la obligación de enjuiciar ni adoptar una decisión respecto de la solicitud de extradición hecha por otro Estado parte. Considera que el hecho de que el incumplimiento por el Senegal su obligación en virtud del artículo 5, párrafo 2, cesó en 2007 tiene efectos en el cumplimiento por el Senegal de las obligaciones en virtud del artículo 6, párrafo 2, y el artículo 7, párrafo 1. En su opinión, el momento pertinente para el examen de si el Senegal incumplió las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 6, párrafo 2, y el artículo 7, párrafo 1, debe ser el momento en que el Senegal promulgó la legislación necesaria en 2007, más que en el año 2000 o incluso antes.

Respecto del artículo 6, párrafo 2, la Magistrada Xue considera que en el año 2000, cuando se presentó la primera denuncia ante los tribunales del Senegal, las autoridades competentes de ese país adoptaron medidas jurídicas y de hecho acusaron al Sr. Habré. En lo que respecta a la denuncia de 2008, el hecho es que en ese año el Senegal estaba preparando el enjuiciamiento del Sr. Habré. En esas circunstancias, el pronunciamiento de la Corte sobre la obligación de realizar una investigación preliminar en virtud del artículo 6, párrafo 2, parece ser una formalidad innecesaria.

En cuanto a la obligación *aut dedere aut judicare* en virtud del artículo 7, párrafo 1, la Magistrada Xue está en desacuerdo con la mayoría respecto de la interpretación de esa cláusula. En su opinión, si el Estado en que se halla el presunto autor decide extraditarlo al Estado requirente, el Estado requerido se liberara de la obligación de enjuiciar. Si, por el contrario, el Estado decide no someter la causa a sus propias autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, en virtud del artículo 7, párrafo 1, está obligado a someter la causa al procedimiento de extradición. Lógicamente, si el Estado

interesado ha adoptado la decisión de enjuiciar, en virtud de los principios generales de la justicia penal de que nadie debe ser procesado dos veces por el mismo delito, debe rechazarse la solicitud de extradición. Considera que si bien la decisión sobre la extradición todavía está pendiente, es cuestionable que Bélgica pueda reclamar que el Senegal ha incumplido la obligación que le incumbe en virtud del artículo 7, párrafo 1, por no haber procedido al enjuiciamiento. Expresa la preocupación de que si se presume u ordena la obligación del Senegal de enjuiciar, puede considerarse que la solicitud de Bélgica de extradición desempeña una función diferente: supervisar la manera en que el Senegal cumple las obligaciones que le impone la Convención. Si bien reconoce que la solicitud de extradición hecha por Bélgica ha impulsado el proceso de hacer comparecer al Sr. Habré ante la justicia, se pregunta si no va más allá del marco jurídico de la Convención, al dar a un Estado parte el derecho de supervisar la aplicación por otro Estado parte con fundamento en *erga omnes partes*. Cuando se adopta la decisión sobre el enjuiciamiento o se está examinando la solicitud de extradición siguiendo un debido proceso, considera cuestionable que la Corte se pronuncie en el sentido de que el Senegal ha incumplido la obligación que le incumbe en virtud del artículo 7, párrafo 1.

En cuanto a la remisión de la causa Habré a la Unión Africana, la Magistrada Xue considera que no puede considerarse que ninguna de las decisiones adoptadas por esa organización haya sido contraria al objeto y propósito de la Convención, y solo sería justo decir que la decisión de la Unión Africana aprobada en julio 2006 que instó al Senegal a asegurar que se enjuiciara a Hissène Habré en África, en tribunales del Senegal, en realidad aceleró el proceso en el Senegal de enmienda de su legislación nacional con arreglo a las disposiciones de la Convención y allanó el camino para el enjuiciamiento del Sr. Habré. También considera que si en definitiva la Unión Africana decidiera establecer un tribunal especial para el enjuiciamiento del Sr. Habré, la entrega por el Senegal del Sr. Habré a dicho tribunal no podría considerarse un incumplimiento de la obligación que impone el artículo 7, párrafo 1, porque dicho tribunal se crearía precisamente para cumplir el objeto y propósito de la Convención.

La Magistrada Xue reconoce que, en su condición de Estado parte en la Convención, el Senegal no puede justificar el incumplimiento de sus obligaciones mediante la alegación de problemas financieros. Sin embargo, en su opinión, la Corte no debe menospreciar los problemas prácticos que afronta el Senegal en la preparación del juicio, habida cuenta de su escala, con decenas de miles de víctimas y cientos de testigos. La experiencia de muchos tribunales internacionales o especiales existentes ha demostrado que un juicio en tan gran escala puede durar años, incluso décadas, con sumas astronómicas presupuestadas con cargo a organizaciones internacionales y donadas por los Estados. Después de citar los ejemplos del Tribunal Especial para Sierra Leona, el Tribunal Especial para el Líbano, y el Tribunal Penal Inter-

nacionales para la ex Yugoslavia, la Magistrada Xue concluye que, por ser el de Hissène Habré el primer caso de su tipo, resulta prudente que el Senegal se prepare antes de comenzar el enjuiciamiento.

En conclusión, la Magistrada Xue está en desacuerdo en que el Senegal haya incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 6, párrafo 2, y el artículo 7, párrafo 1, de la Convención, ya que en 2007 promulgó la legislación necesaria y estableció la jurisdicción universal respecto de la tortura; sin embargo, desea reiterar su opinión de que el Senegal debe adoptar lo antes posible una decisión respecto de la solicitud de extradición formulada por Bélgica a fin de que, tal como lo ha declarado, pueda someter la causa del Sr. Habré a las autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

Declaración de la Magistrada Donoghue

La Magistrada Donoghue concuerda con el fallo de la Corte y presenta una declaración a fin de abordar en más detalle el significado del artículo 6, párrafo 2, y el artículo 7, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984 (en adelante, la “Convención”). Concuerda con la Corte en que el artículo 7, párrafo 1, establece la obligación de enjuiciar, no la obligación de extraditar. Esa obligación dimana de la presencia del presunto autor en el territorio de un Estado parte, sin que importe que se haya presentado una solicitud de extradición respecto de esa persona.

Respecto de la cuestión de la legitimación de Bélgica para incoar la presente causa ante la Corte, la Magistrada Donoghue señala que concuerda con la conclusión de que las obligaciones del Senegal de realizar una investigación preliminar y de someter la causa del Sr. Habré a efectos de enjuiciamiento, si no lo extradita, son obligaciones *erga omnes partes*. Observa también que la Corte abordó la cuestión de si las obligaciones impuestas por el artículo 6, párrafo 2, y el artículo 7, párrafo 1, son *erga omnes partes* como un aspecto de la admisibilidad de las reclamaciones de Bélgica. Sin embargo, no es obvio que las obligaciones sustantivas creadas por la Convención deban considerarse como una cuestión de admisibilidad, más que de fondo. Quizás sea necesario aplicar un criterio diferente en causas futuras que se fundamenten en el presunto incumplimiento de obligaciones *erga omnes partes*.

Respecto a la cuestión del alcance temporal del artículo 7, párrafo 1, la Magistrada Donoghue concuerda con la conclusión de la Corte de que la obligación del Senegal de someter a enjuiciamiento la causa del Sr. Habré no se extiende a los delitos presuntamente cometidos antes de la fecha de entrada en vigor de la Convención. La conclusión de que el Senegal no está obligado a someter a enjuiciamiento esos delitos anteriores no quiere decir que no lo pueda hacer. Además, existen denuncias graves acerca de la responsabilidad del Sr.

Habré por torturas cometidas en el período posterior a la entrada en vigor de la Convención.

Opinión separada de la Magistrada Sebutinde

La Magistrada Sebutinde expresa su desacuerdo con el razonamiento de la Corte expresado en el párrafo 122, apartado 1, del fallo. Si bien concuerda con la conclusión de la Corte de que es competente para entender en la controversia entre las partes respecto de la interpretación y aplicación de la Convención contra la Tortura, la Magistrada Sebutinde considera que esa competencia solo pueden dimanar de las declaraciones hechas por las partes con arreglo al Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte, y no del artículo 30, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura.

En opinión de la Magistrada Sebutinde, las condiciones previas acumulativas para establecer la competencia de la Corte con arreglo al artículo 30, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura no se han satisfecho en el presente caso. En particular, considera que, si se los mide en comparación con los estándares bastante estrictos relativos al “fracaso de las negociaciones” según se ha establecido en la jurisprudencia de la Corte, los intercambios diplomáticos entre las partes no respaldan la conclusión de que las negociaciones entre las partes relativas a las obligaciones del Senegal en virtud de la Convención habían fracasado en junio de 2006, como alega Bélgica, ni en ningún otro momento anterior a la fecha de interposición de la demanda por Bélgica el 19 de febrero de 2009. Además, la Magistrada Sebutinde considera que tampoco se ha satisfecho la condición previa de una solicitud anterior de arbitraje y de que no se haya convenido la organización de dicho arbitraje dentro de los seis meses a partir de la fecha de la solicitud de arbitraje.

A pesar de la incompetencia de la Corte con arreglo al artículo 30, párrafo 1, de la Convención, la Magistrada Sebutinde considera que la Corte es competente para entender en la controversia de las partes relativa a las presuntas violaciones por el Senegal de la Convención contra la Tortura con arreglo a las declaraciones hechas por las partes en virtud del Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte. Recuerda que, en virtud de la reciprocidad aplicada a las dos declaraciones de aceptación, la competencia de la Corte establecida con ese fundamento se aplica a todas las controversias jurídicas que se produzcan entre las partes a partir del 2 de diciembre de 1985, siempre que se refieran a situaciones o hechos posteriores al 13 de julio de 1948, con excepción de controversias respecto de las cuales las partes hayan convenido en recurrir a algún otro método de solución de controversias relativas a cuestiones que sean de competencia exclusiva de la jurisdicción interna de alguna de las partes. En su opinión, la actual controversia de las partes relativa a las obligaciones que incumben en Senegal en virtud de la Convención contra la Tortura se encuentran claramente dentro del alcance material y temporal de las declaraciones de las partes, y la jurisdicción de la Corte sobre tal controversia no se ve afectada

por las reservas de las partes respecto a acuerdos sobre métodos alternativos de solución de controversias.

Por último, la Magistrada Sebutinde señala que la competencia de la Corte en virtud del Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte no se extiende a las reclamaciones de Bélgica relativas a la presunta violación por el Senegal de su obligación *aut dedere aut judicare* con fundamento en normas del derecho internacional distintas de la Convención contra la Tortura, habida cuenta de que en la fecha en que Bélgica interpuso su demanda no existía controversia alguna en tal sentido entre las partes.

Opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Sur

En su opinión disidente, el Magistrado *ad hoc* Sur lamenta el carácter precipitado del razonamiento del fallo y el número excesivo de manifestaciones que carecen de sustento probatorio subyacentes en la solución aprobada por la Corte. Aparentemente la solución se parece más a una opinión consultiva sobre la Convención contra la Tortura que a la solución de una controversia entre dos Estados. Por último, señala las razones por las cuales votó en contra de los apartados 2, 3 y 5 del párrafo dispositivo.

Respecto de la competencia de la Corte, el Magistrado *ad hoc* Sur considera que en el fallo no se examinaron o solucionaron adecuadamente tres cuestiones. En primer lugar, considera que en el fallo no se establece adecuadamente el tema ni la fecha crítica de la controversia. En su opinión, la controversia no se refiere a la interpretación de la Convención contra la Tortura, sino a una presunta demora en su aplicación y ejecución por el Senegal. En segundo término, tiene dudas de que se haya satisfecho la condición previa relativa a la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre la organización del arbitraje, establecida en el artículo 30 de la Convención contra la Tortura. En tercer lugar, considera que la negativa de la Corte a entender en la controversia relativa a las normas consuetudinarias carece de fundamento y que la Corte debió haberse expedido sobre el fondo de la reclamación de Bélgica en tal sentido.

El Magistrado *ad hoc* Sur no está de acuerdo con la posición de la Corte respecto de la admisibilidad de la demanda de Bélgica. La Corte se fundamenta en la existencia de una obligación *erga omnes partes* entre las partes en la Convención contra la Tortura: someter a sus autoridades competentes a los fines de enjuiciamiento las sospechas relativas a personas que se hallen en su territorio. Todo Estado parte podría, únicamente con ese fundamento, solicitar a otro Estado que pudiera haber incumplido su obligación que cese tal incumplimiento. En primer lugar, recuerda que Bélgica fundamentó inicialmente su reclamación en su jurisdicción penal pasiva, pero que la Corte decidió no examinar ese fundamento. Además, al tiempo que destaca que la prohibición de la tortura es tanto una obligación que no se puede transgredir como una obligación *erga omnes partes*, el Magistrado *ad hoc* Sur considera que la naturaleza *erga omnes partes* de

la obligación no se extiende a las demás obligaciones establecidas en la Convención, en particular la obligación de instaurar un proceso. Solo ciertas categorías de partes interesadas pueden reclamar un derecho en tal sentido, que no se presenta en el caso de Bélgica. Recordando las normas generales de interpretación de los tratados, destaca las dificultades textuales de ese tipo de concepción de la obligación, que se afirma más que se prueba, y la falta de práctica pertinente de las partes en apoyo de la posición adoptada por la Corte en tal sentido, aun cuando la Convención ha estado en vigor durante 25 años. Concluye que el Senegal está obligado a someter la causa a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciar al Sr. Hissène Habré, pero que no por ello Bélgica tiene derecho a reclamar tal conducta al Senegal.

En cuanto al fondo de la causa, el Magistrado *ad hoc* Sur conviene con la posición de la Corte en que el Senegal incumplió la obligación que le incumbe con arreglo al artículo 6, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura de proceder “inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos” cuando se halle en su territorio una persona sospechada de haber cometido actos de tortura. También coincide con la posición de la Corte de que se ha extinguido la controversia relativa al establecimiento de la competencia del Senegal con arreglo al artículo 5 de la Convención contra la Tortura. Sin embargo, no está de acuerdo con el apartado 5 del párrafo dispositivo, que determina que el Senegal ha incumplido la obligación que le incumbe en virtud del artículo 7, párrafo 1, de la Convención de someter la causa a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. En su

opinión, el tema de la controversia es la demora del Senegal en someter la causa a sus autoridades competentes a los fines de enjuiciamiento, y que esa demora no es injustificada al punto de constituir un incumplimiento de su obligación. Después de las solicitudes hechas por Bélgica en 2005, el Senegal inició las reformas necesarias de su legislación interna, que se realizaron en 2007, mantuvo al Sr. Hissène Habré en detención domiciliaria, le prohibió abandonar su territorio y comenzó a organizar un juicio. El lapso transcurrido desde la solicitud de Bélgica no es mayor que el tiempo que la propia Bélgica se tomó para investigar la causa. Además, las autoridades públicas del Senegal, a nivel gubernamental, están adoptando medidas prácticas para iniciar a la brevedad un juicio y han procurado y obtenido cooperación internacional en tal sentido. En consecuencia, el Magistrado *ad hoc* Sur lamenta que se haya concluido que el Senegal incumplió su obligación en tal sentido, conclusión que ignora la existencia de un proceso en curso, en vez de alentarlos.

En tal espíritu, comparte la decisión unánime de la Corte, que figura en el apartado 6 del párrafo dispositivo, de que el Senegal debe sin más demora someter la causa del Sr. Hissène Habré a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

Por último, el Magistrado *ad hoc* Sur considera que, con fundamento en la Convención, Bélgica no tiene derecho a obtener la extradición de Hissène Habré, y lamenta que ningún elemento del párrafo dispositivo se refiera a esta solicitud hecha por Bélgica en sus presentaciones.

195. CONTROVERSIA TERRITORIAL Y DELIMITACIÓN MARÍTIMA (NICARAGUA CONTRA COLOMBIA)

Fallo de 19 de noviembre de 2012

El 19 de noviembre de 2012, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo en la causa relativa a la *Controversia territorial y marítima (Nicaragua contra Colombia)*.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente, Tomka; Vicepresidente, Sepúlveda-Amor; Magistrados, Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue y Sebutinde; Magistrados *ad hoc*, Mensah y Cot; Secretario, Couvreur.

*
* * *

El texto del párrafo dispositivo (párr. 251) del fallo es el siguiente:

“...

LA CORTE,

1) Por unanimidad,

Decide que la República de Colombia tiene la soberanía sobre las islas de Alburquerque, Bajo Nuevo, Cayos del Este Sudeste, Quitasueño, Roncador, Serrana y Serranilla;

2) Por catorce votos contra uno,

Considera admisible la reivindicación formulada por la República de Nicaragua en la sección I 3) de sus conclusiones finales, en la que solicita a la Corte que juzgue y declare que, en el marco geográfico y jurídico constituido por las costas continentales de Nicaragua y Colombia, el método de delimitación apropiado consiste en una frontera de la plataforma continental que divida a partes iguales los derechos superpuestos a una plataforma continental de ambas Partes;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Sebutinde; Magistrados *ad hoc* Mensah, Cot;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Owada;

3) Por unanimidad,

Determina que no puede hacer lugar a la reivindicación formulada por la República de Nicaragua en la sección I 3) de sus conclusiones finales;

4) Por unanimidad,

Decide que la línea de la frontera marítima única que delimita la plataforma continental y las zonas económicas exclusivas de la República de Nicaragua y la República de Colombia seguirá las líneas geodésicas que conectan los puntos con las coordenadas siguientes:

	<i>Latitud norte</i>	<i>Longitud oeste</i>
1.	13° 46' 35.7"	81° 29' 34.7"
2.	13° 31' 08.0"	81° 45' 59.4"
3.	13° 03' 15.8"	81° 46' 22.7"
4.	12° 50' 12.8"	81° 59' 22.6"
5.	12° 07' 28.8"	82° 07' 27.7"
6.	12° 00' 04.5"	81° 57' 57.8"

Partiendo del punto 1, la línea de la frontera marítima continuará hacia el este a lo largo del paralelo (coordenadas 13° 46' 35.7" N) hasta alcanzar el límite de 200 millas náuticas desde las líneas de base utilizadas para medir la anchura del mar territorial de Nicaragua. Desde el punto 6 (coordenadas 12° 00' 04.5" N y 81° 57' 57.8" O), ubicado en una zona de arcos trazados a 12 millas náuticas en torno a Alburquerque, la línea de la frontera marítima continuará bordeando esa zona de arcos hasta llegar al punto 7 (coordenadas 12° 11' 53.5" N y 81° 38' 16.6" O) que está ubicado en el paralelo que cruza el punto más meridional de la zona de arcos trazados a 12 millas náuticas en torno a los Cayos del Este Sudeste. A continuación, la línea fronteriza sigue ese paralelo hasta llegar al punto más meridional de la zona de arcos trazados a 12 millas náuticas en torno a los Cayos del Este Sudeste en el punto 8 (coordenadas 12° 11' 53.5" N y 81° 28' 29.5" O) y continúa bordeando esa zona de arcos hasta su punto más oriental (punto 9, coordenadas 12° 24' 09.3" N y 81° 14' 43.9" O). Desde ese punto, la línea de la frontera sigue el paralelo (coordenadas 12° 24' 09.3" N) hasta alcanzar el límite de 200 millas náuticas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide el mar territorial de Nicaragua;

5) Por unanimidad,

Decide que la frontera marítima única en torno a Quitasueño y a Serrana seguirá, respectivamente, una zona de arcos trazados a 12 millas náuticas medidas desde QS 32 y desde elevaciones que emergen en bajamar ubicadas dentro de las 12 millas náuticas medidas desde QS 32, y una zona de arcos trazados a 12 millas náuticas medidas desde Cayo Serrana y los demás cayos de sus inmediaciones;

6) Por unanimidad,

Rechaza la reivindicación formulada por la República de Nicaragua en sus conclusiones finales por la que solicita a la Corte que declare que la República de Colombia no actúa con arreglo a sus obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional al impedir que la República de Nicaragua tenga acceso a recursos naturales al este del meridiano 82.

*
* *

El Magistrado Owada anexó una opinión disidente al fallo de la Corte; el Magistrado Abraham anexó una opinión separada al fallo de la Corte; los Magistrados Keith y Xue anexaron declaraciones al fallo de la Corte; la Magistrada Donoghue anexó una opinión separada al fallo de la Corte; los Magistrados *ad hoc* Mensah y Cot anexaron declaraciones al fallo de la Corte.

*
* * *

Cronología del procedimiento (párrs. 1 a 17)

La Corte recuerda que, el 6 de diciembre de 2001, la República de Nicaragua (en adelante “Nicaragua”) presentó en la Secretaría de la Corte una demanda por la cual se iniciaba un procedimiento contra la República de Colombia (en adelante “Colombia”) con respecto a una controversia “ateniente al título sobre el territorio y a la delimitación marítima” en el Caribe occidental. La Corte recuerda también que, el 13 de diciembre de 2007, dictó un fallo sobre las excepciones preliminares relativas a la competencia de la Corte opuestas por Colombia, en el cual decidió que tenía competencia, sobre la base del artículo XXXI del Pacto de Bogotá, para conocer de la controversia ateniendo a la soberanía sobre los accidentes geográficos marítimos reivindicados por las Partes, con la excepción de las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina¹, y de la controversia ateniendo a la delimitación marítima entre las Partes.

I. Geografía (párrs. 18 a 24)

La zona donde se encuentran los accidentes geográficos marítimos en controversia (Cayos Alburquerque, Cayos del Este Sudeste, Roncador, Serrana, Quitasueño, Serranilla y Bajo Nuevo) y en la cual se ha de realizar la delimitación solicitada está en el Mar Caribe (véase mapa esquemático No. 1: Contexto geográfico).

II. Soberanía (párrs. 25 a 103)

1. Cuestión de si los accidentes geográficos marítimos son susceptibles de apropiación

Antes de examinar la cuestión de la soberanía, la Corte debe determinar si los accidentes geográficos marítimos en controversia son susceptibles de apropiación. Está bien establecido en el derecho internacional que las islas, por reducidas que sean sus dimensiones, son susceptibles de apropiación. Al contrario, las elevaciones que emergen en bajamar (accidentes geográficos que se encuentran sobre el nivel del agua en la bajamar pero que quedan sumergidos en la pleamar)

no son susceptibles de apropiación, aunque un Estado ribereño tiene soberanía sobre las elevaciones que emergen en bajamar situadas en su mar territorial, y tales elevaciones que emergen en bajamar pueden tenerse en cuenta a los efectos de medición de la anchura del mar territorial.

Las Partes están de acuerdo en que los Cayos Alburquerque, los Cayos del Este Sudeste, Roncador, Serrana, Serranilla y Bajo Nuevo no quedan sumergidos en la pleamar, por lo que son islas y, como tales, susceptibles de apropiación. No obstante discrepan en si alguno de los accidentes de Quitasueño puede considerarse islas. Teniendo en consideración las pruebas científicas existentes en el expediente de la causa, en particular un Informe de especialistas sobre Quitasueño presentado por Colombia, elaborado por el Dr. Robert Smith, la Corte concluye que el accidente mencionado en el Informe Smith como QS 32 se encuentra sobre el nivel del agua en la pleamar y, por tanto, es susceptible de apropiación. En lo que respecta a los demás accidentes geográficos marítimos de Quitasueño, la Corte considera que las pruebas presentadas por Colombia no pueden considerarse suficientes para establecer que ninguno de ellos constituye una isla, en virtud de la definición del derecho internacional; decide que son elevaciones que emergen en bajamar.

2. Soberanía sobre los accidentes geográficos marítimos en controversia

Al examinar la cuestión de la soberanía sobre los accidentes geográficos marítimos en controversia, la Corte considera en primer lugar el Tratado de 1928. La Corte señala que, según los términos del Tratado de 1928, Colombia tiene soberanía sobre “San Andrés, Providencia y Santa Catalina y todas las demás islas, islotes y cayos que hacen parte de dicho archipiélago de San Andrés”. Por consiguiente, a fin de examinar la cuestión de la soberanía sobre los accidentes geográficos marítimos en controversia, la Corte necesita en primer lugar asegurarse de lo que constituye el Archipiélago de San Andrés. La Corte señala que el artículo I del Tratado de 1928 no especifica la composición de ese archipiélago. En lo que se refiere al Acta de Canje de Ratificaciones del Tratado de 1928, de 1930, solamente fija el límite occidental del Archipiélago de San Andrés en el meridiano 82 y no arroja luz sobre la extensión del archipiélago al este de dicho meridiano. La Corte señala también que el material histórico aducido por las Partes en apoyo de sus respectivos argumentos no arroja luz sobre la composición del Archipiélago de San Andrés. En particular, los registros históricos no indican específicamente los accidentes geográficos que se consideraban parte de dicho archipiélago. La Corte decide que ni el Tratado de 1928 ni los registros históricos son concluyentes en materia de la composición del archipiélago en cuestión.

A fin de resolver la controversia que tiene ante sí, la Corte debe, por consiguiente, examinar los argumentos y las pruebas presentadas por las Partes en apoyo de sus respectivas reivindicaciones de soberanía, que no se basan en la composición del archipiélago en virtud del Tratado de 1928.

¹ En su fallo de 2007 con respecto a las excepciones preliminares, la Corte determinó que no tenía competencia en relación con la reivindicación de Nicaragua en lo que se refería a la soberanía sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, porque la cuestión de la soberanía sobre esas tres islas había quedado determinada en el Tratado ateniendo a cuestiones territoriales en litigio entre Colombia y Nicaragua, firmado en Managua el 24 de marzo de 1928, por el cual Nicaragua reconoció la soberanía de Colombia sobre ellas.

La Corte pasa así a considerar las reivindicaciones de soberanía formuladas por ambas Partes sobre la base del principio de *uti possidetis juris* (principio según el cual, en el momento de la independencia, los nuevos Estados heredan los territorios y las fronteras de las provincias previamente coloniales). La Corte concluye que, en la presente causa, el principio de *uti possidetis juris* no presta una asistencia adecuada para determinar la soberanía sobre los accidentes geográficos marítimos en controversia entre Nicaragua y Colombia porque en los registros históricos no hay nada que indique claramente si habían sido atribuidos a las provincias coloniales de Nicaragua o de Colombia antes de la independencia de España o en el momento de producirse esta.

A continuación, la Corte considera si se puede establecer la soberanía tomando como base las *effectivités* (comportamiento de un Estado por el cual manifiesta el ejercicio efectivo de autoridad sobre un territorio determinado). La Corte señala como argumentación de Colombia que las *effectivités* confirman su título jurídico previo sobre los accidentes geográficos marítimos en controversia. La Corte considera las distintas categorías de *effectivités* presentadas por Colombia, a saber: administración pública y legislación, reglamentación de actividades económicas, obras públicas, medidas de aplicación de la legislación, visitas navales y operaciones de búsqueda y rescate, y representación consular. Sobre la base de las pruebas existentes en el expediente de la causa, la Corte decide que, durante muchos decenios, Colombia actuó de manera continua y uniforme *à titre de souverain* en relación con los accidentes geográficos marítimos en controversia. Este ejercicio de la autoridad soberana fue público y no hay pruebas de que se enfrentara a protesta alguna de Nicaragua antes de 1969, cuando cristalizó la controversia. Es más, la prueba de las actividades de administración de Colombia con respecto a las islas contrastan con la ausencia de pruebas de actuaciones *à titre de souverain* por parte de Nicaragua. La Corte concluye que los hechos constituyen un gran apoyo a la reivindicación de Colombia de soberanía sobre los accidentes geográficos marítimos en controversia.

La Corte señala también que, pese a no ser prueba de soberanía, el comportamiento de Nicaragua en relación con los accidentes geográficos marítimos en controversia, la práctica de terceros Estados y los mapas otorgan cierto apoyo a la reivindicación de Colombia.

La Corte concluye que Colombia, y no Nicaragua, tiene soberanía sobre las islas de Alburquerque, Bajo Nuevo, Cayos del Este Sudeste, Quitasueño, Roncador, Serrana y Serranilla.

III. Admisibilidad de la demanda de Nicaragua sobre la delimitación de una plataforma continental *C* más allá de 200 millas náuticas (párrs. 104 a 112)

La Corte señala que, desde un punto de vista formal, la reivindicación formulada por Nicaragua en la sección I 3) de sus conclusiones finales —en la que solicitaba a la Corte que efectuara una delimitación de la plataforma continental

por la que se dividieran a partes iguales los derechos superpuestos de ambas Partes a una plataforma continental (véase el mapa esquemático No. 2: Delimitación reivindicada por Nicaragua)—es una nueva reivindicación en relación con las presentadas en la demanda y la memoria, donde se solicitaba a la Corte que determinara la “frontera marítima única” entre zonas de la plataforma continental y zonas económicas exclusivas de Nicaragua y Colombia, respectivamente, en forma de línea media entre las costas continentales de los dos Estados. Sin embargo, la Corte no está convencida de las alegaciones de Colombia en el sentido de que esta reivindicación modificada transforme el objeto de la controversia que tiene ante sí. El hecho de que la reivindicación de Nicaragua relativa a una plataforma continental ampliada sea una reivindicación nueva no hace que sea inadmisibile de por sí. Desde el punto de vista de la Corte, la reivindicación de una plataforma continental ampliada se incluye dentro de la controversia entre las Partes en relación con la delimitación marítima y no se puede decir que transforme el objeto de la controversia. Es más, se deriva directamente de dicha controversia. La Corte concluye que la reivindicación que figura en la sección I 3) de las conclusiones finales formuladas por Nicaragua es admisible.

IV. Consideración de la demanda de Nicaragua referida a la delimitación de una plataforma continental que se extienda más allá de 200 millas náuticas (párrs. 113 a 131)

La Corte pasa a la cuestión de si está en situación de delimitar una frontera marítima entre una plataforma continental ampliada de Nicaragua y la plataforma continental de Colombia, como solicitó Nicaragua en la sección I 3) de sus conclusiones finales. La Corte señala que Colombia no es un Estado parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y que, por consiguiente, en este caso es aplicable el derecho internacional consuetudinario. La Corte considera que la definición de plataforma continental que figura en el artículo 76, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar forma parte del derecho internacional consuetudinario. En esta fase, visto el hecho de que la tarea de la Corte se limita a examinar si está en situación de efectuar una delimitación de la plataforma continental como solicitó Nicaragua, no necesita decidir si otras disposiciones del artículo 76 de esa Convención forman parte del derecho internacional consuetudinario.

La Corte señala también que, en la causa relativa a la *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (Nicaragua contra Honduras)*, afirmó que “cualquier reivindicación de derechos sobre la plataforma continental más allá de 200 millas [por un Estado parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar] deberá ajustarse al artículo 76 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y estará sujeta al examen de la Comisión de Límites de la Plataforma

Continental establecida con arreglo a dicha Convención”. Dados el objeto y la finalidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, establecidos en su Preámbulo, el hecho de que Colombia no sea parte en la misma no exime a Nicaragua de sus obligaciones en virtud del artículo 76. La Corte señala que Nicaragua presentó a la Comisión únicamente “información preliminar” que, tal como admitió el propio país, no cumple los requisitos para que la Comisión pueda formular una recomendación relativa al establecimiento de los límites exteriores de la plataforma continental.

Dado que no se presentó a la Corte información adicional, esta considera que, en el procedimiento en curso, Nicaragua no ha establecido que posee un margen continental que se extienda lo bastante como para superponerse a las 200 millas náuticas a que tiene derecho Colombia respecto de la plataforma continental, contadas desde la costa continental de Colombia. Por consiguiente, la Corte no está en situación de delimitar la frontera marítima como solicitó Nicaragua. La Corte concluye que no puede hacerse lugar a la reivindicación formulada por Nicaragua en la sección I 3) de sus conclusiones finales.

V. Frontera marítima (párrs. 132 a 247)

1. Tarea que la Corte tiene ante sí

A la luz de la decisión adoptada en relación con la delimitación marítima propuesta por Nicaragua en la sección I 3) de sus conclusiones finales, la Corte debe considerar la delimitación marítima que ha de efectuarse. La Corte señala que Colombia, por su parte, ha solicitado que la delimitación de la zona económica exclusiva y la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia se efectúe por una frontera marítima única, trazada como línea media entre las islas que bordean Nicaragua y las islas del Archipiélago de San Andrés (véase el mapa esquemático No. 3: Delimitación reivindicada por Colombia).

La Corte señala que hay una superposición entre los derechos de Nicaragua a una plataforma continental y zona económica exclusiva que se extienda a 200 millas náuticas desde su costa continental y las islas adyacentes, y los derechos de Colombia a una plataforma continental y zona económica exclusiva derivada de las islas cuya soberanía corresponde a Colombia, según decisión de la Corte. Por tanto, no obstante su decisión relativa a la sección I 3) de las conclusiones finales de Nicaragua, se insta a la Corte a que efectúe una delimitación entre los derechos marítimos superpuestos de Colombia y Nicaragua a una distancia inferior a 200 millas náuticas de la costa de Nicaragua.

2. Derecho aplicable

Como ya ha señalado la Corte, el derecho aplicable a esta delimitación es el derecho internacional consuetudinario. La Corte considera que los principios de delimitación marítima

consagrados en los artículos 74 y 83 y el régimen jurídico de las islas establecido en el artículo 121 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar reflejan el derecho internacional consuetudinario.

3. Costas pertinentes

La Corte comienza determinando cuáles son las costas pertinentes de las Partes, a saber, las costas cuyas proyecciones se superponen. Tras definir brevemente las posturas de las Partes en relación con sus costas respectivas (véanse el mapa esquemático No. 4: Costas pertinentes y zona pertinente según Nicaragua, y el mapa esquemático No. 5: Costas pertinentes y zona pertinente según Colombia), la Corte procede a calcular su propia determinación.

Para Nicaragua, la Corte decide que la costa pertinente es la totalidad de su costa, con la excepción de la corta extensión de costa cercana a Punta de Perlas, dirigida hacia el sur y que, por consiguiente, no se proyecta hacia la zona de derechos potenciales superpuestos. La Corte considera también que el derecho de Nicaragua a una plataforma continental y zona económica exclusiva de 200 millas náuticas se debe medir desde las islas que bordean la costa nicaragüense. Las costas este de las islas nicaragüenses son paralelas a la costa continental, por lo que no aumentan la longitud de la costa pertinente, aunque sí contribuyen a las líneas de base desde las que se miden los derechos de Nicaragua.

Para Colombia, en vista de que se considera que no ha lugar a la reivindicación de Nicaragua relativa a una plataforma continental sobre la base de la prolongación natural, en el procedimiento en curso la Corte solamente se ocupa de los derechos de Colombia que se superponen a los derechos relativos a la plataforma continental y zona económica exclusiva en las 200 millas náuticas de la costa de Nicaragua. Dado que la costa continental de Colombia no genera derechos en esa zona, de ello se sigue que no puede considerarse parte de la costa pertinente a los presentes efectos. La costa colombiana pertinente, por tanto, se limita a las costas de las islas bajo soberanía de Colombia situadas frente a la Nicaragua continental. Puesto que la zona de derechos potenciales superpuestos se extiende muy hasta el este de las islas colombianas, la Corte considera que se ha de tener en cuenta la totalidad del perímetro de estas islas, no solamente la costa oeste. Las islas más importantes, obviamente, son San Andrés, Providencia y Santa Catalina. La Corte considera también que las costas de los Cayos Alburquerque, los Cayos del Este Sudeste, Roncador y Serrana deben ser consideradas parte de la costa pertinente. No obstante, la Corte ha retirado Quitasueño, Serranilla y Bajo Nuevo a los efectos de determinar la costa pertinente de Colombia.

Por consiguiente, la extensión de las costas pertinentes es de 531 km (Nicaragua) y 65 km (Colombia), una relación aproximada de 1:8,2 a favor de Nicaragua (véase el mapa esquemático No. 6: Costas pertinentes determinadas por la Corte).

4. Zona marítima pertinente

A continuación, la Corte considera la extensión de la zona marítima pertinente en la cual se superponen los derechos potenciales de las Partes. La Corte comienza estableciendo las posturas de las Partes en relación con la zona marítima pertinente (véanse los mapas esquemáticos No. 4 y No.5) antes de tomar su propia decisión.

La Corte recuerda que el concepto jurídico de “zona pertinente” se ha de tener en cuenta como parte de la metodología de delimitación marítima. Según sea la configuración de las costas pertinentes en el contexto geográfico general, la zona pertinente podrá incluir ciertos espacios marítimos y excluir otros que no guardan relación con la causa en cuestión. Además, la zona pertinente cobra importancia cuando la Corte ha de verificar si la línea que ha trazado produce un resultado que es desproporcionado. No obstante, la Corte resalta que el cálculo de la zona pertinente no pretende ser preciso, sino solamente aproximado, y que el objeto de la delimitación consiste en lograr que sea equitativa, no una división de las zonas marítimas a partes iguales.

La zona pertinente abarca la parte del espacio marítimo donde se superponen los derechos potenciales de las Partes. Así, la zona pertinente se extiende desde la costa nicaragüense hasta una línea 200 millas náuticas al este de las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial de Nicaragua. Dado que Nicaragua todavía no ha notificado al Secretario General la ubicación de esas líneas de base de conformidad con el artículo 16, párrafo 2, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el límite oriental de la zona pertinente solamente se puede determinar de manera aproximada.

Tanto en el norte como en el sur, entran en juego los intereses de terceros Estados. En el norte hay una frontera entre Nicaragua y Honduras, establecida por la Corte en su fallo de 8 de octubre de 2007, y una frontera marítima entre Colombia y Jamaica establecida en 1993 mediante un Acuerdo bilateral. También hay un “Área de Régimen Común” de Colombia y Jamaica (una zona sobre la cual Colombia y Jamaica han acordado un desarrollo conjunto, en lugar de una delimitación). En el sur hay una frontera entre Colombia y Panamá establecida en virtud de un Acuerdo bilateral que fue firmado en 1976 y que entró en vigor en 1977. También hay una frontera entre Colombia y Costa Rica establecida en 1977 por un Acuerdo bilateral, que aún no ha sido ratificado.

La Corte señala que, aunque los acuerdos entre Colombia, por una parte, y Costa Rica, Jamaica y Panamá, por otra, rigen las relaciones jurídicas entre las partes de cada uno de tales acuerdos, son *res inter alios acta* en lo que respecta a Nicaragua. Por consiguiente, ninguno de esos acuerdos puede afectar los derechos y obligaciones de Nicaragua frente a Costa Rica, Jamaica o Panamá; tampoco pueden imponer obligaciones, ni conferir derechos, a Costa Rica, Jamaica o Panamá en relación con Nicaragua. De ello se sigue que, en lo que respecta a la delimitación entre Colombia y Nicara-

gua, la Corte no tiene intención de definir los derechos y las obligaciones que pudieran existir entre Nicaragua y ninguno de esos tres Estados, ni de influir en ellos. La situación de Honduras difiere en cierta medida. La frontera entre Honduras y Nicaragua fue establecida por el fallo de la Corte de 2007, aunque el punto extremo de esa frontera no quedó determinado. Nicaragua no puede tener derechos al norte de esa línea y Honduras no puede tener derechos al sur. Sin embargo, es en la fase final de la delimitación, no en la fase preliminar de determinación de la zona pertinente, cuando la Corte debe tener en cuenta los derechos de terceras partes. No obstante, a fin de que el ejercicio de determinación de la zona pertinente, aunque sea de manera aproximada, sea útil, es necesario tener cierto conocimiento sobre las reivindicaciones reales o potenciales de terceras partes. En la presente causa, hay un acuerdo importante entre las Partes en lo relativo a las implicaciones de esta tarea. Tanto Nicaragua como Colombia han aceptado que la zona de derechos superpuestos no se extiende más allá de las fronteras ya establecidas entre uno de ambos países y un tercer Estado.

La Corte recuerda que la zona pertinente no puede extenderse más allá de la zona donde se superponen los derechos de ambas Partes. Por tanto, si una de las Partes no tiene derechos en una zona determinada, bien porque haya concluido un acuerdo con un tercer Estado o bien porque esa zona vaya más allá de una frontera determinada judicialmente entre esa Parte y un tercer Estado, dicha zona no podrá considerarse parte de la zona pertinente a los presentes efectos. Dado que Colombia no tiene derechos potenciales al sur y al este de las fronteras que ha acordado con Costa Rica y Panamá, la zona pertinente no puede extenderse más allá de dichas fronteras. Además, aunque el “Área de Régimen Común” de Colombia y Jamaica es una zona sobre la cual Colombia y Jamaica han acordado un desarrollo conjunto, en lugar de una delimitación, la Corte considera que se ha de tratar como si fuera ajena a la zona pertinente. La Corte observa que más de la mitad del “Área de Régimen Común” (así como la isla de Bajo Nuevo y las aguas en un radio de 12 millas náuticas de la misma) está ubicada a más de 200 millas náuticas de Nicaragua, por lo que no podría constituir parte de la zona pertinente, en cualquier caso. También recuerda que ni Colombia ni Nicaragua (al menos en la mayoría de sus alegatos) sostienen que se deba incluir en la zona pertinente. Aunque la isla de Serranilla y las aguas en un radio de 12 millas náuticas de la misma están excluidas del “Área de Régimen Común”, la Corte considera que también quedan fuera de la zona pertinente a los efectos de la presente causa, en vista de los derechos potenciales de Jamaica y del hecho de que ninguna de las Partes alega lo contrario.

Por tanto, la Corte concluye que la frontera de la zona pertinente en el norte sigue la frontera marítima entre Nicaragua y Honduras, establecida en el fallo de la Corte de 8 de octubre de 2007, hasta llegar a la latitud de 16 grados norte. Continúa hacia el este hasta llegar a la frontera del “Área de

Régimen Común” de Colombia y Jamaica. Desde ese punto, sigue la frontera de esa Área, bordeando una línea a 12 millas náuticas de Serranilla, hasta llegar a la intersección con la línea de 200 millas náuticas desde Nicaragua. En el sur, la frontera de la zona pertinente comienza al este en el punto de intersección entre la línea de 200 millas náuticas desde Nicaragua y la línea fronteriza acordada entre Colombia y Panamá. A continuación, sigue la línea entre Colombia y Panamá hacia el oeste hasta llegar a la línea acordada entre Colombia y Costa Rica. Sigue esa línea hacia el oeste y después hacia el norte, hasta la intersección con una línea hipotética equidistante entre las costas de Costa Rica y Nicaragua (véase el mapa esquemático No. 7: Zona marítima pertinente determinada por la Corte).

La zona pertinente así trazada tiene unas dimensiones aproximadas de 209.280 km².

5. *Derechos generados por accidentes geográficos marítimos*

Las Partes convienen en que San Andrés, Providencia y Santa Catalina tienen derecho a mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental. En principio, ese derecho podría extenderse hasta un máximo de 200 millas náuticas en cada dirección. Las Partes difieren en lo relativo a los derechos que pueden generar los Cayos Alburquerque, los Cayos del Este Sudeste, Roncador, Serrana, Serranilla y Bajo Nuevo.

La Corte comienza recordando que Serranilla y Bajo Nuevo quedan fuera de la zona pertinente definida en la sección anterior del fallo y que, por consiguiente, en el presente procedimiento no se solicita la determinación del alcance de sus derechos marítimos. Con respecto a los Cayos Alburquerque, los Cayos del Este Sudeste, Roncador y Serrana, la Corte observa que el derecho internacional actual fija en 12 millas náuticas la anchura del mar territorial que tiene derecho a establecer el Estado ribereño. Por tanto, cada uno de estos accidentes geográficos tiene derecho a un mar territorial de 12 millas náuticas, independientemente de si quedan incluidos en la excepción establecida en el artículo 121, párrafo 3, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. La Corte no considera necesario determinar la condición precisa de las islas más pequeñas, puesto que todo derecho que pudieran generar a espacios marítimos en la zona pertinente (fuera del mar territorial) se superpondría íntegramente con el derecho a una plataforma continental y zona económica exclusiva generado por las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

La Corte decide que Colombia tiene derecho a un mar territorial de 12 millas náuticas en torno a QS 32 en Quitasueño. Es más, al medir ese mar territorial, Colombia tiene derecho a usar las elevaciones que emergen en bajamar ubicadas en las 12 millas náuticas de QS 32 a los efectos de medición de la anchura de su mar territorial. La Corte observa que ninguna de las Partes ha sugerido que QS 32 sea más que una roca no apta para mantener habitación humana o

vida económica propia de conformidad con el artículo 121, párrafo 3, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, por lo que este accidente geográfico no genera derechos a plataforma continental ni zona económica exclusiva.

6. *Método de delimitación*

Para efectuar la delimitación, la Corte sigue la metodología de tres etapas empleada en su jurisprudencia. En la primera etapa, la Corte establece una línea de delimitación provisional entre los territorios (incluidos los territorios insulares) de las Partes. La línea se traza utilizando los puntos de base más apropiados de las costas de las Partes. En la segunda etapa, la Corte considera si existen circunstancias pertinentes que puedan exigir un ajuste o desplazamiento de la línea media/equidistante provisional para alcanzar un resultado equitativo. En la tercera y última etapa, la Corte realiza una prueba de proporcionalidad en la cual evalúa si el efecto de la línea, ajustada o desplazada, es que la proporción de la zona pertinente asignada a cada Parte resulta notablemente desproporcionada en relación con sus costas pertinentes respectivas.

7. *Determinación de los puntos de base y trazado de la línea media provisional*

Para la costa de Nicaragua, la Corte utiliza puntos de base ubicados en el Arrecife Edinburgh, Cayo Muerto, Cayos Miskitos, Cayo Ned Thomas, Roca Tyra, Isla del Maíz Pequeña e Isla del Maíz Grande.

En lo que se refiere a la costa colombiana, la Corte considera que Quitasueño no debería contribuir al trazado de la línea media provisional. La parte de Quitasueño que emerge sin duda en pleamar es un accidente geográfico minúsculo, cuyas dimensiones apenas alcanzan 1 m². En caso de que ubicar puntos de base en accidentes geográficos marítimos de muy reducidas dimensiones provoque una distorsión de la geografía pertinente, resulta apropiado hacer caso omiso de ellos en el trazado de una línea media provisional. En opinión de la Corte, tampoco deberían ubicarse puntos de base en Serrana ni en Cayo Bajo. Los puntos de base de la parte colombiana, por tanto, estarán ubicados en las islas de Santa Catalina, Providencia y San Andrés y en los Cayos Alburquerque.

La línea media provisional trazada a partir de estos dos conjuntos de puntos de base, por lo tanto, está controlada al norte por los puntos de base nicaragüenses en Arrecife Edinburgh, Cayo Muerto y Cayos Miskitos, y por los puntos de base colombianos en Santa Catalina y Providencia; en el centro, por los puntos de base nicaragüenses de Cayo Ned Thomas y Roca Tyra, y las islas colombianas de Providencia y San Andrés; y en el sur, por los puntos de base nicaragüenses en Isla del Maíz Pequeña e Isla del Maíz Grande, y los puntos de base colombianos en San Andrés y Cayos Alburquerque (véase el mapa esquemático No. 8: Trazado de la línea media provisional).

8. *Circunstancias pertinentes*

La Corte observa que las Partes invocaron varias circunstancias diferentes que consideraban pertinentes para la consecución de una solución equitativa, que la Corte examina por orden.

A. *Disparidad en la longitud de las costas pertinentes*

La Corte comienza observando que una diferencia sustancial en la longitud de las costas de cada una de las Partes puede ser un factor a tener en cuenta para ajustar o desplazar la línea de delimitación provisional. En la presente causa, la disparidad entre la costa pertinente de Colombia y la de Nicaragua es de aproximadamente 1:8,2. No cabe duda de que se trata de una disparidad sustancial y la Corte considera que merece un ajuste o desplazamiento de la línea provisional, especialmente dadas las zonas marítimas superpuestas al este de las islas colombianas.

B. *Contexto geográfico general*

La Corte no cree que deba darse mérito alguno a la alegación de Nicaragua en el sentido de que las islas colombianas están ubicadas en la “plataforma continental de Nicaragua”. Se ha aclarado repetidas veces que las consideraciones geológicas y geomorfológicas no son pertinentes para la delimitación de derechos superpuestos en el límite de 200 millas náuticas de las costas de los Estados.

No obstante, la Corte está de acuerdo en que la consecución de una solución equitativa exige que, en la medida de lo posible, la línea de delimitación permita que las costas de las Partes generen sus efectos en términos de derechos marítimos de una manera razonable y equilibrada para ambas. La línea media provisional tiene como efecto privar a Nicaragua de aproximadamente tres cuartas partes de la zona en la cual se proyecta su costa. La Corte concluye, por tanto, que el efecto de privación es una consideración pertinente que hace necesario un ajuste o desplazamiento de la línea media provisional a fin de obtener un resultado equitativo.

C. *Comportamiento de las Partes*

La Corte no considera que el comportamiento de las Partes en la presente causa sea tan excepcional como para constituir una circunstancia pertinente que requiera de por sí un ajuste o desplazamiento de la línea media provisional.

D. *Consideraciones de seguridad y mantenimiento del orden*

La Corte afirma que tendrá presente cualquier preocupación legítima por la seguridad al determinar los ajustes que debería hacer en la línea media provisional o la forma en que debería desplazar dicha línea.

E. *Acceso equitativo a los recursos naturales*

La Corte considera que la presente causa no muestra problemas de acceso a los recursos naturales tan excepcionales

como para merecer su tratamiento en calidad de consideración pertinente.

F. *Delimitaciones ya efectuadas en la zona*

La Corte acepta que el acuerdo de Panamá con Colombia equivale al reconocimiento por Panamá de la reivindicación de Colombia a la zona al norte y oeste de la línea fronteriza trazada en dicho acuerdo. Igualmente, el tratado no ratificado entre Colombia y Costa Rica implica el reconocimiento, al menos potencial, por Costa Rica de las reivindicaciones de Colombia a la zona al norte y este de la línea fronteriza trazada en él, mientras que el acuerdo entre Colombia y Jamaica implica el reconocimiento por Jamaica de las reivindicaciones de Colombia a la zona al suroeste de la frontera del “Área de Régimen Común” de Colombia y Jamaica. No obstante, la Corte no puede convenir con Colombia en que este reconocimiento equivalga a una circunstancia pertinente que la Corte deba tener en cuenta al efectuar una delimitación marítima entre Colombia y Nicaragua. Es un principio fundamental del derecho internacional que un tratado entre dos Estados, por sí mismo, no puede afectar a los derechos de un tercer Estado. De conformidad con ese principio, los tratados concluidos por Colombia con Jamaica y Panamá, y el tratado que ha firmado con Costa Rica, no pueden conferir a Colombia derechos respecto de Nicaragua y, en particular, frente a Nicaragua, relativos a una proporción más extensa de la zona en la cual sus derechos marítimos se superponen a los de Nicaragua de la que recibiría de otra manera.

La Corte observa también que, como establece claramente el artículo 59 del Estatuto de la Corte, es axiomático que un fallo de la Corte no es vinculante para ningún Estado sino para las partes en litigio. Es más, la Corte siempre ha prestado atención a no trazar ninguna línea fronteriza que se extienda hasta zonas en las que puedan verse afectados los derechos de terceros Estados. El fallo por el cual la Corte delimita la frontera se ocupa exclusivamente de los derechos de Nicaragua en relación con Colombia y viceversa y, por consiguiente, se emite sin perjuicio de ninguna alegación de un tercer Estado o de ninguna alegación que cualquiera de las Partes pueda presentar contra un tercer Estado.

9. *Curso de la frontera marítima*

Una vez identificadas así las circunstancias pertinentes que implican que una frontera marítima que siga el curso de la línea media provisional no produciría un resultado equitativo, la Corte procede al desplazamiento de la línea media provisional. En este contexto, la Corte establece una distinción entre la parte de la zona pertinente ubicada entre la costa continental de Nicaragua y las costas occidentales de los Cayos Alburquerque, San Andrés, Providencia y Santa Catalina, donde existe una relación de costas enfrentadas, y la parte ubicada al este de esas islas, donde la relación es más compleja. En la primera parte, occidental, de la zona pertinente, las circunstancias pertinentes exigen que la línea media provisional se desplace hacia el este. La disparidad de

la longitud de las costas es tan señalada que justifica un desplazamiento significativo. Sin embargo, la línea no puede ser desplazada tanto como para cortar el mar territorial de 12-millas náuticas en torno a ninguna de las islas colombianas.

La Corte observa la existencia de varias técnicas que permiten tener en consideración las circunstancias pertinentes a fin de alcanzar una solución equitativa. En la presente causa, la Corte procede asignando un valor ponderado de uno a cada punto de base colombiano y de tres a cada punto de base nicaragüense. La Corte observa que, mientras que todos los puntos de base colombianos contribuyen al trazado de esta línea, solamente los puntos de base nicaragüenses de Cayos Miskitos, Cayo Ned Thomas e Isla del Maíz Pequeña controlan la línea ponderada. Como resultado del hecho de que la línea se traza empleando una relación de 3:1 entre los puntos de base nicaragüenses y colombianos, esos puntos de base dejan sin efecto los demás puntos de base nicaragüenses. La línea termina en el último punto que puede trazarse mediante tres puntos de base. La línea ponderada, trazada sobre esta base, tiene forma curva con gran número de puntos de giro (véase el mapa esquemático No. 9: Trazado de la línea ponderada). Consciente de que tal configuración de la línea puede crear dificultades en la aplicación práctica, la Corte procede a un ajuste adicional mediante la reducción del número de puntos de giro y su conexión mediante líneas geodésicas. Esto genera una línea ponderada simplificada (véase el mapa esquemático No. 10: Línea ponderada simplificada). La línea así trazada constituye la frontera entre los derechos marítimos de los dos Estados entre los puntos 1 y 5.

No obstante, la Corte considera que la prolongación de esa línea a las partes de la zona pertinente al norte del punto 1 o al sur del punto 5 no produciría un resultado equitativo. La línea ponderada simplificada representa un desplazamiento de la línea media provisional que refleja en cierta manera la disparidad de longitud de las costas pero, de prolongarse más allá de los puntos 1 y 5, Colombia poseería una parte significativamente mayor de la zona pertinente respecto de la otorgada a Nicaragua, aunque la costa pertinente de Nicaragua tiene una extensión más de ocho veces superior que la costa pertinente de Colombia. El resultado sería una ponderación insuficiente de la primera circunstancia pertinente observada por la Corte. Es más, al privar a Nicaragua de las zonas al este de las principales islas colombianas hacia las que se proyecta la costa nicaragüense, la frontera no tendría en cuenta la segunda circunstancia pertinente, a saber, el contexto geográfico general.

La Corte debe tener debidamente en cuenta tanto la disparidad de la extensión costera como la necesidad de evitar que se prive a ninguno de los Estados de los espacios marítimos en los que se proyectan sus costas. En opinión de la Corte, el resultado equitativo que otorga un peso ponderado adecuado a ambas consideraciones pertinentes se obtiene mediante la continuación de la línea fronteriza hacia la línea de 200

millas náuticas desde las líneas de base nicaragüenses a lo largo de las líneas de latitud.

Teniendo presente todo lo cual, la Corte traza la línea fronteriza de la siguiente forma (véase el mapa esquemático No. 11: Curso de la frontera marítima).

En primer lugar, desde el punto extremo septentrional de la línea ponderada simplificada (punto 1), ubicado en el paralelo que cruza el punto más septentrional de la zona de arcos trazados a 12 millas náuticas en torno a Roncador, la línea de delimitación seguirá el paralelo hasta alcanzar el límite de 200 millas náuticas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide el mar territorial de Nicaragua (punto extremo A). Como ha explicado la Corte, dado que Nicaragua aún no ha notificado las líneas de base a partir de las cuales se mide su mar territorial, es imposible determinar la ubicación precisa del punto extremo A, por lo que la ubicación mostrada en el mapa esquemático No. 11 es aproximada.

En segundo lugar, desde el punto extremo meridional de la línea ajustada (punto 5), la línea de delimitación irá en dirección sureste hasta su intersección con la zona de arcos trazados a 12 millas náuticas en torno al Cayo Sur de los Cayos Alburquerque (punto 6). Continúa después bordeando esa zona de arcos trazados a 12 millas náuticas en torno al Cayo Sur de los Cayos Alburquerque hasta llegar al punto de intersección (punto 7) de dicha zona de arcos con el paralelo que cruza el punto más meridional de la zona de arcos trazados a 12 millas náuticas en torno a los Cayos del Este Sudeste. La línea fronteriza sigue ese paralelo hasta alcanzar el punto más meridional de la zona de arcos trazados a 12 millas náuticas en torno a los Cayos del Este Sudeste (punto 8) y continúa bordeando esa zona de arcos hasta su punto más oriental (punto 9). Desde ese punto, la línea fronteriza sigue el paralelo hasta alcanzar el límite de 200 millas náuticas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide el mar territorial de Nicaragua (punto extremo B, cuya ubicación aproximada se muestra en el mapa esquemático No. 11).

Esto deja Quitasueño y Serrana que, según ha defendido la Corte, están en la parte nicaragüense de la línea fronteriza antes descrita. En opinión de la Corte, desplazar más al norte la línea ajustada descrita en los párrafos anteriores, de manera de abarcar estas islas y las aguas que las circundan, permitiría que accidentes geográficos aislados y de reducidas dimensiones, que están ubicados a una distancia considerable de las islas colombianas de mayores dimensiones, ejercieran un efecto desproporcionado sobre la frontera. Por tanto, la Corte considera que el uso de enclaves ofrece la solución más equitativa en esta región de la zona pertinente.

Quitasueño y Serrana tienen derecho a sendos mares territoriales que, por las razones ya expuestas por la Corte, no pueden tener una anchura menor de 12 millas náuticas. Dado que Quitasueño es una roca no apta para mantener habitación humana o vida económica propia y, por tanto, se ajusta a la norma establecida en el artículo 121, párrafo 3, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del

Mar, no tiene derecho a plataforma continental ni zona económica exclusiva. Así, la frontera entre la plataforma continental y zona económica exclusiva de Nicaragua y el mar territorial de Colombia en torno a Quitasueño seguirá una zona de arcos trazados a 12 millas náuticas medidas a partir de QS 32 y desde las elevaciones que emergen en bajamar ubicadas dentro de las 12 millas náuticas desde QS 32.

En el caso de Serrana, la Corte recuerda que ya concluyó innecesario decidir si se ajusta o no a la norma establecida en el artículo 121, párrafo 3, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Sus reducidas dimensiones, lo remoto de su ubicación y otras características significan que, en cualquier caso, la consecución de un resultado equitativo exige que la línea fronteriza siga el límite exterior del mar territorial en torno a la isla. Por tanto, la frontera seguirá una zona de arcos trazados a 12 millas náuticas medidas desde el Cayo Serrana y otros cayos cercanos.

10. Prueba de proporcionalidad

Al realizar la prueba de proporcionalidad, la Corte señala que no aplica un principio de proporcionalidad estricta. La delimitación marítima no está diseñada para lograr siquiera una correlación aproximada entre la proporción de la extensión de las costas pertinentes de las Partes y la proporción de sus cuotas respectivas de la zona pertinente. La tarea de la Corte consiste en verificar si existe una desproporción significativa tan marcada como para “contaminar” el resultado e impedir que sea equitativo. En la presente causa, la línea fronteriza tiene el efecto de dividir la zona pertinente entre las Partes en una relación aproximada de 1:3,44 a favor de Nicaragua, en tanto que la relación entre las costas pertinentes es de aproximadamente 1:8,2. La cuestión, por consiguiente, es si, en las circunstancias de la presente causa, esta desproporción es tan grande como para impedir que el resultado sea equitativo. La Corte concluye que, teniendo en cuenta todas las circunstancias de la presente causa, el resultado alcanzado por la delimitación marítima no implica una desproporción que dé lugar a un resultado no equitativo.

VI. Declaración solicitada por Nicaragua (párrs. 248 a 250)

Además de sus reivindicaciones relativas a una frontera marítima, en sus conclusiones finales, Nicaragua solicitó que la Corte juzgara y determinara que Colombia había incumplido sus obligaciones en virtud del derecho internacional al impedir, y obstaculizar de otra forma, el acceso de Nicaragua a sus recursos naturales al este del meridiano 82 y el uso de los mismos.

La Corte observa que Nicaragua solicita tal declaración en el contexto de los procedimientos relativos a una frontera marítima que no se había establecido previamente a la decisión de la Corte. La consecuencia del fallo de la Corte es que la frontera marítima entre Nicaragua y Colombia en la zona pertinente ya ha quedado delimitada entre las Partes. En este sentido, la Corte señala que el fallo atribuye a Co-

lombia parte de los espacios marítimos en relación con los cuales Nicaragua solicita una declaración relativa al acceso a los recursos naturales. En este contexto, la Corte considera que la reivindicación de Nicaragua es infundada.

*
* *
*

Opinión disidente del Magistrado Owada

En su opinión disidente, el Magistrado Owada afirma que, pese a que votó a favor de todas las conclusiones de la Corte relativas a los méritos de la controversia tal como figuran en el apartado 1) y los apartados 3) a 6) del párrafo dispositivo, no ha podido votar a favor del apartado 2) relativo a la cuestión de la admisibilidad de la reivindicación de Nicaragua que figura en la sección I 3) de sus conclusiones finales. En su opinión, las conclusiones de la Corte sobre este punto no se ajustan al criterio empleado para juzgar la admisibilidad de una demanda elaborado por la Corte y no son adecuadas por cuestión de principios.

El Magistrado Owada señala que tanto el demandante como el demandado citan la jurisprudencia de esta Corte —en particular las causas relativas a *Ciertas tierras fosfáticas en Nauru* y *Ahmadou Sadio Diallo*— para determinar si la reivindicación presuntamente nueva formulada por el demandante puede considerarse admisible o no. En opinión del Magistrado Owada, no obstante, cabe dudar de si esas dos causas son estrictamente pertinentes para la presente. El Magistrado Owada observa que, en ambas causas, la presunta nueva reivindicación era, esencialmente, una nueva *reivindicación adicional* que no se había incluido expresamente en la demanda original. El Magistrado Owada afirma que esta no es la situación de la presente causa, en la cual el demandante intentó *sustituir* la formulación original de la reivindicación presentada ante la Corte en su demanda por una reivindicación de nueva formulación, ostensiblemente diferente, relacionada con la controversia existente.

El Magistrado Owada afirma que la causa relativa a la *Société Commerciale de Belgique* es más afín a la situación de la presente causa. En ella, la Corte aceptó una reivindicación que fue reformulada por el Gobierno de Bélgica en sus conclusiones finales. El Magistrado Owada señala, no obstante, que la Corte hizo hincapié, en esa causa, en que su decisión de aceptar la reivindicación reformulada de Bélgica se basaba en gran medida en la falta de excepciones por Grecia a dicha reivindicación reformulada. El Magistrado Owada observa que, en comparación, en la presente causa el demandado planteó una importante excepción a la nueva formulación de la reivindicación efectuada por el demandante.

El Magistrado Owada observa que, en las audiencias orales, el demandante explicó que había ajustado la documentación presentada (y su línea argumental) tras el fallo de la Corte de 13 de diciembre de 2007, en el cual la Corte consideró que hacía lugar a la primera excepción preliminar

de Colombia relativa a la competencia de la Corte referida a la cuestión de la soberanía sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. El Magistrado Owada señala no obstante que, independientemente de los antecedentes que justifiquen el cambio de postura del demandante, el fallo emitido por la Corte en 2007 no constituyó un cambio tan fundamental de la situación jurídica como para exigir al demandante el abandono de su postura original y la alteración drástica de su reivindicación principal, así como de su fundamento jurídico.

El Magistrado Owada señala que el presente fallo rechaza las alegaciones de Colombia en el sentido de que esta reivindicación revisada transforma el objeto de la controversia. Observa que, al hacerlo, el fallo se basa principalmente en el argumento del demandante. El Magistrado Owada difiere respetuosamente de esta percepción de la Corte sobre la índole y el objeto de la controversia en la forma presentada ante la Corte por el demandante. En opinión del Magistrado Owada, esta repentina alteración de la postura del demandante no puede describirse de otra manera que como una transformación radical del objeto de la controversia en sí misma.

Pese a que el demandante sostiene que el objeto de la controversia no se ha modificado, el Magistrado Owada afirma que es incapaz de convenir en esa postura, dado que el carácter jurídico de una plataforma continental basada en el criterio de la distancia y el de una plataforma continental basada en el criterio de la prolongación natural son muy distintos. Como resultado, en opinión del Magistrado Owada, lo que propone el demandante por medio de su presentación reformulada I 3) no es algo que se pueda caracterizar como relativo únicamente a los *medios* por los cuales se sugiere resolver la controversia, como reivindica el demandante.

El Magistrado Owada señala que en la demanda no figura ninguna definición explícita por la que se indique lo que, en opinión del demandante, constituye la controversia que presenta el demandante en la presente causa. En su opinión, la parte crucial de la demanda es el párrafo 8, donde el demandante pide a la Corte que determine “el curso de la frontera marítima única entre los espacios de plataforma continental y zona económica exclusiva pertenecientes, respectivamente, a Nicaragua y Colombia, con arreglo a principios equitativos y a circunstancias pertinentes reconocidos por el derecho internacional general aplicable a dicha delimitación de una frontera marítima única”. El Magistrado Owada afirma que este texto no puede ser más claro; su finalidad es establecer un objetivo muy específico que el demandante aspira a alcanzar por conducto del fallo: la delimitación del curso de una frontera marítima única que constituya tanto la frontera de la plataforma continental como la frontera de la zona económica exclusiva. El Magistrado Owada añade que este texto no puede interpretarse como mera indicación de un medio posible que la Corte pueda emplear para alcanzar el objetivo general de demarcar las zonas marítimas ubicadas entre ambas Partes.

El Magistrado Owada pasa a continuación a lo que, en su opinión, es un elemento más importante aún, a saber, la consideración de la política judicial de esta Corte. El Magistrado Owada señala que en la causa relativa a *Ciertas tierras fosfáticas en Nauru*, la Corte llegó a la conclusión de que la reivindicación formulada por Nauru era inadmisibles porque constituía, tanto en la forma como en el fondo, una nueva reivindicación. En esa causa, la Corte también hizo hincapié en que el objeto de la controversia habría cambiado de haber lugar a tal reivindicación. En opinión del Magistrado Owada, cabe aplicar la misma consideración en la presente causa: si la Corte aceptara esta modificación radical de la presentación del demandante, la cuestión de la delimitación marítima asumiría en su totalidad un carácter completamente diferente, no solo en la forma, sino también en el fondo. Concretamente, según el Magistrado Owada, la Corte habría de considerar varias cuestiones jurídicas que ni las Partes ni la Corte preveían cuando el demandante presentó la documentación original en la demanda y en la memoria.

El Magistrado Owada afirma que un elemento importante que la Corte debe considerar es que esta modificación radical de la postura del demandante no se materializó concretamente hasta finales de 2007, más de seis años después de la presentación original de la controversia. En su opinión, la justificación de la prohibición de la transformación de la controversia en una controversia nueva tiene argumentos de peso en la consideración de la administración independiente de justicia que se ha de aplicar a ambas Partes y en la consideración de la estabilidad y la previsibilidad jurídicas.

Opinión separada del Magistrado Abraham

En su opinión separada, el Magistrado Abraham afirma que, aunque ha votado a favor de todos los puntos de la cláusula operativa del fallo de la Corte, está en desacuerdo con dos aspectos del razonamiento seguido por la Corte en su fallo.

En lo relativo a la soberanía sobre los accidentes geográficos marítimos en controversia, el Magistrado Abraham es de la opinión de que, antes de pasar a considerar el principio *uti possidetis juris* y las *effectivités* poscoloniales, la Corte debería haber interpretado el Tratado de 1928 a fin de determinar si este permitía solucionar la cuestión de la soberanía sobre los accidentes geográficos marítimos en controversia, o sobre algunos de ellos. En opinión del Magistrado Abraham, la Corte, sin aportar justificación válida alguna, se abstuvo de interpretar el Tratado, limitándose a decidir que la composición del Archipiélago San Andrés, que el Tratado otorgó a Colombia, no estaba claramente definida. Al hacerlo, la Corte no ha cumplido su obligación.

En lo que respecta a la delimitación marítima, el Magistrado Abraham considera que el denominado método de equidistancia era inadecuado en este caso por consideración a los hechos geográficos de la presente causa. Por tanto, no era posible trazar una línea media provisional que tuviera en

cuenta todas las “costas [colombianas] pertinentes”, según la definición del fallo de la Corte, a saber, una línea provisional trazada desde los puntos más pertinentes de las costas occidentales (pero también orientales, septentrionales y meridionales) de las islas colombianas. Es más, en opinión del Magistrado Abraham, la Corte, al añadir dos líneas horizontales y cuatro puntos fronterizos a la línea provisional, erra al afirmar que está realizando un mero “ajuste” o “desplazamiento” de la línea media provisional a la luz de las circunstancias pertinentes del caso. En conclusión, el Magistrado Abraham es de la opinión de que, aunque la Corte ha afirmado aplicar su “método normalizado” para la delimitación marítima en esta causa, de hecho se ha apartado en gran medida de dicho método, lo que era inevitable debido a su inadecuación para la presente causa.

Declaración del Magistrado Keith

El Magistrado Keith afirma en su declaración que coincide con las conclusiones alcanzadas por la Corte. También está de acuerdo en general, con una excepción, con los motivos indicados por la Corte. Esa excepción se refiere al derecho aplicable a la delimitación de la frontera marítima y a la aplicación de la legislación a los hechos.

El Magistrado Keith hace un breve repaso de la evolución del derecho y la práctica de la delimitación desde que la Comisión de Derecho Internacional se hizo cargo de la cuestión en los años 1950. Haciendo referencia específica a lo que dijo la Corte en 1969 en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte* y a la evolución durante los años 1970 de los artículos pertinentes de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, destacó el objetivo, establecido en esos artículos, de alcanzar un resultado equitativo. Ese objetivo se deberá alcanzar por cualquier método o combinación de métodos que resulten apropiados.

El Magistrado Keith, haciendo referencia a la situación geográfica enormemente inusual presentada en esta causa, indica la combinación de métodos que considera deberían haberse empleado en este caso para alcanzar un resultado equitativo. En su opinión, lograrían ese resultado de manera más directa que la versión muy modificada del método habitual de delimitación utilizado por la Corte. Reconoce que la aplicación de los métodos que propone daría como resultado esencialmente la misma línea que la establecida por la Corte.

Declaración de la Magistrada Xue

En su declaración, la Magistrada Xue expresa sus reservas sobre dos aspectos fundamentales del fallo: la metodología en tres etapas adoptada por la Corte y el tratamiento de los intereses de terceros Estados.

En relación con la primera cuestión, aunque reconoce los esfuerzos de la Corte por elaborar un cierto criterio que aporte certidumbre jurídica y previsibilidad al proceso de delimitación en la reciente causa relativa al *Mar Negro*, la Magistra-

da Xue destaca que el principio rector para la delimitación marítima, tal como establecen los artículos 74 y 83 de la Convención sobre el Derecho del Mar, no ha sido modificado por esta evolución. En su opinión, la metodología no puede pre-determinarse, porque el objetivo de alcanzar una solución equitativa exige que la selección del método o los métodos para la delimitación se examine a la luz de los accidentes geográficos y de las circunstancias pertinentes en cada causa.

La Magistrada Xue considera problemático el método de tres etapas empleado por la Corte por el motivo de que las circunstancias pertinentes de la presente causa son considerablemente diferentes de las de la causa relativa al *Mar Negro*, y resulta inadecuado e inviable delimitar la totalidad de la zona pertinente sobre la base de una línea media provisional ubicada al oeste de las listas de Colombia. En su opinión, todo “ajuste o desplazamiento” posterior, por sustancial que sea, de la línea media provisional en la zona occidental no superaría la enorme desproporción de la extensión de las costas y la relación de la zona pertinente entre las Partes determinada por la Corte, de ahí que esta sería incapaz de lograr un resultado equitativo.

En consideración de la disparidad de la extensión de las costas pertinentes y del contexto geográfico general, la Corte ajustó la línea media utilizando una relación de 3:1 entre los puntos de base nicaragüenses y colombianos, como resultado de lo cual “se hizo caso omiso” de algunos puntos de base de la zona nicaragüense. La Magistrada Xue cuestiona si esto es un desplazamiento de la línea media provisional o más bien una reconstrucción de una línea nueva con una relación de 3:1 entre los puntos de base de las Partes. En su opinión, la Corte podría haber llegado al mismo resultado seleccionando directamente un par de los puntos de base más exteriores en un número igual de cada una de las Partes como puntos de control y trazando la línea con una relación de 3:1. Observa que la justificación del método de la relación 3:1 se basa en el principio de delimitación: alcanzar una solución equitativa. Este método se sostiene por derecho propio; no necesita mezclarse con la línea media provisional. La Magistrada Xue observa además que la Corte, aparentemente, ha trazado la frontera en las secciones septentrional y meridional con métodos distintos: enclave y línea de latitud. Considera difícil justificarlos como un “ajuste” o un “desplazamiento” de la línea media provisional, a menos que este último signifique apartarse totalmente de ella. Cuestiona el criterio de la Corte de utilizar la metodología en tres etapas simplemente en aras de la normalización.

No obstante su reserva, la Magistrada Xue está de acuerdo con el uso concurrente de métodos distintos en esta causa, en tanto permitan alcanzar una solución equitativa. En su opinión, el fallo reafirma la jurisprudencia establecida en la delimitación marítima en el sentido de que el objetivo de llegar a un resultado equitativo excluye todo recurso a un método seleccionado de antemano.

Su segunda reserva es en relación con el interés de terceros Estados en el sur. En su opinión, la frontera debería acabar en el Punto 8 con una flecha dirigida hacia el este.

La Magistrada Xue explica que, desde el Punto 8 hacia el este, la línea fronteriza entrará en la zona donde podrían superponerse, en potencia, los derechos marítimos de tres o incluso cuatro Estados, dado que las proyecciones costeras de Nicaragua y Colombia, así como las de Costa Rica y Panamá, se extienden a esa zona. La Magistrada Xue considera que, independientemente de su calidad de continente o isla, todos ellos disfrutaban de derechos marítimos plenos e iguales en virtud del derecho internacional general. El hecho de que los derechos de Colombia no se extiendan más allá de las fronteras establecidas por tratados con terceros Estados no implica que terceros Estados no tengan intereses enfrentados a Nicaragua en la zona pertinente por encima de esas fronteras establecidas por tratados. En su opinión de la Magistrada Xue, al restringir las proyecciones costeras de las islas colombianas respecto de las de la costa nicaragüense, la Corte restringió también indebidamente las proyecciones costeras de las islas colombianas respecto de las de los otros dos terceros Estados, lo que fue más allá de la competencia de la Corte en la presente causa. Le preocupa que el principio *res inter alios acta* y el artículo 59 del Estatuto tal vez no sean de ayuda en la presente situación. Cree que la Corte debería haber evitado ese efecto ubicando la frontera en el Punto 8 con una flecha dirigida hacia el este, por ahora, técnica empleada normalmente por la Corte en la delimitación marítima para proteger los intereses de terceros Estados.

En lo relativo al efecto de privación, la Magistrada Xue señala que la relación costera entre los tres Estados ribereños adyacentes y Colombia en el sur del Mar Caribe es complicada. Considera que la extensión hasta la cual puede proyectarse la costa continental nicaragüense hacia el este contra las proyecciones costeras de Costa Rica, y posiblemente de Panamá, depende de la delimitación marítima entre Nicaragua y sus vecinos adyacentes. Una vez decidido este aspecto, sería más adecuado determinar qué distancia hacia el este del Punto 8 alcanzará la frontera entre las Partes en la presente causa.

Por último, la Magistrada Xue sostiene que la consideración del orden público y las relaciones jurídicas estables debería ser de aplicación también a la zona meridional. La línea fronteriza del sur trazada por la Corte prácticamente tendría como efecto invalidar los acuerdos bilaterales existentes y alterar drásticamente las relaciones marítimas en la zona. En su opinión, el mejor criterio consiste en limitarse a señalar la dirección de la frontera entre las Partes en esa zona, lo que ofrece margen suficiente para que los Estados afectados tracen en primer lugar sus respectivas fronteras y, a continuación, reajusten sus relaciones marítimas. Lamenta que la Corte no siga ese método.

Opinión separada de la Magistrada Donoghue

En una opinión separada, la Magistrada Donoghue señala su acuerdo con la decisión de la Corte en el sentido de que

no ha lugar a la reivindicación de Nicaragua respecto de la plataforma continental en la zona situada más allá de 200 millas náuticas de su costa, porque Nicaragua no presentó pruebas suficientes para apoyar dicha reivindicación. Tiene recelos sobre el razonamiento dado por la Corte para rechazar la reivindicación, que sugiere que la Corte no delimitará la plataforma continental más allá de 200 millas náuticas de la costa de ningún Estado parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 antes de que tal Estado haya establecido los límites exteriores de dicha plataforma continental de conformidad con el artículo 76 de la Convención. En su opinión, la delimitación de las fronteras marítimas y el trazado de los límites exteriores de la plataforma continental son ejercicios distintos. La metodología propuesta por Nicaragua difumina esa distinción, ya que usa el trazado de los límites exteriores de la plataforma continental como paso para la delimitación de la frontera. No obstante, en otras circunstancias, puede ser apropiado delimitar una zona de plataforma continental más allá de 200 millas náuticas desde la costa de un Estado antes de que se hayan establecido los límites exteriores de la plataforma continental. Es mejor dejar abierta la posibilidad de tal resultado, de manera que la Corte y la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, órgano establecido por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, puedan proceder en paralelo a fin de contribuir al orden público de los océanos y a la resolución pacífica de controversias en materia de fronteras marítimas.

La Magistrada Donoghue también recuerda que disiente de los fallos emitidos por la Corte en 2011 en los que denegaba las demandas de intervención presentadas por Costa Rica y Honduras. Todavía cree que ambos Estados cumplen los criterios para la intervención y ofrece un ejemplo de un interés concreto de índole jurídica por parte de Honduras.

Declaración del Magistrado *ad hoc* Mensah

El Magistrado *ad hoc* Mensah afirma en una declaración que, aunque está de acuerdo con la decisión de que no hace lugar a la reivindicación de Nicaragua a una plataforma continental en la zona situada más allá de 200 millas náuticas de su costa, tiene ciertas inquietudes relativas al razonamiento de la Corte para dicha decisión.

En particular, el Magistrado Mensah tiene problemas con la referencia en el fallo a la decisión de 2007 en la causa relativa a *Nicaragua contra Honduras*, en el cual la Corte afirmó que “cualquier reivindicación de derechos sobre la plataforma continental más allá de 200 millas deberá ajustarse al artículo 76 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y estará sujeta al examen de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental establecida con arreglo a dicha Convención”. El Magistrado Mensah señala la sugerencia de la Corte de que la afirmación del fallo de 2007 era de aplicación únicamente a las reivindicaciones de Estados partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre el

Derecho del Mar de 1982, pero indica que el hecho de que la Corte se base en dicha afirmación, así como los argumentos de la Corte basados en las obligaciones contraídas por Nicaragua en virtud de esa Convención, en una causa regida, por consenso, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, podría tener implicaciones preocupantes para los Estados que no son partes en la Convención cuando soliciten la delimitación de sus derechos a la plataforma continental frente a Estados que no sean partes de dicho tratado. La inquietud del Magistrado Mensah es que el fallo pueda interpretarse en el sentido de que una corte o un tribunal deba, en todos los casos, fallar automáticamente que no puede decidir sobre una controversia cuyo objeto sea la delimitación de la plataforma continental más allá de 200 millas náuticas de la costa de un Estado si dicho Estado no ha establecido los límites exteriores de su plataforma continental de conformidad con el artículo 76. En su opinión, debería existir la posibilidad de que, según las circunstancias de la causa concreta, sea posible y apropiado llegar a una decisión sobre tal controversia.

En lo que respecta a la presente causa, el Magistrado Mensah explica que habría preferido que el fallo indicara claramente que las pruebas presentadas por Nicaragua no aportaban una base suficiente para que la Corte accediera a la solicitud de delimitación de Nicaragua en la zona situada más allá de 200 millas náuticas de su costa, no porque Nicaragua aún no hubiera establecido los límites exteriores sobre la base de una recomendación de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental en virtud del artículo 76, párrafo 8, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, sino más bien porque las pruebas presentadas a la Corte por Nicaragua eran inadecuadas.

El Magistrado Mensah considera asimismo que el fallo no da peso bastante a los derechos e intereses de terceros Estados, a los efectos e importancia de los acuerdos bilaterales concluidos en la zona, ni a sus implicaciones para el “orden público de los océanos”, y que no queda claro que la base del artículo 59 del Estatuto de la Corte otorgue, por sí sola, una protección adecuada a terceros Estados ni alcance el objetivo de la estabilidad y la viabilidad en el Mar Caribe Occidental.

Declaración del Magistrado *ad hoc* Cot

El Magistrado *ad hoc* Cot está de acuerdo en general con el fallo de la Corte. No obstante, tiene importantes reservas en relación con algunos aspectos.

El Magistrado Cot lamenta el enfoque estrictamente bilateral adoptado por la Corte en su tratamiento de la controversia. El Caribe Occidental es una zona marítima compleja y delicada. Los Estados han establecido una serie de tratados que van más allá de meras cuestiones de delimitación y se ocupan de la protección del medio marino, la explotación compartida de poblaciones de peces, la explotación de recursos, la investigación científica y la lucha contra el tráfico de drogas. Esta gestión multilateral de la zona marítima es lo que hoy queda en entredicho por el fallo. Más concretamente, el Magistrado Cot considera que la delimitación establecida por el fallo incide negativamente en los derechos de terceros Estados. El artículo 59 del Estatuto de la Corte no basta para proteger esos derechos.

Es más, el Magistrado Cot considera que la línea de delimitación trazada entre la costa continental de Nicaragua y el Archipiélago de San Andrés se muestra excesivamente complicada. La Corte habría hecho bien en adherirse a su jurisprudencia anterior (*Libia/Malta, Jan Mayen*) y trazar una línea media provisional básicamente simplificada para, a continuación, desplazar esa línea hacia el este a fin de tener en cuenta la considerable disparidad en la extensión de las costas. El resultado no habría sido muy distinto del alcanzado por la Corte. Sin embargo, habría sido más claro, de más sencilla justificación y más fácil de respetar para las numerosas partes afectadas en el Mar Caribe.

Por último, el Magistrado Cot considera que el procedimiento establecido en el artículo 76, párrafo 8, de la Convención de 1982 no entra en ámbito de aplicación del derecho internacional consuetudinario, por lo que no resulta pertinente para la presente causa, dado que Colombia no es parte en la Convención. La Corte debería haberse limitado a examinar las pruebas presentadas por Nicaragua para decidir que no eran suficientes y rechazar la solicitud de Nicaragua de delimitar su plataforma continental más allá de 200 millas náuticas. En este aspecto, el Magistrado Cot coincide plenamente con las opiniones expresadas por el Magistrado *ad hoc* Mensah.

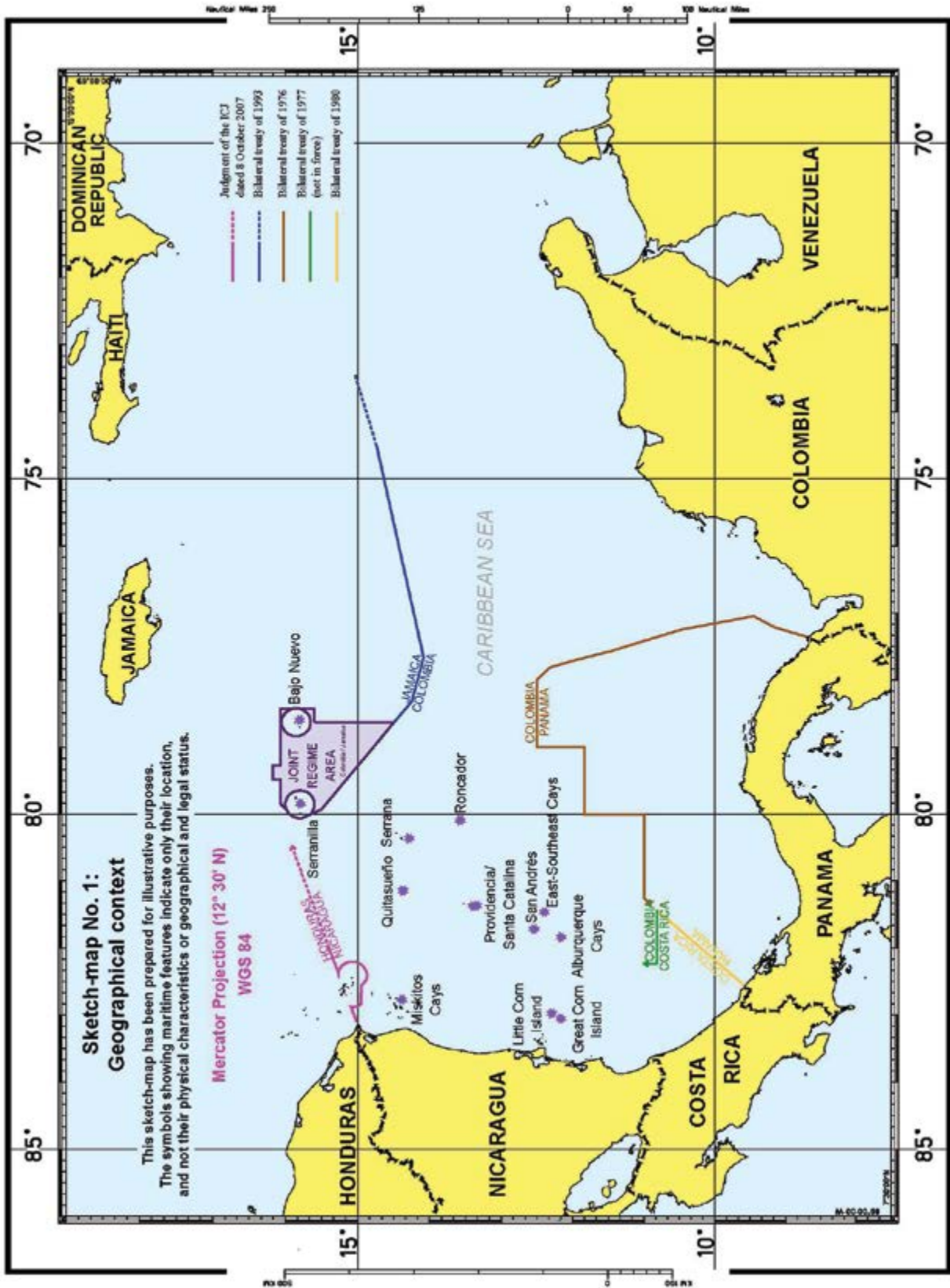
ANEXO

- Mapa esquemático No. 1: Contexto geográfico.
- Mapa esquemático No. 2: Delimitación reivindicada por Nicaragua.
- Mapa esquemático No. 3: Delimitación reivindicada por Colombia.
- Mapa esquemático No. 4: Costas pertinentes y zona pertinente según Nicaragua.
- Mapa esquemático No. 5: Costas pertinentes y zona pertinente según Colombia.

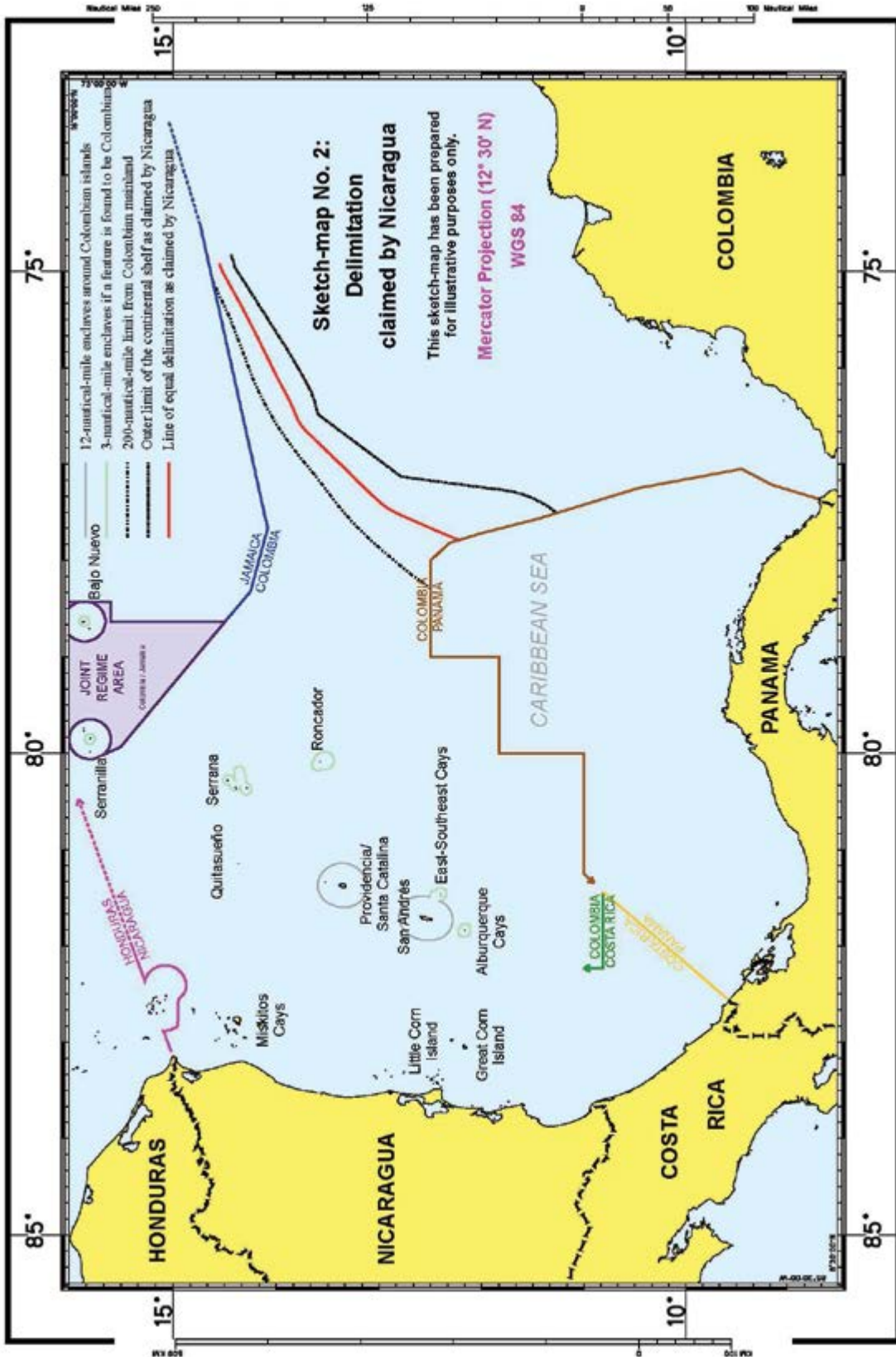
- Mapa esquemático No. 6: Costas pertinentes determinadas por la Corte.
- Mapa esquemático No. 7: Zona marítima pertinente determinada por la Corte.
- Mapa esquemático No. 8: Trazado de la línea media provisional.
- Mapa esquemático No. 9: Trazado de la línea ponderada.
- Mapa esquemático No. 10: Línea ponderada simplificada.
- Mapa esquemático No. 11: Curso de la frontera marítima.

Mapa esquemático No. 1

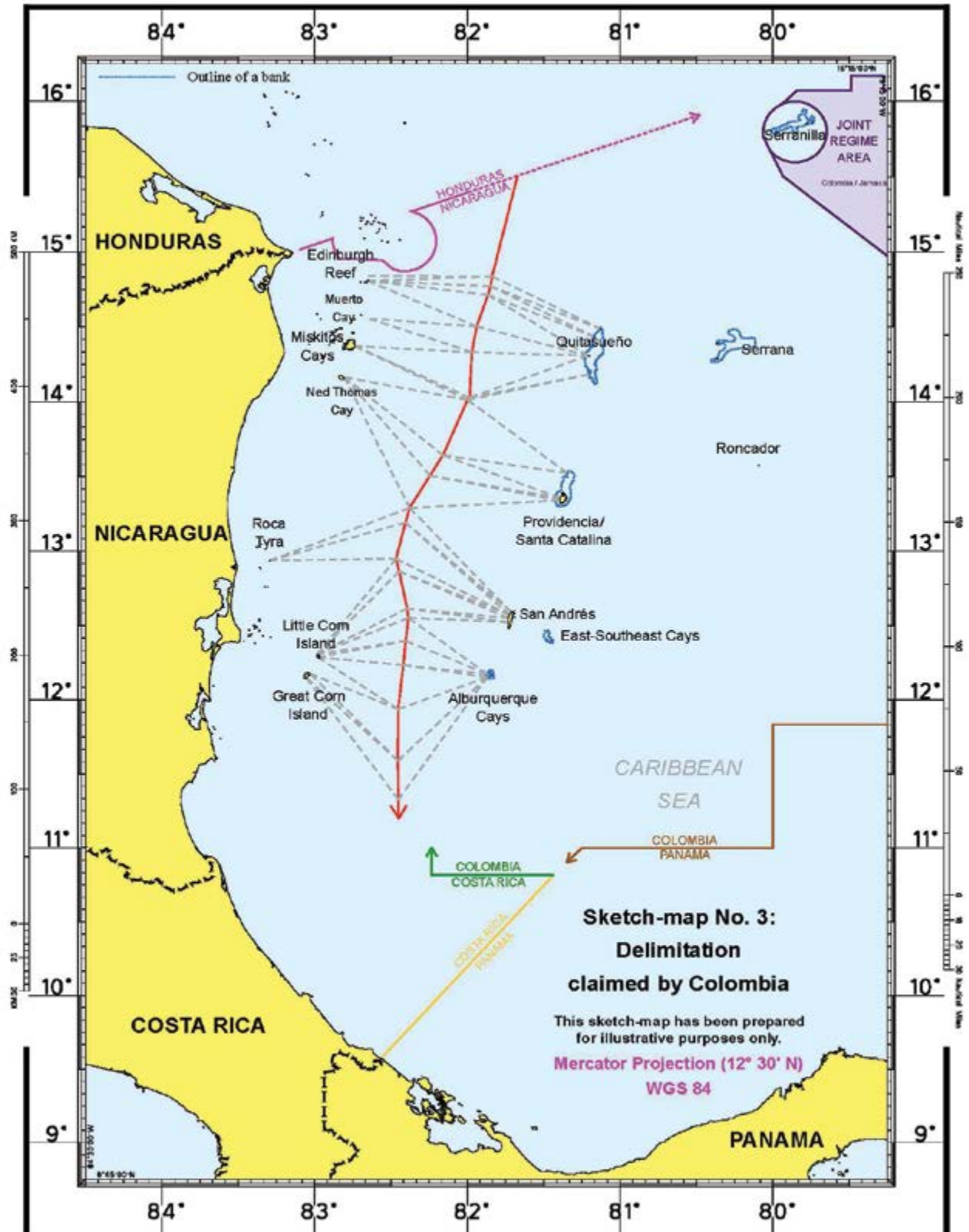
Contexto geográfico



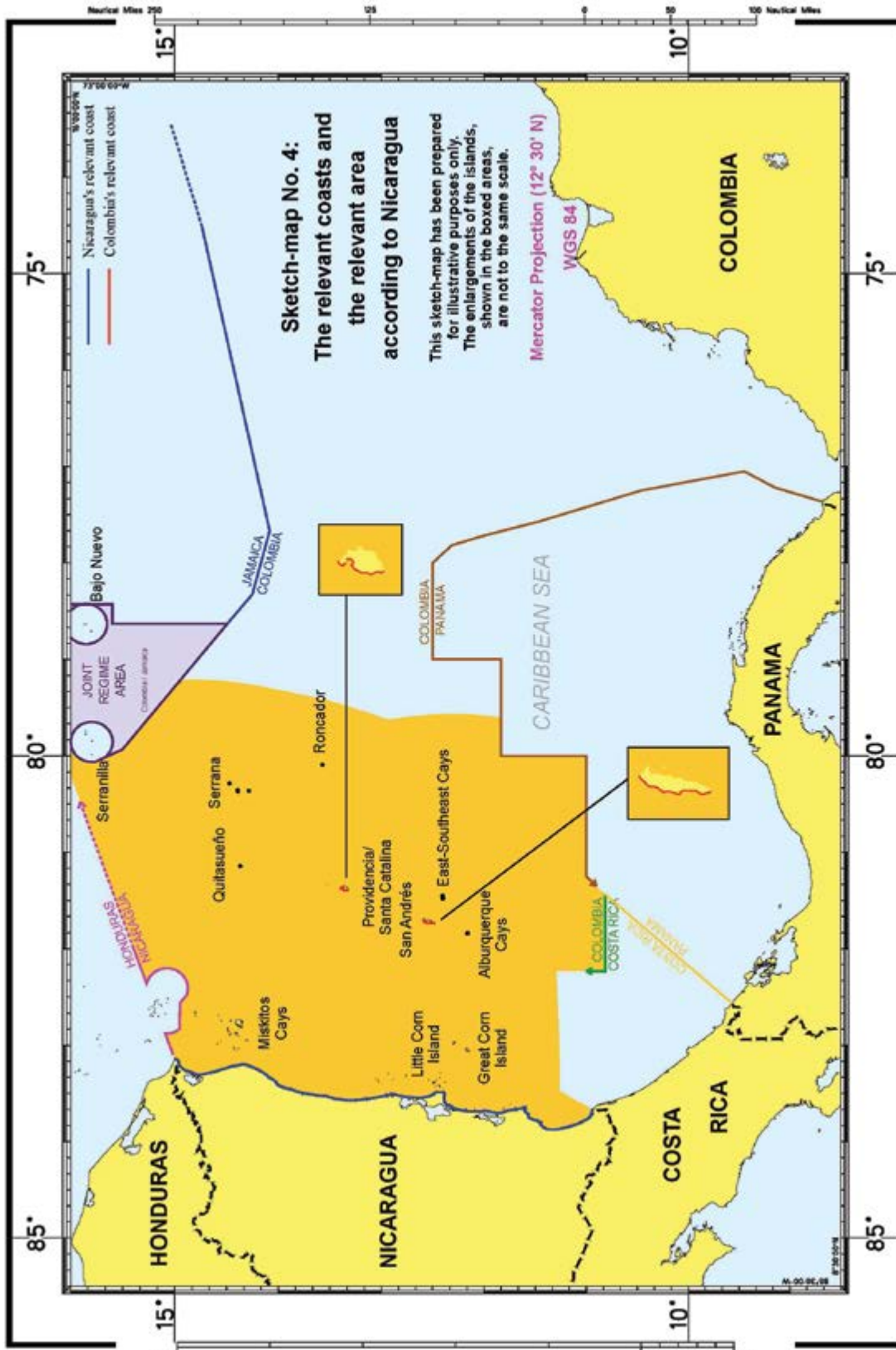
Mapa esquemático No. 2
 Delimitación reivindicada por Nicaragua



Mapa esquemático No. 3
 Delimitación reivindicada por Colombia

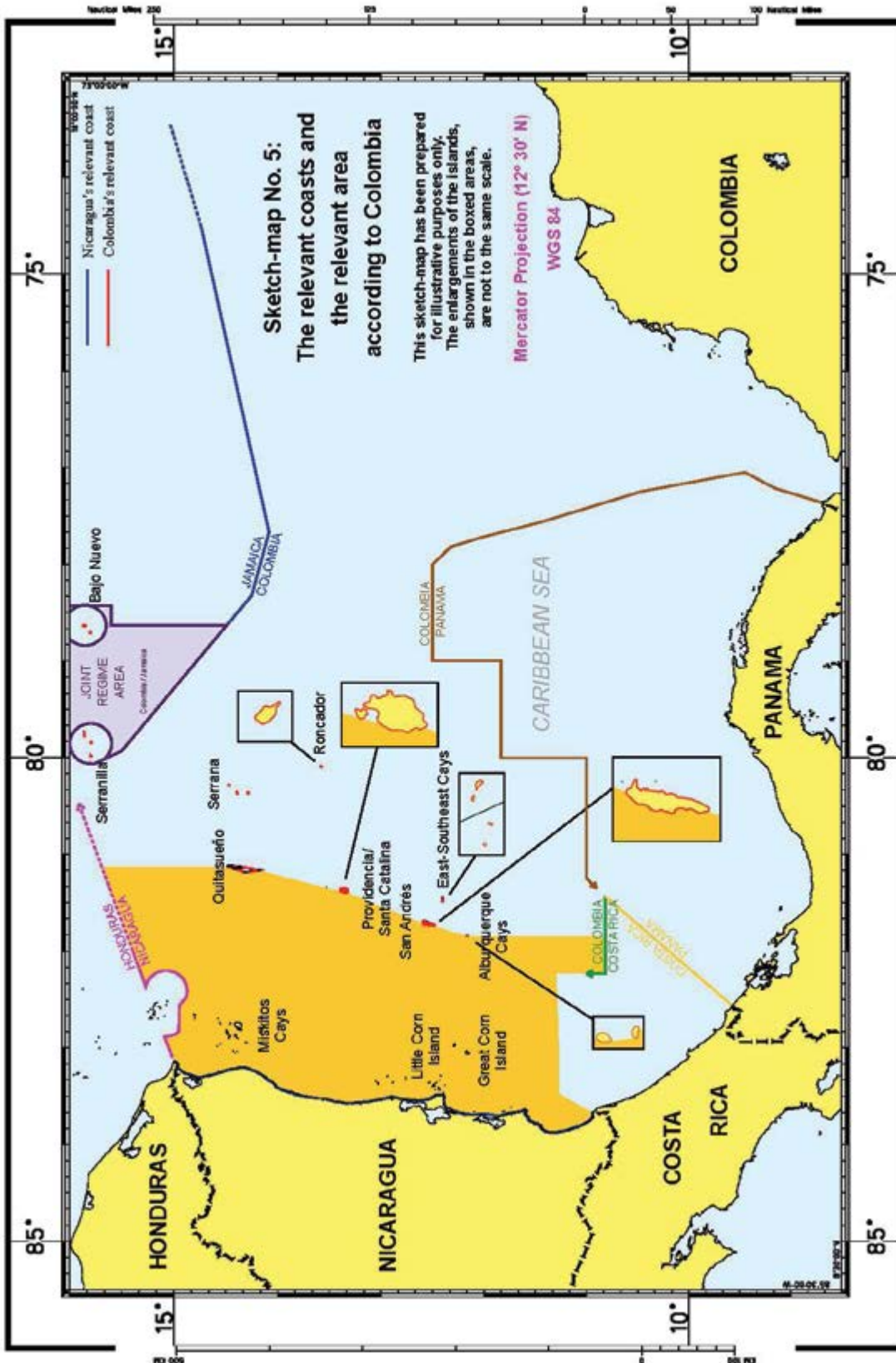


Mapa esquemático No. 4
 Costas pertinentes y zona pertinente según Nicaragua

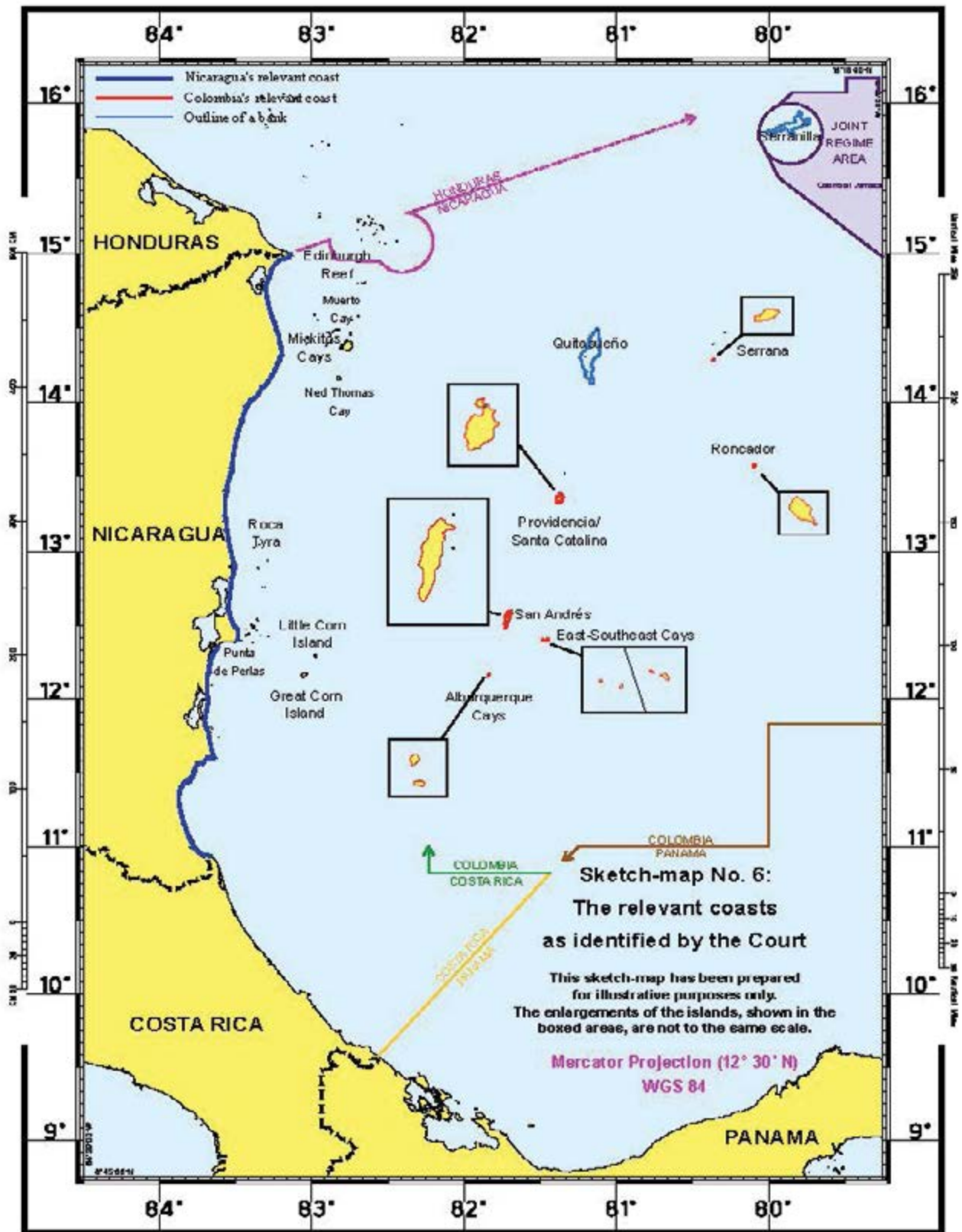


Mapa esquemático No. 5

Costas pertinentes y zona pertinente según Colombia

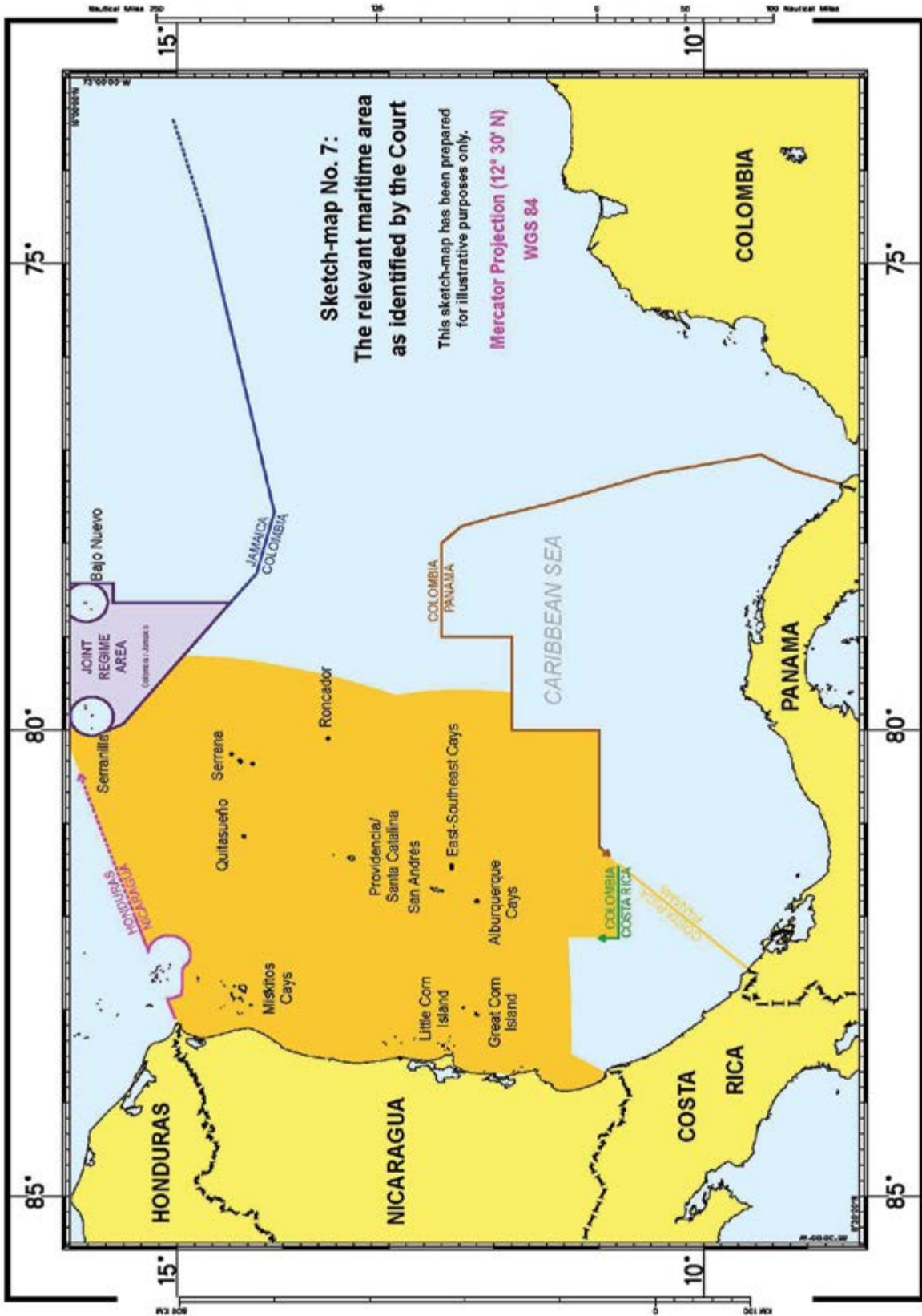


Mapa esquemático No. 6
 Costas pertinentes determinadas por la Corte

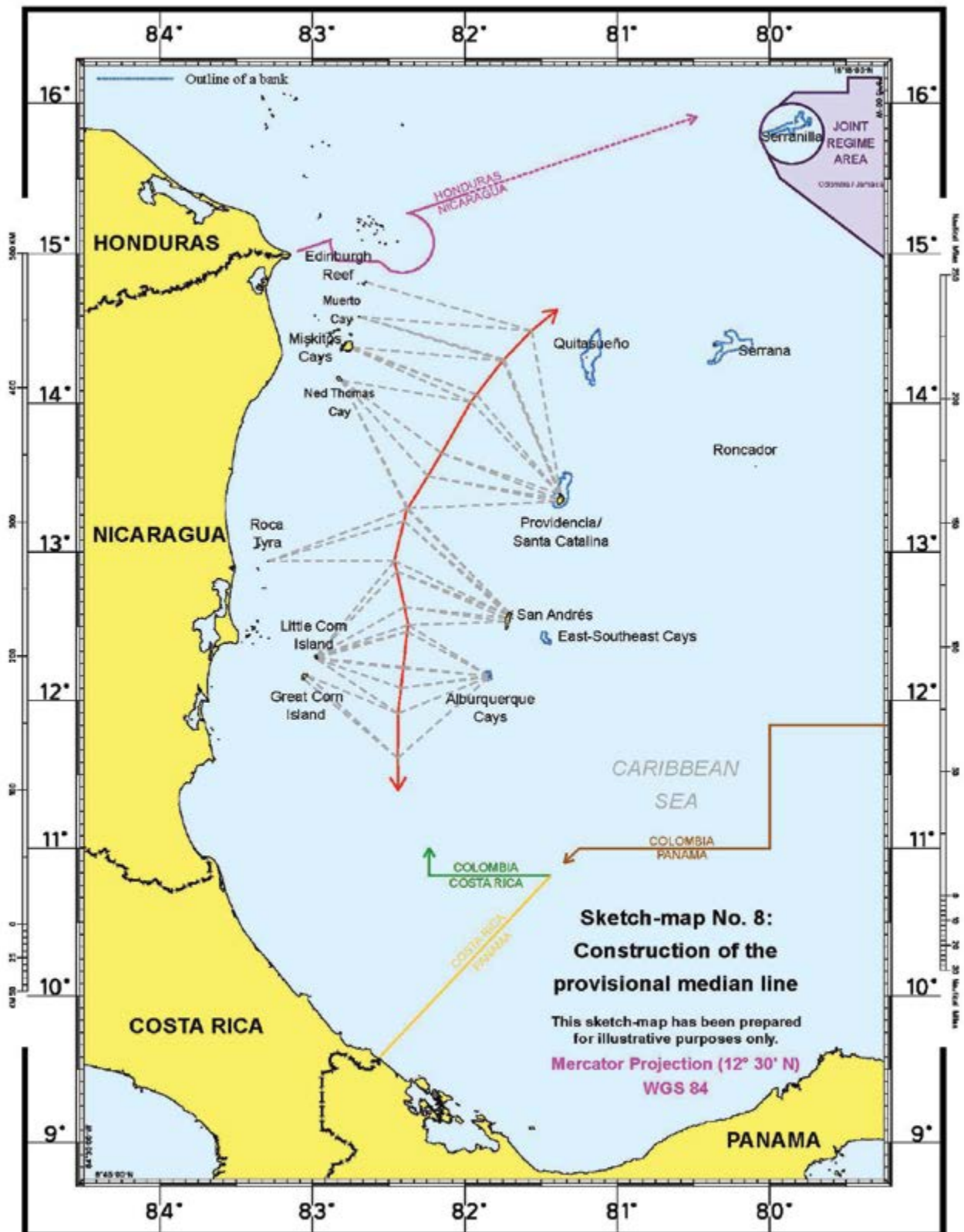


Mapa esquemático No. 7

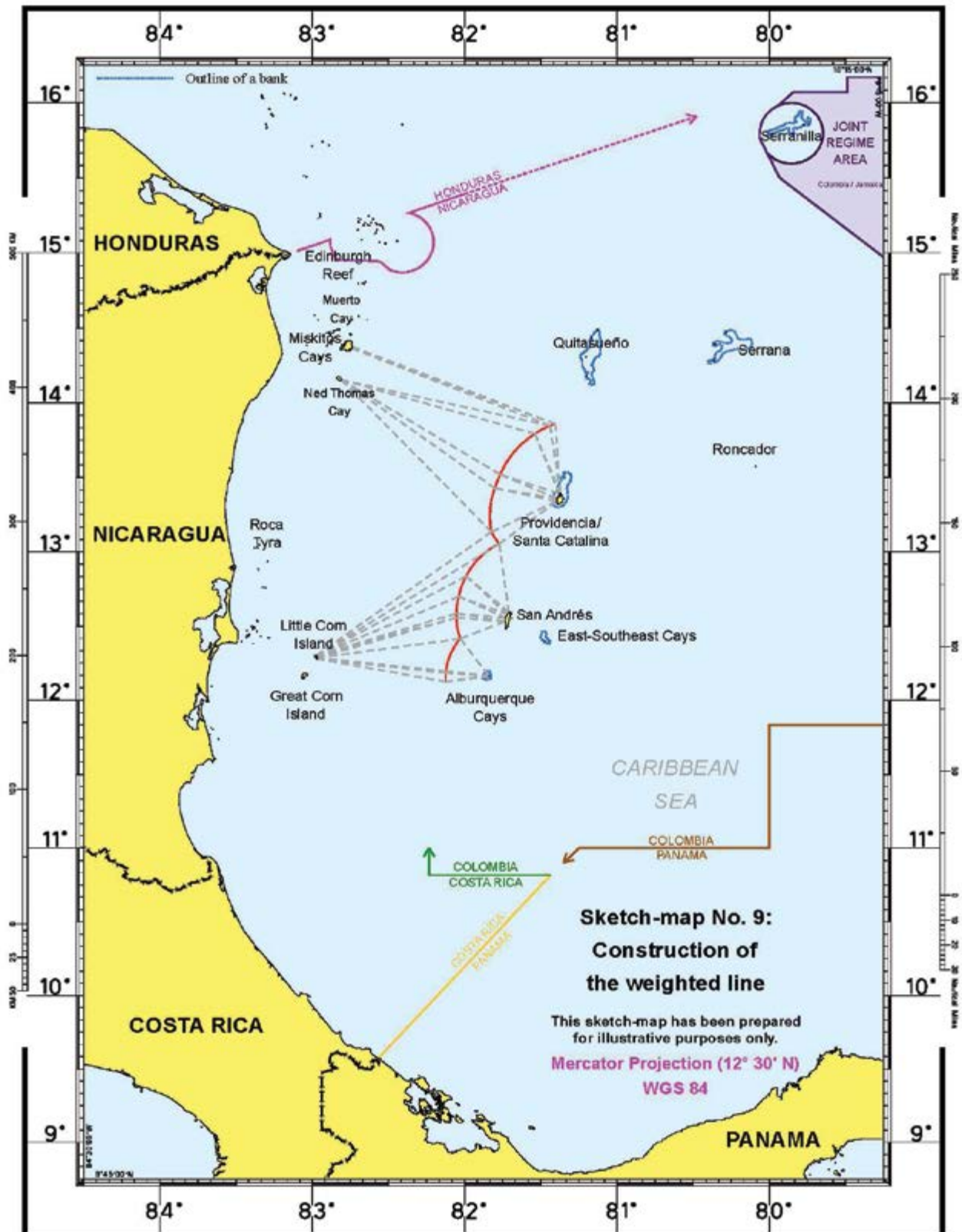
Zona marítima pertinente determinada por la Corte



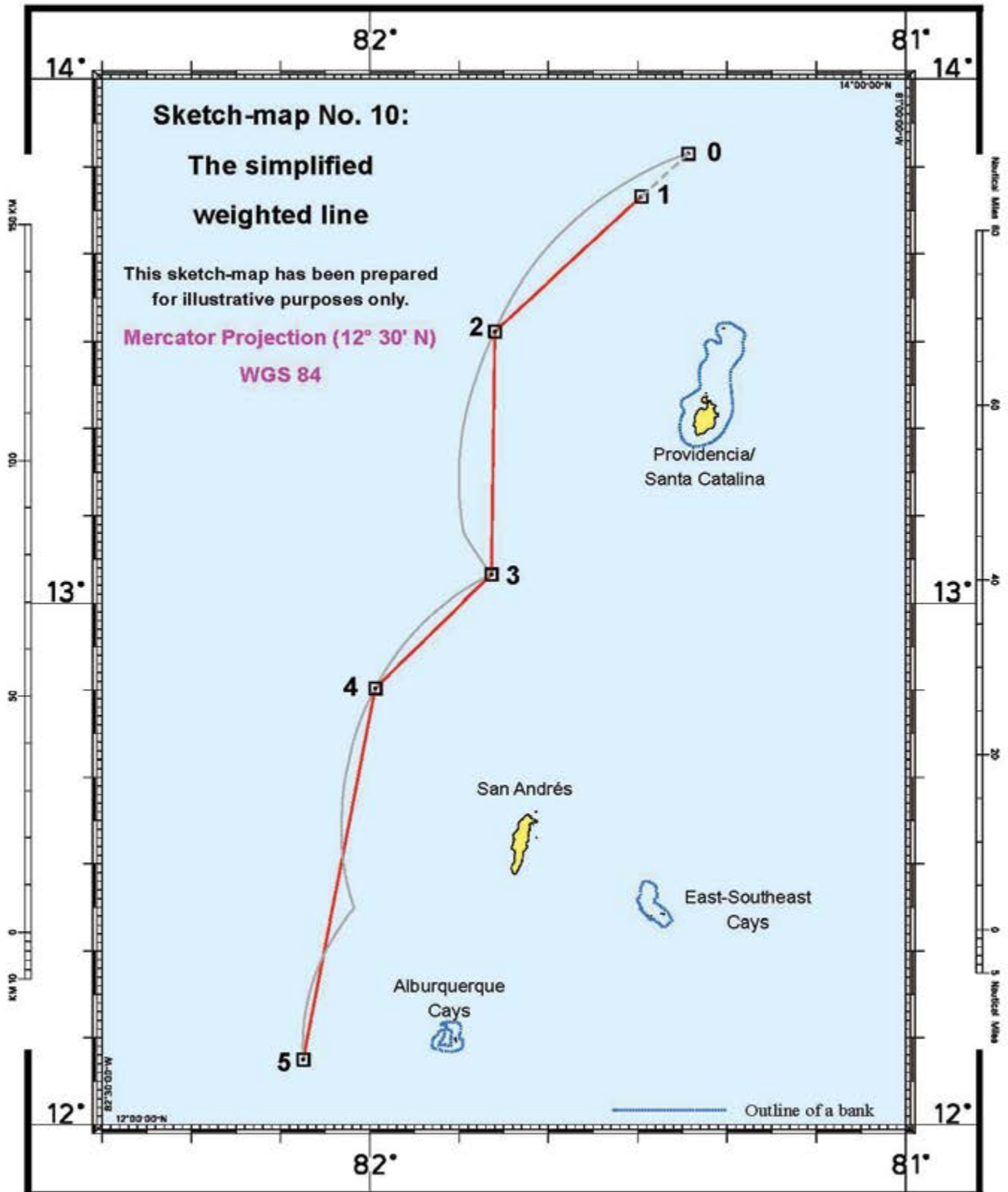
Mapa esquemático No. 8
Trazado de la línea media provisional



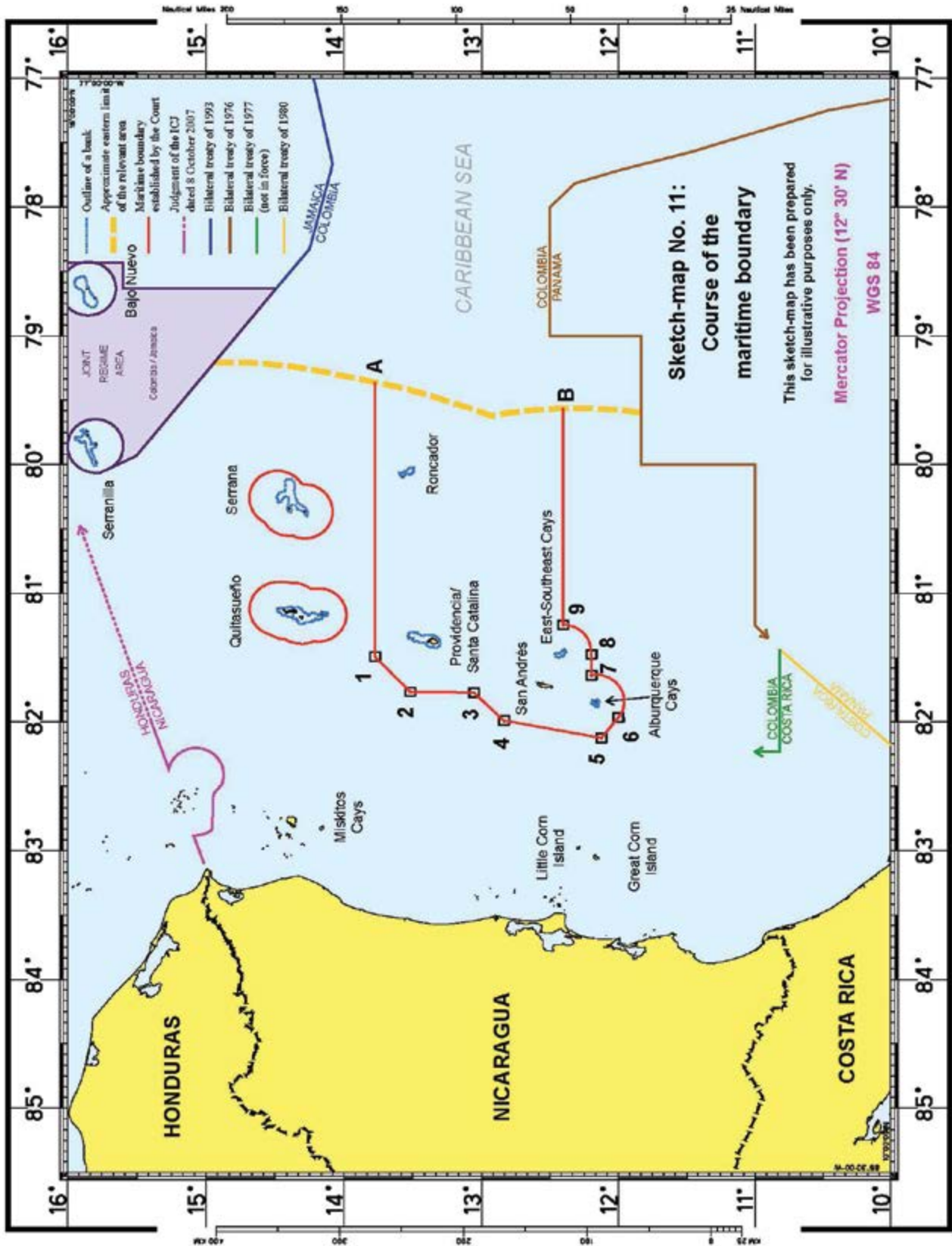
Mapa esquemático No. 9
Trazado de la línea ponderada



Mapa esquemático No. 10
Línea ponderada simplificada



Mapa esquemático No. 11
 Curso de la frontera marítima



CUADRO DE CASOS DESGLOSADOS POR FECHA DE ADOPCIÓN

1. CASOS CONTENCIOSOS

Canal de Corfú (Reino Unido contra Albania)

Fallo de 25 de marzo de 1948 (Excepción preliminar)
ST/LEG/SER.F/1, p. 3

Fallo de 9 de abril 1949 (Fondo)
ST/LEG/SER.F/1, p. 5

Fallo de 15 de diciembre de 1949 (Determinación de la cuantía de la indemnización)
ST/LEG/SER.F/1, p. 9

Pesquerías (Reino Unido contra Noruega)

Fallo de 18 de diciembre de 1951
ST/LEG/SER.F/1, p. 21

Derecho de asilo (Colombia/Perú)

Fallo de 20 de noviembre de 1950
ST/LEG/SER.F/1, p. 16

Petición de interpretación del fallo de 20 de noviembre de 1950 en la causa relativa al derecho de asilo (Colombia contra Perú)

Fallo de 27 de noviembre de 1950
ST/LEG/SER.F/1, p. 18

Haya de la Torre (Colombia contra Perú)

Fallo de 13 de junio de 1951
ST/LEG/SER.F/1, p. 20

Ambatielos (Grecia contra Reino Unido)

Fallo de 1 de julio de 1952 (Excepción preliminar)
ST/LEG/SER.F/1, p. 23

Fallo de 19 de mayo de 1953 (Fondo, obligación de someter una controversia a arbitraje)
ST/LEG/SER.F/1, p. 26

Anglo-Iranian Oil Co. (Reino Unido contra Irán)

Fallo de 22 de julio de 1952 (Jurisdicción) (Excepción preliminar)
ST/LEG/SER.F/1, p. 24

Islotes de Minquiers y Ecrehos (Francia/Reino Unido)

Fallo de 17 de noviembre de 1953
ST/LEG/SER.F/1, p. 27

Nottebohm (Liechtenstein contra Guatemala)

Fallo de 18 de noviembre de 1953 (Excepción preliminar)
ST/LEG/SER.F/1, p. 29

Fallo de 6 de abril 1955
ST/LEG/SER.F/1, p. 32

Oro amonedado sacado de Roma en 1943 (Italia contra Francia, Reino Unido y Estados Unidos de América)

Fallo de 15 de junio de 1954
ST/LEG/SER.F/1 p. 29

Ciertos empréstitos noruegos (Francia contra Noruega)

Fallo de 6 julio de 1957
ST/LEG/SER.F/1 p. 39

Derecho de paso por territorio de la India (Portugal contra India)

Fallo de 26 de noviembre de 1957 (Excepciones preliminares)
ST/LEG/SER.F/1 p. 41

Fallo de 12 de abril de 1960 (Fondo)
ST/LEG/SER.F/1 p. 52

Aplicación del Convenio de 1902 sobre la tutela de los niños (Países Bajos contra Suecia)

Fallo de 28 de noviembre de 1958
ST/LEG/SER.F/1 p. 44

Interhandel (Suiza contra Estados Unidos de América)

Providencia de 24 de octubre de 1957 (Protección provisional)
ST/LEG/SER.F/1 p. 41

Fallo de 21 de marzo de 1959 (Excepciones preliminares)
ST/LEG/SER.F/1 p. 46

Incidente aéreo de 27 de julio de 1955 (Israel contra Bulgaria)

Fallo de 26 de mayo de 1959
ST/LEG/SER.F/1 p. 48

Soberanía sobre ciertas parcelas fronterizas (Bélgica/Países Bajos)

Fallo de 20 de junio de 1959
ST/LEG/SER.F/1 p. 50

Laudo arbitral emitido por el Rey de España el 23 de diciembre de 1906 (Honduras contra Nicaragua)

Fallo de 18 de noviembre de 1960
ST/LEG/SER.F/1 p. 55

Templo de Preah Vihear (Camboya contra Tailandia)

Fallo de 26 de mayo de 1961 (Excepciones preliminares)
ST/LEG/SER.F/1 p. 57

Fallo de 15 de junio de 1962 (Fondo)
ST/LEG/SER.F/1 p. 58

África Sudoccidental (Etiopía contra Sudáfrica; Liberia contra Sudáfrica)

Fallo de 21 de diciembre de 1962 (Excepciones)
ST/LEG/SER.F/1 p. 63 preliminares)

Fallo de 18 de julio de 1966 (Segunda fase)
ST/LEG/SER.F/1 p. 69

Camerún Septentrional (Camerún contra Reino Unido)

Fallo de 2 de diciembre de 1963
ST/LEG/SER.F/1 p. 65

**Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited
(Bélgica contra España) (Nueva instancia: 1962)**

Fallo de 24 de julio de 1964
ST/LEG/SER.F/1 p. 67

Fallo de 5 de febrero de 1970
ST/LEG/SER.F/1 p. 76

**Plataforma continental del Mar del Norte (República Federal de
Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Países
Bajos)**

Fallo de 20 de febrero de 1969
ST/LEG/SER.F/1 p. 72

**Apelación relativa a la jurisdicción del Consejo de la Organiza-
ción de Aviación Civil Internacional (India contra Pakistán)**

Fallo de 18 de agosto de 1972
ST/LEG/SER.F/1 p. 82

**Jurisdicción en materia de pesquerías (Reino Unido contra Is-
landia)**

Providencia de 17 de agosto de 1972 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1 p. 81

Fallo de 2 de febrero de 1973 (Competencia de la Corte)
ST/LEG/SER.F/1 p. 84

Providencia de 12 de julio de 1973 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1 p. 91

Fallo de 25 de julio de 1974
ST/LEG/SER.F/1 p. 92

**Jurisdicción en materia de pesquerías (República Federal de
Alemania contra Islandia)**

Providencia de 17 de agosto de 1972 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1 p. 81

Fallo de 2 de febrero de 1973 (Competencia de la Corte)
ST/LEG/SER.F/1 p. 84

Providencia de 12 de julio de 1973 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1 p. 91

Fallo de 25 de julio de 1974
ST/LEG/SER.F/1 p. 94

Ensayos nucleares (Australia contra Francia)

Fallo de 22 de junio de 1973 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1 p. 87

Fallo de 20 diciembre de 1974
ST/LEG/SER.F/1 p. 97

Ensayos nucleares (Nueva Zelandia contra Francia)

Fallo de 22 de junio de 1973 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1 p. 88

Fallo de 20 diciembre de 1974
ST/LEG/SER.F/1 p. 97

Plataforma continental del Mar Egeo (Grecia contra Turquía)

Fallo de 11 de septiembre de 1976 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1 p. 102

Fallo de 19 de diciembre de 1978 (Competencia de la Corte)
ST/LEG/SER.F/1 p. 103

Plataforma continental (Túnez/Jamahiriya Árabe Libia)

Fallo de 14 de abril de 1981 (Petición de permiso de Malta para
intervenir)

ST/LEG/SER.F/1 p. 113

Fallo de 24 de febrero de 1982

ST/LEG/SER.F/1 p. 116

**Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Tehe-
rán (Estados Unidos de América contra Irán)**

Providencia de 15 de diciembre de 1979 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1, p. 106

Fallo de 24 de mayo de 1980

ST/LEG/SER.F/1 p. 106

**Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de
Maine (Canadá/Estados Unidos de América)**

Providencia de 20 de enero de 1982 (Constitución de la Sala)
ST/LEG/SER.F/1, p. 115

Fallo de 12 de octubre de 1984

ST/LEG/SER.F/1 p. 130

Plataforma continental (Jamahiriya Árabe Libia/Malta)

Fallo de 21 de marzo de 1984 (Petición de permiso de Italia para
intervenir)

ST/LEG/SER.F/1 p. 123

Fallo de 3 de junio de 1985

ST/LEG/SER.F/1 p. 147

Controversia fronteriza (Burkina Faso/República de Malí)

Providencia de 10 de enero de 1986 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1, p. 160

Fallo de 22 de diciembre de 1986

ST/LEG/SER.F/1 p. 171

**Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra
Nicaragua (Nicaragua contra Estados Unidos de América)**

Providencia de 10 de mayo de 1984 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1 p. 125

Providencia de 4 de octubre de 1984 (Declaración de intervención)
ST/LEG/SER.F/1 p. 128

Fallo de 26 de noviembre de 1984 (Competencia y admisibilidad)

ST/LEG/SER.F/1 p. 141

Fallo de 27 de junio de 1986 (Fondo)

ST/LEG/SER.F/1 p. 160

Solicitud de revisión y de interpretación del fallo de 24 de febrero de 1982 en la causa relativa a la plataforma continental (Túnez/Jamahiriya Árabe Libia) (Túnez contra Jamahiriya Árabe Libia)

Fallo de 10 de diciembre de 1985
ST/LEG/SER.F/1 p. 153

Acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua contra Costa Rica)

Fallo de 20 de diciembre de 1988 (Competencia y admisibilidad)
ST/LEG/SER.F/1 p. 192

Controversia sobre fronteras terrestres, insulares y marítimas (El Salvador/Honduras: Intervención de Nicaragua)

Fallo de 13 de septiembre de 1990 (Intervención)
ST/LEG/SER.F/1 p. 212

Fallo de 11 de septiembre de 1992
ST/LEG/SER.F/1/Add.1 p. 16

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América contra Italia)

Fallo de 20 de julio de 1989
ST/LEG/SER.F/1 p. 197

Delimitación marítima en la zona situada entre Groenlandia y Jan Mayen (Dinamarca contra Noruega)

Fallo de 14 de junio de 1993
ST/LEG/SER.F/1/Add.1 p. 50

Ciertas tierras fosfáticas en Nauru (Nauru contra Australia)

Fallo de 26 de junio de 1992 (Excepciones preliminares)
ST/LEG/SER.F/1/Add.1 p. 11

Laudo arbitral de 31 de julio de 1989 (Guinea-Bissau contra Senegal)

Providencia de 2 de marzo de 1990 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1, p. 210

Fallo de 12 de noviembre de 1991
ST/LEG/SER.F/1 p. 220

Controversia territorial (Jamahiriya Árabe Libia/Chad)

Fallo de 3 de febrero de 1994
ST/LEG/SER.F/1/Add.1 p. 63

Timor Oriental (Portugal contra Australia)

Fallo de 30 de junio de 1995
ST/LEG/SER.F/1/Add.1 p. 77

Paso por el Gran Belt (Finlandia contra Dinamarca)

Providencia de 29 de julio de 1991 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1 p. 218

Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar contra Bahrein)

Fallo de 1 de julio de 1994 (Competencia y admisibilidad)
ST/LEG/SER.F/1/Add.1 p. 69

Fallo de 15 de febrero de 1995 (Competencia y admisibilidad)
ST/LEG/SER.F/1/Add.1 p. 72

Fallo de 16 de marzo de 2001 (Fondo)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 163

Cuestiones relacionadas con la interpretación y la aplicación del Convenio de Montreal de 1971, planteadas de resultas del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia contra Reino Unido)

Providencia de 14 de abril de 1992 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.1 p. 1

Fallo de 27 de febrero de 1998 (Excepciones preliminares)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 15

Providencia de 10 de septiembre de 2003 (Desistimiento)
ST/LEG/SER.F/1/Add.1 p. 16

Cuestiones relacionadas con la interpretación y la aplicación del Convenio de Montreal de 1971, planteadas de resultas del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia contra Estados Unidos de América)

Providencia de 14 de abril de 1992 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.1 p. 6

Fallo de 27 de febrero de 1998 (Excepciones preliminares)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 22

Providencia de 10 de septiembre de 2003 (Desistimiento)
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 17

Plataformas petrolíferas (República Islámica del Irán contra Estados Unidos de América)

Fallo de 12 de diciembre de 1996 (Excepciones preliminares)
ST/LEG/SER.F/1/Add.1 p. 109

Fallo de 6 de noviembre de 2003
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 18

Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro)

Providencia de 8 de abril de 1993 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.1 p. 45

Providencia de 13 de septiembre de 1993 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.1 p. 58

Fallo de 11 de julio de 1996 (Excepciones preliminares)
ST/LEG/SER.F/1/Add.1 p. 104

Fallo de 26 de febrero de 2007
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 172

Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)

Fallo de 25 de septiembre de 1997
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 1

Fronteras terrestres y marítimas entre el Camerún y Nigeria (Camerún contra Nigeria: Intervención de Guinea Ecuatorial)

Providencia de 15 de marzo de 1996 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.1 p. 85

Providencia de 21 de octubre de 1999 (Intervención)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 126

Fallo de 11 de junio de 1998 (Excepciones preliminares)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 33

Fallo de 10 de octubre de 2002 (Fondo)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 225

Jurisdicción en materia de pesquerías (España contra Canadá)

Fallo de 4 de diciembre de 1998 (Competencia de la Corte)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 45

Solicitud de examen de la situación de conformidad con el párrafo 63 del fallo dictado por la Corte el 20 de diciembre de 1974 en la causa relativa a los ensayos nucleares (Nueva Zelanda contra Francia)

Providencia de 22 de septiembre de 1995 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.1 p. 81

Isla de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibia)

Fallo de 13 de diciembre de 1999
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 129

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Paraguay contra Estados Unidos de América)

Providencia de 10 de noviembre de 1998 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 29

Providencia de 10 de noviembre de 1998 (Desistimiento)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 44

Solicitud de interpretación del fallo de 11 de junio de 1998 en la causa relativa a la frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (Camerún contra Nigeria), Excepciones preliminares (Nigeria contra Camerún)

Fallo de 25 de marzo de 1999
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 59

Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia/Malasia)

Fallo de 23 de octubre de 2001 (Petición de permiso de las Filipinas para intervenir)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 201

Fallo de 17 de diciembre de 2002 (Fondo)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 263

Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea contra República Democrática del Congo)

Fallo de 24 de mayo de 2007 (Excepciones preliminares)
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 190

Fallo de 30 de noviembre de 2010
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 148

Fallo de 19 de junio de 2012 (Indemnización adeudada por la República Democrática del Congo a la República de Guinea)
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 266

LaGrand (Alemania contra Estados Unidos de América)

Fallo de 27 de junio de 2001
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 189

Legalidad del uso de la fuerza (Serbia y Montenegro contra Bélgica)

Providencia de 2 de junio de 1999 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 71

Fallo de 15 de diciembre de 2004 (Excepciones preliminares)
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 59

Legalidad del uso de la fuerza (Serbia y Montenegro contra Canadá)

Providencia de 2 de junio de 1999 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 78

Fallo de 15 de diciembre de 2004 (Excepciones preliminares)
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 67

Legalidad del uso de la fuerza (Serbia y Montenegro contra Francia)

Providencia de 2 de junio de 1999 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 84

Fallo de 15 de diciembre de 2004 (Excepciones preliminares)
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 75

Legalidad del uso de la fuerza (Serbia y Montenegro contra Alemania)

Providencia de 2 de junio de 1999 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 89

Fallo de 15 de diciembre de 2004 (Excepciones preliminares)
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 82

Legalidad del uso de la fuerza (Serbia y Montenegro contra Italia)

Providencia de 2 de junio de 1999 (Medidas provisionales) ST/
LEG/SER.F/1/Add.2 p. 93

Fallo de 15 de diciembre de 2004 (Excepciones preliminares)
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 89

Legalidad del uso de la fuerza (Serbia y Montenegro contra Países Bajos)

Providencia de 2 de junio de 1999 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 98

Fallo de 15 de diciembre de 2004 (Excepciones preliminares)
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 97

Legalidad del uso de la fuerza (Serbia y Montenegro contra Portugal)

Providencia de 2 de junio de 1999 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 105

Fallo de 15 de diciembre de 2004 (Excepciones preliminares)
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 105

Legalidad del uso de la fuerza (Yugoslavia contra España)

Providencia de 2 de junio de 1999 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 111

Legalidad del uso de la fuerza (Yugoslavia contra Reino Unido)

Providencia de 2 de junio de 1999 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 116

Fallo de 15 de diciembre de 2004 (Excepciones preliminares)
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 112

Legalidad del uso de la fuerza (Serbia y Montenegro contra Estados Unidos de América)

Providencia de 2 de junio de 1999 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 122

Actividades armadas en el territorio del Congo (la República Democrática del Congo contra Burundi)

Providencia de 30 de enero de 2001 (Desistimiento)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 161

Actividades armadas en el territorio del Congo (la República Democrática del Congo contra Uganda)

Providencia de 1 de julio de 2000 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 149

Fallo de 19 de diciembre de 2005
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 135

Actividades armadas en el territorio del Congo (la República Democrática del Congo contra Rwanda)

Providencia de 30 de enero de 2001 (Desistimiento)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 162

Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia contra Serbia)

Fallo de 18 de noviembre de 2008 (Excepciones preliminares)
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 37

Incidente aéreo de 10 de agosto de 1999 (Pakistán contra India)

Fallo de 21 de junio de 2000 (Competencia de la Corte)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 142

Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (Nicaragua contra Honduras)

Fallo de 8 de octubre de 2007
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 197

Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo contra Bélgica)

Fallo de 8 de diciembre de 2002 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 153

Fallo de 14 de febrero de 2002 (Fondo)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 208

Solicitud de revisión del fallo de 11 de julio de 1996 en la causa relativa a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Yugoslavia), Excepciones preliminares (Yugoslavia contra Bosnia y Herzegovina)

Fallo de 3 de febrero de 2003
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 1

Determinados bienes (Liechtenstein contra Alemania)

Fallo de 10 de febrero de 2005 (Excepciones preliminares)
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 119

Controversia territorial y marítima (Nicaragua contra Colombia)

Fallo de 13 de diciembre de 2007 (Excepciones preliminares)
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 225

Fallo de 4 de mayo de 2011 (Petición de permiso de Costa Rica para intervenir)
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 200

Fallo de 4 de mayo de 2011 (Petición de permiso de Italia para intervenir)
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 208

Fallo de 19 de noviembre de 2012
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 297

Controversia fronteriza (Benin/Níger)

Fallo de 12 de julio de 2005
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 126

Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva solicitud: 2002) (República Democrática del Congo contra Rwanda)

Providencia de 10 de julio de 2002 (medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.2, p. 222

Fallo de 3 de febrero de 2006 (Competencia y admisibilidad)
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 150

Solicitud de revisión del fallo de 11 de septiembre de 1992 en la causa relativa a la controversia sobre fronteras terrestres, insulares y marítimas (El Salvador/Honduras: Intervención de Nicaragua) (El Salvador contra Honduras)

Fallo de 18 de diciembre de 2003
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 31

Avena y otros nacionales mexicanos (México contra Estados Unidos de América)

Providencia de 5 de febrero de 2003 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 9

Fallo de 31 de marzo de 2004
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 35

Ciertos procedimientos penales en Francia (la República del Congo contra Francia)

Providencia de 17 de junio de 2003 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 12

Providencia de 16 de noviembre de 2010 (Desistimiento)
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 147

Soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks y South Ledge (Malasia/Singapur)

Fallo de 23 de mayo de 2008
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 1

**Delimitación marítima en el Mar Negro
(Rumania contra Ucrania)**

Fallo de 23 de febrero de 2009
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 56

**Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos
(Costa Rica contra Nicaragua)**

Fallo de 13 de julio de 2009
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 86

**Situación frente al Estado anfitrión de un enviado diplomático
ante las Naciones Unidas
(Commonwealth de Dominica contra Suiza)**

Providencia de 9 de junio de 2006 (Desistimiento)
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 160

**Plantas de celulosa en el Río Uruguay
(Argentina contra Uruguay)**

Providencia de 13 de julio de 2006 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 160

Providencia de 23 de enero de 2007 (Medidas
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 166 provisionales)

Fallo de 20 de abril de 2010
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 98

**Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal
(Djibouti contra Francia)**

Fallo de 4 de junio de 2008
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 13

**Solicitud de interpretación del fallo de 31 de marzo de 2004
en la causa relativa a Avena y otros nacionales mexicanos
(México contra Estados Unidos de América)**

Providencia de 16 de julio de 2008 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 26

Fallo de 19 de enero de 2009
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 51

**Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación
de todas las Formas de Discriminación Racial
(Georgia contra Federación de Rusia)**

Providencia de 15 de octubre de 2008 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 31

Fallo de 1 de abril de 2011
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 178

**Aplicación del Acuerdo Provisional de 13 de septiembre de 1995
(ex República Yugoslava de Macedonia contra Grecia)**

Fallo de 5 de diciembre de 2011
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 232

**Inmunidades jurisdiccionales del Estado
(Alemania contra Italia: Intervención de Grecia)**

Providencia de 6 de julio de 2010 (Reconvención)
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 125

Fallo de 4 de julio de 2011 (Petición de permiso de la República
Helénica para intervenir)
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 217

Fallo de 3 de febrero de 2012
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 252

**Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar
(Bélgica contra Senegal)**

Providencia de 28 de mayo de 2009 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 80

Fallo de 20 de julio de 2012
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 276

**Ciertas cuestiones referentes a las relaciones diplomáticas
(Honduras contra Brasil)**

Providencia de 12 de mayo de 2010 (Desistimiento)
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 124

**Competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales
en materia civil y mercantil (Bélgica contra Suiza)**

Providencia de 5 de abril de 2011 (Desistimiento)
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 199

**Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona
fronteriza (Costa Rica contra Nicaragua)**

Providencia de 8 de marzo de 2011 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 169

**Solicitud de interpretación del fallo de 15 de junio de 1962 en la
causa relativa al Templo de Preah Vihear (Camboya contra
Tailandia) (Camboya contra Tailandia)**

Providencia de 18 de julio de 2011 (Medidas provisionales)
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 221

2. OPINIONES CONSULTIVAS

**Condiciones de admisión de un Estado como Miembro de las
Naciones Unidas (Artículo 4 de la Carta)**

Opinión consultiva de 28 de mayo de 1948
ST/LEG/SER.F/1 p. 4

**Reparación por daños sufridos al servicio
de las Naciones Unidas**

Opinión consultiva de 11 de abril de 1949
ST/LEG/SER.F/1 p. 8

**Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría
y Rumania**

Opinión consultiva de 30 de marzo de 1950 (Primera fase)
ST/LEG/SER.F/1 p. 11

Opinión consultiva de 18 de julio de 1950 (Segunda fase)
ST/LEG/SER.F/1 p. 14

**Competencia de la Asamblea General para admitir a un Estado
como Miembro de las Naciones Unidas**

Opinión consultiva de 3 de marzo de 1950
ST/LEG/SER.F/1 p. 10

Situación jurídica internacional del África Sudoccidental

Opinión consultiva de 11 de julio de 1950
ST/LEG/SER.F/1 p. 12

Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio

Opinión consultiva de 28 de mayo de 1951
ST/LEG/SER.F/1 p. 18

Efectos de los fallos del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas en los que se fijan indemnizaciones

Opinión consultiva de 13 de julio de 1954
ST/LEG/SER.F/1 p. 31

Procedimiento de votación sobre cuestiones relativas a informes y peticiones concernientes al territorio del África Sudoccidental

Opinión consultiva de 7 de junio de 1955
ST/LEG/SER.F/1 p. 34

Fallos dictados por el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo con motivo de las demandas presentadas contra la UNESCO

Opinión consultiva de 23 de octubre 1956
ST/LEG/SER.F/1 p. 37

Admisibilidad de solicitudes de audiencia por la Comisión del África Sudoccidental

Opinión consultiva de 1 de junio de 1956
ST/LEG/SER.F/1 p. 36

Constitución del Comité de Seguridad Marítima de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental

Opinión consultiva de 8 de junio de 1960
ST/LEG/SER.F/1 p. 54

Ciertos gastos de las Naciones Unidas (párrafo 2 del Artículo 17 de la Carta)

Opinión consultiva de 20 de julio de 1962
ST/LEG/SER.F/1 p. 60

Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad

Opinión consultiva de 21 de junio de 1971
ST/LEG/SER.F/1 p. 78

Petición de revisión del fallo núm. 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas

Opinión consultiva de 12 de julio de 1973
ST/LEG/SER.F/1 p. 89

Sáhara Occidental

Opinión consultiva de 16 de octubre de 1975
ST/LEG/SER.F/1 p. 100

Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto

Opinión consultiva de 20 de diciembre de 1980
ST/LEG/SER.F/1 p. 110

Petición de revisión del fallo núm. 273 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas

Opinión consultiva de 20 de julio de 1982
ST/LEG/SER.F/1 p. 118

Petición de revisión del fallo núm. 333 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas

Opinión consultiva de 27 de mayo de 1987
ST/LEG/SER.F/1 p. 181

Aplicabilidad de la obligación de someter una controversia a arbitraje con arreglo a la sección 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la Sede de las Naciones Unidas

Opinión consultiva de 26 de abril de 1988
ST/LEG/SER.F/1 p. 188

Aplicabilidad de la sección 22 del artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas

Opinión consultiva de 15 de diciembre de 1989
ST/LEG/SER.F/1 p. 204

Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados

Opinión consultiva de 8 de julio de 1996
ST/LEG/SER.F/1/Add.1 p. 89

Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares

Opinión consultiva de 8 de julio de 1996
ST/LEG/SER.F/1/Add.1 p. 94

Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos

Opinión consultiva de 29 de abril de 1999
ST/LEG/SER.F/1/Add.2 p. 63

Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado

Opinión consultiva de 9 de julio de 2004
ST/LEG/SER.F/1/Add.3 p. 47

Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo (Petición de opinión consultiva)

Opinión consultiva de 22 de julio de 2010
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 128

Fallo núm. 2867 dictado por el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo con motivo de la demanda presentada contra el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (Petición de opinión consultiva)

Opinión consultiva de 1 de febrero de 2012
ST/LEG/SER.F/1/Add.5 p. 242