

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

**2013–2017**



Naciones Unidas • Nueva York, 2019

---

ST/LEG/SER.F/1/Add.6

---

---

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

---

---

No. de venta S.19.V.2

---

eISBN 978-92-1-047459-7

Copyright © Naciones Unidas, 2019  
Reservados todos los derechos

## ÍNDICE

PRÓLOGO . . . . .	vii
196. CAZA DE LA BALLENA EN EL ANTÁRTICO (AUSTRALIA <i>c.</i> JAPÓN) [DECLARACIÓN DE INTERVENCIÓN DE NUEVA ZELANDIA] Providencia de 6 de febrero de 2013 . . . . .	1
197. CONTROVERSIA FRONTERIZA (BURKINA FASO/NÍGER) Fallo de 16 de abril de 2013 . . . . .	8
198. DETERMINADAS ACTIVIDADES REALIZADAS POR NICARAGUA EN LA ZONA FRONTERIZA (COSTA RICA <i>c.</i> NICARAGUA) [ACUMULACIÓN DE PROCEDIMIENTOS] Providencia de 17 de abril de 2013. . . . .	23
199. CONSTRUCCIÓN DE UNA CARRETERA EN COSTA RICA A LO LARGO DEL RÍO SAN JUAN (NICARAGUA <i>c.</i> COSTA RICA) [ACUMULACIÓN DE PROCEDIMIENTOS] Providencia de 17 de abril de 2013. . . . .	27
200. DETERMINADAS ACTIVIDADES REALIZADAS POR NICARAGUA EN LA ZONA FRONTERIZA (COSTA RICA <i>c.</i> NICARAGUA); CONSTRUCCIÓN DE UNA CARRETERA EN COSTA RICA A LO LARGO DEL RÍO SAN JUAN (NICARAGUA <i>c.</i> COSTA RICA) [DEMANDAS RECONVENCIONALES] Providencia de 18 de abril de 2013. . . . .	30
201. DETERMINADAS ACTIVIDADES REALIZADAS POR NICARAGUA EN LA ZONA FRONTERIZA (COSTA RICA <i>c.</i> NICARAGUA); CONSTRUCCIÓN DE UNA CARRETERA EN COSTA RICA A LO LARGO DEL RÍO SAN JUAN (NICARAGUA <i>c.</i> COSTA RICA) [MEDIDAS PROVISIONALES] Providencia de 16 de julio de 2013. . . . .	32
202. FUMIGACIÓN AÉREA CON HERBICIDAS (ECUADOR <i>c.</i> COLOMBIA) [DESISTIMIENTO] Providencia de 13 de septiembre de 2013. . . . .	40
203. SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN DEL FALLO DE 15 DE JUNIO DE 1962 EN LA CAUSA RELATIVA AL TEMPLO DE PREAH VIHEAR (CAMBOYA <i>c.</i> TAILANDIA) (CAMBOYA <i>c.</i> TAILANDIA) Fallo de 11 de noviembre de 2013 . . . . .	41
204. DETERMINADAS ACTIVIDADES REALIZADAS POR NICARAGUA EN LA ZONA FRONTERIZA (COSTA RICA <i>c.</i> NICARAGUA); CONSTRUCCIÓN DE UNA CARRETERA EN COSTA RICA A LO LARGO DEL RÍO SAN JUAN (NICARAGUA <i>c.</i> COSTA RICA) [MEDIDAS PROVISIONALES] Providencia de 22 de noviembre de 2013. . . . .	50
205. CONSTRUCCIÓN DE UNA CARRETERA EN COSTA RICA A LO LARGO DEL RÍO SAN JUAN (NICARAGUA <i>c.</i> COSTA RICA); DETERMINADAS ACTIVIDADES REALIZADAS POR NICARAGUA EN LA ZONA FRONTERIZA (COSTA RICA <i>c.</i> NICARAGUA) [MEDIDAS PROVISIONALES] Providencia de 13 de diciembre de 2013 . . . . .	56
206. CONTROVERSIA MARÍTIMA (PERÚ <i>c.</i> CHILE) Fallo de 27 de enero de 2014 . . . . .	60

	<i>Página</i>
207. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA INCAUTACIÓN Y RETENCIÓN DE CIERTOS DOCUMENTOS Y DATOS (TIMOR-LESTE <i>c.</i> AUSTRALIA) [MEDIDAS PROVISIONALES] Providencia de 3 de marzo de 2014 . . . . .	79
208. CAZA DE LA BALLENA EN EL ANTÁRTICO (AUSTRALIA <i>c.</i> JAPÓN: INTERVENCIÓN DE NUEVA ZELANDIA) Fallo de 31 de marzo de 2014 . . . . .	91
209. APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO (CROACIA <i>c.</i> SERBIA) Fallo de 3 de febrero de 2015 . . . . .	117
210. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA INCAUTACIÓN Y RETENCIÓN DE CIERTOS DOCUMENTOS Y DATOS (TIMOR-LESTE <i>c.</i> AUSTRALIA) [MEDIDAS PROVISIONALES] Providencia de 22 de abril de 2015. . . . .	148
211. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA INCAUTACIÓN Y RETENCIÓN DE CIERTOS DOCUMENTOS Y DATOS (TIMOR-LESTE <i>c.</i> AUSTRALIA) [DESISTIMIENTO] Providencia de 11 de junio de 2015 . . . . .	150
212. OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR EL ACCESO AL OCÉANO PACÍFICO (BOLIVIA <i>c.</i> CHILE) [EXCEPCIÓN PRELIMINAR] Fallo de 24 de septiembre de 2015 . . . . .	152
213. DETERMINADAS ACTIVIDADES REALIZADAS POR NICARAGUA EN LA ZONA FRONTERIZA (COSTA RICA <i>c.</i> NICARAGUA) Y CONSTRUCCIÓN DE UNA CARRETERA EN COSTA RICA A LO LARGO DEL RÍO SAN JUAN (NICARAGUA <i>c.</i> COSTA RICA) Fallo de 16 de diciembre de 2015. . . . .	160
214. CUESTIÓN DE LA DELIMITACIÓN DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL ENTRE NICARAGUA Y COLOMBIA MÁS ALLÁ DE LAS 200 MILLAS MARINAS CONTADAS DESDE LA COSTA DE NICARAGUA (NICARAGUA <i>c.</i> COLOMBIA) [EXCEPCIONES PRELIMINARES] Fallo de 17 de marzo de 2016 . . . . .	181
215. PRESUNTAS VIOLACIONES DE DERECHOS SOBERANOS Y ESPACIOS MARÍTIMOS EN EL MAR CARIBE (NICARAGUA <i>c.</i> COLOMBIA) [EXCEPCIONES PRELIMINARES] Fallo de 17 de marzo de 2016 . . . . .	195
216. OBLIGACIONES RESPECTO DE LAS NEGOCIACIONES SOBRE LA CESCACIÓN DE LA CARRERA DE ARMAMENTOS NUCLEARES Y EL DESARME NUCLEAR (ISLAS MARSHALL <i>c.</i> INDIA) [COMPETENCIA Y ADMISIBILIDAD] Fallo de 5 de octubre de 2016. . . . .	206
217. OBLIGACIONES RESPECTO DE LAS NEGOCIACIONES SOBRE LA CESCACIÓN DE LA CARRERA DE ARMAMENTOS NUCLEARES Y EL DESARME NUCLEAR (ISLAS MARSHALL <i>c.</i> PAKISTÁN) [COMPETENCIA Y ADMISIBILIDAD] Fallo de 5 de octubre de 2016. . . . .	232

	<i>Página</i>
218. OBLIGACIONES RESPECTO DE LAS NEGOCIACIONES SOBRE LA CESA- CIÓN DE LA CARRERA DE ARMAMENTOS NUCLEARES Y EL DESARME NUCLEAR (ISLAS MARSHALL <i>c.</i> REINO UNIDO) [EXCEPCIONES PRELI- MINARES]	
Fallo de 5 de octubre de 2016 . . . . .	258
219. INMUNIDADES Y ACTUACIONES PENALES (GUINEA ECUATORIAL <i>c.</i> FRANCIA) [MEDIDAS PROVISIONALES]	
Providencia de 7 de diciembre de 2016 . . . . .	286
220. DELIMITACIÓN MARÍTIMA EN EL OCÉANO ÍNDICO (SOMALIA <i>c.</i> KENYA) [EXCEPCIONES PRELIMINARES]	
Fallo de 2 de febrero de 2017 . . . . .	293
221. APLICACIÓN DEL CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO Y DE LA CONVENCIÓN IN- TERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL (UCRANIA <i>c.</i> FEDERACIÓN DE RUSIA) [ME- DIDAS PROVISIONALES]	
Providencia de 19 de abril de 2017 . . . . .	301
222. JADHAV (INDIA <i>c.</i> PAKISTÁN) [MEDIDAS PROVISIONALES]	
Providencia de 18 de mayo de 2017 . . . . .	314
223. PRESUNTAS VIOLACIONES DE DERECHOS SOBERANOS Y ESPACIOS MARÍTIMOS EN EL MAR CARIBE (NICARAGUA <i>c.</i> COLOMBIA) [DE- MANDAS RECONVENCIONALES]	
Providencia de 15 de noviembre de 2017 . . . . .	321
CUADRO DE CAUSAS DESGLOSADAS POR FECHA DE INCOACIÓN	
331	
1. Causas contenciosas . . . . .	331
2. Opiniones consultivas . . . . .	346



## 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 1 de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2017. Constituye la continuación de cinco publicaciones anteriores sobre el mismo tema (ST/LEG/SER.F/1 y Add. 1, 2, 3 y 5), que abarcaban los períodos 1948–1991, 1992–1996, 1997–2002, 2003–2007 y 2008–2012, respectivamente<sup>1</sup>.

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 finalidad de dichos resúmenes es meramente informativa, por lo que no deben citarse como textos auténticos de las decisiones de la Corte. Tampoco constituyen una interpretación de los textos originales.

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.

---

<sup>1</sup> Los resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Permanente de Justicia Internacional están publicados en ST/LEG/SER.F/1/Add. 4.



## 196. CAZA DE LA BALLENA EN EL ANTÁRTICO (AUSTRALIA *c.* JAPÓN) [DECLARACIÓN DE INTERVENCIÓN DE NUEVA ZELANDIA]

### Providencia de 6 de febrero de 2013

El 6 de febrero de 2013, la Corte dictó una providencia sobre la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico (Australia c. Japón)*, en la que decidió que la declaración de intervención presentada por Nueva Zelandia de conformidad con el Artículo 63, párrafo 2, del Estatuto era admisible.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrada *ad hoc* Charlesworth; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

En la parte dispositiva (párr. 23) de la providencia se establece lo siguiente:

“[...]”

La Corte,

1) Por unanimidad,

*Decide* que la declaración de intervención presentada por Nueva Zelandia de conformidad con el Artículo 63, párrafo 2, del Estatuto es admisible;

2) Por unanimidad,

*Fija* el 4 de abril de 2013 como plazo para la presentación por Nueva Zelandia de las observaciones escritas indicadas en el Artículo 86, párrafo 1, del Reglamento de la Corte;

3) Por unanimidad,

*Autoriza* a Australia y el Japón a presentar observaciones escritas sobre dichas observaciones escritas de Nueva Zelandia y *fija* el 31 de mayo de 2013 como plazo para ello;

*Reserva* el procedimiento subsiguiente para una decisión ulterior”.

\*  
\* \*

El Magistrado Owada adjuntó una declaración a la providencia de la Corte; el Magistrado Cançado Trindade adjuntó una opinión separada a la providencia de la Corte; el Magistrado Gaja adjuntó una declaración a la providencia de la Corte.

\*  
\* \*

#### *Objeto de la intervención*

En su providencia, la Corte recuerda que, el 20 de noviembre de 2012, el Gobierno de Nueva Zelandia presentó

en la Secretaría de la Corte, de conformidad con el Artículo 63, párrafo 2, del Estatuto de la Corte, una declaración de intervención en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico (Australia c. Japón)*.

La intervención de Nueva Zelandia se refiere a las cuestiones de interpretación que constituyen el objeto del procedimiento, en particular con respecto al párrafo 1 del Artículo VIII de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena (en adelante, la “Convención”). Cabe recordar que la interpretación de esta Convención es el meollo de la causa entre Australia y el Japón. El Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención establece, entre otras cosas, que “cualquier Gobierno contratante podrá otorgar a cualquiera de sus nacionales un permiso especial que lo autorice a matar, cazar y faenar ballenas con fines de investigación científica, con sujeción a las limitaciones de cantidad y de otra índole que los Gobiernos contratantes juzguen adecuadas” (el párrafo 14 de la providencia de la Corte contiene un resumen de la declaración de la interpretación que Nueva Zelandia otorga a ese artículo).

#### *Razonamiento de la Corte*

En su argumentación, la Corte afirma en primer lugar que la intervención basada en el Artículo 63 del Estatuto es un procedimiento incidental que constituye el ejercicio de un derecho. La Corte explica a continuación que el hecho de que la intervención en virtud del Artículo 63 del Estatuto sea un derecho no es suficiente para que la presentación de una “declaración” a tal fin confiera *ipso facto* al Estado declarante la condición de interviniente, y que dicho derecho a la intervención solo existe cuando la declaración en cuestión se ajusta a lo dispuesto en el Artículo 63. La Corte observa que, por lo tanto, debe garantizar que así sea antes de aceptar una declaración de intervención como admisible. Añade que también debe verificar que se cumplan las condiciones enunciadas en el Artículo 82 del Reglamento de la Corte.

La Corte observa que, si bien el Japón no objeta, en sus observaciones escritas, la admisibilidad de la declaración de intervención de Nueva Zelandia, señala a la atención de la Corte “algunas graves anomalías que se derivarían de la admisión de Nueva Zelandia como interviniente” (puede encontrarse un resumen del argumento del Gobierno del Japón referente a este punto en el párrafo 17 de la providencia de la Corte). El Japón destaca en particular la necesidad de garantizar la igualdad de las partes ante la Corte y expresa su preocupación por el hecho de que Australia y Nueva Zelandia puedan “evitar algunas de las salvaguardias” de

igualdad procesal previstas en el Estatuto y el Reglamento de la Corte. Cita, entre otros, el Artículo 31, párrafo 5, del Estatuto y el Artículo 36, párrafo 1, del Reglamento de la Corte, que excluyen la posibilidad de nombrar a un magistrado *ad hoc* cuando dos o más partes tengan el mismo interés y haya un miembro de la Corte que sea de una nacionalidad de cualquiera de estas partes. Cabe recordar que en la Corte hay un magistrado de nacionalidad neozelandesa y que Australia ha elegido un magistrado *ad hoc* para participar en la causa.

La Corte observa que las inquietudes manifestadas por el Japón se refieren a determinadas cuestiones procesales relativas a la igualdad de las partes en la controversia, y no a las condiciones para la admisibilidad de la declaración de intervención de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 63 del Estatuto y el Artículo 82 del Reglamento de la Corte. Recuerda que la intervención en virtud del Artículo 63 del Estatuto se limita a la presentación de observaciones sobre la interpretación de la convención en cuestión y no permite que el interviniente, que no pasa a ser parte en el procedimiento, aborde otros aspectos de la causa ante la Corte. Por consiguiente, considera que una intervención de esa naturaleza no puede afectar a la igualdad de las partes en la controversia.

Habiendo observado que Nueva Zelanda cumple los requisitos establecidos en el Artículo 82 del Reglamento de la Corte, que su declaración de intervención se ajusta a las disposiciones del Artículo 63 del Estatuto y que, además, las partes no plantearon objeciones a la admisibilidad de la declaración, la Corte concluye que la declaración de intervención de Nueva Zelanda es admisible.

Por último, la Corte observa en su providencia que la cuestión de la participación en la causa del magistrado *ad hoc* elegido por Australia fue mencionada por la parte demandada en el contexto de su debate sobre la igualdad de las partes ante la Corte. La Corte considera que debe dejar claro que, dado que la intervención de Nueva Zelanda no le confiere la condición de parte en el procedimiento, Australia y Nueva Zelanda no pueden considerarse partes con el “mismo interés” en el sentido del Artículo 31, párrafo 5, del Estatuto y que, por consiguiente, la presencia de un magistrado de la nacionalidad del Estado interviniente no tiene ningún efecto sobre el derecho del magistrado *ad hoc* elegido por la parte demandante para participar en la causa de conformidad con el Artículo 31, párrafo 2, del Estatuto.

\*  
\* \*

### Declaración del Magistrado Owada

En su declaración, el Magistrado Owada señala que, al examinar la admisibilidad de una solicitud de intervención, ya sea de conformidad con el Artículo 62 o con el Artículo 63 del Estatuto de la Corte, la Corte, en caso de considerarlo necesario a la luz de las circunstancias particulares de

la causa, está facultada para examinar y decidir *motu proprio* si tal intervención estaría en consonancia con los principios de imparcialidad en la administración de justicia, incluida, entre otras, la igualdad de las partes en las actuaciones ante la Corte. El Magistrado Owada considera que la autoridad de la Corte para examinar estas cuestiones es inherente a la función judicial de la Corte como tribunal de justicia.

El Magistrado Owada observa que la Corte ya ha ejercido esta facultad inherente con respecto a la solicitud de un Estado de intervenir de conformidad con el Artículo 62 del Estatuto, si bien el contexto concreto era bastante diferente. En la causa relativa a la *Plataforma continental (Jamahiriya Árabe Libia/Malta)*, la Corte rechazó la solicitud de Italia para intervenir a pesar de la posibilidad de que este país podría haber tenido “un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio” en el sentido del Artículo 62 del Estatuto. El Magistrado Owada señala que, en ese caso, la Corte sostuvo que el procedimiento de intervención no podía constituir una excepción a los principios fundamentales en que se apoyaba su jurisdicción, incluido el principio de la igualdad de los Estados. Según el Magistrado Owada, el fallo de la Corte en *Libia/Malta* demuestra que está facultada para desestimar una solicitud de intervención cuando esta vulnera principios jurídicos fundamentales, incluido el principio de la igualdad de los Estados, aun cuando el Estado que solicita la intervención haya cumplido las condiciones expresas de intervención establecidas en los artículos pertinentes del Estatuto.

En opinión del Magistrado Owada, los términos utilizados en el párrafo 18 de la providencia responden a un enfoque excesivamente simplificado y categórico de la cuestión de la intervención. El Magistrado Owada dice que el razonamiento de la providencia se basa en una propuesta muy cuestionable en derecho según la cual el mero hecho de que el ámbito de intervención en virtud del Artículo 63 “se limita a la presentación de observaciones sobre la interpretación de la convención en cuestión” implica que esa intervención “no puede afectar a la igualdad de las partes en la controversia”. Esto, en opinión del Magistrado Owada, es un *non sequitur*.

El Magistrado Owada añade que la providencia no examina en grado suficiente, en el contexto concreto de esta causa, las graves cuestiones planteadas por el Japón en relación con la intervención de Nueva Zelanda. Observa que, aunque el Japón no plantea una objeción formal a la intervención, parece evidente que está profundamente preocupado por el hecho de que la intervención de Nueva Zelanda pueda tener consecuencias que afecten a la igualdad de las partes en la controversia y, por lo tanto, a la administración imparcial de justicia.

El Magistrado Owada también considera lamentable que un Estado parte en una causa ante la Corte y un Estado que pretende intervenir en esa causa de conformidad con el Artículo 63 del Estatuto entablen lo que podría percibirse

como una colaboración activa en una estrategia de litigación para utilizar el Estatuto y el Reglamento de la Corte con el fin de promover su interés común, como admitieron con franqueza en su comunicado de prensa conjunto de 15 de diciembre de 2010.

El Magistrado Owada manifiesta que ha votado a favor de la providencia, ya que considera que el Japón no ha fundamentado suficientemente, a satisfacción de la Corte, su afirmación de que la admisión de Nueva Zelandia como tercero interviniente en virtud del Artículo 63 podría crear una situación en la que el principio de imparcialidad en la administración de justicia, incluida la igualdad de las partes, se vería muy probablemente en peligro. Sin embargo, desea dejar constancia de sus serias reservas sobre el enfoque formal con que la Corte ha tratado esta cuestión, sin reflexionar lo suficiente sobre un aspecto importante del principio de igualdad de las partes, que constituye un pilar fundamental de la administración imparcial de justicia.

### Opinión separada del Magistrado Cañado Trindade

1. En su opinión separada, que consta de diez partes, el Magistrado Cañado Trindade comienza explicando que, si bien ha contribuido con su voto a la adopción de la presente providencia en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico (Australia c. Japón)*, en la que se declaró la admisibilidad de la declaración de intervención de Nueva Zelandia, se considera obligado a dejar constancia de los fundamentos de su propia posición personal sobre esta cuestión, en todos sus aspectos interrelacionados. Sus reflexiones, expuestas en la presente opinión separada, hacen referencia —como él mismo indica en la parte I— a consideraciones de orden factual, conceptual y epistemológico en relación con diferentes cuestiones que, desde su punto de vista, no quedan justificadas de manera suficiente o totalmente satisfactoria en la argumentación de la Corte.

2. Al Magistrado le habría gustado que se prestase una mayor atención a esas consideraciones, y estima que una comprensión adecuada de la intervención en el procedimiento judicial en virtud del Artículo 63 del Estatuto de la Corte puede contribuir al desarrollo ulterior del procedimiento judicial internacional en nuestros días. Más aún —añade— si se tiene en cuenta que la intervención en virtud del Artículo 63 y del Artículo 62 del Estatuto de la Corte “se fundamenta en dos motivos muy distintos, que revelan diversos aspectos interrelacionados que no se han estudiado de manera suficiente o satisfactoria hasta la fecha” (párr. 2).

3. El Magistrado comienza su análisis examinando detalladamente todos los documentos que conforman el expediente de la presente causa en relación con las actuaciones incoadas ante la Corte referentes a la intervención, a saber, la declaración de intervención de Nueva Zelandia (parte II), las observaciones escritas de Australia y el Japón sobre la declaración de intervención de Nueva Zelandia (parte III) y

las observaciones de Nueva Zelandia sobre las observaciones escritas del Japón (parte IV). Recordando que en la presente causa no ha habido ninguna objeción *formal* a la solicitud de intervención de Nueva Zelandia, señala que el consentimiento del Estado no es decisivo en el proceso conducente a la decisión de la Corte de permitir o no la intervención. Esto es así, agrega el Magistrado, en lo referente a las intervenciones de conformidad con el Artículo 62 y el Artículo 63 del Estatuto de la Corte (parte V).

4. El Magistrado recuerda asimismo que tampoco hubo ninguna objeción *formal* a la reciente solicitud de Grecia para intervenir en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*, en la que la Corte autorizó a Grecia a intervenir sin ser considerada como parte en la causa (providencia de 4 de julio de 2011). El Magistrado ya había hecho esta observación en su opinión separada a esa providencia de la Corte, así como en su anterior opinión disidente en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)* (fallo de 1 de abril de 2011). Pero incluso en el caso de que hubiera habido una objeción de este tipo, en su opinión habría sido irrelevante a los efectos de la evaluación de la Corte de la solicitud o declaración de intervención; la Corte Internacional de Justicia (CIJ) no siempre está sujeta al consentimiento de los Estados, ni tampoco es un tribunal arbitral (párr. 23).

5. El Magistrado Cañado Trindade prosigue haciendo referencia a la tipología de las intervenciones en virtud del Estatuto de la CIJ (parte VI): aborda la distinción conceptual entre la *intervención discrecional* (con arreglo al Artículo 62) y la *intervención como derecho* (con arreglo al Artículo 63). Aunque los antecedentes históricos de la institución de la intervención en un procedimiento judicial pueden encontrarse, en sus orígenes, en la antigua práctica de los arbitrajes internacionales, tales antecedentes muestran que la práctica arbitral conservaba su perspectiva esencialmente bilateral y mantenía el foco sobre el consentimiento de las partes litigantes; fue por tanto necesario —añade— esperar a que se “sistematizara el régimen de la solución pacífica de controversias internacionales en su conjunto, que abarca también la *solución judicial* (diferenciada de la solución arbitral), para que la disposición expresa sobre la intervención viera la luz y pasase a primer plano” (párr. 25).

6. Esa sistematización tuvo lugar en el transcurso de las dos Conferencias Internacionales de Paz, celebradas en La Haya en 1899 y 1907, respectivamente. De hecho, la institución de la intervención estaba prevista en la Convención sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales de 1899 (Artículo 56) y la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1907 (Artículo 84). Lo que los redactores de esta disposición tenían en mente era una intervención como derecho similar a la que, unos años más tarde, quedó consagrada en el Artículo 63

del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) y, posteriormente, de la Corte Internacional de Justicia.

7. Al término de las dos Conferencias Internacionales de Paz de La Haya —reflexiona el Magistrado Cançado Trindade—,

“la conciencia jurídica universal parecía haber captado la idea de que el derecho internacional tenía que conformar un verdadero *sistema* internacional [...]. Al fin y al cabo, el voluntarismo de los Estados seguía siendo un obstáculo para el respeto del derecho internacional y una limitación indebida del imperio de la ley en los litigios internacionales. Hubo temores de que, en ausencia de justicia internacional, los Estados seguirían haciendo lo que quisieran y de que continuarían aumentando las dotaciones de armamento (naval y militar). Hubo una reacción premonitrice, por parte de juristas lúcidos de aquellos tiempos amenazadores, en contra de esa realidad y en contra del voluntarismo de los Estados” (párrs. 28 y 29).

8. De hecho —continúa el Magistrado—, los debates mantenidos en el seno de las dos Conferencias Internacionales de Paz de La Haya (1899 y 1907) sobre la creación futura de tribunales internacionales contenían, ya en ese momento, referencias a: *a)* la conciencia jurídica de los pueblos; *b)* la necesidad de un arbitraje obligatorio; *c)* la necesidad de establecer o constituir tribunales permanentes; *d)* la determinación de las normas fundamentales de procedimiento; *e)* el acceso de las personas a la justicia internacional; *f)* el desarrollo de una jurisprudencia internacional; y *g)* el desarrollo progresivo del derecho internacional. En su opinión, esto indicaba “la toma de conciencia sobre la importancia de tales cuestiones, que ya estaban presentes en la mente de los juristas de ese momento” (como, por ejemplo, T.M.C. Asser, Ruy Barbosa, L. Bourgeois, J.H. Choate, F. de Martens, C.E. Descamps, F. Hagerup, F.W. Holls, entre otros, párr. 30).

9. El siguiente momento histórico que debe tratarse es el de la redacción, a mediados de la década de 1920, por la Comisión Consultiva de Juristas (nombrada por la Sociedad de las Naciones), del Estatuto de la CPJI, a lo que siguió, unos años más tarde (en 1945), el Estatuto de la CIJ. Para entonces, con el advenimiento del arreglo *judicial* de las controversias a nivel mundial, el concepto de intervención alcanzó su pleno apogeo. Se previeron dos tipos de intervención, consagradas en los Artículos 62 y 63, respectivamente, del Estatuto de las Cortes de La Haya (CPJI y CIJ). El Magistrado Cançado Trindade observa que “la intervención, con arreglo a las dos disposiciones, pretendía superar la bilateralización de la controversia en cuestión, ampliando así los medios de arreglo, en aquellos casos en que fuera motivo de interés o preocupación para otros Estados” (párr. 34).

10. Aunque el uso de la intervención (sin la condición de parte) con arreglo al Artículo 63 2) del Estatuto, como la solicitada por Nueva Zelandia en la presente causa, ha sido

bastante infrecuente, esto no significa —añade el Magistrado— que deba seguir siéndolo, ya que todos los Estados partes en tratados multilaterales se han comprometido a contribuir a su adecuada interpretación. Si tales intervenciones aumentaran, las incertidumbres podrían disminuir, “ya que la CIJ podría tener más oportunidades para aclarar la aplicación y el alcance del Artículo 63” (párr. 40). Sería posible invocar aquí una “interpretación teleológica” de ciertos tratados multilaterales a fin de permitir a las partes defender los derechos que tales tratados pretenden proteger. En cualquier caso —añade el Magistrado Cançado Trindade— el Artículo 63 amplía la jurisdicción de la Corte al contemplar la *intervención como derecho* en determinadas circunstancias (véase *infra*).

11. Por su parte, la *intervención discrecional*, recogida en el Artículo 62 del Estatuto, ha tenido antecedentes y significados distintos, ya que el Estado que pretende intervenir debe revelar “un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio”, y la Corte tiene la facultad discrecional de decidir sobre esta solicitud. El ámbito de aplicación del Artículo 62 es por lo tanto más estricto que el del Artículo 63 en cuanto que la autorización para intervenir dependerá del ejercicio por la Corte de su facultad discrecional, y su decisión se tomará a la luz de las circunstancias particulares de cada caso. Este tipo de intervención discrecional —continúa— “dimana de la que se recoge en el ordenamiento jurídico interno de varios Estados, es decir, en la legislación nacional comparada” (párr. 37).

12. Después de aclarar esa distinción conceptual, el Magistrado Cançado Trindade examina los precedentes sobre la intervención en la jurisprudencia desarrollada a lo largo de la historia de las Cortes de La Haya (CPJI y CIJ, párrs. 41 a 52), y destaca la importancia de la defensa de la intervención en los procedimientos judiciales que se hace en la providencia de la Corte en la presente causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*, así como en la providencia de la Corte de 4 de julio de 2011 en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, sobre la base de los Artículos 63 y 62, respectivamente. El Magistrado pasa luego a la siguiente línea de sus consideraciones, relativas a la *naturaleza* de los tratados multilaterales en cuestión (parte VII).

13. Al señalar que ciertos tratados multilaterales tratan cuestiones de interés general o colectivo y están dotados de mecanismos de “garantía colectiva”, el Magistrado Cançado Trindade sostiene que la intervención en un procedimiento judicial en relación con esos tratados es aún más pertinente, en aras de la debida observancia o el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes (párr. 53). Y así es —añade— de conformidad con la regla general de interpretación de los tratados, enunciada en el Artículo 31 de las dos Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y 1986, bajo las que subyace el principio *ut res magis valeat quam pereat*, respaldado ampliamente en

la jurisprudencia, y que corresponde al denominado efecto útil (principio de efectividad), por el cual se trata de garantizar que las disposiciones convencionales *efectos apropiados* (párr. 54).

14. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade considera que:

“[...] En lo tocante a la *protección* (de la persona humana, del medio ambiente o de asuntos de interés general), el principio del efecto útil cobra especial relevancia en la determinación del alcance (ampliado) de las obligaciones convencionales de protección.

Las obligaciones correspondientes de los Estados partes revisten esencialmente un *carácter objetivo*: se aplican colectivamente, destacando el predominio de las consideraciones de interés general (o incluso el orden público), que trascienden los intereses individuales de los Estados partes. La naturaleza de los tratados que abordan cuestiones de interés general o común y que cuentan con garantías colectivas (de los Estados partes) para su aplicación incide en su proceso de interpretación. Y no podría ser de otra manera.

No hay espacio, en los tratados de este tipo, para acciones estatales unilaterales, ni siquiera para concesiones recíprocas bilaterales: los Estados partes en tales tratados están obligados por los compromisos contraídos a buscar conjuntamente la realización o el cumplimiento del objeto y el fin de los tratados en cuestión. Los Estados partes están obligados por las *obligaciones positivas* consagradas en ellos” (párrs. 55 a 57).

15. A continuación, el Magistrado recuerda que la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena de 1946 prevé la conservación adecuada de las poblaciones de ballenas y el desarrollo ordenado de la industria de la caza de ballenas; según su punto de vista, resulta evidente que lo primero es más importante, ya que sin la adecuada *conservación* de las poblaciones de ballenas no puede haber un desarrollo *ordenado* de la industria de la caza de ballenas. El fundamento básico de la Convención es por tanto la *conservación* de todas las especies de ballenas en cuestión. El principio del efecto útil apunta en esta dirección, descartando la mera rentabilidad de la industria de la caza de ballenas (párr. 58).

16. La Convención, que utiliza la expresión “interés común” (cuarto párrafo del preámbulo), se preocupa por el desarrollo *ordenado* y, además, establece sus beneficiarios al reconocer expresamente, en el primer párrafo del preámbulo:

“el interés de las naciones del mundo en preservar para las futuras generaciones las grandes riquezas naturales constituidas por las existencias balleneras”.

Los objetivos de política general con arreglo a la Convención, pues, siguen siendo la protección de todas las especies de ballenas frente a la sobrepesca, en beneficio de las *generaciones futuras de todas las naciones* (tal como se indica

en su preámbulo), y el desarrollo ordenado de la caza de la ballena, que está supeditado a dicha protección. Los objetivos de la Convención revelan la *naturaleza* del tratado, que habrá de implementarse con independencia de las cuestiones vinculadas con las relaciones bilaterales de los Estados partes. En su opinión, en la presente decisión de la Corte relativa a la intervención a efectos de la interpretación del Artículo VIII de la Convención debe tenerse en cuenta la *naturaleza* de dicha Convención (párrs. 59 y 60).

17. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade destaca la dimensión *preventiva* de la Convención, que exhorta a los Estados partes a que actúen con la debida diligencia a fin de evitar un daño que pudiera extenderse en el tiempo. La dimensión temporal a largo plazo y la noción de equidad intergeneracional también están presentes, un aspecto al que el Magistrado dedicó sus reflexiones en su opinión separada (párrs. 114 a 131) en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)* (fallo de 20 de abril de 2010). Las incertidumbres que aún rodean a la institución de la intervención en los procedimientos judiciales son, a su juicio, propias de los desafíos persistentes y nuevos a los que se enfrenta la justicia internacional en nuestros tiempos en la ampliación de su alcance tanto *ratione materiae* como *ratione personae*. En cualquier caso, “los tribunales internacionales deben afrontar tales incertidumbres y acercarse a la institución de la intervención prestando la debida atención a la evolución contemporánea del procedimiento judicial internacional a nivel conceptual y a la naturaleza de los tratados multilaterales en cuestión” (párr. 62).

18. Su siguiente argumento en la presente opinión separada guarda relación con la *resurrección* de la intervención en las actuaciones judiciales contemporáneas ante la CIJ (parte IX). Este es un argumento que ya había expresado en su opinión separada en la anterior providencia de la Corte de 4 de julio de 2011, que permitía la intervención de Grecia en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*, y que reitera en la presente opinión separada. En un periodo de tiempo bastante corto, la Corte ha adoptado así su posición acerca del reconocimiento de la intervención, sobre la base del Artículo 62 (en 2011) y el Artículo 63 (la presente providencia) de su Estatuto. El Magistrado recuerda que, en dos ocasiones anteriores, en dos causas relativas a fronteras terrestres y marítimas en la década de 1990 (causa relativa a la *Controversia sobre fronteras terrestres, insulares y marítimas (El Salvador/Honduras)* (solicitud de intervención de Nicaragua), fallo de 13 de septiembre de 1990; y causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima (Camerún c. Nigeria)* (intervención de Guinea Ecuatorial), providencia de 21 de octubre de 1999), la CIJ autorizó también otras dos solicitudes de intervención.

19. En las dos causas más recientes antes mencionadas (relativas a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* y a la

*Caza de la ballena en el Antártico*), la Corte ha aprobado dos providencias en las que se conceden las intervenciones solicitadas “en dos ámbitos de gran importancia en y para el desarrollo del derecho internacional contemporáneo, a saber: el de la tensión entre el derecho de acceso a la justicia y la invocación de la inmunidad de los Estados, y el de la vida y los recursos marinos y la protección internacional del medio ambiente” (párr. 66). Al permitir la intervención en estas dos últimas causas, en unos contextos tan pertinentes, la CIJ ha actuado en el ejercicio de sus responsabilidades como principal órgano judicial de las Naciones Unidas (Artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas). El Magistrado Caçado Trindade agrega que:

“a diferencia de las causas de delimitación terrestre y marítima, u otras causas relativas a cuestiones predominantemente bilaterales, estos dos últimos casos atañen también a terceros Estados, distintos de las respectivas partes litigantes ante la Corte.

Las cuestiones en litigio en esos dos casos (citados anteriormente) guardan, a mi juicio, una estrecha y decisiva relación con la evolución del derecho internacional contemporáneo como un derecho internacional verdaderamente *universal*, siendo, por lo tanto, pertinente para todos los Estados. Cabe celebrar por tanto el *resurgimiento* de la intervención, ya que propicia la buena administración de justicia (*la bonne administration de la justice*), atenta a las necesidades no solo de todos los Estados interesados, sino también de la comunidad internacional en su conjunto, en el universo conceptual del *ius gentium* de nuestros tiempos” (párrs. 67 y 68).

20. A continuación, el Magistrado Caçado Trindade presenta sus observaciones finales (parte X). En su opinión, la declaración de admisibilidad por la CIJ de la declaración de intervención de Nueva Zelanda en la presente causa es una expresión adecuada del principio de la buena administración de justicia (*la bonne administration de la justice*). Hace un año y medio hizo esta misma observación en su opinión separada (párr. 59) a la providencia de la Corte de 4 de julio de 2011 en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*. Se trata de una cuestión que, a su juicio, merece la pena destacar.

21. En la presente providencia, la Corte consideró el principio de la buena administración de justicia (*la bonne administration de la justice*) en relación con otros argumentos planteados (párrs. 17 a 19 de la providencia), que el Magistrado considera “más bien tangenciales” para la propia institución de la intervención (en virtud del Artículo 63) y carentes de una influencia directa en su esencia. Una declaración de intervención que cumpla lo dispuesto en el Artículo 63 del Estatuto y los requisitos del Artículo 82 del Reglamento de la Corte no afecta ni puede afectar a la igualdad procesal de las partes contendientes y, por lo tanto, es admisible, independientemente de si las partes objetan o no a ella (párr. 70). Y el Magistrado Caçado Trindade añade lo siguiente:

“En circunstancias como las de la presente causa, es necesario superar el antiguo sesgo bilateralista que impregna la solución de controversias en el marco de los procedimientos ante esta Corte. Ocurre que tal sesgo ha impregnado también durante mucho tiempo los escritos de los expertos sobre el tema. Ya es hora de superar tales dogmatismos del pasado, con su característica inmovilización, remanente de la antigua práctica arbitral. La presente causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*, a diferencia de las causas de delimitación terrestre y marítima u otras causas relativas a cuestiones predominantemente bilaterales, afecta también a terceros Estados, partes en la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena de 1946, distintos de las respectivas partes litigantes ante la Corte. La Convención se refiere a una cuestión de interés general o común, y debe ser aplicada de forma colectiva por los Estados partes a fin de contribuir al orden público de los océanos” (párr. 71).

22. El Magistrado Caçado Trindade observa que, en la presente providencia, la Corte se ha limitado a abordar las cuestiones planteadas por los tres Estados interesados “en los términos en que se plantearon”. Las insuficientes aclaraciones proporcionadas hasta el momento se han atribuido al uso poco frecuente de la intervención como derecho de conformidad con el Artículo 63. Sin embargo, incluso en los casos en que se ha solicitado a la Corte la intervención con arreglo al Artículo 63, como en la presente causa, “esta no ha proporcionado una aclaración suficiente o del todo satisfactoria, aunque afortunadamente ha llegado a la decisión correcta en la providencia de hoy” (párrs. 72 y 73), como hizo hace un año y medio (providencia de 4 de julio de 2011) cuando autorizó la intervención de Grecia, de conformidad con el Artículo 62 de su Estatuto, en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*.

23. A juicio del Magistrado Caçado Trindade, estas dos últimas solicitudes de intervención admitidas por la Corte, en virtud de los Artículos 62 y 63 de su Estatuto (providencias de 4 de julio de 2011 y 6 de febrero de 2013, respectivamente), contribuyen al desarrollo progresivo del derecho internacional y la realización de la justicia en el plano internacional en esta materia, y concluye que la “*resurrección gradual de la intervención*” en los procedimientos judiciales contemporáneos ante la CIJ puede ser “una valiosa contribución para establecer un orden jurídico internacional más coherente en nuestros días. Al fin y al cabo, la intervención en los procedimientos judiciales, al proporcionar elementos adicionales a la Corte para su consideración y razonamiento, puede contribuir al desarrollo progresivo del propio derecho internacional, especialmente cuando están en juego cuestiones de interés común o colectivo y de garantía colectiva” (párr. 76).

### **Declaración del Magistrado Gaja**

La Corte debería haber examinado específicamente, entre las condiciones de admisibilidad de la intervención de Nueva Zelandia en virtud del Artículo 63 del Estatuto, la pertinencia para la decisión en la causa de la interpretación

sugerida de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena.

La Corte señala que la interpretación de la Convención será vinculante para los Estados intervinientes. Debería haber añadido que, en relación con esa interpretación, las partes también quedarán obligadas con respecto a Nueva Zelandia en virtud del párrafo 2 del Artículo 63.

---

## 197. CONTROVERSIA FRONTERIZA (BURKINA FASO/NÍGER)

### Fallo de 16 de abril de 2013

El 16 de abril de 2013, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo en la causa relativa a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/Níger)*.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañçado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrados *ad hoc* Mahiou, Daudet; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

En la parte dispositiva (párr. 114) del fallo se establece lo siguiente:

“[...]

La Corte,

1) Por unanimidad,

*Determina* que no puede acoger las solicitudes formuladas en los puntos 1 y 3 de las conclusiones finales de Burkina Faso;

2) Por unanimidad,

*Decide* que, a partir del marcador astronómico de Tong-Tong, situado en el punto de coordenadas geográficas 14° 24' 53,2" N y 00° 12' 51,7" E, hasta el marcador astronómico de Tao, cuyas coordenadas precisas habrán de ser determinadas por las partes según se establece en el párrafo 72 del presente fallo, el trazado de la frontera entre Burkina Faso y la República del Níger adoptará la forma de una línea recta;

3) Por unanimidad,

*Decide* que, desde el marcador astronómico de Tao, el trazado de la frontera seguirá la línea que figura en el mapa de escala 1:200.000 del *Institut géographique national (IGN) de France*, edición de 1960 (en adelante, la “línea IGN”), hasta su intersección con la línea mediana del río Sirba en el punto de coordenadas geográficas 13° 21' 15,9" N y 01° 17' 07,2" E;

4) Por unanimidad,

*Decide* que, a partir de este último punto, el trazado de la frontera seguirá la línea mediana del río Sirba aguas arriba, hasta su intersección con la línea IGN en el punto de coordenadas geográficas 13° 20' 01,8" N y 01° 07' 29,3" E; a partir de ese punto, la frontera seguirá la línea IGN en dirección hacia el noroeste hasta el punto de coordenadas geográficas 13° 22' 28,9" N y 00° 59' 34,8" E, en donde la línea IGN se desvía hacia el sur; en ese punto, el trazado de la frontera se separará de la línea IGN y seguirá hacia el oeste en línea recta hasta el

punto de coordenadas geográficas 13° 22' 28,9" N y 00° 59' 30,9" E, en donde llega al meridiano que pasa por la intersección del paralelo de Say con la ribera derecha del río Sirba; luego, se dirigirá al sur a lo largo del meridiano hasta dicha intersección, en el punto de coordenadas geográficas 13° 06' 12,08" N y 00° 59' 30,9" E;

5) Por unanimidad,

*Decide* que, desde este último punto hasta el punto situado al comienzo de la curva de Botou, de coordenadas geográficas 12° 36' 19,2" N y 01° 52' 06,9" E, el trazado de la frontera adoptará la forma de una línea recta;

6) Por unanimidad,

*Decide* que en una fecha ulterior designará, mediante providencia, a tres expertos de conformidad con lo establecido en el Artículo 7, párrafo 4, del compromiso de 24 de febrero de 2009”.

\*  
\* \*

El Magistrado Bennouna adjuntó una declaración al fallo de la Corte; los Magistrados Cañçado Trindade y Yusuf adjuntaron opiniones separadas al fallo de la Corte; los Magistrados *ad hoc* Mahiou y Daudet adjuntaron opiniones separadas al fallo de la Corte.

\*  
\* \*

I. *Antecedentes procesales y de hecho de la causa* (párrs. 1 a 34)

La Corte recuerda que, mediante carta conjunta de 12 de mayo de 2010, Burkina Faso y la República del Níger transmitieron al Secretario un compromiso que se había firmado en Niamey el 24 de febrero de 2009 y que había entrado en vigor el 20 de noviembre de 2009, en virtud del cual acordaban someter a la Corte la controversia fronteriza entre ambos países acerca de un tramo de su frontera común. Se adjuntó a dicha carta el protocolo de intercambio de los instrumentos de ratificación de dicho compromiso y un canje de notas, de 29 de octubre y 2 de noviembre de 2009, en las que se deja constancia del acuerdo (“*entente*”) entre los dos Estados acerca de los resultados de la labor de la Comisión Técnica Mixta de Demarcación sobre los sectores demarcados de la frontera que van, en el norte, desde los altos de N’Gouma hasta el marcador astronómico de Tong-Tong y, en el sur, desde el comienzo de la curva de Botou hasta el río Mekrou. La Corte recuerda además que, en el Artículo 2 del compromiso, se le pidió que determinara el trazado de la frontera entre Burkina Faso y el Níger en el sector que va desde el marcador astronómico de Tong-Tong hasta el comienzo de

la curva de Botou y que tomara nota del acuerdo de las partes (“*leur entente*”) sobre los resultados de la labor de la Comisión Técnica Mixta de Demarcación de la frontera. A continuación, establece los antecedentes históricos y de hecho de la controversia entre las dos antiguas colonias, que formaron parte del África Occidental Francesa hasta que consiguieron la independencia en 1960.

Antes de examinar la controversia entre las partes acerca del trazado de su frontera común entre el marcador astronómico de Tong-Tong y el comienzo de la curva de Botou, la Corte se ocupa de la solicitud presentada por Burkina Faso acerca de los dos sectores demarcados de la frontera.

## II. Solicitud referente a los dos sectores que van, en el norte, desde los altos de N’Gouma hasta el marcador astronómico de Tong-Tong y, en el sur, desde el comienzo de la curva de Botou hasta el río Mekrou (párrs. 35 a 39)

La Corte observa que, en los puntos 1 y 3 de sus conclusiones finales, Burkina Faso le pide que resuelva y declare que su frontera con el Níger sigue, en los dos sectores demarcados, un trazado que consiste en líneas que unen puntos cuyas coordenadas presenta, que se corresponden a los registrados en 2009 por la misión conjunta encargada de realizar reconocimientos basados en la labor de la Comisión Técnica Mixta. La Corte observa además que Burkina Faso le pide que incluya ese trazado en la parte dispositiva de su fallo, para que las partes queden obligadas por él de la misma manera que quedarán obligadas con respecto a la línea fronteriza en el sector que sigue siendo objeto de controversia. La Corte observa que, en sus conclusiones finales, el Níger solo pide a la Corte que trace la frontera entre los dos Estados en el tramo objeto de controversia, que va desde el marcador astronómico de Tong-Tong hasta el comienzo de la curva de Botou. Considerando que existe ya un acuerdo entre las partes acerca de los dos sectores demarcados, el Níger opina que no es necesario incluir una referencia a esos sectores en la parte dispositiva del fallo. No obstante, considera que dicho acuerdo debe ser mencionado por la Corte en los fundamentos de su fallo.

La Corte indica que, cuando se le somete un asunto sobre la base de un compromiso, las solicitudes formuladas por una parte en sus conclusiones finales solo pueden ser competencia de la Corte si se mantienen dentro de los límites definidos por las disposiciones de dicho compromiso. No obstante, considera que la solicitud formulada por Burkina Faso en sus conclusiones finales no se corresponde exactamente con los términos del compromiso, ya que dicho Estado no pide a la Corte que “deje constancia del acuerdo de las partes” (“*leur entente*”) acerca de la delimitación de la frontera en los dos sectores demarcados, sino que delimite la frontera de acuerdo con una línea que se corresponda con las conclusiones de la Comisión Técnica Mixta. Sin embargo, según la Corte una cosa es tomar nota de la existencia de un acuerdo entre las partes y dejar constancia de ello y otra muy distinta

es apropiarse del contenido de dicho acuerdo y convertirlo en objeto de una decisión de la propia Corte. La Corte considera que, si se interpreta literalmente, la solicitud de Burkina Faso podría ser rechazada por desbordar los límites de la competencia de la Corte definidos en el compromiso. En todo caso, reconoce que tiene facultades para interpretar las conclusiones finales de las partes a fin de mantenerlas, en la medida de lo posible, dentro de los límites de su competencia en virtud del compromiso y, por consiguiente, interpretar las conclusiones finales de Burkina Faso como una solicitud de que la Corte deje constancia del acuerdo de las partes.

No obstante, la Corte considera que eso no sería suficiente para mantener dicha solicitud, ya que quedaría todavía por verificar si su objeto está comprendido dentro de la función judicial de la Corte definida por su Estatuto, que consiste en “decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas”. La Corte señala que, en la presente causa, ninguna de las partes ha mantenido que continuara habiendo entre ellas una controversia acerca de la delimitación de la frontera en los dos sectores en cuestión en la fecha en que se incoó el procedimiento —ni que dicha controversia haya surgido posteriormente. La Corte observa que las partes parecen sostener tesis distintas acerca de la cuestión de si la “*entente*” mencionada en el compromiso ha dado lugar ya a un acuerdo jurídicamente vinculante para las dos partes en virtud del derecho internacional. No obstante, en opinión de la Corte la cuestión decisiva es si existía una controversia entre las partes acerca de esos dos sectores en la fecha en que se incoó el procedimiento; poco importa, desde el punto de vista de la función judicial de la Corte, que la “*entente*” alcanzada por las partes se haya incorporado o no en un instrumento jurídicamente vinculante. En consecuencia, la Corte considera que la solicitud de Burkina Faso supera los límites de su función judicial.

## III. Trazado del tramo de frontera objeto de controversia (párrs. 60 a 112)

### A. Derecho aplicable (párrs. 60 a 69)

La Corte señala que el Artículo 6 del compromiso, titulado “Derecho aplicable”, estipula que “las normas y principios del derecho internacional aplicables a la controversia son los mencionados en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, incluido el principio de intangibilidad de las fronteras heredadas de la colonización y el Acuerdo de 28 de marzo de 1987”. La Corte observa que, entre las normas del derecho internacional aplicable a la controversia, la citada disposición destaca “el principio de intangibilidad de las fronteras heredadas de la colonización y el Acuerdo de 28 de marzo de 1987”, y afirma que el compromiso contiene indicaciones específicas acerca de la manera en que debe aplicarse dicho principio. El Artículo 6 del compromiso exige que se aplique el Acuerdo de 1987, que obliga a las partes y cuyo objetivo es, de acuerdo con su título, “la demarcación de la frontera entre los dos países”. La

Corte observa que, si bien el objetivo del Acuerdo de 1987 es la “demarcación de la frontera entre los dos países” mediante la instalación de marcadores, establece primero todos los criterios que deben aplicarse para determinar el “trazado” de la frontera.

La Corte señala que los dos primeros artículos de dicho Acuerdo especifican las leyes y documentos de la administración colonial francesa que deben utilizarse para determinar la línea de delimitación existente cuando los dos países obtuvieron la independencia. Observa a este respecto que de dicho Acuerdo se desprende que el *Arrêté* de 31 de agosto de 1927 aprobado por el Gobernador General interino del África Occidental Francesa con el fin de “fijar las fronteras de las colonias del Alto Volta y el Níger”, en la forma aclarada en su *Erratum* de 5 de octubre de 1927, es el instrumento que debe aplicarse para la delimitación de la frontera. La Corte afirma que debe interpretarse en su contexto, teniendo en cuenta las circunstancias de su promulgación y aplicación por las autoridades coloniales. En cuanto a la relación entre el *Arrêté* y su *Erratum*, la Corte observa que, dado que el objetivo del *Erratum* es corregir el texto del *Arrêté* de manera retroactiva, forma parte integrante de este último. Por esa razón, siempre que se mencione el “*Arrêté*”, se estará haciendo referencia, salvo que se indique lo contrario, al texto del *Arrêté* enmendado por el *Erratum*. La Corte observa además que el Artículo 2 del Acuerdo de 1987 prevé la posibilidad de que “no baste con el *Arrêté* y el *Erratum*” y dispone que, en tal caso, “el trazado será el que se observa en el mapa a escala 1:200.000 del *Institut géographique national de France*, edición de 1960”, o el resultante de “cualquier otro documento pertinente aceptado por acuerdo conjunto de las partes”. No obstante, señala que las partes no consideran que hayan aceptado ningún documento pertinente salvo el mapa citado de 1960.

#### B. Trazado de la frontera (párrs. 70 a 112)

##### 1. Trazado de la frontera entre los marcadores astronómicos de Tong-Tong y Tao (párrs. 72 a 79)

La Corte observa que las partes están de acuerdo en que, de conformidad con el *Arrêté*, su frontera común une los dos puntos en que están situados, respectivamente, los marcadores astronómicos de Tong-Tong y Tao. Señala que las partes no discrepan en cuanto a la identificación ni la ubicación de estos marcadores, sino en la forma de unir los dos puntos en que están situados. Burkina Faso quiere que la Corte una esos dos puntos con una línea recta, mientras que el Níger es partidario de dos segmentos rectos, uno desde el marcador de Tong-Tong hasta el marcador de Vibourié y otro desde el marcador de Vibourié hasta el marcador de Tao. La Corte opina que los funcionarios de la administración colonial interpretaron el *Arrêté* como si trazara, en el sector en cuestión, una línea recta entre los marcadores astronómicos de Tong-Tong y Tao. En consecuencia, la línea recta que une los dos

marcadores constituiría la frontera entre Burkina Faso y el Níger en el sector en cuestión.

##### 2. Trazado de la frontera entre el marcador astronómico de Tao y el río Sirba en Bossébangou (párrs. 80 a 99)

La Corte observa que no es posible determinar a partir del *Arrêté* cómo conectar el marcador astronómico de Tao con “el río Sirba en Bossébangou”, ya que el *Arrêté* se limita a establecer que la línea “se desvía [*s’infléchit*] hacia el sudeste, atravesando la carretera Téra-Dori en el marcador astronómico de Tao [...] y llegando al río Sirba en Bossébangou”. La Corte observa que, en opinión de Burkina Faso, esta falta de detalle debe interpretarse en el sentido de que los dos puntos mencionados deben estar conectados por una línea recta. La Corte señala que, en opinión del Níger, esta falta de detalle demuestra, por el contrario, que “el *Arrêté* y el *Erratum* no bastan”, en el sentido del Acuerdo de 1987, lo que en principio obliga a seguir la línea trazada en el mapa del IGN de 1960 para el tramo de la frontera en cuestión, si bien con un ligero desvío hacia el oeste en dos segmentos correspondientes al puesto fronterizo de Petelkolé y al campamento de Oussaltane, con el fin de dejar esas dos localidades en territorio del Níger, mientras que dicha línea las sitúa en la parte del Alto Volta de la frontera intercolonial. La Corte observa que, según el Níger, se trataría con ello de dar prioridad a las *effectivités* observadas en las fechas críticas de la independencia. La Corte señala además que el Níger considera que también es necesario prescindir del mapa del IGN de 1960 para determinar el punto final de la línea fronteriza en el tramo en cuestión, ya que la línea no debe terminar en Bossébangou, sino descender únicamente hasta el punto situado a unos 30 km al noroeste de dicha aldea y, desde ese punto, desviarse hacia el sudoeste, con lo que quedaría una amplia zona en torno a Bossébangou en territorio del Níger.

La Corte comienza examinando la cuestión del punto final de la línea fronteriza en el tramo en cuestión y señala que el *Arrêté* establece *expressis verbis* que la frontera intercolonial llega hasta el río Sirba. En consecuencia, la Corte solo puede limitarse a constatar que la línea fronteriza llega necesariamente hasta el río Sirba en Bossébangou.

A continuación, la Corte examina la cuestión de cómo debe conectarse el “marcador astronómico de Tao” con “el río Sirba en Bossébangou” a fin de trazar la frontera y comienza señalando que el Decreto del Presidente de la República Francesa de 28 de diciembre de 1926, “que transfiere el centro administrativo de la Colonia del Níger y establece cambios territoriales en el África Occidental Francesa”, sobre cuya base se aprobó el *Arrêté*, constituye un elemento importante del contexto en el que se promulgó el *Arrêté*. La Corte observa que el objeto de dicho Decreto era doble: transferir algunos *cercles* y *cantons* de la Colonia del Alto Volta a la Colonia del Níger y facultar al Gobernador General del África Occidental Francesa para trazar la nueva frontera intercolonial entre el Níger y el Alto Volta. Señala que, con este

fin, el Gobernador General trató de identificar las fronteras preexistentes de los *cercles* y *cantons*, pero que nada indicaba que siguieran una línea recta en el sector en cuestión. La Corte observa que, en tal caso, habría sido fácil trazar esa línea en un mapa. La Corte observa a continuación que, con respecto a la aldea de Bangaré, hay suficientes documentos posteriores al *Arrêté* para establecer que, durante el período colonial pertinente y hasta la fecha crítica de la independencia, esta aldea estuvo administrada por las autoridades de la Colonia del Níger, como mantiene este último. Según la Corte esta consideración respalda la conclusión de que el *Arrêté* no debe interpretarse, y de hecho no se interpretó así durante el período colonial, como si trazara una línea recta entre Tao y Bossébangou.

La Corte deduce de dichas consideraciones que debe considerarse que el *Arrêté* “no basta”, en el sentido del Acuerdo de 1987, en relación con el sector que va desde el marcador astronómico de Tao hasta el río Sirba en Bossébangou. Por ello, debe recurrirse a la línea que aparece en el mapa del IGN de 1960. Además, declara que no puede acoger las solicitudes del Níger de que dicha línea se desplace ligeramente a la altura de las localidades de Petelkolé y Oussaltane debido a que estas fueron administradas supuestamente por el Níger durante el período colonial. La Corte considera que, una vez que se ha concluido que el *Arrêté* es insuficiente, y en la medida en que es insuficiente, las *effectivités* no pueden desempeñar ya un papel en la presente causa. En conclusión, la Corte considera que, en el sector de la frontera que va desde el marcador astronómico de Tao hasta “el río Sirba en Bossébangou”, debe adoptarse la línea que aparece en el mapa del IGN de 1960.

### 3. Trazado de la frontera en la zona de Bossébangou (párrs. 100 a 107)

La Corte considera que, a fin de completar la determinación de la línea fronteriza a partir del marcador astronómico de Tao, es necesario precisar su punto final donde llega a “el río Sirba en Bossébangou”. Según Burkina Faso, ese punto se encuentra en el lugar donde el segmento en línea recta que va desde Tao hasta Bossébangou atraviesa la orilla derecha del Sirba, cerca de esa aldea. Por su parte, el Níger no se pronuncia sobre la cuestión, debido a su tesis de que la línea fronteriza desde Tao no llega hasta el río Sirba, sino que se desvía hacia el sudoeste en el punto de intersección entre los *cercles* de Dori, Say y Tillabéry, unos 30 km antes de llegar a dicho río.

Según la descripción del *Arrêté*, en opinión de la Corte no cabe duda de que la línea fronteriza termina en el río Sirba y no en la aldea de Bossébangou. El punto final de la frontera en este tramo debe situarse, por consiguiente, en el Sirba o en una de sus orillas. No obstante, el uso del término “llegar a” (“*atteindre*”) del *Arrêté* no indica que la línea fronteriza atraviese el Sirba completamente, hasta llegar a su orilla derecha. Además, la Corte considera que no se le han presentado pruebas de que el río Sirba en la zona de Bossé-

bangou se hubiera atribuido por completo a una de las dos colonias. Señala a este respecto que el requisito referente al acceso a los recursos hídricos de todas las personas que viven en las aldeas ribereñas se cumple mejor con una frontera situada en el río que en una u otra orilla. Por consiguiente, la Corte concluye que, de acuerdo con el *Arrêté*, el punto final de la línea fronteriza en la zona de Bossébangou se encuentra en el río Sirba. Este punto final se sitúa, más en concreto, en la línea mediana, ya que, en un río no navegable con las características del Sirba, esa línea es la que mejor cumple los requisitos de seguridad jurídica inherentes a la determinación de una frontera.

La Corte señala que, en su formulación original, el *Arrêté* situaba aguas abajo el punto de contacto de la línea fronteriza procedente de Tao con el río Sirba y precisaba que esa línea “llega luego hasta el río Sirba”. De acuerdo con esa fórmula, era evidente que la frontera debía seguir el río aguas arriba durante cierta distancia. La Corte mantiene que, si bien el texto del *Erratum* es menos claro, especifica no obstante que, después de llegar al Sirba, la línea fronteriza “gira casi inmediatamente de nuevo hacia el noroeste”. Por tanto, cabe concluir que el *Erratum* no trataba de enmendar el *Arrêté* completamente a este respecto y que, según dicho texto, la línea debe seguir el Sirba a lo largo de una breve distancia. Por las razones aducidas anteriormente, la Corte considera que la frontera sigue la línea mediana del Sirba.

La Corte observa que el texto corregido del *Arrêté*, según el cual la línea fronteriza “gira casi inmediatamente de nuevo hacia el noroeste”, no establece el punto preciso en el cual dicha línea abandona el río Sirba para “girar”. No hay en el texto ninguna indicación a ese respecto, salvo el hecho de que el punto se encuentra próximo a Bossébangou. De la misma manera, una vez que la frontera deja el Sirba, su trazado se indica en el *Arrêté* de tal manera que es imposible establecer la línea con precisión. Según la Corte, solo puede concluirse que el *Arrêté* no basta para determinar la línea fronteriza en este tramo y que, por ello, es necesario remitirse al mapa del IGN de 1960 a fin de definir con precisión el punto en que la línea fronteriza deja el río Sirba y gira “hacia el noroeste” y el trazado que debe seguir después de ese punto.

La Corte indica que, según el *Arrêté*, la línea fronteriza, después de desviarse hacia el noroeste, “se desvía de nuevo hacia el sur, [...] [y] atraviesa de nuevo el Sirba a la altura del paralelo de Say”. La Corte considera que, una vez que se ha determinado ese punto, el meridiano que lo atraviesa puede seguirse hacia el norte hasta el paralelo que atraviesa el punto en que la línea trazada en el mapa del IGN de 1960 se desvía hacia el sur. La Corte observa que, mientras que en su texto original el *Arrêté* hacía referencia a “una línea que comienza aproximadamente en el Sirba a la altura del paralelo de Say”, el texto del *Erratum* es mucho más categórico a ese respecto y, por lo tanto, no puede considerarse insuficiente. Dicho texto hace referencia a la intersección entre el paralelo que pasa por Say y el río Sirba. Según la Corte, puede deducirse

incluso que este punto, denominado punto I en los mapas esquemáticos 3 y 4, se encuentra en la orilla derecha del Sirba (en el punto de coordenadas geográficas 13° 06' 12,08" N y 00° 59' 30,9" E), ya que, según el *Erratum*, la línea fronteriza que viene desde el norte atraviesa el río antes de continuar hacia el sudeste. En opinión de la Corte, la frontera así trazada desde la zona de Bossébangou hasta el punto en que el paralelo de Say atraviesa el río Sirba forma lo que podría considerarse como un "saliente", según la descripción del *Arrêté*. El Níger reconoce que, por el contrario, la línea fronteriza que propone no "crea un saliente en esta zona".

La Corte concluye que la línea fronteriza, después de llegar, en dirección a Bossébangou, a la línea mediana del río Sirba en el punto de coordenadas geográficas 13° 21' 15,9" N y 01° 17' 07,2" E (conocido como punto SB en los mapas esquemáticos 1, 2, 3 y 4), sigue esa línea aguas arriba hasta su intersección con la línea IGN en el punto de coordenadas geográficas 13° 20' 1,8" N y 01° 07' 29,3" E (denominado punto A en los mapas esquemáticos 3 y 4). A partir de ese punto, la línea fronteriza sigue la línea IGN y se desvía hacia el noroeste hasta el punto de coordenadas geográficas 13° 22' 28,9" N y 00° 59' 34,8" E (denominado punto B en el mapa esquemático 3), en que la línea IGN cambia claramente de dirección y se desvía hacia el sur en línea recta. Dado que este punto de inflexión B se encuentra situado unos 200 m al este del meridiano que atraviesa la intersección del paralelo de Say con el río Sirba, la línea IGN no atraviesa el río Sirba en el paralelo de Say. No obstante —señala la Corte—, el *Arrêté* exige expresamente que la línea fronteriza atraviese el río Sirba en ese paralelo. Por ello, la línea fronteriza debe desviarse de la línea IGN a partir del punto B y, en vez de girar allí, continuar hacia el oeste en línea recta hasta el punto de coordenadas geográficas 13° 22' 28,9" N y 00° 59' 30,9" E (denominado punto C en los mapas esquemáticos 3 y 4), en que llega al meridiano que atraviesa la intersección del paralelo de Say con la orilla derecha del río Sirba. A continuación, la línea fronteriza se dirige hacia el sur siguiendo ese meridiano hasta dicha intersección, en el punto de coordenadas geográficas 13° 06' 12,08" N y 00° 59' 30,9" E (denominado punto I en los mapas esquemáticos 3 y 4).

#### 4. Trazado de la parte meridional de la frontera (párrs. 108 a 112)

La Corte observa que la intersección del río Sirba con el paralelo de Say es el punto de partida de otro tramo de la frontera. Según el *Arrêté*, "desde ese punto, la frontera, que sigue una dirección este-sureste, continúa en línea recta hasta un punto situado 1.200 m al oeste de la aldea de Tchenguiliba". La Corte señala que este último punto ha sido identificado de forma sistemática por las partes, ya que constituye el inicio del sector meridional del tramo ya demarcado de la frontera. La Corte recuerda que el *Arrêté* especifica que, en esta sección, la frontera "continúa en línea recta", y considera que establece con precisión que la línea fronteriza es un segmento recto entre la intersección del paralelo de Say

con el Sirba y el punto situado a 1.200 m al oeste de la aldea de Tchenguiliba. Por ello, según la Corte, no puede decirse que el *Arrêté* sea insuficiente con respecto a este tramo de la frontera.

La Corte concluye que, en este tramo de la frontera, la línea consiste en un segmento recto entre la intersección del paralelo de Say con la orilla derecha del río Sirba y el comienzo de la curva de Botou.

\*

Tras haber determinado el trazado de la frontera entre los dos países, la Corte manifiesta su deseo de que cada una de las partes, en ejercicio de su autoridad sobre el territorio que está bajo su soberanía, tenga debidamente en cuenta las necesidades de las poblaciones afectadas, en particular las poblaciones nómadas o seminómadas, y la necesidad de superar las dificultades que puedan surgir para ellas como consecuencia de la frontera. La Corte toma nota de la cooperación que se ha establecido ya en el ámbito regional y bilateral entre las partes a este respecto, en particular en virtud del capítulo III del Protocolo de Acuerdo de 1987, y las alienta a que la intensifiquen.

#### IV. Nombramiento de expertos (párr. 113)

La Corte observa que, en el Artículo 7, párrafo 4, del compromiso, las partes solicitaron a la Corte que, en su fallo, nombrara tres expertos para que ofrecieran la asistencia necesaria en la demarcación de su frontera en la zona objeto de controversia. La Corte señala que ambas partes reiteran esa solicitud en las conclusiones finales presentadas en la audiencia. La Corte está dispuesta a aceptar la tarea que las partes le han confiado; no obstante, habida cuenta de las circunstancias de la presente causa, opina que en este momento no conviene realizar los nombramientos solicitados por las partes. Lo hará en una fecha ulterior, mediante providencia, después de recabar las opiniones de las partes, en particular sobre los aspectos prácticos del ejercicio de sus funciones por los expertos.

\*

\* \*

#### Declaración del Magistrado Bennouna

El Magistrado Bennouna, si bien respalda la decisión de la Corte, recuerda que, según la jurisprudencia de la Corte, el derecho colonial no se tiene en cuenta en cuanto tal, sino únicamente como elemento de hecho o como prueba de la presencia colonial.

Para el Magistrado Bennouna, esta distinción ha sido difícil de aplicar en el caso presente dado que el Acuerdo Especial pedía a la Corte que se basara en un *arrêté* relativamente sucinto del Gobernador General del África Occidental Francesa de 1927, cuya única preocupación era separar entidades

dependientes de la misma potencia colonial a fin de mejorar la administración territorial.

### Opinión separada del Magistrado Cançado Trindade

1. En su opinión separada, dividida en 12 partes, el Magistrado Cançado Trindade comienza explicando que, si bien ha contribuido con su voto a la adopción del presente fallo en la causa relativa a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/Níger)*, en el que la Corte Internacional de Justicia (CIJ), a petición de las partes, ha determinado el trazado de su frontera, hay ciertos puntos, a los que él concede gran importancia, que no se reflejan adecuadamente en el razonamiento de su fallo, o en los que no se ha insistido adecuadamente. Por ello, se siente obligado a hacer constar los fundamentos de su propia posición personal al respecto, sobre todo en lo que se refiere a la relación entre el territorio en cuestión y las poblaciones locales (nómadas y seminómadas).

2. Sus reflexiones, basadas en la documentación que conforma el expediente de la presente causa (no reflejada plenamente en el presente fallo), hacen referencia —como indica el Magistrado en la parte I— a los siguientes extremos: *a)* las disposiciones de los tratados (después de la independencia en 1960) que manifiestan interés por las poblaciones locales; *b)* el interés de las partes por las poblaciones locales en la fase escrita de los procedimientos; *c)* los *communiqués* (después de la independencia en 1960) que manifiestan interés por las poblaciones locales; *d)* las opiniones de las partes acerca de las aldeas; *e)* el interés de las partes por las poblaciones locales en la fase oral de los procedimientos (primera y segunda rondas de argumentos orales); *f)* el interés de las partes por las poblaciones locales en sus respuestas a las preguntas de los magistrados; y *g)* el trazado de la frontera en el mapa del IGN.

3. Observa que, en sus respuestas a las preguntas de los magistrados, las partes incorporaron al expediente de la presente causa un gran Noero de elementos que no se reflejan plena o suficientemente en el presente fallo de la Corte. A continuación, centra su atención en los siguientes aspectos: *a)* el factor humano y las fronteras; *b)* la admisión por las partes de que están obligadas por su promesa de cooperación con respecto a las poblaciones locales (en foros africanos multilaterales y en acuerdos bilaterales, de conformidad con el régimen de trashumancia); y *c)* la población y el territorio conjuntamente, de acuerdo con un “sistema de solidaridad” (que engloba la trashumancia y el “sistema de solidaridad”; las personas y el territorio conjuntamente; y la solidaridad en el *ius gentium*). Posteriormente, presenta sus conclusiones.

4. Recuerda que, en el presente fallo sobre la causa relativa a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/Níger)*, la CIJ comienza señalando que la controversia en cuestión se enmarca en un contexto histórico caracterizado por el acceso a la independencia de las dos partes litigantes (Burkina Faso y el Níger), que anteriormente habían formado parte del

África Occidental Francesa (párr. 12). El Magistrado Cançado Trindade concede especial importancia a los documentos *posteriores* a su independencia en 1960. Considera encomiable que las partes en litigio, Burkina Faso y el Níger, estimaran conveniente introducir, en los tratados que concertaron después de su independencia en 1960, disposiciones que manifiestan su interés por las poblaciones locales (parte II).

5. De la misma manera, destaca el interés de las partes en litigio por las poblaciones locales en la fase escrita de los procedimientos, y examina cada uno de los argumentos que formularon a ese respecto (parte III). El mismo interés se observa en los *communiqués* entre Burkina Faso y el Níger (después de la independencia en 1960) acerca de la libertad de circulación de las poblaciones locales (libre circulación de personas y bienes; comercio, transporte y aduanas) (parte IV). Luego examina las opiniones manifestadas por las partes acerca de las aldeas que se encuentran en la región fronteriza (parte V).

6. El Magistrado Cançado Trindade examina a continuación el interés por las poblaciones locales demostrado por las partes en litigio durante la fase oral de los procedimientos (primera y segunda rondas de argumentos orales - parte VI). En respuesta a las preguntas que él mismo formuló a las partes en litigio al final de las sesiones públicas de la Corte, el 17 de octubre de 2012, tanto Burkina Faso como el Níger, en las tres rondas de respuestas, han ofrecido a la Corte considerable información adicional (un archivo de 140 páginas), que contiene detalles pertinentes para el examen de la presente causa (parte VII).

7. El Magistrado Cançado Trindade considera que ciertas partes de sus respuestas son especialmente reveladoras —en particular las relacionadas con las poblaciones nómadas—. Los movimientos trashumantes estaban dictados por la naturaleza y los recursos naturales, con independencia de las líneas fronterizas entre Estados; además, estaban basados en la solidaridad. La libre circulación de poblaciones y bienes locales entre los dos Estados estaba garantizada por acuerdos bilaterales y multilaterales referentes a la libertad de circulación y al acceso a los recursos naturales, en los que son partes el Níger y Burkina Faso; a ese respecto, han podido conservar su *modus vivendi*.

8. En sus respuestas, las partes han alegado que: *a)* hay nómadas y seminómadas presentes en la zona fronteriza y en la región; *b)* las poblaciones nómadas atraviesan las zonas donde estarían ubicadas las fronteras reclamadas por las partes; *c)* las partes están interesadas y obligadas (por su condición de miembros de organizaciones regionales y por sus compromisos bilaterales) a continuar garantizando la libertad de circulación de las poblaciones nómadas (párr. 46). En este sentido, el Magistrado Cançado Trindade estima que “cualquiera que sea la frontera que se determine, no parece probable que tenga repercusión en la población, siempre que ambos Estados continúen garantizando la libertad de circulación de los nómadas y seminómadas, y que sus condiciones

de vida no cambien como consecuencia de la fijación de la frontera (por la Corte)” (párr. 47).

9. El magistrado Cançado Trindade observa a continuación (parte VIII) que, en la zona comprendida entre el marcador astronómico de Tao y Bossébangou, parece que la línea del mapa del IGN “es la adecuada desde la perspectiva de las relaciones entre personas y territorio” (párr. 61). Todas las pruebas disponibles en el expediente de la presente causa, así como en los archivos de esta Corte, confirman que la línea IGN se trazó teniendo en cuenta las consultas llevadas a cabo *in loco* por cartógrafos del IGN con los jefes de las aldeas y la población local. El Magistrado Cançado Trindade afirma luego lo siguiente:

“Las personas y el territorio no se pueden separar; en el actual *ius gentium*, está claro que las controversias territoriales o fronterizas no pueden resolverse haciendo caso omiso de las poblaciones locales afectadas. [...] La línea IGN, e incluso el trazado de la frontera determinado por la Corte en la presente causa en la zona comprendida entre el marcador astronómico de Tao y Bossébangou, atraviesa de forma equilibrada y equitativa, dentro de la órbita de sus movimientos actuales, las zonas de los movimientos de población en la actualidad” (párr. 62).

10. En la parte siguiente, relativa al factor humano y las fronteras (parte IX), el Magistrado Cançado Trindade hace referencia a los estudios de historiadores y antropólogos que corroboran su opinión de que, en casos como el presente, relativos a fronteras con poblaciones nómadas y seminómadas, “no es posible separar las personas y el territorio” (párr. 63). En su opinión, “al determinar las fronteras en las regiones habitadas por grupos humanos de características culturales tan densas, no basta con trazar líneas total y manifiestamente ‘artificiales’, prescindiendo del elemento humano”; a su juicio, el lugar central corresponde a los seres humanos (párr. 69).

11. En el presente fallo de la causa *Controversia fronteriza (Burkina Faso/Níger)*, la Corte ha manifestado “su deseo” de que cada una de las partes tenga debidamente en cuenta las necesidades de la población afectada, en particular las de las poblaciones nómadas o seminómadas (párr. 112). El Magistrado Cançado Trindade considera que es una posición “muy tranquilizadora”, ya que, en efecto, las propias partes en litigio han indicado, en la respuesta a sus preguntas, que se consideran obligadas a hacerlo, en virtud de su compromiso de cooperación en relación con las poblaciones locales (en particular las nómadas y seminómadas), manifestado en los foros africanos multilaterales, así como en los acuerdos bilaterales que constituyen el régimen de trashumancia (compromiso que reconoce que las poblaciones locales pueden atravesar libremente sus fronteras - parte X).

12. Las partes en litigio indicaron que las condiciones de vida de las poblaciones locales no se verán afectadas por el trazado de la frontera entre los dos Estados. Confirmaron su concepción de la trashumancia como un verdadero “sistema de solidaridad” (párr. 87) (parte XI). El Magistrado Cançado

Trindade observa que la CIJ opina ahora que no es posible separar a las personas del territorio:

“en los asuntos territoriales no se puede hacer caso omiso de las poblaciones, en particular en los casos de una densidad cultural como el presente. Al fin y al cabo, desde la época de sus ‘padres fundadores’, la solidaridad ha estado siempre presente en el *corpus iuris* del derecho de gentes (*ius gentium*)” (párr. 87).

13. El Magistrado Cançado Trindade señala que, “incluso un tema tan clásico como el territorio”, es percibido actualmente —también por la CIJ— como una realidad inseparable de la población: así, en su providencia sobre la adopción de medidas provisionales (de 18 de julio de 2011) en la causa relativa al *Templo de Preah Vihear (Camboya c. Tailandia)* (solicitud de interpretación), la CIJ consideró el territorio junto con la población (afectada), y ordenó — hecho sin precedentes en su jurisprudencia— la creación de una zona desmilitarizada en las proximidades de dicho Templo (cerca de la línea fronteriza entre los dos países, párr. 89).

14. La base de esta labor de jurisprudencia —agregó— “es el principio de humanidad, que orienta la búsqueda de mejores condiciones de vida de la *societas gentium* y el logro y realización del bien común [...], en el marco del nuevo *ius gentium* de nuestros días” (párr. 90). La decisión de 2011 de la CIJ en la causa relativa al *Templo de Preah Vihear* no es el único ejemplo. Podría hacerse referencia a otras dos decisiones recientes de la CIJ que reconocen igualmente la necesidad de considerar conjuntamente las personas y el territorio.

15. Por ejemplo, con anterioridad, en su fallo (de 13 de julio de 2009) sobre la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica c. Nicaragua)*, la CIJ confirmó el derecho consuetudinario de pesca de subsistencia (párrs. 143 y 144) de los habitantes de ambos márgenes del río San Juan. Dicha pesca de subsistencia no dio lugar nunca a objeciones (del Estado demandado); y, en definitiva, quienes practican la pesca de subsistencia no son los Estados, sino más bien “seres humanos afectados por la pobreza” (párr. 92). Poco después, en su fallo (de 20 de abril de 2010) en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, la CIJ, al examinar los argumentos y pruebas presentados por las partes (sobre la protección ambiental del río Uruguay), tuvo en cuenta aspectos relacionados con las poblaciones locales afectadas, y la consulta de estas (párr. 93).

16. El Magistrado Cançado Trindade se refiere luego al concepto de “precepto natural” de solidaridad en las obras de uno de los padres fundadores del derecho de gentes, Francisco Suárez (párr. 97) en su obra magistral *Tractatus de legibus, ac Deo legislatore* (1612), precedido por el de *recta ratio* en las obras de Cicerón (*De legibus*, 52-43 a.C.): “la solidaridad y la interdependencia mutua están siempre presentes en la reglamentación de las relaciones entre los miembros de la *societas* universal” (párr. 98). Asimismo, considera que “la solidaridad ha tenido siempre un lugar en el *ius gentium*, en

el derecho de gentes. Así lo confirman las circunstancias de la presente causa ante la CIJ entre Burkina Faso y el Níger, en lo que respecta a sus poblaciones nómadas y seminómadas (locales)” (párr. 98).

17. El Magistrado Cançado Trindade concluye (parte XII) afirmando que la enseñanza básica que debe extraerse de la controversia fronteriza entre Burkina Faso y el Níger es que “está perfectamente justificado y es viable determinar una línea fronteriza teniendo en cuenta las necesidades de las poblaciones locales” (párr. 99). La ley “no puede aplicarse mecánicamente” (párr. 104) y el derecho de gentes no puede abordarse adecuadamente desde un paradigma interestatal exclusivo. “Al fin y al cabo, desde una perspectiva histórica o temporal, las poblaciones nómadas y seminómadas, así como sedentarias, son en gran parte anteriores a la aparición de los Estados en el *ius gentium* clásico” (párr. 104).

18. Históricamente —agrega—, los Estados “se constituyeron para ocuparse de los seres humanos sometidos a sus respectivas jurisdicciones y buscar el bien común. Los Estados tienen fines humanos. Mucho más allá de la soberanía estatal, la enseñanza básica que debe extraerse de la presente causa es, en mi opinión, la necesidad de tener en cuenta la solidaridad humana, *pari passu* con la necesaria seguridad jurídica de las fronteras. Ello está en consonancia con la sociabilidad, que emana de la *recta ratio* en el fundamento del *ius gentium*. La *recta ratio* estuvo presente en el pensamiento de los ‘padres fundadores’ del nuevo derecho de gentes, y sigue encontrando eco en la conciencia humana de nuestros días” (párr. 105).

### Opinión separada del Magistrado Yusuf

1. El Magistrado Yusuf adjunta una opinión al fallo con el fin de abordar “algunas cuestiones, que la Corte no trató adecuadamente en el razonamiento del fallo, en particular en lo que respecta a los principios aplicables invocados por las partes en sus alegaciones ante la Corte (véase el párr. 63 del fallo)”.

2. El Magistrado Yusuf afirma que el principio del *uti possidetis iuris* y el principio de la Organización de la Unidad Africana (OUA) y, posteriormente, la Unión Africana (UA) sobre el respeto de las fronteras no deberían ser considerados como idénticos o equivalentes. Debe establecerse una distinción entre ambos habida cuenta de sus distintos orígenes, objetivos, alcance jurídico y naturaleza. La Corte debería haber aclarado esta confusión en el presente fallo y haber abordado también la cuestión de si ambos principios tienen o no una incidencia eficaz en la presente causa.

3. El supuesto de que los dos principios son equivalentes procede de una declaración de la Sala de la Corte en la causa relativa a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/ República de Malí)* (fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 565 y 566, párr. 22) que mantenía que la Carta de la OUA hacía “referencia indirecta” al principio del *uti possidetis* y que en la Re-

solución de El Cairo de 1964 de la OUA “se definía y destacaba deliberadamente ese principio”. Esta declaración no fue impugnada en posteriores fallos relativos a las controversias fronterizas africanas.

4. El Magistrado Yusuf señala que ninguno de los documentos oficiales de la OUA ni de su organización sucesora, la UA, relativos a conflictos africanos o a controversias territoriales o fronterizas hace referencia al principio del *uti possidetis iuris* ni lo menciona de ninguna manera. La diversidad de regímenes fronterizos que existía en el continente africano en el momento de la independencia, y la aversión de los Estados africanos recientemente independizados a la legitimación del derecho colonial en las relaciones interafricanas, llevaron a la OUA, y posteriormente a la UA, a elaborar su propio principio, cuyo alcance jurídico y naturaleza es diferente del *uti possidetis iuris*. Por ello, la falta de referencia al *uti possidetis* no se debía al desconocimiento por parte de los Estados Miembros de la OUA/UA de la existencia del *uti possidetis iuris* como principio o de su utilización por las repúblicas hispanoamericanas después de su propia descolonización, un siglo antes. Más bien, las diferentes situaciones y circunstancias históricas impusieron la adopción de normas y principios jurídicos diferentes.

5. El principio del respeto de las fronteras consagrado en la Resolución de El Cairo de 1964 y en el Artículo 4 b) del Acta Constitutiva de la UA sitúa las fronteras existentes en el momento de la independencia en un “compás de espera”, en particular para evitar conflictos armados por reivindicaciones territoriales, mientras no se encontrara una solución pacífica y satisfactoria por las partes en una controversia territorial, de conformidad con el derecho internacional, o mientras no se consiguiera una integración y unidad más estrechas entre todos los Estados africanos (o algunos de ellos) de acuerdo con la visión panafricana. Por ello, el principio implica una prohibición del uso de la fuerza en la solución de las controversias fronterizas y una obligación de abstenerse de todo acto de apropiación ilícita de una parte del territorio de otro Estado africano. No obstante, no establece un método particular para la delimitación de las fronteras, ni constituye un criterio para determinar la antigüedad de una línea fronteriza.

6. El Magistrado Yusuf señala también que el derecho al territorio es un aspecto central del principio del *uti possidetis iuris*, basado en una clara dicotomía entre la titularidad jurídica y las *effectivités*, en virtud del cual la titularidad, si existe, prevalece sobre las *effectivités* o la posesión eficaz del territorio. En América Latina, el título pertinente era la legislación española de la época, que permitía convertir en fronteras internacionales lo que anteriormente eran fronteras internas. Por el contrario, el principio de la OUA/UA de respeto de las fronteras es un principio más amplio que exige el respeto de las fronteras posteriores a la independencia de los Estados africanos, en espera de la resolución de las posibles controversias bilaterales, a fin de salvaguardar la paz y la

estabilidad en el continente. No se basa en la distinción entre la titularidad y las *effectivités*, ni hace referencia a ellas, ni determina la preferencia de una sobre otra.

7. La relación entre la titularidad y las *effectivités* para determinar la frontera que debe respetarse nunca se especificó, ni tan siquiera se mencionó, en los documentos de la OUA o la UA. Habida cuenta de la diversidad y complejidad del proceso de independencia de los Estados africanos, la heterogeneidad de los regímenes jurídicos en cuyo marco se realizó la delimitación de sus fronteras antes de la independencia (por ejemplo, tratados internacionales, fronteras administrativas, acuerdos de administración fiduciaria) y las opiniones claramente encontradas de los Estados africanos en el momento de la independencia, tanto la OUA como la UA se abstuvieron deliberadamente de considerar cuestiones jurídicas como la prevalencia de la soberanía territorial sobre las *effectivités*, o viceversa. De la misma manera, esas organizaciones se abstuvieron de establecer, como parte del derecho público de África, un método pacífico concreto aplicable a la solución de todas las posibles controversias fronterizas entre todos los Estados africanos o a la determinación del trazado de esas fronteras.

8. Para el Magistrado Yusuf no cabe ninguna duda de que el principio del *uti possidetis iuris* ha tenido muchos efectos positivos en América Latina a lo largo de los años y continúa desempeñando un papel útil en la solución de las controversias fronterizas en otros lugares del mundo. No obstante, no puede considerarse como sinónimo del principio ratificado por la OUA en 1964 e inscrito posteriormente en el Acta Constitutiva de la UA, principio que impide la modificación de las fronteras existentes por la fuerza en espera de la solución pacífica de las controversias entre los Estados africanos.

9. El Magistrado Yusuf examina, a continuación, la relación entre el *uti possidetis iuris* y la integridad territorial. Considera que la Sala de la Corte erró en la causa relativa a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/República de Malí)* al interpretar la referencia a la integridad territorial en la Carta de la OUA como referencia “indirecta” al principio del *uti possidetis iuris*. Estos diferentes principios del derecho internacional no deben confundirse. La referencia de la Resolución de El Cairo al Artículo III, párrafo 3, de la Carta de la OUA, puede interpretarse como referencia a la inviolabilidad de las fronteras que está implícita en el principio de integridad territorial, pero no significa que “se definía y se destacaba deliberadamente el principio del *uti possidetis iuris* contenido en sentido implícito en la Carta de su organización”, como declara la Sala de la Corte. No obstante, la inviolabilidad no significa la invariabilidad o intangibilidad de las fronteras; significa, más bien, que los ajustes territoriales deben realizarse por consentimiento mutuo.

10. Por último, el Magistrado Yusuf señala que la presente causa es distinta de las causas anteriores en cuanto que sus partes concertaron en 1987 un acuerdo que delimita su

frontera común. La Corte debe limitarse a interpretar y aplicar ese acuerdo. No tiene por qué determinar qué es lo que constituye para cada una de las partes la herencia colonial a la que debía aplicarse el principio del *uti possidetis*. Las partes lo habían especificado ya en su propio acuerdo de delimitación. Por consiguiente, el principio del *uti possidetis iuris* no es aplicable a la causa presente.

### Opinión separada del Magistrado ad hoc Mahiou

Si bien suscribe el planteamiento general de la Corte y la mayoría de las conclusiones alcanzadas por ella en la presente causa, el Magistrado *ad hoc* Mahiou formula algunas observaciones sobre determinados puntos con respecto a los cuales la posición de la Corte requiere algunos retoques y aclaraciones. Dichos puntos guardan relación, por un lado, con la condición de los diversos documentos invocados durante los procedimientos y, por el otro, con la condición de las *effectivités* o, más exactamente, con su lugar y función para determinar los diferentes tramos de la frontera.

La delimitación de la frontera se basa en la aplicación e interpretación de las disposiciones del Decreto de 28 de diciembre de 1926, el *Arrêté* de 31 de agosto de 1927 y el *Erratum* de 5 de octubre de 1927, el mapa del IGN de 1960 y las *effectivités* sobre el terreno. Dichos textos, documentos y *effectivités* revelan que el trazado de la frontera es una combinación de líneas rectas y curvas que tiene en cuenta las fronteras intercoloniales y las *effectivités* en la fecha de la independencia del Níger y de Burkina Faso. Es de lamentar que la Corte no haya dado la debida importancia a esas *effectivités*.

### Opinión separada del Magistrado ad hoc Daudet

La opinión separada del Magistrado *ad hoc* Daudet está centrada en los puntos 3 y 4 de la parte dispositiva del fallo.

Con respecto al punto 3, referente al trazado de la frontera entre el marcador astronómico de Tao y el río Sirba en Bossébangou, el Magistrado *ad hoc* Daudet considera que la Corte actuó correctamente al recurrir al mapa del IGN de 1960 para determinar la frontera. No obstante, en su opinión, sigue siendo plausible un trazado en línea recta y los argumentos formulados por la Corte a favor de la utilización del mapa y su línea sinuosa suscitan algunos interrogantes.

La Corte considera que, si el *Arrêté* de 1927 hubiera optado por una línea recta en ese caso, lo habría indicado de forma específica, como lo hizo en otros tramos, y, dado que no fue así, es difícil aceptar que la línea sea recta aquí. El Magistrado *ad hoc* Daudet reconoce que este argumento *a contrario* es sólido. No obstante, aduce algunas razones que, en su opinión, debilitan tal argumento, empezando por los límites intrínsecos de todo argumento *a contrario*. Deben tenerse en cuenta las características de los tramos en cuestión: el tramo que va desde Tao hasta el río Sirba en Bossébangou viene inmediatamente después de una línea recta, cuyo trazado prolonga, de conformidad con la práctica colonial

normal, mientras que, en otros lugares, las líneas descritas expresamente como rectas por el *Arrêté* están precedidas por tramos sinuosos (como el curso del Sirba) o por cambios significativos de dirección. El Magistrado *ad hoc* Daudet observa también que, si bien es cierto que la “línea de consenso” ha dejado de ser aplicable entre las partes, dicha línea, considerada pertinente por las partes en algún momento, era recta.

Se muestra también en desacuerdo con el análisis por la Corte de los términos del Decreto de 1926 del Presidente de la República Francesa, que es la base del *Arrêté* de 1927, y de la naturaleza de las facultades otorgadas al Gobernador General. A diferencia de la Corte, el Magistrado *ad hoc* Daudet considera que el Decreto otorga al Gobernador General amplias facultades para tratar de fijar las fronteras entre las dos colonias e implica que el propio *Arrêté* tiene carácter constitutivo.

Por último, a diferencia de la Corte, el Magistrado *ad hoc* Daudet no considera que, en el caso de la aldea de Bangaré, deba tenerse en cuenta, como hace la Corte, “la práctica seguida por las autoridades coloniales acerca de la aplicación del *Arrêté*”. En su opinión, el argumento en el caso de Bangaré no debería ser diferente del aplicado en el fallo en relación con Oussaltane y Petelkolé, donde se rechaza el recurso a las *effectivités*.

No obstante, y con independencia de sus desacuerdos con la argumentación de la Corte, el magistrado *ad hoc* Daudet considera que si bien, de conformidad con el *Arrêté* — en la medida en que su laconismo permite una interpretación—, es plausible una línea recta, no existe ninguna certeza al respecto, y él admite que son igualmente concebibles otras interpretaciones. Ello demuestra que el *Arrêté* “no es suficiente” para determinar una línea u otra y, de conformidad con los términos del Acuerdo Especial, es preciso recurrir al mapa del IGN de 1960.

En cuanto al punto 4 de la parte dispositiva, el Magistrado *ad hoc* Daudet no comparte la interpretación de la Corte acerca del punto final de la línea en el río Sirba a la altura de Bossébangou. Dicho punto determina posteriormente el trazado de la línea cuando se desvía de nuevo hacia el Sirba, hasta el punto en que debe abandonar el río a fin de dejar al Níger el “saliente que incluye cuatro aldeas”. Para poder decidir que la frontera sigue la línea mediana del río, la Corte interpreta el *Arrêté* de tal manera que el término “llegar a” (“*atteindre*”) (el Sirba en Bossébangou) “no indica que la línea fronteriza atravesase el Sirba completamente y llegue a su orilla derecha”, lo que significa que el punto final puede estar situado a mitad del río, “con lo que cumpliría mejor” el “requisito relativo al acceso a los recursos hídricos de todas las personas que viven en las aldeas ribereñas”. La elección de la Corte está plenamente justificada desde el punto de vista de la equidad. No obstante, no se pide a la Corte que esta-

blezca una frontera equitativa, sino una frontera basada en el *Arrêté* de 1927 o, si esto último no bastara, en el mapa del IGN de 1960. Por consiguiente, sin desestimar por completo esas consideraciones de equidad, la Corte ha tratado, si bien no de forma totalmente eficaz, de mantener su razonamiento dentro del marco del *Arrêté*.

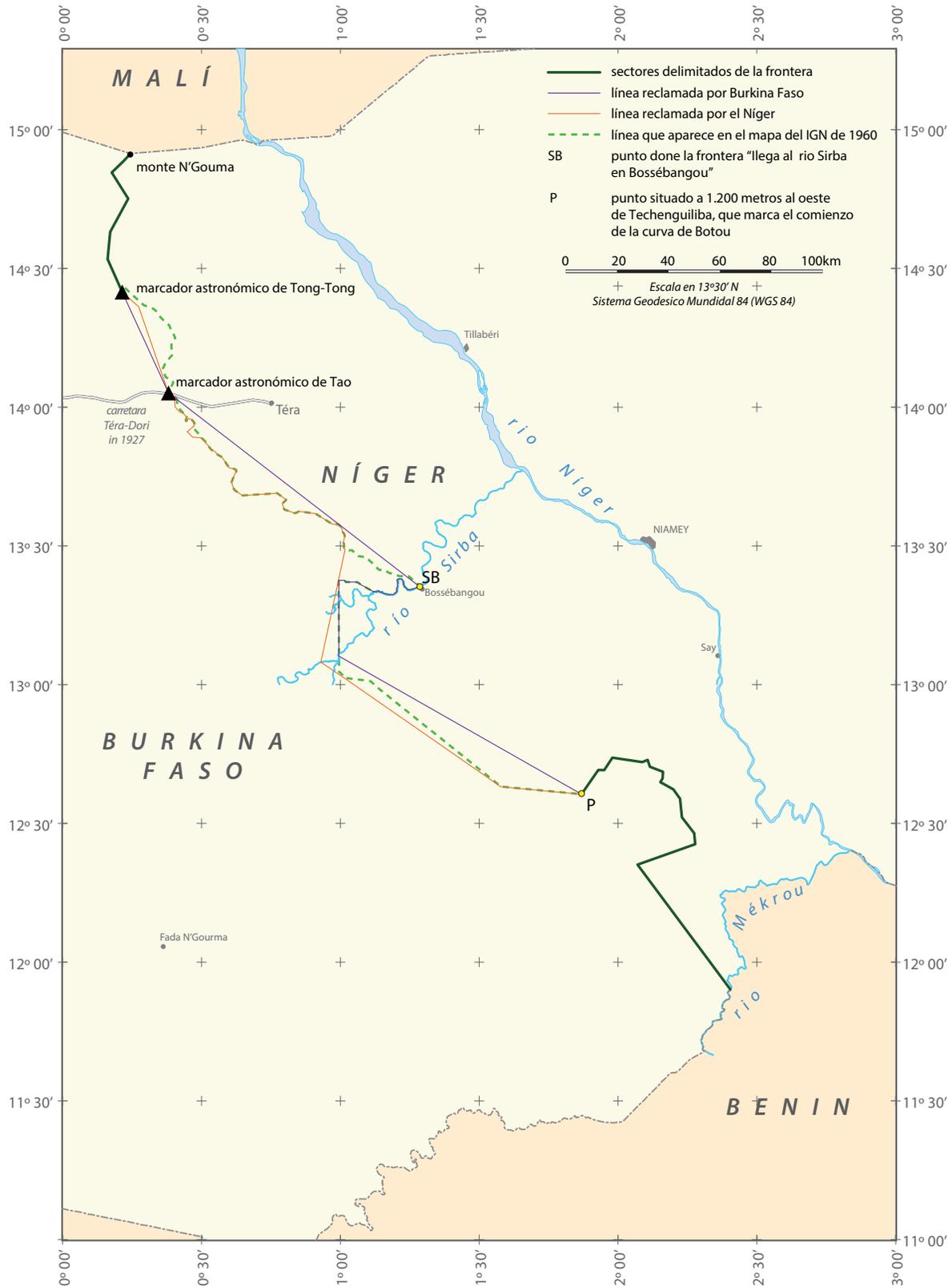
Por consiguiente, el Magistrado *ad hoc* Daudet tiene ciertas reservas, ante todo y sobre todo con respecto al contenido de la interpretación del *Arrêté* por la Corte, ya que él no ve ninguna justificación, en este contexto, del significado atribuido por la Corte al verbo “llegar a” y, de hecho, considera que, dado que el *Arrêté* especifica que la línea “llega al río Sirba en Bossébangou”, debe por consiguiente continuar hasta la orilla derecha del río, donde se encuentra dicha aldea. Para llegar a ese lugar, la línea debe haber atravesado (y volverá a atravesar de nuevo posteriormente) el río por completo. Es desde ese punto, y por lo tanto a lo largo de la orilla del río, desde donde debe continuar la línea cuando se desvía río arriba. Además, esta opinión se ve confirmada por la línea que aparece en el mapa del IGN de 1960, en el que los cruces atraviesan toda la anchura del río Sirba en Bossébangou y siguen la orilla derecha del río, antes de atravesarlo de nuevo, a fin de crear el saliente que engloba las cuatro aldeas. Según el Magistrado *ad hoc* Daudet, al proceder de otra manera, la Corte ha decidido de hecho por motivos de equidad, al mismo tiempo que trata de mantener su argumentación dentro del marco prescrito por el Acuerdo Especial, es decir, aplicando el *Arrêté* de acuerdo con su interpretación del mismo. El Magistrado *ad hoc* Daudet se pregunta, no obstante, si la Corte podría haber optado por la delimitación siguiendo la orilla del río, lo que en su opinión está más en consonancia con los términos del *Arrêté*, y alienta a los Estados a establecer mecanismos de cooperación (en el espíritu del párrafo 112 del fallo), para mitigar el carácter desigual de dicha línea y fomentar el uso compartido de los recursos hídricos. A pesar de esas reservas, el Magistrado *ad hoc* Daudet vota a favor del punto 4 de la parte dispositiva; lo hace porque acepta que dicha interpretación literal del *Arrêté*, aunque correcta en su opinión, da lugar a un resultado indebidamente formalista, que pone de relieve el hecho de que, en la actualidad, la aplicación del principio del *uti possidetis* no siempre está en consonancia con las situaciones actuales: los desafíos planteados por una frontera administrativa interna a lo largo del río entre dos colonias gobernadas por la misma potencia colonial tienen poco o nada que ver con los planteados cuando esa misma línea constituye la frontera internacional entre dos Estados soberanos.

Asimismo, el Magistrado *ad hoc* Daudet explica que votó a favor del punto 4 porque este incluye también otras partes de la línea, en relación con las cuales él está de acuerdo con la Corte.

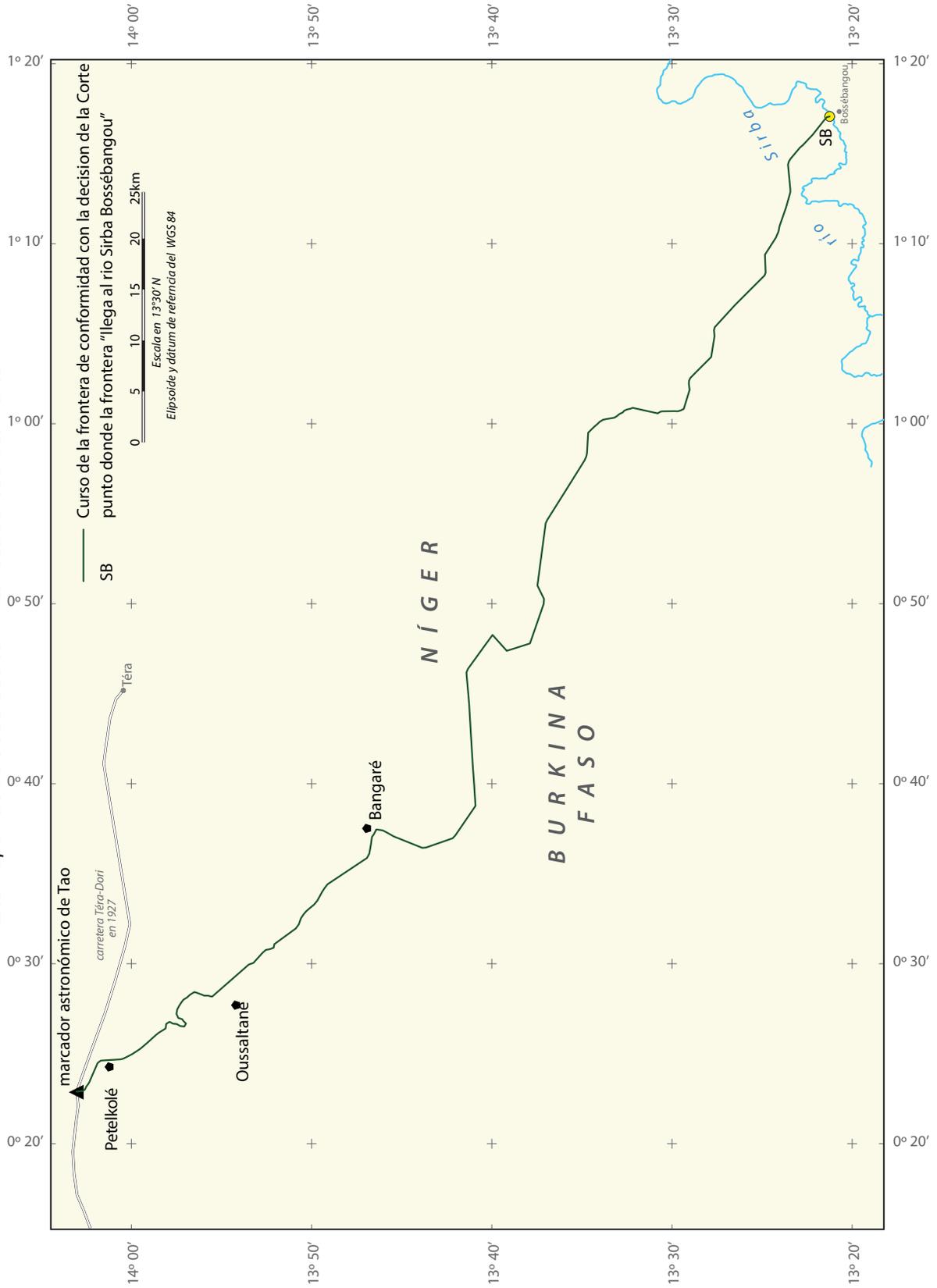
## Anexo

- Mapa esquemático No. 1: Reivindicaciones de las partes y línea trazada en el mapa del IGN de 1960
- Mapa esquemático No. 2: Trazado de la frontera desde el marcador astronómico de Tao hasta el punto en que “llega al río Sirba en Bossébangou”
- Mapa esquemático No. 3: Trazado de la frontera desde el punto en que “llega al río Sirba en Bossébangou” hasta la intersección del río Sirba con el paralelo de Say
- Mapa esquemático No. 4: Trazado de la frontera de conformidad con la decisión de la Corte

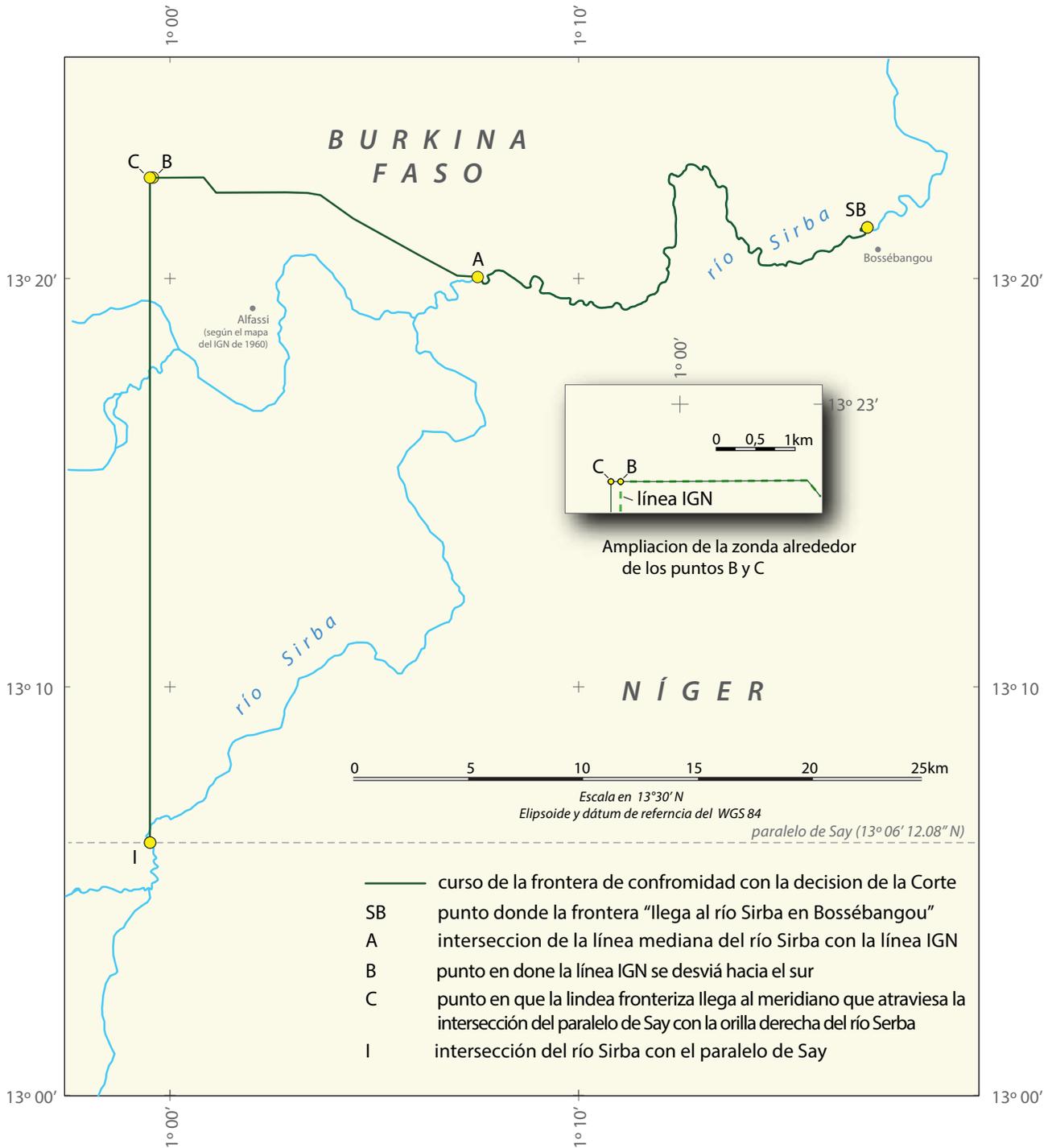
**Mapa esquemático No. 1:**  
**REIVINDICACIONES DE LAS PARTES Y LÍNEA TRAZADA EN EL MAPA DEL IGN DE 1960**  
*Este mapa ha sido elaborado con fines ilustrativos únicamente*



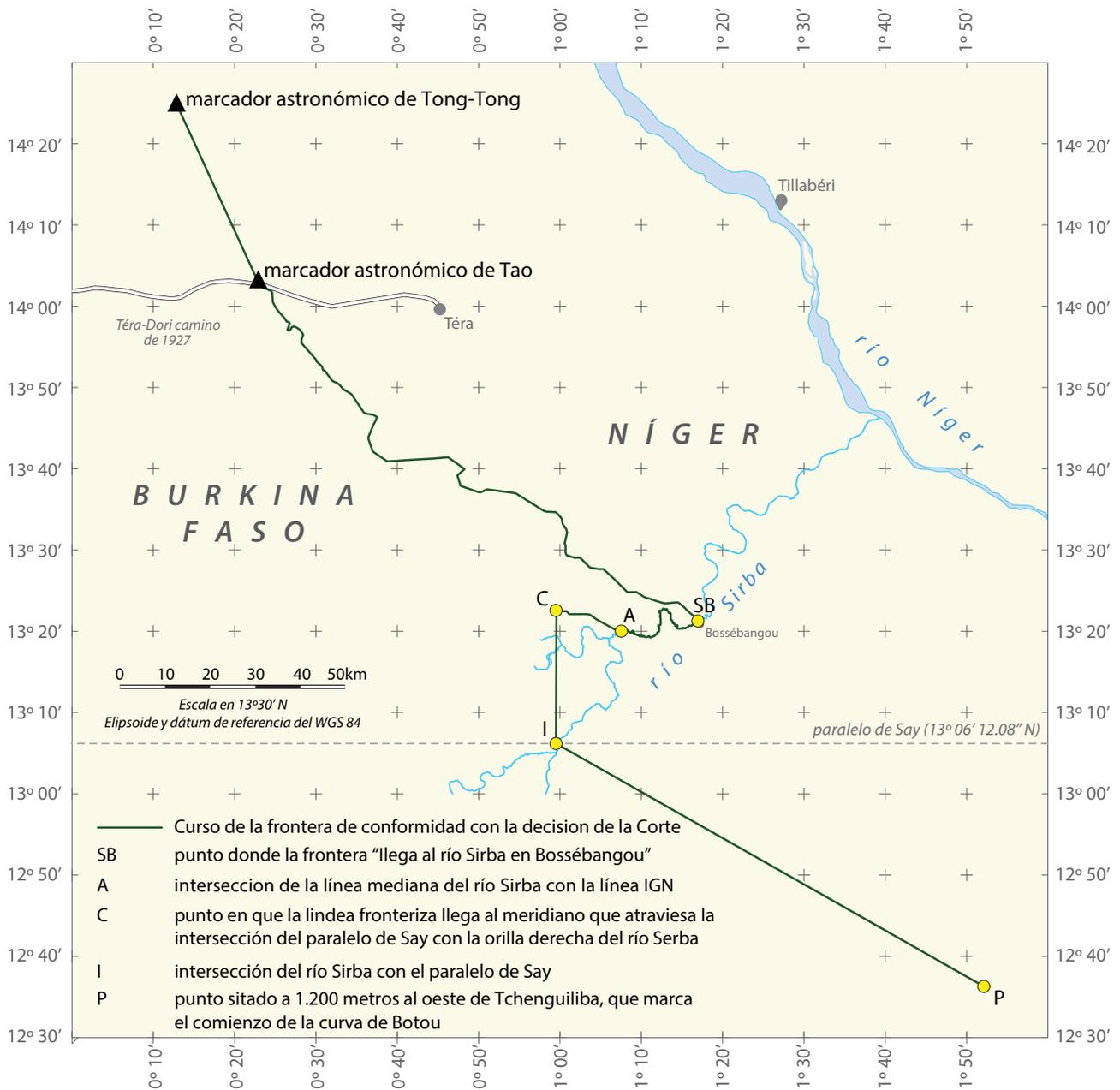
Mapa esquemático No. 2:  
**TRAZADO DE LA FRONTERA DESDE EL MARCADOR ASTRONÓMICO DE TAO HASTA EL PUNTO EN QUE "LLEGA AL RÍO SIRBA EN BOSSÉBANGOU"**  
*Este mapa ha sido elaborado con fines ilustrativos únicamente*



**Mapa esquemático No. 3:**  
**TRAZADO DE LA FRONTERA DESDE EL PUNTO EN QUE "LLEGA AL RÍO SIRBA EN BOSSÉBANGOU" HASTA LA INTERSECCIÓN DEL RÍO SIRBA CON EL PARALELO DE SAY**  
*Este mapa ha sido elaborado con fines ilustrativos únicamente*



**Mapa esquemático No. 4:**  
**TRAZADO DE LA FRONTERA DE CONFORMIDAD CON LA DECISIÓN DE LA CORTE**  
*Este mapa ha sido elaborado con fines ilustrativos únicamente*



## 198. DETERMINADAS ACTIVIDADES REALIZADAS POR NICARAGUA EN LA ZONA FRONTERIZA (COSTA RICA c. NICARAGUA) [ACUMULACIÓN DE PROCEDIMIENTOS]

### Providencia de 17 de abril de 2013

El 17 de abril de 2013, la Corte Internacional de Justicia dictó una providencia en la causa relativa a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)*, en la cual decidió acumular el procedimiento en esta causa con el de la causa relativa a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrados *ad hoc* Guillaume, Dugard; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

El texto de la providencia es el siguiente:

“La Corte Internacional de Justicia,

Integrada por los miembros anteriormente mencionados,

Habiendo deliberado,

Teniendo presente el Artículo 48 del Estatuto de la Corte y el Artículo 47 del Reglamento de la Corte,

*Dicta la siguiente providencia:*

Considerando que:

1. Mediante demanda presentada en la Secretaría de la Corte el 18 de noviembre de 2010, el Gobierno de la República de Costa Rica (en adelante, “Costa Rica”) incoó un procedimiento contra el Gobierno de la República de Nicaragua (en adelante, “Nicaragua”) en la causa relativa a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)* (en adelante, “la causa *Costa Rica c. Nicaragua*”) en razón de “la incursión en el territorio costarricense y la ocupación y el uso de dicho territorio por el ejército de Nicaragua”, y sostuvo, en particular, que Nicaragua había, “en dos incidentes separados, ocupado el territorio de Costa Rica en el marco de la construcción de un canal a través de territorio costarricense [...] y determinadas obras conexas de dragado en el río San Juan”. Costa Rica alegaba que Nicaragua había incumplido las obligaciones que le incumbían con respecto a Costa Rica en virtud de varios tratados y otras normas aplicables de derecho internacional, así como en virtud de determinadas decisiones arbitrales y judiciales. A este respecto, Costa Rica hace referencia a la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de los

Estados Americanos; el Tratado de Límites entre Costa Rica y Nicaragua, de 15 de abril de 1858 (en adelante, “el Tratado de Límites de 1858”), concretamente, los Artículos I, II, V y IX; el laudo arbitral emitido por el Presidente de los Estados Unidos de América, Grover Cleveland, el 22 de marzo de 1888 (en adelante, “el laudo Cleveland”); los laudos arbitrales primero y segundo dictados por Edward Porter Alexander, de fechas 30 de septiembre de 1897 y 20 de diciembre de 1897, respectivamente (en adelante, “los laudos Alexander”); la Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, de 1971 (en adelante, “la Convención de Ramsar”); y el fallo de la Corte de 13 de julio de 2009 en la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica c. Nicaragua)*.

2. En su demanda, Costa Rica invoca, como base de la competencia de la Corte, el Artículo XXXI del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, firmado en Bogotá el 30 de abril de 1948 (en adelante, “el Pacto de Bogotá”). Además, Costa Rica trata de fundamentar la competencia de la Corte en la declaración que formuló el 20 de febrero de 1973 con arreglo al Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto, así como en la declaración que hizo Nicaragua el 24 de septiembre de 1929 (y enmendó el 23 de octubre de 2001) con arreglo al Artículo 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional y que, conforme al Artículo 36, párrafo 5, del Estatuto de la Corte actual, será considerada como aceptación de la jurisdicción obligatoria de esta Corte por el período que aún le quede de vigencia.

3. El 18 de noviembre de 2010, tras haber interpuesto su demanda, Costa Rica también presentó una solicitud 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.

4. De conformidad con el Artículo 40, párrafo 2, del Estatuto, el Secretario remitió inmediatamente una copia firmada de la demanda al Gobierno de Nicaragua y, con arreglo al párrafo 3 de dicho Artículo, notificó de la presentación de la demanda a todos los Estados con derecho a comparecer ante la Corte.

5. Siguiendo las instrucciones impartidas por la Corte de conformidad con el Artículo 43 de su Reglamento, el Secretario dirigió a los Estados partes en el Pacto de Bogotá y en la Convención de Ramsar las notificaciones previstas en el Artículo 63, párrafo 1, del Estatuto. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 69, párrafo 3, del Reglamento de la Corte, el Secretario dirigió además a la

Organización de los Estados Americanos la notificación prevista en el Artículo 34, párrafo 3, del Estatuto. La Organización de los Estados Americanos indicó que no se proponía presentar observaciones escritas con arreglo al Artículo 69, párrafo 3, del Reglamento de la Corte.

6. Como la Corte no incluye entre sus integrantes ningún magistrado de la nacionalidad de las partes, cada una de ellas, en ejercicio del derecho que le confiere el Artículo 31, párrafo 3, del Estatuto, eligió un magistrado *ad hoc* en la causa. Costa Rica eligió al Sr. John Dugard y Nicaragua eligió al Sr. Gilbert Guillaume.

7. Mediante providencia de 8 de marzo de 2011, la Corte indicó ciertas medidas provisionales respecto de ambas partes.

8. Mediante providencia de 5 de abril de 2011, la Corte fijó el 5 de diciembre de 2011 y el 6 de agosto de 2012 como plazos respectivos para la presentación de una memoria por parte de Costa Rica y de una contramemoria por parte de Nicaragua. La memoria de Costa Rica fue debidamente presentada dentro del plazo fijado.

9. El 22 de diciembre de 2011, Nicaragua incoó un procedimiento contra Costa Rica en la causa relativa a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)* (en adelante, “la causa *Nicaragua c. Costa Rica*”). En su demanda, Nicaragua dijo que la causa se refería a “violaciones de la soberanía nicaragüense e importantes daños ambientales en su territorio” y sostuvo, en particular, que Costa Rica estaba llevando a cabo obras importantes en la mayor parte de la zona fronteriza entre los dos países a lo largo del río San Juan, a saber, la construcción de una carretera, con graves consecuencias ambientales. Nicaragua también se reservó el derecho de solicitar que se acumularan los procedimientos en las causas *Nicaragua c. Costa Rica* y *Costa Rica c. Nicaragua*.

10. Nicaragua presentó su contramemoria en la presente causa el 6 de agosto de 2012, dentro del plazo fijado a tal efecto en la providencia de la Corte de 5 de abril de 2011. Ese escrito contenía cuatro demandas reconventionales. Nicaragua indicó en la contramemoria que, “con la presentación de sus demandas reconventionales [...] incluida su pretensión basada en el daño al río San Juan de Nicaragua causado por la construcción de esa carretera y, particularmente, a su navegabilidad, el examen de la acumulación de las causas [se volvía] más oportuno”.

11. En una reunión mantenida por el Presidente con representantes de las partes el 19 de septiembre de 2012, las partes convinieron en no solicitar a la Corte autorización para presentar una réplica y una dúplica en la presente causa. En la misma reunión, el coagente de Costa Rica planteó algunas objeciones a la admisibilidad de las tres primeras demandas reconventionales contenidas en la contramemoria de Nicaragua. Dichas objeciones fueron

confirmadas en una carta del coagente de Costa Rica de fecha 19 de septiembre de 2012.

12. Por cartas de fecha 28 de septiembre de 2012, el Secretario informó a las partes de que la Corte había decidido que el Gobierno de Costa Rica especificara por escrito, a más tardar el 30 de noviembre de 2012, los fundamentos jurídicos en que se basaba para sostener que las tres primeras demandas reconventionales de la parte demandada eran inadmisibles y que, posteriormente, el Gobierno de Nicaragua presentara por escrito sus propias opiniones sobre la cuestión, a más tardar el 30 de enero de 2013.

13. Las observaciones escritas de la República de Costa Rica fueron debidamente presentadas dentro del plazo fijado. En ellas, Costa Rica argumentó que Nicaragua trataba de lograr “efectivamente la acumulación de las dos causas diferentes” pendientes entre ambas partes ante la Corte, y que esa acumulación no sería oportuna ni equitativa. En particular, Costa Rica sostuvo que la presente causa atañía al ejercicio de la soberanía territorial y que, hasta que la Corte se pronunciara al respecto, Costa Rica no podía “ejercer su soberanía sobre parte de su territorio”, mientras que la causa *Nicaragua c. Costa Rica* tenía un objeto diferente. Costa Rica subrayó que, como cada una de las dos causas tiene su propio cronograma procesal, la acumulación de procedimientos daría lugar a una demora en la resolución de la controversia sobre la soberanía territorial y, en consecuencia, constituiría un grave perjuicio para Costa Rica. Finalmente, Costa Rica señaló que la composición de la Corte es diferente en las dos causas.

14. En una carta de fecha 19 de diciembre de 2012, que acompañaba a su memoria en la causa *Nicaragua c. Costa Rica*, Nicaragua volvió a pedir a la Corte que considerara la necesidad de acumular los procedimientos en la causa mencionada y en la presente causa, y solicitó a la Corte que decidiera sobre esta cuestión en interés de la administración de justicia.

15. En una carta de fecha 15 de enero de 2013, el Secretario, siguiendo instrucciones del Presidente, pidió al Gobierno de Costa Rica que comunicara a la Corte, a más tardar el 18 de febrero de 2013, su opinión sobre la posición de Nicaragua en relación con la propuesta de acumulación de los procedimientos en las causas *Nicaragua c. Costa Rica* y *Costa Rica c. Nicaragua*.

16. Las observaciones escritas de la República de Nicaragua, que contenían sus opiniones sobre la admisibilidad de las tres primeras demandas reconventionales formuladas en su contramemoria en la presente causa, fueron debidamente presentadas el 30 de enero de 2013, dentro del plazo fijado en la carta del Secretario de fecha 28 de septiembre de 2012. Nicaragua manifestó que la causa *Nicaragua c. Costa Rica* y la presente causa “atañen a las mismas partes y están estrechamente conectadas tanto en lo tocante al derecho como en lo tocante a los

hechos” y que no había “por lo tanto razón alguna por la que no pudieran acumularse”. Solicitó a la Corte que dispusiera “la acumulación de los procedimientos” en las dos causas, de conformidad con el Artículo 47 del Reglamento de la Corte.

17. En una carta de 7 de febrero de 2013, Costa Rica afirmó, en relación con la propuesta de acumulación, que los procedimientos en las dos causas no debían acumularse por las razones indicadas en sus observaciones escritas sobre la admisibilidad de las demandas reconventionales de Nicaragua, presentadas en la causa *Costa Rica c. Nicaragua* el 30 de noviembre de 2012. En la misma carta, Costa Rica reiteró su posición de que no sería oportuno ni equitativo acumular los procedimientos en las dos causas. Costa Rica sostuvo que no había una conexión estrecha entre las dos causas que justificara una acumulación. En particular, según Costa Rica, la causa *Costa Rica c. Nicaragua* se refiere a una zona que está geográficamente distante de la carretera cuya construcción es el objeto de la causa *Nicaragua c. Costa Rica*. Costa Rica argumentó que “no [era] suficiente que ambas causas [estuvieran] relacionadas —aunque en muy diferentes aspectos— con el río San Juan, que tiene más de 205 km de longitud”.

\*  
\* \*

18. Con arreglo al Artículo 47 de su Reglamento, “la Corte podrá ordenar en cualquier momento la acumulación de los procedimientos relativos a dos o más asuntos”. Esa disposición otorga a la Corte un amplio margen de discrecionalidad. Cuando la Corte, o su predecesora, ha ejercido su potestad de acumular procedimientos, lo ha hecho en circunstancias en las que la acumulación estaba en consonancia no solo con el principio de la buena administración de justicia, sino también con la necesidad de economía judicial (véanse, por ejemplo, *Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland*, providencia de 2 de agosto de 1932, P.C.I.J., *Series A/B*, No. 48, pág. 268; *Plataforma continental del mar del Norte (República Federal de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Países Bajos)*, providencia de 26 de abril de 1968, I.C.J. *Reports* 1968, pág. 9). Cualquier decisión en tal sentido deberá tomarse a la luz de las circunstancias específicas de cada causa.

19. Las dos causas de que aquí se trata atañen a las mismas partes y se relacionan con la zona en la cual la frontera común entre ambas corre a lo largo de la ribera derecha del río San Juan.

20. Ambas causas se basan en hechos relativos a obras que se están llevando a cabo en el río San Juan, a lo largo de dicho río o en lugares muy próximos a él, a saber, el dragado del río por Nicaragua y la construcción de una carretera a lo largo de su ribera derecha por Costa Rica. Ambos procedimientos se refieren al efecto de las obras

mencionadas en el medio ambiente local y en la libre navegación del río San Juan, y en el acceso a él. A este respecto, ambas partes hacen referencia al riesgo de sedimentación del río San Juan.

21. En la presente causa y en la causa *Nicaragua c. Costa Rica*, las partes hacen referencia, además, al nocivo efecto ambiental de las obras en el río San Juan y a lo largo de él en el frágil ecosistema fluvial (incluidas las reservas naturales protegidas existentes en el río y a lo largo de él).

22. En ambas causas, las partes hacen referencia a violaciones del Tratado de Límites de 1858, el laudo Cleveland, los laudos Alexander y la Convención de Ramsar.

23. La decisión de acumular los procedimientos permitirá que la Corte considere simultáneamente la totalidad de las diversas cuestiones interrelacionadas y controvertidas que plantean las partes, incluidas las cuestiones de hecho o de derecho que puedan ser comunes a las controversias presentadas. En opinión de la Corte, el hecho de examinar y resolver las dos causas de manera conjunta tendrá ventajas significativas. La Corte no prevé ninguna demora indebida para dictar su fallo en las dos causas.

24. Habida cuenta de lo que antecede, la Corte, de conformidad con el principio de la buena administración de justicia y con la necesidad de economía judicial, considera adecuado acumular los procedimientos en la presente causa y en la causa *Nicaragua c. Costa Rica*.

\*  
\* \*

25. Por estas razones,

La Corte,

Por unanimidad,

*Decide* acumular el procedimiento en la presente causa con el de la causa relativa a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*;

*Reserva* el procedimiento subsiguiente para una decisión ulterior”.

\*  
\* \*

El Magistrado Cançado Trindade adjuntó una opinión separada a la providencia.

\*  
\* \*

### Opinión separada del Magistrado Cançado Trindade

En la opinión separada (dividida en 7 partes) que adjuntó a las providencias de la Corte que dispusieron la acumulación de las causas relativas a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza* y a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San*

Juan, el Magistrado Cançado Trindade examina los fundamentos del asunto, abordando en primer lugar la cuestión de las facultades “implícitas” e “inherentes” y haciendo algunas precisiones sobre el ejercicio de la función judicial internacional. En segundo lugar, examina la cuestión de la *Kompetenz Kompetenz/ la compétence de la compétence*, inherente al ejercicio de la función judicial internacional. En tercer lugar, examina la buena administración de justicia y centra la atención en las acumulaciones efectuadas por la Corte de La

Haya (CPJI y CIJ) *avant la lettre*. En cuarto lugar, el Magistrado Cançado Trindade examina lo que considera la idea de justicia que guía la buena administración de justicia (*la bonne administration de la justice*). Y, en quinto lugar, examina la buena administración de justicia (*la bonne administration de la justice*) y la igualdad procesal de las partes. En sus consideraciones finales, destaca la importancia de los principios generales del derecho en el tratamiento de las cuestiones procesales internacionales.



## 199. CONSTRUCCIÓN DE UNA CARRETERA EN COSTA RICA A LO LARGO DEL RÍO SAN JUAN (NICARAGUA c. COSTA RICA) [ACUMULACIÓN DE PROCEDIMIENTOS]

Providencia de 17 de abril de 2013

El 17 de abril de 2013, la Corte Internacional de Justicia dictó una providencia en la causa relativa a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, en la cual decidió acumular el procedimiento en esta causa con el de la causa relativa a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)*.

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, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrados *ad hoc* Guillaume, Simma; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

El texto de la providencia es el siguiente:

“La Corte Internacional de Justicia,

Integrada por los miembros anteriormente mencionados,

Habiendo deliberado,

Teniendo presente el Artículo 48 del Estatuto de la Corte y el Artículo 47 del Reglamento de la Corte,

*Dicta la siguiente providencia:*

Considerando que:

1. Mediante demanda presentada en la Secretaría de la Corte el 22 de diciembre de 2011, el Gobierno de la República de Nicaragua (en adelante, “Nicaragua”) incoó un procedimiento contra el Gobierno de la República de Costa Rica (en adelante, “Costa Rica”) en la causa relativa a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)* (en adelante, “la causa *Nicaragua c. Costa Rica*”) por “violaciones de la soberanía nicaragüense e importantes daños ambientales en su territorio” y sostuvo, en particular, que Costa Rica estaba llevando a cabo obras importantes en la mayor parte de la zona fronteriza entre los dos países a lo largo del río San Juan, a saber, la construcción de una carretera, con graves consecuencias ambientales.
2. En su demanda, Nicaragua se reservó el derecho de solicitar la acumulación del procedimiento en la presente causa y el procedimiento en la causa relativa a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)* incoada por Costa Rica contra Nicaragua mediante demanda de fecha 18 de noviembre de 2010 (en adelante, “la causa *Costa Rica c. Nicaragua*”).

3. En su demanda en la causa *Costa Rica c. Nicaragua*, Costa Rica dijo que la causa se relacionaba con “la incursión en el territorio costarricense y la ocupación y el uso de dicho territorio por el ejército de Nicaragua”, y sostuvo, en particular, que Nicaragua había, “en dos incidentes separados, ocupado el territorio de Costa Rica en el marco de la construcción de un canal a través de territorio costarricense [...] y determinadas obras conexas de dragado en el río San Juan”. Costa Rica alegaba que Nicaragua había incumplido las obligaciones que le incumbían con respecto a Costa Rica en virtud de varios tratados y otras normas aplicables de derecho internacional, así como en virtud de determinadas decisiones arbitrales y judiciales. A este respecto, Costa Rica hace referencia a la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de los Estados Americanos; el Tratado de Límites entre Costa Rica y Nicaragua de 15 de abril de 1858 (en adelante, “el Tratado de Límites de 1858”), concretamente, los artículos I, II, V y IX; el laudo arbitral emitido por el Presidente de los Estados Unidos de América, Grover Cleveland, el 22 de marzo de 1888 (en adelante, “el laudo Cleveland”); los laudos arbitrales primero y segundo dictados por Edward Porter Alexander, de fechas 30 de septiembre de 1897 y 20 de diciembre de 1897, respectivamente (en adelante, “los laudos Alexander”); la Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, de 1971 (en adelante, “la Convención de Ramsar”); y el fallo de la Corte de 13 de julio de 2009 en la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica c. Nicaragua)*.

4. En su demanda en la presente causa, Nicaragua invoca, como base de la competencia de la Corte, el Artículo XXXI del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, firmado en Bogotá el 30 de abril de 1948 (en adelante, “el Pacto de Bogotá”). Además, Nicaragua trata de fundamentar la competencia de la Corte en la declaración que hizo el 24 de septiembre de 1929 (y enmendó el 23 de octubre de 2001) con arreglo al Artículo 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional y que, conforme al Artículo 36, párrafo 5, del Estatuto de la Corte actual, será considerada como aceptación de la jurisdicción obligatoria de esta Corte por el período que aún le quede de vigencia, así como en la declaración que formuló Costa Rica el 20 de febrero de 1973 con arreglo al Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto.

5. De conformidad con el Artículo 40, párrafo 2, del Estatuto, el Secretario remitió inmediatamente una copia firmada de la demanda al Gobierno de Costa Rica y,

con arreglo al párrafo 3 de dicho Artículo, notificó de la presentación de la demanda a todos los Estados con derecho a comparecer ante la Corte.

6. Como la Corte no incluye entre sus integrantes ningún magistrado de la nacionalidad de las partes, cada una de ellas, en ejercicio del derecho que le confiere el Artículo 31, párrafo 3, del Estatuto, eligió un magistrado ad hoc en la causa. Nicaragua eligió al Sr. Gilbert Guillaume y Costa Rica eligió al Sr. Bruno Simma.

7. Mediante providencia de 23 de enero de 2012, teniendo en cuenta el acuerdo de las partes, la Corte fijó el 19 de diciembre de 2012 y el 19 de diciembre de 2013 como plazos respectivos para la presentación de una memoria por parte de Nicaragua y una contramemoria por parte de Costa Rica. La memoria de Nicaragua fue presentada dentro del plazo fijado. En una carta de fecha 19 de diciembre de 2012, que acompañaba a su memoria, Nicaragua pidió a la Corte que considerara la necesidad de acumular los procedimientos en la presente causa y en la causa *Costa Rica c. Nicaragua*, y solicitó a la Corte que decidiera sobre esta cuestión en interés de la administración de justicia.

8. En una carta de fecha 15 de enero de 2013, el Secretario, siguiendo instrucciones del Presidente, pidió al Gobierno de Costa Rica que comunicara a la Corte, a más tardar el 18 de febrero de 2013, su opinión sobre la posición de Nicaragua en relación con la propuesta de acumulación de los procedimientos en las causas *Nicaragua c. Costa Rica* y *Costa Rica c. Nicaragua*.

9. En una carta de 7 de febrero de 2013, Costa Rica afirmó, en relación con la propuesta de acumulación, que los procedimientos en las dos causas no debían acumularse por las razones indicadas en sus observaciones escritas sobre la admisibilidad de las demandas reconventionales de Nicaragua, presentadas en la causa *Costa Rica c. Nicaragua* el 30 de noviembre de 2012. Cabe recordar que, en dichas observaciones escritas, Costa Rica argumentó que Nicaragua trataba de lograr “efectivamente la acumulación de las dos causas diferentes” pendientes entre ambas partes ante la Corte, y que esa acumulación no sería oportuna ni equitativa. En particular, Costa Rica sostuvo que la causa *Costa Rica c. Nicaragua* atañía al ejercicio de la soberanía territorial y que, hasta que la Corte se pronunciara al respecto, Costa Rica no podía “ejercer su soberanía sobre parte de su territorio”, mientras que la presente causa tenía un objeto diferente. Costa Rica subrayó que, como cada una de las dos causas tiene su propio cronograma procesal, la acumulación de procedimientos daría lugar a una demora en la resolución de la controversia sobre la soberanía territorial y, en consecuencia, constituiría un grave perjuicio para Costa Rica. Finalmente, Costa Rica señaló que la composición de la Corte es diferente en las dos causas.

10. Cabe recordar asimismo que, en sus observaciones escritas sobre la admisibilidad de sus demandas reconventionales, presentadas en el contexto de la causa *Costa Rica c. Nicaragua* el 30 de enero de 2013, Nicaragua manifestó que la causa *Costa Rica c. Nicaragua* y la presente causa “atañen a las mismas partes y están estrechamente conectadas tanto en lo tocante al derecho como en lo tocante a los hechos” y que no había “por lo tanto razón alguna por la que no pudieran acumularse”. En consecuencia, Nicaragua solicitó nuevamente a la Corte que dispusiera “la acumulación de los procedimientos” en las dos causas, de conformidad con el Artículo 47 del Reglamento de la Corte.

11. En la mencionada carta de fecha 7 de febrero de 2013, Costa Rica reiteró su posición de que no sería oportuno ni equitativo acumular los procedimientos en las dos causas. Costa Rica sostuvo que no había una conexión estrecha entre las dos causas que justificara una acumulación. En particular, según Costa Rica, la causa *Costa Rica c. Nicaragua* se refiere a una zona que está geográficamente distante de la carretera cuya construcción es el objeto de la presente causa. Costa Rica argumentó que “no [era] suficiente que ambas causas [estuvieran] relacionadas —aunque en muy diferentes aspectos— con el río San Juan, que tiene más de 205 km de longitud”.

\*  
\* \*

12. Con arreglo al Artículo 47 de su Reglamento, “la Corte podrá ordenar en cualquier momento la acumulación de los procedimientos relativos a dos o más asuntos”. Esa disposición otorga a la Corte un amplio margen de discrecionalidad. Cuando la Corte, o su predecesora, ha ejercido su potestad de acumular procedimientos, lo ha hecho en circunstancias en las que la acumulación estaba en consonancia no solo con el principio de la buena administración de justicia, sino también con la necesidad de economía judicial (véanse, por ejemplo, *Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland*, providencia de 2 de agosto de 1932, *P.C.I.J., Series A/B, No. 48*, pág. 268; *Plataforma continental del mar del Norte (República Federal de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Países Bajos)*, providencia de 26 de abril de 1968, *I.C.J. Reports 1968*, pág. 9). Cualquier decisión en tal sentido deberá tomarse a la luz de las circunstancias específicas de cada causa.

13. Las dos causas de que aquí se trata atañen a las mismas partes y se relacionan con la zona en la cual la frontera común entre ambas corre a lo largo de la ribera derecha del río San Juan.

14. Ambas causas se basan en hechos relativos a obras que se están llevando a cabo en el río San Juan, a lo largo de dicho río o en lugares muy próximos a él, a saber,

el dragado del río por Nicaragua y la construcción de una carretera a lo largo de su ribera derecha por Costa Rica. Ambos procedimientos se refieren al efecto de las obras mencionadas en el medio ambiente local y en la libre navegación del río San Juan, y en el acceso a él. A este respecto, ambas partes hacen referencia al riesgo de sedimentación del río San Juan.

15. En la presente causa y en la causa *Costa Rica c. Nicaragua*, las partes hacen referencia, además, al nocivo efecto ambiental de las obras en el río San Juan y a lo largo de él sobre el frágil ecosistema fluvial (incluidas las reservas naturales protegidas existentes en el río y a lo largo de él).

16. En ambas causas, las partes hacen referencia a violaciones del Tratado de Límites de 1858, el laudo Cleveland, los laudos Alexander y la Convención de Ramsar.

17. La decisión de acumular los procedimientos permitirá que la Corte considere simultáneamente la totalidad de las diversas cuestiones interrelacionadas y controvertidas que plantean las partes, incluidas las cuestiones de hecho o de derecho que puedan ser comunes a las controversias presentadas. En opinión de la Corte, el hecho de examinar y resolver las dos causas de manera conjunta tendrá ventajas significativas. La Corte no prevé ninguna demora indebida para dictar su fallo en las dos causas.

18. Habida cuenta de lo que antecede, la Corte, de conformidad con el principio de la buena administración de justicia y con la necesidad de economía judicial, considera adecuado acumular los procedimientos en la presente causa y en la causa *Costa Rica c. Nicaragua*.

19. La Corte añade que el plazo fijado en su providencia de 23 de enero de 2012 para la presentación de la contramemoria de Costa Rica en la presente causa, a saber, el 19 de diciembre de 2013, no se ve afectado por la decisión que adopta en la presente providencia.

\*  
\* \* \*

20. Por estas razones,

La Corte,

Por 16 votos contra 1,

*Decide* acumular el procedimiento en la presente causa con el de la causa relativa a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)*;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrado *ad hoc* Guillaume;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado *ad hoc* Simma;

*Reserva* el procedimiento subsiguiente para una decisión ulterior”.

\*  
\* \* \*

El Magistrado Cañado Trindade adjuntó una opinión separada a la providencia de la Corte.

\*  
\* \* \*

#### Opinión separada del Magistrado Cañado Trindade

En la opinión separada (dividida en 7 partes) que adjuntó a las providencias de la Corte que dispusieron la acumulación de las causas relativas a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza* y a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan*, el Magistrado Cañado Trindade examina los fundamentos del asunto, abordando en primer lugar la cuestión de las facultades “implícitas” e “inherentes” y haciendo algunas precisiones sobre el ejercicio de la función judicial internacional. En segundo lugar, examina la cuestión de la *Kompetenz Kompetenz / la compétence de la compétence*, inherente al ejercicio de la función judicial internacional. En tercer lugar, examina la buena administración de justicia y centra la atención en las acumulaciones efectuadas por la Corte de La Haya (CPJI y CIJ) *avant la lettre*. En cuarto lugar, el Magistrado Cañado Trindade examina lo que considera la idea de justicia que guía la buena administración de justicia (*la bonne administration de la justice*). Y, en quinto lugar, examina la buena administración de justicia (*la bonne administration de la justice*) y la igualdad procesal de las partes. En sus consideraciones finales, destaca la importancia de los principios generales del derecho en el tratamiento de las cuestiones procesales internacionales.

## 200. DETERMINADAS ACTIVIDADES REALIZADAS POR NICARAGUA EN LA ZONA FRONTERIZA (COSTA RICA c. NICARAGUA); CONSTRUCCIÓN DE UNA CARRETERA EN COSTA RICA A LO LARGO DEL RÍO SAN JUAN (NICARAGUA c. COSTA RICA) [DEMANDAS RECONVENCIONALES]

### Providencia de 18 de abril de 2013

El 18 de abril de 2013, la Corte Internacional de Justicia dictó su providencia sobre las cuatro demandas reconconvencionales formuladas por Nicaragua en la contramemoria que presentó en la causa relativa a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)*.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrados *ad hoc* Guillaume, Dugard; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

En la parte dispositiva (párr. 41) de la providencia se establece lo siguiente:

“[...]”

La Corte,

a) Por unanimidad,

*Determina* que no es necesario que la Corte se pronuncie sobre la admisibilidad de la primera demanda reconconvencional de Nicaragua como tal;

b) Por unanimidad,

*Determina* que la segunda demanda reconconvencional de Nicaragua es inadmisibles como tal y no forma parte del procedimiento en curso;

c) Por unanimidad,

*Determina* que la tercera demanda reconconvencional de Nicaragua es inadmisibles como tal y no forma parte del procedimiento en curso;

d) Por unanimidad,

*Determina* que no es necesario que la Corte considere la cuarta demanda reconconvencional de Nicaragua como tal, y que las partes podrán plantear cualquier cuestión relacionada con la ejecución de las medidas provisionales indicadas por la Corte en su providencia de 8 de marzo de 2011 en el curso ulterior del procedimiento;

*Reserva* el procedimiento subsiguiente para una decisión ulterior”.

\*  
\* \*

El Magistrado *ad hoc* Guillaume adjuntó una declaración a la providencia.

\*  
\* \*

En esta providencia, la Corte determina, por unanimidad, que no es necesario que se pronuncie sobre la admisibilidad de la primera demanda reconconvencional de Nicaragua como tal, porque dicha pretensión ha quedado sin objeto en razón de que los procedimientos en las causas *Costa Rica c. Nicaragua* y *Nicaragua c. Costa Rica* se han acumulado mediante providencia de la Corte de 17 de abril de 2013. Por consiguiente, dicha pretensión será examinada en calidad de pretensión principal en el contexto de los procedimientos acumulados.

En su primera demanda reconconvencional, Nicaragua solicitó a la Corte que declarara que “Costa Rica incurrió en responsabilidad ante Nicaragua” por la afectación de la navegación en el río San Juan y por los daños al medio ambiente causados por la construcción de una carretera próxima a la ribera derecha de dicho río por Costa Rica en violación de sus obligaciones derivadas del Tratado de Límites de 1858 y de diversas normas convencionales o consuetudinarias relacionadas con la protección del medio ambiente y la buena vecindad.

En su providencia, la Corte determina, también por unanimidad, que las demandas reconconvencionales segunda y tercera son inadmisibles como tales y no forman parte del procedimiento en curso porque no hay una conexión directa, ni de hecho ni de derecho, entre esas pretensiones y las pretensiones principales de Costa Rica.

En su segunda demanda reconconvencional, Nicaragua pidió a la Corte que declarara que “ha pasado a ser el único soberano sobre la zona anteriormente ocupada por la bahía de San Juan del Norte”. En su tercera demanda reconconvencional, solicitó a la Corte que determinara que “Nicaragua tiene derecho a la libre navegación en el río Colorado, afluente del río San Juan de Nicaragua, hasta que se restablezcan las condiciones de navegabilidad existentes en el momento en que se concertó el Tratado de 1858”.

Por último, la Corte determina en su providencia, por unanimidad, que no es necesario que considere la cuarta demanda reconconvencional como tal, porque la cuestión del cumplimiento por ambas partes de las medidas provisionales podrá considerarse en el procedimiento principal, independientemente de si el Estado demandado planteó dicha cues-

ción mediante demanda reconvenicional o no. Por consiguiente, las partes podrán plantear cualquier cuestión relativa a la ejecución de las medidas provisionales indicadas por la Corte en su providencia de 8 de marzo de 2011 en el curso ulterior del procedimiento.

En su cuarta demanda reconvenicional, Nicaragua alegó que Costa Rica no había ejecutado dichas medidas provisionales. Cabe recordar que, en la providencia mencionada, la Corte: 1) pidió a las partes que se abstuvieran de enviar al territorio en litigio, o mantener en él, cualquier clase de personal, ya fuese civil, policial o de seguridad; 2) autorizó a Costa Rica a enviar personal civil encargado de la protección del medio ambiente a dicho territorio, pero solo en la medida en que fuese necesario para evitar que se causaran daños irreparables; 3) pidió a las partes que se abstuvieran de cualquier acción que pudiese agravar o extender la controversia; y 4) pidió a cada una de las partes que la informase acerca del cumplimiento de las mencionadas medidas provisionales.

Se reservó el procedimiento subsiguiente para una decisión ulterior.

\*  
\* \* \*

### **Declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume**

El Magistrado *ad hoc* Guillaume observa que las pretensiones principales de Costa Rica y las demandas reconvenionales segunda y tercera de Nicaragua se relacionan con una única cuenca fluvial, la del San Juan y el Colorado, que presentan problemas compartidos de aluvionamiento, dragado, navegabilidad y protección del medio ambiente. En consecuencia, en su opinión la Corte podía haber determinado que existía una conexión directa entre las pretensiones principales y las demandas reconvenionales segunda y tercera. Si bien se sumó a la solución adoptada por la Corte, el Magistrado *ad hoc* Guillaume consideró necesario, en todo caso, señalar que se podría haber previsto una solución diferente.

## 201. DETERMINADAS ACTIVIDADES REALIZADAS POR NICARAGUA EN LA ZONA FRONTERIZA (COSTA RICA c. NICARAGUA); CONSTRUCCIÓN DE UNA CARRETERA EN COSTA RICA A LO LARGO DEL RÍO SAN JUAN (NICARAGUA c. COSTA RICA) [MEDIDAS PROVISIONALES]

### Providencia de 16 de julio de 2013

El 16 de julio de 2013, la Corte Internacional de Justicia dictó su providencia sobre las solicitudes presentadas por Costa Rica y Nicaragua, respectivamente, para la modificación de las medidas indicadas por la Corte en la causa relativa a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)*.

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, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrados *ad hoc* Guillaume, Dugard; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

En la parte dispositiva (párr. 40) de la providencia se establece lo siguiente:

“[...]”

La Corte,

1) Por 15 votos contra 2,

*Determina* que las circunstancias, tal como se presentan ante la Corte, no tienen entidad como para que deba ejercer su facultad de modificar las medidas indicadas en la providencia de 8 de marzo de 2011;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrado *ad hoc* Guillaume;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Cañado Trindade; Magistrado *ad hoc* Dugard;

2) Por unanimidad,

*Reafirma* las medidas provisionales indicadas en su providencia de 8 de marzo de 2011, en particular la exigencia de que las partes ‘se abstengan de cualquier acción que pueda agravar o ampliar la controversia sometida a la Corte o dificultar su solución’.”

\*  
\* \*

El Magistrado Cañado Trindade y el Magistrado *ad hoc* Dugard adjuntaron sendas opiniones disidentes a la providencia de la Corte.

\*  
\* \*

La Corte recuerda en primer lugar que, mediante providencia de 8 de marzo de 2011 dictada en la causa relativa a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)* (en adelante, “la causa *Costa Rica c. Nicaragua*”), señaló, entre otras cosas, que “las partes se abstendrán de enviar o mantener personal, ya sea civil, policial o de seguridad, en el territorio en disputa, incluido el caño”, y que “Costa Rica podrá enviar al territorio en disputa, incluido el caño, a personal civil encargado de la protección del medio ambiente, pero solo en la medida necesaria para evitar que se cause un perjuicio irreparable a la parte del humedal en que está situado ese territorio” (párr. 3).

En su providencia de 16 de julio de 2013, la Corte expone las modificaciones solicitadas por Costa Rica y por Nicaragua y señala que cada una de las partes le pidió que rechazara la solicitud de la otra (párrs. 12 a 15).

La Corte recuerda además que, a fin de pronunciarse sobre esas solicitudes, debe determinar si se han cumplido las condiciones establecidas en el Artículo 76, párrafo 1, del Reglamento de la Corte, que establece lo siguiente: “La Corte, a instancia de parte, podrá revocar o modificar en todo momento, antes del fallo definitivo en el asunto, cualquier decisión relativa a medidas provisionales si un cambio en la situación justifica, a su juicio, esa revocación o modificación” (párr. 16).

#### *Solicitud de Costa Rica*

Costa Rica alega, en primer lugar, que “Nicaragua ha enviado a la zona objeto de controversia [...] y mantiene allí a un gran Noero de personas” y, en segundo lugar, que “las actividades realizadas por esas personas afectan a ese territorio y su ecología”. En opinión de Costa Rica, esas actividades, que se han producido después de que la Corte indicara las medidas provisionales, crean una nueva situación que exige que se modifique la providencia de 8 de marzo de 2011 mediante la adopción de nuevas medidas provisionales, en particular para impedir la presencia de toda persona en el territorio objeto de controversia que no sea personal civil enviado por Costa Rica y encargado de la protección del medio ambiente (párr. 19).

Nicaragua mantiene que las personas mencionadas por Costa Rica no forman parte del Gobierno de Nicaragua, sino que son jóvenes, miembros de un movimiento privado (el Movimiento Ambientalista Guardabarranco), que se encuentran en dicho territorio a fin de realizar actividades de conservación del medio ambiente (párr. 24).

### *Decisión de la Corte sobre la solicitud de Costa Rica*

En su providencia de 16 de julio de 2013, la Corte considera que existe constancia de que, después de que se dictase su providencia de 8 de marzo de 2011, grupos organizados de personas, cuya presencia no estaba prevista cuando se tomó la decisión sobre las medidas provisionales, se encuentran presentes habitualmente en el territorio objeto de controversia. La Corte considera también que ese hecho constituye realmente, en la presente causa, un cambio de situación en el sentido del Artículo 76 del Reglamento de la Corte (párr. 25).

La Corte examina a continuación si dicho cambio de situación justifica la modificación de la providencia de 2011. La Corte señala que dicha modificación está sujeta a las mismas condiciones generales que las que regulan la indicación de medidas provisionales (Artículo 41 del Estatuto de la Corte). La Corte recuerda a este respecto que solo puede indicar medidas provisionales cuando se pueda causar un perjuicio irreparable a los derechos que constituyen el objeto de la controversia en el procedimiento judicial y que dicha facultad debe ejercerse únicamente en circunstancias urgentes, en la medida en que exista un riesgo real e inminente de que se pueda causar dicho perjuicio antes de que la Corte haya adoptado su decisión definitiva (párr. 30).

Después de considerar los argumentos de las partes acerca de esas cuestiones, la Corte estima que, “en la situación actual, no se ha demostrado suficientemente que haya riesgo de perjuicio irreparable de los derechos invocados por Costa Rica”. Afirma que, “en las actuales circunstancias, tal como se presentan ante ella, la Corte no considera que los hechos presentados por Costa Rica, ya sea la presencia de nacionales nicaragüenses o las actividades que están llevando a cabo en el territorio objeto de controversia, puedan causar un daño irreparable a ‘su derecho a la soberanía, a la integridad territorial y a la no injerencia en sus tierras’”. Además, continúa la Corte, “las pruebas incluidas en el expediente tampoco acreditan la existencia de un riesgo comprobado de daño irreparable al medio ambiente”. Asimismo, la Corte “no observa, en los hechos que se le han señalado, ningún elemento de urgencia que justifique la indicación de nuevas medidas provisionales” (párrs. 32 a 35).

Por consiguiente, la Corte considera que, a pesar del cambio ocurrido en la situación, no se cumplen las condiciones para que modifique las medidas que indicó en su providencia de 8 de marzo de 2011” (párr. 36).

### *Solicitud de Nicaragua*

Nicaragua estima que la solicitud de Costa Rica es “insostenible” y presenta su propia solicitud de modificación o adaptación de la providencia de 8 de marzo de 2011. Considera que se ha producido un cambio en la situación fáctica y jurídica en cuestión a resultas, en primer lugar, de la construcción por Costa Rica de una carretera de 160 km de longitud a lo largo de la ribera derecha del río San Juan y, en segundo lugar, por la acumulación por la Corte de los proce-

dimientos en las dos causas. En consecuencia, Nicaragua solicita a la Corte que modifique su providencia de 8 de marzo de 2011, en particular para permitir que ambas partes (y no solo Costa Rica) puedan enviar al territorio objeto de controversia personal civil encargado de la protección del medio ambiente (párr. 21).

Por su parte, Costa Rica afirma que ninguna parte de la carretera en cuestión se encuentra en la zona objeto de controversia y considera que la acumulación de procedimientos en la causa relativa a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, incoada por Nicaragua el 21 de diciembre de 2011 (en adelante, “la causa *Nicaragua c. Costa Rica*”), “no significa que en la actualidad exista un solo procedimiento que deba ser objeto de providencias conjuntas”. En consecuencia, solicita a la Corte que rechace la solicitud de Nicaragua (párr. 22).

### *Decisión de la Corte sobre la solicitud de Nicaragua*

Después de examinar el primer argumento de Nicaragua, la Corte recuerda en primer lugar que, en la causa *Nicaragua c. Costa Rica*, Nicaragua pidió a la Corte el 19 de diciembre de 2012 que examinara *motu proprio* si las circunstancias del caso exigían la indicación de medidas provisionales, y que la Corte opinó, en marzo de 2013, que no era el caso. Además, la Corte considera que la construcción de la carretera, que constituye un elemento central de la causa *Nicaragua c. Costa Rica*, no tiene ninguna repercusión en la situación considerada en la providencia de 8 de marzo de 2011 en la causa *Costa Rica c. Nicaragua* (párrs. 26 y 27).

Con respecto al segundo argumento de Nicaragua, la Corte considera que la acumulación de los procedimientos en las dos causas no ha provocado ningún cambio en la situación. Explica que la acumulación es una medida procesal que no tiene por efecto hacer aplicable *ipso facto* a los hechos de la causa *Nicaragua c. Costa Rica* las medidas prescritas con respecto a una situación específica e independiente en la primera causa (párr. 28).

Por ello, la Corte considera que Nicaragua no puede basarse en un cambio en la situación en el sentido del Artículo 76 del Reglamento de la Corte para fundamentar su solicitud de modificación de la providencia de 8 de marzo de 2011 (párr. 29).

### *Conclusión de la providencia*

Tras examinar las solicitudes de las partes y comprobar que no puede acogerlas, la Corte observa, sin embargo, que “la presencia de grupos organizados de nacionales nicaragüenses en la zona objeto de controversia conlleva el riesgo de incidentes que podrían agravar la controversia actual”. La Corte agrega que la situación se ve “agravada por la limitada superficie de la zona y el Noero de nacionales nicaragüenses que se encuentran en ella habitualmente”, y desea manifestar “sus preocupaciones a este respecto” (párr. 37).

Así pues, la Corte considera necesario reafirmar las medidas que indicó en su providencia de 8 de marzo de 2011, en particular la exigencia de que las partes “se abstengan de cualquier acción que pueda agravar o ampliar la controversia sometida a la Corte o dificultar su solución”, y señala que “las acciones mencionadas pueden consistir en actos u omisiones”. La Corte recuerda a las partes una vez más que “esas medidas tienen efecto vinculante [...] y, por consiguiente, generan obligaciones jurídicas internacionales que cada una de ellas debe cumplir” (párr. 38).

Por último, la Corte insiste en que su providencia de 16 de julio de 2013 se dicta sin perjuicio de cualquier otra determinación sobre el fondo relativa al cumplimiento por las partes de su providencia de 8 de marzo de 2011 (párr. 39).

\*  
\* \*

### Opinión disidente del Magistrado Cançado Trindade

1. En su opinión disidente, que consta de 12 partes, el Magistrado Cançado Trindade afirma que no puede estar de acuerdo con la decisión adoptada por la mayoría de la Corte (primer punto resolutorio) de no indicar nuevas medidas provisionales en la presente causa, ya que, en su opinión, el razonamiento y la decisión de la mayoría “adolecen de una incongruencia ineluctable”: tras admitir que se ha producido un cambio de la situación, no extrae de ello ninguna conclusión, ya que en su opinión “no se han cumplido las condiciones” para que modifique las medidas que indicó en su anterior providencia de 8 de marzo de 2011. Al limitarse simplemente a reafirmar sus anteriores medidas provisionales, la Corte expresa sin embargo su “preocupación” por la nueva situación creada en la zona objeto de controversia por la presencia en ella no ya de personal (civil, policial o de seguridad) sino más bien de “grupos organizados” de personas o “particulares”.

2. La posición del Magistrado Cançado Trindade es, *a contrario sensu*, que las nuevas circunstancias que rodean a las presentes causas (acumuladas) que enfrentan a Costa Rica con Nicaragua y viceversa, relativas, respectivamente, a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza y a la Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan*, requieren de la Corte Internacional de Justicia, habida cuenta de las disposiciones pertinentes de su *interna corporis* (Artículo 41 del Estatuto y Artículo 76 1) del Reglamento de la Corte), el ejercicio de sus facultades para indicar nuevas medidas provisionales que permitan hacer frente a la nueva situación, que es una situación de urgencia y de probabilidad de daño irreparable, en forma de lesiones o muerte de las personas que permanecen en la zona objeto de controversia.

3. Por ello, el Magistrado se considera obligado a dejar constancia de los fundamentos de su propia posición personal al respecto. Sus reflexiones, expuestas en la presente

opinión disidente, hacen referencia, como él indica en la parte I, a consideraciones relativas a los hechos y al derecho. Examina las nuevas solicitudes concomitantes de medidas provisionales adicionales de protección por parte de Costa Rica, así como de Nicaragua, y la posición adoptada por ambos países, en sus respectivas solicitudes, en cuanto a la pretendida expansión de las medidas provisionales de protección (parte II). Tras examinar las tres misiones técnicas *in loco* de conformidad con la Convención de Ramsar de 1971 (parte III), el Magistrado Cançado Trindade considera los requisitos de urgencia y riesgo o probabilidad de daño, en forma de lesiones o muerte de las personas que permanecen en la zona objeto de controversia (parte V), antes de proceder a una evaluación general de las solicitudes de Costa Rica (parte IV) y de Nicaragua (parte VI).

4. La acumulación de procedimientos en las dos causas mencionadas, *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza y Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan*, no representa un cambio de la situación, a los efectos de las medidas provisionales; en cualquier caso, las preguntas pertinentes planteadas por Nicaragua deben ser abordadas por la Corte en la fase del examen del fondo de la cuestión de la última causa (párr. 37). No obstante, continúa afirmando el Magistrado, se ha producido un cambio en la situación (parte VII) en relación con la providencia de la Corte de 8 de marzo de 2011, en cuanto que las medidas provisionales de aquel momento tenían en cuenta la presencia en la zona objeto de controversia de “personal” (civil, policial o de seguridad), mientras que ahora se trata de la presencia de “grupos organizados” de personas (nacionales nicaragüenses). Ello representa una nueva situación, de carácter urgente, dada la probabilidad de incidentes que pueden provocar “daños irremediables en forma de lesiones o muerte” (párrs. 30 y 31), según se afirma en el párrafo 75 de la providencia de la Corte de 8 de marzo de 2011. Así pues, la Corte, en opinión del Magistrado, debería haber ordenado nuevas medidas provisionales de protección (párr. 33).

5. El Magistrado Cançado Trindade se ocupa a continuación de los aspectos de la cuestión relacionados con el derecho, a saber, *a*) los efectos de las medidas provisionales de protección, más allá de la perspectiva estrictamente territorialista; *b*) los beneficiarios de las medidas provisionales de protección, más allá de la dimensión interestatal tradicional; y *c*) los efectos de las medidas provisionales de protección, más allá de la dimensión interestatal tradicional. En cuanto al primero de esos tres puntos (los efectos de las medidas provisionales de protección, más allá de la perspectiva estrictamente territorialista), considera que el contexto fáctico con que se encuentra la Corte “nos lleva más allá de la perspectiva tradicional de la soberanía territorial estatal” (parte VIII). Agrega que las preocupaciones manifestadas ante la Corte comprenden los siguientes aspectos:

“las condiciones de vida de las personas en su hábitat natural y la necesaria protección ambiental. La jurisprudencia internacional sobre esta cuestión (de diferentes tribunales internacionales) ha tratado hasta ahora de aclarar la naturaleza jurídica de las medidas provisionales, insistiendo en su carácter esencialmente preventivo. [...] Cuando las medidas provisionales ordenadas protegen los derechos de las personas, aparecen dotadas de un carácter verdaderamente tutelar, más que cautelar, además de proteger los derechos de las partes (Estados) en juego” (párr. 38).

6. El Magistrado Cançado Trindade recuerda que las circunstancias de algunas causas presentadas a la Corte han llevado a esta, en sus decisiones sobre medidas provisionales, a desviar su atención hacia la *protección de las personas* que se encuentran en el territorio (por ejemplo, en las causas *Controversia fronteriza, Burkina Faso c. República de Malí*, 1986; *Frontera terrestre y marítima, Camerún c. Nigeria*, 1996; *Actividades armadas en el territorio del Congo, República Democrática del Congo c. Uganda*, 2000; y *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Georgia c. Federación de Rusia*, 2008; véase lo señalado anteriormente). En esas y otras decisiones, insiste el Magistrado, la Corte prestó también atención la suerte de las personas, lo que significa que fue más allá de la perspectiva estrictamente territorialista (párrs. 39 y 40).

7. Recuerda también que, recientemente, la Corte llevó su razonamiento más allá del planteamiento estrictamente territorialista en su providencia sobre medidas provisionales de protección (de 18 de julio de 2011) en la causa *Templo de Preah Vihear (Camboya c. Tailandia)*. El derecho interno, continúa, “trata de alguna manera de adelantarse en la reglamentación de los hechos sociales, con el fin de evitar el desorden y el caos, así como daños irreparables”; nos encontramos ante la *raison d'être* de las medidas provisionales de protección, a saber, prevenir y evitar daños irreparables en situaciones de gravedad y urgencia. Dado su notorio carácter preventivo, tratan por naturaleza de adelantarse a los acontecimientos, poniendo así de manifiesto la dimensión preventiva de la salvaguardia de los derechos (párr. 41).

8. El Magistrado Cançado Trindade recuerda a continuación que, en su opinión separada en la reciente providencia de la Corte sobre la causa *Templo de Preah Vihear*, mantuvo que, epistemológicamente, no es imposible ni inadecuado adoptar medidas provisionales, semejantes a las indicadas en dicha providencia, para ampliar la debida protección a la vida humana, así como al patrimonio cultural y espiritual mundial. De hecho, los efectos tranquilizadores de las medidas provisionales indicadas en dicha providencia reciente de la Corte han sido, precisamente, la ampliación de la protección no solo a la zona territorial en cuestión sino también a la vida e integridad personal de los seres humanos que viven o se encuentran en ella o en sus proximidades,

así como al propio templo de Preah Vihear, situado en dicha zona, y todo lo que ese templo representa (párr. 42). Por ello, la providencia de la Corte ha agrupado personas y territorio, ya que, como advierte el Magistrado Cançado Trindade,

“no todo puede incluirse en la soberanía territorial. El derecho humano fundamental a la vida no se incluye en absoluto bajo la soberanía estatal. [...] La Corte debe adaptar su marco conceptual y su terminología a las nuevas necesidades de protección cuando decida indicar u ordenar las medidas provisionales que se le solicitan” (párr. 43).

9. Al pasar al siguiente punto de su análisis (a saber, los beneficiarios de las medidas provisionales de protección, más allá de la dimensión interestatal tradicional; parte IX), observa que, si bien en los litigios internacionales presentados ante la Corte, solo los Estados, en cuanto partes litigantes, pueden solicitar medidas provisionales, en los últimos años, en casos sucesivos, los beneficiarios últimos fueron las personas en cuestión, y con ese fin los Estados solicitantes presentaron sus argumentos a fin de obtener de la Corte órdenes con medidas provisionales de protección, en contextos diferentes (párr. 44).

10. El Magistrado cita como ejemplos la providencia de 15 de diciembre de 1979 en la causa relativa al *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos de América c. Irán)*; la providencia de 10 de mayo de 1984 en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*; la providencia de 10 de enero de 1986 en la causa relativa a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso c. República de Malí)*; la providencia de 15 de marzo de 1996 en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria)*; la providencia de 1 de julio de 2000 en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*; la providencia de 8 de abril de 1993 en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia)*; y la providencia de 15 de octubre de 2008 en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)* (párrs. 44 a 48).

11. El Magistrado Cançado Trindade señala que, en los tres últimos decenios, la Corte ha superado gradualmente la perspectiva estrictamente interestatal en el reconocimiento de los derechos que deben protegerse por medio de sus providencias de medidas provisionales de protección. Y agrega lo siguiente:

“Los nostálgicos del pasado, incapaces de renunciar a su dogmatismo, difícilmente pueden negar que, en la actualidad, los Estados que litigan ante esta Corte, a pesar de su procedimiento contencioso interestatal, han reconocido que ya no tienen el monopolio de los derechos que deben protegerse y, lo que dice mucho a su favor, así

lo reconocen al recurrir a esta Corte también en nombre de las personas, ya sean sus nacionales o de otros países, o incluso, en un marco más amplio, sus habitantes.

Los hechos suelen adelantarse a las normas, por lo que estas deben tener la capacidad de abarcar las nuevas situaciones que deben regular, prestando la debida atención a los valores superiores. Ante esta Corte, los Estados continúan conservando el monopolio del *ius standi*, así como del *locus standi in iudicio*, en lo que respecta a las solicitudes de medidas provisionales, pero se ha comprobado que ello no es incompatible con la protección de los derechos de la persona humana, junto con los de los Estados. Los beneficiarios últimos de los derechos que deben protegerse han sido, en no pocos casos y en último término, las personas, junto con los Estados en los que viven. Las medidas provisionales indicadas en sucesivas providencias de la Corte han trascendido la dimensión interestatal artificial del pasado, y han protegido también derechos cuyos sujetos últimos (*titulaires*) son las personas” (párrs. 49 y 50).

12. Al referirse al último de sus tres puntos (a saber, los efectos de las medidas provisionales de protección, más allá de la dimensión interestatal tradicional), el Magistrado Cançado Trindade recuerda que, en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar* (providencia de 28 de mayo de 2009), en la que la Corte decidió no indicar medidas provisionales, en su amplia opinión disidente el Magistrado advirtió de que el derecho básico en juego estaba relacionado con la realización de la justicia, que ocupaba un lugar central en la causa, que era de importancia primordial y merecía particular atención. Como señaló en su opinión disidente, el factor crucial era la situación que durante dos decenios habían tenido que soportar las víctimas en la búsqueda de justicia, sin resultados hasta ahora, por las atrocidades comprobadas del régimen de Habré en el Chad (párr. 51).

13. La determinación de la urgencia y la probabilidad de daño irreparable son ejercicios a los que la Corte ya está habituada; no obstante, continúa diciendo el Magistrado, si bien la identificación del carácter jurídico y el contenido material del derecho que debe protegerse no suscita grandes dificultades, no puede decirse lo mismo de la consideración de los *efectos jurídicos y consecuencias* del derecho en cuestión, en particular cuando la Corte no indica ni ordena medidas provisionales. Aquí se trata de los efectos de las medidas provisionales de protección, más allá de la dimensión interestatal tradicional. A este respecto, “parece que queda todavía un largo camino por recorrer” (párr. 53).

14. En la presente causa sometida a la Corte, agrega el Magistrado, las nuevas medidas provisionales se solicitan no solo en relación con los agentes del poder público (*personnel*), sino también de las personas (*simples particuliers*), a fin de evitar “daño en forma de lesiones o muerte”, lo que va mucho más allá de la dimensión interestatal tradicional

(párr. 54). A continuación, el Magistrado Cançado Trindade concluye, en relación con este punto, lo siguiente:

“Los Estados tienen la obligación de proteger a todas las personas sometidas a sus respectivas competencias. Las medidas provisionales, con su carácter preventivo, aparecen como verdaderamente cautelares, y no solo como precautorias, y su objetivo es proteger a las personas también frente a situaciones de acoso y amenazas, con lo que se evitaría ‘el daño en forma de lesiones o muerte’. En definitiva, los beneficiarios del cumplimiento de las obligaciones establecidas en las medidas provisionales de protección ordenadas no son solo los Estados sino también los seres humanos. Una perspectiva estrictamente interestatal no refleja este importante aspecto. Hace mucho tiempo que se ha superado esta dimensión estrictamente interestatal, que parece insuficiente, por no decir inadecuada, para abordar las obligaciones establecidas en virtud de las medidas provisionales de protección” (párr. 56).

15. El Magistrado Cançado Trindade se refiere luego a sus reflexiones sobre el ejercicio adecuado de la función judicial internacional en este ámbito, y pasa a ocuparse de su rechazo de la llamada “inhibición judicial”, o *l'art de rien faire* (parte XI). Insiste en que la presente providencia de la Corte, sobre las solicitudes de medidas provisionales en las causas *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza y Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan*, adolece de “una flagrante incongruencia”, ya que la Corte concluye (en relación con la solicitud de Costa Rica) que se ha producido un cambio en la situación, debido a que “grupos organizados de personas”, cuya presencia no estaba prevista cuando adoptó su decisión anterior de indicar medidas provisionales, “residen habitualmente” en la zona objeto de controversia, pero la Corte no extrae ninguna conclusión de ello (párr. 57).

16. La Corte se limita a decir que, a pesar del cambio ocurrido, en su opinión “no se han cumplido” las condiciones para que modifique las medidas que indicó en su anterior providencia de 8 de marzo de 2011. El Magistrado Cançado Trindade considera que esta conclusión es una petición de principio. Peor todavía, dado que la mayoría de la Corte admite en el párrafo 36 de la presente providencia que existe realmente riesgo de incidentes en la zona objeto de controversia y que esta nueva situación se ve “exacerbada” por “la limitada superficie” de la zona y la presencia en ella de “nacionales nicaragüenses”. Por ello, en contra de lo que opina la mayoría de la Corte, él sostiene que la nueva situación creada en la zona objeto de controversia requiere claramente nuevas medidas provisionales, a fin de prevenir o evitar daños irreparables a las personas afectadas y al medio ambiente. Las nuevas medidas provisionales solicitadas por el Magistrado Cançado Trindade especificarían claramente que las partes deberían abstenerse de enviar o mantener en el territorio objeto de controversia, incluido el caño, no solo personal, ya

sea civil, policial o de seguridad, sino también “grupos organizados” de personas o “particulares”.

17. De hecho, agrega el Magistrado, no es esta la primera vez en que la Corte da muestras de su injustificada “inhibición judicial” en relación con las medidas provisionales de protección, aun cuando se den los prerequisites de urgencia y probabilidad de daño irreparable. Hace cuatro años hizo otro tanto en su providencia de 28 de mayo de 2009 en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, en la que se abstuvo de ordenar o indicar las medidas provisionales de protección solicitadas. El Magistrado Cañado Trindade recuerda que, en tal ocasión, adjuntó a dicha providencia una amplia opinión disidente (párrs. 1 a 105), con el fin de mantener la integridad del *corpus iuris* de la Convención contra la Tortura de 1984. Poco después de la providencia de la Corte de 28 de mayo de 2009, en la que la Corte concluyó que las circunstancias del caso no exigían, en su opinión, el ejercicio de su facultad en virtud del Artículo 41 del Estatuto de indicar medidas provisionales, hubo una sucesión de incertidumbres, en el “vacío” de la “inhibición” autoimpuesta de la Corte y “su aparente insensibilidad hacia los valores humanos subyacentes” (párrs. 60 y 61).

18. En tal ocasión, en contra de la mayoría de la Corte, el Magistrado trató de demostrar que había urgencia manifiesta en la situación que afectaba a las víctimas de tortura supervivientes, o sus parientes cercanos, en relación con su derecho a la realización de la justicia en virtud de la Convención contra la Tortura. No obstante, la Corte “prefirió limitarse cómodamente a una promesa unilateral (plasmada en el marco tradicional de las relaciones interestatales) formulada por el Estado demandado durante el proceso incoado ante la Corte”. Esa promesa, en opinión del Magistrado, “no eliminaba los prerequisites de urgencia y probabilidad de daño irreparable para la indicación de medidas provisionales ni anulaba los prolongados sufrimientos provocados por el régimen de Habré, en su saga de más de dos decenios en búsqueda de la realización de la justicia” (párr. 62).

19. No obstante, la Corte adoptó una “postura pasiva”, de mero “espectador de lo que pudiera ocurrir”. En efecto, tras la providencia de la Corte de 28 de mayo de 2009, no se adoptó en el Estado demandado ninguna iniciativa con respecto al enjuiciamiento del Sr. Hissène Habré en el Senegal; se comunicó su regreso al Chad, así como su inminente expulsión del Senegal, que se canceló a última hora debido a la presión pública. En opinión del Magistrado Cañado Trindade, la Corte “tuvo la suerte” de que el Sr. Habré no eludiera su vigilancia domiciliaria en Dakar, y de que no fuera expulsado del Senegal. En vez de “asumir su propio control” de la situación, agregó el Magistrado,

“la Corte optó por inhibirse y prefirió contar con los imponderables, o la fortuna. La Corte no puede seguir dependiendo de imponderables, ya que la fortuna puede volverse en su contra en cualquier momento. Como ad-

virtió Sófocles en su sabiduría imperecedera, a través de las voces del coro de una de sus tragedias, no se puede decir de nadie que es feliz mientras no haya franqueado el umbral final de su vida libre de dolor (daño corporal o espiritual)” (párr. 63).

20. En la presente providencia, la Corte “ha vuelto a inhibirse”: esta vez, tras comprobar que ha habido un cambio en la situación, ha agregado que las circunstancias que se le han presentado no constituyen, sin embargo, motivo suficiente para exigir la modificación de su anterior providencia de 8 de marzo de 2011, que se limita a reafirmar. Además, no ha visto ninguna urgencia en la nueva situación. El razonamiento de la Corte, en opinión del Magistrado, “se basa en una *petitio principii*, ya que no presenta ningún argumento convincente en apoyo de su decisión de no ordenar nuevas medidas provisionales ante la nueva situación”; la Corte se limita a reafirmar las anteriores medidas provisionales, incluso al abordar una situación que es nueva y distinta, como reconoce la misma Corte (párr. 64).

21. La Corte “establece indebidamente” un nuevo requisito para la indicación de medidas provisionales, lo que hace todavía más difícil o imposible su aprobación, “en contradicción con su *interna corporis*”. En opinión del Magistrado, la Corte “no explica su pronunciamiento, ni presenta ninguna demostración que corrobore su afirmación”. Su “incongruencia ineluctable” se deriva del hecho de que, una vez que considera que se ha producido un cambio en la situación, no modifica ni amplía su providencia anterior para hacer frente a la nueva situación, que contiene los elementos necesarios de riesgo (en forma de lesiones o muerte y daños al medio ambiente) y urgencia.

22. Una vez más, la Corte se limitará, de ahora en adelante, a “esperar lo mejor”, pero no sin manifestar sus “preocupaciones” con respecto a la nueva situación (como hizo en el párrafo 36 de la presente providencia), dado el riesgo ostensible y la probabilidad de daño planteados por ella. En opinión del Magistrado Cañado Trindade,

“en vez de manifestar su preocupación, la Corte debería haber ordenado las nuevas medidas provisionales exigidas por la nueva situación creada en la zona objeto de controversia. Una vez más, la Corte albergará la esperanza de que el destino se ponga de su parte, olvidando la extrema cautela con que abordó el destino alguien tan familiarizado con la tragedia y el sufrimiento humano como Cicerón, en una de sus reflexiones. A pesar de todos sus desvelos, Cicerón no pudo librarse del dolor antes de franquear el umbral final de su existencia y sufrió lesiones corporales y una muerte violenta...” (párr. 66).

23. Si la Corte reconoce expresamente ese riesgo y la probabilidad de daño irreparable y manifiesta sus “preocupaciones” ante esta nueva situación (descrita anteriormente), es obvio, continúa diciendo el Magistrado, que las medidas provisionales ya ordenadas deberían modificarse, o ampliarse, para hacer frente a esta nueva situación. Le preocupa que

la Corte no lo haya hecho, “a pesar de la probabilidad de lesiones corporales o muerte de las personas que permanecen en la zona objeto de controversia”, ya que “los derechos en cuestión y las obligaciones correspondientes van más allá de la dimensión estrictamente interestatal, y la Corte parece no haberlo valorado como debería” (párr. 68).

24. En último lugar, aunque no menos importante, el Magistrado Cançado Trindade presenta, como reflexión final, su tesis relativa a un *régimen jurídico autónomo* de medidas provisionales de protección (parte XII). Insiste en una observación que ha formulado ya en otras causas incoadas ante la Corte (véase *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2.<sup>a</sup> edición, Belo Horizonte (Brasil), ed. Del Rey, 2013, cap. XXI: “La dimensión preventiva: el carácter vinculante y la expansión de las medidas provisionales de protección”, págs. 177 a 186), a saber, que “hace mucho tiempo que se ha superado la dimensión estrictamente interestatal, y parece inadecuada para abordar las obligaciones establecidas en virtud de las medidas provisionales de protección” (párr. 69). En su opinión, el mecanismo de las medidas provisionales de protección necesita mejoras conceptuales, en todos sus aspectos.

25. Las medidas provisionales de protección indicadas u ordenadas por la Corte (u otros tribunales internacionales) generan *per se* obligaciones para los Estados afectados, que son distintas de las obligaciones que dimanen de los fallos (posteriores) de la Corte sobre el fondo (y sobre las reparaciones) de las respectivas causas. En este sentido, en opinión del Magistrado Cançado Trindade, “las medidas provisionales tienen un régimen jurídico autónomo propio, que pone de manifiesto la gran relevancia de su dimensión preventiva”. En paralelo con las decisiones (posteriores) de la Corte sobre el fondo de la cuestión, la responsabilidad de un Estado puede verse comprometida por el incumplimiento o violación de una medida provisional de protección dictada por la Corte (u otros tribunales internacionales) (párr. 71).

26. Su tesis, en resumen, es que las medidas provisionales basadas en tratados, como las de la Corte (en virtud del Artículo 41 del Estatuto), gozan también de autonomía, tienen un régimen jurídico propio y su incumplimiento genera la responsabilidad del Estado e implica consecuencias jurídicas, sin perjuicio del examen y resolución de los casos concretos en lo que respecta al fondo de la cuestión. Ello pone de manifiesto su importante dimensión preventiva, en su alcance general. El tratamiento propio de esta materia es, en su opinión, “competencia de esta Corte, ahora y en los años venideros” (párr. 72).

27. La naturaleza jurídica de las medidas provisionales, con su dimensión preventiva, continúa afirmando el Magistrado, se ha aclarado recientemente gracias a una jurisprudencia creciente, ya que en los últimos años los tribunales tanto internacionales como nacionales han indicado u ordenado cada vez más medidas. Rápidamente, el recurso a

las medidas provisionales de protección, también a escala internacional, tuvo el efecto de ampliar el ámbito de la jurisdicción internacional, con la consiguiente reducción del llamado “ámbito” del Estado. Desde su perspectiva, ello “adquiere mayor importancia en relación con los regímenes de protección, como los de las personas y del medio ambiente”. La aclaración de la naturaleza jurídica de las medidas provisionales se encuentra todavía en su fase inicial de evolución, que irá seguida, en nuestros días, según opinión del Magistrado, de “una elaboración más explícita de las consecuencias jurídicas del incumplimiento de dichas medidas” y el desarrollo conceptual de lo que él considera conveniente denominar “su *régimen jurídico autónomo*” (párr. 73).

28. El Magistrado señala que lo que le ha llevado a dejar constancia, en la presente opinión disidente, de su posición acerca de esta materia, de la que viene ocupándose desde hace años, “no es que desconfíe de las partes contendientes [...]. Las dos partes contendientes proceden de una parte del mundo, América Latina, con una prolongada y fuerte tradición de doctrina jurídica internacional” (párr. 74). Lo que realmente le ha llevado a dejar constancia de su posición disidente es “la inhibición de la Corte y la incongruencia de su razonamiento”, en “una cuestión de tanta importancia para el desarrollo progresivo del derecho internacional”. Por ello, “ha dedicado el tiempo y el esfuerzo necesarios para dejar constancia de la presente opinión disidente, con el fin de prestar un servicio a nuestra misión de impartir justicia” (párr. 74).

29. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, el concepto de víctima (o *posible* víctima), de parte agraviada, puede de hecho “aparecer también en el contexto adecuado para las medidas provisionales de protección”, en paralelo con el fondo (y las reparaciones) de la causa. Las medidas provisionales de protección generan obligaciones (de prevención) para los Estados de que se trate, que son distintas de las obligaciones que emanan de los fallos de la Corte sobre el fondo (y las reparaciones) en las respectivas causas. Ello se desprende de su régimen jurídico autónomo, tal como el Magistrado lo concibe. En su opinión, existe “actualmente una necesidad acuciante de perfeccionar y desarrollar conceptualmente este régimen jurídico autónomo, centrado en particular en la expansión actual de las medidas provisionales, los medios para garantizar su debido y puntual cumplimiento y las consecuencias jurídicas del incumplimiento, en beneficio de los que gozan de su protección” (párr. 75).

30. El Magistrado promovió también una posición proactiva de la Corte en relación con las medidas provisionales de protección en su anterior opinión disidente en la providencia de la Corte de 28 de mayo de 2009 en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, en la que consideró adecuado recordar que la Corte no está obligada a aceptar los argumentos de las partes, como confirma el Artículo 75 1) y 2) del Reglamento de la Corte, que autoriza expresamente a la Corte a indicar u

ordenar, *motu proprio*, medidas provisionales que considere necesarias, aun cuando sean total o parcialmente diferentes de las que se le solicitan.

31. Una decisión de la Corte que indicara medidas provisionales en la presente causa, como él sostuvo entonces, “habría constituido un precedente notable en la larga búsqueda de justicia en la teoría y práctica del derecho internacional”, ya que ese es “el primer caso incoado ante la Corte sobre la base de la Convención contra la Tortura de 1984”, que es el primer tratado de derechos humanos que incorpora el principio de jurisdicción universal como obligación internacional de todos los Estados partes (párr. 80 de su opinión disidente en la providencia de la Corte de 28 de mayo de 2009).

32. El Magistrado Cançado Trindade concluye que, en esta materia, “la peor posición posible sería la pasividad, por no decir la indiferencia, la inacción judicial” (párr. 76). La cuestión planteada ante la Corte “requiere una posición más proactiva por su parte”, con el fin no solo de solucionar las controversias que se le presenten sino también de indicar cuál es el derecho (*iuris dictio*) y, por lo tanto, “contribuir eficazmente a evitar o prevenir daños irreparables en situaciones de urgencia, con beneficios en último término para

*todos* los sujetos del derecho internacional, tanto los Estados como los grupos de personas o los *simples particuliers*. En definitiva, la persona humana (que vive en armonía en su hábitat natural) ocupa un lugar central en el nuevo *ius gentium* de nuestros días” (párr. 76).

### Opinión disidente del Magistrado ad hoc Dugard

La providencia de 2011, que obliga a las partes a abstenerse de enviar personal al territorio objeto de controversia entre Costa Rica y Nicaragua, prohíbe la entrada en ese territorio a los miembros del Movimiento Ambientalista Guardabarranco, que han de considerarse personal civil. Además, su presencia en ese territorio es contraria al objetivo y finalidad de la providencia de 2011. El acceso de los miembros del Movimiento Ambientalista Guardabarranco al territorio objeto de controversia supone un riesgo real de perjuicio irreparable para Costa Rica, pues dicho Movimiento no es una asociación de ambientalistas jóvenes comprometidos con el estudio científico del medio ambiente, sino más bien un movimiento juvenil nacionalista con un doble objetivo: la protección del medio ambiente y la promoción del interés nacional de Nicaragua.

## 202. FUMIGACIÓN AÉREA CON HERBICIDAS (ECUADOR c. COLOMBIA) [DESISTIMIENTO]

### Providencia de 13 de septiembre de 2013

El 13 de septiembre de 2013, en la causa relativa a la *Fumigación aérea con herbicidas (Ecuador c. Colombia)*, el Presidente de la Corte Internacional de Justicia dictó una providencia por la cual se hizo constar el desistimiento del procedimiento y se dispuso que se eliminara del registro general de causas de la Corte.

\*  
\* \* \*

El texto de la providencia del Presidente de la Corte dice lo siguiente:

“El Presidente de la Corte Internacional de Justicia, Teniendo presentes el Artículo 48 del Estatuto de la Corte y el Artículo 89, párrafos 2 y 3, del Reglamento de la Corte,

Teniendo presente la demanda presentada en la Secretaría de la Corte el 31 de marzo de 2008, por la cual la República del Ecuador incoaba un procedimiento contra la República de Colombia con respecto a una controversia relativa a “la fumigación aérea llevada a cabo por Colombia con herbicidas tóxicos en la frontera con el Ecuador, en sus alrededores y en el territorio ecuatoriano colindante”, que “ya ha causado graves daños a la población, los cultivos, la fauna y el medio ambiente natural del lado ecuatoriano de la frontera y plantea grandes riesgos de provocar más daños con el paso del tiempo”,

Teniendo presente la providencia de 30 de mayo de 2008, por la cual la Corte fijó el 29 de abril de 2009 y el 29 de marzo de 2010 como plazos respectivos para la presentación de la memoria del Ecuador y la contramemoria de Colombia,

Teniendo presente la memoria y la contramemoria debidamente presentadas por las partes dentro de los plazos fijados,

Teniendo presente la providencia de 25 de junio de 2010, por la cual la Corte fijó el 31 de enero de 2011 y el 1 de diciembre de 2011 como plazos respectivos para la presentación de la réplica del Ecuador y la dúplica de Colombia,

Teniendo presente la réplica debidamente presentada por el Ecuador dentro del plazo fijado,

Teniendo presente la providencia de 19 de octubre de 2011, por la cual el Presidente de la Corte prorrogó hasta el 1 de febrero de 2012 el plazo para la presentación de la dúplica de Colombia,

Teniendo presente la dúplica debidamente presentada por Colombia dentro del plazo prorrogado,

Considerando que, mediante carta de fecha 12 de septiembre de 2013, recibida en la Secretaría el mismo día, el agente del Ecuador, refiriéndose al Artículo 89 del Reglamento de la Corte y a un acuerdo entre las partes de fecha 9 de septiembre de 2013 “que resuelve de manera plena y definitiva todas las pretensiones del Ecuador contra Colombia” en la causa, comunicó a la Corte que su Gobierno deseaba desistir del procedimiento en la causa,

Considerando que se remitió inmediatamente una copia de esa carta al Gobierno de Colombia, al que se pidió, de conformidad con el Artículo 89, párrafo 2, del Reglamento de la Corte, que informara a la Corte, mediante una carta que debía entregarse en la reunión con los agentes de las partes que el Presidente había convocado para el 12 de septiembre de 2013, si Colombia objetaba el desistimiento,

Considerando que, mediante carta de fecha 12 de septiembre de 2013, entregada en la reunión mencionada, el agente de Colombia comunicó a la Corte que su Gobierno no objetaba el desistimiento de la causa que solicitaba el Ecuador,

Considerando que, según las cartas recibidas de las partes, el acuerdo de 9 de septiembre de 2013, entre otras cosas, establece una zona de exclusión en la que Colombia no llevará a cabo operaciones de fumigación aérea, crea una comisión mixta para asegurarse de que las operaciones de fumigación llevadas a cabo fuera de esa zona no provoquen que los herbicidas se desplacen hacia el Ecuador y, en la medida en que ese desplazamiento no se produzca, prevé un mecanismo para la reducción gradual de la anchura de la zona mencionada; y considerando que, según las cartas, en el acuerdo se establecen parámetros operacionales para el programa de fumigación de Colombia, se hace constar el acuerdo de los dos Gobiernos de un intercambio periódico de información a ese respecto y se establece un mecanismo de arreglo de controversias,

*Hace constar* el desistimiento de la República del Ecuador del procedimiento incoado mediante su demanda presentada el 31 de marzo de 2008; y

*Ordena* que la causa se suprima del registro general de la Corte”.

## 203. SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN DEL FALLO DE 15 DE JUNIO DE 1962 EN LA CAUSA RELATIVA AL TEMPLO DE PREAH VIHEAR (CAMBOYA *c.* TAILANDIA) (CAMBOYA *c.* TAILANDIA)

### Fallo de 11 de noviembre de 2013

El 11 de noviembre de 2013, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo 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 c. Tailandia) (Camboya c. Tailandia)*.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrados *ad hoc* Guillaume, Cot; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

En la parte dispositiva (párr. 108) del fallo se establece lo siguiente:

“[...]”

La Corte,

1) Por unanimidad,

*Determina* que es competente, en virtud del Artículo 60 del Estatuto, para pronunciarse sobre la solicitud de interpretación del fallo de 1962 presentada por Camboya, y que esa solicitud es admisible;

2) Por unanimidad,

*Declara*, por vía de interpretación, que en el fallo de 15 junio de 1962 se determinó que Camboya tenía soberanía sobre la totalidad del territorio del promontorio de Preah Vihear, según se define en el párrafo 98 del presente fallo, y que, en consecuencia, Tailandia estaba obligada a retirar de ese territorio todos los elementos de sus fuerzas armadas o de policía, u otros guardas o guardianes, que estuvieran allí apostados”.

\*  
\* \*

Los Magistrados Owada, Bennouna y Gaja adjuntaron una declaración conjunta al fallo de la Corte; el Magistrado Cançado Trindade adjuntó una opinión separada al fallo de la Corte; los Magistrados *ad hoc* Guillaume y Cot adjuntaron declaraciones al fallo de la Corte.

\*  
\* \*

#### *Cronología del procedimiento (párrs. 1 a 13)*

La Corte recuerda que, el 28 de abril de 2011, Camboya interpuso en la Secretaría de la Corte una demanda contra

Tailandia en la que, haciendo referencia al Artículo 60 del Estatuto y al Artículo 98 del Reglamento de la Corte, solicitó que se interpretara el fallo dictado por la Corte el 15 de junio de 1962 en la causa relativa al *Templo de Preah Vihear (Camboya c. Tailandia)*.

Ese mismo día, después de interponer la demanda, Camboya, haciendo referencia al Artículo 41 del Estatuto y al Artículo 73 del Reglamento de la Corte, también presentó en la Secretaría de la Corte una solicitud de medidas provisionales para que “cesaran las incursiones [de Tailandia] en su territorio”. El 18 de julio de 2011, la Corte dictó una providencia en la que indicó medidas provisionales a ambas partes.

#### *I. Antecedentes históricos (párrs. 14 a 29)*

La Corte recuerda que el templo de Preah Vihear está situado en un promontorio del mismo nombre en la parte oriental de la cordillera de Dangrek, “que, de modo general, establece en esa región el límite entre los dos países, Camboya al sur y Tailandia al norte”.

El 13 de febrero de 1904, Francia (de la cual Camboya era entonces un protectorado) y Siam (como se denominaba entonces Tailandia) concluyeron un tratado que establecía que la frontera en el sector de Dangrek seguía la línea divisoria de aguas. El Tratado de 1904 estipuló la creación de comisiones mixtas integradas por funcionarios nombrados por las partes y encargados de delimitar la frontera entre los dos territorios. En consecuencia, en 1904 se estableció la primera Comisión Mixta. La etapa final del proceso de delimitación fue la preparación y publicación de mapas, tarea asignada a un equipo de cuatro funcionarios franceses, tres de los cuales habían sido miembros de la Comisión Mixta. En 1907 ese equipo preparó una serie de 11 mapas que abarcaban una gran parte de la frontera entre Siam y la Indochina francesa (de la cual formaba parte Camboya). En particular, trazó un mapa titulado “Dangrek—Comisión de Límites entre Indochina y Siam” según el cual la frontera pasaba al norte de Preah Vihear, con lo que el templo quedaba en Camboya.

Después de la independencia de Camboya, el 9 de noviembre de 1953, Tailandia ocupó el templo de Preah Vihear en 1954. Las negociaciones entre las partes relativas al templo no tuvieron éxito y, el 6 de octubre de 1959, Camboya presentó ante la Corte una demanda unilateral.

Durante la etapa de las actuaciones en que se examinó el fondo de la cuestión, Camboya se basó en el mapa “Dangrek—Comisión de Límites entre Indochina y Siam” antes mencionado, que incluyó como anexo en sus alegaciones y

al que se hizo referencia como “mapa del anexo I”. Camboya manifestó que ese mapa había sido aceptado por Tailandia y formaba parte del arreglo al que se había llegado en el Tratado, con lo cual era vinculante para los dos Estados. Según Camboya, la línea que figuraba en el mapa del anexo I había pasado a ser, en consecuencia, la frontera entre los dos Estados. Tailandia negó haber aceptado el mapa del anexo I o que de alguna otra manera el mapa hubiera pasado a ser vinculante para ese país, y mantuvo que el límite entre los Estados seguía la línea divisoria de aguas, según se había establecido en el texto del Tratado de 1904, con lo cual, según Tailandia, el templo estaba en territorio tailandés.

La Corte recuerda que en la parte dispositiva del fallo de 1962 se establece lo siguiente:

“La Corte,

Dictamina que el templo de Preah Vihear está situado en territorio bajo la soberanía de Camboya;

Dictamina en consecuencia que Tailandia está obligada a retirar 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; y que

Tailandia está obligada a restituir a Camboya todos los objetos del tipo especificado en la quinta pretensión de Camboya que, desde la ocupación del templo por Tailandia en 1954, hubieran sido sacados del templo o de la zona del templo por las autoridades de Tailandia”.

Una vez pronunciado el fallo de 1962, Tailandia se retiró de las edificaciones del templo. Erigió una barrera de alambre de púas que separó las ruinas del templo del resto del promontorio de Preah Vihear. Esa barrera seguía la línea trazada en el mapa que se incorporó como anexo a una resolución aprobada por el Consejo de Ministros de Tailandia el 10 de julio de 1962, pero que no se hizo pública hasta el presente procedimiento. Mediante esa resolución, el Consejo de Ministros de Tailandia estableció lo que consideraba eran los límites de la zona de la cual se había exigido la retirada de Tailandia.

## II. Competencia y admisibilidad (párrs. 30 a 57)

### 1. Competencia de la Corte en virtud del Artículo 60 del Estatuto (párrs. 31 a 52)

La Corte comienza recordando que “su competencia con fundamento en el Artículo 60 del Estatuto no está supeeditada a la existencia de ningún otro fundamento de su competencia respecto de las partes en la causa original” y que, “en virtud del Artículo 60 del Estatuto, [la Corte] puede pronunciarse sobre una solicitud de interpretación siempre que exista un ‘desacuerdo sobre el sentido o el alcance’ de cualquier fallo que hubiera pronunciado”.

Con arreglo a la jurisprudencia de la Corte, “un desacuerdo en el sentido del Artículo 60 del Estatuto debe re-

ferirse a la parte dispositiva del fallo en cuestión y no a los considerandos del fallo, excepto en la medida en que estos sean inseparables de la parte dispositiva”. Dicho esto, “una diferencia de opinión respecto de si una cuestión en particular ha sido o no decidida con fuerza vinculante es también uno de los supuestos comprendidos en el alcance del Artículo 60 del Estatuto”.

### A. Existencia de un desacuerdo (párrs. 37 a 45)

La Corte observa que los acontecimientos y las declaraciones del periodo inmediatamente posterior al fallo de 1962 demuestran claramente que Tailandia consideraba que la Corte no había definido el término “proximidades del templo” que figura en el segundo párrafo de la parte dispositiva y que, en consecuencia, Tailandia podía determinar unilateralmente los límites de esas “proximidades”. Esa posición se reflejó, en particular, en la resolución de 1962 del Consejo de Ministros de Tailandia que determinó “la ubicación del límite de las proximidades [del templo], de donde Tailandia está obligada a retirar sus fuerzas de policía, guardas o guardianes”.

En la ejecución de esa decisión, Tailandia erigió una barrera de alambre de púas a lo largo de la línea determinada en la resolución y colocó carteles que decían “las proximidades del templo [de Preah Vihear] no continúan más allá de este límite”.

Contrariamente a lo afirmado por Tailandia, los antecedentes que la Corte tiene ante sí demuestran que Camboya no aceptó que la retirada de Tailandia constituyera una ejecución cabal del fallo de 1962. En cambio, Camboya protestó contra la presencia de Tailandia en un territorio que, según Camboya, el fallo de 1962 había reconocido como camboyano. Camboya también se quejó de que la barrera de alambre de púas erigida por Tailandia “afectaba de manera muy significativa” a ese territorio, en contravención de lo establecido en el fallo de la Corte.

Esa diferencia de opiniones reapareció en la correspondencia de las partes después de que Camboya solicitara en 2007 y 2008 que se inscribiera el templo en la Lista del Patrimonio Mundial de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

En opinión de la Corte, esos acontecimientos y declaraciones demuestran claramente que en la época en que Camboya presentó su solicitud de interpretación existía entre las partes un desacuerdo sobre el sentido y alcance del fallo de 1962. A continuación, la Corte pasa a analizar el objeto preciso del desacuerdo, a fin de determinar si se encuentra dentro del alcance de la competencia de la Corte en virtud de lo establecido en el Artículo 60 del Estatuto.

### B. Objeto del desacuerdo que la Corte tiene ante sí (párrs. 46 a 52)

La Corte considera que las posiciones de las partes, expresadas durante el periodo posterior al fallo de 1962, así como después de la solicitud presentada por Camboya de que

el templo se inscribiera en la Lista del Patrimonio Mundial y durante las presentes actuaciones, revelan que el desacuerdo de las partes respecto del sentido y alcance del fallo de 1962 se refiere a tres aspectos concretos de este. En primer lugar, hay desacuerdo sobre si el fallo de 1962 decidió o no con fuerza vinculante que la línea trazada en el mapa del anexo I constituía la frontera entre las partes en la zona del templo. En segundo lugar, hay un desacuerdo estrechamente vinculado respecto del sentido y alcance de la expresión “proximidades del territorio de Camboya”, a que se hace referencia en el segundo párrafo de la parte dispositiva del fallo de 1962, párrafo que la Corte señaló que era una consecuencia de la constatación, en el primer párrafo de la parte dispositiva, de que el templo estaba ubicado en “territorio bajo la soberanía de Camboya”. Por último, hay desacuerdo sobre la naturaleza de la obligación de Tailandia de retirarse impuesta en el segundo párrafo de la parte dispositiva.

## 2. Admisibilidad de la solicitud de interpretación de Camboya (párrs. 53 a 56)

Teniendo en cuenta las opiniones divergentes de las partes respecto del significado y alcance del fallo de 1962, según se señaló precedentemente, la Corte considera que es necesario realizar una interpretación del segundo párrafo de la parte dispositiva del fallo de 1962 y de los efectos jurídicos de lo establecido por la Corte respecto de la línea trazada en el mapa del anexo I. Dentro de esos límites, la solicitud de Camboya es admisible.

## 3. Conclusión (párr. 57)

Habida cuenta de lo establecido precedentemente, la Corte concluye que tiene competencia para pronunciarse sobre la solicitud de Camboya de interpretación del fallo de 1962 y que la solicitud es admisible.

## III. Interpretación del fallo de 1962 (párrs. 58 a 107)

A continuación, la Corte pasa a ocuparse de la interpretación del fallo de 1962.

### 1. Posturas de las partes (párrs. 59 a 65)

La Corte comienza resumiendo las posturas expresadas por las partes en el transcurso de las actuaciones.

### 2. Función de la Corte en virtud del Artículo 60 del Estatuto (párrs. 66 a 75)

La Corte recuerda que su función, en virtud de lo establecido en el Artículo 60 del Estatuto, es aclarar el significado y el alcance de lo que la Corte decidió en el fallo que se solicita interpretar. En consecuencia, la Corte debe mantenerse estrictamente dentro de los límites del fallo original y no puede cuestionar asuntos allí resueltos con fuerza vincu-

lante, ni tampoco puede ocuparse de cuestiones que la Corte no decidió en el fallo original.

Para determinar el significado y alcance de la parte dispositiva del fallo original de 1962, la Corte, de conformidad con su práctica, tendrá en cuenta los considerandos de ese fallo en la medida en que arrojen luz sobre la interpretación adecuada de la parte dispositiva.

Los escritos y las actas de los procedimientos orales de 1962 también son pertinentes para la interpretación del fallo, ya que demuestran cuáles fueron o no las pruebas que la Corte tuvo ante sí y de qué manera fueron planteadas las cuestiones por cada una de las partes.

Además, la Corte recuerda que el significado y el alcance del fallo de la Corte no pueden verse afectados por la conducta de las partes posterior al pronunciamiento del fallo. De manera más general, “la Corte, al ofrecer una interpretación, se abstiene de examinar hechos distintos de los que consideró en el fallo que se interpreta”.

### 3. Características principales del fallo de 1962 (párrs. 76 a 78)

Hay tres aspectos destacables del fallo de 1962 cuando se lee a la luz de las consideraciones expresadas precedentemente. En primer lugar, la Corte consideró que abordaba una controversia relativa a la soberanía territorial sobre la zona en que se encuentra el templo y que no era su función delimitar la frontera. En la parte dispositiva del fallo de 1962 no se menciona el mapa del anexo I ni la ubicación de la frontera. No se agregó como anexo del fallo ningún mapa y la Corte tampoco formuló comentario alguno sobre los problemas de la transposición de la línea del mapa del anexo I, cuestión que había sido debatida por las partes durante las actuaciones de 1962 y que, obviamente, habría sido importante en un fallo relativo a la delimitación de la frontera.

En segundo lugar, sin embargo, el mapa del anexo I desempeñó una función central en el razonamiento de la Corte. La Corte señaló que “la aceptación por las partes del mapa del anexo I hizo que el mapa fuera parte del arreglo plasmado en el tratado y que pasara a ser parte integrante de este” y concluyó que, “en consecuencia, se siente obligada, desde el punto de vista de la interpretación de los tratados, a pronunciarse en favor de la línea trazada en el mapa respecto de la zona controvertida”.

En tercer lugar, al definir la controversia que tenía ante sí, la Corte aclaró que solo se ocupaba de la soberanía en la “región del templo de Preah Vihear”.

El fallo demuestra que la Corte consideraba que la zona objeto de controversia era pequeña.

### 4. Parte dispositiva del fallo de 1962 (párrs. 79 a 106)

Teniendo en cuenta esos elementos que figuran en los considerandos del fallo de 1962, la Corte pasa a ocuparse de

la parte dispositiva. En ella se indica expresamente que las conclusiones establecidas en los párrafos segundo y tercero de la parte dispositiva son una consecuencia de lo decidido en el primer párrafo. En consecuencia, los tres párrafos de la parte dispositiva deben considerarse en conjunto, y la tarea de determinar su significado y alcance no se puede reducir a la interpretación de palabras o frases aisladas.

*A. Primer párrafo de la parte dispositiva (párr. 80)*

La Corte considera que el significado del primer párrafo de la parte dispositiva es claro. En ese párrafo, la Corte resolvió la reclamación principal de Camboya al establecer que el templo estaba situado en territorio bajo la soberanía de Camboya. Sin embargo, la Corte determina que será necesario volver a ocuparse del alcance de ese párrafo una vez que haya examinado los párrafos segundo y tercero de la parte dispositiva.

*B. Segundo párrafo de la parte dispositiva (párrs. 81 a 99)*

El desacuerdo principal entre las partes se refiere al segundo párrafo de la parte dispositiva. En él, la Corte exigió, como consecuencia de su decisión en el primer párrafo de la parte dispositiva, la retirada de las fuerzas militares o de policía, u otros guardas o guardianes, “que hubiera apostado en el templo, o en sus proximidades en territorio de Camboya”. En el segundo párrafo de la parte dispositiva no se indicó expresamente de qué territorio de Camboya se obligaba a Tailandia a retirar su personal, ni tampoco se dijo a dónde había que retirar a ese personal.

Como en el segundo párrafo de la parte dispositiva del fallo de 1962 se exigió a Tailandia que retirara “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 considera que debe comenzar con el examen de las pruebas que la Corte tuvo ante sí en 1962 respecto de los lugares en los que ese personal de Tailandia estaba apostado.

Las únicas pruebas en tal sentido fueron aportadas por el profesor Ackermann, a quien Tailandia llamó como perito y testigo y que había visitado el templo durante varios días en julio de 1961, durante la preparación de un informe que se habría de presentar en las actuaciones. El profesor Ackermann declaró que, durante esa visita, las únicas personas que había visto en el promontorio de Preah Vihear eran un destacamento de policía fronteriza de Tailandia y un guardián del templo. Manifestó que la policía estaba apostada en cuarteles en un campamento ubicado al noreste del templo, mientras que el guardián había vivido en una casa separada, a corta distancia al oeste del campamento de la policía.

La ubicación del destacamento de policía fue confirmada posteriormente por los letrados de Tailandia, según los cuales el campamento estaba ubicado al sur de la línea del mapa del anexo I, pero al norte de una línea que, según Camboya, era la divisoria de aguas.

Cuando la Corte exigió a Tailandia que retirara 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, su intención debió de haber sido que la obligación se aplicase al destacamento de policía a que había hecho referencia el profesor Ackermann ya que, con excepción del guardián solitario en el templo, no había pruebas de la presencia de ningún otro tipo de personal de Tailandia cerca del templo. En consecuencia, la expresión “proximidades en territorio de Camboya” debe interpretarse en el sentido de que se extiende por lo menos a la zona en donde estaba apostado el destacamento de policía en la época de las actuaciones originales. Como esa zona se encuentra al norte de la línea trazada por el Consejo de Ministros de Tailandia, esa línea no puede representar la interpretación correcta del alcance territorial del segundo párrafo de la parte dispositiva, según afirma Tailandia.

Esa conclusión queda confirmada también por otros factores. Como destacó la Corte en su descripción de la zona que rodea el templo, este se encuentra en un lugar geográfico fácilmente identificable: un promontorio. Hacia el este, el sur y el suroeste, el promontorio desciende en una escarpadura pronunciada hacia la llanura camboyana. Hacia el oeste y el noroeste, el terreno desciende hacia lo que el profesor Ackermann describió en su declaración como un “valle [...] entre el monte Phnom Trap y el monte Phra Viharn”. A través de ese valle se puede tener un acceso más fácil al templo desde la llanura camboyana. La colina de Phnom Trap se eleva desde el lado occidental de ese valle. La comprensión natural del concepto de “proximidades” del templo se extendería a la totalidad del promontorio de Preah Vihear.

Además, el razonamiento de la Corte respecto de la importancia del mapa del anexo I demuestra que la Corte consideró que el territorio de Camboya se extendía hacia el norte hasta la línea del mapa del anexo I, pero no más allá de ella. En consecuencia, la Corte se refería a una superficie pequeña con límites geográficos definidos claramente hacia el este, sur, oeste y noroeste, y que limitaba al norte con lo que la Corte había determinado en su razonamiento era el límite del territorio de Camboya. En esas circunstancias, la Corte considera que el alcance territorial del segundo párrafo de la parte dispositiva se debe interpretar en el sentido de que se extiende a la totalidad del promontorio, y no en el sentido de que se limita a la parte del promontorio elegida por el Consejo de Ministros de Tailandia en 1962.

Pasando a examinar la posición de Camboya, la Corte tampoco puede aceptar la interpretación que este país hace de “proximidades”. En su respuesta a la pregunta formulada por un miembro de la Corte, Camboya mantuvo que las proximidades incluían no solo el promontorio de Preah Vihear, sino también la colina de Phnom Trap. Son varias las razones por las que la Corte considera que no es esa la interpretación correcta del segundo párrafo de la parte dispositiva.

En primer lugar, Phnom Trap y el promontorio de Preah Vihear tienen características geográficas diferentes y figuran claramente separados en los mapas utilizados en las actuaciones de 1962 y, en particular, en el mapa del anexo I, que fue el único al que la Corte hizo más que una referencia pasajera en el fallo. En segundo lugar, hay ciertos indicios en las actuaciones de 1962 de que Camboya no consideraba que Phnom Trap se encontrara en la “región del templo” o “zona del templo” (términos empleados por la Corte para definir el alcance de la controversia que tenía ante sí). En tercer lugar, la Corte no tuvo ante sí prueba alguna de presencia militar o de policía tailandesa en Phnom Trap en 1962 y no existe ningún indicio de que Phnom Trap tuviera pertinencia respecto de la reclamación de Camboya de que se obligara a Tailandia a retirar sus fuerzas. Por último, la interpretación de Camboya depende de la determinación de los puntos de intersección de la línea del mapa del anexo I con la línea divisoria de aguas invocada por Tailandia. Sin embargo, en el fallo de 1962 la Corte dejó claro que no se ocupaba de la ubicación de la línea divisoria de aguas y no se pronunció sobre dicha ubicación. En consecuencia, no es plausible sugerir que la Corte tuviese en mente la línea divisoria de aguas cuando utilizó el término “proximidades”.

Si bien ninguna de esas consideraciones es decisiva por sí sola, tomadas en conjunto llevan a la Corte a concluir que, en 1962, la Corte no tuvo en mente esa zona más amplia y, en consecuencia, que su intención no fue que se entendiera que el término “proximidades [del templo] en territorio de Camboya” se aplicaba a territorios fuera del promontorio de Preah Vihear. Eso no quiere decir que el fallo de 1962 considerara a Phnom Trap como parte de Tailandia; la Corte no abordó la cuestión de la soberanía sobre Phnom Trap ni sobre ninguna otra zona fuera de los límites del promontorio de Preah Vihear.

En el párrafo 98 del fallo, la Corte dice lo siguiente: De los considerandos del fallo de 1962, a la luz de las alegaciones en las actuaciones originales, se desprende que los límites del promontorio de Preah Vihear, al sur de la línea del mapa del anexo I, consisten en accidentes geográficos naturales. Hacia el este, sur y suroeste, el promontorio desciende en una escarpadura pronunciada hacia la llanura de Camboya. En 1962 las partes estaban de acuerdo en que esa escarpadura y el terreno a sus pies estaban en todo caso bajo la soberanía de Camboya. Hacia el oeste y el noroeste, el terreno desciende en una pendiente menos acentuada que la escarpadura, aunque pronunciada, hacia el valle que separa Preah Vihear de la colina vecina de Phnom Trap, valle que a su vez desciende hacia el sur en dirección de la llanura camboyana. Por las razones ya mencionadas, la Corte considera que Phnom Trap se encuentra fuera de la zona objeto de desacuerdo y que el fallo de 1962 no abordó la cuestión de si se encontraba en territorio tailandés o camboyano. En consecuencia, la Corte considera que el promontorio de Preah Vihear termina a los pies de la colina de Phnom Trap, es decir, donde el terreno comienza a ascender desde el valle.

En el norte, el límite del promontorio es la línea del mapa del anexo I, desde un punto al noroeste del templo donde esa línea se encuentra con la escarpadura, hasta un punto en el noroeste donde el terreno comienza a ascender desde el valle, a los pies de la colina de Phnom Trap.

La Corte considera que el segundo párrafo de la parte dispositiva del fallo de 1962 exigió a Tailandia que retirara de la totalidad del territorio del promontorio, así definido, hacia el territorio tailandés a todo el personal tailandés apostado en ese promontorio.

*C. Relaciones entre el segundo párrafo y el resto de la parte dispositiva (párrs. 100 a 106)*

La Corte recuerda que los tres párrafos de la parte dispositiva del fallo de 1962 deben ser examinados en conjunto. Habiendo determinado el significado y alcance del segundo párrafo, la Corte pasa a examinar las relaciones que existen entre ese párrafo y los otros dos de la parte dispositiva. Si bien no hay desacuerdo entre las partes respecto del tercer párrafo de la parte dispositiva, este párrafo es sin embargo pertinente en la medida en que arroja luz sobre el significado y alcance del resto de la parte dispositiva.

La Corte, habiendo decidido en el primer párrafo de la parte dispositiva del fallo de 1962 que el templo estaba ubicado en territorio bajo la soberanía de Camboya, determinó en consecuencia que Tailandia tenía la obligación de retirar sus fuerzas y demás personal apostado “en el templo, o en sus proximidades en territorio de Camboya” y restituir los objetos que hubieran sido sacados “del templo o de la zona del templo” (sin cursiva en el original). En consecuencia, en los párrafos segundo y tercero de la parte dispositiva se impusieron obligaciones respecto de una zona del territorio que se extendía más allá del templo mismo. En el segundo párrafo se describe expresamente esa zona como territorio de Camboya. En el tercer párrafo no se describió de esa manera, pero la Corte considera que esa descripción estaba implícita; la obligación de restituir los objetos sacados de la “zona del templo” sería la consecuencia lógica de un pronunciamiento sobre la soberanía únicamente en la medida en que la zona en cuestión estuviera comprendida en dicho pronunciamiento.

La Corte considera que los términos “proximidades [del templo] en territorio de Camboya”, en el segundo párrafo, y “zona del templo”, en el tercer párrafo, se refieren a la misma pequeña porción de territorio. Las obligaciones que la Corte impuso respecto de esa porción de territorio eran consecuencia de la determinación hecha en el primer párrafo. Las obligaciones impuestas en los párrafos segundo y tercero serían una consecuencia lógica de la determinación sobre la soberanía hecha en el primer párrafo de la parte dispositiva únicamente si el territorio a que se hace referencia en ese primer párrafo se corresponde con el territorio a que se hace referencia en los párrafos segundo y tercero.

En consecuencia, la Corte concluye que el alcance territorial de los tres párrafos dispositivos es el mismo: la de-

terminación hecha en el primer párrafo de que “el templo de Preah Vihear está ubicado en territorio bajo la soberanía de Camboya” debe interpretarse, al igual que en los párrafos segundo y tercero, como una referencia al promontorio de Preah Vihear con los límites descritos en el párrafo 98 del presente fallo.

En esas circunstancias, la Corte no considera necesario abordar la cuestión de si el fallo de 1962 determina con fuerza vinculante el límite fronterizo entre Camboya y Tailandia. En una controversia relativa únicamente a la soberanía sobre el promontorio de Preah Vihear, la Corte concluyó que ese promontorio, que se extendía hacia el norte hasta la línea del mapa del anexo I, pero no más allá de ella, estaba bajo la soberanía de Camboya. Esa fue la cuestión controvertida en 1962 y que la Corte considera el núcleo de la controversia actual sobre la interpretación del fallo de 1962.

No es necesario que la Corte aborde la cuestión de si la obligación impuesta a Tailandia en el segundo párrafo de la parte dispositiva era una obligación continua, en el sentido sostenido por Camboya. En las presentes actuaciones, Tailandia ha aceptado que tiene la obligación general y continua de respetar la integridad del territorio de Camboya, obligación que se aplica a todo territorio controvertido que la Corte haya determinado que se encuentra bajo la soberanía de Camboya. Una vez que se ha resuelto una controversia sobre soberanía territorial y se ha eliminado la incertidumbre, todas las partes deben cumplir de buena fe la obligación que incumbe a todos los Estados de respetar la integridad territorial de los demás Estados. Igualmente, las partes tienen la obligación de resolver todas sus controversias por medios pacíficos.

Esas obligaciones, que dimanar de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, tienen particular importancia en el presente contexto. Como resulta claro de las presentes actuaciones y de las de 1959 a 1962, el templo de Preah Vihear tiene importancia religiosa y cultural para los pueblos de la región y actualmente figura en la Lista del Patrimonio Mundial de la UNESCO. En tal sentido, la Corte recuerda que, en virtud del Artículo 6 de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, de la que ambos Estados son partes, Camboya y Tailandia tienen que cooperar entre sí y con la comunidad internacional para proteger dicho sitio, que es parte del patrimonio mundial. Además, cada Estado tiene la obligación de no “tomar deliberadamente ninguna medida que pueda causar daño, directo o indirectamente” a dicho patrimonio. En el contexto de esas obligaciones, la Corte desea hacer hincapié en la importancia de asegurar el acceso al templo desde la llanura de Camboya.

##### 5. Conclusiones (párr. 107)

En consecuencia, la Corte concluye que en el primer párrafo de la parte dispositiva del fallo de 1962 se determinó que Camboya tenía soberanía sobre la totalidad del territorio del promontorio de Preah Vihear, según se define en el

párrafo 98 del presente fallo, y que, en consecuencia, en el segundo párrafo de la parte dispositiva se exigió a Tailandia que retirase de ese territorio sus fuerzas armadas o de policía, u otros guardas o guardianes tailandeses, que estuvieran apostados allí.

\*  
\* \*

### Declaración conjunta de los Magistrados Owada, Bennouna y Gaja

La competencia de la Corte para interpretar uno de sus fallos en virtud de lo establecido en el Artículo 60 del Estatuto solo se aplica a cuestiones que hayan sido decididas previamente con fuerza vinculante. En general, esas cuestiones se indican en la parte dispositiva del fallo, pero también se pueden incluir los considerandos que sean “inseparables” de la parte dispositiva, cuando esta no es autónoma y contiene una referencia expresa o implícita a esos considerandos. Los considerandos “esenciales”, es decir, aquellos en que se basa la parte dispositiva, no se pueden asimilar a los considerandos “inseparables”, como aparentemente hace la Corte. Lo que es vinculante en el fallo debe determinarse con fundamento en la competencia otorgada por las partes a la Corte en sus alegaciones. No se puede aplicar a cuestiones que no se hubieran sometido de esa manera. Naturalmente, se puede recurrir a los considerandos esenciales en la medida en que contribuyan a aclarar la parte dispositiva del fallo.

### Opinión separada del Magistrado Cançado Trindade

1. El Magistrado Cançado Trindade comienza su opinión separada, que consta de nueve partes, señalando que, habida cuenta de la gran importancia que otorga a los asuntos abordados por la Corte en el presente fallo de interpretación, o subyacentes a este, se siente obligado a dejar constancia de los fundamentos de su opinión personal al respecto de la causa relativa al *Templo de Preah Vihear*. Lo hace impulsado por “el sentido del deber en el ejercicio de la función judicial internacional” (parte I). En consecuencia, aborda en primer lugar “la esencia de la controversia resurgida” ante la Corte (parte II).

2. Después de recapitular los argumentos de las partes en la controversia en las presentes actuaciones, señala que la causa relativa al *Templo de Preah Vihear* no es un caso de delimitación o demarcación de fronteras, sino un caso de soberanía territorial (respecto de la “región” o “zona” del templo), que se debe ejercer para garantizar la seguridad de la población local sujeta a las jurisdicciones respectivas de los dos Estados en la controversia, a la luz de los principios básicos de derecho internacional, como los de arreglo pacífico de controversias internacionales y la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza (parte V).

3. Además, añade, esta es una causa relativa a la soberanía territorial que debe ejercer el Estado interesado para preservar el templo en cuestión como parte del patrimonio mundial (reconocido como tal en la lista de la UNESCO) para el beneficio (cultural) de la humanidad (párr. 12). Después de continuar con un par de “precisiones terminológicas y hermenéuticas” (por ejemplo, respecto del término “proximidades” y el verbo “retirarse” (parte III)), examina las presentaciones de las partes relativas a los incidentes (ocurridos de 2007 a 2011 y señalados a la atención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas) que llevaron a que Camboya presentara concurrentemente solicitudes de medidas provisionales de protección y de interpretación del fallo de la Corte de 1962 en la causa relativa al *Templo de Preah Vihear* (parte IV).

4. A continuación recuerda (parte V) que, en su providencia sobre medidas provisionales de 18 de julio de 2011, la Corte determinó, a partir del principio básico de la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, la creación de una “zona desmilitarizada provisional” alrededor del templo de Preah Vihear y en las proximidades de la frontera entre los dos países, la retirada inmediata de su personal militar y la garantía de acceso libre al templo para los encargados de llevar suministros al personal no militar que estuviera allí. Recuerda además que, en su opinión separada adjunta a dicha providencia de 2011, respaldó la creación sin precedentes de esa “zona desmilitarizada provisional” que, a su entender, trataba de proteger “no solo el territorio en cuestión, sino también las poblaciones que allí viven, al igual que la serie de monumentos que allí se encuentran y que forman parte del templo de Preah Vihear”, que a partir de 2008 se incluyó por decisión del Comité del Patrimonio Mundial de la UNESCO en la Lista del Patrimonio Mundial, que constituye el patrimonio cultural y espiritual de la humanidad (párr. 30). El Magistrado Cançado Trindade agrega que,

“más allá del criterio territorial clásico [...] existe un *factor humano*, que exige la protección, mediante las medidas indicadas u ordenadas por la CIJ [Corte Internacional de Justicia], de los derechos a la vida e integridad personal de la población local, así como del patrimonio cultural y espiritual de la humanidad [...]. Como fundamento de esta creación jurisprudencial, [...] se encuentra el *principio de humanidad*, que orienta la búsqueda del mejoramiento de las condiciones de vida de la población y la realización del bien común [...], en el ámbito del nuevo *ius gentium* de nuestra época [...]. En situaciones de esta naturaleza, no se puede considerar el territorio haciendo abstracción de la población local (y de su patrimonio cultural y espiritual) que, en mi opinión, constituyen el componente más precioso de la condición de Estado.

En las medidas provisionales de protección mencionadas precedentemente, la CIJ tuvo debidamente en cuen-

ta no solo el territorio en cuestión, sino también, en conjunto, la población en ese territorio, es decir, la *protección de la población en el territorio*” (párrs. 31 y 32).

5. A partir de entonces, las partes hicieron presentaciones relativas al cumplimiento de la providencia de la Corte de 2011 sobre medidas provisionales de protección, según también recapitula el Magistrado Cançado Trindade (parte VI). A continuación, se refiere a la obligación de los Estados de abstenerse de la amenaza o el uso de la fuerza y de llegar a un arreglo pacífico de la controversia (parte VII) y manifiesta que la CIJ, en ejercicio de las funciones que le incumben en el arreglo pacífico de controversias internacionales, está obligada a asegurar que los Estados cumplan los principios generales del derecho internacional, consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; al fin y al cabo, su Estatuto forma parte esencial de la Carta de las Naciones Unidas (párrs. 40 y 41). Y agrega lo siguiente:

“La atención necesaria a esos principios nos acerca al dominio de los valores humanos superiores, que deben salvaguardarse y que no han sido elaborados suficientemente en la jurisprudencia y doctrina internacionales. En definitiva, son esos principios los que sustentan e integran las normas aplicables y, en definitiva, todo ordenamiento jurídico” (párr. 42).

6. A partir de ahí, el Magistrado Cançado Trindade centra sus reflexiones en “la relación ineludible que existe entre los considerandos y la parte dispositiva” de los fallos de un tribunal internacional (parte VIII). A ese respecto, ofrece en primer lugar una visión general de la jurisprudencia de las Cortes de La Haya (Corte Permanente de Justicia Internacional y Corte Internacional de Justicia) sobre el tema (párrs. 45 a 49) y a continuación acerca de la interrelación entre *razón y persuasión* (párrs. 50, 51 y 54), así como “el reconocimiento permanente de la pertinencia de un razonamiento jurídico racional”. En tal sentido, observa que:

“La inclusión del razonamiento jurídico (es decir, la elaboración de los considerandos) tiene raíces históricas que se remontan, por ejemplo, al antiguo derecho romano. En sus fragmentos, Ulpiano (*circa* 170-228 d. C.) entendía que *iurisprudencia* (del verbo *providere*) se refería al conocimiento de lo que es justo e injusto; al impartir justicia, se entendía que *iurisprudencia* era enseñar la manera en que se debía hacer justicia, además de demostrar que se había seguido correctamente el procedimiento. Se considera que sus escritos, del período 211 a 222 d. C., contribuyeron considerablemente al Digesto de Justiniano (el volumen principal de su *Corpus Iuris Civilis*, 538 a 534) [...]” (párr. 52).

7. A juicio del Magistrado Cançado Trindade, en la elaboración de un razonamiento jurídico racional, por su parte, se busca la coherencia y la armonía; “no es un silogismo, ni se agota en la simple identificación de las normas aplicables. Va más allá de ello e incluye la interpretación y el recurso a fuentes del derecho (incluidos principios, doc-

trina y equidad), teniendo en cuenta los valores humanos. La prudencia desempeña una función en la *iurisprudencia*” (párr. 54). A su entender, las sentencias de un tribunal internacional contemporáneo, “comprenden no solo la decisión alcanzada por el tribunal (la *parte dispositiva*), sino también el razonamiento de este último, la indicación de las fuentes del derecho a que se ha recurrido, los principios fundamentales en que se basa y demás consideraciones que estime necesarias para elaborar (los *considerandos*)”; en efecto, en su opinión, “los *considerandos* y la *parte dispositiva* constituyen un todo orgánico e inseparable” (párr. 55).

8. Continúa diciendo que la cuestión fue objeto de atención especial en la doctrina jurídica del siglo XIX, que sostenía que “la parte dispositiva debe abordarse junto con el razonamiento (los *considerandos*)” en que se apoya. En consecuencia, este fue el entendimiento que “prevaleció en el derecho procesal civil (en los países de esa tradición jurídica), antes de traspasarse al procedimiento jurídico internacional” (párr. 56). Sin embargo, añade el Magistrado Cançado Trindade, con el transcurso del tiempo y bajo la influencia del positivismo jurídico, “pasó a prevalecer un punto de vista más simplista”, en el sentido de que solo la *parte dispositiva* constituye el objeto de la decisión judicial, como si aquella pudiera separarse de las demás partes de la decisión y pudiera ser obligatoria por sí misma, “independientemente de la totalidad del razonamiento elaborado por el tribunal en su apoyo”. El Magistrado Cançado Trindade comenta de manera crítica que “no es sorprendente que se difundiera ese punto de vista superficial, ya que no exige mucha elaboración” (párr. 57). En su evaluación, se trata de un “criterio estrictamente formal”; de esa manera, la *res iudicata* salió a la palestra, “reduciéndose al mínimo el razonamiento que le presta apoyo” (párr. 58).

9. El Magistrado Cançado Trindade sostiene que se puede recurrir libremente a los *considerandos* “en la interpretación de todo punto o pasaje de la *parte dispositiva* que deba ser aclarado; de hecho, difícilmente será posible determinar el alcance exacto de la *parte dispositiva* sin tener en cuenta los *considerandos*”. Ciertamente, tal vez pueda parecer que la *parte dispositiva* y los *considerandos* son “inseparables” y que “incluso hay partes dispositivas en que se estima adecuado hacer referencia expresa a los párrafos correspondientes de los *considerandos*”. Por ejemplo, en el presente fallo de interpretación, “en el punto resolutorio No. 2 de la *parte dispositiva* se hace referencia expresa al párrafo 98 de los *considerandos*” (párr. 59). A continuación, el Magistrado Cançado Trindade expresa su concepción de que:

“El razonamiento jurídico no es simplemente un producto intelectual (de la lógica), ya que la búsqueda de la justicia también es impulsada por la experiencia y la equidad social. [...] La función del juez no se reduce simplemente a producir silogismos, ni mucho menos; la creación jurisprudencial va más allá y utiliza todos

los recursos jurídicos disponibles, tiene una gran amplitud de opciones, hace concordar los hechos con las normas aplicables y dice cuál es el derecho, en ejercicio de la *iuris dictio*. El razonamiento jurídico cuenta con el elemento subjetivo del pensamiento del juez” (párr. 60).

10. El Magistrado Cançado Trindade recuerda además que, hace más de un siglo, P. Calamandrei solía señalar que *sententia* deriva de *sentiment*, según indica la etimología. Añade que los sujetos de derecho no se transforman en un *legajo* (como daría a entender la indiferencia burocrática); siguen siendo “personas vivas”. El requisito de aportar los *considerandos* (la *motivation*) aparece como un “sentido de justicia”. Además, cumple una función pedagógica, al tratar de demostrar que la sentencia en cuestión es justa y por qué lo es. Según el Magistrado Cançado Trindade, “[s]ententia emana de la conciencia humana, impulsada por el sentido de justicia” (párr. 61).

11. Por último, el Magistrado Cançado Trindade, al pasar a sus observaciones finales (parte IX), se remite a sus consideraciones que figuran en su opinión separada anterior en la providencia de la Corte de 18 de julio de 2011 sobre medidas provisionales de protección en la presente causa relativa al *Templo de Preah Vihear*, sobre la cuestión perenne de *tiempo y derecho*; al fin y al cabo, “todos vivimos y trabajamos *dentro de un tiempo*, y la aceptación del paso del tiempo es uno de los grandes retos de la existencia humana” (párr. 62). En el presente fallo de interpretación, añade, la Corte “ha tomado nota repetidamente de los hechos, posteriores a su fallo original de 1962 en la presente causa, que habían sido señalados a su atención por las partes en la controversia” y “no ha podido actuar de otra manera” (párr. 63).

12. Al proceder de esa manera, la Corte expidió la interpretación solicitada del fallo original de 1962 “centrando su atención en su *parte dispositiva* y en los *considerandos* correspondientes”, en la medida en que su propio razonamiento pertinente arrojó luz respecto de la *parte dispositiva*; a continuación, aclaró el significado de “proximidades” del templo de Preah Vihear. Ya en sus medidas provisionales de 18 de julio de 2011 en la presente causa relativa al *Templo de Preah Vihear*, la Corte, al *anar territorio, población y valores humanos* (véase lo señalado anteriormente) en una “dimensión intertemporal adecuada”, respaldó, a su entender, “el proceso en curso de *humanización* del derecho internacional” (párr. 65).

13. Continúa señalando que el paralelismo entre el fallo de 1962 y la presente interpretación del fallo de 2013 es un claro testimonio de ello. El Magistrado Cançado Trindade concluye diciendo que

“otorgando a la preservación del patrimonio cultural mundial el valor que se merece, en paralelo a la salvaguardia de la soberanía territorial, la Corte contribuye a evitar que se produzca un *daño espiritual* [...]”.

Lo hace al mismo tiempo que señala a la atención la pertinencia de los *principios generales de derecho internacional* [...]. La atención necesaria a esos principios nos acerca al dominio de los *valores humanos* superiores, compartidos por la comunidad internacional en conjunto. [...] Son los principios fundamentales los que [...] dan expresión a la idea de una *justicia objetiva*, más allá de la voluntad de los Estados individuales. Indican, por fin, el *status conscientiae* alcanzado por la comunidad internacional en conjunto” (párrs. 65 a 67).

### Declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume

En su declaración, el Magistrado *ad hoc* Guillaume concuerda con la decisión unánime de la Corte y explica su alcance.

Comienza recordando que en el segundo párrafo de la parte dispositiva del fallo de 1962 se exigió a Tailandia que retirase todo el personal civil o militar apostado por ese país en el templo o “en sus proximidades en territorio de Camboya”. Señala que, en el nuevo fallo, la Corte ha establecido la interpretación que se debe dar a esa última expresión.

En primer lugar, la Corte decidió que, en las proximidades del templo, el territorio de Camboya se extiende al norte hasta la línea del mapa del anexo I y que el territorio tailandés comienza después de esa línea. En consecuencia, la Corte determinó la línea fronteriza entre los dos Estados en el sector pertinente. Lo hizo con fuerza vinculante, habiendo decidido en tal sentido en la parte dispositiva de su nuevo fallo (párrs. 108 y 98).

En segundo término, en esa misma parte dispositiva (párrs. 108 y 98), la Corte determinó la extensión de las proximidades del templo en territorio de Camboya de manera que ese país tenga acceso libre al templo desde la llanura a través del valle que separa el promontorio de Preah Vihear de la colina de Phnom Trap (párrs. 89, 98 y 106).

Habiendo resuelto el desacuerdo entre las partes respecto del significado que se debe dar al segundo párrafo de la parte dispositiva del fallo de 1962, la Corte sostuvo que no era necesario pronunciarse sobre los demás desacuerdos entre Camboya y Tailandia.

En consecuencia, habiendo otorgado fuerza vinculante a la línea fronteriza establecida en el anexo I para el sector

de Preah Vihear, la Corte no estaba obligada a pronunciarse con respecto a las presentaciones de Camboya relativas, de manera más general, a la fuerza vinculante de esa línea como representativa de la frontera entre las partes: esas presentaciones solo se habían aceptado respecto del sector del templo, el único a que se refería la controversia de 1962.

Además, habiendo reconocido la soberanía territorial de Camboya sobre las proximidades del templo, la Corte concluyó en consecuencia que a Tailandia le incumbía la obligación de derecho internacional general de respetar esa soberanía y que no tenía derecho a enviar unilateralmente personal civil o militar al territorio de Camboya. Por ello, no era necesario que la Corte determinara si la obligación de retirarse, según se había impuesto en 1962, tenía naturaleza continua o instantánea.

En resumen, el fallo ha establecido con fuerza vinculante la línea fronteriza entre los dos Estados en el sector del templo y ha aclarado qué es lo que se debe entender por “proximidades del templo” en territorio de Camboya, en el sentido del fallo de 1962.

### Declaración del Magistrado *ad hoc* Cot

El Magistrado *ad hoc* Cot observa que la Corte se ha adherido a una concepción estricta de la interpretación del fallo de 1962. En particular, la Corte se abstuvo de pronunciarse acerca de la situación de la línea del mapa del anexo I. Únicamente tuvo en consideración esa línea para determinar el perímetro de las proximidades del templo y se negó a realizar todo tipo de operación de delimitación.

La Corte consideró que, en la parte dispositiva, el término “proximidades” del templo corresponde al promontorio rocoso en donde está ubicado el templo. En consecuencia, lógicamente, se negó a pronunciarse sobre la soberanía más allá de ese perímetro limitado y, en particular, sobre la situación de la colina vecina de Phnom Trap. El Magistrado *ad hoc* Cot concuerda con ese análisis.

La solución adoptada por la Corte se adecua estrechamente a una de las opciones presentadas al Consejo de Ministros de Tailandia el 10 de julio de 1962. En esa época, esa era una de las posibles interpretaciones del fallo según la opinión del Gobierno de Tailandia. Esa es la interpretación que la Corte ha dado hoy.

**204. DETERMINADAS ACTIVIDADES REALIZADAS POR NICARAGUA EN LA ZONA FRONTERIZA (COSTA RICA c. NICARAGUA); CONSTRUCCIÓN DE UNA CARRETERA EN COSTA RICA A LO LARGO DEL RÍO SAN JUAN (NICARAGUA c. COSTA RICA) [MEDIDAS PROVISIONALES]**

**Providencia de 22 de noviembre de 2013**

El 22 de noviembre de 2013, la Corte Internacional de Justicia dictó su providencia sobre la solicitud de nuevas medidas provisionales presentada por Costa Rica el 24 de septiembre de 2013 en la causa relativa a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)*, acumulada a la causa relativa a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*. Después de reafirmar, por unanimidad, las medidas provisionales indicadas en su providencia de 8 de marzo de 2011, la Corte indicó medidas provisionales adicionales.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrados *ad hoc* Guillaume, Dugard; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

En la parte dispositiva (párr. 59) de la providencia se establece lo siguiente:

“[...]”

La Corte,

1) Por unanimidad,

*Reafirma* las medidas provisionales indicadas en su providencia de 8 de marzo de 2011;

2) *Indica* las siguientes medidas provisionales:

a) Por unanimidad,

Nicaragua deberá abstenerse de realizar operaciones de dragado y otras actividades en el territorio en litigio y, en particular, de efectuar trabajos de todo tipo en los dos nuevos caños;

b) Por unanimidad,

Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 A) *supra* y en el párrafo 86 1) de la providencia de 8 de marzo de 2011, Nicaragua deberá rellenar la zanja en la playa al norte del caño oriental en el plazo de dos semanas a partir de la fecha de la presente providencia; deberá informar inmediatamente a la Corte de la finalización del relleno de la zanja y, en el plazo de una semana a partir de dicha finalización, presentarle un informe en el que consten todos los detalles necesarios, incluidas pruebas fotográficas;

c) Por unanimidad,

Salvo que sea necesario para dar cumplimiento a la obligación indicada en el apartado 2 B) *supra*, Nicaragua deberá: i) proceder a la retirada del territorio en litigio de cualquier clase de personal, ya sea civil, policial o de seguridad; y ii) impedir que dicho personal ingrese en el territorio en litigio;

d) Por unanimidad,

Nicaragua velará por que se retiren del territorio en litigio todos los particulares bajo su jurisdicción o control e impedirá su ingreso en dicho territorio;

e) Por 15 votos contra 1,

Tras celebrar consultas con la secretaria de la Convención de Ramsar y dar preaviso a Nicaragua, Costa Rica podrá tomar medidas apropiadas en relación con los dos nuevos caños, según sea necesario para evitar un perjuicio irreparable al medio ambiente del territorio en litigio; al adoptar estas medidas, Costa Rica deberá evitar todo efecto adverso sobre el río San Juan;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrado *ad hoc* Dugard;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado *ad hoc* Guillaume;

3) Por unanimidad,

*Decide* que las partes la informen periódicamente, a intervalos de tres meses, del cumplimiento de las anteriores medidas provisionales”.

\*  
\* \*

El Magistrado Cançado Trindade adjuntó una opinión separada a la providencia; los Magistrados *ad hoc* Guillaume y Dugard adjuntaron sendas declaraciones a la providencia.

\*  
\* \*

*Demanda y solicitud de medidas provisionales* (párrs. 1 a 20 de la providencia)

La Corte comienza recordando que, el 18 de noviembre de 2010, el Gobierno de Costa Rica presentó a la Secretaría de la Corte una demanda contra el Gobierno de Nicaragua

por “la incursión en el territorio costarricense y la ocupación y el uso de dicho territorio por el ejército de Nicaragua”, así como por “el grave daño infligido a sus pluviselvas y humedales protegidos”, “el daño que previsiblemente [...] causará [Nicaragua] al río Colorado” y “las actividades de dragado y canalización que está llevando a cabo Nicaragua en el río San Juan”. Según Costa Rica, esas actividades estaban relacionadas con la construcción de un canal (“caño”) en territorio costarricense, desde el río San Juan hasta la laguna Los Portillos.

El mismo día, tras haber interpuesto su demanda, Costa Rica también presentó una solicitud 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. Mediante providencia de 8 de marzo de 2011, la Corte indicó las siguientes medidas provisionales a ambas partes:

- “1) 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) Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 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 cause un perjuicio irreparable 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;
- 3) Cada parte deberá abstenerse de toda acción que pueda agravar o ampliar la controversia sometida a la Corte o dificultar su solución;
- 4) Cada parte informará a la Corte acerca de la forma en que dé cumplimiento a las anteriores medidas provisionales”.

La Corte observa que, en dos providencias separadas de 17 de abril de 2013, acumuló las actuaciones de la presente causa y de la causa relativa a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)* (en adelante, la “causa *Nicaragua c. Costa Rica*”), que Nicaragua había incoado contra Costa Rica el 22 de diciembre de 2011.

La Corte recuerda que, al presentar su memoria en la causa *Nicaragua c. Costa Rica*, Nicaragua solicitó a la Corte que, entre otras cosas, decidiera “*motu proprio* si las circunstancias del caso [exigían] la indicación de medidas provisionales”. Mediante cartas de fecha 11 de marzo de 2013, el Secretario informó a las partes de que la Corte consideraba que las circunstancias del caso, tal como se le presentaban en ese momento, no requerían el ejercicio de la facultad que le confiere el Artículo 75 del Reglamento de la Corte de indicar de oficio medidas provisionales.

La Corte recuerda además que, el 23 de mayo de 2013, de conformidad con el Artículo 41 del Estatuto de la Corte y del Artículo 76 del Reglamento de la Corte, Costa Rica presentó a la Secretaría una solicitud de modificación de la providencia de 8 de marzo de 2011 sobre medidas provisionales. En sus observaciones escritas, Nicaragua pidió a la Corte que desestimara la solicitud de Costa Rica y, a su vez, solicitó que la Corte modificara o adaptara la providencia de 8 de marzo de 2011, de conformidad con el Artículo 76 del Reglamento de la Corte. Mediante providencia de 16 de julio de 2013, la Corte determinó que las circunstancias, tal como se habían presentado ante ella, no tenían entidad como para que ejerciera su facultad de modificar las medidas indicadas en la providencia de 8 de marzo de 2011. En la misma providencia, la Corte reafirmó también las medidas provisionales que había indicado en su providencia de 8 de marzo de 2011, en particular la exigencia de que las partes se abstuvieran “de toda acción que pueda agravar o ampliar la controversia sometida a la Corte o dificultar su solución”.

La Corte observa que, el 24 de septiembre de 2013, de conformidad con el Artículo 41 del Estatuto de la Corte y de los artículos 73 a 75 del Reglamento de la Corte, Costa Rica presentó a la Secretaría una nueva solicitud de medidas provisionales en la presente causa. Costa Rica aclaró que no estaba solicitando la modificación de la providencia de 8 de marzo de 2011, sino que se trataba de una solicitud “independiente, basada en hechos nuevos”. El Secretario dio inmediato traslado de dicha solicitud al Gobierno de Nicaragua.

La Corte recuerda que Costa Rica, al exponer los hechos que la llevaron a presentar esa solicitud, afirmó que, desde que la Corte había dictado su providencia de 16 de julio de 2013 sobre las solicitudes de las partes de modificar las medidas indicadas en su providencia de 8 de marzo de 2011, había tenido conocimiento de “nuevas y graves actividades realizadas por Nicaragua en el territorio en litigio” tras la recepción de imágenes de satélite de esa zona. En particular, Costa Rica sostuvo que Nicaragua había comenzado a construir dos nuevos caños artificiales en el territorio en litigio.

La Corte recuerda además que, al final de su solicitud de nuevas medidas provisionales, Costa Rica le solicitó que:

“con carácter de urgencia, ordene las siguientes medidas provisionales para impedir nuevas violaciones de la integridad territorial de Costa Rica y nuevos perjuicios irreparables al territorio en cuestión, en espera de la decisión sobre el fondo de [la] causa:

- 1) Que se suspendan de forma inmediata e incondicional todos los trabajos de dragado o de otra índole en el territorio en litigio y, en particular, que cesen los trabajos de cualquier tipo en los dos nuevos caños artificiales en el territorio en litigio que se muestran en las imágenes de satélite que figuran en el anexo PM-8 [de la solicitud];

- 2) Que Nicaragua retire inmediatamente del territorio en litigio todo personal, infraestructura (incluidas tiendas de campaña) y equipo (incluidas dragas) que Nicaragua o personas bajo su jurisdicción o procedentes de su territorio hayan introducido en el territorio en litigio;
- 3) Que se autorice a Costa Rica a realizar trabajos de rehabilitación en el territorio en litigio respecto de los dos nuevos caños artificiales y zonas circundantes, en la medida necesaria para evitar que se cause un perjuicio irreparable al territorio en litigio; y
- 4) Que cada parte informe inmediatamente a la Corte sobre el cumplimiento de las anteriores medidas provisionales, a más tardar una semana después de expedida la providencia.”

\*  
\* \*

La Corte observa que las audiencias públicas sobre la solicitud de nuevas medidas provisionales de Costa Rica se celebraron los días 14, 15, 16 y 17 de octubre de 2013 y que, durante esas audiencias, los agentes y abogados de los Gobiernos de Costa Rica y Nicaragua formularon observaciones orales. En el curso de las audiencias, algunos miembros de la Corte formularon preguntas a Nicaragua, que fueron respondidas oralmente; Costa Rica hizo uso de su derecho a formular observaciones orales sobre esas respuestas.

La Corte recuerda que, al finalizar su segunda ronda de observaciones orales, Costa Rica solicitó a la Corte que indicara medidas provisionales en los mismos términos que se formulaban en su solicitud, mientras que Nicaragua, al finalizar su segunda ronda de observaciones orales, manifestó lo siguiente:

“Con arreglo a lo establecido en el Artículo 60 del Reglamento de la Corte y teniendo en cuenta la solicitud de medidas provisionales de la República de Costa Rica y sus alegaciones orales, la República de Nicaragua afirma respetuosamente que:

- Por las razones expuestas durante las presentes audiencias y las demás razones que la Corte considere adecuadas, la República de Nicaragua solicita a la Corte que desestime la solicitud de medidas provisionales presentada por la República de Costa Rica”.

*Razonamiento de la Corte* (párrs. 21 a 58)

#### *I. Competencia prima facie* (párrs. 21 a 23)

La Corte comienza observando que, en el caso de una solicitud de medidas provisionales, no es necesario que, antes de decidir si procede o no indicar dichas medidas, la Corte se cerciore de manera definitiva de que es competente sobre el fondo del asunto, pues solo tiene que cerciorarse de que las disposiciones que invoca la parte demandante ofrezcan,

*prima facie*, un sustento sobre el cual pueda fundamentarse su competencia.

La Corte señala que Costa Rica trata de fundamentar la competencia de la Corte en el Artículo XXXI del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, firmado en Bogotá el 30 de abril de 1948, así como en las declaraciones de ambas partes de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte.

La Corte recuerda que, en su providencia de 8 de marzo de 2011, consideró que “los instrumentos invocados por Costa Rica parecen, *prima facie*, ofrecer una base en virtud de la cual la Corte podría ser competente para pronunciarse sobre el fondo, lo que la facultaría para indicar medidas provisionales si considerara que las circunstancias así lo exigen”. Además, la Corte observa que Nicaragua no impugnó la competencia de la Corte dentro del plazo establecido en el Artículo 79, párrafo 1, del Reglamento de la Corte. En esas circunstancias, la Corte considera que puede pronunciarse sobre la presente solicitud de nuevas medidas provisionales.

#### *II. Derechos cuya protección se reclama y medidas solicitadas* (párrs. 24 a 33)

La Corte recuerda que su potestad para establecer medidas provisionales con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 41 del Estatuto tiene como finalidad proteger los derechos reivindicados por cada una de las partes en la causa hasta el pronunciamiento de su decisión sobre el fondo de la cuestión. De ello se desprende la obligación que atañe a la Corte de proteger aquellos derechos que posteriormente pueda determinar que corresponden a cualquiera de las partes. Por consiguiente, la Corte solo puede ejercer esa facultad si se ha cerciorado de que los derechos reivindicados por la parte demandante son, por lo menos, plausibles. Además, debe existir un vínculo entre los derechos que constituyen el objeto del proceso ante la Corte respecto del fondo de la cuestión y las medidas provisionales que se solicitan.

La Corte observa que los derechos que Costa Rica procura proteger son los derechos a la soberanía sobre el territorio que denomina Isla Portillos y a la integridad territorial, así como su derecho a proteger el medio ambiente en las zonas sobre las cuales es soberana. La Corte recuerda la afirmación que realizó en su providencia de 8 de marzo de 2011 de que, si bien “las medidas provisionales que pueda indicar no prejuzgan la existencia de ningún título”, al parecer “el título de soberanía reclamado por Costa Rica sobre la totalidad de la Isla Portillos es plausible”. La Corte no ve motivo para apartarse de esa conclusión en el contexto de la presente solicitud de Costa Rica. Además, en la medida en que el título que reclama Costa Rica es plausible, la Corte considera que cualquier perjuicio ambiental futuro causado en el territorio en litigio violaría los derechos territoriales invocados por Costa Rica. En consecuencia, la Corte considera que los derechos respecto de los cuales Costa Rica solicita protección son plausibles.

La Corte aborda a continuación la cuestión del vínculo entre los derechos reivindicados y las medidas provisionales solicitadas. Recuerda que la primera medida provisional solicitada por Costa Rica tiene por objeto la suspensión inmediata e incondicional del dragado u otras actividades y, concretamente, la cesación de los trabajos de cualquier tipo en los dos nuevos caños en el territorio en litigio. A ese respecto, Costa Rica ha señalado a la atención de la Corte los posibles efectos de la construcción de esos dos caños sobre el territorio en litigio y el curso del río San Juan. La Corte considera que dicha construcción podría afectar a los derechos de soberanía de Costa Rica, así como a los derechos ambientales conexos, sobre los que la Corte habrá de pronunciarse al examinar el fondo del asunto. En consecuencia, la Corte concluye que existe un nexo entre los derechos reivindicados por Costa Rica y la primera medida provisional que se solicita.

La Corte observa que la segunda medida provisional solicitada por Costa Rica tiene por objeto que Nicaragua retire inmediatamente del territorio en litigio todo personal, infraestructura (incluidas tiendas de campaña) y equipo (incluidas dragas) que Nicaragua o personas bajo su jurisdicción o procedentes de su territorio hayan introducido en el territorio en litigio. En este sentido, la Corte considera que la presencia de personal, infraestructura y equipo nicaragüenses en el territorio en litigio podría afectar a los derechos de soberanía que, tras el examen del fondo del asunto, podría considerarse que corresponden a Costa Rica. En consecuencia, la Corte concluye que existe un nexo entre los derechos reivindicados por Costa Rica y la segunda medida provisional que se solicita.

Con respecto a la tercera medida provisional que solicita Costa Rica, consistente en que se la autorice a realizar trabajos de rehabilitación en el territorio en litigio respecto de los dos nuevos caños y zonas circundantes, en la medida necesaria para evitar que se cause un perjuicio irreparable al territorio en litigio, la Corte considera que guarda relación con los derechos de soberanía que Costa Rica reivindica sobre el territorio en litigio.

Por último, la Corte recuerda que la cuarta medida provisional solicitada por Costa Rica consiste en que cada una de las partes informe a la Corte de la observancia de las medidas provisionales que esta pueda indicar, a más tardar una semana después de dictada la providencia. La Corte estima que esta solicitud no tiene por objeto proteger los derechos de Costa Rica y que, por lo tanto, no es preciso establecer un nexo entre ella y los derechos reivindicados por Costa Rica.

### *III. Riesgo de perjuicio irreparable y urgencia (párrs. 34 a 50)*

La Corte recuerda que tiene potestad para establecer medidas provisionales cuando exista la posibilidad de causar un perjuicio irreparable a los derechos objeto de controversia, y que dicha potestad solo se ejercerá en caso de urgencia,

en la medida en que exista un riesgo real e inminente de ocasionar un menoscabo irreparable de esos derechos.

La Corte observa que, desde su providencia de 16 de julio de 2013 sobre las solicitudes de modificación de la providencia de 8 de marzo de 2011, en la que se indicaron medidas provisionales, se ha producido un cambio en la situación en el “territorio en litigio” con respecto a lo definido por la Corte en su providencia de 8 de marzo de 2011, y observa que las pruebas presentadas demuestran que se han construido dos nuevos caños en ese territorio. Además, una fotografía de 18 de septiembre de 2013, presentada por Costa Rica, muestra una zanja superficial que comienza en el extremo del caño oriental en dirección al mar. A juicio de la Corte, de una imagen de satélite de 5 de octubre de 2013 se desprende que esa zanja se ha ampliado y actualmente atraviesa la playa, separada del mar solo por una estrecha franja de arena. La Corte observa asimismo que Nicaragua reconoce la existencia de los dos nuevos caños y de la zanja, aunque afirma que todos los trabajos relacionados con esos elementos cesaron a raíz de instrucciones dadas por el Presidente Ortega el 21 de septiembre de 2013.

La Corte señala que Nicaragua admite que las operaciones de dragado para la construcción de los caños fueron llevadas a cabo por un grupo de sus nacionales dirigido por el Sr. Pastora, en el contexto de la ejecución de un proyecto para la mejora de la navegación en el río San Juan. La Corte recuerda, además, que ese proyecto fue aprobado por el Ministerio del Ambiente y los Recursos Naturales de Nicaragua, que el Sr. Pastora fue nombrado por el Presidente de Nicaragua para ejecutar ese proyecto y que la Empresa Portuaria Nacional se refería a él con el título de “delegado del Gobierno para el dragado”.

La Corte observa que las pruebas presentadas demuestran la presencia en el territorio en litigio de personal nicaragüense que realiza operaciones de dragado, así como de infraestructura (incluidas tiendas de campaña) y equipo (incluidas dragas). Por otra parte, la Corte toma nota de que en una fotografía de fecha 5 de febrero de 2013 puede observarse la presencia de un campamento del ejército de Nicaragua en la playa, lo que le permite llegar a la conclusión de que, al menos desde esa fecha, personal militar nicaragüense ha estado presente en el lugar. La Corte observa que Nicaragua reconoce la presencia de su campamento militar en la playa al norte de los dos nuevos caños que, a su entender, constituye un banco de arena. La Corte considera, no obstante, que, contrariamente a lo que alega Nicaragua, este campamento se encuentra en la playa y cerca de la línea de vegetación y, por consiguiente, está situado dentro del territorio en litigio definido por la Corte en su providencia de 8 de marzo de 2011. La Corte observa que la presencia de ese campamento queda confirmada por imágenes de satélite de fechas 5 y 14 de septiembre de 2013 y por la fotografía de fecha 18 de septiembre de 2013.

La Corte llega a la conclusión de que, habida cuenta de la duración, amplitud y posición de la zanja junto al caño oriental, como se aprecia en la imagen de satélite de 5 de octubre de 2013, existe un riesgo real de que pueda llegar al mar, ya sea como resultado de elementos naturales o de la actividad del hombre, o de una combinación de ambos factores. Ese resultado tendría el efecto de conectar el río San Juan con el mar Caribe mediante el caño oriental. Dadas las pruebas que tuvo ante sí, la Corte considera que ello podría dar lugar a una alteración del curso del río San Juan, con graves consecuencias para los derechos reivindicados por Costa Rica. La Corte considera, pues, que la situación en el territorio en litigio revela la existencia de un riesgo real de perjuicio irreparable para los derechos reivindicados por la parte demandante en esta causa.

Además, la Corte estima que existe urgencia. En primer lugar, durante la temporada de lluvias el aumento del caudal de agua en el río San Juan y, en consecuencia, en el caño oriental podría extender la zanja y conectarla con el mar, con lo que se podría crear un nuevo cauce para el río San Juan. En segundo lugar, la zanja también podría ser fácilmente unida al mar, con un mínimo de esfuerzo y equipo, por personas que ingresen en esa zona procedentes del territorio nicaragüense. En tercer lugar, hay un campamento militar nicaragüense a solo metros de distancia de la zanja, en una zona que Nicaragua considera queda fuera del territorio en litigio. En cuarto lugar, en respuesta a una pregunta de un miembro de la Corte sobre la ubicación del equipo utilizado en la construcción de los caños, Nicaragua informó a la Corte de la ubicación de las dragas, pero no descartó la presencia en el territorio en litigio de otro equipo que se podría usar para ampliar la zanja.

#### *IV. Medidas que se han de adoptar (párrs. 51 a 58)*

Sobre la base de lo antes expuesto, la Corte llega a la conclusión de que, habida cuenta de las circunstancias y dado que se cumplen todas las condiciones requeridas por su Estatuto para establecer medidas provisionales, debe indicar dichas medidas para hacer frente a la nueva situación que impera en el territorio en litigio. Esas medidas complementarán las que ya están en vigor en virtud de la providencia de 8 de marzo de 2011.

La Corte recuerda que, con arreglo a su Estatuto, cuando se formula una solicitud de medidas provisionales, tiene la facultad de indicar medidas que sean en todo o en parte distintas de las solicitadas. En la presente causa, después de considerar las medidas provisionales solicitadas por Costa Rica, la Corte estima que las medidas que debe indicar no tienen que ser idénticas a las solicitadas.

La Corte estima que el relleno de la zanja junto al caño oriental debe llevarse a cabo inmediatamente. A la luz de las circunstancias del caso y, en particular, del hecho de que la zanja fue excavada por personal de Nicaragua, incumbe ahora a Nicaragua rellenarla, no obstante lo dispuesto en el apar-

tado 1 del párrafo 86 de la providencia de la Corte de 8 de marzo de 2011. Nicaragua deberá hacerlo en el plazo de dos semanas a partir de la fecha de la presente providencia. Deberá informar inmediatamente a la Corte de la finalización del relleno de la zanja y, dentro del plazo de una semana a partir de dicha finalización, presentarle un informe en el que consten todos los detalles necesarios, incluidas pruebas fotográficas.

Con respecto a los dos nuevos caños, la Corte recuerda que están situados en el territorio en litigio en el “Humedal Caribe Noreste”, respecto del cual Costa Rica tiene obligaciones en virtud de la Convención de Ramsar. Por lo tanto, hasta que la Corte se pronuncie sobre el fondo de la cuestión, Costa Rica deberá consultar con la secretaría de la Convención de Ramsar a los efectos de una evaluación de la situación ambiental creada por la construcción de los dos nuevos caños. La Corte declara que, teniendo en cuenta la información especializada que pueda suministrar la secretaría, Costa Rica podrá tomar medidas apropiadas en relación con los nuevos caños, según sea necesario para evitar un perjuicio irreparable al medio ambiente del territorio en litigio. La Corte añade que, al adoptar esas medidas, Costa Rica deberá evitar cualquier efecto adverso sobre el río San Juan y dar preaviso a Nicaragua de esas medidas.

Con respecto a la presencia de personal, infraestructura y equipo nicaragüenses en el territorio en litigio, la Corte considera que, en vista de sus constataciones sobre la presencia en el territorio en litigio del personal que realiza las operaciones de dragado y del campamento del ejército de Nicaragua, se debe reforzar y complementar la primera medida provisional indicada en su providencia de 8 de marzo de 2011. En consecuencia, la Corte considera que Nicaragua, tras haber rellenado la zanja en la playa, deberá: i) ordenar la retirada del territorio en litigio de cualquier clase de personal, ya sea civil, policial o de seguridad; y ii) impedir que dicho personal ingrese en el territorio en litigio. Además, en vista del constante ingreso de los miembros del Movimiento Ambientalista Guardabarranco en el territorio en litigio, la Corte considera que Nicaragua deberá velar por que se retiren del territorio en litigio todos los particulares bajo su jurisdicción o control e impedir su ingreso en dicho territorio.

La Corte pone de relieve que sus providencias sobre medidas provisionales tienen efecto vinculante y, por consiguiente, crean obligaciones jurídicas internacionales que ambas partes deben cumplir. Recuerda además que la cuestión de la observancia de las medidas provisionales indicadas en una causa puede ser examinada por la Corte en las actuaciones principales. Por último, la Corte añade que la decisión adoptada en el presente procedimiento en modo alguno prejuzga las cuestiones relativas al fondo de la causa o cualesquiera otras cuestiones que se hayan de decidir en esa fase y no afecta el derecho de los Gobiernos de Costa Rica y Nicaragua de presentar argumentos respecto de esas cuestiones.

## Opinión separada del Magistrado Cançado Trindade

1. El Magistrado Cançado Trindade comienza su opinión separada, dividida en cinco partes, identificando algunos aspectos señalados en la presente providencia que, según su parecer, merecen mayor atención. Habida cuenta de la importancia que les atribuye, el Magistrado se siente obligado, movido por un sentido del deber en el ejercicio de la función judicial internacional, a dejar constancia en el expediente de los fundamentos de su propia posición personal al respecto (parte I).

2. En primer lugar, examina el contexto fáctico, tal como se describe ante la Corte en las exposiciones de las partes en el curso del presente procedimiento, tanto en la fase escrita como en las dos rondas de argumentos orales (parte II). Las pruebas presentadas a la Corte la han conducido a constatar que ha habido un cambio en la situación (desde sus anteriores providencias de 8 de marzo de 2011 y 16 de julio de 2013), dadas la construcción de dos nuevos caños y la presencia de un campamento militar nicaragüense en el territorio en litigio (párrs. 16 a 19).

3. El Magistrado Cançado Trindade pasa, a continuación, de los hechos al nivel jurídico-epistemológico, a fin de centrar sus reflexiones en las cuestiones de la configuración del *régimen jurídico autónomo* (tal como él lo percibe y concibe) de las medidas provisionales de protección. En ese sentido, examina la tarea de los tribunales internacionales y una formulación jurisprudencial alentadora (2000-2013) a tal efecto (parte III). Recuerda que es “en la era de los tribunales internacionales contemporáneos cuando las medidas provisionales de protección han salido a la luz y han prosperado en los procedimientos judiciales internacionales” (párr. 20).

4. Ello pone de relieve la cuestión de la *observancia* de esas medidas y las consecuencias jurídicas que de ellas dimanen. Esta cuestión —sigue diciendo— todavía no se ha estudiado y desarrollado lo suficiente, a pesar de que está estrechamente vinculada con la búsqueda de la realización de la justicia en el plano internacional. El Magistrado Cançado Trindade observa, pues, que debe prestarse mayor atención al régimen jurídico de las medidas provisionales, sus *efectos jurídicos* y la fiel observancia de ellas, junto con las consecuencias jurídicas de su inobservancia (párrs. 22 a 24). A su juicio, ha habido algunos ensayos de formulación jurisprudencial (párrs. 25 a 28), pero aún queda, en este ámbito, un largo camino por recorrer en la larga búsqueda de la realización de la justicia.

5. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade destaca la necesidad de perseverar en la formulación de un régimen jurídico autónomo de medidas provisionales de protección (parte IV). A su entender, por medio de la formulación de dicho régimen, los tribunales internacionales contemporá-

neos pueden contribuir de manera eficaz a evitar o prevenir daños irreparables en situaciones de urgencia, en beneficio, en última instancia, de todos los sujetos de derecho internacional, todos los *justiciales*, es decir, tanto los Estados como los grupos de personas y simples particulares (párr. 31).

6. En sus consideraciones finales (parte V), el Magistrado Cançado Trindade observa que, cuando aparece una nueva situación —como la actual en el territorio en litigio— que pone de manifiesto una urgencia y el riesgo de perjuicio irreparable, la Corte debe indicar u ordenar prontamente nuevas medidas provisionales, sin aplazar una decisión a tal efecto. A su juicio, la responsabilidad por la inobservancia de esas medidas “va acompañada necesariamente de la atribución de responsabilidad al Estado de que se trate. Existe una violación autónoma de una obligación convencional (relativa a las medidas provisionales), sin perjuicio de lo que más adelante decida la Corte en cuanto al fondo” (párr. 37).

7. El Magistrado Cançado Trindade estima que la inobservancia de las medidas provisionales de protección es “una causa adicional de responsabilidad (independientemente de toda decisión sobre el fondo de la cuestión)” (párr. 39), y la tarea que la Corte tiene ante sí es “extraer las consecuencias que de ella se deriven” (párr. 40). Sin perjuicio de la ulterior decisión de la Corte sobre el fondo del asunto, es más apropiado dilucidar los efectos jurídicos de esas medidas provisionales en el marco de su régimen jurídico autónomo. Cuando así se haga —concluye—, se habrá prestado “un nuevo servicio a la causa de la realización de la justicia en el plano internacional” (párr. 40).

## Declaración del Magistrado ad hoc Guillaume

El Magistrado *ad hoc* Guillaume discrepa de la Corte en relación con el apartado 2 E) de la parte dispositiva de la providencia. En ese apartado, la Corte contempla la hipótesis muy poco probable de que en el futuro se produzca en el territorio en litigio, de resultados de los trabajos en cuestión, un riesgo de perjuicio irreparable a los humedales protegidos por la Convención de Ramsar. La Corte ha atribuido a Costa Rica, y a Costa Rica solamente, el derecho a adoptar las medidas necesarias para impedir la materialización de ese perjuicio. El Magistrado *ad hoc* Guillaume considera que habría sido preferible determinar que dichas medidas fueran adoptadas por ambos Estados actuando conjuntamente.

## Declaración del Magistrado ad hoc Dugard

En su declaración, el Magistrado *ad hoc* Dugard expresa su pleno apoyo a la providencia, aunque señala que habría sido atinado que la Corte hubiera previsto las condiciones de acceso de Costa Rica al territorio en litigio para ejecutar trabajos de rehabilitación en los nuevos caños, habida cuenta del desacuerdo entre las partes sobre la cuestión de si Costa Rica podría utilizar el río San Juan con ese fin.

## 205. CONSTRUCCIÓN DE UNA CARRETERA EN COSTA RICA A LO LARGO DEL RÍO SAN JUAN (NICARAGUA *c.* COSTA RICA); DETERMINADAS ACTIVIDADES REALIZADAS POR NICARAGUA EN LA ZONA FRONTERIZA (COSTA RICA *c.* NICARAGUA) [MEDIDAS PROVISIONALES]

### Providencia de 13 de diciembre de 2013

El 13 de diciembre de 2013, la Corte dictó una providencia sobre la solicitud de medidas provisionales presentada por Nicaragua el 11 de octubre de 2013 en la causa relativa a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, acumulada a la causa relativa a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)*. En la providencia, la Corte consideró por unanimidad que las circunstancias, tal como se le presentaban, no requerían el ejercicio de la facultad que le confiere el Artículo 41 del Estatuto de indicar medidas provisionales.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrados *ad hoc* Guillaume, Dugard; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

En la parte dispositiva (párr. 39) de la providencia se establece lo siguiente:

“[...]”

La Corte,

Por unanimidad,

*Determina* que las circunstancias, tal como se presentan a la Corte, no requieren el ejercicio de la facultad que le confiere el Artículo 41 del Estatuto de indicar medidas provisionales”.

\*  
\* \*

*La demanda y la solicitud de medidas provisionales (párrs. 1 a 11 de la providencia)*

La Corte comienza recordando que, mediante demanda presentada en la Secretaría de la Corte el 22 de diciembre de 2011, la República de Nicaragua (en adelante, “Nicaragua”) incoó un procedimiento contra la República de Costa Rica (en adelante, “Costa Rica”) por “violaciones de la soberanía nicaragüense e importantes daños ambientales en su territorio” y sostuvo, en particular, que Costa Rica estaba realizando obras de construcción cerca de la zona fronteriza entre los dos países a lo largo del río San Juan, específicamente la construcción de una carretera (Ruta 1856) (causa relativa a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del*

*río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, en adelante la “causa *Nicaragua c. Costa Rica*”). En la demanda, Nicaragua afirma además que la nueva carretera está causando al río un daño continuo y en gran escala “debido al impulso que inevitablemente da a las actividades agrícolas e industriales”.

Al presentar su memoria, Nicaragua había solicitado a la Corte que, entre otras cosas, decidiera “*motu proprio* si las circunstancias del caso [exigían] la indicación de medidas provisionales”. Mediante cartas de fecha 11 de marzo de 2013, el Secretario informó a las partes de que la Corte consideraba que las circunstancias del caso, tal como se le presentaban en ese momento, no requerían el ejercicio de la facultad que le confiere el Artículo 75 del Reglamento de la Corte de indicar de oficio medidas provisionales.

La Corte explica que, en dos providencias separadas de fecha 17 de abril de 2013, había decidido acumular la causa *Nicaragua c. Costa Rica* a la causa relativa a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)* (en adelante, la “causa *Costa Rica c. Nicaragua*”), que había sido incoada por Costa Rica contra Nicaragua el 18 de noviembre de 2010, acompañada de una solicitud de medidas provisionales. Mediante providencia de 8 de marzo de 2011 en esta última causa, la Corte indicó ciertas medidas provisionales respecto de ambas partes. Después de solicitudes sucesivas de Costa Rica y Nicaragua de que se modificara dicha providencia, la Corte, mediante providencia de 16 de julio de 2013, consideró que las circunstancias del caso, tal como se le presentaban en ese momento, no requerían el ejercicio de la facultad de modificar las medidas indicadas en su providencia de 8 de marzo de 2011. El 24 de septiembre de 2013, Costa Rica presentó ante la Secretaría una solicitud de nuevas medidas provisionales en la causa *Costa Rica c. Nicaragua*. La totalidad de los antecedentes procesales de la causa *Costa Rica c. Nicaragua* figuran en la providencia de la Corte de fecha 22 de noviembre de 2013 sobre la solicitud de Costa Rica de nuevas medidas provisionales en dicha causa.

La Corte señala que, el 11 de octubre de 2013, Nicaragua presentó a la Secretaría una solicitud de medidas provisionales en la causa *Nicaragua c. Costa Rica*, aclarando que no solicitaba la modificación de la providencia de 8 de marzo de 2011 en la causa *Costa Rica c. Nicaragua*, sino más bien “la adopción de nuevas medidas provisionales vinculadas a la causa *Nicaragua c. Costa Rica*”. Nicaragua propuso además que su solicitud se escuchara en la misma audiencia oral y al mismo tiempo que la solicitud de Costa Rica de nuevas

medidas provisionales. Mediante carta de 14 de octubre de 2013, Costa Rica se opuso a la propuesta de Nicaragua. Mediante cartas de fecha 14 de octubre de 2013, el Secretario informó a las partes de que la Corte había decidido que examinaría las dos solicitudes separadamente.

La Corte recuerda que Nicaragua, al esbozar los hechos que la llevaron a presentar solicitud, manifestó que Costa Rica “se ha negado repetidamente a ofrecerle la información pertinente sobre las obras viales” y que “ha negado que tenga obligación alguna de preparar una evaluación del impacto ambiental o de aportar a Nicaragua un documento de esa naturaleza”. En su solicitud, Nicaragua afirma que:

“ahora que la estación lluviosa comienza su etapa más intensa, llevando cantidades cada vez más grandes de sedimentos y escorrentía a las aguas del río, Costa Rica todavía no ha aportado a Nicaragua la información necesaria, ni tampoco ha adoptado las medidas necesarias a lo largo de la carretera, de 160 km de longitud, para evitar o mitigar el daño irreparable que se está causando en el río y en su entorno, incluso respecto de la navegación y la salud y el bienestar de la población que vive a lo largo de sus riberas”.

La Corte añade que, en la parte final de su solicitud, Nicaragua pidió a la Corte que:

“Con carácter de urgencia, a fin de impedir nuevos daños en el río y que se agrave la controversia, ordene las medidas provisionales siguientes:

- 1) Que Costa Rica, de manera inmediata e incondicional, aporte a Nicaragua un estudio de evaluación del impacto ambiental y todos los informes técnicos y evaluaciones sobre las medidas necesarias para mitigar un daño ambiental significativo en el río;
- 2) Que Costa Rica adopte de inmediato las medidas de emergencia siguientes:
  - a) Reduzca la tasa y frecuencia de hundimientos de material de relleno y aludes en los lugares en donde la carretera atraviesa las laderas más empinadas, especialmente en donde el material fallido o erosionado ha caído o podría caer al río San Juan;
  - b) Elimine o reduzca significativamente el riesgo de futura erosión o arrastre de sedimentos en todos los cruces acuáticos a lo largo de la Ruta 1856;
  - c) Reduzca inmediatamente la erosión superficial de la carretera y el arrastre de sedimentos, mejorando la dispersión de la escorrentía concentrada proveniente de la carretera y aumentando el Noero y la frecuencia de las estructuras de drenaje vial;
  - d) Controle la erosión superficial y el arrastre de sedimentos resultante de zonas de suelo desnudo que en los últimos años quedaron expuestas durante las actividades de desmonte, excavación y construcción;

3) Que ordene a Costa Rica que no reanude ninguna de las actividades de construcción en la carretera mientras la Corte examine la presente causa”.

La Corte recuerda que, en las audiencias públicas celebradas los días 5, 6, 7 y 8 de noviembre de 2013, los agentes y abogados de los Gobiernos de Nicaragua y Costa Rica presentaron observaciones orales.

La Corte señala que, al finalizar su segunda ronda de observaciones orales, Nicaragua solicitó a la Corte que indicara medidas provisionales en los mismos términos que se formulaban en su solicitud, mientras que, al finalizar su segunda ronda de observaciones orales, Costa Rica manifestó lo siguiente:

“Con arreglo a lo establecido en el Artículo 60 del Reglamento de la Corte y teniendo en cuenta la solicitud de medidas provisionales formulada por la República de Nicaragua y sus alegaciones orales, la República de Costa Rica afirma que:

- Por las razones expuestas durante la presente audiencia y las demás razones que la Corte considere adecuadas, la República de Costa Rica solicita a la Corte que desestime la solicitud de medidas provisionales presentada por la República de Nicaragua”.

*Razonamiento de la Corte* (párrs. 12 a 38)

#### *I. Competencia prima facie* (párrs. 12 a 14)

La Corte comienza observando que solo está facultada para dictar medidas provisionales si las disposiciones que invoca la parte demandante constituyen, *prima facie*, un posible fundamento para determinar la competencia de la Corte, si bien no tiene obligación de cerciorarse de manera concluyente de su competencia sobre el fondo de la cuestión.

La Corte señala que Nicaragua trata de fundamentar la competencia de la Corte en el Artículo XXXI del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, firmado en Bogotá el 30 de abril de 1948, así como en las declaraciones de ambas partes de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte.

La Corte considera que esos instrumentos parecen ofrecer, *prima facie*, un fundamento para su competencia sobre el fondo de la causa (véase *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)* (medidas provisionales), providencia de 8 de marzo de 2011, *I.C.J. Reports 2011 (I)*, pág. 18, párr. 52).

La Corte señala además que Costa Rica no impugnó la competencia de la Corte en las presentes actuaciones dentro del plazo establecido en el Artículo 79, párrafo 1, del Reglamento de la Corte. En estas circunstancias, la Corte determina que puede pronunciarse sobre la solicitud de medidas provisionales presentada por Nicaragua.

## II. *Derechos cuya protección se reclama y medidas solicitadas* (párrs. 15 a 23)

La Corte recuerda que su potestad para establecer medidas provisionales con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 41 del Estatuto tiene como finalidad proteger los derechos reivindicados por cada una de las partes en la causa hasta el pronunciamiento de su decisión sobre el fondo de la cuestión. De ello se desprende la obligación que atañe a la Corte de proteger aquellos derechos que posteriormente pueda determinar que corresponden a cualquiera de las partes. Por consiguiente, la Corte solo puede ejercer esa facultad si se ha cerciorado de que los derechos reivindicados por la parte demandante son por lo menos plausibles. Además, debe existir un vínculo entre los derechos que constituyen el objeto del proceso ante la Corte respecto del fondo de la cuestión y las medidas provisionales que se solicitan.

La Corte señala que, según Nicaragua, los derechos que trata de proteger son sus “derechos de soberanía e integridad territoriales”, su “derecho a no sufrir un daño transfronterizo” y su “derecho a recibir de Costa Rica una evaluación del impacto ambiental transfronterizo”.

La Corte señala además que, en la presente etapa procesal, no es necesario que determine de manera definitiva si existen los derechos que Nicaragua desea ver protegidos; solo debe decidir si los derechos alegados por Nicaragua en cuanto al fondo, y respecto de los cuales solicita protección, son verosímiles.

La Corte observa inicialmente que, con arreglo al Tratado de Límites entre Costa Rica y Nicaragua, de 1858, esta última tiene “el dominio y sumo imperio sobre las aguas del río San Juan” y que, en consecuencia, el río “pertenece a Nicaragua”. La Corte señala que el derecho alegado de no sufrir daño transfronterizo es el derecho principal que fundamenta la solicitud de Nicaragua y que dimana del derecho del Estado a la soberanía e integridad territorial. En tal sentido, la Corte recuerda que “la existencia de obligaciones generales de los Estados de asegurar que las actividades bajo su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o zonas más allá del control nacional forma parte en la actualidad del *corpus* del derecho internacional relativo al medio ambiente”. En consecuencia, la Corte considera que es plausible un derecho correlativo a no sufrir ese tipo de daño transfronterizo. Respecto del derecho alegado por Nicaragua de recibir de Costa Rica una evaluación del impacto ambiental transfronterizo, la Corte manifiesta que, en otro contexto, ha tenido ocasión de señalar que:

“con arreglo a una práctica que en los últimos años ha ganado mucha aceptación entre los Estados [...] puede considerarse que en la actualidad existe la obligación, en virtud del derecho internacional general, de realizar una evaluación del impacto ambiental cuando se corra el riesgo de que la actividad industrial propuesta pueda

tener un impacto negativo importante en un contexto transfronterizo [...]”.

En consecuencia, la Corte considera que son plausibles los derechos respecto de los cuales Nicaragua solicita protección.

A continuación, la Corte examina la cuestión de si las medidas provisionales solicitadas están vinculadas a los derechos alegados y no prejuzgan el fondo de la causa.

La Corte recuerda que la primera medida provisional solicitada por Nicaragua es que Costa Rica le aporte “de manera inmediata e incondicional” un estudio de evaluación del impacto ambiental y todos los informes técnicos y evaluaciones sobre las medidas necesarias para mitigar un daño ambiental significativo en el río San Juan. La Corte observa que esta solicitud es exactamente la misma que una de las pretensiones de Nicaragua sobre el fondo que figura al final de su demanda y de su memoria en la presente causa. En la presente etapa procesal, una decisión de la Corte de ordenar a Costa Rica que aporte a Nicaragua un estudio de evaluación del impacto ambiental, así como informes técnicos, equivaldría en consecuencia a prejuzgar la decisión de la Corte sobre el fondo de la causa.

La Corte observa que la segunda medida provisional solicitada por Nicaragua es que Costa Rica adopte de inmediato diversas medidas de emergencia a fin de reducir o eliminar casos de erosión, aludes y arrastre de sedimentos en el río San Juan a resultas de la construcción de la carretera. La Corte considera que es probable que hechos de esta naturaleza afecten el derecho alegado por Nicaragua de no sufrir daño transfronterizo. En consecuencia, existe un vínculo entre los derechos alegados por Nicaragua y la segunda medida provisional solicitada.

Por último, la tercera medida provisional solicitada por Nicaragua consiste en que se ordene a Costa Rica que no reanude las actividades de construcción en la carretera mientras la Corte examine la presente causa. A este respecto, la Corte considera que, en caso de que continúen las actividades de construcción de Costa Rica, en particular en el tramo de 41 km de longitud a lo largo del río San Juan río arriba a partir de su intersección con el río San Carlos, existe la posibilidad de que también se vea afectado el derecho de Nicaragua de no sufrir daño transfronterizo, que trata de proteger mediante la segunda medida provisional solicitada. En consecuencia, la Corte concluye que existe un vínculo entre los derechos alegados por Nicaragua y la tercera medida provisional solicitada.

## III. *Riesgo de perjuicio irreparable y urgencia* (párrs. 24 a 38)

La Corte recuerda que, con arreglo al Artículo 41 de su Estatuto, tiene potestad para dictar medidas provisionales cuando se pueda producir un perjuicio irreparable a los derechos objeto del proceso judicial, y que solo cabe ejercer di-

cha facultad en caso de urgencia, en la medida en que exista un riesgo real e inminente de que se pueda causar un perjuicio irreparable a los derechos objeto de controversia antes de que la Corte pronuncie su decisión final.

Sobre la base de las pruebas presentadas, la Corte considera que en las presentes actuaciones Nicaragua no ha establecido que las obras de construcción en curso hayan provocado un aumento sustancial en el volumen de sedimentos en el río. La Corte observa que Nicaragua no impugnó la declaración del experto de Costa Rica, el profesor Thorne, en el sentido de que, incluso según las cifras presentadas por el experto de Nicaragua, el profesor Kondolf, las actividades de construcción solo contribuyen entre un 1 % y un 2 % al volumen total de sedimentos en el río San Juan y entre un 2 % y un 3 % en el curso inferior del río San Juan. La Corte considera que esto parece ser una proporción demasiado reducida como para tener un efecto significativo en el río en el futuro inmediato. La Corte observa además que las pruebas fotográficas y de vídeo presentadas por Nicaragua no sustentan de manera alguna sus afirmaciones relativas al aumento en el nivel de sedimentos. Tampoco se han presentado a la Corte pruebas sobre ningún tipo de efecto a largo plazo en el río causado por el depósito de sedimentos en el canal del río, presuntamente a causa de los sedimentos adicionales provenientes de la construcción de la carretera. Por último, respecto del presunto impacto en el ecosistema, incluidas determinadas especies de los humedales del río, la Corte considera que Nicaragua no ha explicado de qué manera los trabajos de construcción en la carretera podrían poner en peligro a esas especies, y que no ha determinado con precisión cuáles son las especies que podrían verse afectadas.

En consecuencia, la Corte determina que Nicaragua no ha demostrado que exista un riesgo real e inminente de perjuicio irreparable a los derechos que invoca.

Por las razones expuestas, la Corte concluye que no puede admitir la solicitud de medidas provisionales presentada por Nicaragua.

Habiendo concluido que no se deben indicar medidas provisionales, la Corte observa no obstante que, durante las actuaciones orales, Costa Rica reconoció que tenía el deber de no causar un daño transfronterizo significativo como consecuencia de las obras de construcción en su territorio y que adoptaría las medidas que considerase necesarias para evitar daños de ese tipo. La Corte observa además que, en todo caso, Costa Rica ha reconocido la necesidad de realizar obras de rehabilitación a fin de mitigar los daños causados por los efectos de la inadecuada planificación y ejecución de los trabajos de construcción en la carretera en 2011, y ha indicado que ya se han adoptado distintas medidas con ese fin.

Por último, la Corte señala que Costa Rica anunció durante las actuaciones orales mencionadas que, junto con su contramemoria, que debe presentar a más tardar el 19 de diciembre de 2013, acompañará lo que describe como un estudio de “diagnóstico ambiental” en que se examinará el tramo de la carretera que corre a lo largo de la ribera meridional del río San Juan.

La Corte finaliza señalando que la decisión adoptada en las presentes actuaciones no prejuzga en modo alguno las cuestiones relativas al fondo ni otros asuntos que deban decidirse en esa etapa, ni afecta el derecho de los Gobiernos de Nicaragua y Costa Rica de presentar argumentos respecto de esas cuestiones.

## 206. CONTROVERSIA MARÍTIMA (PERÚ c. CHILE)

### Fallo de 27 de enero de 2014

El 27 de enero de 2014, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo en la causa relativa a la *Controversia marítima (Perú c. Chile)*.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrados *ad hoc* Guillaume, Orrego Vicuña; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

En la parte dispositiva (párr. 198) del fallo se establece lo siguiente:

“[...]”

La Corte,

1) Por 15 votos contra 1,

*Decide* que el punto inicial del límite marítimo único que delimita las zonas marítimas respectivas entre la República del Perú y la República de Chile es la intersección con la línea de marea baja del paralelo que pasa a través del Hito No. 1;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Xue, Donoghue, Sebutinde, Bhandari; Magistrados *ad hoc* Guillaume, Orrego Vicuña;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Gaja;

2) Por 15 votos contra 1,

*Decide* que el segmento inicial del límite marítimo único sigue, en dirección oeste, el paralelo que pasa a través del Hito No. 1;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Xue, Donoghue, Gaja, Bhandari; Magistrados *ad hoc* Guillaume, Orrego Vicuña;

VOTOS EN CONTRA: Magistrada Sebutinde;

3) Por 10 votos contra 6,

*Decide* que ese segmento inicial llega hasta un punto (Punto A) situado a una distancia de 80 millas marinas contadas desde el punto inicial del límite marítimo único;

VOTOS A FAVOR: Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Guillaume;

VOTOS EN CONTRA: Presidente Tomka; Magistrados Xue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrado *ad hoc* Orrego Vicuña;

4) Por 10 votos contra 6,

*Decide* que, a partir del Punto A, el límite marítimo único continuará hacia el suroeste a lo largo de la línea de equidistancia de las costas de la República del Perú y la República de Chile, medida a partir de ese punto, hasta su intersección (en el Punto B) con el límite de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide el mar territorial de la República de Chile. A partir del punto B, el límite marítimo único continuará hacia el sur a lo largo de ese límite hasta llegar al punto de intersección (Punto C) de los límites de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se miden los mares territoriales de la República del Perú y la República de Chile, respectivamente;

VOTOS A FAVOR: Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Guillaume;

VOTOS EN CONTRA: Presidente Tomka; Magistrados Xue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrado *ad hoc* Orrego Vicuña;

5) Por 15 votos contra 1,

*Decide*, por las razones expuestas en el párrafo 189, que no es necesario pronunciarse sobre la segunda pretensión de las conclusiones finales de la República del Perú.

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrado *ad hoc* Guillaume;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado *ad hoc* Orrego Vicuña”

\*  
\* \*

El Presidente Tomka y el Vicepresidente Sepúlveda-Amor adjuntaron declaraciones al fallo de la Corte; el Magistrado Owada adjuntó una opinión separada al fallo de la Corte; el Magistrado Skotnikov adjuntó una declaración al fallo de la Corte; los Magistrados Xue, Gaja, Bhandari y el Magistrado *ad hoc* Orrego Vicuña adjuntaron una opinión disidente conjunta al fallo de la Corte; los Magistrados Donoghue y Gaja adjuntaron declaraciones al fallo de la Corte; la Magistrada Sebutinde adjuntó una opinión disidente al fallo de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Guillaume adjuntó una declaración al fallo de la Corte; el

Magistrado *ad hoc* Orrego Vicuña adjuntó una opinión separada, en parte concurrente y en parte disidente, al fallo de la Corte.

\*  
\* \* \*

#### *Cronología de las actuaciones* (párrs. 1 a 15)

La Corte recuerda que, el 16 de enero de 2008, la República del Perú (en adelante, “el Perú”) presentó en la Secretaría de la Corte una demanda contra la República de Chile (en adelante, “Chile”) respecto de una controversia relativa, por una parte, a “la delimitación de la frontera entre las zonas marítimas de ambos Estados en el océano Pacífico a partir de un punto de la costa denominado Concordia [...] donde acaba la frontera terrestre establecida con arreglo al Tratado [...] de 3 de junio de 1929” y, por otra, al reconocimiento en favor del Perú de una “zona marítima situada dentro del límite de 200 millas marinas contadas desde la costa peruana” y perteneciente por tanto al Perú, “pero que Chile considera alta mar”.

#### *I. Geografía* (párr. 16)

La zona cuya delimitación se solicita se encuentra en el océano Pacífico. En esa región, desde el punto inicial de la frontera terrestre entre las partes en la costa del Pacífico, la costa del Perú corre en dirección noroeste y la de Chile sigue en general una orientación norte-sur (véase el mapa esquemático No. 1: Contexto geográfico).

#### *II. Antecedentes históricos* (párrs. 17 a 21)

Después de recordar sucintamente los antecedentes históricos pertinentes, la Corte observa más concretamente que la frontera terrestre entre el Perú y Chile se fijó en el Tratado de Lima de 1929. También señala que, en 1947, ambas partes proclamaron unilateralmente determinados derechos marítimos que se extendían hasta 200 millas marinas contadas desde sus costas (en adelante se hará referencia colectivamente a los instrumentos pertinentes como “Proclamaciones de 1947”). A continuación, la Corte recuerda que, en los años subsiguientes, Chile, el Ecuador y el Perú negociaron 12 instrumentos a los que las partes hacen referencia en la presente causa. Cuatro de ellos, entre los cuales se encuentra la Declaración sobre Zona Marítima, también denominada Declaración de Santiago, fueron aprobados en agosto de 1952 durante la Conferencia sobre Explotación y Conservación de las Riquezas Marítimas del Pacífico Sur. Otros seis instrumentos, entre ellos el Convenio Complementario a la Declaración de Santiago, el Convenio sobre Medidas de Vigilancia y Control de las Zonas Marítimas de los Países Signatarios y el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima, fueron aprobados en Lima en diciembre de 1954. Por último, en mayo de 1967 se firmaron en Quito dos acuerdos relativos al funcionamiento de la Comisión Permanente del Pacífico Sur.

#### *III. Posiciones de las partes* (párrs. 22 y 23)

La Corte recuerda que en la presente causa el Perú y Chile han asumido posiciones fundamentalmente diferentes. El Perú afirma que no existe límite marítimo alguno convenido entre los dos países y solicita a la Corte que trace una línea fronteriza utilizando el método de la equidistancia a fin de lograr un resultado equitativo. Por su parte, Chile afirma que en la Declaración de Santiago de 1952 se estableció un límite marítimo internacional a lo largo del paralelo que pasa a través del punto inicial de la frontera terrestre entre el Perú y Chile y que se extiende hasta un mínimo de 200 millas marinas. En consecuencia, solicita a la Corte que confirme dicha frontera marítima (véase el mapa esquemático No. 2: Líneas de los límites marítimos reclamados respectivamente por el Perú y Chile).

El Perú manifiesta además que, más allá del punto en donde finaliza el límite marítimo común, está autorizado a ejercer derechos exclusivos de soberanía sobre una zona marítima que se extiende hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde sus líneas de base (esta zona marítima se indica en el mapa esquemático No. 2 con un tono de azul más oscuro). Chile responde que el Perú no tiene derecho a zona marítima alguna que se extienda al sur del paralelo en el cual, según sostiene Chile, se sitúa el límite marítimo internacional.

#### *IV. Sobre si existe un límite marítimo convenido* (párrs. 24 a 151)

A fin de resolver la controversia que tiene ante sí, la Corte debe determinar en primer lugar si existe un límite marítimo convenido, como afirma Chile.

##### *1. Las Proclamaciones de 1947 de Chile y el Perú* (párrs. 25 a 44)

La Corte comienza examinando las Proclamaciones de 1947, en las que Chile y el Perú proclamaron unilateralmente determinados derechos marítimos que se extienden hasta 200 millas marinas contadas desde sus costas respectivas. Tras señalar que las partes convienen en que las Proclamaciones de 1947 no establecen por sí solas un límite marítimo internacional, la Corte las examina únicamente con el fin de determinar si esos textos demuestran la existencia de un entendimiento de las partes respecto del establecimiento de un futuro límite marítimo entre ellas. La Corte observa que la redacción de las Proclamaciones de 1947, así como su naturaleza provisional, impiden interpretarlas como reflejo de un entendimiento común de las partes respecto de la delimitación marítima. Al mismo tiempo, la Corte observa que las Proclamaciones de 1947 de las partes contenían reivindicaciones similares respecto de sus derechos y jurisdicción en las zonas marítimas, lo que hacía necesario establecer, en el futuro, los límites laterales de esas zonas.

2. *La Declaración de Santiago de 1952* (párrs. 45 a 70)

Pasando a la Declaración de Santiago de 1952, la Corte observa que ya no se discute que ese instrumento es un tratado internacional. La labor de la Corte consiste en determinar si establece un límite marítimo entre las partes. Con ese fin, la Corte aplica las normas de interpretación reconocidas en el derecho internacional consuetudinario, reflejadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En primer lugar, la Corte examina el significado ordinario que se da a los términos de la Declaración de Santiago de 1952 en su contexto. Señala que en la Declaración no se hace referencia expresa a la delimitación de los límites marítimos de las zonas generadas por las costas continentales de sus Estados partes. Sin embargo, observa que la Declaración de Santiago contiene ciertos elementos que son pertinentes para la cuestión de la delimitación marítima. No obstante, habiendo examinado los párrafos pertinentes de la Declaración, la Corte concluye que no van más allá de establecer el acuerdo de las partes relativo a los límites entre determinadas zonas marítimas insulares y las zonas generadas por las costas continentales contiguas a dichas zonas marítimas insulares.

A continuación, la Corte examina el objeto y fin de la Declaración de Santiago de 1952 y observando que, en el preámbulo, la atención se centra en la conservación y protección de los recursos naturales de las partes a los fines del desarrollo económico por conducto de la ampliación de sus zonas marítimas.

La Corte añade que, para determinar el significado de dicha Declaración, en principio no es necesario recurrir a métodos complementarios de interpretación, como los trabajos preparatorios de la Declaración de Santiago de 1952 y las circunstancias de su concertación. Sin embargo, al igual que en otras causas, ha examinado ese material, que confirma la interpretación de la Declaración hecha precedentemente.

La Corte señala, no obstante, que diversos elementos, como la propuesta original de Chile presentada a la Conferencia de 1952 (en que aparentemente se pretendía establecer una delimitación general de las zonas marítimas a lo largo de líneas laterales) y el uso del paralelo como límite de la zona marítima de una isla de uno de los Estados partes, ubicada a menos de 200 millas marinas de la zona marítima general de otro Estado parte, sugieren que tal vez haya habido entre las partes algún tipo de entendimiento común de carácter más general en cuanto a sus límites marítimos.

La Corte concluye que, contrariamente a lo expuesto por Chile, en la Declaración de Santiago de 1952 no se establece un límite marítimo lateral entre el Perú y Chile en el océano Pacífico a lo largo de la línea de latitud que atraviesa el punto terminal de su frontera terrestre.

3. *Los distintos convenios de 1954* (párrs. 71 a 95)

A continuación, la Corte examina los convenios aprobados por el Perú y Chile en 1954, y que Chile invoca en apoyo de su afirmación de que el paralelo constituye el límite marítimo.

Entre los convenios de 1954, Chile destaca, en particular, el Convenio Complementario a la Declaración de Santiago de 1952, el Convenio sobre Medidas de Vigilancia y Control de las Zonas Marítimas de los Países Signatarios y el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima. La Corte observa que hay un entendimiento común en el sentido de que el Convenio Complementario propuesto era el instrumento principal considerado por Chile, el Ecuador y el Perú en sus preparativos para la reunión de la Comisión Permanente del Pacífico Sur y la Conferencia Interestatal celebrada en Lima en los últimos meses de 1954. Habida cuenta de las impugnaciones que varios Estados habían hecho a la Declaración de Santiago de 1952, el propósito principal de dicho Convenio era permitir a Chile, el Ecuador y el Perú reafirmar, especialmente contra las principales potencias marítimas, sus reivindicaciones de soberanía y jurisdicción, hechas conjuntamente en 1952, respecto de una distancia mínima de 200 millas marinas contadas desde sus costas. También tenía por objeto ayudar a preparar la defensa común de sus reivindicaciones contra las protestas de esos Estados. En opinión de la Corte, de ello no se desprende, sin embargo, que el “propósito principal” fuera el propósito único, ni menos todavía que el propósito principal determinara el resultado único de las reuniones y de la Conferencia Interestatal de 1954.

Chile también se apoya en otro de los convenios de 1954, el Convenio sobre Medidas de Vigilancia y Control de las Zonas Marítimas de los Países Signatarios. Sin embargo, la Corte concluye que dicho texto no da indicios sobre la ubicación o naturaleza de los límites de las zonas.

A continuación, la Corte examina el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima, de 1954, firmado por Chile, el Ecuador y el Perú, que establece una zona de tolerancia, que comienza a partir de las 12 millas marinas de la costa, “de 10 millas marinas de ancho a cada lado del paralelo que constituye el límite marítimo”. Dicha zona se estableció en beneficio de las embarcaciones de poco porte o que carecen de los instrumentos necesarios, con el fin de evitar “fricciones entre los países interesados” a resultas de violaciones involuntarias de la frontera marítima cometidas por dichas embarcaciones. En primer lugar, la Corte señala que nada de lo establecido en dicho Convenio circunscribe su alcance exclusivamente al límite marítimo entre el Ecuador y el Perú. Observa además que la demora de Chile en ratificar dicho Convenio y presentarlo para su registro no tiene consecuencias en su alcance y efectos. Una vez ratificado por Chile, pasó a ser vinculante para ese país.

Por último, la Corte dice que, aunque los términos de la parte dispositiva y el propósito del Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 sean estrechos y específicos, no se trata de un asunto que deba examinarse en la presente etapa. La Corte debe centrar su atención, en cambio, en una cuestión fundamental, a saber, la existencia de un límite marítimo. Respecto de esa cuestión, la Corte observa que la redacción del Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954, en especial el Artículo 1 leído conjuntamente con los párrafos del preámbulo, es clara: reconoce, en un convenio internacional vinculante, que ya existe un límite marítimo.

No obstante, la Corte observa que en el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 no se indica cuándo ni de qué manera se convino dicho límite. En consecuencia, considera que el reconocimiento expreso de las partes acerca de la existencia del límite marítimo solo puede reflejar un acuerdo tácito concertado previamente. En tal sentido, la Corte recuerda, como ya ha mencionado, que ciertos elementos de las Proclamaciones de 1947 y de la Declaración de Santiago de 1952 sugieren un entendimiento en evolución entre las partes respecto de su límite marítimo. En una causa anterior, la Corte reconoció que “el establecimiento de un límite marítimo permanente es una cuestión de gran importancia”, y destacó que “las pruebas sobre la existencia de un acuerdo jurídico tácito deben ser convincentes” (*Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (Nicaragua c. Honduras)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007 (II)*, pág. 735, párr. 253). En la presente causa, la Corte tiene ante sí un convenio en que queda claro que entre las partes ya existía un límite marítimo a lo largo de un paralelo. El Convenio de 1954 es decisivo en tal sentido. Dicho Convenio cimenta el acuerdo tácito.

La Corte observa además que en el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 no se indica la naturaleza del límite marítimo. Tampoco se indica su extensión, excepto que en sus disposiciones se aclara que el límite marítimo se extiende más allá de 12 millas marinas de la costa.

A continuación, la Corte recuerda que, en ese contexto, las partes también hicieron referencia a un dictamen preparado en 1964 en que el Sr. Raúl Bazán Dávila, Jefe de la Oficina de Asesoramiento Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, examinaba la cuestión de si existía entre los dos Estados algún convenio específico sobre delimitación marítima. La Corte considera que nada de lo expresado en el dictamen preparado por el Sr. Bazán en respuesta a una solicitud de la Dirección de Límites de Chile respecto de la “delimitación de la frontera entre los mares territoriales de Chile y el Perú”, ni el hecho de que se hubiera solicitado dicho dictamen, altera la conclusión a que ha llegado, es decir, que para 1954 las partes reconocían que existía un límite marítimo convenido.

#### 4. *Los arreglos de 1968 y 1969 sobre los faros de enfilamiento* (párrs. 96 a 99)

Seguidamente, la Corte examina los arreglos celebrados por las partes en 1968 y 1969 para construir cada una de ellas un faro de enfilamiento “en el punto en que el límite común llega al mar, cerca del Hito No. 1”. La Corte considera que el propósito y alcance geográfico de esos arreglos era limitado, como también reconocen las partes. Observa además que en los antecedentes del proceso que culminó en los arreglos y la construcción de los faros no se hace referencia a ningún acuerdo de límites preexistente. Sin embargo, lo que es importante en opinión de la Corte es que los arreglos se concertaron sobre la base de que ya existía un límite marítimo que se extendía a lo largo del paralelo más allá de las 12 millas marinas. Junto con el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954, en los arreglos se reconoce ese hecho. Asimismo, al igual que en el Convenio, en ellos no se indica la extensión ni la naturaleza de dicho límite marítimo.

#### 5. *Naturaleza del límite marítimo convenido* (párrs. 100 a 102)

Habiendo determinado que las partes reconocían la existencia de un límite marítimo, la Corte debe determinar su naturaleza, es decir, si se trata de un límite marítimo único aplicable a la columna de agua, a los fondos marinos y a su subsuelo, o un límite aplicable únicamente a la columna de agua. La Corte señala que el acuerdo tácito, que había sido reconocido en el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954, debe interpretarse en el contexto de las Proclamaciones de 1947 y la Declaración de Santiago de 1952. Observa que en esos instrumentos se formularon reclamaciones respecto de los fondos marinos y las aguas que los cubren y sus recursos y que, en tal sentido, las partes no establecieron distinciones, ni en ese momento ni posteriormente, entre esos espacios. En consecuencia, la Corte concluye que se trata de un límite de carácter general.

#### 6. *Extensión del límite marítimo convenido* (párrs. 103 a 151)

A continuación, la Corte pasa a determinar la extensión del límite marítimo convenido. A tal fin, examina a su vez la práctica pertinente de las partes a comienzos y mediados de la década de 1950, así como el contexto más amplio, incluida la evolución del derecho del mar en aquel entonces. También evalúa otros elementos de la práctica, en su mayoría posteriores a 1954.

Comenzando con el potencial pesquero y las actividades de pesca, la Corte recuerda que el propósito del Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 era estrecho y específico: se refiere al límite marítimo existente con un propósito particular, a saber, establecer una zona de tolerancia para las actividades pesqueras realizadas por embarcaciones de poco porte. En consecuencia, se debe considerar que el límite marítimo cuya existencia reconoce a lo largo de un paralelo se extiende necesariamente al menos hasta la

distancia en la cual, en la época que se examina, se realizaban esas actividades.

En ese contexto, la Corte observa que la información a que hacen referencia las partes demuestra que las especies que se capturaban a comienzos de la década de 1950 se encontraban en general hasta unas 60 millas marinas de la costa. También toma nota de la orientación de la costa en esa región y de la ubicación de los puertos pertinentes importantes para las partes en aquel entonces.

La Corte recuerda que el propósito del Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 era establecer una zona de tolerancia a lo largo del paralelo para embarcaciones pesqueras de poco porte o que carecieran de los instrumentos necesarios. Las embarcaciones que parten de Arica (un puerto de Chile situado solamente 15 km al sur del punto terminal de la frontera terrestre) para capturar las especies mencionadas precedentemente, en dirección oeste-noroeste, hasta unas 60 millas marinas de la costa, que corre básicamente de norte a sur en ese punto, no cruzarían el paralelo más allá de un punto situado a aproximadamente 57 millas marinas del punto inicial del límite marítimo. En esa región, la orientación de la costa gira abruptamente hacia el noroeste (véanse los mapas esquemáticos Nos. 1 y 2), de manera que, desde el lado peruano, las embarcaciones pesqueras que parten hacia el mar desde Ilo (puerto situado unos 120 km al noroeste del punto terminal de la frontera terrestre) en dirección al suroeste, hasta donde se encuentran esas mismas especies, cruzarían el paralelo en un punto situado a aproximadamente 100 millas marinas del punto inicial del límite marítimo.

La Corte no atribuye gran importancia al conocimiento que pudieran tener las partes respecto de la cuantía probable o posible de los recursos marinos hasta las 200 millas marinas, ni tampoco al volumen de la pesca en años posteriores. Las cifras de captura indican que la principal actividad marítima a comienzos de la década de 1950 era la pesca realizada por embarcaciones de poco porte, como las mencionadas específicamente en el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954, y que también se beneficiaron con los acuerdos de 1968 y 1969 relativos a los faros de enfilamiento.

La Corte recuerda además que el carácter general del límite marítimo significa que, por sí mismas, las pruebas relativas a las actividades pesqueras no pueden servir para determinar la extensión de ese límite. Sin embargo, las actividades pesqueras apoyan en cierta medida la opinión de que era poco probable que las partes hubieran considerado, al momento en que reconocieron la existencia de un límite marítimo convenido entre ellas, que dicho límite se extendía hasta las 200 millas marinas.

A continuación, la Corte pasa del contexto específico y regional al contexto más amplio que existía en la década de 1950, al momento en que las partes reconocieron la existencia del límite marítimo. Ese contexto lo aportan la práctica de los Estados, los estudios y propuestas de la Comisión

de Derecho Internacional y las reacciones de los Estados o grupos de Estados a dichas propuestas relativas al establecimiento de zonas marítimas más allá del mar territorial y a la delimitación de esas zonas. La Corte observa que, durante el período que se examina, la propuesta relativa a los derechos de un Estado sobre sus aguas que contaba con mayor aceptación internacional general era la de 6 millas marinas de mar territorial, con una zona de pesca contigua de 6 millas marinas y algunas reservas respecto de los derechos de pesca establecidos. Como la Corte ha señalado previamente, en ese período el concepto de la zona económica exclusiva de 200 millas marinas estaba “todavía a muchos años de distancia” (*Delimitación marítima en el Mar Negro (Rumania c. Ucrania)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 87, párr. 70), mientras que para su aceptación general en la práctica y en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, todavía faltaban 30 años. Además, la Corte recuerda que, al responder a una pregunta formulada por un miembro de la Corte, ambas partes reconocieron que las reclamaciones hechas en la Declaración de Santiago de 1952 no se adecuaban al derecho internacional de aquel entonces y no se podían ejecutar contra terceros, al menos no inicialmente.

Con fundamento en las actividades pesqueras de las partes en ese entonces, realizadas a una distancia de unas 60 millas marinas de los puertos principales de la zona, la práctica pertinente de otros Estados y la labor de la Comisión de Derecho Internacional en el ámbito del derecho del mar, la Corte considera que las pruebas a su disposición no le permiten concluir que el límite marítimo convenido a lo largo del paralelo se extendiera más allá de 80 millas marinas contadas desde su punto inicial.

A la luz de esta conclusión provisional, la Corte examina a continuación otros elementos de la práctica, en su mayor parte posteriores a 1954, que pueden ser pertinentes para la cuestión de la extensión del límite marítimo convenido. En primer lugar, la Corte analiza la práctica legislativa de las partes antes de examinar el Protocolo de Adhesión de 1955 a la Declaración de Santiago de 1952 y las actividades de ejecución relativas a buques de terceros Estados y a incidentes entre el Perú y Chile. Posteriormente, la Corte analiza los arreglos de 1968 y 1969 relativos a los faros de enfilamiento y los antecedentes de las negociaciones celebradas entre Chile y Bolivia en 1975 y 1976 respecto de una propuesta de intercambio de territorio que daría a Bolivia “un corredor al mar” y una zona marítima adyacente. La Corte también examina las posiciones de las partes en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, un memorando enviado el 23 de mayo de 1986 por el Embajador del Perú, Sr. Bákula, al Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, donde se exhorta a “la delimitación formal y definitiva de los espacios marinos”, y la práctica de las partes después de 1986.

La Corte considera que los elementos examinados no le permiten cambiar su conclusión provisional previa. En consecuencia, sobre la base de una evaluación de la totalidad de

las pruebas presentadas, la Corte concluye que el límite marítimo convenido entre las partes se extendía hasta una distancia de 80 millas marinas a lo largo del paralelo contadas desde su punto inicial.

V. *El punto inicial del límite marítimo convenido* (párrs. 152 a 176)

Tras haber concluido que existe un límite marítimo entre las partes, la Corte debe determinar la ubicación del punto inicial de ese límite. Recuerda que ambas partes coinciden en que la frontera terrestre entre ellas se estableció y delimitó hace más de 80 años, con arreglo al Artículo 2 del Tratado de Lima de 1929, en que se establece que “la frontera entre los territorios del Perú y de Chile partirá de un punto de la costa que se denominará ‘Concordia’, distante diez kilómetros al norte del puente del Río Lluta”. La Corte recuerda además que, de conformidad con el Artículo 3 del Tratado de Lima de 1929, el límite fue fijado por una comisión mixta y que el primer hito a lo largo de la demarcación física de la frontera terrestre es el Hito No. 1. Sin embargo, las partes no están de acuerdo en la ubicación exacta del Punto Concordia. Mientras que el Perú sostiene que no se había previsto que el Hito No. 1 marcara el comienzo de la frontera terrestre convenida, Chile afirma que ese hito sí es el punto inicial. A este respecto, la Corte observa que un Noero considerable de argumentos presentados por las partes se refiere a un asunto que claramente no se le ha sometido, es decir, la ubicación del punto inicial de la frontera terrestre identificado como “Concordia” en el Artículo 2 del Tratado de Lima de 1929. La Corte recuerda que su tarea es determinar si las partes convinieron en algún punto inicial de su límite marítimo y que su jurisdicción para entender en la cuestión del límite marítimo no se ha impugnado.

A fin de determinar el punto inicial del límite marítimo, la Corte examina los antecedentes de los procesos que dieron lugar a los arreglos de 1968 y 1969 relativos a los faros de enfilamiento y determinadas pruebas cartográficas presentadas por las partes, así como las pruebas presentadas en relación con las prácticas pesqueras y marítimas de otro tipo en la región. Tras considerar que estos dos últimos elementos no son pertinentes para la cuestión, la Corte centra su atención en los arreglos de 1968 y 1969 relativos a los faros de enfilamiento. La Corte considera que el límite marítimo que las partes preveían señalar con dichos arreglos estaba constituido por el paralelo que pasa a través del Hito No. 1 y observa que, posteriormente, ambas partes construyeron los faros de la manera convenida, con lo cual señalaban el paralelo que pasaba a través del Hito No. 1. Los arreglos de 1968 y 1969 relativos a los faros de enfilamiento sirven, en consecuencia, como prueba convincente de que el límite marítimo convenido sigue el paralelo que pasa a través del Hito No. 1.

Tras señalar que no se le ha pedido que se pronuncie sobre la ubicación del Punto Concordia, donde comienza la frontera terrestre entre las partes, la Corte observa que sería

posible que dicho punto no coincidiera con el punto inicial del límite marítimo que acaba de ser definido. La Corte observa, sin embargo, que tal situación sería consecuencia de los acuerdos concertados entre las partes.

La Corte concluye que el punto inicial del límite marítimo entre las partes es la intersección del paralelo que pasa a través del Hito No. 1 con la línea de marea baja.

VI. *El trazado del límite marítimo a partir del Punto A* (párrs. 177 a 195)

Habiendo concluido que entre las partes existe un límite marítimo convenido único, y que ese límite comienza en la intersección del paralelo que pasa a través del Hito No. 1 con la línea de marea baja y se extiende por 80 millas marinas a lo largo de dicho paralelo (hasta el Punto A), la Corte pasa a determinar el trazado del límite marítimo a partir de dicho punto.

La Corte procede de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 74, párrafo 1, y el Artículo 83, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar que, como ha reconocido, refleja el derecho internacional consuetudinario (*Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar c. Bahrein)* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 2001 (II)*, pág. 91, párr. 167; *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012 (II)*, pág. 674, párr. 139). El texto de esas disposiciones es idéntico, y la única diferencia es que el Artículo 74 se refiere a la zona económica exclusiva y el Artículo 83 a la plataforma continental. El texto es el siguiente:

“La delimitación de la zona económica exclusiva [plataforma continental] entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente se efectuará por acuerdo entre ellos sobre la base del derecho internacional, a que se hace referencia en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a fin de llegar a una solución equitativa”.

La Corte recuerda que la metodología que emplea habitualmente para llegar a una solución equitativa consta de tres etapas. En la primera, traza una línea de equidistancia provisional, a menos que haya razones convincentes que lo impidan. En la segunda, examina si existen circunstancias pertinentes que puedan hacer necesario el ajuste de dicha línea a fin de lograr un resultado equitativo. En la tercera, realiza un ensayo de desproporcionalidad, en que evalúa si el efecto de la línea, de la manera ajustada, es tal que en la zona pertinente las superficies correspondientes a las partes respectivas resultan marcadamente desproporcionadas respecto de la longitud de sus costas pertinentes (*Delimitación marítima en el Mar Negro (Rumania c. Ucrania)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, págs. 101 a 103, párrs. 115 a 122; *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012 (II)*, págs. 695 y 696, párrs. 190 a 193).

En la presente causa, la delimitación de la zona marítima debe comenzar en el punto final del límite marítimo convenido, que la Corte ha determinado que tiene una longitud de 80 millas marinas (Punto A). Remitiéndose a su jurisprudencia, la Corte explica que, en la práctica, muchas delimitaciones no comienzan en la línea de marea baja, sino en un punto todavía más mar adentro, a resultas de un acuerdo preexistente entre las partes. Sin embargo, la situación que la Corte debe afrontar aquí es inusual, porque el punto inicial para la delimitación se encuentra mucho más alejado de la costa: a 80 millas marinas del punto más cercano de la costa de Chile y a unas 45 millas marinas del punto más cercano de la costa del Perú.

A continuación, la Corte comienza la primera etapa de su metodología habitual y traza una línea de equidistancia provisional que comienza en el punto final del límite marítimo existente (Punto A). A fin de trazar dicha línea, la Corte elige en primer lugar los puntos de base adecuados. Habida cuenta de que el Punto A está ubicado a una distancia de 80 millas marinas de la costa a lo largo del paralelo, el punto de base inicial más cercano en la costa de Chile está situado cerca del punto inicial del límite marítimo entre Chile y el Perú, y en la costa del Perú en un punto en donde el arco de círculo de 80 millas marinas de radio trazado a partir del Punto A se cruza con la costa del Perú. A los fines de trazar la línea de equidistancia provisional, solo los puntos de la costa del Perú que se encuentran a más de 80 millas marinas del Punto A se pueden correlacionar con puntos a una distancia equivalente en la costa de Chile. El arco de círculo indicado en el mapa esquemático No. 3 se utiliza para determinar el primer punto de base del Perú. Los siguientes puntos de base para el trazado de la línea de equidistancia provisional se eligieron por ser los puntos costeros más hacia el mar “más próximos a la zona que debe delimitarse” (*Delimitación marítima en el Mar Negro (Rumanía c. Ucrania)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 101, párr. 117). Esos puntos de base están situados al noroeste del punto de base inicial de la costa del Perú y al sur del punto de base inicial de la costa de Chile. Ninguno de los puntos de la costa del Perú ubicados al sudeste del punto inicial en dicha costa se puede correlacionar con puntos en la costa de Chile, ya que todos ellos están ubicados a menos de 80 millas marinas del Punto A (véase el mapa esquemático No. 3: Trazado de la línea de equidistancia provisional).

En consecuencia, la línea de equidistancia provisional así trazada corre en dirección general hacia el suroeste, casi en línea recta, lo que refleja la naturaleza prácticamente recta de ambas costas, hasta llegar al límite de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base de Chile (Punto B). Más allá de ese punto, las proyecciones de 200 millas marinas desde las costas de las partes ya no se superponen.

Antes de seguir aplicando la metodología habitual, la Corte recuerda que, en el segundo punto de sus pretensiones, el Perú le pidió que fallara y declarara que, más allá del punto en que termina el límite marítimo común, el Perú puede

ejercer derechos soberanos sobre una zona marítima ubicada a una distancia de 200 millas marinas contadas desde sus líneas de base (esta reclamación se refiere a la zona indicada en un tono más oscuro de azul en el mapa esquemático No. 2). En su respuesta, Chile afirma que la Declaración de Santiago de 1952 establece un límite lateral único para todas las zonas marítimas, reales o potenciales, de los Estados partes, invocando la referencia que se hace en el párrafo II de la Declaración a “una distancia mínima de 200 millas marinas”. Como la Corte ya ha concluido que la línea fronteriza convenida a lo largo del paralelo finaliza a 80 millas marinas de la costa, el argumento de Chile carece de fundamento. Además, como la Corte ha decidido que procederá a delimitar los espacios marítimos que se superponen mediante el trazado de una línea de equidistancia, la segunda pretensión del Perú ha quedado sin objeto y no es necesario que la Corte se pronuncie al respecto.

Volviendo a aplicar su metodología habitual, la Corte recuerda que, más allá del Punto B, los espacios marítimos de las partes basados en los límites de 200 millas marinas delimitados con fundamento en la equidistancia ya no se superponen. Observa que, a partir del Punto B, el límite de 200 millas marinas de los espacios marítimos de Chile corre en general en dirección al sur. El segmento final del límite marítimo corre del Punto B al Punto C, donde se cruzan los límites de 200 millas marinas de los espacios marítimos de las partes.

En consecuencia, en la segunda etapa de su metodología habitual, la Corte debe determinar si existe alguna circunstancia pertinente que exija que se ajuste la línea de equidistancia provisional, con el fin (que siempre debe tenerse presente) de lograr un resultado equitativo. En la presente causa, la línea de equidistancia evita una amputación excesiva en las proyecciones marítimas de ambos Estados, y en los antecedentes que la Corte tiene ante sí no se observa ninguna circunstancia pertinente. En consecuencia, no hay fundamentos para ajustar la línea de equidistancia provisional.

La tercera etapa consiste en determinar si la línea de equidistancia provisional trazada desde el Punto A produce un resultado significativamente desproporcionado respecto de la longitud de las costas pertinentes y la división de la zona pertinente. El propósito es evaluar si el resultado es equitativo.

Como la Corte señaló precedentemente, la existencia de una línea convenida que se extiende por 80 millas marinas a lo largo del paralelo constituye una situación inusual. La existencia de esa línea haría difícil, si no imposible, el cálculo de la longitud de las costas pertinentes y la extensión de la zona pertinente en caso de que para determinar las proporciones se aplicara el cálculo matemático usual. La Corte recuerda que, en algunos casos anteriores, debido a las dificultades prácticas dimanadas de las circunstancias particulares de la causa, no realizó ese cálculo. Más recientemente observó que, en esta etapa final del proceso de delimitación, el cálculo

lo no debe ser necesariamente preciso, sino aproximado: “el objeto de la delimitación es lograr una delimitación que sea equitativa, no una distribución igual de las zonas marítimas” (*Delimitación marítima en el Mar Negro (Rumania c. Ucrania)*), fallo, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 100, párr. 111). En tales casos, la Corte realiza una evaluación amplia de la desproporción. Habida cuenta de las circunstancias inusuales de la presente causa, la Corte aplica aquí el mismo criterio y concluye que no resulta evidente que exista una desproporción que pueda poner en duda el carácter equitativo de la línea de equidistancia provisional.

En consecuencia, la Corte concluye que el límite marítimo entre las partes a partir del Punto A corre a lo largo de la línea de equidistancia hasta el Punto B, y luego a lo largo del límite de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base de Chile hasta el Punto C (véase el mapa esquemático No. 4: Trazado del límite marítimo).

#### VII. Conclusión (párrs. 196 y 197)

La Corte concluye que el límite marítimo entre las partes comienza en la intersección del paralelo que pasa a través del Hito No. 1 con la línea de marea baja, y se extiende por 80 millas marinas a lo largo de ese paralelo hasta el Punto A. A partir de ese punto, el límite marítimo corre a lo largo de la línea de equidistancia hasta el Punto B y, a continuación, a lo largo del límite de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base de Chile hasta el Punto C.

Habida cuenta de las circunstancias del caso, la Corte ha definido el trazado del límite marítimo entre las partes sin determinar las coordenadas geográficas precisas. Además, en las conclusiones finales de las partes no se pidió a la Corte que procediera de esa manera. La Corte espera que las partes determinen esas coordenadas con arreglo a lo establecido en el fallo, en un espíritu de buena vecindad.

\*  
\* \* \*

#### Declaración del Presidente Tomka

El Presidente Tomka concuerda con la determinación de la Corte de que el límite marítimo único entre el Perú y Chile comienza en la intersección del paralelo que pasa a través del Hito No. 1 con la línea de marea baja. También conviene en que el límite marítimo único sigue a lo largo de ese paralelo. Sin embargo, se aparta de lo establecido por sus diez colegas cuando estos decidieron que el límite convenido finaliza a una distancia de 80 millas marinas contadas desde su punto inicial. En consecuencia, no puede respaldar el trazado *de novo* del límite marítimo que la Corte realiza a partir de ese punto.

El Presidente Tomka comienza señalando que en el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 las partes no establecieron el límite marítimo entre ellas,

pero reconocieron claramente que dicho límite ya existía. No considera que la práctica de las partes en virtud de ese convenio sea pertinente para determinar la extensión del límite marítimo, y opina que ese límite se extiende a una distancia correspondiente a la que las partes mantuvieron en sus reclamaciones de zonas marítimas, es decir, 200 millas marinas. El fallo de la Corte cierra la zona marítima especial establecida con arreglo al Convenio de 1954 a una distancia de 80 millas marinas contadas desde la costa. Sin embargo, si bien las partes establecieron los límites oriental, meridional y septentrional de esa zona, deliberadamente decidieron no establecer un límite occidental. Concluye que se preveía que esa zona se extendería hacia el mar a lo largo del paralelo hasta el límite de los derechos marítimos reclamados por las partes.

El Presidente Tomka considera que el texto y la historia de las negociaciones de la Declaración de Santiago de 1952, así como los actos internos de las partes en la formulación de sus reclamaciones marítimas, respaldan la conclusión de que el límite marítimo convenido se extendía hasta 200 millas marinas. Además, considera que, de los debates durante la Conferencia de Lima de 1954, se puede concluir que las partes convinieron en confirmar que la Declaración de 1952 se aprobó en el entendimiento de que el paralelo que comenzaba en donde sus fronteras terrestres llegaban al mar constituía la línea divisoria de las zonas marítimas reclamadas. La redacción y los trabajos preparatorios del Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 respaldan la existencia de ese límite marítimo, mientras que en la Resolución Suprema del Perú de 1955 también se da a entender que la línea fronteriza sigue el paralelo.

En conclusión, el Presidente Tomka opina que las partes consideraban que la Declaración de 1952 resolvió las cuestiones relativas a la delimitación de sus zonas marítimas. Opina que la Declaración no es la fuente jurídica real de ese arreglo, pero es prueba del reconocimiento por las partes de que tal arreglo existía. Si bien en la Declaración no se establece expresamente que el paralelo constituye el límite marítimo entre las partes, el Presidente Tomka considera que las actas de la Conferencia de Lima de 1954 y el Convenio resultante sobre Zona Especial Fronteriza Marítima deben tenerse en cuenta en esa interpretación. En el párrafo IV de la Declaración se presume la existencia de una frontera marítima general y aparentemente las partes consideraban que la cuestión no era controvertida. Es importante señalar que los funcionarios de las partes convinieron (y así también lo declararon) en que la cuestión de la delimitación lateral de sus zonas declaradas de 200 millas estaba resuelta y en que el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima confirma la existencia del límite a lo largo del paralelo.

El Presidente Tomka continúa señalando que, en su opinión, algunas de las pruebas a que hace referencia la Corte, en particular las relativas a la corriente de Humboldt, indican que el límite se extendía hasta mucho más allá de una distancia de 80 millas marinas.

En desacuerdo con la determinación de la Corte de que el límite convenido termina a una distancia de 80 millas marinas contadas desde su punto inicial en la costa y, en consecuencia, con las conclusiones respecto de la continuación del límite a partir de ese punto, el Presidente Tomka aclara que no tiene inconvenientes con la metodología aplicada por la Corte para trazar la continuación de la línea fronteriza, sino con la distancia a partir de la cual ese límite se aparta del paralelo.

Por último, el Presidente Tomka, señalando que debe respetarse la decisión de la Corte, conviene en que la Corte no debe pronunciarse sobre la presentación del Perú relativa al “triángulo exterior”, ya que esa zona es parte de la zona económica exclusiva y la plataforma continental del Perú. En su opinión, ese habría sido el resultado incluso si el límite marítimo convenido se hubiera extendido hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde la costa.

### Declaración del Vicepresidente Sepúlveda-Amor

En su declaración, el Vicepresidente Sepúlveda-Amor expresa serias reservas respecto del razonamiento de la Corte en apoyo de la existencia de un acuerdo tácito sobre la delimitación marítima.

El Vicepresidente Sepúlveda-Amor acepta que, en circunstancias adecuadas, se puede fijar un límite marítimo sobre la base de un acuerdo tácito. Sin embargo, rechaza que el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 (Convenio de 1954) demuestre convincentemente la existencia de un acuerdo de esa naturaleza.

Según el Vicepresidente Sepúlveda-Amor, el estudio de la posible existencia de un acuerdo tácito de delimitación marítima debió haber llevado a la Corte a realizar un análisis sistemático y riguroso de la conducta de las partes mucho más allá de los términos del Convenio de 1954, porque solo mediante el escrutinio de años de práctica de los Estados se puede discernir la existencia de un límite marítimo convenido. En cambio, lamenta que el análisis de la conducta de los Estados no se haya desarrollado lo suficiente y haya sido periférico en los argumentos de la Corte, cuando debió haber constituido el núcleo de su razonamiento.

Teme que el criterio adoptado por la Corte se pueda interpretar como un retroceso respecto de los estándares de prueba estrictos formulados en la causa *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (Nicaragua c. Honduras)* para la determinación de un límite marítimo permanente.

Sin embargo, esa no es la manera en que debe interpretarse el fallo, ya que no se fundamenta en un alejamiento de la jurisprudencia anterior de la Corte.

### Opinión separada del Magistrado Owada

En su opinión separada, el Magistrado Owada dice que, aunque ha aceptado las conclusiones que figuran en la parte dispositiva del fallo, no ha podido asociarse plenamente al razonamiento que llevó a la Corte a sus conclusiones respecto de la delimitación concreta del límite marítimo único entre el Perú y Chile.

El Magistrado Owada hace suyo el rechazo que en el fallo se expresa respecto de la posición de Chile de que los derechos en las zonas marítimas respectivas de Chile y el Perú se habían delimitado plenamente mediante acuerdos, y apoya además el rechazo en el fallo a la posición del Perú de que las zonas marítimas entre Chile y el Perú nunca se habían delimitado mediante acuerdos o de otra manera. Sin embargo, el Magistrado Owada dice que tiene serias reservas respecto de la determinación de la Corte de que el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 (Convenio de 1954) demuestra que las partes reconocieron la existencia de un acuerdo entre ellas que delimitaba las zonas y sus derechos marítimos respectivos a lo largo de un paralelo que pasa a través del Hito No. 1. En opinión del Magistrado Owada, para llegar a esa conclusión, en el fallo se tenía que establecer: 1) que se habían producido algunos hechos jurídicos nuevos (actos u omisiones) de las partes que creaban jurídicamente un acuerdo de esa naturaleza; y 2) que ese límite se extiende únicamente hasta una distancia de 80 millas marinas, a partir de la cual no existe ningún límite marítimo delimitado aceptado por las partes. El Magistrado Owada afirma que en el presente fallo aparentemente no se han sustanciado esos asuntos con pruebas de apoyo suficientemente convincentes.

El Magistrado no concuerda con la conclusión del fallo de que la redacción del Convenio de 1954 es “clara” en el reconocimiento de que ya existe un límite marítimo. No puede apreciar de qué manera se puede decir que el Convenio de 1954 es tan “claro” que permita justificar esa conclusión. El Magistrado Owada observa que el texto crucial del Artículo 1 del Convenio de 1954 es: “Establécese una Zona Especial [...] de 10 millas marinas de ancho a cada lado del *paralelo que constituye el límite marítimo entre los dos países*” (sin cursiva en el original). El Magistrado Owada dice que ese texto, en lenguaje llano, no justifica de por sí y sin otras pruebas la existencia de un acuerdo tácito que establezca entre las partes un límite multipropósito. Recuerda que con anterioridad la Corte estableció en la causa *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia)* que “las pruebas relativas a un acuerdo tácito deben ser *convincentes*. El establecimiento de un límite marítimo permanente es una cuestión de gran importancia y no se debe presumir fácilmente la existencia de un acuerdo” (sin cursiva en el original). En opinión del Magistrado Owada, en la presente causa no se ha satisfecho ese estándar estricto.

Pasando a examinar los trabajos preparatorios del Convenio de 1954, el Magistrado Owada señala que dicho Convenio tuvo su origen en un documento presentado conjuntamente por los delegados del Ecuador y el Perú en que se hacía

referencia a la creación de una zona neutral a ambos lados del “paralelo que pasa a través del punto de la *costa* que indica el límite entre los dos países” (sin cursiva en el original). El Magistrado Owada dice que esa redacción sugiere que lo que los autores indicaban era el límite terrestre entre los países del caso. El Magistrado señala además que esa redacción se enmendó a la forma actual a instancias del delegado del Ecuador en la Conferencia sobre Explotación y Conservación de las Riquezas Marítimas del Pacífico Sur, que propuso que se incorporase a ese Artículo el concepto ya declarado en Santiago de Chile de que el paralelo que comienza en el punto limítrofe de la costa constituía el límite marítimo entre los Estados signatarios vecinos. Según el Magistrado Owada, ello indica que el texto del Artículo 1 del Convenio de 1954 se redactó reflejando la percepción del delegado del Ecuador de que lo que estaba proponiendo no era más que lo que ya se había “declarado en Santiago” en 1952. El Magistrado señala que, sin embargo, como se ha determinado correctamente en el fallo, en la Declaración de Santiago de 1952 *no se declaró* que el paralelo que comienza en el punto limítrofe de la costa constituía un límite marítimo.

El Magistrado Owada añade que, igualmente, los arreglos de 1968 y 1969 relativos a los faros de enfilamiento no aportan una prueba “convinciente” de la existencia de un acuerdo tácito que establezca un límite marítimo multipropósito. Según el Magistrado, esos arreglos no son más que una continuación lógica del Convenio de 1954 y no añaden más (ni menos) a lo que se establece (o no) en el Convenio de 1954 acerca de la naturaleza del paralelo como línea de demarcación marítima.

En consecuencia, el Magistrado Owada manifiesta que, en su opinión, en el fallo no se ha demostrado que un acuerdo tácito entre las partes acerca de un límite marítimo multipropósito que se extiende a lo largo del paralelo comenzase a existir con fundamento en algunos actos u omisiones jurídicos de las partes posteriores a la Declaración de Santiago de 1952 pero anteriores al Convenio de 1954.

El Magistrado Owada también plantea la cuestión de hasta dónde se debe extender el presunto límite marítimo. Observa que si, como se presume en el fallo, las partes habían aceptado que el paralelo constituía el límite marítimo definitivo multipropósito, no había razones para pensar que esa línea debía terminar a una distancia de 80 millas marinas contadas desde el punto inicial, en lugar de extenderse hasta un máximo de 200 millas marinas. El Magistrado Owada señala que en el fallo se reconoce que “la naturaleza multipropósito del límite marítimo [...] significa que, por sí mismas, las pruebas relativas a las actividades pesqueras no pueden servir para determinar la extensión de ese límite”.

Si, por el contrario, se parte del supuesto de que ese límite debe detenerse en algún punto anterior a las 200 millas marinas en razón de que la situación real sobre el terreno de las actividades reales de pesca solo se extendía hasta un cierto punto, el Magistrado Owada argumenta que la razón para

basarse en esa distancia se debe fundamentar en la naturaleza jurídica de la línea, que no constituía un límite marítimo multipropósito, sino más bien una línea a los fines específicos de establecer un régimen regulatorio de la pesca. Según el Magistrado, el fallo no puede escapar a ese dilema creado por su propio razonamiento, en la medida en que se basa en la existencia presunta (pero no demostrada) de un acuerdo tácito relativo al límite marítimo permanente.

El Magistrado Owada dice que, en vez de basar su razonamiento para la existencia de una línea de demarcación en el reconocimiento de un acuerdo tácito acerca de un límite marítimo multipropósito, el fallo debería fundamentarse en un razonamiento jurídico levemente modificado, basado en los lineamientos siguientes:

- 1) La Corte debería rechazar, tal como se hace en el presente fallo, la afirmación de Chile de que la Declaración de Santiago de 1952 constituye un acuerdo en que se reconoce y acepta una línea fronteriza marítima a lo largo del paralelo.
- 2) La práctica de los Estados respecto del ejercicio de la jurisdicción nacional en el mar, en particular en cuanto a las actividades pesqueras de Chile y el Perú en la región, que emergió gradualmente en los años posteriores a la Declaración de Santiago y más adelante, según se refleja en el Convenio de 1954 y los arreglos de 1968 y 1969 relativos a los faros de enfilamiento, demuestra el surgimiento gradual de un entendimiento tácito entre las partes de aceptar algún tipo de delimitación jurisdiccional en la zona de competencia nacional en el mar a lo largo de la línea de latitud, especialmente a los fines de la regulación de la pesca. Esa aceptación del establecimiento de zonas marítimas se desarrolló de hecho, específicamente en dirección lateral, con el objeto de determinar las zonas marítimas correspondientes a cada una de las partes a los fines de las actividades pesqueras. El proceso de esa aceptación tácita por conducto de la práctica de los Estados se desarrolló aparentemente sin adoptar la forma de un acuerdo, tácito o expreso, entre las partes, y pasó a reflejarse en la forma de una delimitación de hecho del límite marítimo a lo largo de las costas del Perú y Chile.
- 3) No es posible ni necesario especificar cuándo y de qué manera esa aceptación tácita se cristalizó en una norma que las partes pasaron a reconocer como constitutiva de la delimitación jurídica de sus zonas marítimas respectivas.
- 4) En consecuencia, no se puede considerar que el Convenio en 1954 sea un acuerdo que creó *de novo* un nuevo límite de la zona marítima, ni tampoco que en el Convenio de 1954 se reconozca un acuerdo tácito existente de delimitación de la zona marítima que haya podido definir de manera definitiva los límites

de la jurisdicción marítima multipropósito entre las partes.

- 5) Sin embargo, el Convenio en 1954 tuvo gran importancia jurídica en el proceso de consolidar los títulos jurídicos basados en la aceptación tácita por conducto de la práctica.
- 6) Como la aceptación tácita se basó en su origen en la práctica de los Estados en ese entonces, se limita en consecuencia a la extensión de las actividades pesqueras reales realizadas por los pescadores costeros de los dos Estados del caso. La distancia precisa hacia el mar en donde comienza la zona marítima de los dos Estados fue delimitada entre ellos y debe determinarse esencialmente a la luz de esas actividades pesqueras. Teniendo en cuenta la pauta predominante de las actividades pesqueras del Perú y Chile en el período pertinente, el límite geográfico razonable en que cabe presumir que se realizaban esas actividades aparentemente se encontraría a una distancia de 50 millas marinas contadas desde las costas respectivas del Perú y Chile. Cuando la *distancia* desde la costa se traduce a la *longitud* de la línea del paralelo, esa línea equivale aproximadamente a 80 millas marinas contadas desde el punto en que llega al mar el límite terrestre entre el Perú y Chile.

En consecuencia, el Magistrado Owada está dispuesto a aceptar la cifra de 80 millas marinas como longitud de la línea del paralelo que se debe trazar desde el punto inicial en donde el límite terrestre entre los dos países llega al mar, que refleja de manera más fiel la realidad de la práctica de los Estados, según se observa esencialmente en las actividades pesqueras en la región en esos días.

El Magistrado Owada añade que, sobre la base de su análisis, en el examen que hace la Corte del problema de hasta dónde se debe extender esta línea del paralelo no tiene lugar el argumento fundamentado en la consideración de la asignación equitativa de la totalidad de la zona marítima en controversia entre los dos Estados.

### **Declaración del Magistrado Skotnikov**

El Magistrado Skotnikov votó a favor de las conclusiones de la Corte que figuran en la parte dispositiva. Sin embargo, no está de acuerdo con la manera en que la Corte aborda la cuestión de la extensión del límite marítimo entre el Perú y Chile.

El Magistrado Skotnikov respalda la conclusión de la Corte de que, antes de la firma del Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954, existía un acuerdo tácito entre las partes respecto del límite marítimo entre ellas a lo largo del paralelo que pasa a través del punto en que su frontera terrestre llega al mar. Concuerd a en que el Convenio de 1954, en donde se reconocía la existencia de

un acuerdo tácito, da lugar a cierta incertidumbre respecto de la extensión precisa del límite marítimo. En su opinión, la Corte pudo haber tratado ese tema de la misma manera en que resolvió la cuestión de si el límite marítimo era multipropósito, es decir, en el contexto de las Proclamaciones de 1947 y la Declaración de Santiago de 1952. El Magistrado Skotnikov lamenta que, en cambio, la Corte haya examinado la cuestión de la extensión del límite marítimo fuera de ese contexto.

No convencen al Magistrado Skotnikov los argumentos de la Corte de que el estado de la aceptación internacional general respecto de los derechos marítimos de los Estados en la década de 1950 indica que era poco probable que las partes hubieran establecido su límite marítimo hasta una distancia de 200 millas marinas. Señala que las Proclamaciones de 1947 y la Declaración de Santiago 1952 demuestran que las partes estaban dispuestas a atribuirse derechos marítimos que no gozaban de amplia aceptación internacional en ese entonces.

Igualmente, tampoco convence al Magistrado Skotnikov la manera en que la Corte examina las distintas prácticas, como las actividades pesqueras y de ejecución, en el sentido de que determinan en gran manera la extensión del límite marítimo convenido. No puede apreciar de qué manera la extensión de un límite marítimo multipropósito puede determinarse a resultas de la capacidad de extracción y ejecución de las partes al momento de firmar el Convenio de 1954, en donde simplemente se reconocía el límite marítimo existente.

Aun siguiendo la línea de razonamiento adoptada por la Corte, el Magistrado Skotnikov señala que la determinación de la cifra de 80 millas marinas como extensión del límite marítimo convenido no parece estar respaldada por las pruebas que la Corte consideró pertinentes. Algunas de esas pruebas respaldan la existencia de un límite marítimo convenido de por lo menos 100 millas marinas.

Sin embargo, el Magistrado Skotnikov concluye que, habida cuenta de que el trato dado por las partes a la extensión del límite marítimo convenido no tiene la claridad que cabría esperar, le ha sido posible sumarse a la mayoría y votar a favor del tercer párrafo de la parte dispositiva.

### **Opinión disidente conjunta de los Magistrados Xue, Gaja, Bhandari y el Magistrado ad hoc Orrego Vicuña**

En su opinión disidente conjunta, los Magistrados Xue, Gaja, Bhandari y el Magistrado *ad hoc* Orrego Vicuña consideran que el texto del párrafo IV de la Declaración de Zona Marítima de 1952 (Declaración de Santiago) implica que el paralelo que pasa a través del punto en que la frontera terrestre llega al mar representa el límite lateral entre las zonas marítimas de las partes generado por sus costas continentales. Sobre la base de las reclamaciones marítimas de las partes,

según se mencionan en la Declaración de Santiago, el límite se extiende a 200 millas marinas. Algunos acuerdos posteriores concluidos entre las partes confirman esa interpretación de la Declaración de Santiago, en particular el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 (Convenio de 1954), el Protocolo de Adhesión de 1955 a la Declaración de Santiago sobre la Zona Marítima (Protocolo de 1955) y el acuerdo de 1968 entre el Perú y Chile sobre la instalación de faros de enfilamiento (acuerdo de 1968).

Los cuatro Magistrados señalan en primer lugar que la Declaración de Santiago es un tratado y que fue aceptado como tal por las partes. El texto del párrafo IV de la Declaración es el siguiente:

“En el caso de territorio insular, la zona de 200 millas marinas se aplicará en todo el contorno de la isla o grupo de islas. Si una isla o grupo de islas pertenecientes a uno de los países declarantes estuviere a menos de 200 millas marinas de la zona marítima general que corresponde a otro de ellos, la zona marítima de esta isla o grupo de islas quedará limitada por el paralelo del punto en que llega al mar la frontera terrestre de los Estados respectivos”.

Los Magistrados observan que, con arreglo al párrafo IV, no se estableció explícitamente el criterio para delimitar una zona marítima general respecto de otra zona similar. Sin embargo, cuando en el párrafo IV se hace referencia a una isla o grupo de islas a una distancia menor de 200 millas marinas de la zona marítima general de otro Estado, se quiere decir que también se ha adoptado algún criterio para delimitar esa zona marítima general, porque de lo contrario sería imposible saber cuándo una isla o grupo de islas está situado a menos de 200 millas marinas de esa zona.

Recordando la norma fundamental de interpretación de tratados de que se debe dar significado y efecto a todos los términos de un tratado a la luz de su objeto y propósito, los Magistrados subrayan que las expresiones en ese párrafo en que se hace referencia a “la zona marítima general que corresponde a otro [Estado]” y se determina que la zona marítima de las islas “quedará limitada por el paralelo del punto en que llega al mar la frontera terrestre de los Estados respectivos” tienen consecuencias directas respecto de los derechos que corresponden a las islas, así como respecto de los límites laterales entre las zonas marítimas generales de las partes.

Los Magistrados también encuentran apoyo para su conclusión en las actas del Comité de Asuntos Jurídicos de la Conferencia de Santiago, en donde quedó constancia de los entendimientos de las partes respecto de la Declaración de Santiago en el sentido de que el paralelo respectivo a partir del punto en que las fronteras de los países tocan el mar o llegan a él constituiría el límite lateral entre las zonas marítimas de los tres Estados.

Además, en su opinión, habida cuenta de que las partes proclamaron públicamente que cada una de ellas tenía de-

rechos exclusivos de soberanía y jurisdicción sobre el mar a lo largo de las costas continentales de sus países respectivos hasta una distancia mínima de 200 millas marinas contadas desde sus costas, y que en la Declaración de Santiago establecieron explícitamente que las islas costa afuera tendrían derecho a una zona marítima de 200 millas marinas, no parece convincente concluir que podían haber llegado a un acuerdo tácito en cuanto a que su límite marítimo a partir de la costa solo se extendería hasta 80 millas marinas, lo que es claramente contrario a la posición que habían manifestado en la Declaración de Santiago.

En cuanto al argumento del Perú de que su zona marítima pertinente se definió sobre la base del método de “arcos de círculo”, los Magistrados examinan la legislación interna promulgada por las partes en la época aproximada de la Conferencia de Santiago, y concluyen que puede argumentarse que ambos Estados emplearon el método del “trazado paralelo” para determinar el alcance de sus zonas marítimas generales respectivas. Señalan además que, aun suponiendo que en aquel entonces el Perú tuviese realmente en mente el método de los arcos de círculo, inmediatamente habría afrontado la situación de una superposición entre su reclamación y la de Chile en lo que respecta a sus zonas marítimas generales. Sin embargo, no hay ningún documento en los antecedentes que la Corte tiene ante sí que demuestre que esa cuestión hubiera sido prevista en la Conferencia de Santiago. Habida cuenta de todas las pruebas, los Magistrados observan que el Perú no planteó la cuestión hasta 1986 y solo dio expresión al método de los arcos de círculo en su Ley de Líneas de Base de 2005.

Los Magistrados reconocen que en 1952 no se prestó tanta atención a la cuestión de la delimitación entre los Estados adyacentes como a la afirmación de su posición respecto de las 200 millas marinas frente a los Estados que eran hostiles a ese tipo de reclamación y que, cuando el Perú firmó la Declaración de Santiago, no podía prever que el desarrollo posterior del derecho del mar haría que el método del trazado paralelo se le volvería desfavorable. Sin embargo, esa es una cuestión separada. Los Magistrados subrayan que lo que debe decidir la Corte en la presente causa es si en la Declaración de Santiago el Perú y Chile llegaron o no a un acuerdo sobre su límite marítimo. Los Magistrados señalan además que, si bien lo manifestado por las partes en la Declaración de Santiago respecto de una zona marítima de 200 millas marinas difícilmente podía fundamentarse en el derecho internacional consuetudinario de esa época, las tres partes podían convenir en una delimitación, incluso respecto de sus posibles derechos. Eso es lo que se puede argumentar que se hizo en la Declaración de Santiago.

Respecto de los acuerdos posteriores, en primer lugar los Magistrados se remiten al Convenio de 1954, que es parte integrante y complementaria de la Declaración de Santiago. En virtud del Convenio de 1954, las partes establecieron una zona especial de tolerancia a cada lado de la frontera marí-

tima entre los Estados adyacentes en la que no se penaliza el paso inocente o accidental de las embarcaciones pesqueras de poco porte.

En opinión de los Magistrados, a fin de establecer esa zona de tolerancia, era un requisito previo la existencia de un límite marítimo entre las partes. Al identificar la frontera marítima entre las partes, en el párrafo 1 del Convenio de 1954 se hace referencia explícita a “cada lado *del paralelo* que constituye el límite marítimo entre los dos países” (sin cursiva en el original). El uso del Artículo determinado [del: de + el] antes del sustantivo “paralelo” indica una línea preexistente convenida por las partes. El único acuerdo pertinente sobre sus zonas marítimas vigente entre las partes antes de 1954 era la Declaración de Santiago. Habida cuenta del contexto del Convenio de 1954, el paralelo a que se hace referencia no puede ser otra línea que la que corre a través del punto final del límite terrestre, es decir, el paralelo identificado en la Declaración de Santiago.

Los Magistrados observan que el Convenio de 1954 tiene un propósito limitado, ya que se refiere únicamente a los incidentes de paso inocente y accidental de embarcaciones de poco porte. No establece en dónde deben operar los buques de mayor porte de cada Estado parte, ni el tipo de actividades pesqueras que pueden realizar. Lógicamente, los buques que no son las embarcaciones de pequeño porte a que se hace referencia en el Convenio pueden pescar más allá de la zona especial. Además, las actividades de ejecución de las partes no se limitan en manera alguna a la zona de tolerancia. En el contexto de la Declaración de Santiago, en modo alguno podían las partes en el Convenio de 1954 haber previsto el uso de las actividades pesqueras de las embarcaciones de poco porte como un factor pertinente para la determinación de la extensión de su límite marítimo. En tal caso, se habría limitado seriamente la capacidad de captura de las partes en detrimento de sus actividades de preservación de los recursos pesqueros dentro de las 200 millas marinas, con lo que se contradirían el objetivo y el propósito mismos de la Declaración de Santiago.

En consecuencia, los Magistrados determinan que, habida cuenta del objeto y propósito del Convenio de 1954, resulta bastante cuestionable que la mayoría de la Corte interprete que dicho Convenio acotó el límite marítimo a la extensión de las actividades de pesca más cercanas a la costa en 1954 (presuntamente hasta 80 millas marinas). En su opinión, el Convenio de 1954 indica que las partes no solo habían establecido el límite lateral de sus zonas marítimas, que se extiende hasta 200 millas marinas, sino que también preveían mantenerlo. Al establecer la zona especial, cada parte se comprometió a observar ese límite lateral, que las partes solo confirmaron (y no establecieron) en el Convenio de 1954.

En segundo lugar, los Magistrados examinan el Protocolo de 1955. Observan que, cuando la Declaración de Santiago se abrió a la adhesión de otros Estados de América

Latina, las partes reiteraron en el Protocolo los principios básicos de la Declaración de Santiago, pero omitieron el párrafo IV. En su opinión, el contenido del Protocolo demuestra que, al momento de la conclusión de la Declaración de Santiago, sin perjuicio de que su preocupación principal se refiriese a la reclamación del límite de 200 millas marinas, las partes tenían presente la cuestión de la delimitación marítima, si bien como asunto de menor importancia. Ello también pone de manifiesto que las partes no preveían ninguna norma general aplicable a la delimitación y que el párrafo IV es una cláusula con un contexto específico, solo aplicable a las partes en la Declaración de Santiago. Los Magistrados añaden que, por ser un instrumento jurídico aprobado por las partes después del Convenio de 1954, el Protocolo, aun en caso de no entrar en vigor, ofrece una prueba importante que desmiente la existencia de un acuerdo tácito entre el Perú y Chile en el sentido de que su límite marítimo solo se extendería hasta 80 millas marinas, en lugar de 200, a lo largo del paralelo que pasa a través del punto en que la frontera terrestre llega al mar.

Por último, los Magistrados examinan el acuerdo de 1968, según el cual el Perú y Chile convinieron en instalar dos faros de enfilamiento en la costa a fin de materializar el paralelo de la frontera marítima que comienza en el Hito No. 1. Los Magistrados consideran que la instalación de los dos faros tuvo aparentemente el propósito de hacer efectiva la delimitación marítima entre las partes. Aun cuando se hubiera realizado con un propósito limitado, esa actividad confirma todavía más que el paralelo en el punto en donde la frontera terrestre de los Estados del caso llega al mar constituye el límite lateral entre el Perú y Chile. Los Magistrados consideran que, de conformidad con la posición de las partes asumida en Santiago, el límite materializado por los faros de enfilamiento debe extenderse hasta 200 millas marinas.

### Declaración de la Magistrada Donoghue

En su declaración, la Magistrada Donoghue observa que los argumentos de las partes no convencieron a la Corte. En cambio, la Corte concluyó que hay “pruebas convincentes” de la existencia de un acuerdo tácito respecto de un límite marítimo que corre a lo largo del paralelo que cruza el Hito No. 1, con lo que se satisface el estándar articulado previamente por la Corte en la causa relativa a la *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe*. La Magistrada Donoghue observa, sin embargo, que las partes no abordaron la existencia ni los términos de un acuerdo de esa naturaleza ni presentaron pruebas centradas específicamente en la extensión de dicho límite. Tampoco abordaron la posibilidad de que el segmento inicial del límite marítimo hubiera sido resuelto mediante acuerdo de las partes, dejando que el resto del límite se delimitara con fundamento en el derecho internacional consuetudinario. En consecuencia, la Corte abordó tales cuestiones sin el beneficio de la opinión de las partes.

La presente causa sirve como recordatorio de que algunos enfoques procesales pueden ofrecer ciertas ventajas a fin de esclarecer cuestiones importantes que no fueron abordadas directamente por las partes, por ejemplo, pedir a las partes más pruebas o argumentos jurídicos, o pronunciar una decisión provisional o parcial.

### Declaración del Magistrado Gaja

Según se explica en la opinión disidente conjunta, la delimitación marítima entre Chile y el Perú con arreglo a la Declaración de Santiago sigue el paralelo que corre a través del punto en donde la frontera terrestre llega al mar. El Artículo 2 del Tratado de Lima de 1929 establece que el punto inicial de la frontera terrestre está situado 10 km al norte del puente del río Lluta. En 1930 se dieron instrucciones a la comisión mixta bilateral encargada de la demarcación de que trazara un arco de un radio de 10 km a partir de ese puente y que adoptara como punto inicial de la frontera terrestre la intersección de ese arco con la costa. Si bien posteriormente, por razones prácticas, las partes utilizaron un hito ubicado cerca de ese punto a los fines de determinar su límite marítimo, no hay pruebas de que en momento alguno hayan llegado a un acuerdo para adoptar un punto inicial que no sea el mencionado en la Declaración de Santiago.

### Opinión disidente de la Magistrada Sebutinde

En su opinión disidente, la Magistrada Sebutinde expresa su desacuerdo con la determinación de la Corte relativa al fondo de la controversia que figura en los puntos 2, 3 y 4 de la parte dispositiva del fallo. En particular, no comparte la conclusión de la Corte de que, en razón de un acuerdo tácito entre las partes, ya existe un límite marítimo multipropósito entre las partes a lo largo del paralelo que pasa a través del Hito No. 1. En su opinión, esa conclusión no se adecua a los estándares de prueba estrictos establecidos por la Corte en la causa *Nicaragua c. Honduras* a los fines de establecer en derecho internacional un límite marítimo permanente con fundamento en un acuerdo tácito. En particular, la Magistrada Sebutinde considera que no son “convincientes” las pruebas a partir de las cuales la Corte deduce la existencia de un acuerdo tácito entre las partes. Más bien, considera que las pruebas que la Corte tiene ante sí no le permiten llegar a la conclusión firme de que la intención de las partes, en virtud de la Declaración de Santiago de 1952 o del Convenio de 1954, era establecer ese límite.

En tal sentido, la Magistrada Sebutinde señala que la práctica de las partes (contemporánea y posterior a los acuerdos de 1952 y 1954) indica que la intención de las partes al momento de concluir los acuerdos de 1952 y 1954 fue regular de qué manera se compartirían los recursos comunes y se protegerían esos recursos frente a terceros Estados o partes que no fueran Estados, más que concertar una delimitación marítima. Reconociendo que se puede considerar que algu-

nos de los documentos o hechos examinados por la Corte podrían reflejar un cierto grado de comprensión compartida por las partes de que existía entre ellas un “límite marítimo” a lo largo del paralelo, la Magistrada Sebutinde señala que hay otros elementos respecto de los cuales se podría decir igualmente que demuestran la inexistencia de un acuerdo de esa naturaleza. Además, ni siquiera los ejemplos posiblemente “confirmatorios” prueban sin ambages que las partes estuvieron actuando (o no estuvieron haciéndolo) bajo la presunción de que esa línea constituía un límite marítimo multipropósito y definitivo que delimitaba todos los posibles derechos marítimos de las partes.

Al respecto, la Magistrada Sebutinde considera que las pruebas presentadas por las partes no respaldan la conclusión de la Corte de que el “límite marítimo convenido que corre a lo largo del paralelo” se extiende hacia el mar hasta una distancia de 80 millas marinas.

En consecuencia, la Magistrada Sebutinde considera que, a fin de lograr un resultado equitativo, la Corte debió haber determinado *de novo* la totalidad de la línea del límite marítimo único entre las partes aplicando su método bien establecido de tres etapas.

### Declaración del Magistrado ad hoc Guillaume

1. El Magistrado *ad hoc* Guillaume conviene con la decisión de la Corte y comparte el criterio adoptado por esta. En particular, observa que Chile no ha demostrado que el límite dimanado del acuerdo tácito entre las partes se extendiese más allá de 60 u 80 millas marinas contadas desde la costa. En su opinión, esta última cifra marca el límite extremo del límite en virtud del acuerdo y, en esas circunstancias, el Magistrado está en condiciones de suscribir el párrafo 3 de la parte dispositiva del fallo.

2. El Magistrado *ad hoc* Guillaume explica además que también ha aceptado la solución adoptada por la Corte respecto del punto inicial del límite marítimo. Señala que esa solución dimana necesariamente de la redacción de los acuerdos de 1968 y 1969. Sin embargo, añade que ello de manera alguna prejuzga “la ubicación del punto inicial del límite terrestre identificado como ‘Concordia’ en el Artículo 2 del tratado de Lima de 1929”, tema que no corresponde determinar a la Corte (fallo, párrafo 163). Las partes no están de acuerdo respecto de la ubicación de ese punto y, por su parte, el Magistrado *ad hoc* Guillaume considera que no está ubicado en el Hito No. 1, localizado tierra adentro, sino en “el punto de intersección entre el Océano Pacífico y un arco de 10 km de radio que tiene su centro en el puente sobre el río Lluta” (véanse las “instrucciones conjuntas” para las partes de abril de 1930, fallo, párrafo 154). En consecuencia, la costa entre el punto inicial del límite marítimo y el Punto Concordia corresponde a la soberanía del Perú, mientras que el mar pertenece a Chile. Sin embargo, esa situación no carece de precedentes, como señaló Chile en las vistas (CR 2012/31,

págs. 35 a 38); se refiere únicamente a unas pocas decenas de metros de la costa y cabe esperar que ello no dará lugar a problema alguno.

### **Opinión separada, parcialmente concurrente y parcialmente disidente, del Magistrado *ad hoc* Orrego Vicuña**

El Magistrado *ad hoc* Orrego Vicuña presenta, además de la disidencia conjunta con los Magistrados Xue, Gaja y Bhandari, una opinión separada que en parte explica los aspectos del fallo con los que está de acuerdo y en parte señala los asuntos en que disiente. Entre los primeros figura, en primer lugar, el punto inicial de la delimitación marítima, establecido en el punto en donde el paralelo que pasa a través del Hito No. 1 se cruza con la línea de marea baja. Igual importancia se otorga al reconocimiento del paralelo como criterio para trazar, en cierta medida, el límite marítimo. En la opinión concurrente del Magistrado *ad hoc* Orrego Vicuña también se observa la importancia de reconocer la existencia de un límite marítimo único, y se otorga especial relevancia al hecho de que la Corte señale la declaración del Perú en el sentido de que su dominio marítimo se aplica de manera tal que se adecua a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. A resultas de esa declaración, los buques que enarbolan el pabellón de todas las naciones

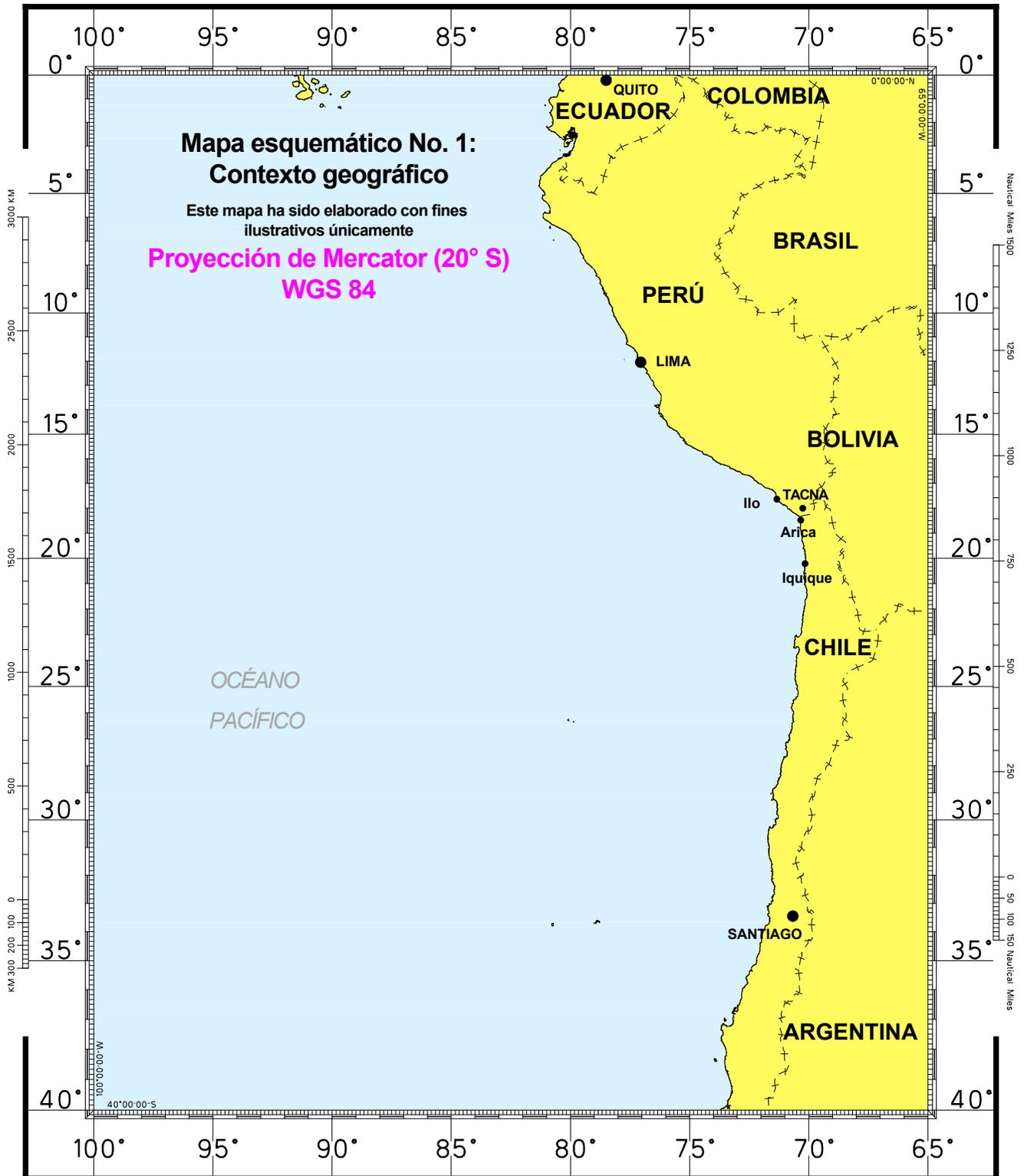
tienen ahora completa libertad de navegación y sobrevuelo más allá del mar territorial de 12 millas marinas admitido en el derecho internacional.

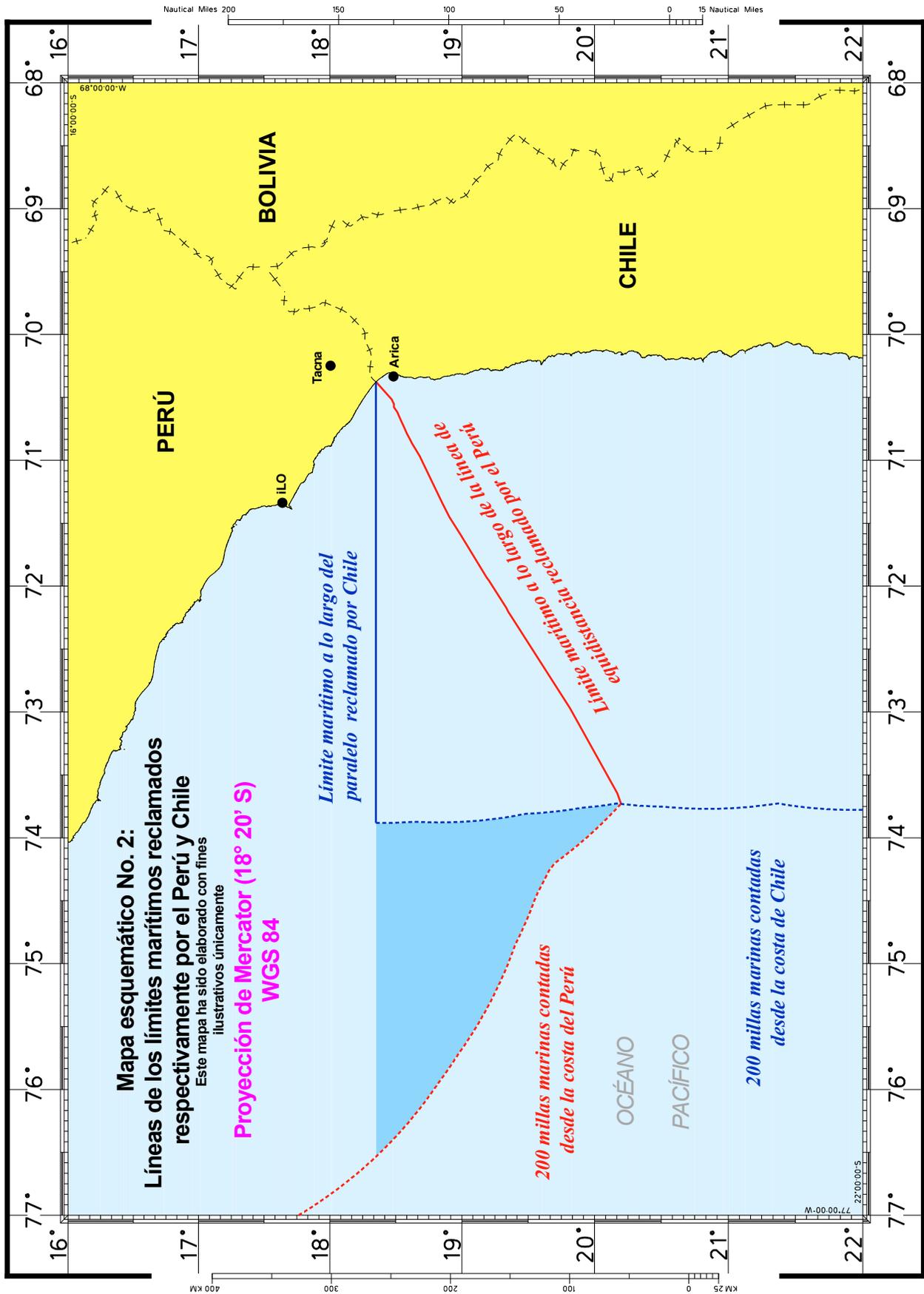
La opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Orrego Vicuña se refiere al hecho de que en el fallo se determina que el punto final del paralelo utilizado para establecer la delimitación marítima se encuentra a una distancia de 80 millas marinas, decisión que no encuentra respaldo en el derecho aplicable establecido en virtud de las declaraciones presidenciales de 1947, la Declaración de Santiago de 1952 y el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954, ni tampoco en la abundante práctica tanto del Perú como de Chile. El efecto combinado de la línea de equidistancia que establece el fallo a partir del punto final del paralelo y la zona del “triángulo exterior”, añadido a los derechos marítimos del Perú, da lugar a una asignación desproporcionada de zonas marítimas a cada una de las partes. Las perspectivas de un acceso negociado de buques chilenos a los recursos de la zona económica exclusiva resultante para el Perú, según se prevé en el Artículo 62, párrafo 2, de la Convención sobre el Derecho del Mar, mitigarían este resultado desproporcionado. En la opinión disidente también se señala, como conclusión, que la función que la Corte asigna a la equidad en la delimitación marítima no concuerda con el significado de “equidad” según el derecho internacional, tal como se prevé expresamente en la Convención.

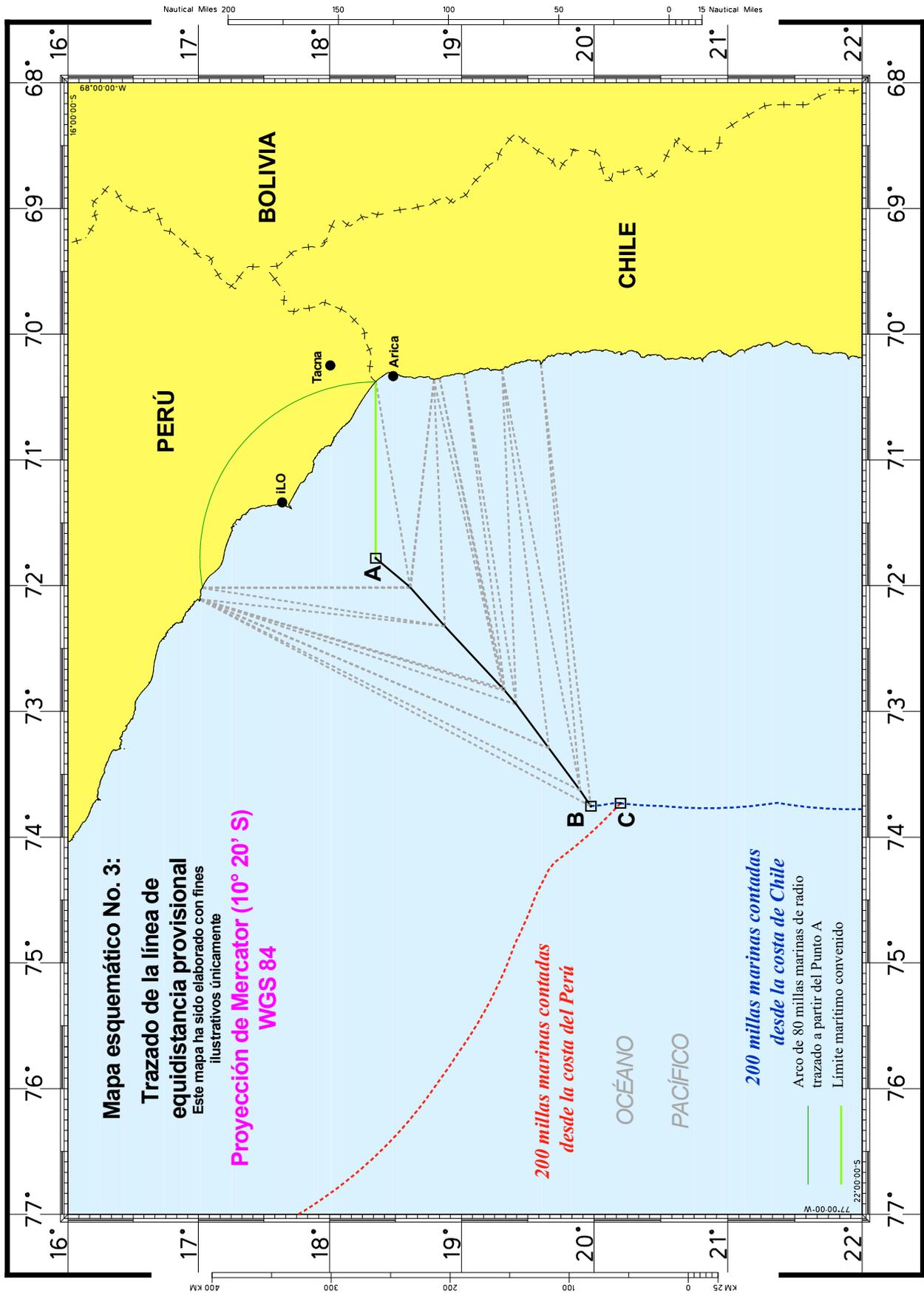
---

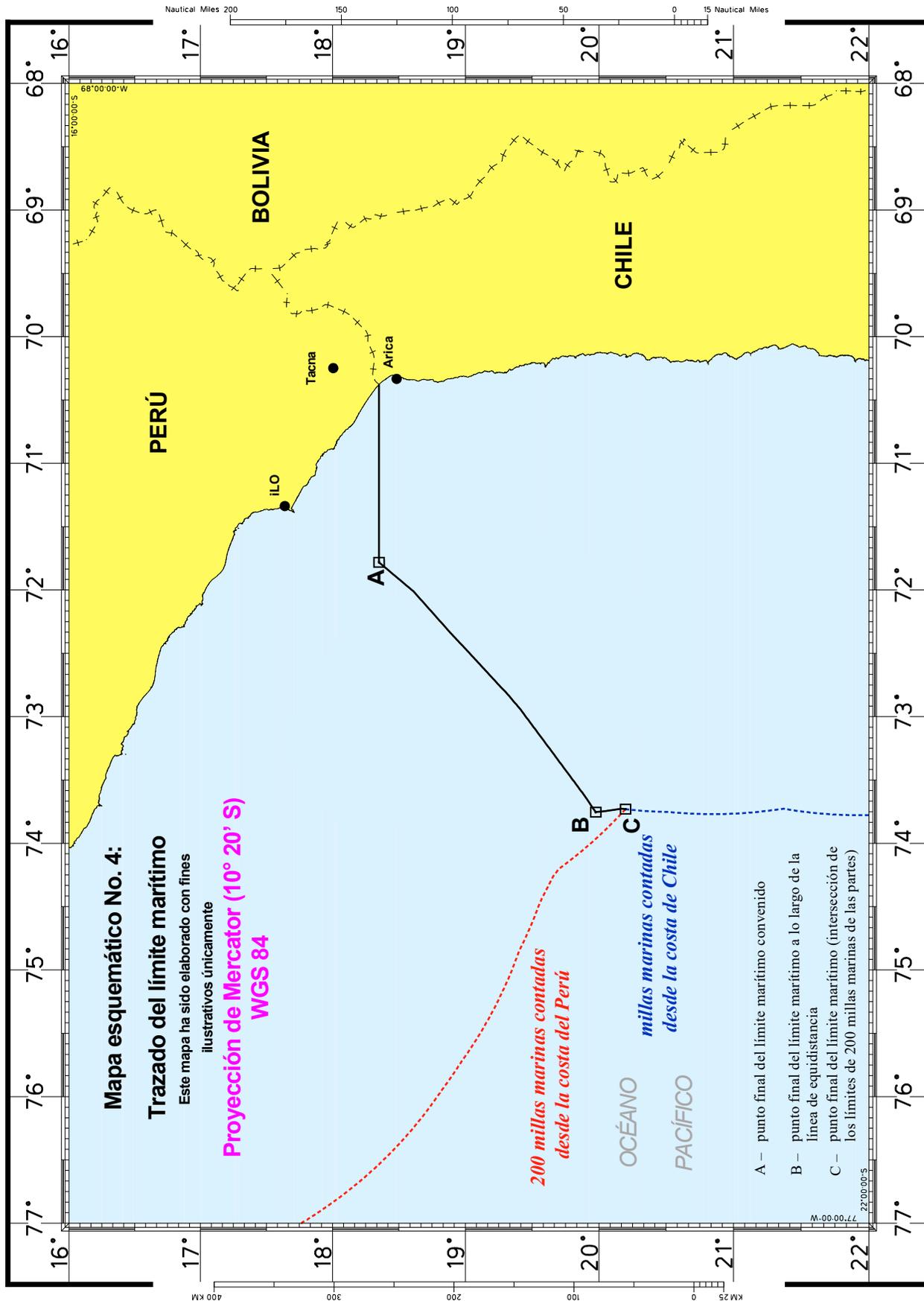
### **Anexo**

- Mapa esquemático No. 1: Contexto geográfico
- Mapa esquemático No. 2: Líneas de los límites marítimos reclamados respectivamente por el Perú y Chile
- Mapa esquemático No. 3: Trazado de la línea de equidistancia provisional
- Mapa esquemático No. 4: Trazado del límite marítimo









— Mapa esquemático núm. 4: Trazado del límite marítimo

## 207. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA INCAUTACIÓN Y RETENCIÓN DE CIERTOS DOCUMENTOS Y DATOS (TIMOR-LESTE *c.* AUSTRALIA) [MEDIDAS PROVISIONALES]

### Providencia de 3 de marzo de 2014

El 3 de marzo de 2014, la Corte dictó su providencia sobre la solicitud de medidas provisionales presentada por Timor-Leste el 17 de diciembre de 2013 en la causa relativa a las *Cuestiones relacionadas con la incautación y retención de ciertos documentos y datos (Timor-Leste c. Australia)*. En su providencia, la Corte indicó diversas medidas provisionales.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Bhandari; Magistrados *ad hoc* Callinan, Cot; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

En la parte dispositiva (párr. 55) de la providencia se establece lo siguiente:

“[...]”

La Corte,

Indica las siguientes medidas provisionales:

1) Por 12 votos contra 4,

Australia se cerciorará de que el contenido de los materiales incautados no sea de ninguna manera ni en ningún momento utilizado por persona o personas algunas en detrimento de Timor-Leste hasta que la presente causa haya concluido;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Xue, Gaja, Bhandari; Magistrado *ad hoc* Cot;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Keith, Greenwood, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Callinan;

2) Por 12 votos contra 4,

Australia deberá mantener bajo sello los documentos y datos electrónicos incautados y toda copia de ellos hasta nueva decisión de la Corte;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Xue, Gaja, Bhandari; Magistrado *ad hoc* Cot;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Keith, Greenwood, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Callinan;

3) Por 15 votos contra 1,

Australia no interferirá en modo alguno en las comunicaciones entre Timor-Leste y sus asesores jurídicos en conexión con el *Arbitraje con arreglo al Tratado relativo al Mar de Timor de 20 de mayo de 2002* pendiente entre

Timor-Leste y Australia, con eventuales futuras negociaciones bilaterales concernientes a la delimitación marítima ni con cualquier otro procedimiento conexo entre ambos Estados, incluida la presente causa ante la Corte;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Bhandari; Magistrado *ad hoc* Cot;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado *ad hoc* Callinan”.

\*  
\* \*

El Magistrado Keith adjuntó una opinión disidente a la providencia de la Corte; el Magistrado Cançado Trindade adjuntó una opinión separada a la providencia de la Corte; el Magistrado Greenwood adjuntó una opinión disidente a la providencia de la Corte; la Magistrada Donoghue adjuntó una opinión separada a la providencia de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Callinan adjuntó una opinión disidente a la providencia de la Corte.

\*  
\* \*

*Demanda y solicitud de medidas provisionales* (párrs. 1 a 17 de la providencia)

La Corte comienza recordando que, mediante demanda presentada ante la Secretaría el 17 de diciembre de 2013, la República Democrática de Timor-Leste (en adelante, “Timor-Leste”) incoó un procedimiento contra Australia con respecto a una controversia relativa a la incautación el 3 de diciembre de 2013, y subsiguiente retención, por “agentes de Australia de documentos, datos y otros bienes que pertenecen a Timor-Leste o que Timor-Leste tiene derecho a proteger con arreglo al derecho internacional”. En particular, Timor-Leste alega que esos artículos fueron tomados de la oficina de un asesor jurídico de Timor-Leste en Narrabundah, en el Territorio de la Capital de Australia, supuestamente en cumplimiento de un mandamiento expedido con arreglo al Artículo 25 de la Ley de Australia de 1979 sobre Organización de Inteligencia y Seguridad. Los materiales incautados, según Timor-Leste, comprenden, entre otras cosas, documentos, datos y correspondencia entre Timor-Leste y sus asesores jurídicos en relación con el *Arbitraje con arreglo al Tratado relativo al Mar de Timor de 20 de mayo de 2002*, pendiente entre Timor-Leste y Australia (en adelante, el “*Arbitraje relativo al mar de Timor*”).

El mismo día, Timor-Leste también presentó una solicitud de medidas provisionales, con arreglo al Artículo 41 del Estatuto de la Corte y los artículos 73 a 75 del Reglamento de la Corte. La Corte recuerda que, al final de su solicitud, Timor-Leste pide a la Corte que

“indique las siguientes medidas provisionales:

a) [q]ue todos los documentos y datos incautados por Australia de Brockman Street 5, Narrabundah, en el Territorio de la Capital de Australia el 3 de diciembre de 2013, sean inmediatamente lacrados y entregados en custodia a la Corte Internacional de Justicia;

b) [q]ue Australia entregue inmediatamente a Timor-Leste y a la Corte Internacional de Justicia: i) una lista de todos y cada uno de los documentos y datos que haya revelado o transmitido, o la información contenida en ellos que haya revelado o transmitido a cualquier persona, independientemente de si tal persona está empleada por cualquier órgano del Estado Australiano o de cualquier Estado tercero, u ocupa algún cargo en tales Estados, y ii) una lista de las identidades o descripciones de dichas personas y de los puestos que actualmente ocupan;

c) [q]ue Australia entregue en un plazo de cinco días a Timor-Leste y a la Corte Internacional de Justicia una lista de todas y cada una de las copias que haya hecho de cualesquiera de los documentos y datos incautados;

d) [q]ue Australia: i) destruya en forma que queden irrecuperables todas y cada una de las copias de los documentos y datos incautados por Australia el 3 de diciembre de 2013, y haga todo lo posible por asegurar la destrucción en forma que queden irrecuperables de todas las copias que haya transmitido a cualquier tercero, y ii) informe a Timor-Leste y a la Corte Internacional de Justicia de todas las medidas tomadas en cumplimiento de esa orden de destrucción, haya tenido éxito o no;

e) [q]ue Australia dé garantías de que no interceptará ni determinará o solicitará la interceptación de comunicaciones entre Timor-Leste y sus asesores jurídicos, ya sea dentro o fuera de Australia o de Timor-Leste”.

A continuación, la Corte recuerda que Timor-Leste también solicitó que, a la espera de la audiencia y decisión de la Corte sobre la solicitud de medidas provisionales, el Presidente de la Corte ejerciera la facultad que le confiere el Artículo 74, párrafo 4, del Reglamento de la Corte. A ese respecto, señala que, mediante carta de fecha 18 de diciembre de 2013, el Presidente de la Corte, actuando con arreglo a dicha disposición, invitó a Australia “a actuar de manera que cualquier providencia de la Corte sobre la solicitud de medidas provisionales pueda surtir los efectos deseados, y en particular a abstenerse de cualquier acto que pueda causar perjuicio a los derechos reclamados por la República Democrática de Timor-Leste en el presente procedimiento”.

\*

La Corte señala a continuación que los días 20, 21 y 22 de enero de 2014 se celebraron audiencias públicas sobre la solicitud de medidas provisionales formulada por Timor-Leste, durante las cuales los agentes y consejeros de los Gobiernos de Timor-Leste y Australia presentaron observaciones orales. Durante las audiencias, algunos miembros de la Corte formularon preguntas a las partes, que fueron respondidas oralmente. Timor-Leste utilizó la posibilidad que le había dado la Corte de formular observaciones escritas sobre la respuesta de Australia a una de esas preguntas.

La Corte recuerda que, al final de su segunda ronda de observaciones orales, Timor-Leste pidió a la Corte que indicara medidas provisionales en los mismos términos incluidos en su solicitud (véase lo señalado anteriormente) y que Australia, por su parte, manifestó lo siguiente:

“1. Australia pide a la Corte que deniegue la solicitud de medidas provisionales presentada por la República Democrática de Timor-Leste.

2. Australia pide asimismo a la Corte que suspenda el procedimiento hasta que el Tribunal Arbitral haya dictado su laudo en el *Arbitraje con arreglo al Tratado sobre el Mar de Timor*”.

A continuación, la Corte señala que, mediante providencia de fecha 28 de enero de 2014, la Corte decidió no acceder a la solicitud de Australia de suspensión del procedimiento, al considerar, entre otras cosas, que la controversia entre Timor-Leste y Australia que tiene ante sí es suficientemente distinta de la controversia sometida al Tribunal Arbitral en el *Arbitraje relativo al mar de Timor*. Por consiguiente, la Corte, después de tener en cuenta las opiniones de las partes, procedió a fijar plazos para la presentación de los alegatos escritos.

*Razonamiento de la Corte* (párrs. 18 a 54)

*I. Competencia prima facie* (párrs. 18 a 21)

La Corte comienza observando que, cuando se presenta una solicitud de medidas provisionales, no necesita, antes de decidir si indicará o no tales medidas, determinar de manera definitiva si tiene competencia en relación con el fondo de la causa; solo tiene que cerciorarse de que las disposiciones en que se funda la parte demandante parecen ofrecer, *prima facie*, un sustento sobre el cual pueda fundamentarse su competencia.

La Corte observa que Timor-Leste procura fundar la competencia de la Corte en la presente causa en la declaración que formuló el 21 de septiembre de 2012 con arreglo al Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto, y en la declaración formulada por Australia el 22 de marzo de 2002 con arreglo a la misma disposición. La Corte añade que, en sus alegatos orales, Australia manifestó que, si bien se reservaba su “derecho a plantear cuestiones de competencia y admisibilidad en la etapa de examen del fondo del asunto”, no iba a “plantear esas cuestiones en relación con la solicitud de medidas provisionales de Timor-Leste”.

Por consiguiente, la Corte considera que las declaraciones formuladas por ambas partes con arreglo al Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto parecen, *prima facie*, constituir una base sobre la cual podría tener competencia para decidir sobre el fondo de la causa. La Corte determina, por lo tanto, que puede conocer de la solicitud de medidas provisionales que le ha presentado Timor-Leste.

## II. Derechos cuya protección se reclama y medidas solicitadas (párrs. 22 a 30)

La Corte recuerda que su potestad para dictar medidas provisionales con arreglo al Artículo 41 del Estatuto tiene como finalidad proteger los derechos reivindicados por cada una de las partes en la causa en espera de su decisión sobre el fondo de la cuestión. De ello se desprende la obligación que atañe a la Corte de proteger aquellos derechos que posteriormente pueda determinar que corresponden a cualquiera de las partes. Por consiguiente, la Corte solo puede ejercer esa facultad si se ha cerciorado de que los derechos reivindicados por la parte demandante son por lo menos plausibles. Además, debe existir un vínculo entre los derechos que constituyen el objeto del procedimiento ante la Corte sobre el fondo del asunto y las medidas provisionales que se solicitan.

La Corte comienza examinando si los derechos reclamados por Timor-Leste sobre el fondo, para los cuales busca protección, son verosímiles. La Corte observa, en primer lugar, que las partes no cuestionan que por lo menos parte de los documentos y datos incautados por Australia se relacionan con el *Arbitraje relativo al mar de Timor*, o con posibles negociaciones futuras sobre delimitación marítima entre las partes, y que se refieren a comunicaciones de Timor-Leste con sus asesores jurídicos. Señala, además, que la principal reclamación de Timor-Leste se funda en que se ha producido una violación de su derecho a comunicarse con sus consejeros y abogados de manera confidencial con respecto a cuestiones que constituyen el objeto de un procedimiento arbitral pendiente y de futuras negociaciones entre las partes. La Corte señala que este derecho invocado podría derivarse del principio de la igualdad soberana de los Estados, que es uno de los principios fundamentales del orden jurídico internacional y está reflejado en el Artículo 2, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas. Más específicamente, se debe preservar la igualdad de las partes cuando están, de conformidad con el Artículo 2, párrafo 3, de la Carta, en vías de arreglar una controversia internacional por medios pacíficos. Si un Estado ha decidido recurrir al arreglo pacífico de una controversia con otro Estado por medio del arbitraje o de negociaciones, tendrá la expectativa de emprender ese procedimiento arbitral o esas negociaciones sin interferencia de la otra parte en la preparación y la dirección de su argumentación. De ello se desprende que, en tal situación, un Estado tiene un derecho verosímil a la protección de sus comunicaciones con sus abogados en relación con un arbitraje o con negociaciones, en particular a la protección de la

correspondencia entre ellos, así como a la protección de la confidencialidad de los documentos y datos preparados por los abogados para asesorar a ese Estado en tal contexto.

Consiguientemente, la Corte considera que por lo menos algunos de los derechos para los que Timor-Leste pide protección —a saber, el derecho a llevar a cabo un procedimiento arbitral o negociaciones sin interferencia por parte de Australia, incluido el derecho a la confidencialidad y a la no interferencia en sus comunicaciones con sus asesores jurídicos— son verosímiles.

La Corte aborda a continuación la cuestión del vínculo entre los derechos reivindicados y las medidas provisionales solicitadas. La Corte recuerda que las medidas provisionales solicitadas por Timor-Leste tienen la finalidad de impedir que Australia siga teniendo acceso a los materiales incautados, de proporcionar a Timor-Leste información sobre la medida en que Australia ha tenido acceso a los documentos y datos incautados, y de asegurar la no interferencia de Australia en las futuras comunicaciones entre Timor-Leste y sus asesores jurídicos. La Corte considera que esas medidas, por su naturaleza, están encaminadas a proteger los derechos invocados por Timor-Leste a llevar a cabo, sin interferencia por parte de Australia, el procedimiento arbitral y las futuras negociaciones, y a comunicarse libremente con sus asesores jurídicos, consejeros y abogados con esa finalidad. Por lo tanto, la Corte concluye que existe un vínculo entre los derechos invocados por Timor-Leste y las medidas provisionales solicitadas.

## III. Riesgo de perjuicio irreparable y urgencia (párrs. 31 a 48)

La Corte recuerda que tiene la facultad de indicar medidas provisionales cuando se pueda causar un perjuicio irreparable a los derechos en litigio, y que dicha facultad solo se debe ejercer si existe urgencia, es decir, cuando exista un riesgo real e inminente de que se cause un perjuicio irreparable a esos derechos.

Timor-Leste alega que las acciones de Australia al incautarse de materiales confidenciales y delicados de la oficina de su asesor jurídico crean un riesgo real de perjuicio irreparable a sus derechos. Timor-Leste afirma que es sumamente probable que la mayoría de los documentos y datos en cuestión se relacionen con su estrategia jurídica, tanto en el contexto del *Arbitraje relativo al mar de Timor* como en el contexto de futuras negociaciones marítimas con Australia. Timor-Leste afirma que el riesgo de perjuicio irreparable es inminente dado que actualmente está considerando qué posición estratégica y jurídica ha de adoptar para defender mejor sus intereses nacionales frente a Australia en relación con el Tratado sobre el Mar de Timor, de 2002, y el Tratado sobre Ciertos Arreglos Marítimos en el Mar de Timor, de 2006.

Según Australia, no existe riesgo de perjuicio irreparable para los derechos de Timor-Leste. Manifiesta que los amplios

compromisos asumidos por el Fiscal General de Australia demuestran que los derechos que pudieran corresponder a Timor-Leste están suficientemente protegidos a la espera del fallo definitivo en la presente causa.

Australia comienza por explicar que el 4 de diciembre de 2013 el Fiscal General de Australia formuló una Declaración Ministerial ante el Parlamento acerca de la ejecución por parte del Organismo Australiano de Inteligencia y Seguridad de los mandamientos de registro en las oficinas de un asesor jurídico de Timor-Leste en Canberra y que, en esa ocasión, puso de relieve “que los materiales de los que se tomó posesión en ejecución de los mandamientos no [iban] en ninguna circunstancia a ser comunicados a quienes llevaban a cabo el procedimiento [arbitral] en nombre de Australia”.

Australia señala a continuación que su Fiscal General presentó al Tribunal Arbitral del Tratado sobre el Mar de Timor un compromiso escrito, de fecha 19 de diciembre de 2013, en el que declaró que los materiales incautados no serían utilizados por ninguna parte del Gobierno de Australia para ningún propósito referente al *Arbitraje con arreglo al Tratado sobre el Mar de Timor* y asumió el compromiso de no tomar conocimiento ni informarse por otro conducto del contenido de los materiales ni de ninguna información derivada de dichos materiales.

Australia informó asimismo a la Corte de que, después del envío de la carta del Presidente de la Corte con arreglo al Artículo 74, párrafo 4, del Reglamento de la Corte (véase lo señalado anteriormente), el Fiscal General de Australia escribió una carta de fecha 23 de diciembre de 2013 dirigida al Director General de Seguridad del Organismo Australiano de Inteligencia y Seguridad en la que le ordenaba que las medidas enunciadas en el compromiso asumido ante el Tribunal Arbitral el 19 de diciembre de 2013 se cumplieran igualmente en relación con el procedimiento incoado ante la Corte. En su carta, el Fiscal General señalaba, en particular, que “sería deseable y apropiado que Australia cumpliera la solicitud del Presidente de cerciorarse de que, desde ahora hasta la conclusión de la audiencia de los días 20 a 22 de enero, los materiales estén lacrados, que no tenga acceso a ellos ningún otro funcionario del Organismo Australiano de Inteligencia y Seguridad y que el Organismo se asegure de que ninguna otra persona tenga acceso a ellos”.

Además, el Fiscal General presentó a la Corte un compromiso escrito de fecha 21 de enero de 2014. Australia señala que ese compromiso escrito contiene seguridades amplias de que se salvaguardará la confidencialidad de los documentos incautados. Destaca, en particular, las siguientes declaraciones formuladas por el Fiscal General en su compromiso escrito:

“que hasta el fallo definitivo en el presente procedimiento o hasta una orden posterior o anterior de la Corte:

1. No tomaré conocimiento ni me informaré por otro conducto del contenido de los materiales ni de ninguna información derivada de dichos materiales;

2. Si tuviera conocimiento de alguna circunstancia que hiciera necesario que yo me informara de los materiales, señalaría en primer lugar ese hecho a la atención de la Corte y en ese momento asumiría nuevos compromisos;

3. Los materiales no serán utilizados por el Gobierno de Australia para ningún fin distinto de fines de seguridad nacional (incluidos posibles enjuiciamientos y remisiones a autoridades encargadas del cumplimiento de la ley); y

4. Sin perjuicio de lo que antecede, ni los materiales, ni información alguna derivada de los materiales, se pondrán a disposición de ninguna parte del Gobierno de Australia para ningún fin relacionado con la explotación de recursos en el mar de Timor o negociaciones conexas, o relacionado con la tramitación de:

a) el presente procedimiento; y

b) el procedimiento ante el Tribunal Arbitral [constituido con arreglo al Tratado sobre el Mar de Timor, de 2002].”

Por último, durante las actuaciones orales, con referencia a la carta de fecha 23 de diciembre de 2013 dirigida al Director General de Seguridad del Organismo Australiano de Inteligencia y Seguridad por el Fiscal General de Australia, el Procurador General de Australia dijo que “hasta la fecha el Organismo Australiano de Inteligencia y Seguridad no ha inspeccionado ninguno de los documentos” y señaló que los documentos estaban “lacrados a todos los efectos hasta que [Australia tuviera] la decisión de la Corte sobre las medidas provisionales”.

Con respecto a los compromisos asumidos por el Fiscal General de Australia los días 4, 19 y 23 de diciembre de 2013, Timor-Leste argumenta que están “lejos de ser adecuados” para proteger los derechos e intereses de Timor-Leste en la presente causa. Según Timor-Leste, en primer lugar carecen de fuerza vinculante, por lo menos a nivel internacional; en segundo lugar, en algunos aspectos importantes son más limitados que las medidas provisionales solicitadas por Timor-Leste, pues no se refieren a las cuestiones generales que van más allá del *Arbitraje relativo al mar de Timor*; y en tercer lugar, las instrucciones impartidas en la carta de fecha 23 de diciembre de 2013 dirigida al Director General del Organismo Australiano de Inteligencia y Seguridad por el Fiscal General de Australia solo se han dado hasta la conclusión de las audiencias en la presente fase de la causa.

Con referencia al compromiso escrito de fecha 21 de enero de 2014, Timor-Leste afirma que no basta para impedir el riesgo de daño irreparable y que “debería estar respaldado por una providencia de la Corte que se refiera al tratamiento de los materiales”.

Sobre la base de esta información, la Corte opina que el derecho de Timor-Leste a llevar a cabo el procedimiento arbitral y las negociaciones sin interferencia podría sufrir un daño irreparable si Australia no salvaguardase inmediatamente la confidencialidad de los materiales incautados por sus agentes el 3 de diciembre de 2013 de la oficina de un asesor jurídico del Gobierno de Timor-Leste. En particular, la Corte considera que podría haber un grave efecto perjudicial para la posición de Timor-Leste en el *Arbitraje relativo al mar de Timor* y en futuras negociaciones marítimas con Australia si los materiales incautados se divulgaran a alguna persona o personas que estuvieran participando o pudieran participar en ese arbitraje o en negociaciones en nombre de Australia. Si se produjera algún quebrantamiento de la confidencialidad, tal vez no fuera posible subsanarlo o repararlo, pues tal vez no se pudiera volver al *statu quo ante* después de la revelación de la información confidencial.

La Corte señala, sin embargo, que en el compromiso escrito del Fiscal General de Australia de 21 de enero de 2014 se asumen compromisos en el sentido de que los materiales incautados no se pondrán a disposición de ninguna parte del Gobierno de Australia para ningún fin relacionado con la explotación de recursos en el mar de Timor o negociaciones conexas, ni relacionado con la tramitación de la presente causa ante la Corte ni del procedimiento ante el Tribunal del Tratado sobre el Mar de Timor. La Corte observa que, además, el Procurador General de Australia aclaró durante las audiencias, en respuesta a una pregunta de un miembro de la Corte, que ninguna persona que estuviera participando en el arbitraje o la negociación había sido informada del contenido de los documentos y datos incautados.

La Corte señala asimismo que el agente de Australia manifestó que “el Fiscal General del Commonwealth de Australia [tenía] autoridad efectiva y ostensible para obligar a Australia de conformidad tanto con el derecho australiano como con el derecho internacional”. La Corte dice que no tiene motivo alguno para creer que Australia no cumplirá el compromiso escrito de fecha 21 de enero de 2014. Una vez que un Estado ha asumido un compromiso de esa índole en relación con su conducta, cabe presumir su buena fe en el cumplimiento de ese compromiso.

Sin embargo, la Corte toma conocimiento de que, en el párrafo 3 de su compromiso escrito de fecha 21 de enero de 2014, el Fiscal General dice que los materiales incautados no serán utilizados “por ninguna parte del Gobierno de Australia para ningún fin distinto de fines de seguridad nacional (incluidos posibles enjuiciamientos y remisiones a autoridades encargadas del cumplimiento de la ley)”. La Corte señala asimismo que, en el párrafo 2 del mismo documento, el Fiscal General subrayó que “[s]i tuviera conocimiento de alguna circunstancia que hiciera necesario que [él se] informara de los materiales, señalaría en primer lugar ese hecho a la atención de la Corte y en ese momento asumiría nuevos compromisos”.

Habida cuenta de que el Gobierno de Australia contempla la posibilidad de hacer uso de los materiales incautados en determinadas circunstancias que afecten a la seguridad nacional, la Corte considera que existe un riesgo de revelación de esa información que podría ser sumamente perjudicial. La Corte observa que el Fiscal General de Australia ha asumido el compromiso de que cualquier acceso a los materiales por consideraciones de seguridad nacional sea sumamente restringido y que el contenido de los materiales no se divulgará a ninguna persona que participe en la tramitación del *Arbitraje relativo al mar de Timor*, en futuras negociaciones bilaterales sobre delimitación marítima ni en la tramitación del procedimiento ante la Corte. Sin embargo, una vez que la información contenida en los materiales incautados se haya revelado a funcionarios determinados en las circunstancias previstas en el compromiso escrito de fecha 21 de enero de 2014, dicha información podría llegar a terceros y se podría quebrantar la confidencialidad de los materiales. Además, la Corte observa que el compromiso de Australia de mantener lacrados los materiales incautados se asumió solamente hasta la decisión de la Corte sobre la solitud de medidas provisionales.

A la luz de lo que antecede, la Corte considera que el compromiso escrito de fecha 21 de enero de 2014 contribuye significativamente a mitigar el riesgo inminente de perjuicio irreparable creado por la incautación de los materiales mencionados a los derechos de Timor-Leste, en particular su derecho a que se salvaguarde debidamente la confidencialidad de esos materiales, pero no elimina enteramente ese riesgo.

La Corte concluye, sobre la base de lo que antecede, que, habida cuenta de las circunstancias, se cumplen las condiciones requeridas por su Estatuto para indicar medidas provisionales, en la medida en que, a pesar del compromiso escrito de fecha 21 de enero de 2014, sigue existiendo, como se ha demostrado, un riesgo inminente de perjuicio irreparable. Por consiguiente, es apropiado que la Corte indique determinadas medidas a fin de proteger los derechos de Timor-Leste a la espera de la decisión de la Corte sobre el fondo de la causa.

#### IV. Medidas que han de adoptarse (párrs. 49 a 54)

La Corte recuerda que, con arreglo a su Estatuto, cuando se formula una solicitud de medidas provisionales, tiene la facultad de indicar medidas que sean en todo o en parte distintas de las solicitadas. En la presente causa, después de considerar los términos de las medidas provisionales solicitadas por Timor-Leste, la Corte estima que las medidas que debe indicar no tienen que ser idénticas a las solicitadas.

La Corte señala ante todo que el Procurador General de Australia aclaró durante las actuaciones orales que el compromiso escrito del Fiscal General de 21 de enero de 2014 “no expirará” sin previa consulta con la Corte. Así pues, ese compromiso no expirará una vez que la Corte se haya pronunciado sobre la solicitud de medidas provisionales de

Timor-Leste. Como el compromiso escrito de 21 de enero de 2014 no contiene ninguna referencia específica a que los documentos incautados estén lacrados, la Corte debe también tener en cuenta la duración del compromiso de Australia de mantener lacrados dichos materiales que figura en la carta de fecha 23 de diciembre de 2013 dirigida al Director General del Organismo Australiano de Inteligencia y Seguridad por el Fiscal General de Australia. La Corte toma nota de que, según los términos de esa carta, el compromiso se asumió hasta la conclusión de las actuaciones orales sobre la solicitud de medidas provisionales. La Corte observa asimismo que, durante las actuaciones orales, Australia dio garantías de que los materiales incautados se mantendrían lacrados e inaccesibles hasta que la Corte dictara su decisión sobre dicha solicitud.

Observando además que es probable que gran parte de los materiales incautados contenga información delicada y confidencial pertinente para el arbitraje pendiente y que también puede comprender elementos que sean pertinentes para las futuras negociaciones marítimas que puedan tener lugar entre las partes, la Corte determina que es esencial asegurar que el contenido de los materiales incautados no se divulgue de ninguna manera ni en ningún momento a ninguna persona o personas que puedan utilizarlo, o hacer que se utilice, en detrimento de Timor-Leste en sus relaciones con Australia con respecto al mar de Timor. Por consiguiente, es necesario mantener lacrados los documentos y datos electrónicos incautados y cualesquiera copias de ellos hasta nueva decisión de la Corte.

La Corte señala a continuación que Timor-Leste ha expresado preocupación acerca de la confidencialidad de sus comunicaciones en curso con sus asesores jurídicos relativas, en particular, a la tramitación del *Arbitraje relativo al mar de Timor*, así como la de las futuras negociaciones que pueda haber con respecto al mar de Timor y sus recursos, asunto que no está comprendido en el compromiso escrito del Fiscal General de 21 de enero de 2014. La Corte estima asimismo apropiado requerir que Australia no interfiera en modo alguno en las comunicaciones entre Timor-Leste y sus asesores jurídicos, ya sea en relación con el procedimiento arbitral pendiente y con eventuales futuras negociaciones bilaterales concernientes a la delimitación marítima, o en relación con cualquier otro procedimiento conexo entre ambos Estados, incluida la presente causa ante la Corte.

Finalmente, la Corte pone de relieve que sus providencias sobre medidas provisionales tienen efecto vinculante y, por consiguiente, crean obligaciones jurídicas internacionales que ambas partes deben cumplir. Añade que la decisión adoptada en el presente procedimiento no prejuzga en modo alguno la cuestión de la competencia de la Corte para conocer del fondo de la causa, ni las cuestiones relativas a la admisibilidad de la demanda o al fondo mismo, y que no afecta al derecho de los Gobiernos de Timor-Leste y Australia a presentar argumentos sobre dichas cuestiones.

\*  
\* \*

### Opinión disidente del Magistrado Keith

Al comienzo de su opinión disidente, el Magistrado Keith expresa su comprensión de la “profunda ofensa y conmoción” que ha experimentado Timor-Leste en relación con las acciones realizadas el 3 de diciembre de 2013 por el Organismo Australiano de Inteligencia y Seguridad. Sin embargo, no considera que se haya probado la existencia de fundamentos respecto de dos de las medidas provisionales adoptadas por la Corte.

El Magistrado Keith recuerda que en su demanda Timor-Leste invocó sus derechos de propiedad y de otra índole sobre los documentos y datos enviados a sus asesores jurídicos o poseídos o preparados por estos, en particular en el contexto de un arbitraje en curso entre las partes. Su solicitud de medidas provisionales adoptó una posición más amplia, tanto en lo tocante a los derechos sustantivos en cuestión como al fin para el cual se habían preparado los materiales, incluidas negociaciones a largo plazo relativas al Mar de Timor.

El Magistrado Keith considera los distintos compromisos que ha asumido Australia y las respuestas de Timor-Leste. Inicialmente, los compromisos de Australia impedían la utilización de los materiales incautados solo por personas que participaran en el arbitraje, y no se extendía a los demás tratos entre las partes. En respuesta a las preocupaciones de Timor-Leste, el Fiscal General de Australia presentó un compromiso más amplio el 21 de enero de 2014. El Magistrado Keith señala que, a partir de este punto, Timor-Leste dejó de objetar la amplitud del compromiso, y se refirió solo a su carácter vinculante. En opinión del Magistrado, ese asunto estaba adecuadamente resuelto para el final de las actuaciones.

El Magistrado Keith concluye que se ha satisfecho la solicitud de Timor-Leste de un compromiso que sea más amplio sustantiva y temporalmente, y que sea claramente vinculante para Australia en derecho internacional. El compromiso de 21 de enero de 2014 se aplica, como debía ser, “hasta el fallo definitivo o hasta una orden posterior o anterior de la Corte”.

El Magistrado Keith parte de la base de que el derecho verosímil de Timor-Leste en controversia en la presente causa es el derecho de un Estado a gozar de una relación confidencial con sus asesores jurídicos, en particular con respecto a controversias con otro Estado que pueden estar sujetas a litigio o negociación u otra forma de arreglo pacífico. Habida cuenta de los compromisos asumidos por el Gobierno de Australia, el Magistrado Keith opina que actualmente no existe ningún riesgo de que se cause un perjuicio irreparable a ese derecho. No considera necesario referirse a los derechos e intereses de Australia en relación con su seguridad nacional, ni al equilibrio entre los respectivos derechos de las partes.

## Opinión separada del Magistrado Cançado Trindade

1. El Magistrado Cançado Trindade comienza su opinión separada, dividida en diez partes, identificando algunos aspectos señalados en la presente providencia que, según su parecer, merecen mayor atención. Si bien ha contribuido con su voto a la adopción de la presente providencia, considera que las medidas provisionales de protección ordenadas por la Corte debían haber ido más allá, y que la CIJ debía haber ordenado las medidas solicitadas por Timor-Leste, en el sentido de que los documentos y datos incautados por Australia (que contienen información perteneciente a Timor-Leste) fueran inmediatamente lacrados y entregados a la *custodia de la Corte misma* en su sede en el Palacio de la Paz en La Haya.

2. Habida cuenta de la importancia que el Magistrado atribuye a los puntos no suficientemente desarrollados en la presente providencia, se siente obligado, movido por un sentido del deber en el ejercicio de la función judicial internacional, a dejar constancia en el expediente de los fundamentos de su propia posición personal al respecto (parte I). Primero examina los argumentos, presentados en particular por el Estado demandado, destacando especialmente, en primer lugar, la impertinencia de la invocación de los recursos locales en las circunstancias de la presente causa, en que se alega una lesión *directa* al Estado mismo, en la cual el Estado demandante está reivindicando lo que considera su propio derecho, y, al hacerlo, está actuando en nombre propio. *Par in parem non habet imperium, non habet iurisdictionem*.

3. El Magistrado Cançado Trindade observa a continuación que la Corte ha desestimado correctamente el argumento de evitación de la “competencia concurrente” (procedimientos judicial y arbitral), asimismo impertinente. El recurso a otra autoridad judicial para obtener medidas provisionales de protección está permitido por las propias Reglas de Procedimiento de los tribunales arbitrales de la Corte Permanente de Arbitraje, que no ven ninguna necesidad de evitar las competencias “concurrentes”. Ese argumento —continúa— pierde de vista el punto central, que es la necesidad de que se imparta justicia (parte II). El Magistrado Cançado Trindade añade una advertencia acerca de la “vacía y engañosa retórica” de eufemismos como “búsqueda del foro más favorable” (*forum shopping*), “paralelismo”, evitación de la “fragmentación” del derecho internacional y de la “proliferación” de tribunales internacionales, que desvían indebidamente la atención de la búsqueda de la justicia hacia supuestos “problemas” de “delimitación” de competencias entre tribunales internacionales (párr. 9).

4. El Magistrado entiende que la “actual ampliación del acceso a la justicia para los *justiciables* resulta reconfortante. Las cortes y tribunales internacionales tienen una *misión común* de impartir justicia, que hace confluir sus tareas, de manera armoniosa, y muy por encima del afán por la llamada ‘delimitación’ de competencias” (párr. 11). Para el Ma-

gistrado, en la presente causa, al desestimar ese argumento, “la CIJ puso la cuestión en la perspectiva correcta” (párr. 12).

5. Pasando al punto siguiente, observa que en la presente causa, sin embargo, la Corte ha insistido en basarse en actos unilaterales de los Estados (como promesas, en forma de seguridades o “compromisos”), con lo cual no ha extraído las enseñanzas de su propia práctica en causas recientes (parte III). Considera que las promesas o seguridades o “compromisos” se han tenido en cuenta como fundamento en un contexto diferente, el de las relaciones diplomáticas; cuando se los trae indebidamente a la esfera del procedimiento judicial internacional, “no pueden servir de base para una decisión del tribunal internacional de que se trate”; el arreglo judicial no puede fundarse en “actos unilaterales de los Estados como base para el razonamiento de las decisiones que deben tomarse” (párr. 14).

6. Recuerda que la determinación de tomar como fundamento tales actos unilaterales “ha sido fuente de incertidumbres y aprensión en el curso del procedimiento judicial internacional”, y ha puesto en mayor riesgo su resultado, como lo ilustra la reciente causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)* de la Corte, como el Magistrado advirtió en la opinión separada que adjuntó al fallo sobre el fondo de 20 de julio de 2012, así como en su opinión disidente en la providencia de la Corte de 28 de mayo de 2009 en la misma causa (párr. 15). Allí destacó que un compromiso o promesa que se formula en el curso de un procedimiento judicial ante la Corte “no elimina los requisitos (de urgencia y de probabilidad de daño irreparable) para indicar medidas provisionales por la Corte” (párr. 16). A su juicio, *ex factis ius non oritur* (párr. 17).

7. Asimismo recuerda que, en su reciente providencia de 22 de noviembre de 2013 en las causas acumuladas relativas a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza* y a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan*, la Corte admitió precisamente que no estaba “convencida” por las seguridades unilaterales que se le habían dado en el curso de un procedimiento judicial internacional, las cuales no habían eliminado “el riesgo inminente de perjuicio irreparable”. En la opinión separada que adjuntó a dicha providencia, el Magistrado Cançado Trindade, una vez más, señaló que

“la necesidad de dedicar una mayor atención a la *naturaleza jurídica* de las medidas provisionales de protección, y sus *efectos jurídicos*, en particular de las que cuentan con una base *convencional*, como las medidas provisionales ordenadas por la CIJ [...]. Solo de esta manera habrán de contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional. La persistencia en fundarse en ‘compromisos’ o seguridades o promesas unilaterales que se formulan en el contexto de medidas provisionales no contribuye en modo alguno a la adecuada comprensión del instituto jurídico en expansión constituido por

las medidas provisionales de protección en el derecho internacional contemporáneo.

La doctrina relativa a los actos unilaterales de los Estados ha tenido mucho cuidado en evitar los escollos de las teorías ‘contractuales’ en derecho internacional, así como los peligros del voluntarismo irrestricto de los Estados que sirve de base a las manifestaciones unilateralistas en el orden jurídico internacional descentralizado. Los actos unilaterales [...] no pueden ser admitidos incondicionalmente. [...] No es sorprendente comprobar que la doctrina relativa al tema se ha esforzado, pues, por individualizar los actos unilaterales a los que pueden adscribirse efectos jurídicos, y todo ello en la esfera de las relaciones diplomáticas, *ciertamente no en la esfera del procedimiento judicial internacional*” (párrs. 18 a 20).

8. El Magistrado Cançado Trindade señala a continuación que otros tribunales internacionales contemporáneos se han visto análogamente enfrentados a incertidumbres y aprensión derivadas de seguridades unilaterales dadas por partes en litigio (párr. 21). Añade que el procedimiento judicial internacional tiene “una lógica propia”, que no debe considerarse igual a la de las relaciones diplomáticas. A juicio del Magistrado, “[n]o se sirve adecuadamente al procedimiento judicial internacional con la insistencia en fundarse en actos unilaterales propios de las relaciones diplomáticas, y menos aún frente a la percepción de la necesidad de afirmar que *ex iniuris ius non oritur*. Incluso si un tribunal internacional toma nota de actos unilaterales de los Estados, no se debe tomar esos actos como base para el razonamiento de sus propias decisiones” (párr. 22). Y añade:

“En efecto, permitir que se realicen actos unilaterales (en el curso de un procedimiento judicial internacional), independientemente de su carácter discrecional —si no arbitrario—, y aceptar subsiguientemente seguridades o “compromisos” derivados de aquellos, es abrir el camino a incertidumbres e impredecibilidad, a la posibilidad de creación de hechos consumados para beneficio propio y en perjuicio de la otra parte. La certeza de la aplicación del derecho se reduciría a una mera probabilidad” (párr. 25).

9. El Magistrado Cançado Trindade recuerda a continuación que, en el pasado, una tendencia de la doctrina jurídica —preferida por los llamados “realistas”— trató de privar de parte de su fuerza al principio general *ex iniuris ius non oritur* invocando la máxima *ex factis ius oritur* (parte IV). Al hacerlo —añade— “confundía la validez de las normas con la necesaria coerción (que a veces falta en el orden jurídico internacional) para aplicarlas. La validez de las normas no depende de la coerción (para la aplicación); son vinculantes como tales (obligaciones objetivas)” (párr. 27). Y concluye sobre este punto:

“La máxima *ex factis ius oritur* atribuye erróneamente a los hechos unos efectos creadores de derecho que los hechos *per se* no pueden generar. Como cabría esperar,

el “hecho consumado” gusta mucho a quienes se sienten suficientemente fuertes o poderosos como para tratar de imponer su voluntad a los demás. Pero ocurre que el derecho internacional contemporáneo está fundado en algunos principios generales fundamentales, como el principio de la *igualdad jurídica de los Estados*, que apunta en sentido opuesto. Las desigualdades de hecho entre los Estados son irrelevantes, pues todos los Estados son jurídicamente iguales, con todas las consecuencias que de ello derivan. Definitivamente, *ex factis ius non oritur*. Los valores humanos y la idea de justicia objetiva están por encima de los hechos. *Ex conscientia ius oritur*” (párr. 28).

10. Una cuestión a que se refirieron las partes en litigio en el curso del presente procedimiento es la de la propiedad de los documentos y datos incautados. Desde el comienzo, y reiteradamente, Timor-Leste se refiere a los documentos incautados como bienes de su propiedad, mientras que Australia prefiere no referirse detalladamente a la cuestión de la propiedad de los documentos y datos incautados, punto que no aclara. Este es un punto que no puede pasar inadvertido en la adecuada consideración de las medidas provisionales solicitadas en la presente causa (parte V). Aún más significativa es la pertinencia, para tal consideración de las medidas solicitadas, de los principios generales del derecho internacional (parte VI).

11. La Corte —continúa el Magistrado Cançado Trindade— tiene ante sí esos principios generales, y “no puede dejarse confundir por alegaciones de ‘seguridad nacional’, que están fuera del alcance del derecho aplicable aquí. En todo caso, un tribunal internacional no puede asumir de forma banal las alegaciones de ‘seguridad nacional’ hechas por una de las partes en el curso de un procedimiento judicial” (párr. 38). A continuación se refiere a ejemplos de las dificultades a que se han enfrentado los tribunales internacionales todas las veces que se han planteado ante ellos preocupaciones de “seguridad nacional” (párrs. 39 y 40). Los tribunales internacionales

“tienen presente el imperativo del debido proceso legal en el curso del procedimiento judicial internacional, y preservan la igualdad de medios procesales (*égalité des armes*), a la luz del principio de la correcta administración de justicia (*la bonne administration de la justice*). Las alegaciones de secreto de Estado o ‘seguridad nacional’ no pueden interferir en modo alguno en la labor de un tribunal internacional, en arreglo judicial o arbitraje” (párr. 41).

12. Desde el punto de vista del Magistrado Cançado Trindade, la presente causa relativa a *Cuestiones relacionadas con la incautación y retención de ciertos documentos y datos* pone de manifiesto la relevancia del principio de la *igualdad jurídica* de los Estados (parte VII), y “un tribunal internacional como la CIJ debe asegurarse de que prevalezca el principio de la igualdad jurídica de los Estados, a fin de descartar

eventuales repercusiones de las *desigualdades de hecho* entre Estados en el procedimiento judicial internacional” (párr. 43). Ese principio, hoy en día consagrado en la Carta de las Naciones Unidas (Artículo 2, párrafo 1), “está inevitablemente entrelazado con la búsqueda de la justicia, [...] encarnando la *idea de justicia*, que emana de la conciencia jurídica universal” (párrs. 44 y 45).

13. Volviendo su atención a las medidas provisionales de protección independientemente de “compromisos” o seguridades unilaterales (parte VIII), el Magistrado Cançado Trindade observa que, en la presente providencia, dado que la CIJ reconoce que “debe preservarse la igualdad de las partes” en el proceso de arreglo pacífico de una controversia internacional, cabría esperar que ordenara sus propias medidas provisionales de protección “independientemente de toda promesa o ‘compromiso’ unilateral” por parte del Estado que ha incautado indebidamente los documentos y datos (párr. 47); sin embargo, no lo ha hecho, prefiriendo razonar “sobre la base del ‘compromiso’ o seguridad de Australia de garantizar la confidencialidad de los materiales incautados por sus agentes en Canberra el 3 de diciembre de 2013”, generando “una desventaja adicional para Timor-Leste” (párr. 49).

14. En su opinión, “no se puede negar con certeza que, con la incautación de los documentos y datos que contienen su información protegida por el secreto profesional, Timor-Leste ya ha sufrido un daño irreparable” (párr. 51). Por consiguiente, la Corte debió haber ordenado que los documentos y datos incautados fueran “prontamente lacrados y entregados a su custodia aquí en su sede del Palacio de la Paz en La Haya”, a fin de “impedir un *ulterior* daño irreparable a Timor-Leste” (párr. 52, y véanse también los párrs. 53 y 54).

15. En distintos contextos —continúa— la inviolabilidad de los papeles y documentos de un Estado ha sido una antigua preocupación en las relaciones diplomáticas, desde la referencia contenida en la Convención sobre Prerrogativas e Inmunities de las Naciones Unidas de 1946 a la “inviolabilidad de todo papel y documento” de los Estados Miembros que participen en los trabajos de sus órganos principales y subsidiarios, o en conferencias convocadas por las Naciones Unidas (Artículo IV), y de una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del mismo año en que se afirmó que tal inviolabilidad de todos los papeles y documentos de Estados fue otorgada por la Convención de 1946 “en interés de la buena administración de la justicia”. Así pues —añade el Magistrado Cançado Trindade— “ya en 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas había expresado en una resolución la presunción de la inviolabilidad de la correspondencia entre los Estados Miembros y sus asesores jurídicos. Esta es una obligación de derecho internacional, y no una obligación derivada de un ‘compromiso’ o seguridad unilateral proveniente de un Estado después de haber incautado documentos y datos que contienen información perteneciente a otro Estado” (párr. 55).

16. En lugar de “compromisos” o seguridades o promesas unilaterales formulados en el curso del procedimiento judicial internacional —reflexiona—, “los preceptos del derecho proporcionan un fundamento mucho más sólido para su razonamiento en el ejercicio de su función judicial. Esos preceptos son de valor perenne, como los (de Ulpiano) contenidos en el libro inicial I (rubro I, párr. 3) de las Institutas de Justiniano (comienzos del siglo VI): *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (vivir honestamente, no dañar a nadie, dar a cada persona lo suyo)” (párr. 58).

17. La última serie de reflexiones del Magistrado Cançado Trindade corresponde a lo que caracteriza como el *régimen jurídico autónomo de las medidas provisionales de protección* (parte IX). Comienza recordando que también ha abordado esta cuestión en particular en su anterior opinión disidente en las causas acumuladas relativas a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza* y a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan* (providencia de 16 de julio de 2013), en que se oponía Costa Rica a Nicaragua (y viceversa), en la cual señaló que el objeto de las solicitudes de medidas provisionales de protección es distinto del objeto de las demandas presentadas ante tribunales internacionales, en cuanto al fondo. Además,

“los derechos que han de protegerse no son necesariamente los mismos en los dos respectivos procedimientos. El cumplimiento de las medidas provisionales corre paralelamente al curso del procedimiento sobre el fondo de la causa respectiva. Las obligaciones relativas a las medidas provisionales ordenadas y las decisiones acerca del fondo (y reparaciones) no son las mismas, pues son respectivamente autónomas. Otro tanto puede decirse de las consecuencias jurídicas del incumplimiento (respecto de las medidas provisionales, o bien de los fallos sobre el fondo), pues las violaciones (de unas y otras) son distintas en cada caso” (párr. 60).

18. Lo que deriva de ello es “la apremiante necesidad de considerar con detenimiento, y desarrollar conceptualmente, el *régimen jurídico autónomo* de las medidas provisionales de protección” (párr. 61), como observó no solo en su opinión disidente en las dos causas acumuladas mencionadas, en las que se oponían Costa Rica y Nicaragua, sino también en su anterior opinión disidente (párrs. 80 y 81) en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal*, providencia de 28 de mayo de 2009), y que considera adecuado reiterar aquí, en la presente causa relativa a *Cuestiones relacionadas con la incautación y retención de ciertos documentos y datos (Timor-Leste c. Australia)*. Añade que este punto tiene una marcada presencia en esas causas recientes y en la presente, independientemente de las distintas circunstancias que las rodean. A continuación reitera que, en la presente causa, la CIJ debería haber decidido, de aquí en adelante, mantener “ella misma, como dueña de su propia competencia, custodia de los documentos y datos

incautados que contienen información perteneciente a Timor-Leste, aquí en su sede del Palacio de la Paz en La Haya” (párr. 62).

19. Por último, pero no menor en importancia, en un epílogo, el Magistrado Cançado Trindade resume, a modo de recapitulación (parte X), los fundamentos de su propia posición en la presente causa, como se explica en esta opinión separada, en aras de la claridad, y a fin de destacar su carácter interrelacionado. *Primero*: Cuando un Estado procura la salvaguardia de su propio derecho, actuando en nombre propio, no puede ser obligado a comparecer ante los tribunales nacionales de otro Estado, su contraparte. La regla de los recursos internos no se aplica en casos de ese tipo; *par in parem non habet imperium, non habet iurisdictionem*. *Segundo*: La centralidad de la búsqueda de la justicia prevalece sobre las preocupaciones de evitar la “competencia concurrente”. *Tercero*: El imperativo de la realización de la justicia prevalece sobre las manifestaciones de la voluntad de un Estado. *Cuarto*: Los eufemismos de moda —como la “vacía y engañosa retórica” de la “proliferación” de tribunales internacionales, y la “fragmentación” del derecho internacional, entre otros— están desprovistos de significado, y desvían la atención hacia falsas cuestiones de “delimitación” de competencias, indiferentes a la necesidad de asegurar la ampliación del acceso a la justicia para los *justiciables*.

20. *Quinto*: Las cortes y tribunales internacionales comparten una *misión común* de impartir justicia, que está muy por encima del afán por la llamada ‘delimitación’ de competencias. *Sexto*: Los “compromisos” o seguridades unilaterales de una parte en litigio no pueden servir de base para las medidas provisionales de protección. *Séptimo*: La determinación de tomar como fundamento tales actos unilaterales ha sido fuente de incertidumbres y aprensión; son propios de la esfera de las relaciones interestatales (diplomáticas), y en el curso del procedimiento judicial internacional se debe evitar tomar como fundamento esos actos unilaterales; *ex factis ius non oritur*. *Octavo*: El procedimiento judicial internacional tiene “una lógica propia”, que no debe considerarse igual a la de las relaciones diplomáticas, y menos aún ante la percepción de la necesidad de afirmar que *ex iniuris ius non oritur*. *Noveno*: Permitir que se realicen actos unilaterales y aceptar subsiguientemente seguridades o “compromisos” derivados de aquellos, no solo generaría incertidumbres, sino que también crearía hechos consumados que amenazarían la certeza de la aplicación del derecho. *Décimo*: Los hechos solos no generan *per se* efectos creadores de derecho. Los valores humanos y la idea de justicia objetiva están por encima de los hechos. *Ex conscientia ius oritur*.

21. *Undécimo*: Los argumentos de una supuesta “seguridad nacional”, como los planteados en la presente causa, no pueden convertirse en objeto de la atención de un tribunal internacional. Las medidas fundadas en la supuesta “seguridad nacional”, como las planteadas en la presente causa, son ajenas al ejercicio de la función judicial internacional. *Duo-*

*décimo*: Los principios generales del derecho internacional, como el de la igualdad jurídica de los Estados (consagrado en el Artículo 2, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas), no pueden ocultarse por alegaciones de “seguridad nacional”. *Decimotercero*: El principio fundamental de la igualdad jurídica de los Estados, que encarna la *idea de justicia*, debe prevalecer, a fin de descartar las eventuales repercusiones de las desigualdades de hecho entre Estados en el procedimiento judicial internacional.

22. *Decimocuarto*: El debido proceso legal y la igualdad de medios procesales (*égalité des armes*) no pueden ser socavadas por el hecho de que una parte en litigio recurra a supuestas medidas de “seguridad nacional”. *Decimoquinto*: Las alegaciones de secreto de Estado o “seguridad nacional” no pueden interferir en la labor de un tribunal internacional (en un procedimiento judicial o arbitral), tramitado a la luz del principio de la correcta administración de justicia (*la bonne administration de la justice*). *Decimosexto*: Las medidas provisionales de protección no pueden erigirse sobre “compromisos” o seguridades unilaterales derivados de supuestas medidas de “seguridad nacional”; las medidas provisionales de protección no pueden fundarse en tales actos unilaterales, son independientes de ellos, revisten la autoridad del tribunal internacional que las ordenó. *Decimoséptimo*: En las circunstancias de la presente causa, es la Corte misma quien debe tener la custodia de los documentos y datos incautados y detenidos por una parte en litigio; la Corte debe hacerlo en calidad de dueña de su propia competencia, a fin de evitar un nuevo daño irreparable.

23. *Decimooctavo*: La inviolabilidad de los papeles y documentos de Estado es reconocida por el derecho internacional, en interés de la buena administración de justicia. *Decimonoveno*: La inviolabilidad de la correspondencia entre los Estados y sus asesores jurídicos es una obligación de derecho internacional, y no una obligación derivada de un “compromiso” o seguridad unilateral de un Estado después de haber incautado documentos y datos que contienen información perteneciente a otro Estado. *Vigésimo*: Existe un régimen jurídico autónomo de medidas provisionales de protección, en expansión en nuestro tiempo. Este régimen jurídico autónomo comprende: *a*) los derechos a ser protegidos, que no son necesariamente los mismos que en el procedimiento sobre el fondo del caso concreto; *b*) las correspondientes obligaciones de los Estados de que se trate; y *c*) las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las medidas provisionales, distintas de las que derivan de violaciones en cuanto al fondo. El reconocimiento de ese régimen jurídico autónomo reviste una creciente importancia en nuestros días.

### Opinión disidente del Magistrado Greenwood

El Magistrado Greenwood considera que es necesario que la Corte actúe con cautela en la consideración de si ha de indicar medidas provisionales, porque tales medidas imponen una obligación jurídica a una parte antes de que se haya

establecido la existencia y la aplicación de los derechos de una u otra de las partes. Los criterios jurídicos para indicar medidas provisionales permiten que la Corte emplee cierto grado de cautela en el ejercicio de sus poderes con arreglo al Artículo 41 de su Estatuto.

El Magistrado Greenwood opina que el compromiso de fecha 21 de enero de 2014 asumido ante la Corte por el Fiscal General de Australia vuelve innecesarios los dos primeros apartados del párrafo resolutivo. Un compromiso formal asumido por un Estado es jurídicamente vinculante, y se presume que un Estado actuará de buena fe en el cumplimiento de su compromiso ante la Corte. Por lo tanto, el efecto del compromiso es que no existe un riesgo real e inminente de daño irreparable a los derechos de Timor-Leste, y consiguientemente no se han reunido las condiciones para indicar medidas provisionales con respecto a los materiales incautados. Además, al Magistrado Greenwood le preocupa que la providencia no haya tenido en cuenta los derechos verosímiles de Australia a ejercer su competencia penal y su derecho a proteger la seguridad de sus funcionarios. En cambio, el Magistrado Greenwood opina que existe un riesgo real e inminente de que Australia interfiera en las futuras comunicaciones de Timor-Leste con sus abogados. Por esas razones, el Magistrado Greenwood votó en contra de los apartados 1) y 2) del párrafo resolutivo, pero a favor del apartado 3).

### Opinión separada de la Magistrada Donoghue

La Magistrada Donoghue encuentra muchos puntos en común entre sus opiniones y las que se enuncian en la providencia. Concuera con la Corte en que existe competencia *prima facie* en la presente causa, en que por lo menos algunos de los derechos invocados por Timor-Leste son verosímiles y en que existe un vínculo entre las medidas solicitadas y los derechos invocados por Timor-Leste en su demanda.

En cuanto al riesgo de perjuicio irreparable, la Magistrada Donoghue concuerda con la Corte en que el perjuicio para Timor-Leste podría ser irreparable si los materiales incautados fueran compartidos con personas que participan en el arbitraje pendiente, en futuros procedimientos relativos a la delimitación marítima o en la presente causa. Sin embargo, votó en contra de las dos primeras medidas provisionales, a la luz de las seguridades contenidas en el compromiso de 21 de enero de 2014 asumido por el Fiscal General de Australia ante la Corte. El Fiscal General, que está autorizado para obligar a Australia con arreglo al derecho internacional, se ha comprometido a que los materiales incautados y la información derivada de ellos no serán compartidos con funcionarios participantes en la presente causa, en el *Arbitraje relativo al mar de Timor*, ni para fines relativos a la explotación de los recursos en el Mar de Timor o las negociaciones conexas. La buena fe de Australia debe presumirse y nada de lo que consta en el expediente sugiere que carezca de capacidad para cumplir su compromiso ante la Corte. Por esas razones, la Magistrada Donoghue considera que solo existe

una remota posibilidad de que los materiales incautados o la información derivada de ellos se transmitan a personas que participan en los asuntos mencionados en el compromiso del Fiscal General. Por consiguiente, el compromiso de 21 de enero de 2014 tiene en cuenta cualquier perjuicio irreparable a los derechos invocados por Timor-Leste que sean por lo menos verosímiles.

La Magistrada Donoghue votó a favor de la tercera medida provisional porque Australia no ha tomado medidas comparables respecto de futuros actos de interferencia con las comunicaciones entre Timor-Leste y sus asesores jurídicos en relación con el arbitraje pendiente, futuros procedimientos relativos a la delimitación marítima u otros procedimientos conexos, incluida la presente causa.

### Opinión disidente del Magistrado ad hoc Callinan

El Magistrado *ad hoc* Callinan concluye que es innecesario que la Corte indique medidas provisionales.

#### *Contexto y antecedentes de hecho*

El Magistrado *ad hoc* Callinan comienza observando que rara vez es posible determinar con certeza los hechos verdaderos y completos en una etapa interlocutoria del procedimiento judicial. En el presente procedimiento, esas dificultades pueden verse incrementadas por una comprensible preocupación de Australia de no revelar determinados detalles relativos a las cuestiones de seguridad nacional involucradas.

Teniendo presente esa observación, el Magistrado *ad hoc* Callinan reseña algunos de los antecedentes de hecho del presente procedimiento, sobre la base de los materiales presentados ante la Corte hasta el momento. Recuerda la continuación del procedimiento arbitral entre las partes en relación con un Tratado de 2006 relativo al Mar de Timor, y diversos informes de comunicación acerca de supuestos incidentes con participación de funcionarios de las partes y asesores jurídicos de Timor-Leste. El Magistrado *ad hoc* Callinan señala que las pruebas en que se basaron esos informes no han sido sometidas a control, y frecuentemente consisten en testimonios de oídas basados en otros testimonios de oídas. Asimismo observa que, en el expediente que está ante la Corte, parece haber ciertas dudas acerca de quién podría valerse del secreto profesional con respecto a los documentos y otros materiales incautados por funcionarios australianos.

#### *La posición jurídica*

Pasando a los requisitos jurídicos para que la Corte pueda indicar medidas provisionales, el Magistrado *ad hoc* Callinan recuerda que la causa debe, *prima facie*, estar comprendida en el ámbito de competencia de la Corte y ser admisible, que los derechos invocados por el demandante deben ser por lo menos verosímiles y que debe existir un riesgo urgente de daño irreparable a esos derechos. Incluso cuando se hayan reunido esas condiciones, empero, la indi-

cación de medidas provisionales no es preceptiva: la Corte, como cualquier tribunal en otras partes del mundo, goza de discrecionalidad para dictar medidas interlocutorias.

El Magistrado *ad hoc* Callinan observa que la distinción entre competencia y admisibilidad no es siempre clara. Australia ha insinuado varias posibles objeciones a la competencia o la admisibilidad de la demanda de Timor-Leste (refiriéndose, por ejemplo, a las excepciones contenidas en su declaración de aceptación de la competencia obligatoria de la Corte con arreglo al Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte), pero aún no las ha presentado como objeciones formales.

El Magistrado *ad hoc* Callinan sugiere que el hecho de que el Estado demandante no haya utilizado los recursos internos puede ser un factor pertinente que deberá evaluar la Corte al ejercer su discrecionalidad para ordenar medidas provisionales.

El Magistrado *ad hoc* Callinan observa que el concepto de daño irreparable, como condición para que la Corte indique medidas provisionales, es análogo al principio de *common law* de que no se ordenarán medidas interlocutorias cuando la indemnización de daños y perjuicios, por ejemplo, constituya una reparación adecuada. A este respecto, un compromiso adecuado por parte del demandado podría constituir una reparación adecuada.

Acerca de la verosimilitud de los derechos invocados, el Magistrado *ad hoc* Callinan sugiere que la existencia de un derecho soberano a la inviolabilidad de documentos que

estén en posesión de un abogado en otro país es una pretensión amplia, y posiblemente novedosa. Para determinar hasta qué punto existe un principio establecido de secreto profesional jurídico, inmune a toda limitación en interés internacional o nacional, se requerirá una argumentación detallada y detenida a la hora de examinar el fondo. Lo mismo ocurre con respecto a la pertinencia, si es que existe, de la llamada excepción de fraude o delito en materia de secreto profesional jurídico.

El Magistrado *ad hoc* Callinan duda de que el Fiscal General de Australia, al autorizar los mandamientos que se controvierten en el presente procedimiento, estuviese desempeñando una función judicial o cuasi judicial. Más bien, la Constitución de Australia y la jurisprudencia pertinente sugieren que el Fiscal General es un miembro del Ejecutivo, y no es ni un juez ni un cuasi juez.

### *Conclusión*

Por último, el Magistrado *ad hoc* Callinan expresa la opinión de que los compromisos asumidos por Australia, con las ampliaciones, perfeccionamientos y aclaraciones que se hicieron en las presentaciones orales y escritas, son adecuados y suficientes para las circunstancias de la causa. En lo tocante al apartado 3) del párrafo resolutivo, el Magistrado *ad hoc* Callinan tiene dudas acerca de los fundamentos de esa medida, y sugiere que la amplitud y el carácter no específico de la palabra “interferir” pueden ser problemáticos.

## 208. CAZA DE LA BALLENA EN EL ANTÁRTICO (AUSTRALIA c. JAPÓN: INTERVENCIÓN DE NUEVA ZELANDIA)

### Fallo de 31 de marzo de 2014

El 31 de marzo de 2014, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico (Australia c. Japón: intervención de Nueva Zelanda)*.

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, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrada *ad hoc* Charlesworth; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

En la parte dispositiva (párr. 247) del fallo se establece lo siguiente:

“[...]”

La Corte,

1) Por unanimidad,

*Determina* que tiene competencia para conocer de la demanda presentada por Australia el 31 de mayo de 2010;

2) Por 12 votos contra 4,

*Determina* que los permisos especiales otorgados por el Japón en relación con la Segunda Fase del Programa Japonés de Investigación de Ballenas en la Antártida con Permiso Especial (JARPA II) no están comprendidos en las disposiciones del Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Keith, Skotnikov, Cañado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrada *ad hoc* Charlesworth;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf;

3) Por 12 votos contra 4,

*Determina* que el Japón, al otorgar permisos especiales para matar, capturar y faenar ballenas de aleta, ballenas jorobadas y ballenas enanas del Antártico en cumplimiento del programa JARPA II, no ha actuado de conformidad con sus obligaciones con arreglo al párrafo 10 e) del Anexo de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Keith, Skotnikov, Cañado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrada *ad hoc* Charlesworth;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf;

4) Por 12 votos contra 4,

*Determina* que el Japón no ha actuado de conformidad con sus obligaciones con arreglo al párrafo 10 d) del Anexo de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena en relación con la matanza, la captura y el faenamamiento de ballenas de aleta en cumplimiento del programa JARPA II;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Keith, Skotnikov, Cañado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrada *ad hoc* Charlesworth;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf;

5) Por 12 votos contra 4,

*Determina* que el Japón no ha actuado de conformidad con sus obligaciones con arreglo al párrafo 7 b) del Anexo de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena en relación con la matanza, la captura y el faenamamiento de ballenas de aleta en el “Santuario Ballenero Austral” en cumplimiento del programa JARPA II;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Keith, Skotnikov, Cañado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrada *ad hoc* Charlesworth;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf;

6) Por 13 votos contra 3,

*Determina* que el Japón ha cumplido sus obligaciones con arreglo al párrafo 30 del Anexo de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena con respecto al programa JARPA II;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Sebutinde, Bhandari; Magistrada *ad hoc* Charlesworth;

7) Por 12 votos contra 4,

*Decide* que el Japón debe revocar todas las autorizaciones, permisos o licencias vigentes que haya otorgado en relación con el programa JARPA II y abstenerse de otorgar nuevos permisos en cumplimiento de dicho programa;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Keith, Skotnikov, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrada *ad hoc* Charlesworth;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf”.

\*  
\* \*

Los Magistrados Owada y Abraham adjuntaron opiniones disidentes al fallo de la Corte; el Magistrado Keith adjuntó una declaración al fallo de la Corte; el Magistrado Bennouna adjuntó una opinión disidente al fallo de la Corte; el Magistrado Cançado Trindade adjuntó una opinión separada al fallo de la Corte; el Magistrado Yusuf adjuntó una opinión disidente al fallo de la Corte; los Magistrados Greenwood, Xue, Sebutinde y Bhandari adjuntaron opiniones separadas al fallo de la Corte; la Magistrada *ad hoc* Charlesworth adjuntó una opinión separada al fallo de la Corte.

\*  
\* \*

#### *Cronología del procedimiento* (párrs. 1 a 29)

La Corte recuerda que, el 31 de mayo de 2010, Australia presentó ante la Secretaría de la Corte una demanda contra el Japón con respecto a una controversia atinente a “la continuación de la aplicación por parte del Japón de un programa de caza de ballenas de gran escala con arreglo a la Segunda Fase del Programa Japonés de Investigación de Ballenas en la Antártida con Permiso Especial (‘programa JARPA II’), en violación de las obligaciones asumidas por el Japón con arreglo a la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena (en adelante, la “Convención” o la “CIRCB”). La Corte recuerda asimismo que, el 20 de noviembre de 2012, Nueva Zelandia, con arreglo al Artículo 63, párrafo 2, del Estatuto, presentó ante la Secretaría de la Corte una declaración de intervención en la causa. En su declaración, Nueva Zelandia manifestó que ejercía “su derecho [...] de intervenir sin calidad de parte en el procedimiento incoado por Australia contra el Japón en la presente causa”. Mediante providencia de 6 de febrero de 2013, la Corte decidió que la declaración de intervención presentada por Nueva Zelandia era admisible.

#### *I. Competencia de la Corte* (párrs. 30 a 41)

La Corte señala que Australia invoca como fundamento de la competencia de la Corte las declaraciones formuladas por ambas partes con arreglo al Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte. La Corte observa que el Japón, por su parte, impugna la competencia de la Corte respecto de la controversia argumentando que está comprendida en la reserva *b*) de la declaración de Australia, que el Japón invoca sobre la base de la reciprocidad. Esa reserva excluye de la

competencia de la Corte “toda controversia atinente o relativa a la delimitación de zonas marítimas, incluidos el mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental, o que surja de la explotación de cualquier área controvertida de cualquiera de dichas zonas o sea adyacente a ellas, mientras su delimitación esté pendiente, o sea atinente o relativa a dicha explotación”.

La Corte considera que las controversias a que se refiere la reserva *b*) de Australia deben, por una parte, ser atinentes a la delimitación marítima en un área en que existan pretensiones superpuestas o, por otra parte, guardar relación con la explotación de una de tales áreas o de un área adyacente a ellas. Así pues, de conformidad con ambas partes de la reserva, es necesario que exista una controversia atinente a la delimitación marítima. Después de señalar que ambas partes reconocen que la presente controversia no se refiere a una delimitación marítima, la Corte examina si el programa JARPA II entraña la explotación de un área que sea objeto de una controversia relativa a la delimitación o de un área adyacente a ella. La Corte observa a este respecto que parte de las actividades de caza de la ballena previstas en el programa JARPA II tienen lugar en la zona marítima reclamada por Australia en relación con el Territorio Antártico Australiano o en un área adyacente, y la caza de ballenas, en especial en cantidades importantes, podría considerarse una forma de explotación de una zona marítima, incluso si ello ocurre de conformidad con un programa de investigación científica. Sin embargo, si bien el Japón ha cuestionado las pretensiones marítimas de Australia generadas por el Territorio Antártico Australiano reivindicado, no afirma tener derechos soberanos en esas áreas. El hecho de que el Japón ponga en duda esos derechos marítimos no hace que la delimitación de esas áreas marítimas sea objeto de controversia entre las partes. Las partes en el presente procedimiento no tienen pretensiones superpuestas respecto de áreas marítimas que hagan que la reserva *b*) sea aplicable. Además, la Corte considera que la naturaleza y extensión de las zonas marítimas reclamadas no son pertinentes para la presente controversia, que se refiere a si las actividades del Japón son o no compatibles con sus obligaciones con arreglo a la CIRCB. Por consiguiente, la Corte concluye que no es posible aceptar la objeción a la competencia de la Corte formulada por el Japón.

#### *II. Presuntas violaciones de obligaciones internacionales previstas en la Convención* (párrs. 42 a 243)

##### *1. Introducción* (párrs. 42 a 50)

La Corte señala que la CIRCB estuvo precedida por el Convenio para la Reglamentación de la Caza de la Ballena de 1931 (que prohibía la matanza de determinadas categorías de ballenas y exigía que las operaciones de caza de la ballena por embarcaciones de los Estados partes estuviesen sujetas a licencia, pero no hacía referencia al incremento de los niveles globales de captura) y el Convenio Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena de 1937 (que, entre

otras cosas, prohibía la captura de determinadas categorías de ballenas, definía temporadas para distintos tipos de caza de la ballena, prohibía la caza de la ballena en determinadas áreas geográficas e imponía otras reglamentaciones a la industria ballenera; asimismo, preveía que los Gobiernos contratantes otorgaran permisos especiales a sus nacionales para matar, capturar y faenar ballenas con fines de investigación científica). La CIRCB fue aprobada el 2 de diciembre de 1946, y entró en vigor para Australia el 10 de noviembre de 1948 y para el Japón el 21 de abril de 1951. Nueva Zelanda depositó su instrumento de ratificación el 2 de agosto de 1949, pero notificó su retirada el 3 de octubre de 1968; volvió a adherirse a la Convención con efecto a partir del 15 de junio de 1976.

La Corte señala que, en contraste con los instrumentos que la precedieron, la CIRCB no contiene disposiciones sustantivas que regulen la conservación de las poblaciones de ballenas o la ordenación de la industria ballenera. Tales disposiciones figuran en el Anexo, que es parte integrante de la Convención y que puede ser enmendado por la Comisión Ballenera Internacional (en adelante, la “CBI” o la “Comisión”). Las enmiendas pasan a ser vinculantes para los Estados partes a menos que presenten una objeción. En 1950, la Comisión estableció un Comité Científico que, de conformidad con el párrafo 30 del Anexo, entre otras cosas, examina los permisos especiales y formula observaciones sobre ellos antes de que los Estados partes los expidan a sus nacionales para fines de investigación científica con arreglo al Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención. Desde mediados de la década de 1980, el Comité Científico realiza su examen de los permisos especiales sobre la base de “Directrices” expedidas o avaladas por la Comisión. En el momento en que se propuso el programa JARPA II en 2005, las Directrices aplicables habían sido compiladas en un documento titulado “Anexo Y: Directrices para el examen de las propuestas de permisos científicos” (“Anexo Y”). Las Directrices actuales están enunciadas en un documento titulado “Anexo P: Proceso para el examen de las propuestas de permisos especiales y de los resultados de las investigaciones con arreglo a los permisos existentes y concluidos” (“Anexo P”).

A continuación, la Corte se centra en las pretensiones de Australia y las respuestas del Japón. Recuerda, a este respecto, que Australia alega que, como el programa JARPA II no es un programa para fines de investigación científica en el sentido del Artículo VIII de la Convención, el Japón ha incumplido y sigue incumpliendo tres obligaciones sustantivas con arreglo al Anexo: la obligación de respetar la moratoria que fijó un límite de captura cero para la matanza de ballenas de todas las poblaciones para fines comerciales (párr. 10 e)), la obligación de no emprender la caza comercial de ballenas de aleta en el Santuario Ballenero Austral (párr. 7 b)) y la obligación de observar la moratoria de la captura, la matanza o el faenamiento de ballenas, con excepción de las ballenas enanas, por buques factorías o pequeños buques cazaballenas que

tengan a aquellos como buques nodrizas (párr. 10 d)). Australia alega asimismo que el Japón ha violado los requisitos de procedimiento para las propuestas de permisos científicos enunciadas en el párrafo 30 del Anexo. El Japón niega todas esas alegaciones. Con respecto a las obligaciones sustantivas, argumenta que ninguna de las disposiciones invocadas por Australia se aplica al programa JARPA II, pues ese programa se puso en marcha para fines de investigación científica y, por consiguiente, está comprendido en la exención prevista en el Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención. El Japón niega asimismo que haya existido una violación de los requisitos de procedimiento enunciados en el párrafo 30 del Anexo.

## 2. Interpretación del Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención (párrs. 51 a 97)

La Corte pasa luego a exponer su interpretación del Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención, que dice lo siguiente:

“No obstante lo dispuesto en otras disposiciones de la presente Convención, cualquier Gobierno contratante podrá otorgar a cualquiera de sus nacionales un permiso especial que lo autorice a matar, capturar y faenar ballenas con fines de investigación científica, con sujeción a las limitaciones de cantidad y de otra índole que los Gobiernos contratantes juzguen adecuadas, y la matanza, la captura y el faenamiento de ballenas que se ajusten a lo dispuesto en el presente Artículo quedarán exentos de las disposiciones de la presente Convención. Cada Gobierno contratante informará a la Comisión de las autorizaciones que haya otorgado. Cada Gobierno contratante podrá en cualquier momento revocar cualquier permiso especial de esa índole que haya otorgado”.

La Corte comienza examinando la función de esta disposición. Señala que el Artículo VIII forma parte integrante de la Convención y, por lo tanto, debe interpretarse a la luz de su objeto y fin y teniendo en cuenta sus demás disposiciones, incluido el Anexo. La Corte considera, sin embargo, que, dado que el Artículo VIII, párrafo 1, especifica que “la matanza, la captura y el faenamiento de ballenas que se ajusten a lo dispuesto en el presente Artículo quedarán exentos de las disposiciones de la presente Convención”, la caza de ballenas que se lleve a cabo con arreglo a un permiso especial que satisfaga las condiciones del Artículo VIII no está sujeta a las obligaciones previstas en los párrafos 10 e), 7 b), y 10 d) del Anexo antes citados.

A continuación, la Corte analiza la relación entre el Artículo VIII y el objeto y el fin de la Convención. Teniendo en cuenta el preámbulo y otras disposiciones pertinentes de la Convención mencionadas anteriormente, la Corte observa que no se justifica ni una interpretación restrictiva ni una interpretación expansiva del Artículo VIII. La Corte señala que los programas con fines de investigación científica deben promover el conocimiento científico, y que pueden dirigirse a un objetivo distinto de la conservación o la explotación sostenible de las poblaciones de ballenas. Esto se refleja también en las Directrices emitidas por la CBI para el examen

de las propuestas de permisos científicos presentadas por el Comité Científico. En particular, las Directrices inicialmente aplicables al programa JARPA II, contenidas en el Anexo Y, se referían no solo a programas que “aporten una información esencial para la ordenación racional de la población” o sean pertinentes para llevar a cabo “la evaluación completa” de la moratoria de la caza comercial de la ballena, sino también a los que respondan a “otras necesidades críticamente importantes de investigación”. Las Directrices actuales, contenidas en el Anexo P, enumeran tres grandes categorías de objetivos. Además de los programas dirigidos a “mejorar la conservación y la ordenación de las poblaciones de ballenas”, hacen referencia a los programas que tengan el objetivo de “mejorar la conservación y la ordenación de otros recursos marinos vivos o el ecosistema de que forman parte esencial las poblaciones de ballenas” y los que se dirijan a poner a prueba “hipótesis no relacionadas directamente con la ordenación de los recursos marinos vivos”.

La Corte examina luego la facultad del Estado que expide un permiso especial y considera que el Artículo VIII concede discrecionalidad a los Estados partes en la CIRCB para rechazar una solicitud de permiso especial o para especificar las condiciones en que se otorgará un permiso, pero que la cuestión de si la matanza, la captura y el faenamiento de ballenas con arreglo a un permiso especial solicitado es para fines de investigación científica no puede depender simplemente de la percepción de ese Estado.

Seguidamente, la Corte enuncia el criterio que aplicará para el examen del otorgamiento de un permiso especial que autorice la matanza, la captura y el faenamiento de ballenas con arreglo al Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención: en primer lugar, evaluará si el programa con arreglo al cual se llevan a cabo esas actividades comprende investigación científica y, en segundo lugar, si, en lo que respecta a la utilización de métodos letales, el diseño y la ejecución del programa son razonables para lograr sus objetivos declarados.

La Corte observa que, al aplicar el criterio de examen indicado, no ha de resolver asuntos de política científica o relativa a la caza de ballenas. La Corte es consciente de que los miembros de la comunidad internacional tienen opiniones divergentes acerca de cuál es la política adecuada respecto de las ballenas y la caza de la ballena, pero no incumbe a la Corte zanjar esas diferencias. El cometido de la Corte consiste solo en determinar si los permisos especiales otorgados en relación con el programa JARPA II están comprendidos en el ámbito de aplicación del Artículo VIII, párrafo 1, de la CIRCB.

Con respecto al sentido de la frase “con fines de investigación científica”, la Corte considera que los dos elementos de dicha frase —“investigación científica” y “con fines de”— son acumulativos. En consecuencia, aunque un programa de caza de ballenas comprenda investigación científica, la matanza, la captura y el faenamiento de ballenas en el marco de dicho programa no están comprendidos en el Artículo VIII

a menos que esas actividades se lleven a cabo “con fines de” investigación científica. La Corte señala que la expresión “investigación científica” no está definida en la Convención y que Australia, fundándose principalmente en las opiniones de uno de los expertos científicos que presentó, sostiene que la investigación científica (en el contexto de la Convención) tiene cuatro características esenciales: objetivos definidos y alcanzables (cuestiones o hipótesis) cuyo fin sea aportar un conocimiento importante para la conservación y la ordenación de las poblaciones; “métodos adecuados”, incluida la utilización de métodos letales solo cuando los objetivos de la investigación no puedan alcanzarse por ningún otro medio; examen por los pares; y evitación de efectos negativos en la población. La Corte no está convencida de que las actividades deban satisfacer los cuatro criterios propuestos por Australia para constituir “investigación científica” en el contexto del Artículo VIII. La Corte estima que esos criterios parecen reflejar en gran medida lo que uno de los expertos presentados por Australia consideraba una investigación científica bien concebida, en lugar de servir como interpretación de la expresión empleada en la Convención. La Corte tampoco considera necesario formular criterios alternativos ni dar una definición general de “investigación científica”.

Por lo que respecta al sentido de la expresión “con fines de”, la Corte observa que, si bien los objetivos de investigación declarados de un programa son los fundamentos del diseño de un programa, no necesita hacer un juicio de valor sobre la importancia o el mérito científicos de dichos objetivos para evaluar la finalidad de la matanza de ballenas con arreglo a tal programa, ni incumbe a la Corte decidir si el diseño y la ejecución de un programa son los mejores medios de lograr sus objetivos declarados. La Corte reitera que, a fin de determinar si la utilización de métodos letales en un programa se hace con fines de investigación científica, considerará si los elementos del diseño y la ejecución de un programa son razonables en relación con sus objetivos científicos declarados. Tales elementos pueden comprender: las decisiones relativas a la utilización de métodos letales; la amplitud de la utilización de muestreos letales en el programa; la metodología utilizada para seleccionar el tamaño de las muestras; una comparación entre el tamaño previsto de las muestras y las capturas efectivas; el marco temporal del programa; la producción científica del programa; y el grado en que un programa coordina sus actividades con proyectos de investigación conexos.

La Corte señala, y las partes y el Estado interviniente aceptan, que el Artículo VIII, párrafo 2, permite procesar y vender la carne de ballena obtenida de manera accesoria por la matanza de ballenas llevada a cabo en virtud de un permiso especial otorgado con arreglo al Artículo VIII, párrafo 1. En opinión de la Corte, el hecho de que un programa prevea la venta de carne de ballena y la utilización de los ingresos así obtenidos para financiar la investigación no es suficiente, por sí solo, para que un permiso especial quede fuera del Ar-

título VIII. Sería necesario examinar otros elementos, tales como la amplitud de la utilización de muestreos letales en el programa, que puedan sugerir que la caza de la ballena se lleva a cabo con fines distintos de la investigación científica. En particular, un Estado parte no puede, con objeto de financiar la investigación para la que se ha otorgado un permiso especial, utilizar muestreos letales en mayor medida que la que resulte razonable para el logro de los objetivos declarados del programa.

La Corte observa que es frecuente que los Estados procuren alcanzar más de un objetivo cuando aplican una política determinada. Además, un criterio objetivo para determinar si un programa se lleva a cabo con fines de investigación científica no depende de las intenciones de determinados funcionarios gubernamentales, sino más bien de si el diseño y la ejecución de un programa son razonables para el logro de los objetivos de investigación declarados. Por consiguiente, la Corte considera que el hecho de que determinados funcionarios gubernamentales tengan motivaciones que vayan más allá de la investigación científica no impide llegar a la conclusión de que un programa se aplica con fines de investigación científica en el sentido del Artículo VIII. Al mismo tiempo, esas motivaciones no pueden justificar el otorgamiento de un permiso especial para un programa que utilice muestreos letales en mayor medida que la que sea razonable para el logro de los objetivos de investigación declarados del programa. Los objetivos de investigación deben ser suficientes por sí solos para justificar el programa tal como ha sido diseñado y se ejecuta.

### 3. *El programa JARPA II a la luz del Artículo VIII de la Convención* (párrs. 98 a 227)

La Corte pasa a describir el programa JARPA II y su antecesor, el programa JARPA, antes de examinar si el diseño y la ejecución del programa JARPA II son razonables para el logro de sus objetivos de investigación declarados.

#### A. *Descripción de los programas* (párrs. 100 a 126)

La Corte recuerda que en 1982 la CBI enmendó el Anexo de la Convención para establecer una moratoria de la caza comercial de la ballena. El Japón formuló en tiempo una objeción a la enmienda, y la retiró en 1986. La temporada siguiente, inició el programa JARPA, para lo cual expidió permisos especiales con arreglo al Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención. El Plan de Investigación de 1987 del programa JARPA describía este programa como, entre otras cosas, “un programa para la investigación de la ballena enana del hemisferio sur y para la investigación preliminar del ecosistema marino en el Antártico”, que estaba “dirigido a estimar el tamaño de la población” de ballenas enanas del hemisferio sur a fin de obtener una “base científica para resolver los problemas a que se enfrentaba la CBI” en relación con “las opiniones divergentes sobre la moratoria”. Con tales fines, se preveía la captura anual de 825 ballenas enanas del Antártico y 50 cachalotes en dos “áreas de ordenación” en el océano Austral.

Posteriormente, se eliminó del programa la propuesta de tomar muestras de cachalotes por métodos letales y el tamaño de la muestra de ballenas enanas del Antártico se redujo a 300 para las siete primeras temporadas del programa JARPA. El Japón explica que la decisión de reducir el tamaño de la muestra de 825 a 300 tuvo como consecuencia la prolongación del período de investigación, lo cual permitió obtener resultados precisos con muestras de menor tamaño. A partir de la temporada 1995-1996, el tamaño máximo anual de las muestras de ballenas enanas del Antártico se elevó a 400, con una variación de más o menos un 10 %. En total, se mató a más de 6.700 ballenas enanas del Antártico durante los 18 años que duró el programa JARPA.

En marzo de 2005, el Japón presentó al Comité Científico el Plan de Investigación del programa JARPA II y lanzó el nuevo programa en noviembre de 2005, antes del examen final del programa JARPA por el Comité Científico, en diciembre de 2006. Al igual que ocurría con el programa JARPA, los permisos especiales para el programa JARPA II son expedidos por el Instituto de Investigación de Cetáceos del Japón, una fundación establecida en 1987 como “organismo de utilidad pública” con arreglo al Código Civil del Japón. El programa JARPA II prevé muestreos letales de tres especies de ballenas (ballenas enanas del Antártico, ballenas de aleta y ballenas jorobadas) y su Plan de Investigación describe los elementos esenciales del diseño del programa, entre ellos: i) sus cuatro objetivos de investigación (seguimiento del ecosistema del Antártico, modelización de la competencia entre las especies de ballenas y los futuros objetivos de ordenación, elucidación de los cambios temporales y espaciales en la estructura de las poblaciones, y mejoramiento del procedimiento de ordenación de las poblaciones de ballenas enanas del Antártico); ii) el período y la zona de investigación (el programa JARPA II, que está estructurado en fases de seis años, es un programa de investigación de largo plazo sin fecha establecida de terminación, que opera en un área ubicada dentro del Santuario Ballenero Austral establecido en el párrafo 7 b) del Anexo); iii) sus métodos de investigación y el tamaño de las muestras (una combinación de muestreos letales de 850 ballenas enanas del Antártico, 50 ballenas de aleta y 50 ballenas jorobadas, así como métodos no letales, a saber, muestreo de biopsias, seguimiento por satélite y observación de ballenas); y iv) el efecto esperado en las poblaciones de ballenas (según el Plan de Investigación, sobre la base de las actuales estimaciones de abundancia, la captura prevista de cada especie es demasiado pequeña para tener un efecto negativo).

#### B. *Cuestión de si el diseño y la ejecución del programa JARPA II son razonables para el logro de los objetivos de investigación declarados del programa* (párrs. 127 a 227)

A la luz del criterio de examen aplicable, la Corte pasa a examinar si el diseño y la ejecución del programa JARPA II

son razonables para el logro de los objetivos declarados del programa.

*a) Las decisiones del Japón acerca de la utilización de métodos letales (párrs. 128 a 144)*

La Corte considera que las pruebas indican que, por lo menos respecto de algunos de los datos que buscan los investigadores mediante el programa JARPA II, los métodos no letales no son viables. Sobre esta base, y habida cuenta de que el valor y la fiabilidad de los datos reunidos son una cuestión opinable desde el punto de vista científico, la Corte no encuentra fundamentos para concluir que la utilización de métodos letales sea en sí misma irrazonable en el contexto del programa JARPA II. La Corte, en cambio, analiza con mayor detenimiento los detalles de las decisiones del Japón acerca de la utilización de métodos letales en el programa JARPA II y la amplitud de su utilización en el programa. A este respecto, la Corte menciona tres razones por las cuales el Plan de Investigación del programa JARPA II debió haber incluido algún análisis de la viabilidad de métodos no letales como medio para reducir la amplitud de los muestreos letales previstos en el programa: *i)* en las resoluciones y Directrices de la CBI se exhorta a los Estados partes a tener en cuenta si se pueden lograr los objetivos de investigación utilizando métodos no letales; *ii)* el Japón dice que, por razones de política científica, “no [...] utiliza medios letales más de lo que considera necesario” y que las alternativas no letales no son prácticas o viables en todos los casos; y *iii)* los dos expertos presentados por Australia hicieron referencia a significativos adelantos en una amplia gama de técnicas de investigación no letales durante los 20 últimos años y describieron algunas de esas novedades y su posible aplicación con respecto a los objetivos declarados del programa JARPA II.

La Corte no ha encontrado pruebas de estudios realizados por el Japón acerca de la viabilidad o la practicabilidad de métodos no letales, ya sea al establecer el tamaño de las muestras del programa JARPA II o en los años posteriores en los cuales el programa ha mantenido las mismas metas en lo tocante al tamaño de las muestras, ni de que el Japón haya realizado algún examen de si sería viable combinar una menor captura con un incremento de muestreos no letales como medio para alcanzar los objetivos de investigación del programa JARPA II.

*b) La amplitud de la utilización de métodos letales en el programa JARPA II (párrs. 145 a 212)*

La Corte pasa a examinar la amplitud de la utilización de métodos letales en el programa JARPA II. Comparando el tamaño de las muestras en el programa JARPA II con las del programa JARPA, la Corte recuerda que el tamaño de las muestras de ballenas enanas en el programa JARPA II (850, con una variación de más o menos un 10 %) es aproximadamente el doble del tamaño de las muestras de ballenas enanas en los últimos años del programa JARPA, y que el programa

JARPA II fija el tamaño de las muestras de otras dos especies —ballenas de aleta y ballenas jorobadas— respecto de las cuales no se preveían muestreos letales en el programa JARPA. La Corte señala, sin embargo, que la comparación entre los dos planes de investigación también revela una considerable superposición de temas de estudio, objetivos y métodos de ambos programas. La Corte considera que esas semejanzas arrojan dudas sobre el argumento del Japón de que los objetivos del programa JARPA II relacionados con el seguimiento del ecosistema y la competencia entre múltiples especies son rasgos distintivos del último programa que requieren un incremento significativo del tamaño de las muestras de ballenas enanas y los muestreos letales de otras dos especies. La Corte también se refiere al hincapié que hace el Japón en la necesidad de continuidad entre los dos programas como justificación para lanzar el programa JARPA II sin esperar los resultados del examen final del programa JARPA por el Comité Científico, y señala que las debilidades de la explicación del Japón acerca de la decisión de poner en marcha el programa JARPA II con modificaciones en el tamaño de las muestras antes del examen final del programa JARPA respaldan la idea de que la fijación del tamaño de las muestras y la fecha de lanzamiento del programa JARPA II no se basaron en consideraciones estrictamente científicas.

En lo tocante a la determinación de los tamaños de las muestras para cada una de las especies, la Corte examina las cinco etapas del proceso de determinación del tamaño de las muestras, señalando las etapas respecto de las cuales existe desacuerdo entre las partes. A este respecto, reitera que no pretende abrir juicio sobre el mérito científico de los objetivos del programa JARPA II y que las actividades de este programa pueden caracterizarse en general como “investigación científica”. Con respecto a la fijación del tamaño de las muestras, la Corte indica también que no está en condiciones de concluir si un determinado valor para una variable dada tiene ventajas científicas sobre otro; procura, en cambio, evaluar solo si las pruebas respaldan una conclusión en el sentido de que los tamaños de las muestras son razonables para el logro de los objetivos declarados del programa JARPA II. La Corte concluye que, tomados en conjunto, los elementos de prueba relativos a la determinación del tamaño de las muestras para cada especie brindan escasas explicaciones y justificaciones de las decisiones en que se basó la elección del tamaño global de las muestras.

Comparando el tamaño de las muestras y las capturas efectivas, la Corte advierte una diferencia importante entre el objetivo del programa JARPA II respecto del tamaño de las muestras y la cantidad real de ballenas matadas en aplicación del programa: durante las primeras siete temporadas del programa JARPA II se mataron en total 18 ballenas de aleta, entre ellas 10 ballenas de aleta durante el primer año del programa, cuando estaba en estudio la viabilidad de cazar ballenas más grandes. En los años posteriores, se cazaron anualmente de 0 a 3 ballenas de aleta. En aplicación del

programa JARPA II no se mató ninguna ballena jorobada. El Japón explica que, después de haber decidido inicialmente no tomar muestras de ballenas jorobadas durante los dos primeros años del programa JARPA II, “suspendió” la toma de muestras de ballenas jorobadas a partir de 2007. La Corte observa, sin embargo, que los permisos expedidos con arreglo al programa JARPA II a partir de 2007 siguen autorizando la captura de ballenas jorobadas. En lo tocante a las ballenas enanas, a pesar de que el tamaño previsto para las muestras era de 850, la captura efectiva con arreglo al programa JARPA II ha fluctuado de un año a otro: 853 ballenas enanas durante la temporada 2005-2006, aproximadamente 450 en las temporadas siguientes, 170 en la temporada 2010-2011 y 103 en la temporada 2012-2013.

Analizando la afirmación de Australia de que la diferencia entre el tamaño previsto de las muestras y las capturas efectivas debilita la posición del Japón de que el programa JARPA II es un programa con fines de investigación científica, la Corte observa que, a pesar de la cantidad de años en que la ejecución del programa se ha apartado en gran medida de su diseño, el Japón no ha hecho ningún cambio en los objetivos y el tamaño previsto de las muestras del programa JARPA II, los cuales se reproducen en los permisos especiales otorgados anualmente. En opinión de la Corte, el hecho de que el Japón continúe apoyándose en los dos primeros objetivos del programa JARPA II para justificar el tamaño previsto de las muestras, a pesar de la discrepancia entre las capturas efectivas y esas previsiones, unido a su declaración de que el programa puede obtener resultados científicos significativos basándose en una captura efectiva mucho más limitada, arrojan nuevas dudas sobre la caracterización del programa JARPA II como un programa con fines de investigación científica. Esas pruebas sugieren, de hecho, que el tamaño previsto de las muestras es mayor de lo que sería razonable para el logro de los objetivos declarados del programa JARPA II. El hecho de que las capturas efectivas de ballenas de aleta y ballenas jorobadas se explique en gran medida, si no en su totalidad, por consideraciones políticas y logísticas debilita aún más la pretendida relación entre los objetivos de investigación del programa JARPA II y el tamaño específico de las muestras para cada especie, en particular la decisión de llevar a cabo muestreos letales de ballenas enanas en una escala relativamente grande.

*c) Aspectos adicionales del diseño y la ejecución del programa JARPA II (párrs. 213 a 222)*

La Corte considera a continuación varios aspectos adicionales del programa JARPA II que las partes han señalado a su atención. Por lo que se refiere al marco temporal indefinido del programa JARPA II, la Corte observa que, en el caso de un programa con fines de investigación científica, habría sido más adecuado un “marco temporal con metas intermedias”, como se indica en el Anexo P. Examinando la limitada producción científica del programa JARPA II hasta

la fecha, la Corte observa que, si bien ya ha concluido la primera fase de investigación de dicho programa (2005-2006 a 2010-2011), el Japón solo menciona como resultado del programa hasta la fecha dos documentos sometidos a examen por los pares. Además, la Corte señala que esos trabajos no se refieren a los objetivos del programa JARPA II y se basan en datos reunidos sobre ballenas enanas capturadas durante el estudio de viabilidad del programa. Habida cuenta de que el programa JARPA II se está ejecutando desde 2005 y ha supuesto la matanza de cerca de 3.600 ballenas enanas, la Corte considera que la producción científica hasta la fecha es limitada. En lo tocante a la cooperación con otras instituciones de investigación, la Corte observa que cabía esperar algunas pruebas adicionales de cooperación entre el programa JARPA II y otras instituciones de investigación nacionales e internacionales, habida cuenta de que el programa está centrado en el ecosistema del Antártico y en los cambios ambientales en la región.

*d) Conclusión relativa a la aplicación del Artículo VIII, párrafo 1, al programa JARPA II (párrs. 223 a 227)*

La Corte determina que la utilización de muestreos letales no es en sí misma irrazonable en relación con los objetivos de investigación del programa JARPA II. Sin embargo, en comparación con el programa JARPA, la escala de muestreos letales en el programa JARPA II es mucho mayor con respecto a las ballenas enanas del Antártico, y el programa comprende muestreos letales de otras dos especies de ballenas. Por consiguiente, la Corte considera que el tamaño previsto de las muestras en el programa JARPA II no es razonable en relación con el logro de los objetivos del programa. Primero, los objetivos generales del programa JARPA se superponen ampliamente con los del programa JARPA II. En la medida en que los objetivos son diferentes, las pruebas no revelan la forma en que esas diferencias determinan el considerable incremento de la escala de muestreos letales en el Plan de Investigación del programa JARPA II. Segundo, el tamaño de las muestras de ballenas de aleta y ballenas jorobadas es demasiado pequeño para suministrar la información necesaria para alcanzar los objetivos de investigación del programa JARPA II, según los propios cálculos del Japón, y el diseño del programa parece impedir un muestreo al azar de ballenas de aleta. Tercero, el proceso utilizado para determinar el tamaño de las muestras de ballenas enanas carece de transparencia, tal como convinieron los expertos presentados por cada una de las partes. Cuarto, algunos elementos de prueba sugieren que se podría haber ajustado el programa a fin de lograr que las muestras fueran de tamaño mucho menor, y el Japón no explica por qué no lo hizo. Las pruebas que la Corte tiene ante sí sugieren asimismo que se ha prestado poca atención a la posibilidad de utilizar en mayor grado métodos de investigación no letales para alcanzar los objetivos del programa JARPA II y que en el diseño del programa incidieron

consideraciones financieras, más que criterios estrictamente científicos.

A juicio de la Corte, esos problemas relacionados con el diseño del programa JARPA II deben considerarse también a la luz de su ejecución. Primero, no se han cazado ballenas jorobadas, y el Japón cita razones no científicas para ello. Segundo, la caza de ballenas de aleta es solo una pequeña fracción de la cantidad prescrita en el Plan de Investigación del programa JARPA II. Tercero, la captura efectiva de ballenas enanas también ha sido mucho menor que el tamaño anual previsto de las muestras en todas las temporadas menos una. A pesar de esas diferencias entre el Plan de Investigación y la ejecución del programa, el Japón ha seguido apoyándose en los objetivos de investigación del programa JARPA II —principalmente, la investigación del ecosistema y el objetivo de construir un modelo de competencia entre múltiples especies— para justificar tanto la utilización como la extensión de los muestreos letales prescritos por el Plan de Investigación del programa JARPA II para las tres especies. Ni los objetivos del programa JARPA II ni sus métodos han sido revisados o adaptados para tener en cuenta la cantidad real de ballenas cazadas. Tampoco ha explicado el Japón cómo esos objetivos de investigación siguen siendo viables, habida cuenta de la decisión de utilizar períodos de investigación de 6 años y 12 años para diferentes especies, unida a la aparente decisión de abandonar totalmente los muestreos letales de ballenas jorobadas y cazar muy pocas ballenas de aleta. También arrojan dudas sobre la caracterización del programa JARPA II como un programa con fines de investigación científica otros aspectos del programa, como el carácter indefinido de su marco temporal, su limitada producción científica hasta la fecha y la ausencia de cooperación significativa entre el programa JARPA II y otros proyectos de investigación conexos.

En conjunto, la Corte considera que el programa JARPA II comprende actividades que pueden caracterizarse generalmente como investigación científica, pero que las pruebas no establecen que el diseño y la ejecución del programa sean razonables para el logro de sus objetivos declarados. Por consiguiente, la Corte concluye que los permisos especiales otorgados por el Japón para la matanza, la captura y el faenamiento de ballenas en relación con el programa JARPA II no se conceden “con fines de investigación científica” con arreglo al Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención.

#### 4. Conclusiones relativas a las presuntas violaciones del Anexo (párrs. 228 a 233)

La Corte considera a continuación las consecuencias de la conclusión que antecede, a la luz de la afirmación de Australia de que el Japón ha violado tres disposiciones del Anexo que establecen restricciones a la matanza, la captura y el faenamiento de ballenas: la obligación de respetar un límite de captura cero para la matanza con fines comerciales de ballenas de todas las poblaciones (párr. 10 e)); la moratoria de buques factoría (párr. 10 d)); y la prohibición de la caza

comercial de la ballena en el Santuario Ballenero Austral (párr. 7 b)).

La Corte observa que las formulaciones precisas de las tres disposiciones del Anexo invocadas por Australia difieren entre sí. La “moratoria de buques factoría” no hace referencia expresa a la caza comercial de la ballena, mientras que la exigencia de observar un límite de captura cero y la disposición que establece el Santuario Ballenero Austral expresan sus prohibiciones con referencia a la caza “comercial” de la ballena. En opinión de la Corte, a pesar de esas diferencias de redacción, las tres disposiciones del Anexo tienen claramente la intención de abarcar toda matanza, captura o faenamiento de ballenas que no se haga “con fines de investigación científica”, con arreglo al Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención, o que no se realice en el marco de la caza aborigen de ballenas para subsistencia, con arreglo al párrafo 13 del Anexo, que no es pertinente para la presente causa. La referencia a la caza “comercial” de la ballena en los párrafos 7 b) y 10 e) del Anexo puede explicarse por el hecho de que en casi todos los casos esa sería la caracterización más adecuada de la actividad de caza de la ballena en cuestión. No se puede entender el texto de esas dos disposiciones en el sentido de que existen categorías de caza de la ballena que no están comprendidas en el Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención ni en el párrafo 13 del Anexo pero que, sin embargo, no están sujetas a las prohibiciones enunciadas en los párrafos 7 b) y 10 e) del Anexo. Una interpretación de esa índole dejaría a algunas categorías indefinidas de actividades de caza de la ballena fuera del alcance de la Convención, lo cual sería contrario a su objeto y fin. Asimismo, cabe observar que en ningún momento en el presente procedimiento sugirieron las partes o el Estado interviniente que existieran tales categorías adicionales.

Por consiguiente, partiendo de la base de que la caza de la ballena que no está comprendida en el Artículo VIII, párrafo 1 (al margen de la caza aborigen de ballenas para subsistencia), está sujeta a las tres disposiciones del Anexo invocadas por Australia, la Corte llega a las conclusiones siguientes:

- i) En lo tocante a la moratoria de la caza comercial de la ballena prevista en el párrafo 10 e) del Anexo, la Corte observa que, desde 2005 hasta la fecha, el Japón, mediante la expedición de permisos con arreglo al programa JARPA II, ha establecido límites de captura superiores a cero para tres especies: 850 para ballenas enanas, 50 para ballenas de aleta y 50 para ballenas jorobadas. Por consiguiente, la Corte concluye que el Japón no ha actuado de conformidad con sus obligaciones con arreglo al párrafo 10 e) en cada uno de los años en que ha otorgado permisos para el programa JARPA II (desde 2005 hasta el presente), puesto que en esos permi-

sos se han fijado límites de captura superiores a cero.

- ii) En relación con la moratoria de buques factoría contenida en el párrafo 10 *d*) del Anexo, la Corte considera que, al utilizar el buque factoría *Nisshin Maru*, así como otras embarcaciones que han actuado como capturadoras de ballenas, con finalidades de caza, captura, remolque, retención o búsqueda de ballenas, el Japón no ha actuado de conformidad con sus obligaciones con arreglo al párrafo 10 *d*) en cada una de las temporadas en que se capturaron, mataron y faenaron ballenas de aleta en el marco del programa JARPA II.
- iii) Con respecto al Santuario Ballenero Austral establecido por el párrafo 7 *b*) del Anexo, la Corte observa que esta disposición no se aplica a las ballenas enanas en relación con el Japón (como consecuencia de la objeción del Japón a dicho párrafo). La Corte observa asimismo que el programa JARPA II opera dentro del Santuario Ballenero Austral y concluye que el Japón no ha actuado de conformidad con sus obligaciones con arreglo al párrafo 7 *b*) en cada una de las temporadas del programa JARPA II durante las cuales se capturaron ballenas de aleta.

5. *Presunto incumplimiento por el Japón de sus obligaciones con arreglo al párrafo 30 del Anexo* (párrs. 234 a 242)

La Corte recuerda que Australia pide también que se juzgue y declare que el Japón violó su obligación de cumplir lo dispuesto en el párrafo 30 del Anexo. Esta disposición requiere que los Gobiernos contratantes sometan las propuestas de permisos al Secretario de la CBI antes de expedirlos, con anticipación suficiente para permitir que el Comité Científico los examine y formule observaciones sobre ellos, y establece una lista de temas que se deben incluir en las propuestas de permisos.

En lo tocante a la cuestión de la presentación en tiempo, la Corte observa que el Japón sometió el Plan de Investigación del programa JARPA II al Comité Científico para su examen antes de otorgar el primer permiso para el programa, y que los permisos posteriores que se otorgaron sobre la base de esa propuesta debían someterse a la Comisión con arreglo al Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención. La Corte señala que Australia no pone en duda que el Japón haya procedido así con respecto a cada uno de los permisos otorgados para el programa JARPA II. En cuanto a los requisitos sustantivos del párrafo 30, la Corte determina que el Plan de Investigación del programa JARPA II, que constituye la propuesta para el otorgamiento de permisos especiales, contiene la información especificada por dicha disposición, como lo reconoció el Comité Científico en 2005 en su examen de dicho Plan de Investigación. La Corte entiende que la falta

de detalles en los propios permisos es congruente con el hecho de que el programa sea de carácter multianual, como se describe en el Plan de Investigación del programa JARPA II. Así pues, el enfoque del Japón es acorde con la práctica del Comité Científico, y la Corte concluye que el Japón ha cumplido los requisitos del párrafo 30 en lo tocante al programa JARPA II.

III. *Reparaciones* (párrs. 244 a 246)

Además de pedir a la Corte que determine que la manutención, la captura y el faenamiento de ballenas en virtud de permisos especiales otorgados con arreglo al programa JARPA II no se hace con fines de investigación científica en el sentido del Artículo VIII y que, en consecuencia, el Japón ha violado tres párrafos del Anexo, Australia pide a la Corte que juzgue y declare que el Japón deberá: “*a*) abstenerse de autorizar o ejecutar cualquier permiso especial de caza de la ballena que no sea para fines de investigación científica en el sentido del Artículo VIII; *b*) poner fin con efecto inmediato a la ejecución del programa JARPA II; y *c*) revocar todas las autorizaciones, permisos o licencias que permitan ejecutar el programa JARPA II”. La Corte observa que, como el programa JARPA II es un programa en curso, se justifica la adopción de medidas que vayan más allá del mero efecto declarativo. Por consiguiente, la Corte ordena que el Japón revoque todas las autorizaciones, permisos o licencias vigentes para matar, capturar o faenar ballenas en relación con el programa JARPA II, y se abstenga de otorgar nuevos permisos con arreglo al Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención en cumplimiento de dicho programa.

La Corte no estima necesario ordenar la reparación adicional solicitada por Australia, consistente en exigir que el Japón se abstenga de autorizar o cumplir cualquier permiso especial de caza de la ballena que no sea para fines de investigación científica en el sentido del Artículo VIII. En opinión de la Corte, como esa obligación se aplica ya a todos los Estados partes, cabe esperar que el Japón tenga en cuenta el razonamiento y las conclusiones contenidos en el presente fallo al evaluar la posibilidad de otorgar futuros permisos con arreglo al Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención.

\*  
\* \*

**Opinión disidente del Magistrado Owada**

En su opinión disidente, el Magistrado Owada manifiesta que, con gran pesar, no puede asociarse al fallo en lo tocante a las conclusiones enunciadas en los párrafos 2, 3, 5 y 7 de la parte dispositiva, ni al razonamiento correspondiente. El Magistrado Owada dice que su desacuerdo se refiere a la forma en que el fallo ha interpretado el carácter fundamental de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena (“la Convención”), a la metodología empleada por el fallo para interpretar y aplicar las disposiciones

de la Convención, y, por consiguiente, a varias de las conclusiones a que se llega en el fallo.

### I. Competencia

El Magistrado Owada comienza su opinión disidente señalando que, en lo referente a la cuestión de la competencia de la Corte, mantiene algunas reservas sobre ciertos aspectos del razonamiento del fallo, pero concuerda con la conclusión del fallo de que la Corte es competente. Asimismo, deja constancia de su reserva fundada en que, dadas las circunstancias procesales, en cierto modo desafortunadas, las partes no contaron en el procedimiento con oportunidades amplias para desarrollar sus respectivos argumentos sobre la cuestión de la competencia.

### II. El objeto y el fin de la Convención

El Magistrado Owada considera a continuación el objeto y el fin de la Convención. Observa que hay dos opiniones contrapuestas acerca de la Convención. De acuerdo con la primera, ha habido una evolución en la visión económica y social del mundo que rodea a las ballenas y a la caza de la ballena durante los años transcurridos desde 1946, y esto debe reflejarse en la interpretación y la aplicación de la Convención. De acuerdo con la segunda opinión, la base jurídico-institucional de la Convención no ha cambiado desde que se redactó, pues estaba basada en los principios establecidos de derecho internacional relativos a la conservación y la ordenación de los recursos pesqueros, incluidas las ballenas, y este carácter fundamental de la Convención debe mantenerse en esencia. Según el Magistrado Owada, esa es la línea divisoria fundamental que separa las posiciones jurídicas de Australia y Nueva Zelanda, por un lado, y del Japón, por el otro.

Examinando el objeto y el fin de la Convención, el Magistrado Owada señala que esta se creó teniendo como telón de fondo una historia de caza irrestricta de la ballena y una débil reglamentación que llegaba a amenazar la sostenibilidad de las poblaciones de ballenas, y con ello la viabilidad de la industria de la caza de ballenas, y debe ser entendida en el contexto de esa situación. El Magistrado Owada observa asimismo que el objeto y el fin de la Convención están claramente enunciados en su preámbulo. A su juicio, está claro que el objeto y el fin de la Convención consisten en lograr el doble propósito de la sostenibilidad del máximo rendimiento sostenible de las poblaciones en cuestión y la viabilidad de la industria de la caza de ballenas. En ninguna parte de la Convención podrá encontrarse la idea de una prohibición total y permanente de la captura de ballenas. El Magistrado Owada también señala que esto está confirmado por las actas literales de la Comisión Ballenera Internacional, que votó a favor de la moratoria de la caza de la ballena.

Según el Magistrado Owada, es de importancia capital que la Corte comprenda el objeto y fin de la Convención en

su perspectiva adecuada, que define las características esenciales del régimen establecido con arreglo a la Convención. En su opinión, el fallo se abstuvo de analizar las características esenciales del régimen de la Convención. La lacónica afirmación contenida en el fallo de que “[l]as funciones conferidas a la Comisión [Ballenera Internacional] han convertido a la Convención en un instrumento evolutivo” no especifica lo que ello implica. El Magistrado Owada considera que la Convención no es maleable como tal en sentido jurídico, siguiendo los cambios del ambiente socioeconómico circundante.

### III. Las características esenciales del régimen reglamentario establecido en la Convención

El Magistrado Owada dice que, con la finalidad de comprender las características esenciales del régimen establecido en la Convención, se debe analizar con cierto detalle la estructura de este instrumento. En este sentido, el Magistrado Owada observa que 1) los Gobiernos contratantes han creado una Comisión Ballenera Internacional (“CBI”) como órgano ejecutivo, que puede tomar una decisión por mayoría de tres cuartos, si es necesario adoptar medidas en cumplimiento del Artículo V; 2) con arreglo al Artículo V, la CBI puede enmendar las disposiciones del Anexo, que forma parte esencial de la Convención, adoptando reglamentaciones atinentes a la conservación y la utilización de los recursos balleneros, con sujeción a determinadas condiciones; 3) la CBI también puede hacer recomendaciones a algunos Gobiernos contratantes o a todos ellos sobre asuntos que se relacionen con las ballenas o la caza de la ballena y con los objetivos y fines de la Convención; y 4) sin perjuicio de las demás disposiciones contenidas en la Convención, un Gobierno contratante puede otorgar a cualquiera de sus nacionales un permiso especial que autorice a dicho nacional a matar, capturar y faenar ballenas con fines de investigación científica, con sujeción a las restricciones en materia de Noero y demás condiciones que el Gobierno contratante estime adecuadas, y la matanza, la captura y el faenamiento de ballenas de conformidad con las disposiciones del Artículo VIII estará exenta de la aplicación de la Convención.

El Magistrado Owada dice que, sobre la base de lo que se ha resumido anteriormente, parece justo concluir que la Convención ha creado una especie de régimen reglamentario autosuficiente sobre las ballenas y la caza de la ballena, aunque es innecesario aclarar que ese sistema —que establece la autonomía de las partes— no escapa al proceso de control judicial por la Corte. El Magistrado Owada señala asimismo que, dentro de este régimen reglamentario autosuficiente, no se otorga a la CBI ningún poder de adopción de decisiones por mayoría para obligar automáticamente a las partes contratantes, y ninguna enmienda al Anexo surtirá efectos en relación con una parte contratante que objete dicha enmienda. El Magistrado Owada recuerda que, luego de la enmienda al Anexo por la que se prohibía la caza comercial de la ballena

de todas las especies a partir de la temporada 1985-1986, el Japón ejerció finalmente su derecho a formular una objeción con arreglo al Artículo V, que posteriormente retiró bajo presión de los Estados Unidos de América.

Según el Magistrado Owada, el argumento formulado con respecto a esta situación por el demandante, y desarrollado más extensamente por el interviniente, en el sentido de que la Convención ha tenido una evolución durante estos 60 años en consonancia con el cambio del medio ambiente que circunda a las ballenas y la caza de la ballena, parecería ser un argumento que equivaldría a un intento de cambiar las reglas del juego previstas en la Convención y aceptadas por las partes contratantes en 1946. El Magistrado Owada observa que, según el demandado, al enfrentarse a esta nueva situación constituida por la adopción de una moratoria de la caza de la ballena para fines comerciales, resultó necesario que el demandado presentara un programa de actividades con fines de investigación científica a fin de poder reunir pruebas científicas para someterlas a la consideración de la CBI (o de su Comité Científico), con miras a permitir que la CBI levantara o revisara la moratoria, que, según se había expresado, era una medida adoptada que no había de tener una duración ilimitada y estaría sujeta a una futura revisión. Según el Magistrado Owada, parecería difícil encontrar algo incorrecto en el curso de acción seguido por el demandado.

El Magistrado Owada subraya que, habida cuenta del texto del Artículo V, párrafo 2, y del Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención, lo que el demandado emprendió con arreglo al programa JARPA y el programa JARPA II debe considerarse *prima facie* como conforme con la Convención y su Anexo revisado. Así pues, según el Magistrado Owada, toda la cuestión de la legalidad de las actividades de caza de la ballena del Japón con arreglo al programa JARPA, y al programa JARPA II como su continuación, ha venido a depender de si esas actividades del demandado pueden calificarse como actividades “con fines de investigación científica” en el sentido del Artículo VIII de la Convención.

#### IV. La interpretación del Artículo VIII

Según el Magistrado Owada, el carácter esencial de la Convención que se ha examinado anteriormente radica en que las partes contratantes han creado un régimen reglamentario autosuficiente para la reglamentación de las ballenas y la caza de la ballena. El precepto contenido en el Artículo VIII de la Convención, en opinión del Magistrado Owada, es un importante componente de dicho régimen reglamentario. El Magistrado Owada dice que sería equivocado en este sentido caracterizar la facultad reconocida a las partes contratantes de otorgar a sus nacionales permisos especiales “para matar, capturar y faenar ballenas con fines de investigación científica” (Convención, Artículo VIII, párrafo 1) como algo más que una excepción al régimen reglamentario establecido por la Convención. El Magistrado Owada dice que la parte contratante a la que se otorga esta prerrogativa

con arreglo al Artículo VIII está en efecto desempeñando una importante función dentro de ese régimen reglamentario, reuniendo datos y materiales científicos necesarios para la promoción de los objetivos y fines de la Convención. El Magistrado Owada señala asimismo que, según el régimen reglamentario de la Convención, la facultad de determinar cuáles son las cuestiones que deberían ser componentes de la investigación científica, o cómo debería diseñarse y aplicarse la investigación científica en una situación determinada, es principalmente una decisión discrecional del Gobierno otorgante. Según el Magistrado Owada, el Gobierno contratante está obligado a ejercer esa facultad discrecional solo con fines de investigación científica de buena fe y puede estar sujeto a responder por sus actividades de investigación científica ante los órganos ejecutivos de la Convención, la CBI y el Comité Científico.

El Magistrado Owada pone de relieve que esto no significa que la Corte, en su calidad de institución judicial encargada del cometido de interpretar y aplicar las disposiciones de la Convención, no tenga una función que desempeñar en este proceso. Sin embargo, habida cuenta de la naturaleza y las características específicas del marco regulatorio creado por la Convención, este poder de la Corte debe ejercerse con cierto grado de prudencia, en la medida en que aquello de lo que se trate *a)* esté relacionado con la aplicación del marco regulatorio de la Convención, y *b)* esté referido al cometido tecnocientífico de evaluar el mérito de la investigación científica, que la Convención ha asignado al Comité Científico.

En lo tocante al problema relacionado con la aplicación del marco regulatorio de la Convención (punto *a)* anterior), el Magistrado Owada afirma que se debe presumir la buena fe por parte del Estado contratante. A su juicio, la función de la Corte a este respecto consiste en cerciorarse de que el Estado en cuestión esté llevando a cabo sus actividades de buena fe y de conformidad con los requisitos del régimen reglamentario para los fines de investigación científica que sean conducentes a productos científicos que contribuyan a promover el objeto y el fin de la Convención. El Magistrado Owada dice que, en cambio, el diseño y la ejecución del programa, por su propia naturaleza, no deberían ser una materia adecuada de control por la Corte. Señala que el Artículo VIII otorga expresamente al Gobierno contratante el poder primario de decidir sobre ello.

Por consiguiente, el Magistrado Owada indica que las alegaciones hechas por el demandante en el sentido de que las actividades fueron diseñadas y ejecutadas para fines distintos de la investigación científica bajo pretexto de investigación científica no pueden ser objeto de presunción, y tendrán que ser establecidas por medio de pruebas sólidas y concluyentes que señalen la existencia de mala fe atribuible al Estado en cuestión.

Sobre el segundo aspecto del problema, relativo a la determinación de lo que son actividades “con fines de investigación científica” (punto *b)* citado anteriormente), el

Magistrado Owada no está de acuerdo con el enfoque del fallo que distingue entre “investigación científica” como tal y “[actividades] con fines de investigación científica”. Considera que esa distinción es tan artificial que pierde todo sentido de realidad cuando se aplica a una situación concreta. El Magistrado Owada dice que la Corte debería, en cambio, centrar la atención pura y simplemente en la cuestión del alcance de lo que constituyen las actividades “con fines de investigación científica” de conformidad con el sentido corriente de la frase.

El Magistrado Owada observa asimismo que, sobre la cuestión de lo que constituyen las actividades “con fines de investigación científica”, esta Corte, como tribunal de derecho, no está calificada profesionalmente para dar una respuesta significativa desde el punto de vista científico, y no debería tratar de pretender que puede hacerlo. Argumenta que lo que constituye “investigación científica” es una cuestión sobre la cual suelen discrepar científicos calificados, que no pueden llegar a una opinión de consenso. De todos modos, el Magistrado Owada observa que el fallo se aboca *de hecho* a una “evaluación científica” sobre diversos aspectos sustantivos de las actividades de los programas JARPA y JARPA II, para llegar a la conclusión de que esas actividades no pueden calificarse como actividades realizadas “con fines de investigación científica” porque no pueden considerarse objetivamente razonables, de conformidad con la propia evaluación científica de Corte. Según el Magistrado Owada, la pregunta que se plantea inmediatamente es “¿en qué contexto debe juzgarse esa razonabilidad?”. Si la Corte está hablando del contexto jurídico, el Magistrado Owada argumenta que la respuesta es clara, pues la Convención deja este punto librado principalmente a la apreciación de buena fe de la parte que emprende la investigación en cuestión. Si estamos hablando del contexto científico, sería imposible que la Corte estableciera si determinadas actividades son objetivamente razonables o no sin entrar en un examen y una evaluación tecnocientíficos del diseño y la ejecución de los programas JARPA y JARPA II, tarea que esta Corte no puede realizar, ni puede siquiera intentar.

#### V. El alcance del control de la Corte

El Magistrado Owada escribe que las partes contratantes en la Convención reconocen expresamente la necesidad y la importancia de la investigación científica con la finalidad de apoyar “un sistema de reglamentación internacional para la pesquería ballenera a fin de asegurar de manera adecuada y efectiva la conservación y el incremento de las poblaciones de ballenas” (preámbulo, párr. 7). El Magistrado Owada señala que en la Conferencia que se convocó para la adopción de la Convención en 1946 se puso de relieve la importancia capital de la investigación científica llevada a cabo por organizaciones científicas dedicadas a la investigación sobre ballenas. A su juicio, la intención de las partes contratantes al acordar el texto del Artículo VIII era prever el derecho

de los Gobiernos contratantes de otorgar a sus nacionales permisos especiales para cazar ballenas con fines de investigación científica. El Magistrado Owada argumenta que los Gobiernos contratantes pueden tomar esa medida sin previa consulta con la CBI o su Comité Científico, y sin su aprobación previa.

El Magistrado Owada puntualiza que ello no quiere decir que los Gobiernos contratantes gocen de una discrecionalidad ilimitada para otorgar un permiso especial. En su opinión, es función de la Corte examinar desde el punto de vista jurídico si se han observado escrupulosamente los procedimientos prescritos de forma expresa en el régimen reglamentario de la Convención, incluidos los del Artículo VIII. El Magistrado Owada señala que la Corte también puede controlar si puede considerarse que las actividades se ajustan al concepto generalmente aceptado de “investigación científica” (el requisito sustantivo para las partes contratantes con arreglo al Artículo VIII). Este proceso entraña la determinación del criterio de examen que ha de aplicar la Corte.

#### VI. El criterio de examen de la Corte

El Magistrado Owada señala que, para determinar el criterio de examen, el fallo concluye lo siguiente:

“Para el examen del otorgamiento de un permiso especial que autorice la matanza, la captura y el faenamiento de ballenas, la Corte evaluará, en primer lugar, si el programa con arreglo al cual se llevan a cabo esas actividades comprende investigación científica. En segundo lugar, la Corte considerará si la matanza, la captura y el faenamiento de ballenas es ‘con fines de’ investigación científica examinando si, en lo que respecta a la utilización de métodos letales, el diseño y la aplicación del programa son razonables para lograr sus objetivos declarados. Este criterio de examen es un criterio objetivo” (fallo, párr. 67).

En opinión del Magistrado Owada, el fallo, al establecer ese criterio de examen, hace caso omiso de la diferencia en las posiciones adoptadas por las partes sobre esta cuestión y, sin otra explicación, parece hacer suya la posición de una de las partes, a saber, la del demandante. A su juicio, los términos empleados por el fallo sugieren que la aplicación de ese criterio de razonabilidad objetiva había sido aceptado de manera coincidente por ambas partes en relación con el alcance general del examen, cuando, en realidad, existía una amplia diferencia entre las posiciones de las partes, en especial en relación con el alcance del examen. Además, según el Magistrado Owada, el fallo no da explicación alguna acerca de por qué es legítimo o adecuado que la Corte amplíe el alcance del examen emprendiendo un examen del “diseño y la ejecución” del programa JARPA II.

El Magistrado Owada observa que un detenido examen de los argumentos de las partes revela que la génesis de este criterio de examen parece derivar su origen de la jurisprudencia

dencia del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (“OMC”) en el asunto *Estados Unidos — Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE-Hormonas* (en adelante “*CE-Hormonas*”). En su opinión, el fallo toma esta fórmula mágica de la razonabilidad objetiva fuera del contexto en que se empleó ese criterio y la aplica en cierto modo mecánicamente para nuestros fines, sin prestar la debida consideración al contexto en que se aplicó ese criterio de examen.

El Magistrado Owada señala que el demandado manifestó lo siguiente con respecto al criterio de examen:

“el Japón concuerda con Australia y Nueva Zelanda en considerar que el punto consiste en determinar si *la decisión [de un Estado] es objetivamente razonable, o [está] respaldada por un razonamiento coherente y pruebas científicas respetables y [...], en este sentido, [es] objetivamente justificable*” (sin cursiva en el original).

Según el Magistrado Owada, el demandado se basaba en una cita, palabra por palabra, del asunto *CE-Hormonas*. Por tal razón, es importante examinar el contexto preciso en que aparece ese pasaje citado, que es el siguiente:

“[E]n lo tocante a la determinación de hechos por los grupos especiales [de la OMC], el criterio aplicable es ‘ni examen *de novo* como tal, ni ‘deferencia total’, sino una ‘evaluación objetiva de los hechos’ [...]”

Incumbe a los miembros de la OMC llevar a cabo la evaluación de riesgos. El cometido del grupo especial es examinar dicha evaluación. Cuando un grupo especial se excede de ese limitado mandato y *actúa como evaluador de riesgos*, está haciendo uso de su propia apreciación científica en lugar de la del evaluador de riesgos y haciendo un examen *de novo* y, consiguientemente, se extralimita en el ejercicio de sus funciones con arreglo al Artículo 11 del [Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias de la OMC]. Por consiguiente, *el poder de examen de un grupo especial no consiste en determinar si la evaluación de riesgos llevada a cabo por un miembro de la OMC es correcta, sino en determinar si esa evaluación de riesgos está respaldada por un razonamiento coherente y pruebas científicas respetables* y es, en este sentido, objetivamente justificable” (sin cursiva en el original).

El Magistrado Owada pone de relieve que la decisión del Órgano de Apelación de la OMC indica que el Órgano se extralimitaría en sus funciones si actuara como evaluador de riesgos e hiciera un examen *de novo*. Así pues, en opinión del Magistrado Owada el fallo incurrió en error al tomar ese criterio de razonabilidad objetiva fuera de su contexto, y aplicarlo mecánicamente para el fin opuesto, es decir, con la finalidad de hacer que la Corte realizara una evaluación *de novo* de las actividades del demandado, cuando a ese Estado se le ha dado, con arreglo a la Convención, el poder

primario de otorgar permisos especiales con fines de investigación científica.

El Magistrado Owada también señala que, en la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica c. Nicaragua)*, la Corte se refirió a la afirmación del demandante (Costa Rica), que argumentó que la forma en que el demandado (Nicaragua) restringía los derechos de navegación de Costa Rica en el río San Juan era “no razonable”. La Corte manifestó que

“la autoridad competente para la reglamentación, en esta causa el Estado con soberanía sobre el río, tiene la responsabilidad principal de apreciar la necesidad de reglamentación y a elegir, sobre la base de su conocimiento de la situación, la medida que estime más adecuada para satisfacer esa necesidad. Para impugnar una reglamentación no será suficiente afirmar simplemente de manera general que es irrazonable”.

El Magistrado Owada dice que la posición del demandado en la presente causa es análoga en derecho a la del demandado en la causa mencionada. En su opinión, el *dictum* de esta Corte en dicha causa sería aplicable a la situación de la presente causa.

## VII. Aplicación del criterio de examen en la presente causa

El Magistrado Owada afirma que se abstendrá de realizar el ejercicio de refutar las conclusiones del fallo resultantes de su evaluación sustantiva de cada uno de los aspectos concretos del diseño y la ejecución del programa JARPA II, porque, si las refutara, estaría haciendo precisamente lo que la Corte no debería haber hecho con arreglo a la Convención. Sin embargo, el Magistrado Owada desea criticar la metodología que emplea el fallo al aplicar el criterio de razonabilidad objetiva al evaluar las actividades concretas del programa JARPA II. En su opinión, hay una presunción firme, pero rebatible, de que el Gobierno otorgante, al conceder permisos con arreglo al Artículo VIII, ha hecho esa determinación no solo de buena fe, sino también a la luz de una detenida consideración de que las actividades llevadas a cabo son para fines de investigación científica. El Magistrado Owada indica que la función de la Corte es apreciar si esa determinación del Gobierno contratante es objetivamente razonable, en el sentido de que el programa de investigación se base en un razonamiento coherente y esté respaldado por opiniones respetables de miembros de la comunidad científica de especialistas en ballenas, aun cuando tal vez el programa de investigación no cuente necesariamente con el apoyo de una opinión mayoritaria dentro de la comunidad científica correspondiente.

En opinión del Magistrado Owada, el fallo parece estar aplicando el criterio de razonabilidad objetiva de manera tal que es la parte otorgante quien tiene la carga de establecer que la escala y el tamaño de la caza letal prevista con arreglo al programa es razonable para que se califique a este como un

auténtico programa “con fines de investigación científica”. El Magistrado Owada dice que debería ser el demandante, y no el demandado, quien tuviera que establecer mediante pruebas creíbles que las actividades del demandado con arreglo al programa JARPA II no pueden considerarse actividades “razonables” de investigación científica a los efectos del Artículo VIII de la Convención. Considera que el demandante no ha demostrado tal cosa en la presente causa.

El Magistrado Owada afirma que, en su opinión, las actividades llevadas a cabo con arreglo al programa JARPA II pueden caracterizarse como actividades “razonables” con fines de investigación científica. Señala que las pruebas, en particular una declaración de la Presidencia del Comité Científico, han demostrado claramente que el programa JARPA II brinda alguna información científica útil con respecto a las ballenas enanas que ha tenido un valor sustancial para el Comité Científico. El Magistrado Owada recuerda asimismo que el grupo de trabajo entre períodos de sesiones de la CBI expresó la opinión de que el programa JARPA, que en muchos aspectos es sustantivamente análogo al programa JARPA II, podía proporcionar valiosos datos estadísticos que podrían dar lugar a una reconsideración de la captura permitida de ballenas enanas con arreglo al Procedimiento Revisado de Ordenación. Señala que en ese informe se hace referencia precisamente al tipo de datos que fue contemplado como útil por la Convención, como lo prueba el pasaje del Artículo VIII que dice que “la continua colección y análisis de datos biológicos vinculados a las operaciones de los buques-fábrica y estaciones terrestres son indispensables para una dirección constructiva y eficaz de la caza ballenera”. El Magistrado Owada argumenta que, a la luz de esas pruebas, es difícil ver cómo las actividades del programa JARPA y su sucesor, el programa JARPA II, pueden considerarse “irrazonables”.

### VIII. Conclusión

A modo de conclusión, el Magistrado Owada pone de relieve que la única cuestión crucial que está en el centro de la presente controversia es si las actividades realizadas con arreglo al programa JARPA II son “con fines de investigación científica”, y no si el programa JARPA II ha alcanzado un nivel de excelencia como proyecto de investigación científica para el logro del objeto y el fin de la Convención. Afirma que tal vez sea cierto que el programa JARPA II diste de ser perfecto para el logro de ese objetivo. Sin embargo, aun cuando el programa JARPA II tenga algunos defectos, ese hecho por sí solo no convertiría esas actividades en actividades de caza comercial de la ballena. El Magistrado Owada concluye que esta no podría ser ciertamente la razón para que esta Corte decida que “el Japón debe revocar todas las autorizaciones, permisos o licencias vigentes que haya otorgado en relación con el programa JARPA II” (fallo, párrafo 247 7)).

### Opinión disidente del Magistrado Abraham

En su opinión disidente, el Magistrado Abraham dice que ha votado a favor del punto de la parte dispositiva en el cual la Corte desestima la excepción a la competencia planteada por el Japón, pero discrepa del razonamiento por el cual la Corte llega a esa conclusión. En efecto, si bien la Corte actuó correctamente al rechazar la interpretación literal que hizo el Japón de la segunda parte de la reserva de Australia, que excluye de la competencia de la Corte toda controversia “que surja de la explotación de cualquier área controvertida de cualquiera de dichas zonas o sea adyacente a ellas, mientras su delimitación esté pendiente, o sea atinente o relativa a dicha explotación”, su propia interpretación de dicha parte de la reserva es sumamente discutible e innecesariamente restrictiva.

En opinión del Magistrado Abraham, esa segunda parte debe entenderse como dirigida a excluir de la competencia de la Corte las controversias que, sin estar directamente relacionadas con la delimitación marítima, requerirían que la Corte adoptase una posición —incidentalmente— sobre la naturaleza y el alcance de las zonas marítimas de Australia, pues el objeto de tales controversias sería la explotación de un espacio marítimo cuya pertenencia a una de dichas zonas hubiese dado lugar a una controversia aún pendiente. Por consiguiente, cuando se reúnan esas condiciones la reserva deberá aplicarse, aun cuando las partes no tengan pretensiones superpuestas respecto de las áreas marítimas de que se trate.

\*

Sobre el fondo de la causa, el Magistrado Abraham discrepa fundamentalmente del enfoque adoptado por la Corte.

Discrepa, primero, con la interpretación del concepto de programa “con fines de investigación científica” en el sentido del Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena. A este respecto, el Magistrado Abraham acepta la proposición de que el Artículo VIII de la Convención no debe interpretarse ni restrictivamente ni expansivamente, y está de acuerdo con la forma en que la Corte ha considerado la noción de “investigación científica”, en particular al rechazar la definición propuesta por un experto presentado por Australia. En cambio, critica que la Corte haya optado por un criterio “objetivo” para la determinación de si un programa es “para fines de” investigación científica. De hecho, la frase “para fines de” entraña necesariamente un examen de los objetivos procurados por el Estado responsable del programa en cuestión. Al tratar de determinar si el diseño y la ejecución de un programa de investigación científica se corresponden razonablemente con sus objetivos declarados, la Corte está actuando como si fuera un comité científico en lugar de llevar a cabo su función de determinar la naturaleza de las actividades en cuestión. El Magistrado Abraham considera asimismo que, en una situación en la que un Estado se basa en el Artículo VIII para justificar la autorización de un programa de caza de ballenas

que comprende actividades de investigación científica, concluir que el programa está fuera de los términos de dicho Artículo implica necesariamente poner en tela de juicio la buena fe del Estado de que se trata; sin embargo, la buena fe debe presumirse.

El Magistrado Abraham también discrepa de la evaluación que hace la Corte de los hechos de la causa, y con la presunción desfavorable que, a su juicio, la Corte ha hecho pesar contra el Japón. La Corte exige constantemente que el Japón proporcione explicaciones, demostraciones, justificaciones, respecto de diversos aspectos del diseño y la ejecución del programa JARPA II. Concluye, equivocadamente, sobre la base de un examen combinado de algunos de esos aspectos, que el diseño y la aplicación del programa JARPA II son irrazonables a la luz de sus objetivos declarados. Sin embargo, el examen llevado a cabo por la Corte ha planteado simplemente lo que, según admite, son dudas, que no pueden bastar para negar al programa JARPA II el carácter de un programa realizado con fines de investigación científica. La Corte debería haber determinado que no había una inadecuación manifiesta entre los objetivos declarados del programa JARPA II y los medios empleados para lograrlos, y que el tamaño de las muestras no se había fijado en un nivel manifiestamente excesivo; por consiguiente, la Corte debería haber aceptado que el programa JARPA II tiene efectivamente el carácter de programa realizado con fines de investigación científica.

Por lo tanto, el Magistrado Abraham votó en contra del punto 2 de la parte dispositiva, en el que se determina que los permisos especiales otorgados por el Japón en relación con el programa JARPA II no están comprendidos en las disposiciones del Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención, así como, en consecuencia, en contra de los puntos 3, 4, 5 y 7.

### Declaración del Magistrado Keith

1. En su declaración, el Magistrado Keith se refiere a tres puntos que respaldan la conclusión a que ha llegado la Corte y sus razones. El primero es el contexto general en el que debe considerarse la causa. Durante los 65 años de vigencia de la Convención se han producido enormes cambios en la industria de la caza de ballenas y en las actitudes y políticas respecto de la caza de la ballena. Inicialmente, el Anexo de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena permitía en las aguas australes la captura del equivalente de 16.000 ballenas azules. En 1965 se prohibió la captura de ballenas de esa especie, y en 1972, año en el cual la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo, pidió que se estableciera una moratoria de diez años de la caza comercial de la ballena, el límite para las ballenas enanas del Antártico se fijó en 5.000. Actualmente el Anexo comprende muchos límites de captura fijados en cero. ¿Se ha establecido un sistema de reglamentación de una industria para prohibirla prácticamente? El Magistrado Keith señala que los Gobiernos contratantes disponían de varias opciones si hubieran

deseado evitar esas restricciones o ese resultado. Concluye recordando que fracasó el intento hecho entre 2007 y 2010, mediante el *proceso sobre el futuro de la CBI*, de resolver mediante la negociación un conjunto de temas, incluida la controversia que la Corte tiene ante sí.

2. El segundo punto considerado por el Magistrado Keith es la interrelación esencial entre el poder de otorgar un permiso especial con arreglo al Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención y el alcance del poder de la Corte de someter a revisión la decisión de otorgamiento. Señala tres características del poder de otorgar un permiso especial que indican límites reales al poder de los Gobiernos contratantes. También considera significativo el abundante conjunto de elementos de información que constan en el expediente ante la Corte relativos al proceso que llevó a las decisiones de establecer el programa JARPA II y acerca de su ejecución. Según él, el criterio de examen puede enunciarse así: ¿puede la decisión del Gobierno contratante de otorgar un permiso especial justificarse objetivamente en el sentido de que dicha decisión esté respaldada por un razonamiento científico coherente? El criterio no requiere que el programa esté “justificado”, sino que pueda justificarse mediante los elementos que constan en el expediente. Tampoco incumbe a la Corte decidir acerca del mérito científico de los objetivos del programa, ni acerca de si su diseño y su ejecución son los mejores medios de lograr esos objetivos. Pero la Corte tiene efectivamente la función de determinar, a la luz de los caracteres del poder que se han señalado anteriormente, si las pruebas que tiene ante sí demuestran que existe un razonamiento científico coherente que respalde los caracteres centrales del programa.

3. En la tercera parte de su declaración, el Magistrado Keith pone de relieve, en referencia a dichas pruebas, que las autoridades japonesas, al planificar y ejecutar el programa, no prestaron verdadera atención, o no prestaron atención alguna, a los elementos centrales del programa que se examinan en esta declaración, y con mayor profundidad en el fallo: las decisiones relativas a la utilización de métodos letales, por oposición a los métodos no letales, y la determinación del tamaño de las muestras; y la comparación del tamaño de las muestras con la captura efectiva. Como se indica en la declaración, esas decisiones, incluidas las relativas a la ejecución del programa, no estuvieron respaldadas por pruebas de estudios pertinentes, ni por un razonamiento científico coherente, ni por la presentación de informes y explicaciones pertinentes a la Comisión Ballenera Internacional o su Comité Científico.

4. Por esas razones y las que ha dado la Corte, el Magistrado Keith concluye que el programa no está comprendido en el Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención y, en consecuencia, las acciones llevadas a cabo con arreglo a dicho programa para la matanza, la captura y el faenamiento de ballenas violan disposiciones particulares de la Convención.

## Opinión disidente del Magistrado Bennouna

El Magistrado Bennouna ha votado en contra de los puntos 2, 3, 4, 5 y 7 de la parte dispositiva.

El Magistrado Bennouna no está de acuerdo con la interpretación de las disposiciones pertinentes de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena (en adelante, la “Convención”) hecha por la mayoría.

El Magistrado Bennouna señala que la cuestión de la caza de la ballena tiene una pesada carga emocional y cultural. Recuerda, sin embargo, que ello no debe interferir en el cometido de la Corte, que consiste en hacer justicia aplicando el derecho internacional, de conformidad con su Estatuto.

El Magistrado Bennouna considera que no hay nada que sugiera que el programa JARPA, antecesor del programa JARPA II, que fue lanzado paralelamente a la aceptación de la moratoria de la caza comercial de la ballena por el Japón, haya sido una manera de continuar la caza comercial de la ballena bajo una cobertura jurídica diferente. Por el contrario, pone de relieve que el lanzamiento del programa JARPA fue un medio para paliar la falta de informaciones científicas, en particular acerca del régimen alimentario de las ballenas, que anteriormente se obtenían en el marco de la caza comercial.

El Magistrado Bennouna deplora que la Corte se haya aventurado a realizar un análisis detallado de la determinación del tamaño de las muestras, ilustrado con cuadros y gráficos, para terminar simplemente constatando una duda acerca de la razonabilidad del diseño del programa JARPA II a la luz de sus objetivos declarados. Considera que tampoco es pertinente la comparación entre el tamaño de las muestras y la captura efectiva.

En consecuencia, se pregunta si basta con una serie de dudas e interrogantes para justificar la determinación de que el programa JARPA II no fue diseñado y ejecutado “con fines de investigación científica”.

El Magistrado Bennouna señala que la Corte se negó a considerar los elementos de prueba relativos a la cuestión del carácter comercial del programa JARPA II. Sin embargo, en opinión del Magistrado Bennouna, la Corte no podía soslayar la demostración del carácter comercial del programa JARPA II, puesto que las disposiciones del Anexo cuya violación había alegado Australia solo se aplican a la caza comercial de la ballena.

El Magistrado Bennouna considera que el programa JARPA II no puede ser descrito como un programa comercial de caza de ballenas, porque no se lleva a cabo con fines de lucro.

El Magistrado Bennouna estima que la posición adoptada por la mayoría de la Corte no ha tenido en cuenta el espíritu de la Convención, que se basa en la cooperación entre los Estados partes, en el marco del sistema institucional establecido por la Convención. Considera que, al llevar a cabo una

evaluación del programa JARPA II, la Corte, en algunos aspectos, ha actuado reemplazando a los órganos creados por la Convención, a saber, la Comisión Ballenera Internacional y el Comité Científico. En opinión del Magistrado Bennouna, es preferible recurrir al sistema institucional establecido por la Convención, porque esa es la mejor manera de fortalecer la cooperación multilateral entre los Estados partes y llegar a una interpretación auténtica de la Convención.

## Opinión separada del Magistrado Cançado Trindade

1. El Magistrado Cançado Trindade comienza su opinión separada, dividida en 11 partes, observando que, si bien ha votado a favor de la adopción del presente fallo en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*, habría deseado que la Corte hubiese desarrollado más extensamente algunos puntos. Por lo tanto, se siente obligado a dejar constancia, en la presente opinión separada, de los fundamentos de su posición personal al respecto. El primer punto que señala tiene que ver con el objeto y el fin de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena (la CIRCB, parte I). La adopción de una convención como la CIRCB, que cuenta con un órgano de supervisión propio, que tiene Estados miembros que no practican la caza de la ballena, revela la comprensión de que el objeto y fin de la CIRCB no pueden limitarse al desarrollo de la industria de la caza de ballenas.

2. El objetivo de conservación integra su objeto y fin, ciertamente no limitado al desarrollo de la industria de la caza de ballenas. Si el objetivo principal de la CIRCB fuera solo proteger y desarrollar la industria de la caza de ballenas, todo el marco de dicho instrumento habría sido estructurado de manera diferente. Además, la adopción de una moratoria de la caza comercial de la ballena en el marco de la CIRCB también parece indicar que la conservación de las poblaciones de ballenas constituye un componente importante del objeto y el fin de la CIRCB (párrs. 2 y 3). Esto se refleja también en el preámbulo de la Convención.

3. Aplicando un enfoque teleológico, la práctica de la Comisión Ballenera Internacional (CBI), integrada por sus sucesivas resoluciones, parece indicar que la conservación de las poblaciones de ballenas es un importante objetivo de la CIRCB (párr. 5). El Anexo de reglamentaciones adjuntado a la CIRCB forma parte indisoluble de ella, con igual fuerza jurídica; periódicamente se han hecho enmiendas al Anexo, para tener en cuenta los nuevos acontecimientos ambientales internacionales. Ha pasado a ser un dispositivo multilateral, que se propone evitar las medidas unilaterales con el fin de promover la conservación (párr. 6).

4. El Magistrado Cançado Trindade recuerda que el interviniente (Nueva Zelandia), dando respuesta a una pregunta que el Magistrado entendió adecuado formular, recordó que, a diferencia del Convenio Internacional de 1937 para la Reglamentación de la Caza de la Ballena, la CIRCB de

1946 tiene una comisión permanente (la CBI) con funciones de supervisión, lo que es muestra de una “empresa colectiva”, y un reconocimiento de que la conservación de la ballena “debe ser una tarea internacional”. En suma, en opinión de Nueva Zelandia, el objeto y el fin de la CIRCB deben abordarse a la luz del *interés colectivo* de los Estados partes en la conservación y la ordenación de las poblaciones de ballenas. Esa función de reglamentación colectiva de la CBI armoniza con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que exige que los Estados (art. 65) cooperen con miras a la conservación de los mamíferos marinos y que lo hagan por conducto de las organizaciones internacionales apropiadas. Esas tareas de conservación han pasado a ser una “responsabilidad colectiva” (párr. 9).

5. Según entiende el Magistrado Cançado Trindade, el sistema colectivo establecido por la CIRCB (parte II) tiene el objetivo de reemplazar un sistema de caza unilateral y no reglamentada de la ballena por un sistema de *garantía y reglamentación colectivas*, para cuidar los intereses de los Estados partes en la conservación y la ordenación adecuadas de las ballenas. Esa reglamentación colectiva se logra mediante un proceso colectivo de adopción de decisiones por la CBI, que adopta reglamentaciones y resoluciones (párrs. 10 y 11). De tal modo, la naturaleza y la estructura de la CIRCB, su carácter de convención multilateral (que comprende tanto Estados que se dedican a la caza de la ballena como Estados que no lo hacen) con un órgano de supervisión propio, que adopta resoluciones y recomendaciones, pone de relieve el proceso colectivo de adopción de decisiones con arreglo a la Convención y la garantía colectiva (con arreglo a una reglamentación colectiva) prevista en ella (párr. 12).

6. De hecho, en numerosas resoluciones, la CBI ha dado orientaciones al Comité Científico para su examen de los permisos especiales con arreglo al párrafo 30 del Anexo. La finalidad es enmendar los programas de permisos especiales propuestos que no satisfagan las condiciones. De ello se deriva la expectativa de que, por ejemplo, se usen métodos no letales siempre que sea posible, sobre la base de sucesivas resoluciones de la CBI que destacan la importancia de obtener información científica sin necesidad de matar ballenas para “investigación científica”. De conformidad con las resoluciones de la CBI, el Comité Científico, por su parte, ha elaborado una serie de *Directrices* que le permiten cumplir su función de examen de los permisos especiales (párr. 13).

7. En sucesivas resoluciones de la CBI se ha pedido constantemente a los Estados partes a los que se dirigen que no continúen sus actividades cuando estas no satisfagan los criterios del Comité Científico (párr. 14). Teniendo presentes las resoluciones de la CBI, las Directrices del Comité Científico han tratado de prestarle asistencia para cumplir adecuadamente su función de examen de las propuestas de permisos especiales y de los resultados de las investigaciones realizadas con arreglo a los permisos vigentes y concluidos. En los últimos años, en las Directrices se ha insistido en la

utilización de métodos de investigación no letales. No cabe duda de que no queda mucho margen para el libre albedrío ni para la acción unilateral de los Estados (párr. 15).

8. Del párrafo 30 del Anexo se desprende claramente que el Estado parte que expide un permiso especial tiene la obligación de proporcionar a la secretaría de la CBI los permisos científicos propuestos antes de que sean expedidos, y con tiempo suficiente para permitir que el Comité Científico los examine y formule comentarios sobre ellos. Los Estados que otorgan los permisos especiales no tienen una libertad irrestricta para expedir tales permisos (párrs. 16 y 17). Existe, así, una obligación *positiva* (de procedimiento) del Estado que desea expedir un permiso especial de cooperar con la CBI y el Comité Científico (párrs. 18 y 19). En el marco del sistema de garantía colectiva y reglamentación colectiva con arreglo a la CIRCB, la Corte ha determinado, en puntos separados, que el Estado demandado no ha actuado de conformidad con el párrafo 10 *d*) y *e*) y el párrafo 7 *b*) del Anexo a la CIRCB (puntos resolutorios 3 a 5).

9. El Magistrado Cançado Trindade pasa a continuación a lo que señala como el alcance limitado del Artículo VIII, párrafo 1, de la CIRCB (parte III). Dicho párrafo aparece como una *excepción* al marco normativo de la CIRCB, lo que significa que debe ser interpretado restrictivamente. El Estado que expide un permiso no tiene carta blanca para dictar que determinado programa es “con fines de investigación científica”. No es suficiente que un Estado parte describa su programa de caza de la ballena como un programa “con fines de investigación científica”, sin demostrarlo (párrs. 21 y 22). La Corte ha determinado que los permisos especiales otorgados por el Japón en relación con el programa JARPA II “no están comprendidos en las disposiciones del Artículo VIII, párrafo 1”, de la CIRCB (punto resolutorio 2). En su percepción,

“esa discrecionalidad irrestricta no estaría en armonía con el objeto y el fin de la CIRCB, ni con la idea de reglamentación multilateral. El Estado que expide un permiso especial debe tomar en consideración las resoluciones de la CBI que proporcionan las opiniones de los otros Estados partes acerca de lo que constituye ‘investigación científica’. No tiene sentido tratar de definir ‘investigación científica’ para todos los fines. Cuando decide si un programa es ‘para fines de investigación científica’ a fin de expedir un permiso especial con arreglo al Artículo VIII, párrafo 1, el Estado parte en cuestión tiene, a mi juicio, el deber de acatar el principio de prevención y el principio de precaución” (párr. 23).

10. El Magistrado Cançado Trindade añade que el Artículo VIII es parte inseparable de la CIRCB en su conjunto, y debe interpretarse teniendo en cuenta su objeto y fin, que “descartan cualquier pretensión de entender que constituye un régimen o sistema ‘autosuficiente’” (párr. 24). Concluye entonces, sobre este punto en particular, que

“un Estado parte no tiene una discrecionalidad irrestricta para decidir el sentido de ‘investigación científica’ ni si determinado programa de caza de la ballena es un programa ‘con fines de investigación científica’. La interpretación y aplicación de la CIRCB en los últimos decenios atestigua un alejamiento gradual del unilateralismo y un acercamiento a la conservación multilateral de los recursos marinos vivos, aclarando así el limitado alcance del Artículo VIII, párrafo 1, de la CIRCB” (párr. 24).

11. El Magistrado Cançado Trindade pasa a considerar las interacciones entre sistemas, en el marco del derecho relativo a la conservación, que está en constante evolución (parte IV). Observa que, con el crecimiento en los últimos decenios de los instrumentos internacionales relacionados con la conservación, ninguno de ellos es considerado aisladamente de los demás: no es sorprendente que la coexistencia de tratados internacionales de ese tipo haya hecho necesario adoptar un *enfoque sistémico*, que se ha puesto en práctica en los últimos años. Puede hacerse referencia, por ejemplo, a la Convención de 1973 sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES), la Convención de 1979 sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres, la Convención de 1980 sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos, la Convención de las Naciones Unidas de 1982 sobre el Derecho del Mar y el Convenio de las Naciones Unidas de 1992 sobre la Diversidad Biológica (CDB) (párrs. 25 y 26).

12. El Magistrado Cançado Trindade añade que la interpretación y la aplicación de los tratados mencionados, a la luz del enfoque sistémico, están contribuyendo a la formación gradual de una *opinio iuris communis* en esta esfera del derecho internacional contemporáneo (parte V). Como la propia Corte ha expuesto (párr. 45), las funciones conferidas a la CBI han convertido a la Convención en un “instrumento evolutivo”. No es esta la primera vez que la Corte reconoce que los tratados y convenciones internacionales son “instrumentos vivos”. Lo hizo, por ejemplo, en su célebre opinión consultiva (de 21 de junio de 1971) sobre Namibia, y, más recientemente, en su fallo (de 25 de septiembre de 1997) en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría c. Eslovaquia)* (párrs. 27, 29 y 30).

13. El Magistrado Cançado Trindade recuerda que otros tribunales internacionales contemporáneos han seguido la misma interpretación evolutiva, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia (de 25 de abril de 1978) en el asunto *Tyrer c. Reino Unido*, y también en su sentencia (sobre las objeciones preliminares, de 23 de marzo de 1995) en el asunto *Loizidou c. Turquía*; y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia (de 31 de agosto de 2001) en el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, y también en su célebre y pionera opinión consultiva (de 1 de octubre de 1999) relativa al *Derecho a la información sobre la asistencia consular en el*

*marco de las garantías del debido proceso legal* (párrs. 31 y 32). A continuación hace la siguiente reflexión:

“La experiencia de los órganos de supervisión de diversos tratados y convenciones internacionales también apunta en ese sentido. No ha sido infrecuente que se enfrentaran a nuevos desafíos, que los obligan a dar nuevas respuestas, que jamás podrían haber sido previstas, ni aun imaginadas, por los redactores de los respectivos tratados y convenciones. En suma, los tratados y convenciones internacionales son un producto de su época, siendo también *instrumentos vivos*. Evolucionan con el tiempo; de no ser así, caen en desuso. La CIRCB no es una excepción. Los tratados que cuentan con órganos de supervisión propios (como la CIRCB) demuestran tener una mayor capacidad para hacer frente a las circunstancias cambiantes.

Además, en distintas esferas del derecho internacional, los tratados que cuentan con un mecanismo de supervisión propio han aplicado una hermenéutica propia, considerando los respectivos tratados y convenciones como *instrumentos vivos*. Los tratados y convenciones internacionales son productos de su época, y su interpretación y aplicación *en el tiempo*, con una dimensión temporal, da testimonio de que son efectivamente instrumentos vivos. Ello ocurre no solo en esta esfera, relativa a la conservación y la ordenación de los recursos marinos vivos, sino también en otras esferas del derecho internacional” (párrs. 33 y 34).

14. En la época en que se adoptó la CIRCB, a mediados del siglo XX, aún no se había creado conciencia acerca de que los recursos marinos vivos no son inagotables. Tres decenios y medio después, la Convención de las Naciones Unidas de 1982 sobre el Derecho del Mar —un importantísimo logro del derecho internacional en el siglo XX— contribuyó al orden público de los océanos, y a la creciente conciencia de que sus recursos vivos no son inagotables. El unilateralismo fue cediendo gradualmente ante la reglamentación colectiva con fines de conservación, como lo demostró la moratoria general de la caza comercial de la ballena dispuesta en 1982 con arreglo a la CIRCB de 1946 (párr. 35).

15. Otro ejemplo es el establecimiento por la CBI de santuarios balleneros (con arreglo al Artículo V, párrafo 1, de la CIRCB). El Magistrado Cançado Trindade recuerda que la CBI ha establecido hasta la fecha tres santuarios balleneros: primero, el Santuario Ballenero Austral (1948-1955); segundo, el Santuario del Océano Índico (1979, renovado en 1989, e indefinidamente a partir de 1992); y tercero, el nuevo Santuario Ballenero Austral (a partir de 1994). Además, en las reuniones de la CBI de 2001 a 2004, se presentó una propuesta (revisada en 2005) para establecer un nuevo Santuario, el Santuario del Atlántico Sur, a fin de reafirmar la necesidad de conservación de las ballenas (párr. 36).

16. Paralelamente a lo antedicho, numerosas convenciones multilaterales (como la Convención sobre el Derecho

del Mar y la CDB) han establecido un marco para la conservación y la ordenación de los recursos marinos vivos. La Convención sobre el Derecho del Mar contiene una serie de disposiciones a tal efecto; en cuanto a la CDB, la Conferencia de las Partes celebrada en Yakarta en 1995, por ejemplo, aprobó el *Mandato de Yakarta sobre la Diversidad Biológica Marina y Costera*, reafirmando la importancia de la conservación y la utilización ecológicamente sostenible de la diversidad biológica marina y costera, y, en particular, vinculando la conservación, la utilización sostenible de la diversidad biológica y las actividades pesqueras. Además, en su reunión de 2002, los Estados partes en la Convención sobre las Especies Migratorias (CEM) señalaron la necesidad de dar una mayor protección a seis especies de ballenas (incluidas las ballenas enanas del Antártico) y sus hábitats, zonas de reproducción y rutas migratorias (párrs. 38 y 39).

17. Estos son —continúa diciendo el Magistrado Cançado Trindade— claros ejemplos de la evolución de la *opinio iuris communis* sobre el tema. En su reunión de 2010, celebrada en Agadir (Marruecos), el “Grupo de Buenos Aires” reiteró su apoyo a la creación de un nuevo Santuario del Atlántico Sur para las ballenas, y tomó posición a favor de la conservación y las utilidades no letales de estas, y en contra de la llamada “caza científica de la ballena” (en particular en el caso de las especies en peligro o gravemente diezmadas). El “Grupo de Buenos Aires” expresó su “más enérgico rechazo” a las actividades actuales de caza de la ballena (en particular de especies calificadas como en peligro) en el Santuario Ballenero Austral, exhortó a que se emplearan métodos no letales y a que se mantuviera la moratoria comercial en vigor desde 1986, y dijo que las actividades actuales de caza de la ballena constituían una violación del “espíritu y la letra” de la CIRCB de 1946 y no respetaban la “integridad de los santuarios balleneros” reconocidos por la CBI (párrs. 39 y 40).

18. El siguiente punto examinado por el Magistrado Cançado Trindade es el de la equidad intergeneracional (parte VI). Comienza señalando que la CIRCB de 1946 fue “efectivamente pionera”, al reconocer, en su preámbulo, “el interés de las naciones del mundo en preservar para las futuras generaciones las grandes riquezas naturales constituidas por las existencias balleneras”. En esa época, poco después de la Segunda Guerra Mundial, los redactores de esa Convención difícilmente podían haber previsto que esa preocupación alcanzaría las dimensiones que ha alcanzado en los decenios siguientes, en la agenda internacional y en la elaboración del derecho internacional (en particular en la esfera del derecho ambiental internacional). La construcción conceptual de la *equidad intergeneracional* (en la que el Magistrado participó) habría de producirse, en la doctrina jurídica internacional, cuatro decenios más tarde, a partir de mediados de la década de 1980 (párr. 41).

19. A continuación, el Magistrado recuerda (párr. 42) sus propias consideraciones acerca de la dimensión temporal

de largo plazo, en relación con la equidad intergeneracional, expresadas en la opinión separada que adjuntó al fallo de 20 de abril de 2010 en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*. Si bien el contexto fáctico de la presente causa es bien distinto del de la causa relativa a las *Plantas de celulosa*, no es posible dejar de advertir que, significativamente, tanto en una como en la otra, la equidad intergeneracional marca su presencia en diferentes instrumentos internacionales de derecho ambiental internacional, y en esa esfera en su conjunto (párr. 43). El Magistrado examina este aspecto en la CITES de 1973, en la Convención de 1979 sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres, y en la CDB de 1992 (párrs. 44 y 45), entre otras (párrs. 46 y 47).

20. Pasando a la conservación de las especies vivas, el Magistrado Cançado Trindade examina la tensión entre conservación y explotación en los argumentos de las partes en litigio en el curso del procedimiento de la presente causa (parte VII), tanto en la fase escrita (párrs. 48 a 51) como en la oral. Con respecto a esta, examina las respuestas de las partes en litigio y del interviniente a las preguntas que él formuló durante la audiencia pública de la Corte de 8 de julio de 2013 (párrs. 52 a 56). A continuación concluye que

“ha quedado claro, en las últimas décadas, que la comunidad internacional ha adoptado un enfoque orientado a la conservación en los regímenes convencionales, incluidos los tratados relativos a los mamíferos marinos. Es correcto interpretar a la CIRCB en ese contexto [...]. [L]a CIRCB debe leerse a la luz de los otros instrumentos internacionales que aplican un enfoque orientado a la conservación y el principio de precaución. La propia existencia de la CIRCB, en relación con las convenciones que se dirigen a la conservación de los recursos vivos, respalda una interpretación estricta del Artículo VIII de la CIRCB” (párrs. 57 y 58).

21. El Magistrado Cançado Trindade dedica la parte VIII de su opinión separada a los principios de prevención y de precaución, desde el punto de vista de los argumentos de las partes en litigio y el interviniente. Comienza señalando que, si bien la Corte no se detuvo a considerar el principio de precaución en el presente fallo en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*, en el curso del procedimiento en la presente causa, tanto las dos partes en litigio (Australia y el Japón) como el interviniente (Nueva Zelanda) se refirieron a los principios de prevención y de precaución considerándolos relacionados con la presente causa (párr. 60). Después de examinar sus argumentos, observa que ambos principios, interrelacionados en la presente causa, “deben informar y dar forma a todos los programas que se lleven a cabo con arreglo a los permisos especiales dentro del alcance limitado del Artículo VIII de la CIRCB” (párr. 70). Y concluye, sobre este punto, que, en la esfera del derecho ambiental internacional en general, y con respecto a la CIRCB en particular, “ha tenido lugar, con el paso del tiempo, un movimiento hacia la

conservación de los recursos marinos vivos como interés común, prevaleciendo sobre la acción unilateral del Estado en busca de la rentabilidad comercial” (párr. 71).

22. El Magistrado Cançado Trindade examina a continuación las respuestas de los expertos (de Australia y el Japón) a las diversas preguntas que les formuló durante las audiencias públicas de la Corte (parte IX). A pesar de sus respuestas, en la percepción del Magistrado quedó la impresión de una carencia de criterios generales para la determinación de cuál era el total de ballenas que habían de matarse, y durante cuánto tiempo, para los fines de la llamada “investigación científica” (párr. 73). La “investigación científica” —continúa diciendo— está rodeada de incertidumbres, y se lleva a cabo sobre la base de incertidumbres. Baste aquí recordar —añade— el legado de Karl Popper (principalmente su obra *Conjeturas y refutaciones*), que, según el Magistrado, solía reflexionar sabiamente que

“el conocimiento científico solo puede ser incierto o conjetural, mientras que la ignorancia es infinita. La investigación científica es una búsqueda de la verdad, en medio de conjeturas, y, habida cuenta de la propia fallibilidad, uno tiene que aprender de los errores en que incurre. Se puede tener la esperanza de estar aproximándose a una verdad, pero sin saber con certeza si se está lejos o cerca de ella. Sin las inevitables refutaciones, la ciencia caería en un estancamiento, perdiendo su carácter empírico. Se necesitan conjeturas y refutaciones para que la ciencia siga avanzando en su camino empírico. En relación con la presente causa, ¿significa que se podrá seguir matando a las ballenas, cada vez en mayor número, para ‘fines científicos’ y en medio de la incertidumbre científica? No lo creo; existen también métodos no letales, y, al fin y al cabo, los recursos marinos vivos no son inagotables” (párr. 74).

23. El Magistrado Cançado Trindade pasa entonces a examinar los reiterados llamamientos a que se hagan utilidades no letales de los cetáceos que, con arreglo a la CIRCB, ha formulado la CBI en sus resoluciones (parte X, párrs. 75 a 79). De tal modo está en condiciones de presentar sus observaciones sobre el programa JARPA II y las condiciones prescritas en la CIRCB y su Anexo (parte XI). Hay varias características del programa JARPA II que no permiten considerar que esté comprendido en la excepción del Artículo VIII, la cual debe interpretarse de manera restrictiva; en efecto, dicho programa no parece estar auténtico y únicamente motivado por la finalidad de realizar investigación científica (párr. 80).

24. En la práctica, la utilización de métodos letales por el programa JARPA II en relación con lo que parece ser una gran cantidad de ballenas no resulta justificable como “investigación científica”; además, el hecho de que el programa JARPA II tenga una duración indefinida también milita en contra de su objetivo declarado de “investigación científica” (párrs. 81 y 82). En la forma en que se está llevando a

cabo actualmente, el programa JARPA II puede tener efectos negativos en las poblaciones de ballenas; la caza comercial de la ballena, simple y llanamente, no puede permitirse con arreglo al Artículo VIII, párrafo 2, de la CIRCB (párrs. 83 y 84). La Corte ha determinado, en el presente fallo en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*, que el Japón no ha actuado de conformidad con los párrafos 10 *d*) y *e*) (moratoria de la caza de la ballena, y evaluación de los efectos de las capturas de ballenas en las poblaciones) y 7 *b*) (prohibición de la caza comercial de la ballena en el Santuario Ballenero Austral) del Anexo (puntos resolutorios 3 a 5).

El Estado demandado no parece haber cumplido esa obligación de tener en cuenta los comentarios, las resoluciones y las recomendaciones de la CBI y el Comité Científico (párr. 85).

25. El Magistrado Cançado Trindade observa a continuación que la presente causa ha brindado “una ocasión única para que la Corte se pronuncie sobre un sistema de reglamentación colectiva del medio ambiente en beneficio de las generaciones futuras”. El presente fallo de la Corte sobre la *Caza de la ballena en el Antártico* “puede tener consecuencias más amplias que las consistentes únicamente en el arreglo pacífico de la presente controversia entre las partes en litigio, en beneficio de todos” (párr. 87). Si bien los tratados y convenciones internacionales son producto de su época, tienen capacidad para adaptarse a las condiciones cambiantes, y su interpretación y su aplicación en el tiempo dan testimonio de que son *instrumentos vivos*; la CIRCB de 1946 no es una excepción, y, al contar con un mecanismo de supervisión propio, ha demostrado ser un instrumento *vivo*.

26. Además, en distintas esferas del derecho internacional, los tratados y convenciones —en especial los que establecen un mecanismo de protección— “han requerido la búsqueda de una hermenéutica propia, como *instrumentos vivos*. Ello ocurre no solo en esta esfera, relativa a la conservación y la utilización sostenible de los recursos marinos vivos, sino también en otras esferas del derecho internacional” (párr. 88). El Magistrado Cançado Trindade concluye, a continuación, que:

“La presente causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico* ha puesto en primer plano la evolución del derecho relativo a la conservación y la utilización sostenible de los recursos marinos vivos, lo cual, a su vez, ha revelado lo que percibo como su contribución a la formación gradual de una *opinio iuris communis* en la presente esfera del derecho internacional contemporáneo. La *opinio iuris*, en mi concepción, pasa a ser un factor decisivo en la propia formación del derecho internacional (en este caso, la conservación y la utilización sostenible de los recursos marinos vivos); su incidencia ya no es solo la de ser uno de los elementos constitutivos de una de sus fuentes ‘formales’. La formación del derecho internacional en las esferas de interés público o común, como las de la conservación y la utilización sostenible

de los recursos marinos vivos, es un proceso mucho más amplio que la formulación de sus ‘fuentes formales’, sobre todo en la búsqueda de la legitimidad de las normas que rigen la vida internacional.

De esta manera, la *opinio iuris communis* pasa a asumir una dimensión considerablemente más amplia que la de ser el elemento subjetivo constitutivo de la costumbre, y a ejercer un papel clave en el surgimiento y la gradual evolución de las normas jurídicas internacionales. Al fin y al cabo, la conciencia jurídica de lo que es necesario (*ius necessarium*) está por encima del ‘libre albedrío’ de los diversos Estados (*ius voluntarium*), lo cual hace posible la evolución del derecho internacional que rige la conservación y la utilización sostenible de los recursos marinos vivos. En esta esfera, el voluntarismo de los Estados cede ante el *ius necessarium*, muy particularmente en la presente era de tribunales internacionales, entre crecientes esfuerzos por asegurar la largamente esperada primacía del *ius necessarium* sobre el *ius voluntarium*. En última instancia, esto pasa a ser de fundamental importancia para la realización del bien común buscado” (párrs. 89 y 90).

### Opinión disidente del Magistrado Yusuf

1. El Magistrado Yusuf adjunta al fallo de la Corte una opinión disidente en la que expresa serias dudas acerca de la corrección jurídica del razonamiento de la Corte y de sus conclusiones respecto de la conformidad a la CIRCB de la decisión del Japón de autorizar el programa JARPA II, así como de los criterios jurídicos que deben aplicarse para evaluar esa conformidad.

2. Según el Magistrado Yusuf, la controversia entre las partes se refiere a la interpretación y la aplicación del Artículo VIII de la CIRCB. La cuestión que la Corte tiene ante sí consiste en determinar si el Japón empleó lícitamente el poder discrecional otorgado a todo Gobierno contratante de expedir a sus nacionales permisos especiales para matar ballenas con fines de investigación científica. No se refiere a la adecuación entre el diseño y la ejecución del programa JARPA II y sus objetivos declarados, como puede sugerir el análisis que se hace en el fallo.

3. El Magistrado Yusuf observa que los criterios jurídicos más pertinentes que deben considerarse en la evaluación de la licitud de las acciones del Japón en relación con el programa JARPA II son los del Artículo VIII de la Convención, junto con el párrafo 30 del Anexo y las Directrices para la aplicación del Artículo VIII que figuran en el “Anexo P”, que fue aprobado por consenso en la Comisión Ballenera Internacional (CBI). Para el Magistrado Yusuf, ese es el derecho aplicable a la presente causa, sobre cuya base la Corte debería haber tratado de resolver la controversia que tenía ante sí. En lugar de hacerlo, la Corte recurrió a un criterio de examen que es extraño a la Convención (fallo, párrafo 67) y luego lo

aplicó directamente al “diseño y la ejecución del programa JARPA II”, en lugar de a la licitud de la conducta del Japón al expedir permisos especiales para el programa JARPA II. Por ello, el Magistrado Yusuf considera que la Corte dejó de lado el derecho aplicable a la controversia entre las partes, y utilizó en cambio un oscuro y discutible criterio que no puede encontrarse en ninguna disposición de la Convención, y que se basa en la “razonabilidad del diseño y la ejecución del programa JARPA II en relación con los objetivos declarados del programa”. Esto, en opinión del Magistrado, no tiene fundamento ni en derecho ni en la práctica de esta Corte.

4. El Magistrado Yusuf señala que, si bien la Corte reconoce la centralidad de la interpretación y la aplicación del derecho pertinente en el párrafo 50 del fallo, se desliza rápidamente sobre ese análisis para embarcarse en una evaluación sumamente detallada de la coincidencia entre el diseño y la ejecución del programa JARPA II y sus objetivos declarados. Según el Magistrado Yusuf, el examen del diseño y la ejecución de un programa de investigación científica es una tarea adecuada para el Comité Científico de la CBI, y no para la Corte. En todo caso, la razonabilidad del diseño y la ejecución del programa JARPA II en relación con sus objetivos es un tema discutible sobre el cual los científicos pueden tener legítimas diferencias de opinión.

5. Según el Magistrado Yusuf, el Artículo VIII constituye una excepción al régimen reglamentario que la Convención establece para la caza comercial de la ballena, pero no está fuera del alcance de la CIRCB. La facultad discrecional otorgada a los Estados partes para expedir un permiso especial con fines de investigación científica tampoco es *irrestringida*. Debe ser utilizada lícitamente solo para el logro de los fines enunciados en la Convención.

6. Sin embargo, el Magistrado Yusuf opina que las pruebas presentadas ante la Corte no respaldan la conclusión de que los permisos especiales para el programa JARPA II hayan sido expedidos por el Japón para fines distintos de la investigación científica. Esas pruebas tampoco establecen que los permisos especiales para el programa JARPA II no cumplan con los requisitos y condiciones enunciados en la Convención. Según el Magistrado Yusuf, el programa JARPA II fue debidamente objeto de examen y comentarios por el Comité Científico de la CBI en 2005 de conformidad con el Artículo VIII, el párrafo 30 del Anexo y las directrices aplicables (actualmente, el Anexo P) con respecto a su metodología, su diseño y el efecto de las capturas en la población afectada. En otros casos, cuando el Comité opinó que una propuesta de permiso no se ajustaba a sus criterios, recomendó específicamente que no se expidiera el permiso. No ocurrió así con respecto al programa JARPA II.

7. El Magistrado Yusuf también señala que el Comité Científico de la CBI, en su informe de 2012, recomendó específicamente la utilización de los datos provenientes tanto del programa JARPA como del programa JARPA II para el análisis basado en la captura por edades para el modelo

dinámico relativo a las ballenas enanas que el Comité está investigando; y en su informe de 2013 el Comité se refirió a muestreos no letales de ballenas jorobadas llevados a cabo con arreglo al programa JARPA o el programa JARPA II, indicando que eran útiles para la evaluación de determinadas poblaciones reproductoras de ballenas jorobadas. A la luz de esos informes del Comité Científico de la CBI relativos a la generación por el programa JARPA II de datos que son útiles para la labor del Comité Científico, el Magistrado Yusuf no considera convincente la conclusión de la mayoría de que el programa JARPA II no es para fines de investigación científica.

8. El Magistrado Yusuf tampoco está convencido de que exista algún fundamento jurídico para la conclusión de la Corte de que el programa JARPA II infringe la moratoria establecida en el párrafo 10 *e*) del Anexo, la prohibición de la caza de la ballena en el Santuario Ballenero Austral (párr. 7 *b*) del Anexo) o la moratoria de buques factoría (párr. 7 *b*)). Todas esas disposiciones se aplican a la caza comercial de la ballena, y no a la caza de la ballena para la investigación. En opinión del Magistrado, esa conclusión de la Corte es particularmente injustificada en ausencia de pruebas claras de que el programa JARPA II sea un programa de caza comercial disimulado. La Corte no ha establecido que la finalidad preponderante del programa sea la caza comercial de la ballena. En efecto, el fallo entraña una constatación de mala fe por parte del Japón que no se formula explícitamente.

9. En opinión del Magistrado Yusuf, la Corte debía haber evaluado, teniendo en cuenta la evolución que se ha operado tanto en la CIRCB como en el derecho ambiental internacional en general, si la continuación de la ejecución del programa JARPA II, en su carácter de programa que utiliza métodos letales con arreglo al Artículo VIII, constituye una anomalía que pueda frustrar el objeto y el fin de la Convención a la luz de las recientes enmiendas a ella, así como la medida en la cual dichas enmiendas hayan restringido el derecho a expedir permisos especiales.

10. Para el Magistrado Yusuf, no se puede considerar que las enmiendas introducidas en el Anexo con respecto al marco regulatorio para la caza comercial de la ballena, y en particular la moratoria aprobada en 1982, que sigue en vigor, y el Anexo relativo a la prohibición de la caza comercial de la ballena en el Santuario Ballenero Austral, carezcan de influencia en la interpretación y la aplicación del Artículo VIII de la Convención, en la medida en que reflejan un cambio en las actitudes y los valores de la sociedad respecto de la utilización de métodos letales para la caza de la ballena en general. Así pues, la aplicación del Artículo VIII en el contexto del programa JARPA II debió haberse interpretado a través del prisma de todos esos nuevos acontecimientos, y a la luz de su efecto en el objeto y el fin de la Convención.

11. En opinión del Magistrado, una interpretación del Artículo VIII a la luz de la evolución del marco regulatorio de la Convención, además de sustentar el razonamiento y

las conclusiones de la Corte en el derecho aplicable a la controversia entre las partes, habría sido de gran valor para los Estados partes en la Convención, habida cuenta de la cada vez mayor desconexión entre el Artículo VIII y las recientes enmiendas a la Convención, y les habría proporcionado los instrumentos necesarios para restablecer un equilibrio adecuado dentro de la Convención.

### Opinión separada del Magistrado Greenwood

La Corte no se ocupa de las cuestiones morales, éticas o ambientales relativas a los programas de caza de la ballena del Japón en la presente causa, sino solo de si el programa JARPA II es compatible con las obligaciones jurídicas internacionales del Japón con arreglo a la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena (“la Convención”). La respuesta a esa cuestión depende de la interpretación del Artículo VIII de la Convención, que otorga a cada Estado el poder de expedir permisos especiales que autoricen la caza de la ballena con fines de investigación científica. No existe ninguna presunción en el sentido de que el Artículo VIII deba interpretarse de manera restrictiva o expansiva. Si bien las recomendaciones de la Comisión Ballenera Internacional (“la Comisión”) constituyen parte de la práctica subsiguiente de las partes en la Convención, no son jurídicamente vinculantes y solo sirven de orientación para la interpretación de la Convención en la medida en que reflejen un acuerdo entre las partes. La mayor parte de las recomendaciones que se han invocado en apoyo de una lectura restrictiva del Artículo VIII fueron adoptadas solo por muy estrechas mayorías y no reflejan ese acuerdo.

En consecuencia, el efecto de que la matanza, la captura y el faenamamiento de ballenas en el curso del programa JARPA II estén comprendidos en el Artículo VIII será que esa conducta no puede ser contraria a las demás disposiciones de la Convención y su Anexo. En cambio, si no están comprendidas en el Artículo VIII, son contrarias al Anexo, específicamente a los párrafos 7 *b*) (que prohíbe la caza de ballenas de aleta en el Santuario Ballenero Austral), 10 *d*) (que prohíbe la caza de ballenas de aleta por buques factoría) y 10 *e*) (que prohíbe la fijación de límites superiores a cero con respecto a todas las especies de ballena para fines comerciales).

El Magistrado Greenwood concuerda con el razonamiento del fallo en el sentido de que el programa JARPA II de caza de la ballena no se ajusta a los requisitos del Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención. Para que estuviera comprendido en la exención contenida en esa disposición sería necesario que las cantidades de ballenas que hubieran de matarse con arreglo al programa JARPA II estuvieran suficientemente relacionadas con el logro de los objetivos del programa. Las cantidades mucho mayores de ballenas que han de cazarse con arreglo al programa JARPA II, en comparación con el programa JARPA, no están justificadas sobre esa base. Una diferencia clave entre el programa JARPA y el programa JARPA II es el objetivo del segundo, consistente

en la “modelización de la competencia entre las especies de ballenas y los futuros objetivos de ordenación”. Ese objetivo requiere claramente una investigación relativa a más de una especie de ballenas. Sin embargo, desde el comienzo el Japón no ha cazado ballenas jorobadas, y la cantidad de ballenas de aleta cazadas ha sido muy pequeña. El experto independiente del Japón señaló que el tamaño de las muestras de ballenas de aleta era injustificable y no habría producido ningún dato útil. Si bien no cabe criticar al Japón por no haber matado más ballenas de aleta o por haber accedido a la solicitud de la Presidencia de la Comisión de no cazar ballenas jorobadas, no hay ningún indicio de que el Japón haya intentado adaptar el tamaño de las muestras del programa JARPA II como consecuencia del cambio de las circunstancias. El Japón tampoco ha proporcionado a la Corte ninguna respuesta acerca de por qué, habida cuenta de que pueden obtenerse datos con respecto a otras especies mediante la utilización de métodos no letales, no se emplearon tales métodos con respecto a las ballenas enanas. Además, si se deja de lado el objetivo de modelización de la competencia entre especies de ballenas, es difícil justificar el drástico incremento de la cantidad de ballenas enanas que han de cazarse con arreglo al programa JARPA II en comparación con las cazadas de conformidad con el programa JARPA.

El Japón no ha violado sus obligaciones dimanantes del párrafo 30 del Anexo, pues ha proporcionado la información necesaria al Comité Científico de la CBI, pero el Magistrado Greenwood duda de que haya cumplido el deber de cooperación derivado de la Convención.

La Corte actuó correctamente al no ordenar una segunda ronda de argumentos escritos en la presente causa.

### **Opinión separada de la Magistrada Xue**

La Magistrada Xue concuerda con la determinación de la Corte de que los permisos especiales otorgados con arreglo al programa JARPA II no están comprendidos en el sentido del Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena (“la Convención”), pero no comparte algunas partes del razonamiento de la decisión de la mayoría.

#### **I. Interpretación del Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención**

La Magistrada Xue opina que el Artículo VIII, al establecer la categoría especial de la caza científica de la ballena, permite que las partes contratantes especifiquen la cantidad de matanzas y otras condiciones que “juzguen adecuadas”, y exime a la matanza, la captura y el faenamiento de ballenas con arreglo a permisos especiales de las restricciones impuestas a la caza comercial de la ballena en el régimen de la Convención. En esos términos, pues, la Convención confiere a las partes contratantes un poder discrecional con respecto a la caza científica de la ballena. Lo que no queda claro

es en qué medida puede una parte contratante ejercer esa discrecionalidad. La Magistrada Xue observa que, primero, una parte contratante debe evitar todo efecto negativo en las poblaciones con el fin de mantener la utilización sostenible y la conservación de los recursos. Segundo, debe prestarse atención a la situación de la caza comercial de la ballena, pues existe un vínculo intrínseco entre la caza comercial de la ballena y la caza científica de la ballena, particularmente cuando está previsto que la caza científica de la ballena se lleve a cabo en gran escala y de manera continua. Añade que, antes de la moratoria de la caza comercial de la ballena, no se podían plantear controversias como la presente, referida al programa JARPA II; los muestreos letales no planteaban un problema. Tercero, la discrecionalidad con arreglo al Artículo VIII, párrafo 1, también significa que la parte que otorga la autorización tiene el deber de ejercer ese poder de manera adecuada y razonable, en virtud del principio de la buena fe con arreglo al derecho de los tratados. La Magistrada concluye que, por esas razones, el Artículo VIII no ha investido a las partes contratantes de un derecho que ellas mismas puedan definir.

Según la Magistrada Xue, la Corte debería comenzar abordando la cuestión de si la parte autorizante puede determinar libremente, como “juzgue adecuado”, la cantidad de matanzas, capturas y faenamientos de ballenas con fines de investigación científica, cuestión que depende de las relaciones entre el Artículo VIII y las demás disposiciones de la Convención. Pone de relieve que, si bien los términos del Artículo VIII no han sufrido cambios, diversas restricciones a la caza comercial de la ballena adoptadas con fines de conservación en el curso de los últimos 68 años han ido ejerciendo paso a paso un efecto en la forma en que puede llevarse a cabo la investigación científica, particularmente con respecto a la metodología y la escala del tamaño de las muestras. Las revisiones de las directrices y los exámenes de los permisos especiales por el Comité Científico también avanzan en el sentido de la conservación. Habida cuenta de esa evolución, es difícil sostener que la caza científica de la ballena está totalmente desligada y es plenamente independiente de la aplicación de la Convención y que el “margen de apreciación”, si es que existe, de las partes contratantes al otorgar permisos especiales sigue siendo el mismo que antes. Por lo tanto, la Magistrada Xue observa que la parte autorizante está obligada a utilizar sus mejores conocimientos para determinar, según lo considere apropiado, si ha de otorgar o no permisos especiales para los programas de investigación científica propuestos. Después de adoptada, esa decisión está de todos modos sujeta a examen, científico o judicial. Desde luego, la evaluación de la decisión no puede simplemente depender de la percepción de la parte autorizante, sino que debe llevarse a cabo sobre una base objetiva. La parte autorizante debe justificar su decisión con pruebas científicas y un sólido razonamiento.

## II. El criterio de examen

Sobre el criterio de examen, la Magistrada Xue pone de relieve que el examen de la Corte debe centrarse en cuestiones jurídicas. Primero, al evaluar el ejercicio por parte del Japón de su derecho con arreglo al Artículo VIII, párrafo 1, el control judicial de la Corte debe vincularse con la interpretación del tratado. En opinión de la Magistrada, la cuestión de si las actividades llevadas a cabo con arreglo al programa JARPA II comprenden investigación científica es un asunto de hecho y no de derecho, y por consiguiente debe estar sujeto a un examen científico. De conformidad con el reconocido principio *onus probandi incumbit actori*, incumbe a Australia demostrar a la Corte, con pruebas convincentes, que el programa JARPA II no comprende investigación científica.

La Magistrada Xue también encuentra problemática la distinción que se realiza en el fallo entre la expresión “investigación científica” y la frase “para fines de” que figura en el Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención. En su opinión, esa interpretación complica indebidamente el sentido de la frase “con fines de investigación científica” en el Artículo VIII, párrafo 1, y hace salir a la Corte de su competencia judicial. Como se ha mencionado anteriormente, la determinación relativa a la investigación científica es principalmente un asunto de hecho sujeto a examen científico. Cuando la Corte se ocupa a determinar, en la utilización de muestreos letales, si los elementos del diseño y la ejecución del programa JARPA II son razonables o no en relación con sus objetivos científicos declarados, está inevitablemente evaluando el mérito científico del programa.

## III. El programa JARPA II a la luz del Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención

Si bien la Magistrada Xue concuerda con algunas de las determinaciones a que ha llegado la Corte, estima que la Corte debió haber prestado una mayor consideración a la cuestión de la financiación, pues incide directamente en la cuestión central de la causa: el tamaño de los muestreos letales.

La Magistrada Xue observa que el Japón no niega que la consideración de la financiación afecta a la determinación del otorgamiento de permisos especiales, y sostiene que esa práctica es normal en la investigación pesquera. Con respecto a la escala de los muestreos letales del programa JARPA II, la Magistrada estima que el Japón no ha explicado a satisfacción de la Corte cómo se calcula y determina el tamaño de las muestras con el fin de alcanzar los objetivos del programa; la complejidad técnica del asunto no libera a la parte de la carga de la prueba.

Además, en respuesta a la afirmación de Australia de que la verdadera intención del Japón al llevar a cabo el programa JARPA II consiste en mantener su operación de caza de la ballena y que el programa constituye caza comercial encubierta de la ballena, la réplica del Japón es débil y poco convincente. Aun cuando la recaudación de fondos por medios comercia-

les no convierte necesariamente al programa en caza comercial de la ballena, o caza comercial encubierta de la ballena, habida cuenta de la escala de los muestreos letales y la duración ilimitada del programa JARPA II, el efecto acumulativo de su caza letal en la conservación de los recursos balleneros no es insignificante ni despreciable, lo que da aún mayores razones para exigir que el Japón justifique su decisión acerca de los permisos especiales. Por esas razones, la Magistrada Xue opina que, desde el momento en que se impuso la moratoria de la caza comercial de la ballena, la expresión “con fines de investigación científica” en el Artículo VIII, párrafo 1, debe interpretarse estrictamente; por consiguiente, no puede estimarse que los tamaños de las muestras determinadas por consideraciones relacionadas con la recaudación de fondos sean “objetivamente razonables” o “con fines de investigación científica”.

## IV. Relaciones entre el Artículo VIII, párrafo 1, y el Anexo

Sobre la cuestión de la presunta violación de las tres disposiciones del Anexo (moratoria de la caza comercial de la ballena, moratoria de los buques factoría y moratoria del Santuario Ballenero Austral), la Magistrada Xue no está de acuerdo con el razonamiento de la Corte según el cual, si el programa JARPA II no está comprendido en el sentido del Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención, debe estar sujeto a las tres disposiciones mencionadas. Opina que las deficiencias del programa JARPA II analizadas por la Corte son, en gran medida, fallas técnicas relacionadas con el diseño y la ejecución del programa, que por sí solas no transforman al programa JARPA II en una operación de caza comercial de la ballena. La recaudación de fondos, aunque sea mediante la venta de carne de ballena en el mercado, no altera necesariamente la naturaleza científica del programa, a menos que la Corte determine que hubo mala fe por parte del Japón. En su opinión, la caza científica de la ballena, aunque tenga fallas, sigue siendo de naturaleza científica.

Finalmente, la Magistrada Xue subraya que las consecuencias de la violación del Artículo VIII y las de los párrafos del Anexo pueden ser diferentes. En el primer caso, las condiciones y la cantidad de permisos especiales pueden revisarse o revocarse a partir del examen y los comentarios del Comité Científico. En la segunda situación, en cambio, como se considera que el Japón ha incumplido las obligaciones internacionales que le impone el Anexo de la Convención por haber violado la moratoria de la caza comercial de la ballena, estará obligado a revocar todos los permisos especiales vigentes y a abstenerse de otorgar nuevos permisos para el programa JARPA II, adelantándose así al futuro examen por el Comité Científico. En su opinión, el programa JARPA II sigue siendo un programa de investigación científica, y se debe dar al Japón la oportunidad de corregir las deficiencias en el diseño y la ejecución del programa en el marco del próximo examen periódico ante el Comité Científico.

## Opinión separada de la Magistrada Sebutinde

La Magistrada Sebutinde concuerda con las determinaciones de la Corte que figuran en los puntos resolutivos 1, 2, 3, 4, 5 y 7 del fallo, pero considera que la Corte debió haber aclarado más precisamente los límites de la discrecionalidad de los Gobiernos contratantes con arreglo al Artículo VIII de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena (CIRCB), así como el alcance de la facultad de la Corte de revisar el ejercicio de esa discrecionalidad.

En particular, la Magistrada Sebutinde opina que la Corte debió haber especificado los criterios que guiaron e informaron su determinación acerca de si los permisos especiales expedidos con arreglo al programa JARPA II eran “con fines de investigación científica”, teniendo en cuenta los parámetros que los Estados partes en la CIRCB consideran pertinentes a este respecto. Dichos parámetros se reflejan en el párrafo 30 del Anexo y fueron desarrollados en las directrices y resoluciones vinculantes de la CBI. Entre estos últimos, debe asignarse un peso particular a las Directrices del Anexo P, porque son el conjunto más reciente de directrices aprobadas por consenso y constituirán la base para la evaluación del programa JARPA II que llevará a cabo el Comité Científico en 2014. Sobre esta base, la Magistrada Sebutinde considera que la Corte debió haber tenido en cuenta los parámetros siguientes.

Primero, el programa de caza de la ballena para el que se procure un permiso especial debe comprender objetivos de investigación definidos y debe basarse en una metodología científica apropiada. Segundo, el Gobierno contratante que expide un permiso especial de caza de la ballena para investigación científica debe fijar límites a la cantidad de ballenas que se podrá matar, además de las otras condiciones que estime adecuadas, y debe especificar la cantidad, el sexo, el tamaño y la población de los animales que se cazarán. Si bien el Gobierno contratante goza de una considerable discrecionalidad para determinar los límites de captura, debe ejercer esa discrecionalidad en forma compatible con el objeto y el fin de la CIRCB, de modo que solo se pueda matar ballenas en la medida necesaria para el logro de los objetivos declarados del programa de investigación científica. Tercero, el Estado que expide permisos debe asegurarse de que el programa de investigación científica propuesto esté diseñado y se ejecute de tal manera que no ponga en peligro a las poblaciones de ballenas a las que se dirige, y debe especificar el posible efecto del programa de investigación en la conservación de las poblaciones de ballenas. Por último, el Gobierno contratante debe presentar los permisos especiales propuestos al Comité Científico para que este, con carácter previo, los examine y formule comentarios al respecto. Este requisito de procedimiento permite que la CBI y su Comité Científico cumplan una función de seguimiento con respecto a los permisos especiales de caza de la ballena, a la vez que obligan al Estado que los expide a cooperar con la CBI.

Además, la Magistrada Sebutinde discrepa del razonamiento y las determinaciones de la Corte con respecto al cumplimiento por parte del Japón de sus obligaciones dimanantes del párrafo 30 del Anexo a la CIRCB. En su opinión, el Japón no ha cumplido su obligación de cooperar de manera significativa con la CBI y el Comité Científico.

En particular, actuando en contra de la recomendación de la CBI de que no se siguieran ejecutando programas japoneses de permisos especiales en el Antártico hasta que el Comité Científico hubiese concluido un examen a fondo de los resultados del programa JARPA, el Japón lanzó el programa JARPA II antes de que el Comité Científico hubiese concluido ese examen. Segundo, no existe indicio alguno de que el Japón haya prestado la debida consideración a los comentarios y recomendaciones de la CBI con respecto a algunos aspectos polémicos del programa JARPA II, tales como su utilización de métodos letales. Tercero, aunque el plan del programa JARPA II proporcionaba la información esencial requerida con arreglo al párrafo 30 del Anexo, gran parte de la información no tiene el grado de detalle suficiente para que se considere que ha cumplido las directrices pertinentes de la CBI, una deficiencia que probablemente planteará dificultades al Comité Científico en su próximo examen del programa JARPA II. Cuarto, el Japón no ha presentado al Comité Científico para su examen previo los permisos especiales específicos con respecto al programa JARPA II, como lo requiere el párrafo 30. Habida cuenta de que esos permisos son prácticamente réplicas de los permisos expedidos con arreglo al programa JARPA y de que el programa JARPA II difiere de su antecesor por lo menos en la ejecución, era imperioso que el Comité Científico tuviera, con carácter previo, la oportunidad de examinarlos y formular comentarios sobre ellos. Quinto, como se expresa en el fallo (párrafo 222), aparte de la referencia a la colaboración con institutos de investigación japoneses en relación con el programa JARPA I, no hay pruebas de cooperación entre el programa JARPA II y otras instituciones de investigación nacionales e internacionales, con excepción del compromiso, en el plan del programa JARPA II, de que “[s]e acogerá con beneplácito la participación de científicos extranjeros, en la medida en que tengan las calificaciones establecidas por el Gobierno del Japón”.

Habida cuenta de esas deficiencias, la Magistrada Sebutinde no pudo acompañar a la mayoría en la determinación de que “el Japón ha cumplido sus obligaciones con arreglo al párrafo 30 del Anexo de la [CIRCB] con respecto al programa JARPA II”.

## Opinión separada del Magistrado Bhandari

En su opinión separada, el Magistrado Bhandari explica las razones de su voto en contra del punto 6) de la parte dispositiva del fallo. Si bien reconoce la existencia de un deber de cooperar que dimana del párrafo 30 del Anexo de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena cuando los Estados partes interactúan

con la Comisión Ballenera Internacional y su Comité Científico en relación con la expedición de permisos especiales con fines de investigación científica, el Magistrado Bhandari rechaza la conclusión de la Corte de que el Gobierno del Japón ha cumplido el párrafo 30. En su opinión, si bien el Japón ha demostrado un cumplimiento formal de lo preceptuado en el párrafo 30, sus acciones no han demostrado un cumplimiento sustantivo del amplio alcance y la finalidad del deber de cooperar. Asimismo, el Magistrado Bhandari considera que, además de determinar que el programa JARPA II no es un programa con fines de investigación científica con arreglo al Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención, la Corte debió haberse pronunciado en el sentido de que JARPA II es un programa comercial de caza de ballenas. En su opinión, esa conclusión es inevitable, habida cuenta de que las categorías de caza de la ballena previstas en la Convención son mutuamente excluyentes, así como de las abundantes pruebas que constan en el expediente en las que se refleja la historia que rodea al programa JARPA II, su duración indefinida y algunos caracteres inequívocamente comerciales del programa.

#### Opinión separada de la Magistrada *ad hoc* Charlesworth

En su opinión separada, la Magistrada *ad hoc* Charlesworth se refiere a dos esferas específicas en las que sus opiniones difieren de las de la mayoría; la naturaleza de las restricciones a la utilización de métodos letales “con fines de investigación científica” con arreglo al Artículo VIII de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena de 1946 (CIRCB), y el cumplimiento del párrafo 30 del Anexo por parte del Japón.

La Magistrada *ad hoc* Charlesworth opina que el Artículo VIII de la CIRCB debe leerse a la luz de las resoluciones relativas a métodos de investigación aprobadas por consenso

por la Comisión Ballenera Internacional (CBI). A este respecto, argumenta que las resoluciones aplicables respaldan una interpretación del Artículo VIII según la cual la utilización de métodos letales debería ser esencial para los objetivos del programa de investigación científica. Según la Magistrada *ad hoc* Charlesworth, el enfoque de precaución —que también es pertinente para la interpretación de la CIRCB— fortalece la conclusión de que los métodos letales deben ser el último recurso en los programas de investigación científica con arreglo al Artículo VIII.

La Magistrada *ad hoc* Charlesworth concluye que el Japón ha violado el párrafo 30 del Anexo, pues no ha cumplido el deber de los Estados partes de cooperar con el Comité Científico, algo que ella considera que es un elemento esencial del régimen de la CIRCB. Si bien las opiniones del Comité Científico sobre las propuestas de permisos especiales no son jurídicamente vinculantes para los Estados partes con arreglo a los términos del párrafo 30, la CBI ha dado al Comité el poder de examinar dichas propuestas y formular comentarios sobre ellas, con lo cual ha creado para el Estado proponente la obligación de cooperar con el Comité. Esa obligación requiere que los Estados partes demuestren una auténtica voluntad de reconsiderar sus posiciones a la luz de las opiniones del Comité.

Según la Magistrada *ad hoc* Charlesworth, el Japón no ha cumplido su deber de cooperación, entre otras cosas, al i) lanzar el programa JARPA II antes de que el Comité Científico hubiera llevado a cabo el examen del programa JARPA; ii) no prestar una consideración significativa a la viabilidad de los métodos no letales en el diseño del programa JARPA II; y iii) seguir basándose en el plan de investigación original del programa JARPA II como fundamento de los subsiguientes permisos anuales en circunstancias en que la ejecución del programa JARPA II difería de manera sustancial de lo que estaba previsto en el plan de investigación.

## 209. APLICACIÓN DE LA CONVENCION PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCION DEL DELITO DE GENOCIDIO (CROACIA c. SERBIA)

### Fallo de 3 de febrero de 2015

El 3 de febrero de 2015, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrados *ad hoc* Vukas, Kreća; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

En la parte dispositiva (párr. 524) del fallo se establece lo siguiente:

“[...]”

La Corte,

1) Por 11 votos contra 6,

*Desestima* la segunda excepción de competencia planteada por Serbia y *determina* que su competencia para ocuparse de la demanda de Croacia abarca actos anteriores al 27 de abril de 1992;

VOTOS A FAVOR: Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Abraham, Keith, Bennouna, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Donoghue, Gaja, Bhandari; Magistrado *ad hoc* Vukas;

VOTOS EN CONTRA: Presidente Tomka; Magistrados Owada, Skotnikov, Xue, Sebutinde; Magistrado *ad hoc* Kreća;

2) Por 15 votos contra 2,

*Desestima* la demanda de Croacia;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; Magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; Magistrado *ad hoc* Kreća;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Cançado Trindade; Magistrado *ad hoc* Vukas;

3) Por unanimidad,

*Desestima* la contrademanda de Serbia”.

\*  
\* \*

El Presidente Tomka adjuntó una opinión separada al fallo; los Magistrados Owada, Keith y Skotnikov adjuntaron opiniones separadas al fallo; el Magistrado Cançado Trindade adjuntó una opinión disidente al fallo; las Magistradas

Xue y Donoghue adjuntaron declaraciones al fallo; los Magistrados Gaja, Sebutinde y Bandhari adjuntaron opiniones separadas al fallo; el Magistrado *ad hoc* Vukas adjuntó una opinión disidente al fallo; el Magistrado *ad hoc* Kreća adjuntó una opinión separada al fallo.

\*  
\* \*

*Trayectoria procesal* (párrs. 1 a 51)

La Corte recuerda que el 2 de julio de 1999 el Gobierno de la República de Croacia (en adelante, “Croacia”) presentó una demanda contra la República Federativa de Yugoslavia en relación con una controversia suscitada por presuntas violaciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (en adelante, “la Convención contra el Genocidio” o “la Convención”). La Convención, aprobada el 9 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, entró en vigor el 12 de enero de 1951. En la demanda se invocaba el Artículo IX de la Convención contra el Genocidio como fundamento de la competencia de la Corte.

El 11 de septiembre de 2002, el demandado planteó excepciones preliminares en cuanto a la competencia de la Corte para ocuparse del caso y a la admisibilidad de la demanda presentada por Croacia.

Mediante carta de fecha 5 de febrero de 2003, la República Federativa de Yugoslavia informó a la Corte de que había pasado a denominarse “Serbia y Montenegro”. Cuando la República de Montenegro se declaró independiente, el 3 de junio de 2006, la “República de Serbia” (en adelante, “Serbia”) pasó a ser el único demandado en el caso, como indicó la Corte en su fallo de fecha 18 de noviembre de 2008 (*Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2008*, pág. 412, en adelante, el “fallo de 2008”). En ese fallo, la Corte desestimó las excepciones preliminares primera y tercera planteadas por Serbia. Sin embargo, determinó que la segunda excepción (a saber, que las pretensiones basadas en actos u omisiones ocurridos antes del 27 de abril de 1992, es decir, la fecha en que la República Federativa de Yugoslavia pasó a existir como Estado independiente, escapaban a su competencia y eran inadmisibles) no era de carácter exclusivamente preliminar, dadas las circunstancias del caso, por lo que debía examinarse cuando se estudiase el fondo del asunto. Con sujeción a esa conclusión, la Corte determinó que tenía competencia para ocuparse de la demanda de Croacia.

El 4 de enero de 2010 Serbia presentó una contrademanda.

Del 3 de marzo al 1 de abril de 2014 se celebraron audiencias públicas sobre la excepción que en 2008 se había considerado de carácter no exclusivamente preliminar, así como sobre el fondo de la demanda de Croacia y la contrademanda de Serbia.

#### I. *Antecedentes* (párrs. 52 a 73)

Antes de pasar a resumir los antecedentes fácticos e históricos del presente procedimiento, la Corte observa que, en este contexto, Croacia sostiene que Serbia es responsable de infracciones de la Convención contra el Genocidio perpetradas en Croacia entre 1991 y 1995, mientras que, en su contrademanda, Serbia sostiene que la propia Croacia es responsable de infracciones de la Convención perpetradas en 1995 en la *Republika Srpska Krajina* (en adelante, “República de la Krajina Serbia”), entidad establecida a finales de 1991.

##### A. *La disolución de la República Federativa Socialista de Yugoslavia y el surgimiento de nuevos Estados* (párrs. 53 a 59)

En su relato de la disolución de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, la Corte recuerda que hasta principios de los años noventa la entidad se componía de las repúblicas de Bosnia y Herzegovina, Croacia, Eslovenia, Macedonia, Montenegro y Serbia. A raíz de la muerte del Presidente Tito, ocurrida el 4 de mayo de 1980, la República Federativa Socialista de Yugoslavia afrontó una crisis económica que duró casi diez años y vino acompañada de tensiones cada vez mayores entre sus distintos grupos étnicos y nacionales. A finales de los años ochenta y principios de los noventa, algunas repúblicas intentaron ampliar su poder en la federación y, ulteriormente, alcanzar la independencia.

Croacia y Eslovenia se declararon independientes de la República Federativa Socialista de Yugoslavia el 25 de junio de 1991, si bien sus declaraciones no entraron en vigor hasta el 8 de octubre de 1991. Por su parte, Macedonia se proclamó independiente el 17 de septiembre de 1991 y Bosnia y Herzegovina hizo lo propio el 6 de marzo de 1992. El 22 de mayo de 1992, Croacia, Eslovenia y Bosnia y Herzegovina pasaron a ser Miembros de las Naciones Unidas, como también pasó a serlo, el 8 de abril de 1993, la ex República Yugoslava de Macedonia.

El 27 de abril de 1992, los participantes en el período de sesiones conjunto de la Asamblea de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, la Asamblea Nacional de la República de Serbia y la Asamblea de la República de Montenegro adoptaron una declaración en la que se afirmaba lo siguiente:

“La República Federativa de Yugoslavia, en continuación de la personalidad estatal, legal y política internacional de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, respetará escrupulosamente todos los compromisos asumidos

por esta en el plano internacional [...] Seguirá rigiéndose por todas las obligaciones contraídas con las organizaciones e instituciones internacionales de las que forme parte”.

Con esa misma fecha, la Misión Permanente de Yugoslavia ante las Naciones Unidas envió al Secretario General una nota en la que, entre otras cosas, afirmaba lo siguiente:

“ [r]espetando escrupulosamente la continuidad de la personalidad internacional de Yugoslavia, la República Federativa de Yugoslavia seguirá asumiendo todos los derechos y obligaciones asumidos por la República Federativa Socialista de Yugoslavia en el marco de sus relaciones internacionales, en particular por lo que se refiere a su pertenencia a todas las organizaciones internacionales y su participación en los tratados internacionales que Yugoslavia hubiera ratificado o a los que se hubiera adherido”.

Las pretensiones de la República Federativa de Yugoslavia de mantener la personalidad jurídica de la República Federativa Socialista de Yugoslavia suscitaban profusos debates en la comunidad internacional y encontraron el rechazo del Consejo de Seguridad, la Asamblea General y varios Estados, pese a lo cual la República Federativa de Yugoslavia las mantuvo varios años. Hubo que esperar hasta el 27 de octubre de 2000 para que la República Federativa de Yugoslavia enviara al Secretario General una carta en la que solicitaba la admisión como Miembro de las Naciones Unidas. El 1 de noviembre de 2000, la Asamblea General, en su resolución 55/12, “*habiendo recibido* la recomendación del Consejo de Seguridad de 31 de octubre de 2000” y “*habiendo examinado* la solicitud de admisión de la República Federativa de Yugoslavia”, decidió “admitir a la República Federativa de Yugoslavia como Miembro de las Naciones Unidas”.

##### B. *La situación en Croacia* (párrs. 60 a 73)

Tras señalar que la presente causa se refiere principalmente a sucesos ocurridos entre 1991 y 1995 en el territorio de la República de Croacia tal como existía en el seno de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, la Corte analiza los antecedentes de esos sucesos. En ese sentido, observa que, desde el punto de vista demográfico, si bien, según el censo oficial realizado en marzo de 1991, la mayoría de los habitantes de Croacia (cerca del 78 %) era de origen croata, también estaban presentes varias minorías étnicas y nacionales. Concretamente, cerca del 12 % de la población era de origen serbio, y una parte considerable de la minoría serbia vivía en las cercanías de las repúblicas de Bosnia y Herzegovina y Serbia.

La Corte observa que, desde el punto de vista político, a principios de los años noventa aumentaron las tensiones entre el Gobierno de la República de Croacia y los serbios que vivían en Croacia. Poco después de que Croacia se declarase independiente, el 25 de junio de 1991, estalló un conflicto armado entre, por un lado, las fuerzas armadas de Croacia, y, por el otro, las fuerzas que se oponían a su independencia (fuerzas creadas en Croacia por la minoría

serbia y diversos grupos paramilitares, a las que la Corte denomina colectivamente como “fuerzas serbias”, dejando al margen la cuestión de la atribución de su conducta). Al menos desde septiembre de 1991, el Ejército Nacional Yugoslavo (“JNA”), que, según Croacia, estaba a la sazón controlado por el Gobierno de la República de Serbia, intervino en enfrentamientos con las fuerzas del Gobierno de Croacia. A finales de 1991, el JNA y las fuerzas serbias controlaban cerca de un tercio del territorio de la ex república socialista de Croacia en las regiones de Eslavonia Oriental, Eslavonia Occidental, Banovina/Banija, Kordun, Lika y Dalmacia.

La Corte recuerda que de las negociaciones mantenidas a finales de 1991 y principios de 1992 con el respaldo de la comunidad internacional surgió el plan Vance (por Cyrus Vance, Enviado Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para Yugoslavia), tras lo cual se desplegó la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas (UNPROFOR). El plan Vance preveía el alto el fuego, la desmilitarización de las partes de Croacia controladas por la minoría serbia y las fuerzas de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, el regreso de los refugiados y la creación de condiciones favorables a una solución política permanente al conflicto. La UNPROFOR, desplegada en la primavera de 1992 en tres zonas protegidas por las Naciones Unidas (Eslavonia Oriental, Eslavonia Occidental y Krajina), ocupó cuatro sectores operacionales: Este (Eslavonia Oriental), Oeste (Eslavonia Occidental), Norte y Sur (los dos últimos correspondientes a la zona protegida de Krajina).

Nunca se cumplieron plenamente los objetivos del plan Vance y de la UNPROFOR: entre 1992 y la primavera de 1995 no se desmilitarizó la República de la Krajina Serbia, ambas partes en el conflicto llevaron a cabo ciertas operaciones militares y fracasaron las tentativas de llegar a una solución pacífica.

En la primavera y el verano de 1995, a raíz de una serie de operaciones militares, Croacia logró recuperar el control de la mayor parte del territorio que había perdido. Así, en mayo recuperó Eslavonia Occidental, mediante la Operación Relámpago, y en agosto Krajina, mediante la Operación Tormenta, en el curso de la cual presuntamente tuvieron lugar todos los sucesos descritos en la contrademanda. Tras la concertación del Acuerdo de Erdut, el 12 de noviembre de 1995, Eslavonia Oriental se fue incorporando gradualmente en Croacia entre 1996 y 1998.

## II. Competencia y admisibilidad (párrs. 74 a 123)

### A. Demanda de Croacia (párrs. 74 a 119)

#### 1) Cuestiones de competencia y admisibilidad pendientes de determinación tras el fallo de 2008 (párrs. 74 a 78)

Remitiéndose a su fallo de 2008 sobre las excepciones preliminares planteadas por Serbia, la Corte recuerda que,

aunque la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda de Croacia han quedado establecidas en relación con los sucesos expuestos en la demanda presuntamente ocurridos a partir del 27 de abril de 1992, la competencia y la admisibilidad siguen pendientes de determinación en relación con los sucesos de la demanda presuntamente ocurridos antes de esa fecha.

#### 2) Posiciones de las partes en relación con la competencia y la admisibilidad (párrs. 79 a 83)

La Corte expone las posiciones de las partes en relación con las cuestiones de competencia y admisibilidad.

#### 3) Ámbito de competencia de conformidad con el Artículo IX de la Convención contra el Genocidio (párrs. 84 a 89)

La Corte recuerda que el único fundamento en materia de competencia invocado en la presente causa es el Artículo IX de la Convención contra el Genocidio. El Artículo dice así:

“Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el Artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia”.

La Corte señala que el hecho de que su competencia solo pueda fundamentarse en ese Artículo tiene consecuencias importantes para el ámbito de dicha competencia: implica que la Corte no está facultada para pronunciarse sobre presuntos incumplimientos de otras obligaciones previstas en el derecho internacional que no suponen genocidio, en particular las obligaciones relativas a la protección de los derechos humanos en un conflicto armado. Así ocurre incluso en el caso de presuntos incumplimientos de obligaciones derivadas de normas imperativas o de obligaciones que protegen valores humanitarios esenciales y que pueden tener validez *erga omnes*.

La Corte observa además que la competencia prevista en el Artículo IX no abarca las presuntas violaciones del derecho internacional consuetudinario en materia de genocidio, aunque es consabido que en la Convención aparecen consagrados principios que también forman parte del derecho internacional consuetudinario. Citando su jurisprudencia, la Corte recuerda que en dicha Convención se establecen obligaciones *erga omnes* y que la prohibición del genocidio tiene carácter de norma imperativa (*ius cogens*).

La Corte llega a la conclusión de que, para establecer la competencia de la Corte con respecto a la demanda presentada por Croacia en relación con los sucesos ocurridos antes del 27 de abril de 1992, la parte demandante debe demostrar que su controversia con Serbia se refiere a obligaciones previstas en la propia Convención.

4) *Excepción de Serbia con respecto a la competencia* (párrs. 90 a 117)

i) *Determinación de si las disposiciones de la Convención tienen carácter retroactivo* (párrs. 90 a 100)

La Corte considera que el objeto fundamental de la controversia radica en determinar si Serbia es responsable de violaciones de la Convención contra el Genocidio y, en caso afirmativo, si Croacia puede invocar esa responsabilidad. Formulada de ese modo, la controversia parece entrar plenamente en el ámbito de aplicación del Artículo IX.

No obstante, Serbia sostiene que, en la medida en que la demanda de Croacia se refiere a sucesos presuntamente ocurridos antes de que la República Federativa de Yugoslavia pasara, el 27 de abril de 1992, a ser parte en la Convención (y la gran mayoría de las denuncias de Croacia se refiere a sucesos ocurridos antes de esa fecha), la Convención no puede aplicarse a la República Federativa de Yugoslavia, por lo que no pueden atribuirse a Serbia infracciones al respecto; Serbia deduce de ello que no cabe interpretar que la controversia referente a esas denuncias entre en el ámbito de aplicación del Artículo IX. A modo de respuesta, Croacia menciona lo que denomina presunción a favor del efecto retroactivo de las cláusulas compromisorias, así como la falta de limitaciones temporales en el Artículo IX de la Convención.

En su fallo de 2008 en la presente causa, la Corte indicó que “en la Convención contra el Genocidio no figuran disposiciones expresas sobre la limitación de su competencia *ratione temporis*”. Si bien la falta de limitación temporal en el Artículo IX no carece de trascendencia, no basta por sí sola para establecer la competencia con respecto a la parte de la demanda de Croacia relativa a sucesos presuntamente ocurridos antes del 27 de abril de 1992. El Artículo IX no es una disposición general relativa a la solución de controversias. La competencia que en él se establece está limitada a las controversias entre Partes contratantes sobre la interpretación, la aplicación o el cumplimiento de las disposiciones sustantivas de la Convención contra el Genocidio, incluidas las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o de cualquier otro acto enumerado en el Artículo III de la Convención. En consecuencia, el alcance temporal del Artículo IX está vinculado forzosamente al alcance temporal de las demás disposiciones de la Convención contra el Genocidio.

Croacia trata de resolver la cuestión argumentando que al menos algunas de las disposiciones sustantivas de la Convención son aplicables a sucesos ocurridos antes de su entrada en vigor con respecto a la parte demandada. Croacia mantiene que la obligación de prevenir y sancionar el genocidio no está limitada a los actos de genocidio cometidos tras la entrada en vigor de la Convención respecto a un Estado concreto, sino que puede “abarcar el genocidio en cualquier momento que se produzca, no solo el genocidio que se produzca en el futuro tras la entrada en vigor de la Convención

respecto a un Estado concreto”. Sin embargo, Serbia niega que en algún momento se pretendiera con estas disposiciones imponer a un Estado obligaciones con respecto a sucesos ocurridos antes de que el Estado aceptara las obligaciones derivadas de la Convención.

La Corte considera que toda obligación convencional que exija a un Estado prevenir que algo suceda no puede, por lógica, aplicarse a lo ocurrido antes de la fecha en que el Estado aceptó esa obligación, pues lo ya ocurrido no puede impedirse. La lógica, sumada a la presunción en contra de la retroactividad de las obligaciones convencionales consagrada en el Artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, permite claramente concluir que la obligación de prevenir el genocidio solo es aplicable a actos que se produzcan tras la entrada en vigor de la Convención para el Estado en cuestión. De ningún pasaje del texto de la Convención contra el Genocidio ni de los trabajos preparatorios cabe deducir otra conclusión. Tampoco del hecho de que con la Convención se pretendiese confirmar obligaciones ya existentes en el derecho internacional consuetudinario. Todo Estado que todavía no sea parte en la Convención cuando tengan lugar actos de genocidio puede estar incumpliendo sus obligaciones derivadas del derecho internacional consuetudinario de impedir que se produzcan tales actos, pero el hecho de que pase posteriormente a ser parte en la Convención no le impone una nueva obligación convencional de haber impedido que tuvieran lugar los actos.

No existe ningún obstáculo lógico similar a que un tratado imponga a un Estado la obligación de sancionar actos ocurridos antes de que ese tratado entrara en vigor con respecto al Estado en cuestión; algunos instrumentos incorporan esa obligación. La Corte presenta dos ejemplos, el primero extraído de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y, el segundo, del Convenio Europeo sobre ese mismo tema. Sin embargo, en uno y otro caso la aplicabilidad del instrumento en cuestión a actos ocurridos antes de su entrada en vigor es objeto de una disposición expresa. En la Convención contra el Genocidio no figura una disposición comparable. Además, las disposiciones que exigen a los Estados que sancionen los actos de genocidio (artículos I y IV) están vinculadas forzosamente con la obligación, prevista en el Artículo V, de que cada Estado parte promulgue legislación con el fin de dar efecto a las disposiciones de la Convención. No existen indicios de que con la Convención se pretendiera exigir que los Estados promulgaran legislación retroactiva.

La historia de la negociación de la Convención también da a entender que, al igual que con las demás disposiciones sustantivas del instrumento, se pretendía que la obligación de sancionar los actos de genocidio se aplicara a los actos que ocurrieran en el futuro y no a los ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial ni en ningún otro momento anterior.

Por último, la Corte recuerda que en su reciente fallo relativo a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o*

*extraditar (Bélgica c. Senegal)* sostuvo que las disposiciones comparables de la Convención contra la Tortura, que exigen a cada Estado parte el traslado a sus ministerios públicos de los casos de personas sospechosas de actos de tortura, se aplicaban únicamente a actos cometidos después de la entrada en vigor de la Convención respecto al Estado en cuestión, a pesar de que esos actos se consideren delitos en el derecho internacional consuetudinario.

Así pues, la Corte considera que las disposiciones sustantivas de la Convención no imponen al Estado obligaciones en relación con actos presuntamente ocurridos antes de que el Estado se comprometiera a cumplir la Convención.

Habiendo llegado a esa conclusión, la Corte pasa a examinar si, con todo, la controversia referente a actos presuntamente ocurridos antes del 27 de abril de 1992 entra en su ámbito de competencia con arreglo al Artículo IX. Croacia presenta dos argumentos alternativos para determinar que sí es el caso. Se basa, en primer lugar, en el Artículo 10 2) de los artículos sobre la responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional y, en segundo lugar, en el derecho sobre la sucesión de Estados.

*ii) Artículo 10 2) de los artículos sobre la responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional (párrs. 102 a 105)*

El Artículo 10 2) de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de la Comisión de Derecho Internacional, dice lo siguiente:

“El comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que logre establecer un nuevo Estado en parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio sujeto a su administración se considerará hecho del nuevo Estado según el derecho internacional”.

Croacia afirma que esa disposición forma parte del derecho internacional consuetudinario. Mantiene que, aunque la República Federativa de Yugoslavia no se proclamó Estado hasta el 27 de abril de 1992, esa proclamación no fue otra cosa que la formalización de una situación que ya existía de hecho, pues en el curso de 1991 los dirigentes de la República de Serbia y otros partidarios de lo que Croacia describe como movimiento de la “Gran Serbia” pasaron a controlar el Ejército Nacional Yugoslavo y otras instituciones de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, a la vez que controlaban las fuerzas armadas de su propio territorio y otras milicias y grupos paramilitares diversos. Este movimiento consiguió finalmente crear un Estado aparte, la República Federativa de Yugoslavia. Croacia sostiene que su denuncia por sucesos ocurridos antes del 27 de abril de 1992 se basa en actos cometidos por el Ejército Nacional Yugoslavo y esas otras fuerzas y grupos armados, así como por las autoridades políticas serbias, que podían atribuirse a ese movimiento y en consecuencia, de conformidad con el principio enunciado en el Artículo 10 2), a la República Federativa de Yugoslavia.

Serbia aduce que el Artículo 10 2) es fruto del desarrollo progresivo del derecho y no formaba parte del derecho internacional consuetudinario en 1991-1992. Por consiguiente, no es aplicable al presente caso. Además, aunque el Artículo 10 2) hubiera pasado a formar parte entonces del derecho consuetudinario, no sería aplicable a los sucesos del presente caso, pues ningún “movimiento” había conseguido crear un Estado nuevo. Serbia niega también que los actos en que se basa la demanda de Croacia puedan atribuirse a una entidad que pudiera considerarse un Estado serbio *in statu nascendi* en el período anterior al 27 de abril de 1992. Por último, Serbia sostiene que, aunque el Artículo 10 2) fuera aplicable, no bastaría para que la parte de la demanda de Croacia relativa a actos presuntamente sucedidos antes del 27 de abril de 1992 quedara comprendida en el ámbito del Artículo IX. Según Serbia, el Artículo 10 2) de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional no es más que un principio de atribución: no guarda afecta a la cuestión de las obligaciones que debe respetar el nuevo Estado o el anterior “movimiento” y tampoco hace que las obligaciones convencionales aceptadas por el nuevo Estado tras su aparición sean aplicables retroactivamente a los actos cometidos por el “movimiento” previo al Estado, aun en caso de que considere que esos actos son imputables al nuevo Estado. En consecuencia, Serbia sostiene que todo “movimiento” que existiera antes del 27 de abril de 1992 no era parte en la Convención contra el Genocidio, por lo que solo podría haber estado obligado a respetar la prohibición del genocidio derivada del derecho internacional consuetudinario.

La Corte considera que, aunque el Artículo 10 2) de los artículos sobre la responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional pudiera entenderse como reflejo del derecho internacional consuetudinario en un determinado momento, el Artículo se refiere únicamente a la atribución de actos a un nuevo Estado, sin crear obligaciones que deba cumplir el nuevo Estado ni el movimiento de sucesión que estableció ese nuevo Estado. Tampoco afecta al principio enunciado en el Artículo 13 de los mencionados artículos, según el cual: “Un 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”.

Tras recordar que, en el caso actual, la República Federativa de Yugoslavia no se hallaba vinculada por las obligaciones previstas en la Convención antes del 27 de abril de 1992, la Corte explica que, aunque los hechos anteriores a esa fecha a los que alude Croacia pudieran atribuirse a un “movimiento” en el sentido del Artículo 10 2) de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional y pudieran imputarse a la República Federativa de Yugoslavia en virtud del principio expuesto en ese artículo, no podrían haber constituido una violación de lo dispuesto en la Convención contra el Genocidio sino, como mucho, de la prohibición del genocidio derivada del derecho internacional consue-

tudinario. A juicio de la Corte, a la luz de esa conclusión no es necesario que estudie si el Artículo 10 2) expresa un principio que formase parte del derecho internacional consuetudinario en 1991-1992 (o en algún momento posterior) ni, en caso afirmativo, si en el presente caso se cumplen las condiciones para su aplicación.

*iii) Sucesión en la responsabilidad (párrs. 106 a 117)*

La Corte pasa a continuación a examinar el argumento alternativo de Croacia en el sentido de que la República Federativa de Yugoslavia sucedió a la República Federativa Socialista de Yugoslavia en su responsabilidad. Este argumento parte de la premisa de que los actos anteriores al 27 de abril de 1992 en los que Croacia basa su denuncia eran imputables a la República Federativa Socialista de Yugoslavia e infringían las obligaciones contraídas por esta en virtud de la Convención contra el Genocidio, en la que era parte por aquel entonces. Croacia sostiene que, cuando la República Federativa de Yugoslavia sucedió el 27 de abril de 1992 a la República Federativa Socialista de Yugoslavia en sus obligaciones convencionales, también la sucedió en la responsabilidad por las presuntas violaciones de la Convención contra el Genocidio.

La Corte considera que, en el marco de esta controversia, cabe acotar varias cuestiones debatidas. Así, por lo que se refiere al argumento alternativo de Croacia, para poder determinar si Serbia es responsable de violaciones de la Convención, la Corte tendría que establecer: i) si los actos denunciados por Croacia tuvieron lugar y, en caso afirmativo, si fueron contrarios a la Convención; ii) de ser así, si eran imputables a la República Federativa Socialista de Yugoslavia en el momento en que tuvieron lugar y si entrañaban su responsabilidad; y iii) en caso de responsabilidad de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, si la República Federativa de Yugoslavia fue su sucesora al respecto. Si bien no se cuestiona que muchos de los actos denunciados por Croacia (aunque no todos) tuvieron lugar, las partes difieren en cuanto a si constituyen o no violaciones de la Convención contra el Genocidio. Además, Serbia rechaza el argumento de Croacia de que Serbia ha incurrido en responsabilidad al respecto, sea cual sea el fundamento aducido.

La Corte observa que lo que debe decidirse para determinar si tiene o no tiene competencia en relación con la denuncia de actos presuntamente cometidos antes del 27 de abril de 1992 es si la controversia entre las partes con respecto a las tres cuestiones antes expuestas entra en el ámbito del Artículo IX. A juicio de la Corte, las cuestiones debatidas se refieren a la interpretación, la aplicación y la ejecución de las disposiciones de la Convención. En ese sentido, no se propone dotar a esas disposiciones de efecto retroactivo. Ambas partes coinciden en que la República Federativa Socialista de Yugoslavia estaba obligada a cumplir la Convención en el momento en que se afirma que sucedieron los hechos en cuestión. Determinar si esos hechos fueron contrarios a las

disposiciones de la Convención y, en caso afirmativo, si eran imputables a la República Federativa Socialista de Yugoslavia y, en consecuencia, entrañaban la responsabilidad de esta entra de lleno en el ámbito *ratione materiae* de la competencia prevista en el Artículo IX.

En lo que respecta a la tercera cuestión debatida, lo que se pide a la Corte es que decida si la República Federativa de Yugoslavia (y, en consecuencia, Serbia) es responsable de actos de genocidio y otros actos enumerados en el Artículo III de la Convención presuntamente imputables a la República Federativa Socialista de Yugoslavia. En el Artículo IX se establece la competencia de la Corte en relación con “controversias [...] relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la [...] Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el Artículo III”. La Corte observa que el Artículo IX habla en general de la responsabilidad de un Estado y no impone limitaciones en cuanto a la manera en que puede contraerse esa responsabilidad.

La Corte acepta que la determinación de si el Estado demandado sucede al Estado predecesor en la responsabilidad por violaciones de la Convención, como sostiene Croacia, no se rige por el texto de la Convención, sino por las normas del derecho internacional general. Sin embargo, ello no sitúa la controversia relativa a la tercera cuestión fuera del ámbito del Artículo IX. El hecho de que, al amparo del Artículo IX, las partes en una causa puedan debatir enérgicamente sobre la aplicación de una norma, o incluso su existencia, en relación con algún aspecto de la responsabilidad del Estado o la sucesión de Estados por lo que se refiere a denuncias de genocidio no supone que la controversia entre ellos deje de entrar en la categoría de “controversias [...] relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la [...] Convención [contra el Genocidio], incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio”. La Corte deduce de ello que, dado que el argumento alternativo de Croacia obliga a determinar si la República Federativa Socialista de Yugoslavia fue responsable de actos de genocidio presuntamente cometidos cuando esta era parte en la Convención, su conclusión en cuanto al alcance temporal del Artículo IX no supone un obstáculo a la cuestión de la competencia.

La Corte pasa a explicar que el principio que adujo en las causas *Oro amonedado* y *Timor-Leste* no es aplicable en el presente procedimiento. En ambas causas la Corte se abstuvo de ejercer su competencia para ocuparse de la demanda al considerar que ello habría sido contrario al derecho de un Estado que no era parte en el procedimiento a que la Corte no se pronunciara sobre su conducta su consentimiento. Esa argumentación no es aplicable en el caso de un Estado que ya no existe, como ocurre con la República Federativa Socialista de Yugoslavia, pues ese Estado ya no tiene derechos y es incapaz de dar o denegar su consenti-

miento en cuanto a la competencia de la Corte. Por lo que se refiere a la posición de los demás Estados sucesores de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, no es necesario que la Corte se pronuncie sobre la situación jurídica de esos Estados como condición para poder adoptar una decisión sobre la presente demanda.

En consecuencia, la Corte llega a la conclusión de que, en la medida en que la controversia se refiere a actos presuntamente cometidos antes del 27 de abril de 1992, también entra en el ámbito del Artículo IX, por lo que la Corte tiene competencia para pronunciarse sobre la demanda de Croacia en su totalidad. A juicio de la Corte, no es necesario determinar si la República Federativa de Yugoslavia (y, en consecuencia, Serbia) sucedió efectivamente a la República Federativa Socialista de Yugoslavia en las responsabilidades que esta pudiera haber contraído, como tampoco es necesario determinar si ocurrieron actos contrarios a la Convención contra el Genocidio antes del 27 de abril de 1992 o, en caso afirmativo, a quién son imputables esos actos; se trata de cuestiones correspondientes al examen del fondo.

#### 5) *Admisibilidad* (párrs. 118 y 119)

La Corte se centra en los dos argumentos alternativos presentados por Serbia en cuanto a la admisibilidad de la demanda. Con arreglo al primero, sería inadmisibile toda demanda basada en actos presuntamente ocurridos antes de que la República Federativa de Yugoslavia viera la luz como Estado el 27 de abril de 1992. La Corte recuerda que en su fallo de 2008 ya había sostenido que este argumento versaba sobre cuestiones de atribución. La Corte observa que no es necesario determinar estas cuestiones antes de haber examinado el fondo de los actos denunciados por Croacia.

El segundo argumento es que, aunque una demanda pudiera ser admisible en relación con actos presuntamente ocurridos antes de la existencia de la República Federativa de Yugoslavia como Estado, Croacia no podría mantener una demanda en relación con sucesos presuntamente ocurridos antes de que, el 8 de octubre de 1991, pasara a ser parte en la Convención contra el Genocidio. La Corte observa que Croacia no ha presentado por separado demandas relativas a los hechos ocurridos antes y después del 8 de octubre de 1991, sino que ha enviado una única demanda en la que denuncia una pauta de conducta cuya intensidad fue aumentando en el curso de 1991 y, en el caso de muchas localidades y aldeas, ha mencionado actos de violencia cometidos inmediatamente antes y después del 8 de octubre de 1991. En este contexto, lo sucedido antes del 8 de octubre de 1991 resulta en cualquier caso pertinente para evaluar si lo ocurrido después de esa fecha entrañaba violaciones de la Convención contra el Genocidio. En estas circunstancias, la Corte considera que no es necesario adoptar una decisión sobre el segundo argumento alternativo de Serbia antes de haber evaluado y examinado la totalidad de las pruebas presentadas por Croacia.

#### B. *Contrademanda de Serbia* (párrs. 120 a 123)

La Corte recuerda que, para ser admisible, toda contrademanda debe cumplir dos condiciones (Artículo 80 del Reglamento de la Corte): ha de entrar dentro de la competencia de la Corte y debe guardar relación directa con el objeto de la demanda principal. La Corte observa que la contrademanda de Serbia se refiere exclusivamente a los enfrentamientos librados en el verano de 1995 en el curso de lo que Croacia describe como Operación Tormenta y a sus secuelas; que, cuando esta Operación se inició, tanto Croacia como la República Federativa de Yugoslavia llevaban varios años siendo partes en la Convención contra el Genocidio; y que Croacia no cuestiona que, en consecuencia, la contrademanda entre en el ámbito de la competencia de la Corte de conformidad con el Artículo IX de la Convención.

Además, la Corte considera que la contrademanda guarda relación directa, de hecho y de derecho, con la demanda de Croacia. El fundamento jurídico de la demanda y la contrademanda es la Convención contra el Genocidio. Además, las hostilidades surgidas en Croacia en 1991 y 1992 en las que se basa la mayor parte de las denuncias de la demanda tuvieron una conexión directa con las sucedidas en el verano de 1995, entre otros motivos porque la Operación Tormenta se emprendió en respuesta a la ocupación, según Croacia, de parte de su territorio a raíz de los anteriores enfrentamientos.

En consecuencia, la Corte llega a la conclusión de que se cumplen los requisitos del Artículo 80, párrafo 1, del Reglamento de la Corte.

#### III. *Derecho aplicable: Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (párrs. 124 a 166)

La Corte afirma que, al adoptar decisiones sobre controversias relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio, se basa en la Convención pero también en las demás normas pertinentes del derecho internacional, en particular aquellas por las que se rigen la interpretación de los tratados y la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. Corresponde a la Corte, al aplicar la Convención, valorar si se cometieron actos de genocidio, pero no determinar la responsabilidad penal individual por esos actos, tarea que incumbe a las cortes o tribunales penales facultados al respecto. No obstante, la Corte tendrá en cuenta, cuando corresponda, las decisiones adoptadas por cortes o tribunales penales internacionales, en particular el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, al examinar los elementos constitutivos de genocidio en la actual causa. Si se llega a la conclusión de que se ha cometido genocidio, la Corte procurará determinar la responsabilidad del Estado a partir de las normas del derecho internacional general por las que se rige la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos.

La Corte recuerda que en el Artículo II de la Convención se define el genocidio del siguiente modo:

“En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

La Corte observa que, de conformidad con ese artículo, el genocidio presenta dos elementos constitutivos: el elemento físico, que es el acto perpetrado o *actus reus*, y el elemento mental, o *mens rea*. Aunque se trata de dos elementos analíticamente diversos, ambos están vinculados. Para determinar el *actus reus* puede que haya que examinar la intención. Además, la caracterización de los actos y su relación mutua pueden permitir inferir la intención.

#### A. *La mens rea de genocidio* (párrs. 132 a 148)

La Corte observa que la “intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal” es la característica fundamental del genocidio que lo distingue de otros delitos graves. Se considera *dolus specialis*, lo cual quiere decir que para determinar la existencia de genocidio debe estar presente una intención determinada, además de la intención correspondiente a cada uno de los actos separados en cuestión.

##### 1. *Significado y alcance de la expresión “destrucción” de un grupo* (párrs. 134 a 139)

- a) *Destrucción física o biológica del grupo* (párrs. 134 a 136)

Según la Corte, en los trabajos preparatorios de la Convención se aprecia que quienes la redactaron concibieron originalmente dos tipos de genocidio, el físico o biológico y el cultural, si bien este último concepto acabó abandonándose en este contexto. En consecuencia, se decidió limitar el ámbito de aplicación de la Convención a la destrucción física o biológica del grupo. De ello se deduce que, aunque no se refiera directamente a la destrucción física o biológica de miembros del grupo, la “lesión grave a la integridad [...] mental de los miembros del grupo” en el sentido del apartado b) del Artículo II debe entenderse exclusivamente en relación con actos perpetrados

con intención de alcanzar la destrucción física o biológica del grupo, total o parcialmente. En cuanto al traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo en el sentido del Artículo II e), también puede comportar la intención de destruir físicamente al grupo, total o parcialmente, pues puede tener consecuencias en la capacidad del grupo de renovarse y, en consecuencia, de garantizar su supervivencia a largo plazo.

- b) *Escala de la destrucción del grupo* (párrs. 137 a 139)

Al ser el grupo, en todo o en parte, el objeto de la intención genocida, la Corte opina que resulta difícil establecer esa intención a partir de actos aislados. Considera que, a falta de pruebas directas, debe haber indicios de actos cuya escala permita determinar la intención no solo de atacar a determinados individuos por su pertenencia a un grupo en concreto, sino también de destruir el grupo en sí, total o parcialmente.

##### 2. *Significado de la destrucción “parcial” del grupo* (párrs. 140 a 142)

Citando su jurisprudencia anterior, la Corte recuerda que la destrucción “parcial” del grupo en el sentido del Artículo II de la Convención debe determinarse a la luz de una serie de criterios. En primer lugar, “la intención debe ser la de destruir al menos una parte considerable del grupo en cuestión”, lo cual constituye un criterio “fundamental”. Además, “se reconoce ampliamente que puede determinarse que se ha cometido genocidio cuando se detecta la intención de destruir al grupo en una zona geográficamente limitada”, por lo que “debe tenerse en cuenta la zona donde opera y ejerce control el autor”. También debe tenerse en cuenta la prominencia de la parte presuntamente atacada en el conjunto del grupo. En particular, la Corte debe examinar si “una parte concreta del grupo es emblemática del grupo en su conjunto o es fundamental para la supervivencia de este”.

##### 3. *Indicios de dolus specialis* (párrs. 143 a 148)

La Corte considera que, a falta de un plan estatal en el que se exprese la intención de perpetrar genocidio, esta puede inferirse de la conducta individual de las personas responsables de actos enumerados en el Artículo II de la Convención. A continuación, la Corte explica que, para inferir la existencia de *dolus specialis* a partir de una pauta de conducta, tal inferencia deberá ser la única razonablemente posible a partir de los actos en cuestión.

#### B. *El actus reus de genocidio* (párrs. 149 a 166)

##### 1. *Relación entre la Convención y el derecho internacional humanitario* (párrs. 151 a 153)

La Corte observa que la Convención y el derecho internacional humanitario no constituyen dos conjuntos de normas separados que persigan fines distintos. La Corte deja claro que, en ese sentido, se la exhorta a resolver una con-

troversia relativa a la interpretación y aplicación de la Convención contra el Genocidio, por lo cual no se pronunciará, de manera general o abstracta, sobre la relación entre la Convención y el derecho internacional humanitario. No obstante, señala que, en la medida en que ambos conjuntos de normas puedan ser aplicables en el contexto de un conflicto armado determinado, las normas del derecho internacional humanitario pueden ser determinantes para establecer si los actos denunciados por las partes constituyen genocidio en el sentido del Artículo II de la Convención.

## 2. *Significado y alcance de los actos físicos en cuestión* (párrs. 154 a 166)

La Corte analiza el sentido que debe darse a los actos prohibidos con arreglo al Artículo II de la Convención, con excepción del “[t]raslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo” (apartado e)), no denunciado por ninguna de las partes en la causa.

a) En cuanto a la *matanza de miembros del grupo* en el sentido del apartado a), la Corte afirma que se refiere al acto de matar “intencionalmente” a miembros del grupo.

b) Por lo que se refiere a la *lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo*, la Corte considera que, en el contexto del Artículo II, en particular de su encabezamiento, y a la luz del objeto y propósito de la Convención, el sentido ordinario de “grave” es que la lesión a la integridad física o mental mencionada en el apartado b) de ese Artículo debe ser tal que contribuya a la destrucción física o biológica del grupo, total o parcialmente. La Corte explica a continuación que las violaciones y otros actos de violencia sexual pueden constituir el *actus reus* de genocidio en el sentido del Artículo II b) de la Convención. Asimismo, la Corte considera que la persistente negativa de las autoridades competentes a suministrar a los parientes de desaparecidos en el contexto de un presunto genocidio la información en su poder que permitiría a los parientes determinar con certeza si esas personas han fallecido y, en caso afirmativo, cómo fallecieron puede ser causa de sufrimiento psicológico. Sin embargo, la Corte llega a la conclusión de que, para quedar comprendida en el ámbito del Artículo II b) de la Convención, la lesión resultante de ese sufrimiento debe ser tal que contribuya a la destrucción física o biológica del grupo, total o parcialmente.

c) En relación con el *sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial*, la Corte recuerda que el Artículo II c) comprende métodos de destrucción física distintos de la matanza mediante los que el autor persigue el fin último de causar la muerte a miembros del grupo. Esos métodos de

destrucción consisten en particular en la privación de alimentos, atención médica, vivienda o ropa, así como en la falta de higiene, la expulsión sistemática de la propia vivienda o el agotamiento como consecuencia de un exceso de trabajo o esfuerzo físico. Para determinar si los desplazamientos forzados presuntamente cometidos por las partes constituyen genocidio en el sentido del Artículo II de la Convención (en particular del apartado c)), la Corte procura determinar si, en el caso de que se trata, esos desplazamientos forzados tuvieron lugar en circunstancias de las que quepa deducir que se calcularon con la intención de causar la destrucción física del grupo.

d) Por último, en cuanto a las *medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo*, la Corte considera que las violaciones y otros actos de violencia sexual, que pueden entrar también en el ámbito de los apartados b) y c) del Artículo II, pueden constituir el *actus reus* de genocidio en el sentido del Artículo II d) de la Convención siempre que impidan los nacimientos en el seno del grupo. Para que así ocurra, es necesario que las circunstancias en que se cometen esos actos y sus consecuencias sean tales que se vea afectada la capacidad de procreación de los miembros del grupo. Igualmente, debe tenerse en cuenta el carácter sistemático de esos actos al determinar si pueden constituir el *actus reus* de genocidio en el sentido del Artículo II d) de la Convención.

## IV. *Cuestiones de prueba* (párrs. 167 a 199)

Habiendo examinado las partes con cierto detenimiento cuestiones relacionadas con la carga de la prueba, el criterio de prueba y los métodos de prueba, la Corte procede a examinar sucesivamente cada una de ellas.

a) En cuanto a la *carga de la prueba*, la Corte recuerda que corresponde a la parte que denuncie un hecho demostrar su existencia, aunque no se trata de un principio absoluto. Sin embargo, considera que, en la causa actual, ni el objeto ni la naturaleza de la controversia hacen que sea indicado plantearse una inversión de la carga de la prueba.

b) En lo que respecta al *criterio de prueba*, la Corte, haciendo referencia a su jurisprudencia anterior, recuerda que las denuncias dirigidas contra un Estado por cargos de gravedad excepcional, como en el caso actual, deben probarse de forma plenamente concluyente, y subraya que debe estar plenamente convencida de que han quedado claramente demostradas las denuncias presentadas en el proceso, a saber, que se ha cometido el crimen de genocidio u otro acto de los enumerados en el Artículo III de la Convención.

c) En cuanto a los *métodos de prueba*, la Corte recuerda que, para adoptar una decisión sobre los hechos alegados, la Corte debe determinar la pertinencia y el valor probatorio de las pruebas aportadas por las partes en apoyo de su versión de los hechos.

En relación con los documentos de las actuaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, la Corte, haciendo referencia a su propia jurisprudencia anterior en la materia, recuerda que, “en principio, debe aceptar como muy persuasivas las constataciones de los hechos pertinentes realizadas en juicio por el Tribunal, a no ser, naturalmente, que hayan quedado anuladas en la apelación” y que “también debe darse el peso que corresponda a toda evaluación del Tribunal basada en los hechos determinados, por ejemplo en relación con la existencia de la intención exigida”. En cuanto a la fuerza probatoria de las decisiones del Fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia de no incluir en una acusación un cargo de genocidio, la Corte recuerda que, como norma general, no puede darse peso a la inclusión de cargos en una acusación. Sin embargo, lo que sí podría tener interés es la decisión del Fiscal, adoptada inicialmente o en una enmienda a una acusación, de no incluir o de excluir un cargo de genocidio, aunque ello no puede entenderse como prueba determinante de si se ha cometido o no genocidio. La Corte observa que, entre las personas contra las que presentó cargos el Fiscal había dirigentes políticos y militares de máxima categoría de los principales participantes en las hostilidades registradas en Croacia entre 1991 y 1995. Los cargos presentados contra ellos incluían en muchos casos denuncias de la estrategia general adoptada por los dirigentes en cuestión y de la existencia de una empresa criminal conjunta. En ese contexto, el hecho de que no se incorporaran cargos de genocidio en las acusaciones sobrepasa más de lo que hubiera sido el caso si los acusados ocuparan puestos muy inferiores en la jerarquía de mando. Además, la Corte no puede dejar de observar que la acusación del inculpado de mayor rango, que era el ex-Presidente Milošević, incluía cargos de genocidio en relación con el conflicto de Bosnia y Herzegovina, mientras que no se presentaron cargos de ese tipo en el marco de la acusación relativa a las hostilidades en Croacia.

En cuanto a los informes procedentes de órganos oficiales o independientes, la Corte recuerda que su valor varía en función, entre otros factores, de: 1) la fuente de los elementos de prueba; 2) el proceso por el que se generaron; y 3) la calidad o carácter del elemento.

Por último, la Corte se centra en las numerosas declaraciones que adjunta Croacia a sus alegatos escritos. Aunque reconoce las dificultades que supone recabar pruebas en las circunstancias de la presente causa, la Corte observa que gran parte de las declaraciones presentadas por Croacia son deficientes. Algunas declaraciones consisten en registros de entrevistas de una persona, a veces varias, realizadas por la policía croata sin que las personas interesadas las hayan fir-

mado y sin que en ningún momento se dé a entender que las personas tuvieran conocimiento de su contenido. Además, el lenguaje empleado parece ser el de los propios agentes de policía. La Corte considera que no puede otorgar fuerza probatoria a esas declaraciones.

Otras declaraciones parecen registrar lo declarado por testigos, pero no están firmadas. Algunas de ellas se confirmaron posteriormente mediante declaraciones complementarias firmadas que se depositaron junto con la réplica, por lo que se les puede reconocer la misma fuerza probatoria que en el caso de las declaraciones que llevaban la firma del testigo cuando se presentaron por primera vez a la Corte. En algunos casos el testigo en cuestión ha declarado ante la Corte o el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y su testimonio ha confirmado el contenido de la declaración original, con lo que la Corte puede reconocerle cierta fuerza probatoria. Sin embargo, la Corte no puede otorgar fuerza probatoria a las declaraciones que no están firmadas ni confirmadas.

Algunas declaraciones presentan dificultades en la medida en que no se mencionan las circunstancias en que se formularon o se realizaron varios años después de los sucesos que se mencionan. Con todo, la Corte puede reconocerles cierta fuerza probatoria. Otras declaraciones no son relaciones de hechos presenciados por el propio declarante. La Corte afirma que solo reconocerá fuerza probatoria a estas declaraciones cuando estén confirmadas por otros testigos ante la Corte o ante el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia o cuando estén corroboradas por elementos de prueba dignos de crédito.

## V. *Examen del fondo de la demanda principal* (párrs. 200 a 442)

La Corte se propone en primer lugar determinar si los actos alegados han quedado demostrados y, de ser así, si entran en las categorías de actos enumeradas en el Artículo II de la Convención y, de ser así, si esos actos físicos se perpetraron con intención de destruir al grupo protegido, total o parcialmente.

### A. *El actus reus de genocidio* (párrs. 203 a 401)

#### 1. *Introducción* (párrs. 203 a 208)

La Corte no considera necesario ocuparse por separado de cada uno de los incidentes mencionados por el demandante ni elaborar una lista exhaustiva de los actos alegados. Se centra en las denuncias relativas a localidades presentadas por Croacia como ejemplos representativos de actos sistemáticos y generalizados cometidos contra el grupo protegido de los que cabe inferir la intención de destruirlo, total o parcialmente; se trata de las localidades mencionadas por Croacia en el juicio oral o en relación con las cuales solicitó declaraciones orales de testigos, así como de aquellas en las

que se demostró ante el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia que se habían cometido determinados actos.

Recordando que, de conformidad con el Artículo II de la Convención, el genocidio abarca los actos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, la Corte observa que en sus alegatos escritos Croacia define ese grupo como el grupo nacional o étnico croata presente en el territorio de Croacia, algo que Serbia no cuestiona. A efectos de su examen, la Corte opta por denominar ese grupo con las expresiones “croatas” o “grupo protegido”, indistintamente.

2. *Artículo II a): matanzas de miembros del grupo protegido* (párrs. 209 a 295)

Para determinar si se perpetraron matanzas de miembros del grupo protegido en el sentido del Artículo II a) de la Convención, la Corte examina pruebas del expediente de la causa relativas a Vukovar y alrededores, Bogdanovci, Lovas y Dalj (región de Eslavonia Oriental), Voćin (región de Eslavonia Occidental), Joševica, Hrvatska Dubica y sus alrededores (región de Banovina/Banija), Lipovača (región de Kordun), Saborsko y Poljanak (región de Lika) y Škabrnja y alrededores, Bruška y Dubrovnik (región de Dalmacia).

Tras su análisis, la Corte da por demostrado no solo que el Ejército Nacional Yugoslavo y las fuerzas serbias perpetraron durante el conflicto un gran Noero de matanzas en varias localidades de Eslavonia Oriental, Banovina/Banija, Kordun, Lika y Dalmacia, sino también que una gran mayoría de las víctimas eran miembros del grupo protegido, lo cual da a entender que puede que fueran objeto de ataques sistemáticos. La Corte observa que, aunque el demandado ha discutido la veracidad de determinadas acusaciones, el Noero de víctimas y los motivos de los autores, así como las circunstancias de las matanzas y su categorización jurídica, no ha rebatido el hecho de que en las regiones en cuestión se dio muerte a miembros del grupo protegido. En consecuencia, la Corte considera demostrado mediante pruebas concluyentes que se produjeron matanzas de miembros del grupo protegido, según se definió anteriormente, y que, en consecuencia, ha quedado demostrado el *actus reus* de genocidio previsto en el Artículo II a) de la Convención. La Corte agrega que, llegada a esta fase de su razonamiento, no hace falta confeccionar una lista completa de las matanzas realizadas ni emitir una constatación concluyente sobre el Noero total de víctimas.

3. *Artículo II b): lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo* (párrs. 296 a 360)

La Corte pasa a ocuparse de la cuestión de si miembros del grupo fueron objeto de lesión grave a su integridad física o mental. En primer lugar, examina las denuncias de que los croatas fueron víctimas de daños físicos, malos tratos y actos de tortura, violaciones y violencia sexual en Vukovar y alrededores (especialmente en los campamentos de Ovčara y Velepromet), Bapska, Tovarnik, Berak, Lovas y Dalj (región de

Eslavonia Oriental), en Kusunje, Voćin y Đulovac (región de Eslavonia Occidental) y, por último, en Knin (región de Dalmacia).

En segundo lugar, la Corte examina el argumento de Croacia de que el dolor psicológico sufrido por los parientes de personas desaparecidas constituyó una lesión grave a su integridad mental. La Corte considera, sin embargo, que Croacia no ha presentado pruebas de que este sufrimiento psicológico pueda constituir una lesión grave a la integridad mental en el sentido del Artículo II b) de la Convención. No obstante, la Corte observa que las partes han expresado su voluntad, en interés de las familias afectadas, de averiguar la suerte de quienes desaparecieron en Croacia entre 1991 y 1995. Tomando nota de las garantías de Serbia de que cumplirá sus responsabilidades en el proceso de cooperación con Croacia, la Corte alienta a las partes a que emprendan la cooperación de buena fe y hagan uso de todos los medios a su disposición para que la cuestión de la suerte de las personas desaparecidas pueda resolverse lo antes posible.

Para concluir, la Corte considera acreditado que, durante el conflicto, en varias localidades de Eslavonia Oriental, Eslavonia Occidental y Dalmacia, el Ejército Nacional Yugoslavo y las fuerzas serbias hirieron a miembros del grupo protegido y perpetraron actos de maltrato, tortura, violencia sexual y violación. Estos actos supusieron lesiones graves a la integridad física o mental que contribuyeron a la destrucción física o biológica del grupo protegido. La Corte considera que, en consecuencia, ha quedado demostrado el *actus reus* de genocidio en el sentido del Artículo II b) de la Convención.

4. *Artículo II c): sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial* (párrs. 361 a 394)

La Corte examina si, como afirma Croacia, el Ejército Nacional Yugoslavo y las fuerzas serbias sometieron intencionalmente al grupo protegido a condiciones de existencia que hubieran de acarrear su destrucción física, total o parcial, en el sentido del Artículo II c) de la Convención. Para ello, analiza las pruebas presentadas en relación con las denuncias de violación, privación de alimentos y atención médica, expulsión sistemática de croatas de la propia vivienda y su desplazamiento forzoso, restricciones en la circulación, obligación de que los croatas ostentasen distintivos de su origen étnico, destrucción y saqueo de propiedades croatas, vandalismo dirigido contra su patrimonio cultural y su sometimiento a trabajo forzoso.

Aunque reconoce que algunos de los actos alegados han quedado acreditados, la Corte llega a la conclusión de que Croacia no ha demostrado que el Ejército Nacional Yugoslavo y las fuerzas serbias cometieran actos que pudieran constituir el *actus reus* de genocidio en el sentido del Artículo II c) de la Convención.

5. *Artículo II d): medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo* (párrs. 395 a 400)

En cuanto a la cuestión de si se cometieron actos contra el grupo protegido que pudieran entenderse en el sentido del Artículo II *d)* de la Convención, la Corte considera que Croacia no ha demostrado que el Ejército Nacional Yugoslavo y las fuerzas serbias cometieran contra croatas violaciones y otros actos de violencia sexual destinados a impedir los nacimientos en el seno del grupo, por lo que no ha quedado demostrado el *actus reus* de genocidio en el sentido del Artículo II *d)* de la Convención.

*Conclusión sobre el actus reus de genocidio* (párr. 401)

La Corte está plenamente convencida de que, en diversas localidades de Eslavonia Oriental, Eslavonia Occidental, Banovina/Banija, Kordun, Lika y Dalmacia, el Ejército Nacional Yugoslavo y las fuerzas serbias perpetraron contra el grupo protegido actos comprendidos en los apartados *a)* y *b)* del Artículo II de la Convención y de que ha quedado demostrado el *actus reus* de genocidio.

B. *Intención genocida (dolus specialis)* (párrs. 402 a 440)

Demostrado el *actus reus* de genocidio, la Corte examina si los actos perpetrados por el Ejército Nacional Yugoslavo y las fuerzas serbias se cometieron con la intención de destruir al grupo protegido, total o parcialmente.

1. *¿Constituía la población croata radicada en Eslavonia Oriental, Eslavonia Occidental, Banovina/Banija, Kordun, Lika y Dalmacia una parte considerable del grupo protegido?* (párrs. 405 y 406)

Para determinar si la población croata radicada en estas regiones constituía una parte considerable del grupo protegido, la Corte toma en consideración no solo el elemento cuantitativo, sino también la ubicación geográfica y la prominencia de la parte del grupo que sufrió los actos. En cuanto al elemento cuantitativo, la Corte observa que las personas de origen croata radicadas en las regiones en cuestión representaban algo menos de la mitad de la población de origen croata de Croacia. En lo que respecta a la ubicación geográfica, recuerda que los actos cometidos en las mencionadas regiones por el Ejército Nacional Yugoslavo y las fuerzas serbias iban dirigidos contra la población croata radicada en ellas, donde estas fuerzas armadas ejercían control y se proponían ampliarlo. Por último, la Corte observa que Croacia no ha presentado información sobre la prominencia de esa parte del grupo.

La Corte infiere de lo anterior que la población croata radicada en las regiones de Eslavonia Oriental, Eslavonia Occidental, Banovina/Banija, Kordun, Lika y Dalmacia constituía una parte considerable del grupo croata.

2. *¿Existe una pauta de conducta de la que la única inferencia razonable posible sea la intención de las autoridades serbias de destruir en parte al grupo protegido?* (párrs. 407 a 439)

La Corte examina los 17 factores presentados por Croacia para demostrar la existencia de una pauta de conducta que denote una intención genocida (siendo los más importantes la escala y el carácter presuntamente sistemático de los ataques, el hecho de que esos ataques presuntamente hayan causado víctimas y daños que superan con creces lo que se justifica por necesidad militar, el hecho de que los ataques estaban dirigidos contra croatas y el carácter, el alcance y el grado de los daños causados a la población croata), así como las conclusiones de la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Mrkšić y otros* (fallo de 27 de septiembre de 2007) y en la causa *Martić* (fallo de 12 de junio de 2007).

La Corte observa semejanzas en el *modus operandi* entre algunos de los ataques cuya existencia se ha confirmado. Al respecto, observa que el Ejército Nacional Yugoslavo y las fuerzas serbias atacaban y ocupaban las localidades y creaban una atmósfera de miedo y coacción cometiendo varios actos que constituyen el *actus reus* de genocidio en el sentido de los apartados *a)* y *b)* del Artículo II de la Convención. Por último, la ocupación desembocaba en la expulsión forzada de la población croata de esas localidades.

La Corte observa que sus conclusiones y las del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia son coincidentes y demuestran la existencia, a partir de agosto de 1991, de una pauta de conducta consistente en ataques generalizados lanzados por el Ejército Nacional Yugoslavo y las fuerzas serbias contra las localidades con población croata de diversas regiones de Croacia con arreglo a un *modus operandi* normalmente semejante.

No obstante, la Corte recuerda que, para que una pauta de conducta se acepte como prueba de la intención de destruir al grupo, total o parcialmente, esa intención debe ser la única conclusión razonable que pueda extraerse de dicha pauta. En este sentido, observa que, en su argumentación oral, Croacia expuso dos factores que, a su juicio, deben inducir a la Corte a llegar a esa conclusión: el contexto en el que se cometieron los actos y la oportunidad que tenían el Ejército Nacional Yugoslavo y las fuerzas serbias de destruir a la población croata. La Corte los examina sucesivamente.

a) *Contexto* (párrs. 419 a 430)

La Corte analiza el contexto en el que se cometieron los actos constitutivos del *actus reus* de genocidio en el sentido de los apartados *a)* y *b)* del Artículo II de la Convención a fin de determinar el propósito de los autores de esos actos.

La Corte considera que no es preciso ahondar en los orígenes políticos e históricos de lo ocurrido en Croacia entre 1991 y 1995. Observa que el Memorando de la Academia

Serbia de las Ciencias y las Artes citado por Croacia no tiene carácter oficial y, a todas luces, no proclama la destrucción de la población croata. Ni en sí mismo ni en combinación con ninguno de los otros factores aducidos por Croacia puede entenderse como expresión del *dolus specialis*.

La Corte pasa revista a las conclusiones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. Observa que, según este, el objetivo político perseguido por los dirigentes de la región autónoma serbia de Krajina y, posteriormente, la República de la Krajina Serbia, compartido con los dirigentes de Serbia y de la República Srpska en Bosnia y Herzegovina, consistía en incorporar a Serbia las zonas serbias de Croacia y de Bosnia y Herzegovina con el objeto de establecer un territorio unificado y proclamar un territorio de etnia serbia desplazando a la población croata y otras poblaciones no serbias mediante una campaña de persecuciones.

Asimismo, la Corte observa que, conforme a las conclusiones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, los actos constitutivos del *actus reus* de genocidio en el sentido del Artículo II *a)* y *b)* de la Convención no se cometieron con la intención de destruir a la población croata, sino con la de obligarla a abandonar las regiones en cuestión para poder crear un Estado serbio étnicamente homogéneo. La Corte coincide en esta conclusión.

En consecuencia, la Corte llega a la conclusión de que las alegaciones de Croacia relativas al contexto general no justifican su afirmación de que la intención genocida es la única conclusión razonable que puede extraerse.

En cuanto a lo sucedido en Vukovar, a lo cual Croacia ha prestado especial atención, la Corte observa que, según el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, el ataque lanzado contra esa ciudad fue una respuesta a la declaración de independencia de Croacia y, por encima de todo, una declaración del control ejercido por Serbia en la República Federativa Socialista de Yugoslavia. De ello, y del hecho de que se evacuó de Vukovar a numerosos croatas, se deduce que la existencia de una intención de destruir físicamente a la población croata no es la única conclusión razonable que puede extraerse del ataque ilegal lanzado contra la ciudad. Por último, la Corte añade que las conclusiones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia dan a entender que la intención de los autores de malos tratos en Ovčara no era destruir físicamente a los miembros del grupo protegido en sí, sino castigarlos por su condición de enemigos en el plano militar.

*b) Oportunidad* (párrs. 431 a 437)

La Corte afirma que no se propone determinar si en cada una de las localidades anteriormente examinadas el Ejército Nacional Yugoslavo y las fuerzas serbias aprovecharon sistemáticamente o no las oportunidades que tuvieron de destruir físicamente a croatas.

Por otro lado, entiende que el desplazamiento forzoso de croatas en masa es un factor importante para determinar si

hubo intención de destruir al grupo, total o parcialmente. Al respecto, recuerda que anteriormente ha determinado que Croacia no ha demostrado que ese desplazamiento forzoso constituyera el *actus reus* de genocidio en el sentido del apartado *c)* del Artículo II de la Convención.

En la presente causa, la Corte observa que, como se desprende en particular de las conclusiones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, el desplazamiento forzoso fue el instrumento de una política orientada a establecer un Estado serbio étnicamente homogéneo. En ese contexto, la expulsión de la población croata se materializó mediante la creación de una atmósfera coercitiva generada por la comisión de determinados actos, entre ellos algunos que constituyen el *actus reus* de genocidio en el sentido del Artículo II *a)* y *b)* de la Convención. Tales actos obedecían a un objetivo de desplazamiento forzoso de la población croata que no entrañaba su destrucción física. La Corte considera que los actos cometidos por el Ejército Nacional Yugoslavo y las fuerzas serbias tuvieron esencialmente por efecto que la población croata huyera de los territorios en cuestión. No se trataba de destruir sistemáticamente a esa población, sino de obligarla a abandonar las zonas controladas por tales fuerzas armadas.

En cuanto a lo sucedido en Vukovar, a lo cual Croacia ha prestado especial atención, la Corte observa que en la causa *Mrkšić y otros* el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia determinó que en varias ocasiones el Ejército Nacional Yugoslavo y las fuerzas serbias habían evacuado a civiles, en particular a croatas. El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia determinó asimismo que no se había ejecutado a todos los combatientes croatas capturados por el Ejército Nacional Yugoslavo y las fuerzas serbias. Así, después de su entrega al Ejército Nacional Yugoslavo, un primer grupo de combatientes croatas fue trasladado el 18 de noviembre de 1991 a Ovčara y posteriormente a Sremska Mitrovica, en Serbia, donde permanecieron recluidos como prisioneros de guerra. Igualmente, un grupo de combatientes croatas recluidos en Velepromet fue trasladado a Sremska Mitrovica los días 19 y 20 de noviembre de 1991, mientras que los civiles no sospechosos de haber combatido en fuerzas croatas fueron evacuados a puntos de Croacia o Serbia. Se aprecia así que, en muchos casos, el Ejército Nacional Yugoslavo y las fuerzas serbias no dieron muerte a las personas croatas que habían caído en sus manos.

La Corte considera que también conviene comparar el tamaño de la parte del grupo protegido a la que se dirigieron los ataques con el Noero de víctimas croatas para determinar si el Ejército Nacional Yugoslavo y las fuerzas serbias aprovecharon las oportunidades que tuvieron de destruir a esa parte del grupo. Al respecto, Croacia presentó una cifra de 12.500 víctimas mortales croatas, a la que Serbia objeta. La Corte observa que, aun suponiendo que la cifra fuera correcta (cuestión sobre la que no se pronuncia), el Noero de víctimas presentado por Croacia es reducido en relación con

el tamaño de la parte del grupo contra la que se dirigieron ataques.

La Corte deduce de lo que antecede que Croacia no ha demostrado que los autores de los actos objeto de la demanda principal aprovecharan las oportunidades que tuvieron de destruir una parte considerable del grupo protegido.

*Conclusión con respecto al dolus specialis* (párr. 440)

En su conclusión general sobre el *dolus specialis*, la Corte entiende que Croacia no ha demostrado que la única conclusión razonable que se puede extraer de la pauta de conducta denunciada fuera la intención de destruir al grupo croata, total o parcialmente. Su opinión es que los actos constitutivos del *actus reus* de genocidio en el sentido del Artículo II, apartados *a*) y *b*), de la Convención no se cometieron con la intención específica necesaria para caracterizarlos como actos de genocidio.

La Corte observa además que el Fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia nunca ha presentado contra persona alguna cargos de genocidio dirigido contra la población croata en el contexto del conflicto armado librado en el territorio de Croacia en el período 1991-1995.

*C. Conclusión general sobre la demanda de Croacia* (párrs. 441 y 442)

De lo anterior se desprende que Croacia no ha fundamentado su denuncia de genocidio. En consecuencia, en la causa actual no pueden plantearse cuestiones de responsabilidad por la comisión de genocidio con arreglo a la Convención. Tampoco puede hablarse de responsabilidad por no prevenir el genocidio, no sancionarlo o haber sido cómplice en él.

En vista de que Croacia no ha demostrado la existencia de *dolus specialis*, es de rigor que no prosperen sus alegaciones de conspiración para la comisión de genocidio, instigación directa y pública a cometer genocidio e intento de comisión de genocidio.

En consecuencia, la demanda interpuesta por Croacia debe desestimarse en su totalidad.

La Corte afirma que, por consiguiente, no está obligada a pronunciarse sobre la inadmisibilidad de la demanda principal invocada por Serbia con respecto a actos anteriores al 8 de octubre de 1991. Tampoco es preciso que examine si cabe atribuir a la República Federativa Socialista de Yugoslavia actos presuntamente cometidos antes del 27 de abril de 1992 y, en caso afirmativo, si Serbia sucedió a la República Federativa Socialista de Yugoslavia en la responsabilidad por esos actos.

*VI. Examen del fondo de la contrademanda* (párrs. 443 a 523)

*A. Examen de los argumentos principales de la contrademanda: determinación de si se cometieron actos de*

*genocidio atribuibles a Croacia contra el grupo nacional y étnico de serbios radicados en Croacia durante la Operación Tormenta y después de ella* (párrs. 446 a 515)

La Corte observa, para empezar, que las partes no cuestionan dos puntos que cabe dar por resueltos. En primer lugar, los serbios radicados en Croacia cuando tuvieron lugar los sucesos en cuestión, que representaban una minoría de la población, constituían un “grupo nacional [o] étnico” en el sentido del Artículo II de la Convención contra el Genocidio, mientras que los serbios radicados en la región de Krajina, directamente afectados por la Operación Tormenta, constituían una “parte considerable” de ese grupo nacional o étnico. En segundo lugar, los actos denunciados por Serbia, o al menos su gran mayoría, suponiendo que queden probados, fueron cometidos por fuerzas armadas o policía regulares de Croacia.

La Corte observa, por otro lado, que las partes están en total desacuerdo sobre dos cuestiones esenciales. En primer lugar, Croacia niega que sucediera la mayor parte de los actos denunciados por Serbia; en segundo lugar, niega que esos actos, aunque algunos quedaran probados, se cometieran con intención de destruir, total o parcialmente, al grupo nacional o étnico de serbios radicados en Croacia como tal. La Corte examina ambas cuestiones.

*1. El actus reus de genocidio* (párrs. 452 a 499)

*a) Pruebas presentadas por Serbia para respaldar los hechos denunciados* (párrs. 454 a 461)

La Corte analiza las pruebas presentadas por Serbia y examina el valor probatorio que se les debe conceder.

*b) Determinación de si han quedado efectivamente comprobados los actos denunciados por Serbia* (párrs. 462 a 498)

*i) Matanza de civiles como consecuencia de los bombardeos presuntamente indiscriminados lanzados contra localidades de Krajina*

La Corte resume en primer lugar las decisiones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Gotovina*, que considera de gran interés a efectos de la presente causa.

Al respecto, la Corte observa que la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia sostuvo que dos de los acusados habían tomado parte en una empresa criminal conjunta orientada a expulsar de Krajina a la población civil serbia mediante el bombardeo indiscriminado de las cuatro localidades de Knin, Benkovac, Obrovac y Gračac con el propósito, al margen de todo objetivo estrictamente militar, de aterrorizar y desmoralizar a la población a fin de obligarla a huir. Para llegar a esta conclusión, la Sala de Primera Instancia se basó, en primer lugar, en determinados documentos, entre ellos la transcripción de una reunión celebrada en Brioni (Croacia) el 31 de julio de 1995, pocos días

antes de que se lanzara la Operación Tormenta bajo la dirección del Presidente Tudjman, y, en segundo lugar y como elemento principal, en la denominada “norma de los 200 metros”, con arreglo a la cual solo los proyectiles caídos a menos de 200 metros de un objetivo militar identificable podrán considerarse dirigidos a ese objetivo, mientras que los que hayan caído a más de 200 metros de un objetivo militar deberán considerarse prueba de que el ataque iba dirigido deliberadamente contra objetivos tanto civiles como militares, por lo que se trataba de un ataque indiscriminado. Al aplicar esa norma al caso que tenía ante sí, la Sala de Primera Instancia determinó que los ataques de artillería lanzados contra las cuatro localidades mencionadas (aunque no contra las otras localidades y aldeas de Krajina) habían sido indiscriminados, pues una gran proporción de proyectiles habían caído a más de 200 metros de objetivos militares identificables.

La Corte observa a continuación que la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia disintió de la Sala de Primera Instancia en su análisis y anuló la decisión de esta. La Sala de Apelaciones sostuvo que la “norma de los 200 metros” no tenía fundamento jurídico y carecía de justificación convincente. En consecuencia, manifestó que la Sala de Primera Instancia no podía determinar razonablemente, partiendo de la aplicación sin más de la norma, que las cuatro localidades en cuestión hubieran sido objeto de bombardeos indiscriminados. Asimismo, sostuvo que el razonamiento de la Sala de Primera Instancia se basaba fundamentalmente en la aplicación de la norma en cuestión y que ninguna de las pruebas presentadas, en particular la transcripción de Brioni, demostraba convincentemente que las fuerzas armadas croatas hubieran lanzado ataques deliberados contra la población civil. En consecuencia, la Sala de Apelaciones constató que la fiscalía no había demostrado la existencia de una “empresa criminal conjunta” y absolvió a los dos acusados de todos los cargos de que se les acusaba, entre ellos los de asesinato y deportación.

La Corte recuerda que, en principio, debe aceptar como muy persuasivas las constataciones pertinentes de los hechos realizadas en juicio por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, a no ser, naturalmente, que hayan quedado anuladas en la apelación. Por consiguiente, en la presente causa la Corte ha de decantarse por dar el máximo peso a las constataciones fácticas de la Sala de Primera Instancia no anuladas por la Sala de Apelaciones, y por dar el peso que corresponda a las constataciones y determinaciones de la Sala de Apelaciones sobre si fueron o no indiscriminados los bombardeos de las localidades de Krajina durante la Operación Tormenta.

La Corte observa que Serbia sostuvo que no debía darse obligatoriamente más peso a las constataciones de una Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia que a las de una Sala de Primera Instancia, sobre todo en las circunstancias de la causa *Gotovina*. Sin embar-

go, la Corte rechaza ese argumento. Con independencia de la manera en que se elige a los miembros de la Sala de Apelaciones, cuestión sobre la que no corresponde a la Corte pronunciarse, las decisiones de esta Sala constituyen la última palabra del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia sobre las causas de que se ocupa cuando una de las partes ha optado por recurrir el fallo de la Sala de Primera Instancia. En consecuencia, la Corte no puede considerar que las constataciones y determinaciones de la Sala de Primera Instancia estén a la misma altura que las de la Sala de Apelaciones. En caso de desacuerdo, ha de dar mayor peso a lo que diga la Sala de Apelaciones en su fallo, aunque, en última instancia, conserve la facultad de pronunciarse sobre las cuestiones de hecho y de derecho que tenga ante sí.

La Corte deduce de lo que antecede que no puede determinar que las localidades de Krajina fueran objeto de bombardeos indiscriminados lanzados deliberadamente para causar víctimas civiles. Tendrían que ser excepcionales las circunstancias para apartarse de las conclusiones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en una cuestión de este tipo. Ciertamente, Serbia ha señalado a la atención de la Corte la controversia suscitada por el fallo de la Sala de Apelaciones. Sin embargo, no se han presentado a la Corte, ni antes ni después de ese fallo, pruebas que demuestren irrefutablemente que las autoridades croatas se propusieran deliberadamente bombardear sectores civiles de poblaciones habitadas por serbios. En particular, no se aprecia intención de ese tipo en la transcripción de Brioni. Tampoco puede considerarse que esa intención haya quedado demostrada irrefutablemente a partir de los testimonios de personas que declararon ante la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Gotovina* y que Serbia llamó a declarar en la causa actual.

La Corte observa que Serbia sostiene además que, aunque los ataques de artillería dirigidos contra las poblaciones de Krajina no fueran indiscriminados y, en consecuencia, fueran lícitos de conformidad con el derecho internacional humanitario, ello no obsta para que la Corte pueda considerar que los ataques son ilícitos de conformidad con la Convención contra el Genocidio si están motivados por la intención de destruir a la población serbia de Krajina, total o parcialmente. Al respecto, la Corte explica que, sin duda alguna y por lo general, un acto determinado puede ser perfectamente lícito conforme a un conjunto de normas jurídicas e ilícito conforme a otro. En ese sentido, no puede descartarse en principio que un acto llevado a cabo durante un conflicto armado y lícito de conformidad con el derecho internacional humanitario pueda a la vez constituir una violación por el Estado en cuestión de alguna otra obligación internacional que le incumba. No obstante, no corresponde a la Corte en el contexto de la contrademanda pronunciarse sobre la relación entre el derecho internacional humanitario y la Convención contra el Genocidio. Lo que debe determinar es si los ataques de artillería lanzados contra las poblaciones de Krajina en

agosto de 1995, en la medida en que provocaron víctimas civiles, constituían “matanza de miembros del grupo [serbio de Krajina]” en el sentido del Artículo II *a*) de la Convención contra el Genocidio y, con ello, pueden considerarse actos constitutivos del *actus reus* de genocidio. “Matanza” en el sentido del Artículo II *a*) de la Convención siempre supone la existencia de un elemento intencional (que es totalmente distinto de la “intención específica” necesaria para determinar la existencia de genocidio), a saber, la intención de causar muerte. De ello se desprende que, si se considera que los ataques iban dirigidos exclusivamente contra objetivos militares y que las víctimas civiles no habían sido deliberadas, no puede considerarse que esos ataques, en la medida en que dieron lugar a muertes de civiles, entren en el ámbito del Artículo II *a*) de la Convención contra el Genocidio.

La Corte llega a la conclusión, por las razones mencionadas, de que no se ha demostrado que se cometieran “matanza[s] de miembros del grupo [protegido]” en el sentido del Artículo II de la Convención como consecuencia de los ataques de artillería lanzados en agosto de 1995 contra poblaciones de la región durante la Operación Tormenta.

*ii) Desplazamiento forzoso de la población serbia de Krajina*

La Corte observa que no se cuestiona que una parte considerable de la población serbia de Krajina abandonara la región como consecuencia directa de las acciones militares emprendidas por fuerzas croatas durante la Operación Tormenta, en particular durante el bombardeo de las cuatro poblaciones mencionadas. La transcripción de la reunión de Brioni deja claro que las máximas autoridades políticas y militares croatas eran plenamente conscientes de que la Operación Tormenta provocaría un éxodo en masa de la población serbia; en cierta medida, su planificación militar giraba en torno a ese éxodo, que consideraban no solo probable sino también deseable. En todo caso, aunque se probara que las autoridades croatas tenían la intención de provocar el desplazamiento forzoso de la población serbia de Krajina, ese desplazamiento solo podría entenderse como *actus reus* de genocidio si estuviera calculado para provocar la destrucción física, total o parcial, del grupo al que iban dirigidos los ataques, con lo cual entraría en el ámbito de lo previsto en el Artículo II *c*) de la Convención. La Corte considera que las pruebas que se le han presentado no permiten llegar a esa conclusión. Aunque hubiera una política deliberada de expulsar a los serbios de Krajina, en ningún caso ha quedado demostrado que estuviera dirigida a acarrear la destrucción física de la población en cuestión.

*iii) Matanza de serbios que huían en columnas de las poblaciones atacadas*

La Corte considera que se dispone de pruebas suficientes para determinar que se produjeron ataques contra columnas de refugiados serbios y que en parte fueron obra de fuerzas croatas o contaron con su beneplácito.

La Corte llega a la conclusión de que se produjeron efectivamente matanzas durante la huida de las columnas de refugiados, aunque no puede determinar su número y cunden las dudas sobre si se realizaron de forma sistemática. Estas matanzas, que entran dentro del ámbito de lo dispuesto en el apartado *a*) del Artículo II de la Convención contra el Genocidio, constituyen el *actus reus* de genocidio.

*iv) Matanza de la población serbia que había permanecido en las zonas de Krajina protegidas por las Naciones Unidas*

La Corte considera que las declaraciones hechas ante el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia por varios testigos en el marco de la causa *Gotovina* demuestran que durante la Operación Tormenta se produjeron ejecuciones sumarias de personas serbias en las zonas protegidas por las Naciones Unidas. Los indicios convencieron en suficiente medida a la Sala de Primera Instancia para que los aceptara como prueba de que unidades militares y fuerzas policiales especiales croatas habían llevado a cabo matanzas de serbios en un mínimo de siete poblaciones de Krajina. Asimismo, la propia Croacia ha admitido que tuvieron lugar algunas matanzas. La Corte observa que, aunque la Sala de Apelaciones anuló el fallo de la Sala de Primera Instancia, no invalidó las conclusiones fácticas de esta relativas a las matanzas y los malos tratos de serbios a manos del ejército y la policía croatas. En consecuencia, la Corte considera que las conclusiones fácticas del fallo de la Sala de Primera Instancia en relación con la matanza de serbios durante la Operación Tormenta y después de ella en zonas protegidas por las Naciones Unidas deben aceptarse en calidad de “muy persuasivas”, pues no quedaron “anuladas en la apelación”.

Sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y otras pruebas, la Corte considera que miembros de las fuerzas armadas croatas cometieron actos que entran en el ámbito del apartado *a*) del Artículo II de la Convención contra el Genocidio contra varios civiles serbios y soldados serbios que se habían entregado, todos ellos presentes en las zonas de las que se había apoderado el ejército croata durante la Operación Tormenta.

*v) Malos tratos sufridos por la población serbia durante la Operación Tormenta y después de ella*

Partiendo de las mismas consideraciones expuestas en la anterior sección con respecto a las denuncias de matanzas de serbios en las zonas protegidas por las Naciones Unidas, la Corte estima que existen indicios suficientes de malos tratos infligidos a serbios. La Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia determinó en la causa *Gotovina* que esos actos se habían cometido efectivamente. La Corte considera demostrado que una gran parte de los actos en cuestión tenían al menos un grado de gravedad suficiente para quedar incluidos en el apartado *b*) del Artículo II de la Convención contra el Genocidio. Afirma que, alcanzada esta fase de su razonamiento, no es necesario

determinar si esos actos, o algunos de ellos, supusieron también “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial” en el sentido del apartado c) del Artículo II de la Convención.

vi) *Destrucción y saqueo a gran escala de propiedades serbias durante la Operación Tormenta y después de ella*

La Corte recuerda que, para que entren en el ámbito del Artículo II c) de la Convención contra el Genocidio, los actos denunciados por Serbia deben haber sido tales que hayan sometido intencionalmente al grupo protegido a condiciones de existencia que hubieran de acarrear su destrucción física, total o parcial. La Corte considera que las pruebas que se le han presentado no le permiten llegar a esa conclusión en la presente causa. Aunque se saquearan y destrozaran propiedades serbias, en ningún caso ha quedado demostrado que con ello se persiguiera el objetivo de provocar la destrucción física de la población serbia de Krajina.

*Conclusión en cuanto a la existencia del actus reus de genocidio* (párr. 499)

En vista de lo que antecede, la Corte está absolutamente convencida de que durante la Operación Tormenta y después de ella fuerzas armadas y policiales croatas perpetraron contra la población serbia actos que entran en el ámbito de los apartados a) y b) del Artículo II de la Convención contra el Genocidio y que estos actos constituyeron el *actus reus* de genocidio.

2. *Intención genocida (dolus specialis)* (párrs. 500 a 515)

a) *La transcripción de Brioni* (párrs. 501 a 507)

A juicio de la Corte, los fragmentos de la transcripción de Brioni referidos por Serbia distan de demostrar que los dirigentes croatas tuvieran intención de destruir físicamente al grupo de los serbios radicados en Croacia o a una parte considerable de ese grupo constituida por los serbios radicados en Krajina.

Como mucho, cabría considerar que la transcripción de Brioni da a entender que los dirigentes de Croacia preveían que la ofensiva militar que estaban preparando tendría el efecto de provocar la huida de la gran mayoría de la población serbia de Krajina, que estaban satisfechos con esa consecuencia y que, en todo caso, nada iban a hacer por prevenirla, sino que, por el contrario, deseaban alentar a los civiles serbios a que se marcharan. No obstante, incluso esa interpretación, suponiendo que fuera correcta, distaría de servir de fundamento suficiente para que la Corte determinara la existencia de la intención específica que caracteriza al genocidio.

La Corte observa además que esta conclusión queda confirmada por el tratamiento dado a la transcripción de Brioni por la Sala de Primera Instancia y la Sala de Apelacio-

nes del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en sus decisiones en la causa *Gotovina*.

Para concluir, la Corte considera que, incluso si se toman en conjunto y se interpretan teniendo en cuenta el contexto político y militar general de la época, los fragmentos de la transcripción de Brioni citados por Serbia, como el resto del documento, no demuestran la existencia de la intención específica (*dolus specialis*) que caracteriza al genocidio.

b) *Existencia de una pauta de conducta indicativa de intención genocida* (párrs. 508 a 514)

La Corte no aprecia en la pauta de conducta de las autoridades croatas inmediatamente antes, durante y después de la Operación Tormenta una serie de actos que solo puedan entenderse razonablemente como indicio de la intención de las autoridades de destruir físicamente, en todo o en parte, al grupo de serbios radicados en Croacia. Como ya ha afirmado la Corte, no se han demostrado fácticamente todos los actos que, según Serbia, constituyen el elemento físico de genocidio. Los que han quedado demostrados, en particular la matanza de civiles y los malos tratos de personas indefensas, no se cometieron a una escala tal que la única inferencia posible fuera la existencia de una intención genocida. Por último, aunque fueran ciertas las acusaciones de Serbia relativas a la negativa a permitir el regreso de los refugiados serbios a su lugar de origen, algo que Croacia pone en entredicho, con ello seguiría sin quedar demostrada la existencia del *dolus specialis*: el genocidio presupone la intención de destruir a un grupo como tal, no de infligirle daños o expulsarlo de un territorio, con independencia de la tipificación jurídica de esos actos.

*Conclusión relativa a la existencia del dolus specialis y conclusiones generales sobre la comisión de genocidio* (párr. 515)

La Corte deduce de lo que antecede que no ha quedado demostrada la existencia del *dolus specialis*. En consecuencia, la Corte considera que no ha quedado probado que durante la Operación Tormenta o después de ella se cometiera genocidio contra la población serbia de Croacia.

B. *Examen de los demás argumentos de la contrademanda* (párrs. 516 a 521)

En vista de que la Corte no ha hallado actos que puedan caracterizarse de genocidio en relación con lo ocurrido durante la Operación Tormenta o después de ella, se ve en la tesitura de determinar que Croacia no infringió las obligaciones que le incumben de conformidad con el apartado e) del Artículo III. Además, en ausencia de la intención específica necesaria que caracteriza al genocidio, no puede considerarse que Croacia haya incurrido en “conspiración en la comisión de genocidio”, en “instigación directa y pública a

la comisión de genocidio” o en un intento de cometer genocidio, todo lo cual presupone la existencia de esa intención.

La Corte considera además que, puesto que Serbia no ha probado la existencia de un acto de genocidio ni de ningún otro acto mencionado en el Artículo III de la Convención cometido contra la población serbia radicada en Croacia, no puede concluirse que haya habido infracción de la obligación de sancionar conforme al Artículo VI de esa Convención.

Habiendo constatado en el presente fallo que Croacia no ha cometido ningún acto internacionalmente ilícito en relación con la Convención contra el Genocidio, la Corte se considera obligada a rechazar también las solicitudes de Serbia de que cesen los actos internacionalmente ilícitos atribuibles a Croacia y de que se la indemnice por sus consecuencias dañinas.

*Conclusión general sobre la contrademanda* (párrs. 522 y 523)

Por todos los motivos expuestos, la Corte considera que la contrademanda debe desestimarse en su totalidad.

\*

Volviendo a la cuestión de las personas desaparecidas, tratada ya en el contexto del examen de la demanda principal, la Corte observa que también desaparecieron personas durante la Operación Tormenta e inmediatamente después, y vuelve a solicitar a las dos partes que sigan cooperando para resolver lo antes posible la cuestión de la suerte de los desaparecidos.

La Corte recuerda además que su competencia en esta causa se basa en el Artículo IX de la Convención contra el Genocidio, por lo que solo puede pronunciarse dentro de los límites impuestos por ese instrumento. Por consiguiente, llega a conclusiones sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la posible responsabilidad de las partes con respecto a violaciones de las obligaciones internacionales distintas de las que derivan de la propia Convención. En la medida en que se hayan producido esas violaciones, las partes siguen siendo responsables de sus consecuencias. La Corte alienta a las partes a que sigan cooperando para ofrecer una indemnización adecuada a las víctimas de esas violaciones a fin de consolidar la paz y la estabilidad en la región.

\*

\* \*

### **Opinión separada del Presidente Tomka**

Aunque el Presidente Tomka coincide con la Corte en las conclusiones sobre el fondo de la demanda y la contrademanda, en su opinión separada explica su parecer sobre la competencia temporal de la Corte y la admisibilidad de la demanda.

Para empezar, observa que, en su fallo de 2008 sobre las excepciones preliminares, la Corte determinó que necesitaba

más elementos para pronunciarse sobre las dos cuestiones planteadas en la segunda excepción preliminar de Serbia. A juicio del Presidente Tomka, en el fallo de hoy no se indican los nuevos elementos recibidos por la Corte que le permitieron resolver el resto de la cuestión relativa a la competencia. Más bien, la Corte se basa en una creación jurídica en la que podría haberse basado en 2008. Además, el Presidente Tomka observa que las cuestiones planteadas por la Corte en su fallo de 2008 difieren de las que aborda en el presente fallo.

El Presidente Tomka subraya que, a nombre propio, Serbia solo estaba obligada como Parte en la Convención contra el Genocidio desde el 27 de abril de 1992. Comparte la conclusión de que, aunque quepa atribuir a Serbia actos anteriores a esta fecha, no puede considerarse que ello haya supuesto una infracción de la Convención. Sin embargo, el Presidente Tomka disiente en cuanto a que la competencia de la Corte con respecto a la demanda de Croacia abarque actos sucedidos antes del 27 de abril de 1992 que presuntamente suponen violaciones de la Convención contra el Genocidio sobre la base del argumento de Croacia de que Serbia sucedió a la República Federativa Socialista de Yugoslavia en la responsabilidad por esos actos.

A su juicio, ni el texto ni los trabajos preparatorios del Artículo IX de la Convención contra el Genocidio sustentan la conclusión de la Corte a ese respecto.

El Presidente Tomka señala que toda controversia planteada al amparo del Artículo IX debe ser entre Partes contratantes y referirse a la “interpretación, aplicación o ejecución” de la Convención por parte de esas Partes contratantes. A su juicio, la presencia de las palabras “incluso las [controversias] relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio” no alteran esta conclusión. Más bien, la palabra “incluso” deja claro que esas controversias son un subconjunto de las relativas a la “interpretación, aplicación o ejecución” de la Convención. Además, de los trabajos preparatorios se desprende que la inclusión en la competencia de la Corte de controversias relativas a la “responsabilidad de un Estado en materia de genocidio” tenía por objeto permitir a la Corte examinar denuncias de responsabilidad de un Estado por actos de genocidio perpetrados por personas pero imputables a él, con lo cual supondrían infracciones de la Convención por el Estado. El Presidente Tomka indica que en anteriores decisiones de la Corte y en las comunicaciones de Croacia se aprecia este entendimiento.

Aunque el fallo menciona que “el objeto fundamental de la controversia” es “determinar si Serbia es responsable de violaciones de la Convención contra el Genocidio y, en caso afirmativo, si Croacia puede invocar esa responsabilidad”, el Presidente Tomka duda de que esa fórmula describa con precisión el “objeto fundamental” presentado por Croacia en su demanda y en las conclusiones finales. En todo caso, observa que una controversia sobre la sucesión de Serbia en la responsabilidad de la República Federativa Socialista de Yugoslavia no tiene que ver con la “interpretación, aplicación

o ejecución” de la Convención por Serbia. A este respecto, observa que las dos primeras cuestiones de las tres señaladas en el fallo como objeto de disputa tienen que ver con la aplicación y la ejecución de la Convención por la República Federativa Socialista de Yugoslavia. La tercera, relativa a la presunta sucesión de Serbia en la responsabilidad, no guarda relación con las obligaciones impuestas a Serbia por la Convención ni con sus deficiencias en la debida interpretación, aplicación o ejecución. No convence al Presidente que la cláusula compromisoria del Artículo IX sea aplicable a las cuestiones de la sucesión de Estados en la responsabilidad. Observa que quienes redactaron la Convención no dieron a la expresión “responsabilidad” el sentido que le dio en este caso la Corte y que, como expresión y concepto, en derecho internacional sigue diferenciándose de la expresión “sucesión”. En consecuencia, considera que los asuntos relativos a la sucesión en la responsabilidad escapan *ratione materiae* a la competencia prevista en el Artículo IX de la Convención.

El Presidente Tomka observa que Croacia, entre otros Estados, negó la continuidad jurídica entre la República Federativa de Yugoslavia y la República Federativa Socialista de Yugoslavia, por lo que debe asumir las consecuencias de su posición al respecto. Al no haber sido Serbia parte en la Convención contra el Genocidio hasta el 27 de abril de 1992, toda controversia relativa a actos ocurridos antes de esa fecha no puede referirse a la interpretación, aplicación o ejecución de la Convención por Serbia; a su juicio, la Corte carece de competencia al respecto.

Sin embargo, el Presidente Tomka indica que ello no impide a la Corte examinar actos anteriores al 27 de abril de 1992, sin pronunciarse formalmente sobre su conformidad con las obligaciones de la República Federativa Socialista de Yugoslavia. Reconoce que puede que haya habido cierto grado de identidad de hecho entre las instancias que tomaron parte en el conflicto armado de Croacia antes del 27 de abril de 1992 y con posterioridad a esa fecha. Con todo, observa que esta identidad de hecho no debe confundirse con la situación jurídica, en relación con la cual terminó imponiéndose la tesis de la discontinuidad entre la República Federativa Socialista de Yugoslavia y la República Federativa de Yugoslavia. Aun así, el Presidente Tomka considera que la Corte, al determinar si los actos perpetrados *después* del 27 de abril de 1992 iban acompañados del *dolus specialis* necesario, podría haber examinado los sucesos anteriores a esa fecha a fin de determinar si los actos seguían una pauta de la que cupiera inferir la intención necesaria.

El Presidente Tomka plantea también inquietudes en relación con la admisibilidad de la demanda de Croacia. Observa que, en esta causa, la Corte afirma estar dispuesta a pronunciarse sobre la responsabilidad de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, Estado que no compareció ante ella, como paso previo para determinar la responsabilidad de Serbia. El Presidente Tomka toma nota de la posición de la Corte de que el principio de la causa *Oro amonedado*

es inaplicable a esta causa, al haber dejado de existir la República Federativa Socialista de Yugoslavia. Admite que esa posición podría resultar apropiada cuando se ha llegado a un acuerdo con respecto a qué Estados sucesores asumirán la responsabilidad por los actos de un Estado predecesor, como en la causa *Gabčíkovo-Nagymaros*, pero la situación le parece más complicada cuando no está claro a cuál de una serie de Estados puede corresponder la responsabilidad por los actos de un Estado predecesor. Subrayando que Serbia es uno de cinco Estados sucesores de la República Federativa Socialista de Yugoslavia en la misma medida, observa que una decisión sobre la responsabilidad en cuestión podría tener consecuencias para varios de esos Estados sucesores, o para cada uno de ellos, dependiendo de la óptica que se adopte en cuanto a la asignación de responsabilidades entre ellos. Observa al respecto que en el Acuerdo sobre cuestiones de sucesión de 2001 se dispone que “el Comité Conjunto Permanente” establecido por ese Acuerdo “examine las demandas contra la República Federativa Socialista de Yugoslavia que queden pendientes”.

No obstante, el Presidente Tomka recalca que el principio de la causa *Oro amonedado* servirá para limitar los efectos del fallo, en este caso a sus hechos poco habituales. Para concluir, observa que cuando los Estados solo reconocen de forma limitada la competencia de la Corte, se presentan demandas como las correspondientes a esta causa para que encajen en el ámbito de una determinada convención. El Presidente Tomka observa que, en este caso, la Corte reconoció la comisión de muchas atrocidades, si bien las partes no probaron la existencia de una intención genocida. Indica que, si se hubiera concedido a la Corte una competencia más general, las demandas podrían haberse presentado de forma distinta.

### Opinión separada del Magistrado Owada

En su opinión separada, el Magistrado Owada afirma que, aunque votó a favor del fallo en su conjunto, no ha podido sumarse a la conclusión a la que llegó la Corte en el apartado 1) del párrafo 524 del fallo, por el que se rechaza la excepción sobre la competencia *ratione temporis* planteada por Serbia en la actual causa.

El Magistrado Owada recuerda que la Corte, en su anterior fallo sobre la actual causa (el “fallo de 2008”) sostuvo que “la segunda excepción preliminar opuesta por la República de Serbia no presenta, en las circunstancias del caso, un carácter exclusivamente preliminar” (fallo de 2008, pág. 466, párr. 146). El Magistrado Owada señala que esta decisión se adoptó de conformidad con el párrafo 7 del Artículo 79 del Reglamento de la Corte, enmendado en 1978, que se corresponde con el Artículo 79, párrafo 9, del actual Reglamento de la Corte. El Magistrado Owada pasa a examinar el origen del texto de ese Artículo a la luz de las deliberaciones mantenidas con ocasión del fallo en la causa relativa a la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, en su segunda fase, de 1970, y de los trabajos preparatorios no publicados

de la revisión de 1972 del Reglamento de la Corte. El Magistrado Owada pasa a continuación a centrar su atención en la interpretación autorizada que hizo posteriormente la Corte de ese Artículo del Reglamento, en particular en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (I.C.J. Reports 1986, pág. 14). A juicio del Magistrado Owada, a la luz de la evolución del Reglamento de la Corte y de esta interpretación autorizada, la decisión adoptada por la Corte en el apartado 4) del párrafo 146 de su fallo de 2008 debe entenderse como decisión vinculante, tanto para las partes como para la propia Corte, en el sentido de que, “puesto que [las cuestiones planteadas en la excepción preliminar en cuestión] presentan a la vez aspectos preliminares y otros aspectos relativos al fondo, tendrán que tratarse cuando se proceda al examen del fondo” (*Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (Nicaragua c. los Estados Unidos de América) (fondo), fallo, I.C.J. Reports 1986, pág. 31, párr. 41). El Magistrado Owada considera que el actual fallo ha dejado incumplida la tarea que se encomendó a la Corte en el fallo de 2008.

El Magistrado Owada recuerda que, al ocuparse de las cuestiones básicas de la competencia *ratione temporis* planteadas por el demandado en su segunda excepción preliminar, el presente fallo hace mención de tres argumentos distintos presentados por el demandante al estudiar el fondo de la presente causa. El Magistrado Owada coincide con la Corte en el enfoque adoptado para ocuparse de las dos primeras alegaciones, la primera en el sentido de que la Convención contra el Genocidio, que impone obligaciones *erga omnes*, tiene efecto retroactivo y la segunda de que lo que apareció en 1991-1992 con el nombre de República Federativa de Yugoslavia era una entidad *in statu nascendi* surgida de la por entonces existente República Federativa Socialista de Yugoslavia en el sentido del Artículo 10, párrafo 2, de los artículos sobre la responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional. El Magistrado Owada acepta que, con respecto a los argumentos presentados por el demandante en relación con estas dos alegaciones, el fallo ofrece en lo esencial un análisis detenido. Por lo tanto, se suma a la conclusión de la Corte de que, sobre la base de estas dos alegaciones, no existe fundamento válido desde el punto de vista jurídico para conferir a la Corte competencia *ratione temporis* a fin de ocuparse de la presente causa, en la medida en que se refiere a actos sucedidos antes del 27 de abril de 1992, fecha en que el demandado declaró su independencia para pasar a ser parte en la Convención contra el Genocidio.

El Magistrado Owada discrepa de la Corte en cuanto a la manera en que trata la tercera alegación presentada por el demandante, según la cual el derecho sobre sucesión de Estados en materia de responsabilidad internacional es aplicable en las circunstancias concretas de la situación en que se encontraban la República Federativa Socialista de Yugoslavia y la República Federativa de Yugoslavia, caracterizada por el vínculo especial entre una y otra entidad.

En relación con esto último, el Magistrado Owada recuerda en primer lugar que, a modo de justificación de la conclusión de la Corte sobre la excepción en materia de competencia *ratione temporis* planteada por Serbia, en el fallo se menciona la doctrina de la sucesión de Estados con respecto a la responsabilidad internacional (párrafos 106 y ss.).

No obstante, el Magistrado Owada observa que basta un examen somero del material que figura en la sección V del fallo, relativa al “Examen del fondo de la demanda principal”, para persuadirnos a todos de que han de examinarse los requisitos mencionados en el proceso en tres etapas, descrito en el párrafo 112, conducente a que la Corte pueda tomar una decisión con respecto a la aplicabilidad *vel non* del derecho sobre sucesión de Estados con respecto a la responsabilidad internacional como fundamento plausible para establecer la competencia de la Corte a efectos de determinar si Serbia es responsable de violaciones de la Convención. El Magistrado Owada afirma que si se examina cada uno de estos requisitos en el contexto de los hechos de la causa, parece claro que la tentativa del demandante ha de fracasar en la primera fase de este proceso en la medida en que se determinó que los actos denunciados por Croacia, aun suponiendo que los hubiera cometido la República Federativa Socialista de Yugoslavia, no entraban dentro de la categoría de actos contrarios a la Convención.

El Magistrado Owada admite que el fallo pretende distanciarse de toda posición que pueda parecer una aceptación de la doctrina de sucesión de los Estados con respecto a la responsabilidad internacional, incluso *prima facie* o sobre la base de la plausibilidad. Sin embargo, considera que, a pesar del enfoque aparentemente prudente adoptado en el fallo y del descargo de responsabilidad formal, parece difícil interpretar la tesis en que se sostiene la lógica del fallo como otra cosa que un esfuerzo por vincular la lógica del fallo, por neutral que sea el aspecto que adopte, con esta doctrina como factor pertinente para conferir a la Corte la competencia *stricto sensu* en el marco de la Convención con el consentimiento implícito, aunque pueda ser parcial, de las partes o en virtud de la aplicación de normas del derecho internacional general de conformidad con el Artículo IX.

No convence al Magistrado Owada el razonamiento por el que la Corte considera que “las normas sobre sucesión que pueden entrar en acción en la presente causa pertenecen a la misma categoría que las relativas a la interpretación de tratados y la responsabilidad de los Estados” (párrafo 115). El Magistrado Owada observa que la Corte llega a esta conclusión tras referirse a una declaración general incluida en el fallo de 2007 que se cita en el párrafo 115 del presente documento. Sin embargo, considera que la intención y el propósito de ese fragmento del fallo de 2007 se dirigen a una definición restrictiva del ámbito de competencia conferido por consentimiento de las partes de conformidad con el Artículo IX de la Convención. El Magistrado Owada observa que, al contrario, la intención del párrafo 115 parece ser la de ampliar el ámbito de

competencia de la Corte conferido por consentimiento de las partes de conformidad con el Artículo IX de la Convención sosteniendo que el derecho sobre sucesión de Estados en relación con la responsabilidad internacional podría resultar válido para la “interpretación, aplicación o ejecución” de la Convención a efectos de determinar el ámbito de competencia.

El Magistrado Owada observa asimismo que la argumentación del fallo se sigue basando en una posición de la Corte muy discutible, que ya figuraba en su anterior fallo sobre las excepciones preliminares, con respecto al ámbito y las consecuencias jurídicas de la declaración hecha por la República Federativa de Yugoslavia el 27 de abril de 1992. A ese respecto el Magistrado Owada afirma su opinión discrepante con respecto a la posición adoptada por la Corte en su fallo de 2008 (fallo de 2008, pág. 451, párr. 111) y confirmada en el actual fallo (párrafo 76), pues está en contradicción con la jurisprudencia establecida por la Corte en las causas relativas a la *Legalidad del uso de la fuerza* (véase, por ejemplo, *Legalidad del uso de la fuerza (Serbia y Montenegro c. Bélgica)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 279).

Por último, el Magistrado Owada expresa su opinión de que el actual fallo debía haber seguido el camino trazado en el fallo de 2008 y examinado los aspectos pertinentes, de hecho y de derecho, del fondo de la causa antes de llegar a la conclusión de que la solicitud del demandante no podía admitirse en cuanto al fondo. Según el Magistrado Owada, incluso con arreglo a la actual estructura del fallo, la Corte debería haber examinado la validez jurídica de todas las presuntas normas de derecho internacional indicadas por el demandante, incluidas las relativas a la sucesión de Estados en materia de responsabilidad internacional, como medio de establecer el fundamento jurídico para que la Corte tuviera competencia en cuanto al fondo. El Magistrado Owada afirma en su comunicación que ello está ausente del presente fallo.

### Opinión separada del Magistrado Keith

1. El Magistrado Keith preparó su opinión separada para añadir razones a las presentadas por la Corte en relación con sus conclusiones de que ni el demandante ni el demandado habían conseguido demostrar la intención necesaria, que es la de destruir en sí, total o parcialmente, el grupo protegido en cuestión.

2. Por lo que se refiere a Croacia, el Magistrado Keith prestó especial atención a los 17 factores que, según el país, demostraban esa intención, cada uno por separado o en conjunto. En cuanto a la contrademanda presentada por Serbia, examinó los detalles del acta de la reunión celebrada por los dirigentes militares croatas, que a juicio de Serbia demostraban la existencia de esa intención específica.

3. En vista de sus conclusiones sobre los elementos esenciales, el Magistrado Keith no consideró necesario ex-

presar su opinión sobre la existencia de los actos criminales denunciados por cada parte, al margen de señalar las concesiones de las partes al respecto y, por lo que se refiere a la denuncia principal, las constataciones convincentes del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia.

### Opinión separada del Magistrado Skotnikov

En su opinión separada, el Magistrado Skotnikov discrepa de la Corte en la conclusión de que tiene competencia para adoptar una decisión con respecto a la totalidad de la demanda presentada por Croacia en la medida en que tal conclusión se refiere a actos presuntamente sucedidos antes del 27 de abril de 1992, fecha en que la propia República Federativa de Yugoslavia empezó a existir. Señala al respecto que la Corte, al tomar una decisión sobre la competencia, estaba obligada a, o bien indicar el mecanismo jurídico por el cual la República Federativa de Yugoslavia (actualmente Serbia) asumió obligaciones dimanantes de la Convención contra el Genocidio antes de empezar a existir, o bien determinar que no existía tal mecanismo. En cambio, se limita a sugerir que podrían ser aplicables a la República Federativa de Yugoslavia obligaciones dimanantes de la Convención contra el Genocidio antes del 27 de abril de 1992 en virtud de la sucesión en la responsabilidad. Con ello, este asunto preliminar queda transformado en una cuestión de fondo. Tras responder negativamente a la pregunta de si antes del 27 de abril de 1992 tuvieron lugar actos contrarios a la Convención contra el Genocidio, la Corte no vuelve a ocuparse de la cuestión de la sucesión en la responsabilidad. Si, como debía haber ocurrido, la cuestión se hubiera tratado como asunto preliminar a fin de demostrar el consentimiento de Serbia con respecto a la competencia de la Corte, esta tendría que haber determinado que la doctrina de la sucesión en la responsabilidad formaba parte del derecho internacional general en el momento en que Serbia asumió el 27 de abril de 1992 la sucesión con respecto a la Convención contra el Genocidio. Se trata de una tarea imposible, pues tal hipótesis no se sustenta en ningún tipo de jurisprudencia o práctica estatal.

El Magistrado Skotnikov recuerda que, al examinar la segunda excepción preliminar de la que se ocupa el presente fallo, la Corte había juzgado indispensable, en 2008, la cuestión de si antes del 27 de abril de 1992 son aplicables a la República Federativa de Yugoslavia las obligaciones dimanantes de la Convención contra el Genocidio (*Excepciones Preliminares, Fallo (Croacia c. Serbia)*, párr. 129). En 2015 la Corte se limita a dejar sin respuesta la cuestión. En ese sentido, la Corte incumple su obligación de determinar que tiene competencia.

Antes de pasar al fondo, el Magistrado Skotnikov observa que, al examinar causas resultantes de acontecimientos relacionados con la disolución de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, la Corte ha creado, como mínimo, tres “universos paralelos”. En uno de ellos la República Federativa

de Yugoslavia no fue miembro de las Naciones Unidas antes del 1 de noviembre de 2000 (fallo de 2004 sobre *Excepciones preliminares, Legalidad del uso de la fuerza*). En otro, la República Federativa de Yugoslavia era miembro de las Naciones Unidas desde mucho antes de esa fecha, como cabe deducir del fallo de 2007 sobre *Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro*. En otro más, la pertenencia de la República Federativa de Yugoslavia a las Naciones Unidas en el momento en que se instituyeron actuaciones, o, más bien, la falta de pertenencia, carece de consecuencia alguna (fallo de 2008 sobre *Excepciones preliminares, Croacia c. Serbia*). En 2015, en el marco del actual fallo, ha irrumpido un cuarto “universo paralelo” de gran peculiaridad, con arreglo al cual la Corte se muestra agnóstica en cuanto a determinar si la República Federativa de Yugoslavia puede haber estado sujeta a obligaciones dimanantes de la Convención contra el Genocidio antes del inicio de su existencia como Estado, lo cual, sin embargo, no impide a la Corte adoptar una decisión con respecto a la parte de la denuncia de Croacia referente al período durante el que la República Federativa de Yugoslavia no existía.

En cuanto al fondo, el Magistrado Skotnikov sigue opinando que ninguna parte del Artículo IX de la Convención contra el Genocidio da a entender que la Corte esté facultada para ir más allá de la resolución de controversias relativas a la responsabilidad de los Estados. En cuanto a si se han cometido o no el crimen de genocidio u otros actos enumerados en el Artículo III de la Convención, el papel de la Corte está limitado por su falta de competencia penal. Su cometido es determinar si ha quedado demostrado en suficiente medida que se cometieron actos prohibidos por la Convención contra el Genocidio. Determinada la cuestión, la Corte debe retomar su principal tarea relacionada con la cuestión de la responsabilidad de los Estados en materia de genocidio.

El Magistrado Skotnikov observa que la Corte nunca emprende esta tarea, pues llega a la conclusión de que no tuvieron lugar actos de genocidio ni otro tipo de actos punibles mencionados en el Artículo III de la Convención. Aunque coincide en esta conclusión, opina que, en lugar de insistir en la capacidad de la Corte de realizar su propia investigación (algo para lo que no está debidamente equipada), habría bastado con tomar nota de los procesos pertinentes del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, en el marco de los cuales nunca se han impuesto cargos de genocidio con respecto a lo ocurrido en Croacia.

### Opinión disidente del Magistrado Cançado Trindade

1. En su opinión disidente, dividida en 19 partes, el Magistrado Cançado Trindade expone los fundamentos de su posición personal disidente ante la decisión de la Corte en lo relativo a la metodología adoptada, el enfoque elegido y la totalidad del razonamiento en el marco de su tratamiento de cuestiones relativas a la evaluación de pruebas, así como al fondo, además de la conclusión de la Corte sobre la solicitud presentada por el demandante.

2. Abre su opinión disidente poniendo de manifiesto (parte I) el marco de la solución de la controversia en cuestión, ineludiblemente ligado al imperativo de *realización de la justicia*, en particular por lo que se refiere al arbitraje internacional ejercido por la Corte en casos de este tipo, correspondientes a graves infracciones de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional, al amparo de la Convención contra el Genocidio y a la luz de *consideraciones de humanidad fundamentales*.

3. A título preliminar, el Magistrado Cançado Trindade pone de manifiesto (parte II) el retraso sin precedentes, de 16 años, en el presente caso; reflexiona que “paradójicamente, cuanto más graves parecen las infracciones del derecho internacional, más tiempo lleva y más difícil resulta impartir justicia” (párr. 14). Esos retrasos prolongados en el arbitraje internacional de este tipo de casos le parecen muy lamentables, en particular desde la óptica de las víctimas (*justitia longa, vita brevis*).

4. Pasando a la cuestión de la competencia (parte III), el Magistrado Cançado Trindade observa que, en el presente caso, que enfrenta a Croacia contra Serbia, la responsabilidad no puede asignarse a un Estado desaparecido; existe continuidad personal en la política y las prácticas en el período de los sucesos (de 1991 en adelante). Siendo la Convención contra el Genocidio de 1948 un tratado de derechos humanos, como es habitual reconocer, es aplicable el derecho por el que se rige la sucesión de Estados en relación con tratados de derechos humanos (con sucesión *ipso iure*). No puede haber interrupciones en la protección dispensada a grupos humanos por la Convención contra el Genocidio en una situación de disolución de un Estado marcada por la violencia, que es cuando la protección es más necesaria.

5. En una situación de este tipo, imperan la *sucesión automática* y la *aplicabilidad permanente* con respecto a la Convención contra el Genocidio, que de otro modo quedaría privada de su efecto útil (*effet utile*). Una vez ha quedado determinada la competencia de la Corte al principio de un proceso, toda dilación o cambio de actitud posteriores por parte del Estado en cuestión no puede repercutir en tal competencia (*venire contra factum proprium non valet*). Además, la sucesión automática en materia de tratados de derechos humanos está reconocida en la práctica de órganos de supervisión de las Naciones Unidas, como el Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

6. El Magistrado Cançado Trindade añade que la *esencia* de la actual causa reside en cuestiones *sustantivas* referentes a la interpretación y aplicación de la Convención contra el Genocidio, no en cuestiones de competencia o admisibilidad (parte IV), como reconocieron las propias partes opuestas en el curso de las actuaciones. Subraya que la sucesión automática y la continuidad de las obligaciones en relación con la Convención contra el Genocidio representan un *imperativo de orden humanitario* (parte V), a fin de garantizar protec-

ción a grupos humanos cuando más necesitados están de ella.

7. A juicio del Magistrado Cançado Trindade, el *principio de humanidad* atraviesa la totalidad de la Convención contra el Genocidio, que fundamentalmente está *orientada a las personas*; atraviesa en su totalidad el *corpus iuris* en materia de protección de los seres humanos, que fundamentalmente está *orientado a las víctimas*, y abarca asimismo el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados, además del derecho penal internacional contemporáneo (párr. 84). El principio de humanidad incide claramente en la protección de los seres humanos, en particular en situaciones de *vulnerabilidad o indefensión* (párrs. 58 a 65).

8. Afirma el Magistrado que la propia Carta de las Naciones Unidas expresa la determinación de garantizar el respeto de los derechos humanos en todas partes; el principio de humanidad, en consonancia con el pensamiento iusnaturalista de larga tradición (*recta ratio*), atraviesa asimismo el derecho de las Naciones Unidas (párrs. 73 a 76). Además, el principio de humanidad ha sido objeto de reconocimiento judicial en tribunales internacionales de derechos humanos contemporáneos, así como en tribunales penales internacionales (párrs. 77 a 82). Las violaciones graves de los derechos humanos y los actos de genocidio, entre otras atrocidades, infringen las prohibiciones absolutas del *ius cogens* (párr. 83).

9. El Magistrado Cançado Trindade mantiene que la determinación de la *responsabilidad de los Estados* en el marco de la Convención contra el Genocidio no solo entra dentro de las intenciones de quienes la redactaron, como se observa en sus trabajos preparatorios, sino que también coincide con su razón de ser y con su objeto y propósito (parte VI). La Convención contra el Genocidio va dirigida a prevenir y sancionar el crimen de genocidio, que es contrario al espíritu y las metas de las Naciones Unidas, a fin de liberar a la humanidad de este flagelo. El Magistrado advierte de que, si se intenta convertir su aplicación en una tarea imposible, la Convención quedará privada de sentido y reducida prácticamente a letra muerta (párr. 94).

10. El Magistrado Cançado Trindade procede a continuación a examinar detenidamente la cuestión del criterio de prueba. Demuestra que, en su jurisprudencia, los tribunales internacionales de derechos humanos (la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) *no* han adoptado un umbral de prueba alto y estricto en casos de infracciones graves de los derechos humanos; han recurrido a suposiciones de hecho y a inferencias, así como a la modificación o inversión de la carga de la prueba (párrs. 100 a 121). Lamenta que la Corte no tuviera en cuenta esta evolución de la jurisprudencia en el marco del presente fallo (párr. 124).

11. Añade el Magistrado que, conforme a la tendencia a refutar la imposición de un umbral de prueba alto, en su jurisprudencia algunos tribunales penales internacionales (el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda) han aceptado pruebas de intención genocida a partir de inferencias de hecho, incluso a falta de pruebas directas (párrs. 125 a 139). Parece que, tanto en la causa actual como anteriormente, en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)* (2007), la Corte ha impuesto un umbral de prueba demasiado alto para determinar la existencia de genocidio, lo cual se aparta de la jurisprudencia establecida en materia de criterio de prueba por los tribunales penales internacionales y los tribunales internacionales sobre derechos humanos (párr. 142). A fin de cuentas, como indica a continuación el Magistrado Cançado Trindade:

“En última instancia, la intención solo puede inferirse a partir de factores como, entre otros, la existencia de un plan o política generales, ataques sistemáticos contra grupos humanos, la escala de las atrocidades o el uso de expresiones despectivas. Los intentos de imponer un umbral de prueba alto en materia de genocidio y de desacreditar las pruebas presentadas (como declaraciones de testigos) son sumamente lamentables y terminan reduciendo el genocidio a un crimen casi imposible de determinar y la Convención contra el Genocidio a prácticamente letra muerta. Con ello solo se consigue revestir de impunidad a los responsables de genocidio, tanto Estados como personas, y extinguir toda esperanza de que las víctimas de genocidio accedan a la justicia. El imperio de la anarquía ocuparía el lugar del estado de derecho” (párr. 143).

12. Añade el Magistrado que se impone la precaución “ante lo que parece ser una deconstrucción lamentable de la Convención contra el Genocidio” consistente en caracterizar una situación con la etiqueta “de conflicto armado a fin de descartar la existencia de genocidio cuando lo uno no excluye a lo otro” (párr. 144). A su juicio:

“Al hacerse cargo de la presente causa, la Corte Internacional de Justicia debería haber tenido presente la importancia de la Convención contra el Genocidio como destacado tratado de derechos humanos, así como su significación histórica para la humanidad. Una causa como la presente no puede determinarse en absoluto a la luz de la soberanía estatal, sino más bien en relación con el imperativo de salvaguardar la vida y la integridad de los grupos humanos sujetos a la jurisdicción del Estado en cuestión, especialmente cuando se encuentran en situaciones de total vulnerabilidad, por no decir indefensión. La vida y la integridad de la población prevalecen frente a las disputas derivadas de la soberanía estatal, en particular en vista del uso indebido que se hace de este concepto” (párr. 145).

13. El Magistrado Cançado Trindade observa asimismo que la labor de comprobación de los hechos emprendida por las Naciones Unidas en el momento en que se produjeron los incidentes (parte IX) ofrece importantes indicios de la pauta generalizada y sistemática de destrucción característica de los ataques lanzados en Croacia; así ocurre con los informes de la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1992-1993) y con los informes de la Comisión de Expertos del Consejo de Seguridad (1993-1994). Recuerda bien que esos incidentes también dejaron huella en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993). También se ha reconocido jurídicamente (en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párrs. 180 a 194) que se dirigieron ataques generalizados o sistemáticos contra la población civil croata.

14. El Magistrado Cançado Trindade pasa a continuación a examinar detenidamente la pauta generalizada y sistemática de destrucción, a su parecer debidamente demostrada en el presente proceso ante la Corte, que comprendía ataques indiscriminados contra la población civil acompañados de matanzas, torturas y palizas en masa, expulsión sistemática del propio hogar (junto con éxodo en masa) y destrucción de la cultura del grupo (parte X). Esa pauta generalizada y sistemática de destrucción comprendía también violaciones y otros delitos de violencia sexual (parte XI), señal de la necesidad e importancia de un *análisis de género* (párrs. 260 a 277).

15. Indica a continuación el Magistrado que existía además una pauta sistemática de desapariciones de personas (parte XII). La desaparición forzada de personas es una infracción grave *constante* de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario; tiene efectos destructivos y es prueba de la ampliación del concepto de víctima, que abarca no solo a las personas desaparecidas, sino también a sus familiares cercanos que desconocen su paradero. La situación generó llamamientos a adoptar un criterio probatorio adecuado y a modificar o invertir la carga de la prueba, que no puede recaer en las víctimas (párrs. 313 a 318).

16. A este respecto, también es importante tomar nota, algo que la Corte Internacional de Justicia no ha hecho, de la importante jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos (la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párrs. 300 a 310 y 313) con respecto a la desaparición forzada de personas. En resumen, el Magistrado Cançado Trindade observa que:

“Las pruebas presentadas a la Corte en la actual causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* demuestran claramente, a mi parecer, que se han producido matanzas en masa deliberadas de miembros de la población civil croata en el curso de los ataques armados lanzados en Croacia en el marco de una pauta sistemática de violencia extrema en las aldeas atacadas que también com-

prendía torturas, detenciones arbitrarias, palizas, agresiones sexuales, expulsión del propio hogar y saqueos, desplazamientos y traslados forzados, deportaciones y humillaciones. No se trataba exactamente de una guerra, sino de una devastadora embestida contra civiles. No fue simplemente una ‘pluralidad de delitos comunes’ que ‘en sí, no pueden constituir genocidio’, como sostuvo ante la Corte el letrado de Serbia en la audiencia pública celebrada el 12 de marzo de 2014, sino más bien una embestida, una pluralidad de atrocidades que, en sí, por su violencia y devastación extremas, puede ser indicio de la intención de destruir (*mens rea* de genocidio)” (párr. 237).

17. Agrega el Magistrado que las graves infracciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que se han mencionado representan infracciones del *ius cogens* que entrañan la responsabilidad estatal y exigen indemnizaciones a las víctimas. Ello concuerda con la idea de rectitud (consonante con la *recta ratio* del derecho natural) subyacente al concepto de Ley (en cada sistema jurídico, *Droit / Right / Recht / Direito / Derecho / Diritto*) en su conjunto (párrs. 319 y 320).

18. En la presente causa, la pauta generalizada y sistemática de destrucción obedeció a un plan imbuido de contenido ideológico (parte XIII 1)). Al respecto, prosigue el Magistrado Cançado Trindade, las dos partes litigantes expusieron los orígenes históricos del conflicto armado en Croacia, y el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia examinó las correspondientes pruebas periciales. La Corte no juzgó necesario detenerse en ello, pese a que las partes litigantes señalaron a su atención la instigación ideológica que desencadenó la ruptura de las hostilidades como elemento fundamental para entender debidamente la causa.

19. Las pruebas presentadas a la Corte en relación con la mencionada pauta generalizada y sistemática de destrucción demuestran que los ataques armados lanzados en Croacia no fueron exactamente una guerra, sino una embestida (compárese con lo señalado anteriormente); una de sus manifestaciones fue la práctica de distinguir a los croatas con lazos o brazaletes blancos o colocar sábanas blancas en las puertas de sus casas (parte XIII 2)). Otra manifestación consistió en vejaciones dispensadas por las fuerzas serbias a los restos mortales de los croatas fallecidos, además de otros hallazgos sucesivos en numerosas fosas comunes sumados a nuevas aclaraciones obtenidas mediante contrainterrogatorio de los testigos que comparecieron ante la Corte (en sesiones públicas y a puerta cerrada) (parte XIII 3) a 5)).

20. La pauta generalizada y sistemática de destrucción también se manifestó en el desplazamiento forzado de personas y la carencia de vivienda y en el sometimiento de las víctimas a condiciones de existencia insoportables (parte XIII 6)). Esa pauta de destrucción, considerada en su conjunto, comprendía también la destrucción del patrimonio cultural y religioso (monumentos, iglesias, capillas y murallas de las

ciudades, entre otras cosas); sería artificial pretender separar la destrucción física y biológica de la cultural (parte XIII 7)).

21. Las pruebas presentadas a la Corte en relación con determinadas aldeas devastadas (Lovas, Ilok, Bogdanovci y Vukovar (en la región de Eslavonia Oriental) y Saborsko (en la región de Lika)) dejan demostrado el *actus reus* de genocidio (apartados *a*, *b*) y *c*) del Artículo II de la Convención contra el Genocidio (parte XIV). Además, la intención de destruir (*mens rea*), total o parcialmente, a los grupos a los que se dirigían los ataques puede deducirse de las pruebas presentadas, incluso cuando no se trata de pruebas directas (parte XV). La violencia extrema en la comisión de atrocidades con arreglo a una pauta de destrucción planificada es señal de esa intención de destruir. El Magistrado Caçado Trindade agrega lo siguiente:

“A mi juicio, las evaluaciones de las pruebas no pueden prescindir de la dimensión axiológica. Los valores humanos están siempre presentes, como se desprende de la aparición histórica del principio en evolución de *conviction intime* (*livre convencimento / libre convencimiento / libero convincimento*) del magistrado. Los hechos y los valores van de la mano en las evaluaciones de pruebas. La inferencia de *mens rea* o *dolus specialis* a efectos de determinar la responsabilidad por actos de genocidio está mediada por la convicción íntima de cada magistrado y por la conciencia humana.

En última instancia, la conciencia está por encima de todo dictado premeditado y resuena con más fuerza. Las pruebas presentadas a la Corte Internacional de Justicia se refieren a la *conducta general* del Estado en cuestión y no exclusivamente a la conducta de las personas en cada delito examinado de forma aislada. En el expediente de la presente causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia contra Serbia)* figuran pruebas irrefutables de una pauta generalizada y sistemática de violencia y destrucción extremas [...]” (párrs. 469 y 470).

22. A continuación afirma el Magistrado que, en consecuencia, es necesario *indemnizar* a las víctimas (parte XVI), cuestión que expusieron debidamente las partes litigantes ante la Corte y que esta deberá determinar en una fase ulterior de la causa. En opinión del Magistrado Caçado Trindade, el difícil camino a la *reconciliación* (parte XVII) se inicia con el reconocimiento de que una pauta generalizada y sistemática de destrucción acaba victimizando a todas las personas de una y otra parte. La siguiente medida de reconciliación consiste en conceder indemnizaciones (en todas sus formas). La reconciliación exige también disculpas adecuadas que honren la memoria de las víctimas. Otra medida que deben adoptar las partes litigantes en ese mismo sentido reside en la identificación y mutua devolución de todos los restos mortales.

23. La resolución de una causa como la actual muestra la necesidad de ir más allá de una perspectiva estrictamente interestatal. El Magistrado Caçado Trindade sostiene que, estando la Convención contra el Genocidio *orientada a las personas*, es preciso centrar la atención en las personas o la población en cuestión desde una óptica humanista y a la luz del principio de humanidad (parte XVIII). Añade que, al interpretar y aplicar la Convención contra el Genocidio, la atención debe pasar a centrarse en las víctimas antes que en las susceptibilidades interestatales (párrs. 494 a 496).

24. A juicio del Magistrado Caçado Trindade, la evaluación de pruebas y la determinación de los hechos que corresponden a la Corte en la presente causa han de ser globales y no estar atomizadas. Deben tenerse en cuenta todas las atrocidades presentadas ante la Corte en relación con la pauta de destrucción mencionada, y no una mera muestra de ellas, para determinar la responsabilidad del Estado con arreglo a la Convención contra el Genocidio (párrs. 503 a 507). No puede restarse importancia a los delitos a gran escala, como las violaciones y otros delitos de violencia sexual, la expulsión del propio hogar (y la carencia de vivienda), las desapariciones forzadas y la privación de alimentos y atención médica (párr. 500).

25. El Magistrado Caçado Trindade subraya que el marco conceptual y el razonamiento jurídico de la Corte también deben ser globales y no estar atomizados a fin de garantizar el efecto útil de la Convención contra el Genocidio (párr. 508). Las ramas que conforman el *corpus iuris* de la protección internacional de los derechos de la persona (el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los refugiados y el derecho penal internacional) no pueden compartimentarse; todas ellas presentan semejanzas y convergencias (párrs. 509 a 511).

26. Recuerda el Magistrado que la Convención contra el Genocidio, que está *orientada a las víctimas*, no puede abordarse desde la estaticidad, pues se trata de un instrumento vivo (párrs. 511, 512 y 515). El Magistrado Caçado Trindade mantiene que el derecho internacional humanitario consuetudinario y el convencional deben interactuar debidamente y no mantenerse uno al margen del otro. Toda violación de las disposiciones sustantivas de la Convención contra el Genocidio es a la vez obligatoriamente una violación del derecho internacional consuetudinario en la materia (párr. 513). Además, indica el Magistrado que tampoco pueden entenderse por separado los elementos relacionados entre sí de *actus reus* y *mens rea* de genocidio.

27. Se centra a continuación el Magistrado en los principios generales del derecho (*prima principia*), en particular el principio de humanidad, de gran importancia para el derecho internacional convencional y consuetudinario; tales principios confieren al orden jurídico internacional una dimensión axiológica ineluctable (párr. 517). Añade que los tratados de derechos humanos, como la Convención contra

el Genocidio, tienen una hermenéutica propia que propugna un enfoque global en cuanto a los hechos y al derecho en lugar del enfoque atomizado o fragmentado que ha adoptado la mayoría de la Corte.

28. El Magistrado Cançado Trindade advierte de los peligros de la posición adoptada por la Corte Internacional de Justicia en el presente fallo, que también se apreciaban en su anterior fallo con respecto a la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)* (2007), al conceder importancia general al *consentimiento* de los Estados particulares y, lamentablemente, anteponerlo en gran medida a los imperativos de realización de la justicia a escala internacional. En un ámbito como el de los tratados de derechos humanos, en general, y la Convención contra el Genocidio, en particular, el derecho internacional se perfila como algo no solo voluntario sino también *necesario*, y los derechos y valores humanos fundamentales protegidos están por encima de los intereses de los Estados o de su “voluntad” (párr. 516).

29. El imperativo de *realización de la justicia* se basa en la primacía de la conciencia (*recta ratio*) frente a la “voluntad” (párr. 518); el consentimiento cede paso a la justicia objetiva. El Magistrado Cançado Trindade reitera que la Convención contra el Genocidio se ocupa de los grupos humanos en situaciones de vulnerabilidad o indefensión; su perspectiva está orientada a las personas y se centra en las víctimas (párrs. 520 a 522). Asimismo, advierte de que la perspectiva general que considera propia de la Convención contra el Genocidio consiste en tener en cuenta “*la totalidad del contexto fáctico* de la presente causa, en la que se enfrentan Croacia y Serbia, y no una muestra sin más de determinados incidentes registrados en algunos municipios, opción de la mayoría de la Corte” (párr. 523).

30. A su juicio, esa totalidad del contexto fáctico “revela claramente una pauta generalizada y sistemática de destrucción que la mayoría de la Corte parece esforzarse a veces por disminuir en importancia o incluso por no tener en cuenta” (párr. 523). El Magistrado Cançado Trindade añade que se impone “un examen completo y no atomizado del asunto que sea fiel al pensamiento humanista y parta del principio de humanidad que atraviesa en su totalidad el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los refugiados y el derecho penal internacional, incluida la Convención contra el Genocidio” (párr. 523). Agrega lo siguiente:

“Mi opinión disidente se funda no solo en la evaluación de los argumentos expuestos ante la Corte por las partes litigantes (Croacia y Serbia), sino, sobre todo, en cuestiones de principio y valores fundamentales, a los que concedo una importancia aún mayor. En consecuencia, en la opinión disidente que aquí presento me he sentido obligado, en fiel ejercicio de la función

judicial internacional, a sentar las bases de mi propia posición disidente en la causa presente” (párr. 524).

31. Resumiendo, el Magistrado Cançado Trindade termina afirmando que los principios fundamentales y los valores humanos ejercen un papel destacado en la interpretación y aplicación de la Convención contra el Genocidio; al respecto prima la preocupación por las víctimas de crueldad humana, pues, en resumidas cuentas, la *raison d’humanité* se antepone a la *raison d’État* (pág. 547). A su parecer, eso es lo que debería haber decidido la Corte Internacional de Justicia en el presente fallo sobre la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*.

### Declaración de la Magistrada Xue

La Magistrada Xue se reserva su posición en relación con la conclusión de la Corte de que, en el contexto de la actual causa, podía determinar su competencia sobre la base de la sucesión de Estados en la responsabilidad de conformidad con el Artículo IX de la Convención contra el Genocidio. Expresa la opinión de que debía haberse aceptado la segunda excepción de Serbia a la competencia *ratione temporis* y la admisibilidad, por lo que la Magistrada votó contra el párrafo 1 del fallo.

### I. Cuestiones que habían quedado pendientes en el fallo de 2008

En cuanto a las “dos cuestiones inseparables” que habían quedado pendientes en el fallo de 2008, la Magistrada Xue observa que las conclusiones de la Corte de que Serbia solo estaba obligada a respetar la Convención desde el 27 de abril de 1992 y de que la Convención contra el Genocidio no es retroactiva, ni siquiera con respecto a la responsabilidad de los Estados, son decisiones jurídicas concluyentes. En consecuencia, opina que debe admitirse la segunda excepción de Serbia en materia de competencia.

El tratamiento dado por la Corte a la sucesión de los Estados en la responsabilidad como cuestión aparte a efectos del examen de la competencia *ratione temporis* supone, a su juicio, una desviación cuestionable con respecto al fallo de 2008. Desde el punto de vista del procedimiento, el argumento alternativo de Croacia con respecto a la sucesión de Serbia en las responsabilidades de la República Federativa Socialista de Yugoslavia supone una nueva alegación en materia de competencia que se basa en obligaciones convencionales asumidas por un tercero. Cuando la Corte llega en el fallo a la conclusión de que, incluso por lo que se refiere a la responsabilidad de los Estados, la Convención no es retroactiva, parece evidente que esa alegación tiene que ver con la cuestión de la sucesión más que con la de responsabilidad.

Fundamentalmente, en vista de la abundancia de actos denunciados (en su mayor parte ocurridos antes del 27 de

abril de 1992), la cuestión de la sucesión es tan determinante para la causa que el argumento alternativo de Croacia debería haberse tratado con igual detenimiento que su argumento principal. Lo cierto es que el hecho de que Croacia invocara con retraso ese argumento hace plantearse si Serbia ha gozado de equidad procesal.

## II. Premisa política de la sucesión de Serbia

La Magistrada Xue señala que es compleja la cuestión de la sucesión en la presente causa. De 1992 a 2000 Serbia mantuvo una condición *sui generis* que planteó una serie de cuestiones jurídicas sobre su consideración ante la Corte. A su juicio, la premisa política de la sucesión de Serbia vino en gran medida dictada por el hecho de que fue más normal tratar su declaración y nota de 1992 desde la conveniencia política que darles una interpretación jurídica coherente conforme al derecho internacional desde la óptica de la situación de hecho.

Si bien confirma la validez de los compromisos de Serbia con las obligaciones internacionales, en su fallo de 2008 la Corte no señala las consecuencias jurídicas que se derivan necesariamente del cambio de esa premisa política.

De conformidad con el derecho internacional, la Magistrada Xue señala que, posiblemente, la nueva premisa política tenga para Serbia una triple consecuencia. En primer lugar, Serbia, al ser uno de los Estados sucesores en lugar de la continuación única de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, no goza de todos los derechos de su predecesor, como tampoco sigue asumiendo todas las obligaciones y responsabilidades internacionales de la República Federativa Socialista de Yugoslavia como la misma personalidad internacional. En segundo lugar, esa condición determinará los límites de las obligaciones convencionales de Serbia de conformidad con el derecho internacional. En tercer lugar, sus relaciones convencionales con los demás Estados sucesores se regirán por su grado de avenencia, así como por normas generales del derecho de tratados.

En la actual causa, los dos argumentos presentados por Croacia con respecto a la sucesión de Serbia en las responsabilidades de la República Federativa Socialista de Yugoslavia parten de la premisa política de la sucesión de Serbia. Al no ser Serbia continuación de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, sino uno de los Estados sucesores, se adhirió a la Convención contra el Genocidio en la fecha de su proclamación, por lo que solo se hallaba vinculada con su cumplimiento desde el 27 de abril de 1992. Los asuntos relativos a la sucesión entre los Estados recién independizados que sucedieron a la República Federativa Socialista de Yugoslavia se rigen por el Acuerdo sobre cuestiones de sucesión de 29 de junio de 2001. Con estos hechos como telón de fondo y sobre la base de la premisa política mencionada, la Corte debe interpretar el Artículo IX de la Convención contra el Genocidio a fin de determinar si el derecho internacional ofrece bases jurídicas

en las que la Corte pueda fundar su competencia en relación con los hechos sucedidos antes del 27 de abril de 1992.

## III. Interpretación del Artículo IX de la Convención contra el Genocidio

En cuanto a la interpretación del Artículo IX, la Magistrada Xue considera que la Corte debe determinar en primer lugar si la sucesión de los Estados en la responsabilidad entra en el ámbito del Artículo IX y, de ser así, si en el presente caso Serbia debe o no debe suceder a la República Federativa Socialista de Yugoslavia en su responsabilidad. Solo cuando se resuelvan estas cuestiones tendrá la Corte competencia para ocuparse del fondo de la causa, pero no al revés.

La Magistrada Xue observa que es difícil determinar a partir de la trayectoria de la redacción o de las disposiciones sustantivas de la Convención si la responsabilidad de un Estado mencionada en el Artículo IX también comprende la sucesión de un Estado en la responsabilidad. Aunque los Estados partes impidieron inequívocamente el efecto retroactivo de la Convención y mantuvieron dudas en cuanto a la responsabilidad de los Estados con respecto a las violaciones de la Convención, sería mucho más improbable que conviniere en importar la sucesión de un Estado en la responsabilidad conforme a lo expuesto en el Artículo IX.

La Magistrada Xue recalca que, de conformidad con el Artículo IX de la Convención, no se espera que la Corte resuelva controversias relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la Convención, sino controversias que guarden relación directa con los derechos y obligaciones de las partes. Las condiciones para determinar la responsabilidad de un Estado se rigen por el derecho internacional general. A no ser que se den esas condiciones y hasta que ello ocurra, no puede invocarse la responsabilidad de un Estado.

Cuando la Corte procede a determinar si los presuntos actos de genocidio denunciados por Croacia en relación con Serbia podían atribuirse a la República Federativa Socialista de Yugoslavia y, con ello, entrañaban su responsabilidad, su examen, independientemente de la decisión que acabe adoptando, se basa obligatoriamente en el supuesto de sucesión en la responsabilidad y en el supuesto de que Serbia podía suceder a la República Federativa Socialista de Yugoslavia en su responsabilidad por haber violado las obligaciones previstas en la Convención. Con ello, en la práctica se aplica retroactivamente la Convención a Serbia. Aunque las normas de la responsabilidad de los Estados han evolucionado considerablemente desde que se aprobó la Convención contra el Genocidio, es poco lo que puede encontrarse en el derecho internacional general con respecto a la sucesión de Estados en la responsabilidad.

Resumiendo, sin perjuicio de la precaución indicada en el fallo, el enfoque adoptado por la Corte para resolver la actual controversia puede, a su juicio, tener consecuencias

graves que la Corte no pretende trasladar a futuras interpretaciones de los tratados.

#### IV. El “intervalo” sin protección

Por último, la Magistrada Xue desea hacer una observación sobre el argumento de Croacia de que la decisión de limitar la competencia a los sucesos posteriores al 27 de abril de 1992 crearía un “intervalo” en la protección prevista en la Convención. Aunque desde el punto de vista de la protección de los derechos humanos se trata sin duda de un argumento contundente y atractivo, la competencia de la Corte debe, en la presente causa, limitarse a las obligaciones resultantes de la propia Convención que Serbia ha contraído. Este tipo de “intervalo”, de existir, surgiría no solo en caso de sucesión de un Estado, sino también en relación con todo Estado antes de que pasara a ser parte en la Convención. Se trata del límite del régimen convencional.

La Magistrada Xue señala además que la competencia de la Corte es uno de los diversos medios disponibles para la ejecución de la Convención. Además, cuando un Estado se decanta por no someterse a la cláusula del Artículo IX en el momento de ratificar la Convención o adherirse a ella, ello no entraña que la población de ese Estado parte no obtenga la protección de la Convención. En última instancia, las medidas nacionales cumplirán la principal función de prevención del genocidio y sanción de los autores de crímenes de genocidio. A escala internacional, en la situación relativa a la presente causa, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia se estableció para enjuiciar a los autores de crímenes cometidos en el curso del proceso de disolución de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, pese a que esta había dejado de existir. Aunque la responsabilidad penal individual y la responsabilidad de un Estado son cosas distintas, la protección y la justicia correspondientes a ambas tienen igual importancia. Solo de conformidad con el derecho internacional podrá determinarse si ha de responsabilizarse a Serbia por la presunta infracción de las obligaciones internacionales de la República Federativa Socialista de Yugoslavia en el marco de la Convención.

#### Declaración de la Magistrada Donoghue

La Magistrada Donoghue coincide con la Corte en sus conclusiones relativas a la demanda y la contrademanda. Sus observaciones se refieren a las partes del fallo que tratan del *actus reus* de genocidio.

Por lo que se refiere a la demanda, la Magistrada Donoghue menciona las declaraciones escritas de testigos presentadas por Croacia. Cree que las declaraciones escritas de testigos han de presentar información básica de identificación (en particular, nombre, nacionalidad, lugar de residencia y fecha y lugar de la firma), así como información suficiente para poder determinar si las pruebas son fidedignas (como la relación entre el testigo y las partes, una descripción

pormenorizada de los hechos o la fuente de la información aportada por el testigo). Muchas declaraciones presentadas por Croacia son deficientes, aunque no sea ese el motivo de que la Corte rechace la demanda de Croacia. La Magistrada Donoghue observa asimismo que la Corte se basa en gran medida en declaraciones de testigos para determinar si cabe demostrar el *actus reus* de genocidio en algunas localidades, especialmente a falta de conclusiones fácticas pertinentes del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia o de admisiones por parte de Serbia. Recordando el estricto criterio de prueba por el que se rige esta causa, le parece desafortunado que la Corte no explique sistemáticamente los motivos por los que se llega a la conclusión de que el *actus reus* existe, o no existe, en una determinada localidad.

En lo que respecta a la contrademanda, la Magistrada Donoghue menciona el examen por la Corte de la cuestión de si se produjeron matanzas intencionales durante el bombardeo de Knin (Croacia). Coincide en que la Corte no tiene fundamentos para determinar que las muertes civiles producidas en Knin fueran resultado de un bombardeo indiscriminado. Sin embargo, disiente en cuanto a lo indicado en el fallo en el sentido de que la expresión “matanza” que aparece en el apartado *a)* del Artículo II de la Convención contra el Genocidio no comprende las muertes resultantes de ataques lanzados exclusivamente contra objetivos militares sin estar dirigidos de forma deliberada contra civiles.

#### Opinión separada del Magistrado Gaja

El presente fallo obedece lógicamente al enfoque adoptado en 2007 por la Corte en su fallo sobre la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*. Uno y otro fallo emplean un marco jurídico igual o semejante al examinar cuestiones relacionadas con la responsabilidad de los Estados por la comisión de actos de genocidio y la responsabilidad penal individual en materia de genocidio. No se otorga suficiente importancia a determinados aspectos de la responsabilidad de un Estado.

Los tribunales penales internacionales suelen aplicar una definición de genocidio restrictiva. Ese tipo de definición restrictiva figura también entre los Elementos de los Crímenes adoptados por la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma. Las razones de que se adopte una definición restrictiva no son aplicables en el caso de la responsabilidad del Estado.

El elemento mental del genocidio puede resultar más fácil de determinar cuando se examina la responsabilidad del Estado, que no presupone la constatación de que una persona o un órgano cometieran determinados actos con intención genocida.

En asuntos penales, el criterio de prueba aplicado normalmente es que la responsabilidad debe demostrarse más allá de toda duda razonable. Ese mismo criterio parece de-

masiado estricto cuando se aplica a la responsabilidad de un Estado. La “gravedad excepcional” de los cargos de comisión de actos de genocidio no debería dificultar aún más la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado.

### Opinión separada de la Magistrada Sebutinde

La Magistrada Sebutinde coincide con la Corte en las conclusiones que figuran en los párrafos 2 y 3 de la parte dispositiva del fallo, pero disiente en cuanto al párrafo 1. A su juicio, la competencia *ratione temporis* de la Corte con arreglo al Artículo IX de la Convención contra el Genocidio se limita a ocuparse de las controversias relativas a la interpretación, aplicación y ejecución de la Convención por las Partes contratantes y en relación con actos imputables a esos Estados, en el presente caso Croacia y Serbia. El motivo es el principio central del derecho internacional de que las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo (art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). En el actual caso, la Serbia integrante de la República Federativa de Yugoslavia no puede estar sujeta a las obligaciones de la Convención contra el Genocidio antes del 27 de abril de 1992, cuando pasó a ser Parte contratante por sucesión. La República Federativa Socialista de Yugoslavia, a la que el demandante atribuye los actos cometidos antes del 27 de abril de 1992, es una entidad que ya no existe ni es Parte contratante. En consecuencia, la responsabilidad de la Serbia integrante de la República Federativa de Yugoslavia, que es uno de los cinco Estados sucesores de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, junto con las repúblicas de Croacia, Eslovenia, Bosnia y Herzegovina y Macedonia, por actos cometidos por un Estado predecesor antes del 27 de abril de 1992, es decir, antes de que Serbia pasara a ser Estado parte en la Convención contra el Genocidio, no entra dentro de la competencia *ratione temporis* de la Corte.

La Magistrada Sebutinde disiente asimismo de la Corte en su decisión de reconocer fuerza probatoria a la decisión del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia de no imponer a ninguna persona cargos de genocidio en relación con el conflicto librado en Croacia, como nuevo indicio del hecho de que en Croacia nunca tuvo lugar un genocidio. A su juicio, esa decisión se funda peligrosamente en meras conjeturas, pues el Tribunal no expuso los motivos de esa decisión en materia de enjuiciamiento. De conformidad con el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, la decisión de investigar y enjuiciar es discreción y prerrogativa absoluta del Fiscal, sin que sea obligatorio acompañarla de una exposición de los correspondientes motivos. A diferencia de las decisiones judiciales, la decisión en materia de enjuiciamiento relativa a la inclusión o exclusión

de un determinado cargo contra una persona tiene carácter ejecutivo y se basa en las pruebas disponibles en el momento en que se redacta la acusación, sin que comporte una constatación general o definitiva de los hechos. La discreción en materia de enjuiciamiento se ve determinada por una amplia gama de factores que no guardan relación con la disponibilidad de pruebas, entre ellos los costos y la duración del juicio, la capacidad de gestionar testigos y su disponibilidad. Además, las cuestiones que tienen encomendadas la Corte y el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia se refieren a dos regímenes totalmente distintos, y sus respuestas no se determinan mutuamente. Mientras que el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia se ocupa de la responsabilidad penal individual por la comisión de determinados crímenes, la Corte se encarga de evaluar la responsabilidad del Estado por no impedir o sancionar a los presuntos autores de una serie acumulada de crímenes que podrían haberse cometido con intención genocida. En este último caso, no es necesario identificar a cada uno de los autores individuales de los crímenes antes de que la Corte pueda sacar conclusiones. La Corte puede y debe adoptar una perspectiva global en relación con todas las pruebas, incluidas las constataciones a que ya haya llegado el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. También tiene ante sí otras pruebas que no fueron objeto de cargos ante el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, con respecto a las cuales puede adoptar una decisión. En consecuencia, la Corte debe proceder con cuidado al reconocer fuerza probatoria a la decisión del Tribunal de no imponer a ninguna persona cargos de genocidio en relación con el conflicto librado en Croacia o de inferir algo de ella, a falta de los motivos de esa decisión en materia de enjuiciamiento.

### Opinión separada del Magistrado Bhandari

1. El Magistrado Bhandari ha coincidido con la mayoría en su voto relativo a los tres párrafos de la parte dispositiva del presente fallo. Sin embargo, en lo que respecta al segundo párrafo de la parte dispositiva (la desestimación de la denuncia de genocidio presentada por Croacia contra Serbia), si bien coincide en la conclusión mayoritaria de que se cometió el *actus reus* de genocidio contra personas de origen croata durante el período en cuestión, sigue sin convencerle el hecho de que Croacia haya satisfecho su obligación de fundamentar su alegación aportando el mínimo de pruebas fidedignas exigido por la Corte para llegar a un convencimiento pleno de que solo puede llegarse a la conclusión razonable de que esos actos se perpetraron con *mens rea* genocida.

2. El Magistrado Bhandari pasa a explicar sus preocupaciones y dudas con respecto al análisis realizado por la mayoría para determinar la existencia o inexistencia de *dolus specialis* genocida. En resumen, considera que la mayoría: 1) no estableció parámetros y orientaciones claros para determinar la cuestión de la intención genocida, en particular por lo que se refiere al criterio de “sustancialidad”; 2) no ha

tenido debidamente en cuenta la evolución de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales en el ámbito de la intención genocida desde que en 2007 la Corte emitió el fallo en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*; y 3) no abordó debidamente los 17 factores enumerados por Croacia para la determinación de una intención genocida ni respondió a ellos.

3. Al examinar la jurisprudencia reciente del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, el Magistrado Bhandari observa determinadas tendencias en la evolución jurídica del criterio de “sustancialidad” de la intención genocida y lamenta el silencio de la mayoría ante esta evolución de la jurisprudencia sobre el tema. Aunque el Magistrado Bhandari reconoce que la Corte está facultada para no tener en cuenta esa jurisprudencia, opina que la mayoría ha desperdiciado la oportunidad de aclarar este ámbito arcano del derecho internacional público y, con ello, diferenciar el derecho sobre el genocidio del correspondiente a otros delitos graves, como el de lesa humanidad.

4. En el curso de su análisis, el Magistrado Bhandari explica con detenimiento estas dudas centrándose en el tratamiento dado por la mayoría a los sucesos ocurridos en la ciudad croata de Vukovar de agosto a noviembre de 1991 y aplicando parte de la evolución registrada en el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda a ese aspecto concreto del conflicto. Al prestar especial atención a los sucesos de Vukovar, el Magistrado Bhandari observa que constituían la piedra angular de las alegaciones del demandante, por lo que, a su juicio, la Corte debía haberlos tenido más en cuenta de lo que se observa en el presente fallo.

5. Por último, el Magistrado Bhandari explica su insatisfacción con el razonamiento de la mayoría en el sentido de que los sucesos de Vukovar no podían obedecer a una intención genocida al estar animados por el deseo, entre otros, de “castigar” a la población croata local. A su juicio, ese enfoque confunde los conceptos jurídicos de motivo e intención, que son diversos. El Magistrado Bhandari también se aparta de la distinción, a su juicio ilógica y jurídicamente desacertada, trazada por la mayoría al otorgar cierto valor probatorio a la decisión del Fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia de *no* imponer cargos de genocidio en el marco de una acusación, a la vez que se niega toda fuerza probatoria a una decisión ulterior del Fiscal de incluir en una acusación un cargo de genocidio.

### Opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Vukas

El Magistrado *ad hoc* Vukas observa para empezar que el contenido del fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la*

*Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)* debe leerse en el contexto de las circunstancias históricas y las circunstancias políticas del momento actual. Es decir, la Corte ha pasado por alto elementos y características claros de un genocidio cometido en algunas zonas de Croacia por el Ejército Nacional Yugoslavo y fuerzas serbias porque su comisión se remonta a hace un cuarto de siglo y su confirmación podría estorbar los actuales esfuerzos por incorporar a la República de Serbia en la Unión Europea.

A juicio del Magistrado *ad hoc* Vukas, aunque la Operación Tormenta se lanzó en agosto de 1995, solo cuando la República de Croacia presentó su demanda, en 1999, determinó Serbia que, muchos años antes de la demanda presentada por Croacia, se había cometido genocidio contra la población serbia en Croacia.

Según el Magistrado *ad hoc* Vukas, el fallo emitido por la Corte Internacional de Justicia en audiencia pública celebrada el 3 de febrero de 2015 obedece más, por lo general, a la opinión de que es necesario que Croacia y Serbia mantengan buenas relaciones que a la obligación de imponer castigos a los responsables de genocidio.

En consecuencia, el Magistrado *ad hoc* Vukas votó en contra del fallo y presentó su opinión disidente.

### Opinión separada del Magistrado *ad hoc* Kreća

Aunque se califica de opinión separada, la opinión del Magistrado *ad hoc* Kreća consta de elementos coincidentes y disidentes.

La opinión del Magistrado *ad hoc* Kreća es disidente por lo que se refiere a la cuestión de la competencia en la causa (es decir, en cuanto a la segunda excepción preliminar de Serbia). Preocupa especialmente al Magistrado *ad hoc* Kreća el enfoque sumamente laxo de la Corte con respecto a su competencia *ratione temporis*, así como la falta de decisiones en relación con los siguientes aspectos fundamentales: desde qué fecha puede considerarse que la Convención contra el Genocidio es vinculante para el demandante; desde qué fecha puede considerarse que es aplicable entre las partes; y hasta qué fecha puede considerarse vinculante para la República Federativa Socialista de Yugoslavia. El Magistrado *ad hoc* Kreća opina que la laxitud de este enfoque prescinde del principio fundamental de consentimiento. En particular, al tratar la segunda excepción preliminar de Serbia, relativa a la admisibilidad de la demanda, junto con la demanda principal, la Corte reduce una decisión esencial en materia de competencia a una especie de consecuencia accesoria. El Magistrado *ad hoc* expresa su preocupación por las futuras consecuencias de ese enfoque para la competencia de la Corte.

En cuanto a la relación entre la República Federativa Socialista de Yugoslavia y la República Federativa de Yugoslavia por lo que se refiere a la responsabilidad estatal, el Magistrado *ad hoc* Kreća rechaza enérgicamente toda idea de adoptar

una decisión sobre la sucesión de los Estados en la responsabilidad partiendo de parte del derecho internacional, así como la pertinencia del Artículo 10 2) de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en las circunstancias del caso. Asimismo, rechaza toda posible aplicación retroactiva de la Convención contra el Genocidio, tanto de su cláusula compromisoria (Artículo IX) como de sus disposiciones sustantivas.

En relación con la dimensión jurídica sustantiva, el Magistrado *ad hoc* Kreća coincide en que, en general, no se ha demostrado la existencia de genocidio tal como se define en la Convención contra el Genocidio.

Considera el Magistrado *ad hoc* que, en su mayor parte, la Corte ha emprendido una interpretación de la Convención contra el Genocidio consonante con su espíritu y su letra, si bien expresa alguna preocupación sobre la relación entre la

jurisprudencia de la Corte y la del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y pide que la Corte adopte un enfoque crítico y equilibrado con respecto a la jurisprudencia en materia de genocidio del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia.

El Magistrado *ad hoc* Kreća opina que ambas partes cometieron atrocidades y crímenes terribles en la trágica guerra civil librada en Croacia, si bien estos crímenes entran más en el marco de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra que en el ámbito de la Convención contra el Genocidio.

Sin embargo, el Magistrado *ad hoc* disiente en la cuestión de la instigación al genocidio al considerar que la relación entre el régimen del Presidente Tudjman de Croacia y la ideología ustasha justifica la conclusión de que el demandante practicó la incitación directa e implícita al genocidio

## 210. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA INCAUTACIÓN Y RETENCIÓN DE CIERTOS DOCUMENTOS Y DATOS (TIMOR-LESTE *c.* AUSTRALIA) [MEDIDAS PROVISIONALES]

### Providencia de 22 de abril de 2015

El 22 de abril de 2015, la Corte Internacional de Justicia dictó una providencia sobre la solicitud de modificación de la providencia de 3 de marzo de 2014 sobre medidas provisionales en la causa relativa a *Cuestiones relacionadas con la incautación y retención de ciertos documentos y datos (Timor-Leste c. Australia)*. En su providencia, la Corte consideró de forma unánime que la situación había cambiado lo suficiente como para justificar una modificación de la providencia dictada el 3 de marzo de 2014.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Gevorgian; Magistrados *ad hoc* Callinan, Cot; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

En la parte dispositiva (párr. 21) de la providencia se establece lo siguiente:

“[...]”

La Corte,

1) Por unanimidad,

*Autoriza* la devolución al despacho de abogados Collaery Lawyers de todos los documentos y datos, aún bajo sello, incautados por Australia el 3 de diciembre de 2013, y toda copia de ellos, bajo la supervisión de un representante de Timor-Leste designado a tal efecto;

2) Por unanimidad,

*Solicita* a las partes que le confirmen que se ha efectuado la devolución de los documentos y datos incautados por Australia el 3 de diciembre de 2013, y toda copia de ellos, y la fecha de dicha devolución;

3) Por unanimidad,

*Decide* que, desde el momento en que se devuelvan los documentos y datos incautados por Australia el 3 de diciembre de 2013, y toda copia de ellos, dejará de surtir efecto la segunda medida dictada por la Corte en su providencia de 3 de marzo de 2014”.

\*  
\* \*

El Magistrado Cançado Trindade adjuntó una opinión separada a la providencia de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Callinan adjuntó una declaración a la providencia de la Corte.

\*  
\* \*

#### *Cronología del procedimiento (párrs. 1 a 10)*

La Corte comienza recordando que, el 17 de diciembre de 2013, Timor-Leste presentó una demanda contra Australia en relación con una controversia relativa a la incautación el 3 de diciembre de 2013, y subsiguiente retención, por “agentes de Australia de documentos, datos y otros bienes que pertenecen a Timor-Leste o que Timor-Leste tiene derecho a proteger con arreglo al derecho internacional”. Los materiales incautados, según Timor-Leste, comprenden, entre otras cosas, documentos, datos y correspondencia entre Timor-Leste y sus asesores jurídicos en relación con el Arbitraje con arreglo al Tratado relativo al Mar de Timor de 20 mayo de 2002, pendiente entre Timor-Leste y Australia.

El mismo día, Timor-Leste presentó una solicitud de medidas provisionales, con arreglo al Artículo 41 del Estatuto y artículos 73 a 75 del Reglamento de la Corte. El 3 de marzo de 2014, la Corte dictó una providencia en la que fijó las siguientes medidas provisionales:

“1) Australia se cerciorará de que el contenido de los materiales incautados no sea de ninguna manera ni en ningún momento utilizado por persona o personas algunas en detrimento de Timor-Leste hasta que la presente causa haya concluido; 2) Australia deberá mantener bajo sello los documentos y datos electrónicos incautados y toda copia de ellos hasta nueva decisión de la Corte; y 3) Australia no interferirá en modo alguno en las comunicaciones entre Timor-Leste y sus asesores jurídicos en conexión con el *Arbitraje con arreglo al Tratado relativo al Mar de Timor de 20 de mayo de 2002* pendiente entre Timor-Leste y Australia, con eventuales futuras negociaciones bilaterales concernientes a la delimitación marítima ni con cualquier otro procedimiento conexo entre ambos Estados, incluida la presente causa ante la Corte.”

A continuación, la Corte recuerda que los agentes de Timor-Leste y Australia solicitaron conjuntamente a la Corte, en una carta de fecha 1 de septiembre de 2014, “el aplazamiento de la audiencia [sobre el fondo del asunto] cuyo inicio estaba fijado para el 17 de septiembre de 2014, a fin de poder llegar a una solución amistosa entre las partes”. La Corte accedió a esta solicitud sobre la base del Artículo 54 de su Reglamento y aplazó el procedimiento oral.

La Corte observa además que Australia, mediante carta de fecha 25 de marzo de 2015, expresó su deseo de devolver al despacho de abogados Collaery Lawyers el material objeto del procedimiento y, en consecuencia, solicitó la modificación de la providencia de 3 de marzo de 2014 en lo relativo a la

segunda medida provisional. La Corte también recuerda que Timor-Leste, en sus observaciones escritas sobre la solicitud de Australia relativa a la modificación de la providencia, había declarado que “no tendría objeciones a que se modificara convenientemente la segunda medida provisional en tal sentido”.

#### *Razonamiento de la Corte (párrs. 11 a 20)*

La Corte observa que, para poder pronunciarse sobre la solicitud de Australia, debe *a)* determinar si, a la luz de los hechos comunicados por Australia, la situación que motivó la imposición de determinadas medidas provisionales en marzo de 2014 ha cambiado y, en tal caso, *b)* examinar si dicho cambio justifica la modificación o revocación de las medidas previamente impuestas, de conformidad con el Artículo 76, párrafo 1, del Reglamento de la Corte.

La Corte observa que fue necesario imponer dichas medidas debido a la negativa de Australia a devolver los documentos y datos incautados y retenidos por sus agentes. La Corte considera que, habida cuenta del cambio de postura de Australia respecto de la devolución de esos documentos y datos, se ha producido efectivamente un cambio en la situación que motivó la imposición de las medidas previstas en su providencia de 3 de marzo de 2014.

Acto seguido, la Corte, al valorar las consecuencias que deben extraerse de ese cambio en la situación, recuerda que en su día determinó que existía un riesgo inminente de que se causaran perjuicios irreparables al derecho de Timor-Leste a celebrar negociaciones y un procedimiento de arbitraje sin injerencias “si los materiales incautados se divulgaran a alguna persona o personas que estuvieran participando o pudieran participar en ese arbitraje o en negociaciones en nombre de Australia”. Habida cuenta del escrito del Fiscal General de Australia de fecha 21 de enero de 2014, en el que este declaró que ninguna entidad del Gobierno de Australia tendría acceso al material incautado pero contempló la posibilidad de usar ese material en ciertas circunstancias relacionadas con la seguridad nacional, la Corte concluyó que había un riesgo inminente de que se causaran perjuicios irreparables.

La Corte observa a continuación que la devolución de los documentos y datos incautados, y toda copia de ellos, daría respuesta a parte de las pretensiones formuladas por Timor-Leste en su demanda y memoria. Sin embargo, observa que dicha devolución solo podría efectuarse sobre la base de una “nueva decisión” en que la Corte autorice la transferencia de ese material y especifique las modalidades de dicha transferencia.

Habida cuenta de lo anterior, la Corte estima que el cambio de situación es de índole tal que justifica una modificación de la providencia de 3 de marzo de 2014 y considera que debe autorizar dicha devolución. La modificación prevista en la presente providencia no afecta a las medidas establecidas

en los puntos 1 y 3 de la parte dispositiva de la providencia de 3 de marzo de 2014, que seguirán surtiendo efectos hasta la conclusión del procedimiento en curso, o hasta nueva decisión de la Corte.

\*  
\* \* \*

#### **Opinión separada del Magistrado Cançado Trindade**

El Magistrado Cançado Trindade está de acuerdo con la adopción de la providencia de modificación de la providencia sobre medidas provisionales, pero tiene reservas sobre el razonamiento de la Corte. Considera que la Corte debería haber adoptado la presente providencia de oficio, sobre la base del Artículo 75, párrafo 1, del Reglamento de la Corte, y no a raíz de una solicitud formulada por una de las partes litigantes sobre la base del Artículo 76, párrafo 1. En su opinión, es más conveniente que la Corte actúe por iniciativa propia y en sus propios términos, en lugar de depender de “actuaciones” unilaterales de los Estados.

Además, a diferencia de lo que afirma la Corte en la presente providencia, el Magistrado Cançado Trindade considera que la situación objetiva no ha cambiado. Lo que ha cambiado es la actitud de Australia.

Según el Magistrado Cançado Trindade, el régimen jurídico de las medidas provisionales abarca los derechos que deben ser protegidos, las correspondientes obligaciones de los Estados implicados y las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las medidas provisionales. La Corte está plenamente facultada para adoptar una decisión al respecto sin esperar a que un Estado parte en el litigio manifieste su “voluntad”. Es la conciencia humana, por encima de la “voluntad”, la que impulsa el desarrollo progresivo del derecho internacional. *Ex conscientia ius oritur*.

#### **Declaración del Magistrado ad hoc Callinan**

El Magistrado *ad hoc* Callinan señala que, aunque votó a favor de la providencia, desea formular ciertas observaciones. Hace referencia, en particular, a la pretensión de Australia de que cualquier providencia que adopte la Corte debería poner fin en su totalidad al procedimiento incoado por Timor-Leste. En opinión del Magistrado *ad hoc* Callinan, la Corte no recibió suficiente material ni información suficientemente detallada para poder adoptar una decisión debidamente informada sobre esa pretensión.

El Magistrado *ad hoc* Callinan alienta a ambas partes a que tomen todas las medidas necesarias para que se pueda poner fin al procedimiento ante la Corte. Hace hincapié, no obstante, en que su declaración no pretende ser un obstáculo para que las partes solucionen la controversia sin recurrir de nuevo a la Corte.

## 211. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA INCAUTACIÓN Y RETENCIÓN DE CIERTOS DOCUMENTOS Y DATOS (TIMOR-LESTE *c.* AUSTRALIA) [DESISTIMIENTO]

### Providencia de 11 de junio de 2015

El 11 de junio de 2015, el Presidente de la Corte Internacional de Justicia dictó una providencia en la causa relativa a *Cuestiones relacionadas con la incautación y retención de ciertos documentos y datos (Timor-Leste c. Australia)*, en la que tomó nota del desistimiento del procedimiento y ordenó que se suprimiera la causa del registro general de la Corte.

\*  
\* \*

El texto de la providencia del Presidente de la Corte dice lo siguiente:

“El Presidente de la Corte Internacional de Justicia,

Teniendo presente el Artículo 48 del Estatuto de la Corte y el Artículo 89, párrafos 2 y 3, del Reglamento de la Corte,

Vista la demanda presentada ante la Secretaría de la Corte el 17 de diciembre de 2013 por la República Democrática de Timor-Leste contra Australia en relación con una controversia relativa a la incautación el 3 de diciembre de 2013, y subsiguiente retención, por ‘agentes de Australia de documentos, datos y otros bienes que pertenecen a Timor-Leste o que Timor-Leste tiene derecho a proteger con arreglo al derecho internacional’,

Vista la providencia de 3 de marzo de 2014, en que la Corte dictó las siguientes medidas provisionales:

- 1) Australia se cerciorará de que el contenido de los materiales incautados no sea de ninguna manera ni en ningún momento utilizado por persona o personas algunas en detrimento de Timor-Leste hasta que la presente causa haya concluido;
- 2) Australia deberá mantener bajo sello los documentos y datos electrónicos incautados y toda copia de ellos hasta nueva decisión de la Corte;
- 3) Australia no interferirá en modo alguno en las comunicaciones entre Timor-Leste y sus asesores jurídicos en conexión con el Arbitraje con arreglo al Tratado relativo al Mar de Timor de 20 de mayo de 2002 pendiente entre Timor-Leste y Australia, con eventuales futuras negociaciones bilaterales concernientes a la delimitación marítima, ni con cualquier otro procedimiento conexo entre ambos Estados, incluida la presente causa ante la Corte. (*Cuestiones relacionadas con la incautación y retención de ciertos documentos y datos (Timor-Leste c. Australia)*) (medidas provisionales), provi-

dencia de 3 de marzo de 2014, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 160 y 161, párr. 55),

Vista la providencia de 28 de enero de 2014, en que la Corte fijó el 28 de abril de 2014 y el 28 de julio de 2014 como plazos respectivos para la presentación de una memoria por Timor-Leste y una contramemoria por Australia,

Teniendo presente la memoria y la contramemoria debidamente presentadas por las partes dentro de los plazos así fijados,

Vistas las cartas de fecha 17 de junio de 2014, en que se informó a las partes de que el procedimiento oral se iniciaría el 17 de septiembre de 2014,

Vista la carta de fecha 1 de septiembre de 2014 firmada conjuntamente por los agentes de Timor-Leste y Australia, en que se solicitó a la Corte ‘el aplazamiento de la audiencia cuyo inicio estaba fijado para el 17 de septiembre de 2014, a fin de poder llegar a una solución amistosa entre las partes’, y se planteó la posibilidad de que las partes intentaran conjuntamente que se modificara la providencia de 3 de marzo de 2014 sobre medidas provisionales,

Vistas las cartas de fecha 3 de septiembre de 2014, en que el Secretario informó a las partes de que la Corte había decidido, de conformidad con el Artículo 54 de su Reglamento, acceder a su solicitud conjunta de aplazar el procedimiento oral,

Vista la carta de fecha 25 de marzo de 2015, en que el agente de Australia indicó que su Gobierno, ‘a fin de reafirmar su determinación de lograr una solución pacífica de la controversia’ y ‘avanzar de manera constructiva y positiva para dar por superada esta controversia entre las partes’, deseaba ‘devolver el material retirado de los locales del despacho de abogados Collaery Lawyers el 3 de diciembre de 2013’, y solicitó, de conformidad con el Artículo 76 del Reglamento de la Corte, ‘una modificación de la segunda medida provisional’ dictada por la Corte en su providencia de 3 de marzo de 2014,

Vista la providencia de 22 de abril de 2015, en que la Corte:

- 1) *Autoriza* la devolución al despacho de abogados Collaery Lawyers de todos los documentos y datos, aún bajo sello, incautados por Australia el 3 de diciembre de 2013, y toda copia de ellos, bajo la supervisión de un representante de Timor-Leste designado a tal efecto;

- 2) *Solicita* a las partes que le confirmen que se ha efectuado la devolución de los documentos y datos incautados por Australia el 3 de diciembre de 2013, y toda copia de ellos, y la fecha de dicha devolución; [y]
- 3) *Decide* que, desde el momento en que se devuelvan los documentos y datos incautados por Australia el 3 de diciembre de 2013, y toda copia de ellos, dejará de surtir efecto la segunda medida dictada por la Corte en su providencia de 3 de marzo de 2014' (*Cuestiones relacionadas con la incautación y retención de ciertos documentos y datos (Timor-Leste c. Australia)*), solicitud de modificación de la providencia de 3 de marzo de 2014 sobre medidas provisionales, providencia de 22 de abril de 2015, párr. 21);

Considerando que, mediante carta conjunta de fecha 15 de mayo de 2015, recibida en la Secretaría de la Corte ese mismo día, las dos partes confirmaron, según lo establecido en la providencia de la Corte de 22 de abril de 2015, que Australia había devuelto, el 12 de mayo de 2015, los documentos y datos incautados el 3 de diciembre de 2013;

Considerando que, mediante carta de fecha 2 de junio de 2015, recibida en la Secretaría de la Corte ese mismo día, el agente de Timor-Leste declaró que,

‘tras la devolución, por parte de Australia, el 12 de mayo de 2015, de los documentos y datos incautados, Timor-Leste logró el objetivo de la demanda interpuesta ante la Corte, a saber, la devolución de los bienes de los que era

legítimo titular, así como el reconocimiento implícito por Australia de que las medidas que adoptó vulneraron los derechos soberanos de Timor-Leste’;

e informó a la Corte de que su Gobierno deseaba desistir del procedimiento incoado;

Considerando que se remitió de inmediato una copia de esa carta al Gobierno de Australia, que fue informado de que el Presidente de la Corte, actuando en virtud del Artículo 89, párrafos 2 y 3 del Reglamento de la Corte, había fijado el 10 de junio de 2015 como plazo para que Australia formulara objeciones al desistimiento;

Considerando que, mediante carta de fecha 9 de junio de 2015, recibida en la Secretaría de la Corte ese mismo día, el agente de Australia informó a la Corte de que su Gobierno no formulaba objeciones al desistimiento de Timor-Leste, y considerando que dicho agente reiteró la declaración formulada en su carta de fecha 25 de marzo de 2015, a saber, que ‘la solicitud de Australia de devolver el material era una reafirmación de su determinación de lograr una solución pacífica de la controversia de manera constructiva y positiva para dar por superada la cuestión entre las partes’, y añadió que ‘no se debía sacar ninguna otra conclusión de los actos de Australia’;

*Toma nota* del desistimiento de la República Democrática de Timor-Leste del procedimiento que inició mediante demanda presentada el 17 de diciembre de 2013; y

*Ordena* que la causa se suprima del registro general de la Corte’.

## 212. OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR EL ACCESO AL OCÉANO PACÍFICO (BOLIVIA c. CHILE) [EXCEPCIÓN PRELIMINAR]

### Fallo de 24 de septiembre de 2015

En su fallo dictado el 24 de septiembre de 2015 en la causa relativa a la *Obligación de negociar el acceso al océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*, la Corte rechazó la excepción preliminar opuesta por la República de Chile y declaró que era competente, sobre la base del Artículo XXXI del Pacto de Bogotá, para conocer de la demanda interpuesta por el Estado Plurinacional de Bolivia el 24 de abril de 2013.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Gevorgian; Magistrados *ad hoc* Daudet, Arbour; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

En la parte dispositiva (párr. 56) del fallo se establece lo siguiente:

“[...]”

La Corte,

1) Por 14 votos contra 2,

*Desestima* la excepción preliminar opuesta por la República de Chile;

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham, Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Gevorgian; Magistrado *ad hoc* Daudet;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Gaja; Magistrada *ad hoc* Arbour;

2) Por 14 votos contra 2,

*Declara* que es competente, sobre la base del Artículo XXXI del Pacto de Bogotá, para conocer de la demanda interpuesta por el Estado Plurinacional de Bolivia el 24 de abril de 2013;

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham, Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Gevorgian; Magistrado *ad hoc* Daudet;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Gaja; Magistrada *ad hoc* Arbour”.

\*  
\* \*

El Magistrado Bennouna adjuntó una declaración al fallo de la Corte; el Magistrado Cançado Trindade adjuntó una opinión separada al fallo de la Corte; el Magistrado Gaja

adjuntó una declaración al fallo de la Corte; la Magistrada *ad hoc* Arbour adjuntó una opinión disidente al fallo de la Corte.

\*  
\* \*

#### I. Antecedentes (párrs. 15 a 17)

La Corte comienza recordando los antecedentes históricos de la causa. En este sentido, explica que Chile y Bolivia obtuvieron su independencia de España en 1818 y 1825, respectivamente. En ese momento, Bolivia tenía un litoral de varios cientos de kilómetros en el océano Pacífico. El 10 de agosto de 1866, ambos Estados firmaron un Tratado de Límites, que estableció una “línea de demarcación de los límites” que separaba sus territorios costeros vecinos. Esa línea se confirmó como frontera en el Tratado de Límites entre Bolivia y Chile, firmado el 6 de agosto de 1874.

En 1879 Chile declaró la guerra al Perú y Bolivia, iniciando lo que se conoció como la Guerra del Pacífico, en el curso de la cual ocupó los territorios costeros de Bolivia. Las hostilidades entre Bolivia y Chile concluyeron con el Pacto de Tregua, firmado en 1884 en Valparaíso (Chile). El Pacto estableció, entre otras cosas, que Chile seguiría administrando la región costera. A raíz de esos acontecimientos, Bolivia perdió el control de su litoral pacífico.

En 1895 Bolivia y Chile firmaron un Tratado de Transferencia de Territorio que, no obstante, nunca entró en vigor. Este incluía disposiciones para que Bolivia recuperara el acceso al mar, siempre que Chile adquiriera la soberanía sobre ciertos territorios. El 20 de octubre de 1904, las partes firmaron el Tratado de Paz y Amistad (en lo sucesivo, el “Tratado de Paz de 1904”), que puso fin oficialmente a la Guerra del Pacífico entre Bolivia y Chile. En virtud de ese Tratado, que entró en vigor el 10 de marzo de 1905, la totalidad del territorio costero boliviano pasó a ser chileno y Bolivia obtuvo un derecho de tránsito comercial a través de los puertos de Chile.

La Corte observa que, desde que se concertó el Tratado de Paz de 1904, ambos Estados han formulado varias declaraciones y mantenido cierto Noero de intercambios diplomáticos sobre la situación de Bolivia en relación con el océano Pacífico.

#### II. Panorama general de la postura de las partes (párrs. 18 a 24)

En su demanda y en su memoria, Bolivia solicita a la Corte que falle y declare que:

a) Chile tiene la obligación de negociar con Bolivia a fin de llegar a un acuerdo que otorgue a Bolivia acceso pleno y soberano al océano Pacífico;

b) Chile ha incumplido dicha obligación;

c) Chile debe cumplir dicha obligación de buena fe, pronta y formalmente, en un plazo razonable y de manera efectiva, a fin de otorgar a Bolivia acceso pleno y soberano al océano Pacífico”.

A fin de demostrar la existencia de la obligación de negociar que alega y su presunto incumplimiento, Bolivia se basa en “acuerdos, la práctica diplomática y una serie de declaraciones atribuibles a sus representantes de más alto nivel [de Chile]”. Según Bolivia, la mayoría de estos hechos tuvieron lugar entre la concertación del Tratado de Paz de 1904 y 2012.

En su demanda, Bolivia pretende fundamentar la competencia de la Corte en el Artículo XXXI del Pacto de Bogotá, cuyo tenor es el siguiente:

“De conformidad con el inciso 2º del Artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen respecto a cualquier otro Estado Americano como obligatoria *ipso facto*, sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el presente Tratado, la jurisdicción de la expresada Corte en todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas y que versen sobre:

a) La interpretación de un Tratado;

b) Cualquier cuestión de Derecho Internacional;

c) La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría la violación de una obligación internacional;

d) La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional”.

Tanto Bolivia como Chile son partes en el Pacto de Bogotá, que se adoptó el 30 de abril de 1948.

En su excepción preliminar, Chile sostiene que la Corte carece de competencia en virtud del Artículo XXXI del Pacto de Bogotá para pronunciarse sobre la controversia planteada por Bolivia. Citando el Artículo VI del Pacto, sostiene que las cuestiones en litigio en el presente asunto, a saber, la soberanía territorial y el carácter del acceso de Bolivia al océano Pacífico, fueron resueltas mediante acuerdo en el Tratado de Paz de 1904 y siguen estando reguladas por ese Tratado, que estaba en vigor en la fecha de la conclusión del Pacto. En efecto, el Artículo VI dispone que “[t]ampoco podrán aplicarse dichos procedimientos [estipulados en el Pacto de Bogotá] a los asuntos ya resueltos por arreglo de las partes, o por laudo arbitral, o por sentencia de un tribunal internacional, o que se hallen regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del presente Pacto”.

Bolivia responde que la excepción preliminar de Chile es “manifiestamente infundada”, puesto que “interpreta erróneamente el objeto de la controversia”. Bolivia sostiene que esta tiene por objeto la existencia y el incumplimiento de una obligación por parte de Chile de negociar de buena fe un acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico. En este sentido, declara que tal obligación existe con independencia del Tratado de Paz de 1904. En consecuencia, Bolivia afirma que las cuestiones objeto de controversia en el presente asunto no han sido resueltas ni se hallan regidas por el Tratado de Paz de 1904, en el sentido del Artículo VI del Pacto de Bogotá, y que la Corte es competente para conocer de ellas con arreglo al Artículo XXXI de este último.

### III. Objeto de la controversia (párrs. 25 a 36)

La Corte observa que el Artículo 38, párrafo 2, del Reglamento de la Corte dispone que la demanda debe indicar los hechos y fundamentos en que se basa la pretensión. En apoyo de su afirmación de que existe una obligación de negociar un acceso soberano al mar, Bolivia se refiere en su demanda a “acuerdos, la práctica diplomática y una serie de declaraciones atribuibles a sus representantes de más alto nivel [de Chile]”. También alega que Chile, contrariamente a la posición que había adoptado, rechazó y negó posteriormente la existencia de la referida obligación de negociar en 2011 y 2012, e incumplió esta obligación. Así pues, en los términos presentados, la demanda se refiere a una controversia acerca de la existencia de una obligación de negociar un acceso soberano al mar y el presunto incumplimiento de esta.

Sin embargo, según Chile, el verdadero objeto de la demanda de Bolivia es la soberanía territorial y el carácter del acceso de Bolivia al océano Pacífico.

La Corte considera que, si bien cabe suponer que el objetivo último de Bolivia es el acceso soberano al océano Pacífico, debe hacerse una distinción entre ese objetivo y la controversia conexas, pero distinta, planteada en la demanda, a saber, si Chile tiene la obligación de negociar un acceso soberano de Bolivia al mar y, en caso de que dicha obligación exista, si Chile la ha incumplido. En su demanda, Bolivia no pide a la Corte que falle y declare que tiene derecho a ese acceso.

Habida cuenta de lo que antecede, la Corte llega a la conclusión de que el objeto de la controversia es dilucidar si Chile está obligado a negociar de buena fe un acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico y, en caso afirmativo, si Chile ha incumplido esa obligación.

### IV. Determinación de si las cuestiones en litigio ante la Corte entran dentro de lo dispuesto en el Artículo VI del Pacto de Bogotá (párrs. 37 a 53)

La Corte recuerda que, en virtud del Artículo VI del Pacto de Bogotá, si concluyera que, teniendo en cuenta el objeto de la controversia tal como ha sido definido por ella, las

cuestiones en litigio entre las partes son asuntos “ya resueltos por arreglo de las partes” o “regidos por acuerdos o tratados en vigencia” en la fecha en que se firmó el Pacto, a saber, el 30 de abril de 1948, carecería de la competencia necesaria para pronunciarse sobre el fondo del asunto. Por consiguiente, la Corte debe determinar si las cuestiones en litigio son asuntos “resueltos” o “regidos” por el Tratado de Paz de 1904.

Tal como ha determinado la Corte, el objeto de la controversia es dilucidar si Chile está obligado a negociar de buena fe un acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico y, en caso afirmativo, si Chile ha incumplido esa obligación. Ahora bien, la Corte observa que las disposiciones pertinentes del Tratado de Paz de 1904 no se refieren de forma expresa ni implícita a la cuestión de la supuesta obligación de que Chile negocie un acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico. En consecuencia, la Corte concluye que las cuestiones en litigio no son asuntos “ya resueltos por arreglo de las partes, o por laudo arbitral, o por sentencia de un tribunal internacional” o “regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del [Pacto de Bogotá]”, en el sentido del Artículo VI del Pacto de Bogotá. Esta conclusión se impone, según la Corte, con independencia de que, como sostiene Chile, los dos elementos del Artículo VI tengan un alcance diferente. Por consiguiente, la Corte no considera necesario en las circunstancias del presente asunto determinar si existe o no una distinción entre los efectos jurídicos de esos dos elementos.

La Corte recuerda que las partes han presentado sus opiniones respectivas sobre los “acuerdos, la práctica diplomática y [...] [las] declaraciones” que Bolivia invoca para fundamentar su reclamación sobre el fondo. En este sentido, estima que, a los efectos de pronunciarse sobre la cuestión de su competencia, no es necesario ni apropiado examinar esos elementos.

La Corte recuerda además que es a ella a quien corresponde determinar si, en las circunstancias del caso, la excepción carece de carácter exclusivamente preliminar en el sentido del Artículo 79, párrafo 9, del Reglamento. De ser así, la Corte debe abstenerse de acoger o desestimar la excepción en la etapa preliminar y reservar su decisión sobre esta cuestión para la continuación del procedimiento. No obstante, en el presente caso la Corte considera que dispone de todos los elementos necesarios para pronunciarse sobre la excepción de Chile, y que la cuestión de si los asuntos litigiosos han quedado “resueltos” o se hallan “regidos” por el Tratado de Paz de 1904 puede responderse sin zanjar la controversia, o algunos de sus elementos, sobre el fondo. Por consiguiente, la Corte concluye que nada le impide pronunciarse sobre la excepción de Chile en la presente etapa.

V. *Conclusión de la Corte sobre la excepción preliminar* (párrs. 54 y 55)

Teniendo en cuenta el objeto de la controversia tal como se ha definido anteriormente, la Corte llega a la conclusión

de que las cuestiones en litigio no son asuntos “ya resueltos por arreglo de las partes, o por laudo arbitral, o por sentencia de un tribunal internacional” o “que se hallen regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del [Pacto de Bogotá]”. Por consiguiente, el Artículo VI no excluye la competencia que corresponde a la Corte en virtud del Artículo XXXI del Pacto de Bogotá. Así pues, la excepción preliminar de Chile debe ser desestimada.

\*  
\* \*

### **Declaración del Magistrado Bennouna**

En su declaración, el Magistrado Bennouna ha considerado necesario aclarar el enfoque y la función a que la Corte debería atenerse cuando examina una excepción preliminar.

El Magistrado Bennouna observa que hay tres opciones disponibles en virtud del Artículo 79, párrafo 9, del Reglamento: acoger la excepción, desestimarla o declarar que no posee carácter exclusivamente preliminar; esta última opción entraña aplazar la decisión a la etapa del examen del fondo.

El Magistrado Bennouna recuerda que el texto actual del Artículo 79, párrafo 9, del Reglamento fue modificado en 1972 para limitar el uso abusivo del procedimiento de excepción preliminar. Por lo tanto, solo en circunstancias excepcionales podrá la Corte considerar que una excepción no tiene un carácter exclusivamente preliminar, cuando no dispone de todos los elementos necesarios para adoptar una decisión, o cuando esa decisión prejuzgaría la controversia, o algunos de sus aspectos, sobre el fondo.

El Magistrado Bennouna observa que cuando la Corte acoge o desestima una excepción, la considera implícitamente como preliminar. La Corte no está obligada, según el Artículo 79, párrafo 9, a calificarla desde el principio como preliminar. El Magistrado Bennouna considera que este enfoque se ajusta a una buena administración de justicia.

Según el Magistrado Bennouna, los párrafos 52 y 53 del fallo son redundantes y están mal concebidos, porque la Corte examina nuevamente un argumento que Bolivia simplemente había planteado con carácter subsidiario, a saber, que en el caso de que la Corte aceptara la definición del objeto de la controversia propuesta por Chile, la excepción planteada por este último país dejaría de tener un carácter exclusivamente preliminar. Sin embargo, el Magistrado Bennouna señala que la Corte había rechazado previamente la definición propuesta por Chile y desestimado su excepción sobre la base del Artículo VI del Pacto de Bogotá. Por consiguiente, el argumento de Bolivia había perdido su razón de ser. El Magistrado Bennouna considera, por lo tanto, que no es necesario entrar a examinar esta cuestión, justo antes de formular la conclusión final del fallo.

## Opinión separada del Magistrado Cançado Trindade

1. En su opinión separada, que consta de siete partes, el Magistrado Cançado Trindade presenta las bases de su posición personal sobre el asunto decidido por la Corte Internacional de Justicia en el presente fallo sobre la excepción preliminar en la causa relativa a la *Obligación de negociar el acceso al océano Pacífico*, que enfrenta a Bolivia y Chile, en el que la Corte ha declarado que es competente para examinar la demanda presentada con arreglo al Artículo XXXI del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de 1948 (Pacto de Bogotá). Aunque estima igualmente que la Corte es competente, hay ciertos aspectos de la cuestión que se dirime que a su juicio son importantes para su correcta comprensión y que no se reflejan adecuadamente en el fallo, por lo que se siente obligado a analizarlos con mayor detenimiento en su opinión separada.

2. El Magistrado Cançado Trindade comienza señalando (parte I) que el trato que la Corte dispensa en el presente fallo al régimen jurisdiccional del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de 1948 (Pacto de Bogotá) y, en particular, al fundamento de su propia competencia (Artículo XXXI del Pacto), así como a la disposición pertinente (Artículo 79 9) del Reglamento de la Corte, es demasiado sucinto. En su opinión, para fundamentar mejor su razonamiento, la Corte debería haber profundizado en el análisis de esas disposiciones, dado que se alegaba que la definición del objeto de la presente controversia por el Estado demandado constituía una refutación de la argumentación del Estado demandante sobre el fondo. Desde su punto de vista, la Corte debería haber dedicado tanta atención al Artículo XXXI del Pacto y el Artículo 79 9) del Reglamento de la Corte como la brindada al Artículo VI del Pacto, en relación con el contexto fáctico del asunto de que se trata.

3. En su opinión separada, el Magistrado Cançado Trindade aborda en primer lugar la relación entre el fundamento de la competencia y el fondo en la jurisprudencia de la Corte de La Haya (Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) y Corte Internacional de Justicia (CIJ)), centrándose en primer término en la acumulación de las excepciones preliminares al fondo y, posteriormente, en el carácter no exclusivamente “preliminar” de las excepciones a la competencia (y la admisibilidad) (parte II). De entrada, el Magistrado Cançado Trindade advierte que, en efecto,

“el establecimiento de una clara separación entre las etapas procesales de las excepciones preliminares y el examen del fondo refleja la antigua concepción voluntarista positivista de la justicia internacional sujeta al consentimiento del Estado. Sin embargo, pese al predominio del enfoque positivista en la época de la CPJI, la antigua Corte de La Haya no tardó en reconocer la necesidad de acumular ciertas excepciones preliminares al examen del fondo (véase más abajo). A este respecto, es más probable que una excepción preliminar a la competencia *ratione materiae* esté vinculada con el fondo de un asunto

que una excepción a la competencia *ratione personae* o *ratione temporis*” (párr. 6).

4. A su juicio, “la búsqueda de la justicia trasciende cualquier concepción encorsetada del procedimiento jurídico internacional” (párr. 7). En este sentido, recuerda que, a lo largo de su historia, la Corte de La Haya (CPJI y CIJ) ha venido prestando atención a los intereses de las partes y la preservación del equilibrio entre ellas en el curso del procedimiento; de ahí el recurso constante por la Corte al principio de la buena administración de justicia (*bonne administration de la justice*) (párr. 8). A este respecto, menciona sucesivos ejemplos en la jurisprudencia de la Corte de La Haya que ilustran el recurso al principio de la buena administración de justicia a partir del célebre *obiter dictum* de la CPJI en la causa relativa al *Ferrocarril Panevezys-Saldutiskis* (providencia de 30 de junio de 1938), por el que se decidió acumular las excepciones preliminares de Lituania al examen del fondo.

5. Ese célebre *obiter dictum* también estuvo presente en la labor de la CIJ a lo largo del tiempo, como por ejemplo, durante el prolongado período que dedicó a tramitar la causa relativa a la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. Por aquel entonces se reconocía que, aunque la acumulación al examen del fondo era una medida excepcional, había situaciones en que la separación clara entre una excepción preliminar y el fondo del asunto podía plantear muchas dificultades, por lo que la solución era que se acumularan. Dada la conexión directa entre la excepción preliminar y el fondo, la acumulación se consideraba una necesidad en interés de la buena administración de justicia (párr. 10). A continuación, el Magistrado Cançado Trindade agrega que:

“A lo largo de su trayectoria histórica, la CPJI, y posteriormente la CIJ desde el comienzo mismo de sus actividades, dejaron claro que *la Corte es dueña de su procedimiento*. No acepta ni puede aceptar concepciones estrictas de su propio procedimiento; su razonamiento es esencial para su misión de realización de la justicia. El camino recorrido ha sido largo: durante decenios la idea de ‘acumular’ una excepción preliminar al examen del fondo encontró su expresión en el Reglamento de la Corte; desde principios de los años setenta, el Reglamento de la Corte empezó a contemplar un nuevo procedimiento en ciertos asuntos, cuando las excepciones en cuestión no revestían un carácter exclusivamente ‘preliminar’” (párr. 11).

6. Acto seguido, el Magistrado Cançado Trindade procede a examinar la jurisprudencia de la CPJI y la CIJ sobre la cuestión (parte III) y los correspondientes cambios en las disposiciones pertinentes del Reglamento de la Corte (a partir de los textos de 1936 y 1946), en particular las enmiendas introducidas en el Reglamento de la Corte en 1972: las modificaciones del Reglamento de la Corte de 1972 se reflejaron en los Reglamentos de la Corte de 1978 y 2000, y han permanecido sin cambios hasta la fecha. Se eliminó la acumulación de excepciones preliminares al fondo y, desde

entonces, la atención se centró en el carácter no exclusivamente preliminar de las excepciones a la competencia (y la admisibilidad).

7. La CIJ se refirió a la revisión de 1972 en sus fallos sobre competencia y admisibilidad (de 26 de noviembre de 1984) y sobre el fondo (de 27 de junio de 1986) en la causa *Nicaragua c. Estados Unidos de América*; se aclaró que las enmiendas introducidas en la nueva disposición del Reglamento de la Corte, en que se eliminaba la referencia explícita a la acumulación, tenían por objeto proporcionar más flexibilidad y evitar los retrasos de procedimiento, en interés de la buena administración de justicia. Desde la decisión de la Corte en la causa *Nicaragua c. Estados Unidos de América* (1984-1986), la CIJ ha confirmado este nuevo planteamiento sobre la cuestión en su jurisprudencia (por ejemplo, las causas *Lockerbie*, 1998; la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, 1998; la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, excepciones preliminares, 2008).

8. El Magistrado Cançado Trindade considera que nos encontramos “en un ámbito donde los principios generales del derecho desempeñan una importante función, ya se trate de principios sustantivos (como los de *pacta sunt servanda* o *bona fides*) o de principios procesales” (párr. 22). A continuación, aborda la cuestión de la pertinencia de los principios generales del derecho procesal internacional y su relación con los fundamentos del orden jurídico internacional, así como su incidencia, en los asuntos contenciosos, en distintos procedimientos incidentales (excepciones preliminares, medidas provisionales, demandas de reconvencción e intervenciones) y la acumulación de los procedimientos, así como en los procedimientos consultivos (parte IV). En su opinión,

“el recurso a los principios generales del derecho procesal internacional es inexcusable a los efectos de la realización de la justicia. Los principios generales están presentes y son pertinentes en todo momento tanto a nivel sustantivo como procesal. Esos principios orientan la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas. Son los cimientos en los que se asientan todos los sistemas jurídicos, que están concebidos para funcionar sobre la base de principios fundamentales. En última instancia, sin principios no existe realmente ningún sistema jurídico. Los principios fundamentales constituyen el sustrato del orden jurídico en sí” (párr. 23).

9. El Magistrado Cançado Trindade recuerda que, en otro asunto que, al igual que el actual, oponía a dos Estados de América Latina (Argentina y Uruguay) —la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay* (fallo de 20 de abril de 2010)—, consideró apropiado señalar a la atención de la Corte, en su opinión separada, que *las dos* partes en litigio, la Argentina y el Uruguay, habían invocado expresamente los principios generales del derecho en el curso del proce-

dimiento contencioso. Con ello, añade, ambas fueron “fieles a la larga tradición del pensamiento jurídico internacional latinoamericano, que siempre ha demostrado una atención y un apego particulares a los principios generales del derecho” (párr. 24).

10. A continuación, observa que la CIJ ha estado atenta a los principios generales en el ejercicio de la función judicial internacional, y añade que:

“Como dueña de su procedimiento, al igual que de su competencia, la Corte está plenamente facultada para determinar libremente el orden en que han de resolverse las cuestiones planteadas por las partes en litigio. Y, al hacerlo, no está limitada por los argumentos planteados por ellas, como se desprende del principio *jura novit curia*. La Corte conoce el derecho y, al zanjar las controversias teniendo presente la igualdad de las partes, también dice lo que es el derecho (*iuris dictio, ius dicere*)” (párr. 25).

11. Acto seguido, pasa revista a la jurisprudencia de la CIJ sobre los principios generales en distintos procedimientos incidentales (párrs. 26 a 31), teniendo en cuenta el principio de la buena administración de justicia, así como en la acumulación de procedimientos (párrs. 32 a 35) y en los procedimientos consultivos (párrs. 36 a 38). En resumen, el Magistrado Cançado Trindade observa que

“el principio de la buena administración de justicia impregna la consideración de todos los procedimientos incidentales ante la Corte mencionados, a saber, las excepciones preliminares, las medidas provisionales de protección, las demandas de reconvencción y la intervención. Como cabría esperar, los principios generales están presentes en todas las actuaciones de la Corte y les sirven de orientación. El contexto fáctico de los asuntos varía, pero la incidencia de esos principios siempre se deja sentir” (párr. 30).

12. El Magistrado Cançado Trindade recuerda que, en las opiniones separadas que adjuntó a dos providencias de la CIJ (de 17 de abril de 2013) sobre la acumulación del procedimiento en otras dos causas latinoamericanas, relativas a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)* y a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, estimó oportuno afirmar lo siguiente:

“A mi juicio, es ineludible que la idea de justicia esté presente como guía de la buena administración de justicia. Raras veces son suficientes los instrumentos constitutivos de un órgano jurisdiccional; para impartir justicia en este tipo de circunstancias, un tribunal internacional como la CIJ debe inspirarse en los *prima principia*. Tratar de ofrecer una definición de buena administración de justicia que abarque todas las situaciones que puedan surgir sería excesivamente pretencioso, a la vez que vano. [...]

Los principios generales del derecho siempre han estado presentes cuando se trata de realizar la justicia. En mi opinión, comprenden no solo los principios reconocidos en los sistemas jurídicos nacionales, sino también los principios generales del derecho internacional. Se han reafirmado de forma reiterada en múltiples ocasiones y, aunque lamentablemente han sido descuidados por ciertos sectores de la doctrina jurídica contemporánea, conservan plenamente su validez en nuestros días. Un tribunal internacional como la CIJ ha recurrido sistemáticamente a ellos en reiterada jurisprudencia. Pese a que, de forma característica, los partidarios del positivismo jurídico han intentado, en vano, minimizar su función, lo cierto es que sin principios no puede existir ningún sistema jurídico, ya sea a nivel nacional o internacional.

Los principios generales del derecho informan y conforman las normas y reglas de los sistemas jurídicos. Desde mi punto de vista, los principios generales del derecho, consolidados a lo largo de los años, constituyen el sustrato de todo ordenamiento jurídico, nacional o internacional, son indispensables (en la medida en que constituyen el *ius necessarium*, que va mucho más allá del mero *ius voluntarium*) y dan expresión a la idea de una justicia objetiva (propia del pensamiento iusnaturalista), de alcance universal (*cit.* en párr. 40).

13. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade pasa a examinar los principios generales del derecho internacional, la doctrina latinoamericana y la importancia del Pacto de Bogotá de 1948 (parte V), cuyo Artículo XXXI constituye la base de la competencia para que la Corte dicte el presente fallo en la causa relativa a la *Obligación de negociar el acceso al océano Pacífico*. Posteriormente, recuerda que, cuando se adoptó el Pacto de Bogotá en 1948, se entendía que este debía hacer especial hincapié en la importancia de la solución judicial. Se consideraba que el Artículo XXXI del Pacto, al contemplar la jurisdicción obligatoria de la CIJ para la solución de “todas las controversias de orden jurídico”, se ajustaba a la doctrina latinoamericana según la cual el derecho y la justicia deben primar sobre el recurso a la fuerza.

14. Ya en 1948, observa el Magistrado Cançado Trindade, el Pacto de Bogotá no tardó en considerarse como una iniciativa de codificación del arreglo pacífico de controversias en el derecho internacional, que iba más allá de la solución arbitral (profundamente arraigada en la experiencia de América Latina) para contemplar la solución judicial propiamente dicha “sin necesidad de ningún convenio especial en ese sentido. Sin imponer ningún medio concreto de solución pacífica, el Pacto de Bogotá supuso un paso adelante en la medida en que hizo obligatoria la solución pacífica en sí, e intensificó el recurso a la CIJ” (párrs. 41 y 42).

15. El avance logrado con la adopción del Pacto de Bogotá fue el punto culminante de la evolución, iniciada en el siglo XIX, del compromiso de los países latinoamericanos con la solución pacífica de las controversias internacionales,

que conduce a la jurisdicción obligatoria de la Corte de La Haya. Este rasgo del pensamiento jurídico internacional de América Latina —añade— surgió a raíz de la concertación de los países de la región en dos series de conferencias, a saber: *a)* los Congresos Latinoamericanos (1826-1889)<sup>1</sup>; y *b)* las Conferencias Panamericanas (1889-1948)<sup>2</sup>, que culminaron en la adopción, en 1948, de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y el Pacto de Bogotá. El resultado progresivo de esta concertación tuvo su reflejo en la Segunda Conferencia de Paz de La Haya (1907) y en el proceso de redacción del Estatuto de la CPJI, en 1920, y de la CIJ, en 1945 (párr. 43).

16. La adopción del Pacto de Bogotá en 1948 fue la culminación de la postura sostenida y duradera de los Estados latinoamericanos en apoyo de la solución pacífica de las controversias, y de la jurisdicción obligatoria de la Corte de La Haya sobre las controversias “de orden jurídico”. En efecto, es significativo, añade el Magistrado Cançado Trindade, que tres años después de la adopción de la Carta de las Naciones Unidas en 1945, los Estados de América Latina hicieron en Bogotá en 1948 lo que habían anunciado como objetivo en San Francisco: el recurso, con arreglo al Artículo XXXI del Pacto de Bogotá, a la jurisdicción obligatoria de la CIJ para la solución de las controversias “de orden jurídico”, con independencia de la posición que los Estados partes en el Pacto pudieran haber tomado con arreglo a la cláusula facultativa (Artículo 36 2)) del Estatuto de la Corte (párr. 44). En palabras del Magistrado Cançado Trindade, el Pacto de Bogotá contenía

“una combinación de la obligación de someter las controversias de orden jurídico (es decir, las que se basan en la reivindicación de derechos derivados de la ley) a la solución judicial o arbitral, por una parte, y la libre elección de los medios de solución pacífica para los demás tipos de controversias, por otra; de este modo, el Pacto de 1948 constituía una innovación al contemplar la solución pacífica de todas las controversias. Al adoptar el Pacto de Bogotá de 1948, los Estados de América Latina se propusieron expresar su ‘espíritu de confianza’ al igual que su ‘sentimiento de interés común’ en lo que respecta a la solución judicial (más perfeccionada que la solución arbitral) y, en particular, a la jurisdicción obligatoria de la CIJ. De ahí la pertinencia del Artículo XXXI del Pacto, también en lo que atañe al Artículo VI” (párr. 46).

17. Esto puede explicar las posteriores iniciativas de revisión (a mediados de la década de 1950, a principios de la

<sup>1</sup> El primero de ellos fue el Congreso de Panamá (el Congreso Anfictiónico) de 1826, al que siguieron los Congresos (con pequeños grupos de Estados) de Lima (1847-1848), Santiago de Chile (1856), Lima (1864-1865 y 1877-1880) y Montevideo (1888-1889).

<sup>2</sup> La primera de ellas fue la Conferencia de Washington (1889), a la que siguieron las Conferencias Internacionales de los Estados Americanos de México (1901-1902), Río de Janeiro (1906), Buenos Aires (1910), Santiago de Chile (1923), La Habana (1928), Montevideo (1933), Lima (1938) y Bogotá (1948). Fue en esta última en la que se adoptaron la Carta de la Organización de los Estados Americanos y el Pacto de Bogotá, dando comienzo a la era de la Organización de los Estados Americanos.

década de 1970, a mediados de la década de 1980) que, sin embargo, no prosperaron, con lo que el Pacto se mantuvo sin cambios (párrs. 47 a 53). La siguiente cuestión que se examina en la presente opinión separada es el recurso al Pacto de Bogotá para fundamentar la solución judicial por la CIJ (parte VI), que se intensificó desde fines de la década de 1980 (tal como ilustran, entre otras, las causas relativas a las *Acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c. Honduras, 1988)*, la *Delimitación marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe (2007)*, la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica c. Nicaragua, 2009)*, las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay, 2010)*, la *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, 2013)*, la *Controversia marítima (Perú c. Chile, 2014)*, además de otras cinco causas, actualmente pendientes ante la Corte)<sup>3</sup>. No obstante lo anterior, el Magistrado Cançado Trindade añade que

“pese a esta reciente reactivación del Pacto de Bogotá, supongo que nadie se atrevería a predecir la evolución que cabe esperar de su aplicación en el futuro ni a formular hipótesis al respecto. Al fin y al cabo, a pesar de los avances logrados, la experiencia adquirida en un contexto más amplio demuestra que el camino que lleva a la jurisdicción obligatoria es especialmente largo y que todavía queda un gran trecho por recorrer [...]” (párr. 55).

18. En resumen, continúa el Magistrado Cançado Trindade, el Artículo XXXI del Pacto de Bogotá tenía por objeto reforzar la competencia de la Corte *ratione materiae* y *ratione temporis* (excluyendo posteriores restricciones mientras el Pacto siguiera en vigor), así como *ratione personae* (con respecto a todos los Estados partes en el Pacto). A su juicio, “la concepción voluntarista tradicional (un derivado de la doctrina anacrónica del positivismo jurídico) ha dado paso a la concepción tranquilizadora del *ius necessarium*, en beneficio de la realización de la justicia internacional” (párr. 57). Hoy en día se reconoce ampliamente que, habida cuenta de la base convencional de la competencia de la CIJ, mediante el compromiso de zanjar todas las controversias “de orden jurídico” que los Estados partes en el Pacto contraen en virtud del Artículo XXXI, que equivale a una cláusula compromisoria, el Pacto de Bogotá ha fortalecido (con independencia de la cláusula facultativa del Artículo 36 2) del Estatuto de la Corte) el procedimiento de solución judicial por la CIJ (párr. 58).

19. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade pasa a exponer la última línea argumental de su opinión separada, a saber, la tercera vía (*third way / troisième voie*) que

<sup>3</sup> Tales como las causas (acumuladas) relativas a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)* y a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, así como las causas relativas a la *Delimitación marítima en el mar Caribe y el océano Pacífico (Costa Rica c. Nicaragua)*, las *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)* o la *Cuestión de la delimitación de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia más allá de las 200 millas marinas contadas desde la costa de Nicaragua (Nicaragua c. Colombia)*.

suponen las excepciones que, según el Artículo 79 9) del Reglamento de la Corte, no tienen un carácter exclusivamente preliminar (parte VII). Aunque el presente fallo de la CIJ se refiere muy brevemente al Artículo XXXI del Pacto de Bogotá y al Artículo 79 9) del Reglamento de la Corte (en comparación con la atención dispensada al Artículo VI del Pacto), observa que, en otras ocasiones, la Corte ha examinado el Artículo 79 9) con mayor profundidad (causas *Nicaragua c. Estados Unidos* (fondo, 1986), *Lockerbie* (excepciones preliminares, 1998), *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia)* (excepciones preliminares, 2007)) (párrs. 59 y 60).

20. El Magistrado Cançado Trindade recuerda que el Artículo 79 9) del Reglamento de la Corte no se limita a contemplar la posibilidad de que la CIJ decida en un sentido o en otro (aceptación o rechazo) respecto de las excepciones que se le formulen durante el procedimiento. En efecto, dicho Artículo prevé una tercera vía (*third way / troisième voie*) (párr. 61), es decir, que, según su propio tenor:

“[se declare] que la excepción no tiene, en las circunstancias del caso, un carácter exclusivamente preliminar. Si la Corte rechazara la excepción o declarara que no tiene un carácter exclusivamente preliminar, fijará los plazos para la continuación del procedimiento”.

21. En este supuesto, la CIJ, al decidir pronunciarse sobre el fondo, se declara competente; ello se debe a que, por su propio carácter, la excepción contiene aspectos relacionados con el fondo, de tal modo que exige un examen del fondo de la cuestión. Esto es lo que ocurre en la presente causa relativa a la *Obligación de negociar el acceso al océano Pacífico*, que se refiere a la controversia surgida entre Bolivia y Chile sobre la determinación de si la práctica posterior al Tratado de Paz de 1904 demuestra la existencia de una obligación de negociar por parte del Estado demandado. El Magistrado Cançado Trindade añade que la excepción de Chile “no tiene un carácter exclusivamente preliminar, sino que parece tratarse de un argumento para defenderse de la reclamación de Bolivia en cuanto al fondo” (párr. 62).

22. El Magistrado Cançado Trindade recuerda que hubo negociaciones, que se prolongaron hasta bastante después de la adopción del Pacto de Bogotá en 1948, en las que ambas partes en litigio participaron activamente: aunque en el presente fallo no se hace ninguna referencia expresa a esas negociaciones, la CIJ toma nota (en el párr. 19) de los argumentos formulados durante el procedimiento seguido en la presente causa en el sentido de que se produjeron negociaciones después del Tratado de Paz de 1904 sobre cuestiones que habían quedado pendientes, que se prolongaron bastante más allá de la fecha de adopción del Pacto de Bogotá (30 de abril de 1948), y continuaron hasta 2012 (párr. 63). Dicho esto, añade que:

“Afirmar que existe la obligación de negociar no equivale a afirmar la existencia de una obligación de negociar un acuerdo, o un determinado resultado. La primera afirma-

ción no implica la segunda. Se trata de una cuestión que debe abordarse durante la fase de examen del fondo. En la presente etapa a la Corte solo le interesa la primera afirmación, es decir, la obligación de negociar que se alega. La excepción planteada por el Estado demandado no parece tener un carácter exclusivamente preliminar. Su contenido solo puede abordarse adecuadamente en el marco del examen del fondo del asunto, no como una ‘excepción preliminar’” (párr. 64).

23. Por consiguiente, la Corte debería haber hecho un examen del fondo en el sentido de la tercera vía del Artículo 79 9) (más arriba); en su opinión, la Corte tendría que haber actuado así, por ser “el modo adecuado y más prudente” de pronunciarse sobre la excepción preliminar de que se trata (párr. 66). El Magistrado Cançado Trindade concluye que “la excepción planteada por Chile parece constituir un argumento de defensa frente a la reclamación de Bolivia en cuanto al fondo, a la que está indisolublemente ligada”. En cualquier caso, agrega, la Corte no dispone de toda la información necesaria para pronunciarse sobre la excepción como cuestión “preliminar”. En su opinión, habría sido más acorde con una buena administración de justicia que la Corte hubiera aplazado la solución de esta cuestión a la etapa del examen sobre el fondo, cuando las partes en litigio habrían tenido la oportunidad de presentar íntegramente su argumentación. Esto no habría supuesto ningún retraso para la posterior tramitación del procedimiento en cuanto al fondo. Por último, pero no por ello menos importante, el Artículo VI del Pacto de Bogotá no excluye, según el Magistrado Cançado Trindade, la competencia de la Corte con respecto a las controversias surgidas después de 1948: “sostener lo contrario privaría al Pacto de todo efecto útil. Añade asimismo que el Pacto de Bogotá, conforme a la corriente mayoritaria de la doctrina jurídica internacional de América Latina, atribuye gran importancia a la solución judicial de las controversias —su logro principal o medular— sobre la base del Artículo XXXI, que constituye un hito en el desarrollo conceptual de este ámbito del derecho internacional” (párr. 67).

### Declaración del Magistrado Gaja

La solicitud de Bolivia hace hincapié en las negociaciones, aunque estas solo son un medio para permitirle obtener un acceso soberano al mar. La mayoría debería haber otorgado más peso a este hecho al definir la controversia.

El acceso “soberano” debería producirse por un territorio que, según se convino en el Tratado de Paz de 1904, no está bajo soberanía boliviana. Por consiguiente, la cuestión del acceso de Bolivia al mar se zanjó en 1904, lo que afectaría a la competencia de la Corte de conformidad con el Pacto de Bogotá. No obstante, una cuestión ya zanjada puede volver a abrirse si las partes así lo acuerdan.

Dada la relación entre el papel que las negociaciones pueden haber tenido en la reapertura de una cuestión previamente zanjada, por una parte, y la posibilidad de deducir de las negociaciones una obligación de negociar, por otra, la Corte debería haber declarado que, en tales circunstancias, la excepción que Chile ha planteado a su competencia no tiene un carácter exclusivamente preliminar.

### Opinión disidente de la Magistrada ad hoc Arbour

La Magistrada *ad hoc* Arbour discrepa de la decisión de la Corte según la cual la excepción preliminar de Chile tiene un carácter exclusivamente preliminar en el sentido del Artículo 79 9) del Reglamento de la Corte, por lo que puede ser resuelta en la fase preliminar. En este sentido, señala que debería haberse aplazado hasta que se hubiera producido un examen completo sobre el fondo.

La Magistrada *ad hoc* Arbour observa que Bolivia ha expuesto el objeto de su solicitud de forma diferente en su demanda, su memoria y la primera y segunda ronda de las audiencias orales. Por consiguiente, es difícil determinar el alcance y el contenido de la presunta obligación de Chile de negociar un acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico y, en particular, si se trata de una supuesta obligación de resultado.

La Magistrada *ad hoc* Arbour señala que si Bolivia alega que Chile tiene la obligación de ceder una parte de su territorio soberano a Bolivia para darle acceso al Pacífico, en los términos que se negociaran, la Corte no tendría competencia en virtud del Artículo VI del Pacto de Bogotá, ya que la cuestión del acceso soberano al océano Pacífico era un asunto resuelto o regido por el Tratado de Paz de 1904. La incertidumbre acerca de la naturaleza, el contenido y el alcance de la supuesta obligación de negociar hace que sea prematuro pronunciarse sobre el objeto del asunto. Por consiguiente, la Magistrada *ad hoc* Arbour concluye que la excepción preliminar no debería haberse resuelto en esta etapa, sino que debería haberse aplazado hasta que se hubiera realizado un examen completo sobre el fondo.

## 213. DETERMINADAS ACTIVIDADES REALIZADAS POR NICARAGUA EN LA ZONA FRONTERIZA (COSTA RICA *c.* NICARAGUA) Y CONSTRUCCIÓN DE UNA CARRETERA EN COSTA RICA A LO LARGO DEL RÍO SAN JUAN (NICARAGUA *c.* COSTA RICA)

Fallo de 16 de diciembre de 2015

El 16 de diciembre de 2015, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo en las dos causas acumuladas relativas a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)* y a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*. La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Keith, Bennouna, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Gevorgian; Magistrados *ad hoc* Guillaume y Dugard; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

En la parte dispositiva (párr. 229) del fallo se establece lo siguiente:

“[...]”

La Corte,

1) Por 14 votos contra 2,

*Determina* que Costa Rica tiene soberanía sobre el “territorio en disputa”, tal como lo ha definido la Corte en los párrafos 69 y 70 del presente fallo;

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson; Magistrado *ad hoc* Dugard;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Gevorgian; Magistrado *ad hoc* Guillaume;

2) Por unanimidad,

*Determina* que, al excavar tres caños y establecer una presencia militar en territorio de Costa Rica, Nicaragua ha violado la soberanía territorial de Costa Rica;

3) Por unanimidad,

*Determina* que, al excavar dos caños en 2013 y establecer una presencia militar en el territorio en disputa, Nicaragua ha violado las obligaciones que le incumben con arreglo a la providencia por la que se indicaron medidas provisionales dictada por la Corte el 8 de marzo de 2011;

4) Por unanimidad,

*Determina* que, por las razones expuestas en los párrafos 135 y 136 del presente fallo, Nicaragua ha violado los derechos de navegación de Costa Rica en el río San Juan con arreglo al Tratado de Límites de 1858;

5) a) Por unanimidad,

*Determina* que Nicaragua tiene la obligación de indemnizar a Costa Rica por los daños materiales causados por las actividades ilícitas de Nicaragua en el territorio costarricense;

b) Por unanimidad,

*Decide que*, de no lograrse un acuerdo entre las partes sobre este punto en el plazo de 12 meses desde la fecha del presente fallo, la cuestión de la indemnización debida a Costa Rica será resuelta por la Corte a petición de cualquiera de las partes, y reserva a estos efectos el procedimiento subsiguiente en la causa relativa a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)*;

c) Por 12 votos contra 4,

*Rechaza* la solicitud de Costa Rica de que se ordene a Nicaragua pagar las costas del procedimiento;

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Bennouna, Cançado Trindade, Xue, Donoghue, Gaja, Bhandari, Robinson, Gevorgian; Magistrado *ad hoc* Guillaume;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Tomka, Greenwood, Sebutinde; Magistrado *ad hoc* Dugard;

6) Por unanimidad,

*Determina* que Costa Rica ha violado la obligación que le incumbe con arreglo al derecho internacional general al no haber efectuado una evaluación del impacto ambiental en relación con la construcción de la Ruta 1856;

7) Por 13 votos contra 3,

*Rechaza* todas las demás peticiones formuladas por las partes;

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Gevorgian; Magistrado *ad hoc* Guillaume;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Bhandari, Robinson; Magistrado *ad hoc* Dugard”

\*  
\* \*

El Vicepresidente Yusuf adjuntó una declaración al fallo de la Corte; el Magistrado Owada adjuntó una opinión separada al fallo de la Corte; los Magistrados Tomka, Greenwood, Sebutinde y el Magistrado *ad hoc* Dugard adjuntaron

una declaración conjunta al fallo de la Corte; el Magistrado Cançado Trindade adjuntó una opinión separada al fallo de la Corte; la Magistrada Donoghue adjuntó una opinión separada al fallo de la Corte; el Magistrado Bhandari adjuntó una opinión separada al fallo de la Corte; el Magistrado Robinson adjuntó una opinión separada al fallo de la Corte; el Magistrado Gevorgian adjuntó una declaración al fallo de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Guillaume adjuntó una declaración al fallo de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Dugard adjuntó una opinión separada al fallo de la Corte.

\*  
\* \*

#### *Antecedentes procesales* (párrs. 1 a 52)

La Corte comienza recordando que, el 18 de noviembre de 2010, la República de Costa Rica (en adelante, “Costa Rica”) inició un procedimiento contra la República de Nicaragua (en adelante, “Nicaragua”) en la causa relativa a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)* (en adelante, “la causa *Costa Rica c. Nicaragua*”). En su demanda, Costa Rica alegó en particular que Nicaragua había invadido y ocupado territorio costarricense, y excavado un canal en él; asimismo, reprochó a Nicaragua que hubiera llevado a cabo obras (en particular el dragado del río San Juan) en violación de sus obligaciones internacionales. La Corte indica además que, el mismo día, Costa Rica presentó una solicitud de medidas provisionales, como resultado de la cual, mediante una providencia de 8 de marzo de 2011 (en adelante, “la providencia de 8 de marzo de 2011”), la Corte indicó determinadas medidas provisionales dirigidas a ambas partes.

La Corte continúa recordando que, mediante demanda presentada en la Secretaría el 22 de diciembre de 2011, Nicaragua inició un procedimiento contra Costa Rica por una controversia relativa a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)* (en adelante, “la causa *Nicaragua c. Costa Rica*”). En esa demanda, Nicaragua dijo que la causa se refería a “violaciones de la soberanía nicaragüense e importantes daños ambientales en su territorio” y sostuvo, en particular, que Costa Rica estaba llevando a cabo importantes obras de construcción de una carretera en la zona fronteriza entre los dos países a lo largo del río San Juan, en violación de varias obligaciones internacionales y con graves consecuencias ambientales.

La Corte explica que, mediante dos providencias separadas de fecha 17 de abril de 2013, acumuló los procedimientos en las causas *Costa Rica c. Nicaragua* y *Nicaragua c. Costa Rica*. Añade que, mediante una providencia de 22 de noviembre de 2013 dictada en la causa *Costa Rica c. Nicaragua*, reafirmó las medidas provisionales indicadas el 8 de marzo de 2011 y estableció nuevas medidas provisionales dirigidas a ambas partes.

Finalmente, la Corte recuerda que del 14 de abril de 2015 al 1 de mayo de 2015 se celebraron audiencias públicas en las causas acumuladas, durante las cuales se escuchó a expertos de ambas partes.

#### *I. Competencia de la Corte* (párrs. 54 y 55)

La Corte señala que tanto Costa Rica como Nicaragua invocan, como fundamento de la competencia, el Artículo XXXI del Pacto de Bogotá y las declaraciones por las cuales reconocieron la competencia obligatoria de la Corte con arreglo a los párrafos 2 y 5 del Artículo 36 del Estatuto, y que ninguna de las partes ha impugnado la competencia de la Corte para conocer de las pretensiones de la otra parte. La Corte determina que tiene competencia respecto de ambas causas.

#### *II. Contexto geográfico e histórico y origen de las controversias* (párrs. 56 a 64)

La Corte comienza recordando el contexto geográfico de las dos causas. A este respecto, explica que el río San Juan fluye a lo largo de aproximadamente 205 km desde el lago Nicaragua hasta el mar Caribe. En un punto conocido como “delta Colorado” (o “delta Costa Rica”), el río San Juan se divide en dos brazos: el bajo río San Juan, que es el más septentrional de esos dos brazos y desemboca en el mar Caribe unos 30 km aguas abajo del delta; y el río Colorado, el más meridional y más grande de los dos brazos, que fluye enteramente dentro de Costa Rica, llegando al mar Caribe en la Barra de Colorado, unos 20 km al sureste de la desembocadura del bajo río San Juan. La zona situada entre el río Colorado y el bajo río San Juan es conocida en general como isla Calero (de aproximadamente 150 km<sup>2</sup>). Dentro de esa zona hay una región más pequeña conocida en Costa Rica como isla Portillos y en Nicaragua como Harbor Head (de aproximadamente 17 km<sup>2</sup>), ubicada al norte del antiguo río Taura. En el norte de la isla Portillos hay una laguna, llamada Los Portillos por Costa Rica y Harbor Head por Nicaragua. Dicha laguna está actualmente separada del mar Caribe por un banco de arena (véase el mapa esquemático adjunto No. 1). La zona comprende dos humedales de importancia internacional: el humedal Caribe Noreste y el refugio de vida silvestre Río San Juan.

La Corte describe a continuación el contexto histórico de las actuales controversias entre las partes. Observa a este respecto que, después de que se produjeran hostilidades entre los dos Estados en 1857, los Gobiernos de Costa Rica y Nicaragua concertaron en 1858 un Tratado de Límites (en adelante, el “Tratado de 1858”), que fijó el trazado de la frontera entre los dos países desde el océano Pacífico hasta el mar Caribe. El Tratado estableció el *dominium* y el *imperium* de Nicaragua sobre las aguas del río San Juan, pero al mismo tiempo afirmó el derecho de libre navegación de Costa Rica en el río con fines de comercio. Después de que Nicaragua impugnara en varias ocasiones la validez de ese Tratado,

Costa Rica y Nicaragua firmaron el 24 de diciembre de 1886 otro instrumento, por el cual los dos Estados convinieron en someter al Presidente de los Estados Unidos, Grover Cleveland, para su arbitraje, la cuestión de la validez del Tratado de 1858, así como varios otros puntos de “dudosa interpretación”.

La Corte observa que, en el laudo que dictó en 1888, el Presidente Cleveland, entre otras cosas, confirmó la validez del Tratado, y que, a raíz de esa decisión, en 1896 Costa Rica y Nicaragua convinieron en establecer dos Comisiones de Demarcación nacionales, que debían comprender un ingeniero “que tendrá amplios poderes para decidir cualquier tipo de diferencias que surjan en el curso de cualesquiera operaciones y cuya decisión será definitiva”. Se designó a esos efectos al General de los Estados Unidos Edward Porter Alexander. Durante el proceso de demarcación (que comenzó en 1897 y concluyó en 1900), el General Alexander dictó cinco laudos, los tres primeros de los cuales tienen particular importancia para la causa *Costa Rica c. Nicaragua*.

La Corte explica asimismo que, a partir de la década de 1980, surgieron desacuerdos entre Costa Rica y Nicaragua acerca del alcance preciso de los derechos de navegación de Costa Rica con arreglo al Tratado de 1858. Esa controversia llevó a Costa Rica, el 29 de septiembre de 2005, a presentar una demanda ante la Corte iniciando un proceso contra Nicaragua. El 13 de julio de 2009, la Corte dictó su fallo, en el cual, entre otras cosas, aclaró los derechos de navegación de Costa Rica y el alcance del poder de Nicaragua para reglamentar la navegación en el río San Juan.

La Corte examina a continuación el origen de las dos controversias, indicando que, el 18 de octubre de 2010, Nicaragua comenzó a dragar el río San Juan a fin de mejorar su navegabilidad, al mismo tiempo que realizaba obras en la parte septentrional de la isla Portillos. La Corte observa que Costa Rica sostiene que Nicaragua había creado artificialmente un canal (ambas partes denominan “caños” a esos canales) en territorio costarricense, en la isla Portillos entre el río San Juan y la laguna Los Portillos/Harbor Head, mientras que Nicaragua argumenta que solo estaba despejando un caño existente en territorio de Nicaragua. La Corte señala asimismo que Nicaragua también envió algunas unidades militares y personal de otra índole a esa zona.

La Corte explica a continuación que, en diciembre de 2010, Costa Rica comenzó obras para la construcción de la Ruta 1856 Juan Rafael Mora Porras (en adelante, la “carretera”), que corre por territorio costarricense a lo largo de parte de su frontera con Nicaragua, y cuya longitud proyectada es de 159,7 km, extendiéndose desde Los Chiles en el oeste hasta un punto situado un poco más allá del delta Colorado en el este. A lo largo de 108,2 km, la carretera sigue el curso del río San Juan (véase el mapa esquemático adjunto No. 2). Finalmente, la Corte señala que, el 21 de febrero de 2011, Costa Rica dictó un decreto ejecutivo por el que se declaró un estado de emergencia en la zona fronteriza, que según

Costa Rica la mantiene eximida de la obligación de efectuar una evaluación del impacto ambiental antes de construir la carretera.

### *III. Cuestiones planteadas en la causa Costa Rica c. Nicaragua* (párrs. 65 a 144)

#### *A. Soberanía sobre el territorio en disputa y presuntas violaciones de dicha soberanía* (párrs. 65 a 99)

La Corte observa que, dado que no se ha refutado que Nicaragua llevó a cabo determinadas actividades en el territorio en disputa, es necesario, a fin de establecer si hubo una violación de la soberanía territorial de Costa Rica, determinar cuál de los Estados tiene soberanía sobre ese territorio. La Corte recuerda que el “territorio en disputa” fue definido por la Corte en su providencia de 8 de marzo de 2011 sobre medidas provisionales como “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 [dragado por Nicaragua en 2010], la ribera derecha del río San Juan hasta su desembocadura en el mar Caribe y la laguna Harbor Head”. La Corte señala que esa definición no se refiere específicamente a la extensión de costa lindante con el mar Caribe comprendida entre la laguna Harbor Head (que ambas partes coinciden en que es de Nicaragua) y la desembocadura del río San Juan, y añade que, como ninguna de las partes le ha solicitado que defina la frontera con mayor precisión con respecto a esa costa, la Corte, consiguientemente, se abstendrá de hacerlo.

A fin de resolver la cuestión relativa a cuál de las dos partes tiene soberanía sobre el territorio en disputa, la Corte examina las disposiciones y los pasajes pertinentes del Tratado de 1858, el laudo Cleveland y los laudos Alexander invocados por las partes. La Corte considera que ello lleva a la conclusión de que el Artículo II del Tratado de 1858, que sitúa la frontera en la “ribera derecha del [...] río”, debe interpretarse en el contexto del Artículo VI, que dispone que “la República de Costa Rica tendrá [...] un derecho perpetuo de libre navegación en las [...] aguas [del río] entre [su] desembocadura [...] y un punto situado tres millas inglesas aguas abajo de Castillo Viejo”. Como observó el General Alexander al demarcar la frontera, el Tratado de 1858 considera al río, “en la condición media de las aguas”, como “una salida para el comercio”. En opinión de la Corte, los artículos II y VI, tomados en conjunto, disponen que la ribera derecha de un canal del río forma la frontera, partiendo del supuesto de que ese canal es una salida navegable para el comercio. Así pues, los derechos de navegación de Costa Rica están vinculados con la soberanía sobre la ribera derecha, que claramente ha sido atribuida a Costa Rica hasta llegar a la desembocadura del río.

La Corte observa el argumento de Nicaragua de que, como resultado de modificaciones naturales en la configuración geográfica del territorio en disputa, el “primer canal”

al que se refirió el General Alexander en su primer laudo es ahora un canal que conecta el río, en un punto situado al sur de la laguna Harbor Head, con el extremo meridional de dicha laguna, y que ese es el caño que dragó en 2010 con el único fin de mejorar su navegabilidad. Costa Rica cuestiona ese punto, sosteniendo que el caño es artificial. La Corte procede a continuación a examinar los materiales probatorios presentados por las partes. Concluye que las imágenes aéreas y de satélite en que se funda Nicaragua son insuficientes para probar que un canal natural conectaba el río San Juan con la laguna Harbor Head siguiendo el mismo curso que el caño que dragó. La Corte observa asimismo que las declaraciones juradas de funcionarios del Estado de Nicaragua, que fueron preparadas después de la incoación del procedimiento por Costa Rica, sirven de escaso apoyo a la posición de Nicaragua. En lo tocante a los mapas presentados por las partes, la Corte concluye que, si bien tienden en conjunto a dar apoyo a la posición de Costa Rica, su importancia es limitada, habida cuenta de que son mapas a pequeña escala que no están centrados en los detalles del territorio en disputa. Finalmente, en lo tocante a las *effectivités*, la Corte, advirtiendo que en todo caso tienen una importancia limitada, señala que no pueden afectar al título de soberanía resultante del Tratado de 1858 y los laudos Cleveland y Alexander.

La Corte señala asimismo que algunas de las pruebas ponen en tela de juicio la existencia de un caño navegable en la ubicación invocada por Nicaragua durante un período significativo de tiempo, entre ellas que en el lecho del canal hubiera árboles de tamaño y antigüedad considerables que fueron despejados por Nicaragua en 2010. Además, el hecho de que, como convienen los expertos de las partes, el caño dragado en 2010 ya no conectara al río con la laguna a mediados del verano de 2011 arroja dudas sobre la existencia durante varios años de un canal navegable que siguiera el mismo curso antes de que Nicaragua llevase a cabo sus actividades de dragado. Mal podría ese caño haber sido la salida navegable para el comercio mencionada anteriormente.

Por consiguiente, la Corte concluye que la ribera derecha del caño que Nicaragua dragó en 2010 no forma parte de la frontera entre Costa Rica y Nicaragua, y que el territorio bajo la soberanía de Costa Rica se extiende hasta la ribera derecha del bajo río San Juan hasta su desembocadura en el mar Caribe. Así pues, la soberanía sobre el territorio en disputa pertenece a Costa Rica.

La Corte recuerda que no se ha refutado que Nicaragua haya realizado diversas actividades en el territorio en disputa a partir de 2010, que comprenden la excavación de tres caños y el establecimiento de una presencia militar en partes de ese territorio. Esas actividades violaron la soberanía territorial de Costa Rica. Nicaragua es responsable de esas violaciones y, por consiguiente, tiene la obligación de reparar el daño causado por sus actividades ilícitas (véase la sección E, más abajo).

La Corte considera a continuación la alegación de Costa Rica según la cual, “al ocupar y reivindicar para sí territorio costarricense”, Nicaragua cometió también otras violaciones de sus obligaciones, incluida, en particular, su obligación de “no ejercer actos de hostilidad en el río San Juan” con arreglo al Artículo IX del Tratado de 1858. Sin embargo, la opinión de la Corte es que no se han presentado pruebas de hostilidades en el río San Juan y, consiguientemente, rechaza la alegación de Costa Rica sobre este punto.

Costa Rica pide asimismo a la Corte que declare la existencia de una violación por Nicaragua de “la prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza prevista en el Artículo 2 4) de la Carta de las Naciones Unidas y el Artículo 22 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos”. La Corte observa que la conducta pertinente de Nicaragua ya ha sido considerada en el contexto de su examen de la violación de la soberanía territorial de Costa Rica. La Corte señala, empero, que el hecho de que Nicaragua haya considerado que sus actividades se estaban realizando en su propio territorio no excluye la posibilidad de caracterizarlas como un uso ilícito de la fuerza. Esto plantea la cuestión de su compatibilidad con la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de los Estados Americanos. No obstante, en las circunstancias de la presente causa, habida cuenta de que ya se ha establecido el carácter ilícito de esas actividades, la Corte opina que no es necesario que siga examinando esa alegación.

Finalmente, Costa Rica pide a la Corte que declare que el territorio de Costa Rica fue “objeto, aunque fuera temporalmente, de ocupación militar” por Nicaragua, en contra de lo dispuesto por el Artículo 21 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos. La Corte considera que, habiendo establecido ya que la presencia de personal militar de Nicaragua en el territorio en disputa era ilícita porque violaba la soberanía territorial de Costa Rica, no necesita considerar si esa conducta de Nicaragua constituye una ocupación militar en violación del Artículo 21 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

#### *B. Presuntas violaciones del derecho ambiental internacional (párrs. 100 a 120)*

La Corte considera a continuación las alegaciones de Costa Rica relativas al incumplimiento por Nicaragua de las obligaciones que le incumben con arreglo al derecho ambiental internacional en relación con sus actividades de dragado encaminadas a mejorar la navegabilidad del bajo río San Juan.

##### *1. Obligaciones procesales (párrs. 101 a 112)*

La Corte comienza examinando las alegaciones de Costa Rica relativas al incumplimiento por Nicaragua de sus obligaciones procesales.

a) *El presunto incumplimiento de la obligación de efectuar una evaluación del impacto ambiental* (párrs. 101 a 105)

La Corte comienza por considerar la afirmación de Costa Rica de que Nicaragua incumplió su obligación de efectuar una evaluación del impacto ambiental.

Después de recordar su conclusión en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, según la cual “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” (*I.C.J. Reports 2010 (I)*, pág. 83, párr. 204), la Corte explica que, aun cuando esa afirmación se refería a actividades industriales, el principio en que se funda se aplica en general a las actividades proyectadas que puedan tener un impacto adverso significativo en un contexto transfronterizo. Así pues, para cumplir su obligación de ejercer la diligencia debida a fin de prevenir un daño ambiental transfronterizo significativo, un Estado, antes de emprender una actividad que pueda afectar negativamente al medio ambiente de otro Estado, debe determinar si existe un riesgo de daño transfronterizo significativo, lo cual haría aplicable la exigencia de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental.

La Corte recuerda que la determinación del contenido de la evaluación del impacto ambiental debe hacerse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso. Si la evaluación del impacto ambiental confirma que existe un riesgo de daño transfronterizo significativo, el Estado que se propone emprender la actividad debe, de conformidad con su obligación de diligencia debida, notificarlo al Estado potencialmente afectado y celebrar consultas de buena fe con él, cuando sea necesario para determinar las medidas adecuadas que permitan prevenir o mitigar ese riesgo.

La Corte señala que, en la presente causa, el principal riesgo citado por Costa Rica era el potencial impacto adverso de esas actividades de dragado en el flujo del río Colorado, que también podrían afectar negativamente a los humedales de Costa Rica.

Habiendo examinado las pruebas existentes en el expediente de la causa, incluidos los informes presentados y el testimonio prestado por los expertos convocados por ambas partes, la Corte concluye que el programa de dragado proyectado en 2006 no creaba ningún riesgo de daño transfronterizo significativo, ni en el flujo del río Colorado ni en los humedales de Costa Rica. Habida cuenta de la ausencia de riesgo de daño transfronterizo significativo, Nicaragua no estaba obligada a efectuar una evaluación del impacto ambiental.

b) *El presunto incumplimiento de una obligación de notificar y celebrar consultas* (párrs. 106 a 111)

La Corte considera a continuación la alegación de Costa Rica de que Nicaragua ha incumplido una obligación de notificación y celebración de consultas con ella, con arreglo al derecho internacional general y de conformidad con una serie de instrumentos, a saber, el Tratado de 1858, la Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, firmada en Ramsar el 2 de febrero de 1971 (en adelante, la “Convención de Ramsar”), y el Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres Prioritarias en América Central.

La Corte observa que, en contra de lo que sostiene Nicaragua, el hecho de que el Tratado de 1858 contenga obligaciones limitadas acerca de la notificación o consulta en situaciones específicas no excluye otras obligaciones procesales con respecto al daño transfronterizo que puedan existir en tratados o en el derecho internacional consuetudinario. En todo caso, la Corte determina que, como Nicaragua no tenía una obligación internacional de efectuar una evaluación del impacto ambiental al no existir un riesgo de daño transfronterizo significativo, no estaba obligada a notificar a Costa Rica, ni a celebrar consultas con ella.

En lo tocante a la Convención de Ramsar, la Corte señala que, si bien el Artículo 3, párrafo 2, contiene una obligación de notificar, esa obligación se limita a notificar a la secretaría de Ramsar los cambios o probables cambios en las “condiciones ecológicas de los humedales” en el territorio del Estado notificante. En la presente causa, la Corte considera que las pruebas que tiene ante sí no indican que el programa de dragado de Nicaragua haya producido cambios en las condiciones ecológicas de los humedales, o que es probable que lo haga, a menos que se amplíe. Así pues, la Corte concluye que no surgió para Nicaragua ninguna obligación de informar a la secretaría de Ramsar. En lo que respecta al Artículo 5 de dicho instrumento, la Corte observa que, si bien esa disposición contiene una obligación general de celebrar consultas “sobre el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de la Convención”, no crea para Nicaragua ninguna obligación de celebrar consultas con Costa Rica en relación con un proyecto determinado que esté llevando a cabo, en este caso el dragado del bajo río San Juan. A la luz de lo que antecede, Nicaragua no estaba obligada con arreglo a la Convención de Ramsar a notificar a Costa Rica, ni a celebrar consultas con ella, antes de comenzar su proyecto de dragado.

Finalmente, en cuanto al Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres Prioritarias en América Central, la Corte no considera necesario continuar con su examen, pues ninguna de las dos disposiciones invocadas por Costa Rica contiene una obligación vinculante de notificar o celebrar consultas.

c) *Conclusión* (párr. 112)

La Corte concluye que no se ha establecido que Nicaragua violase ninguna obligación procesal que tuviera frente a Costa Rica en virtud de tratados o del derecho internacional consuetudinario del medio ambiente. La Corte toma nota del compromiso de Nicaragua, asumido en el curso de las actuaciones orales, de efectuar un nuevo estudio del impacto ambiental antes de cualquier ampliación sustancial de su actual programa de dragado. La Corte señala asimismo que Nicaragua dijo que ese estudio comprendería una evaluación del riesgo de daño transfronterizo y que, como parte de ese proceso, notificaría a Costa Rica y celebraría consultas con ella.

2. *Obligaciones sustantivas relativas al daño transfronterizo* (párrs. 113 a 120)

La Corte, que ya ha determinado que Nicaragua es responsable del daño causado por sus actividades violatorias de la soberanía territorial de Costa Rica, pasa a examinar si Nicaragua es responsable de algún daño transfronterizo presuntamente causado por sus actividades de dragado realizadas en zonas bajo la soberanía territorial de Nicaragua, en el bajo río San Juan y en su ribera izquierda.

La Corte comienza examinando el derecho aplicable pertinente. Estima que solo sería necesario considerar la cuestión de la relación entre el Tratado de 1858, tal como fue interpretado por el laudo Cleveland, y la norma actual del derecho internacional consuetudinario sobre el daño transfronterizo si Costa Rica demostrara que el programa de dragado en el bajo río San Juan produjo un daño al territorio de Costa Rica.

Sin embargo, en opinión de la Corte, Costa Rica no ha presentado ninguna prueba convincente de que los sedimentos dragados del río se depositaran en su ribera derecha. Tampoco ha probado que el programa de dragado causara daño a sus humedales, o haya tenido un efecto significativo en el río Colorado.

Por consiguiente, la Corte concluye que las pruebas disponibles no demuestran que Nicaragua incumpliera sus obligaciones al realizar actividades de dragado en el bajo río San Juan.

C. *Cumplimiento de las medidas provisionales* (párrs. 121 a 129)

La Corte recuerda que, en su providencia sobre medidas provisionales de 8 de marzo de 2011, indicó que “[c]ada 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”, y asimismo requirió que cada parte se abstuviera “de toda acción que [pudiera] agravar o extender la controversia que la Corte [tenía] ante sí o hacer que [fuera] más difícil resolverla”. Sobre la base de hechos que no se han refutado, la Corte determina que Nicaragua incumplió las obligaciones que le imponía la providencia de

8 de marzo de 2011 al excavar dos caños y establecer una presencia militar en el territorio en disputa. Por otro lado, determina que no ha habido violación de su providencia sobre medidas provisionales de 22 de noviembre de 2013.

La Corte concluye, en consecuencia, que Nicaragua incumplió las obligaciones que le impuso la providencia de 2011 al excavar los caños segundo y tercero y al establecer una presencia militar en el territorio en disputa. La Corte observa que esta conclusión es independiente de su anterior conclusión (véase la sección A), a saber, que esa misma conducta también constituye una violación de la soberanía territorial de Costa Rica.

D. *Derechos de navegación* (párrs. 130 a 136)

La Corte recuerda que, en sus pretensiones finales, Costa Rica también alega que Nicaragua ha violado “derechos perpetuos de Costa Rica de libre navegación en el San Juan de conformidad con el Tratado de Límites de 1858, el laudo Cleveland de 1888 y el fallo de la Corte de 13 de julio de 2009”.

Nicaragua cuestiona la admisibilidad de esta pretensión, que considera que no está comprendida en la demanda y que tiene un objeto no conexo con el de la controversia principal. La Corte observa, empero, que en el párrafo 41 f) de su demanda Costa Rica le pide que juzgue y declare que, “con su conducta, Nicaragua ha violado la obligación de no prohibir la navegación en el río San Juan por nacionales de Costa Rica”. Si bien podría entenderse que la petición de Costa Rica estaba relacionada con “las actividades de dragado y canalización realizadas por Nicaragua en el río San Juan”, que también se mencionaban en el mismo párrafo de la demanda, el texto de la petición no contenía ninguna restricción en tal sentido. Por consiguiente, la Corte considera que la pretensión final de Costa Rica relativa a los derechos de navegación es admisible.

Costa Rica incluye entre las presuntas violaciones de sus derechos de navegación la promulgación por Nicaragua de un decreto de octubre de 2009 relativo a la navegación en el río San Juan. La Corte observa que, si bien es evidente que el decreto debe ser compatible con el Artículo VI del Tratado de 1858, tal como ha sido interpretado por la Corte, ninguno de los casos de vulneración de los derechos de navegación de Costa Rica específicamente alegados por este país guarda relación con la aplicación de ese decreto. Por consiguiente, la Corte opina que no le corresponde examinar dicho decreto.

La Corte observa asimismo las alegaciones de Costa Rica relativas a cinco incidentes en los que alega que hubo violaciones de sus derechos de navegación. La Corte concluye que Nicaragua no dio una justificación suficiente a la luz del Artículo VI del Tratado de 1858 por la conducta de sus autoridades en dos de esos incidentes, que se referían a la navegación por habitantes de la ribera costarricense del río

San Juan. Por consiguiente, la Corte considera que los dos incidentes demuestran que Nicaragua violó los derechos de navegación en el río San Juan que Costa Rica tiene con arreglo al Tratado de 1858. La Corte añade que, habida cuenta de esta conclusión, no es necesario que examine los otros incidentes invocados por Costa Rica.

#### *E. Reparación (párrs. 137 a 144)*

Finalmente, la Corte considera la cuestión de las reparaciones. A este respecto, señala que, habida cuenta de las conclusiones a que llegó en las secciones B y D, no corresponde acoger las peticiones de Costa Rica relativas a la derogación del decreto de 2009 sobre navegación y a la cesación del dragado. La Corte considera que su declaración de que Nicaragua violó la soberanía territorial de Costa Rica al excavar tres caños y establecer una presencia militar en el territorio en disputa constituye una satisfacción adecuada por los daños no materiales sufridos por este motivo. Lo mismo se aplica a la declaración sobre la violación de las obligaciones impuestas por la providencia de la Corte de 8 de marzo de 2011 sobre medidas provisionales. Por último, la conclusión relativa a la violación de los derechos de navegación de Costa Rica en las circunstancias descritas en la sección D constituye una satisfacción adecuada por esa violación.

En cuanto a la solicitud de Costa Rica de seguridades y garantías adecuadas de no repetición, la Corte considera que, si bien Nicaragua no cumplió las obligaciones impuestas por la providencia de 2011, también debe tenerse en cuenta que sí cumplió posteriormente las obligaciones establecidas en la providencia de 22 de noviembre de 2013. Por consiguiente, la Corte opina que Nicaragua tendrá la misma actitud con respecto a la situación jurídica resultante del presente fallo, en particular habida cuenta de que la cuestión de la soberanía territorial sobre el territorio en disputa ya ha sido resuelta.

La Corte determina que Costa Rica tiene derecho a recibir una indemnización por el daño material causado por los incumplimientos de las obligaciones de Nicaragua que han sido establecidos por la Corte, y afirma que los daños materiales pertinentes y la cuantía de la indemnización solo pueden ser evaluados por la Corte en un procedimiento separado. La Corte opina que las partes deben entablar negociaciones a fin de llegar a un acuerdo sobre esas cuestiones. Sin embargo, si no logran llegar a un acuerdo en el plazo de 12 meses desde la fecha del presente fallo, la Corte, a petición de cualquiera de las partes, determinará la cuantía de la indemnización sobre la base de nuevos alegatos escritos limitados a esta cuestión.

Finalmente, pese a tomar nota de que el incumplimiento por Nicaragua de las obligaciones impuestas por la providencia de 2011 hizo necesario que Costa Rica iniciara un nuevo procedimiento de medidas provisionales, la Corte concluye que, teniendo en cuenta las circunstancias generales de la causa, no sería adecuado que a Costa Rica se le abonaran las costas, tal como ha pedido.

#### *IV. Cuestiones planteadas en la causa Nicaragua c. Costa Rica (párrs. 145 a 228)*

En primer lugar, la Corte recuerda que la demanda presentada por Nicaragua el 22 de diciembre de 2011 se refiere al presunto incumplimiento por Costa Rica de obligaciones tanto procesales como sustantivas en relación con la construcción de la carretera a lo largo del río San Juan.

##### *A. El presunto incumplimiento de obligaciones procesales (párrs. 146 a 173)*

La Corte comienza considerando el presunto incumplimiento de obligaciones procesales.

##### *1. El presunto incumplimiento de la obligación de efectuar una evaluación del impacto ambiental (párrs. 146 a 162)*

La Corte considera primero la pretensión de Nicaragua de que Costa Rica incumplió su obligación con arreglo al derecho internacional general de evaluar el impacto ambiental de la construcción de la carretera antes de comenzarla, particularmente habida cuenta de su longitud y ubicación.

La Corte recuerda que la obligación de un Estado de actuar con la diligencia debida a fin de prevenir un daño transfronterizo significativo exige que el Estado se cerciore de la posible existencia de un riesgo de daño transfronterizo significativo antes de emprender una actividad que pueda afectar negativamente al medio ambiente de otro Estado. Si tal es el caso, el Estado de que se trate debe realizar una evaluación del impacto ambiental. La obligación en cuestión incumbe al Estado que se propone realizar la actividad. Consiguientemente, en la presente causa, incumbía a Costa Rica, y no a Nicaragua, evaluar la existencia de un riesgo de daño transfronterizo significativo antes de la construcción de la carretera, sobre la base de una evaluación objetiva de todas las circunstancias pertinentes.

La Corte señala que, en las actuaciones orales, el consejero de Costa Rica dijo que se había emprendido una evaluación preliminar del riesgo planteado por el proyecto de la carretera cuando se tomó la decisión de construirla. La Corte observa que la realización de una evaluación preliminar del riesgo planteado por una actividad es una de las formas en que un Estado puede cerciorarse de si la actividad proyectada genera un riesgo de daño transfronterizo significativo. Sin embargo, considera que Costa Rica no ha presentado ninguna prueba de que efectivamente llevara a cabo esa evaluación preliminar.

La Corte señala que, a la hora de evaluar si, a finales de 2010, la construcción de la carretera planteaba un riesgo de daño transfronterizo significativo, deberá tomar en consideración la naturaleza y la magnitud del proyecto y el contexto en que había de ejecutarse. Dado que la escala del proyecto de la carretera era sustancial, y considerando la ubicación proyectada de la carretera a lo largo del río San Juan y las condiciones geográficas de la cuenca del río en que había de

situarse la carretera (y, en particular, el hecho de que atravesaría humedales de importancia internacional en territorio costarricense y se situaría en estrecha proximidad de otros humedales protegidos situados en territorio de Nicaragua), la Corte concluye que la construcción de la carretera por Costa Rica planteaba un riesgo de daño transfronterizo significativo. Por consiguiente, se superó el umbral que hace aplicable la obligación de evaluar el impacto ambiental del proyecto de la carretera.

La Corte pasa a continuación a la cuestión de si Costa Rica estaba exenta de la obligación de evaluar el impacto ambiental del proyecto de la carretera a causa de una emergencia. Primero, la Corte recuerda su afirmación de 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 varios factores (*Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010 (I)*, pág. 83, párr. 205). La Corte observa que esta referencia al derecho interno no guarda relación con la cuestión de si debe efectuarse una evaluación del impacto ambiental. Así pues, el hecho de que pudiera haber una exención de emergencia con arreglo al derecho costarricense no afecta a la obligación que el derecho internacional impone a Costa Rica de efectuar una evaluación del impacto ambiental.

En segundo lugar, independientemente de la cuestión de si una emergencia podría eximir a un Estado de la obligación que le impone el derecho internacional de realizar una evaluación del impacto ambiental, o posponer la ejecución de esa obligación hasta que haya cesado la emergencia, la Corte considera que, en las circunstancias de la presente causa, Costa Rica no ha demostrado la existencia de una emergencia que justificara la construcción de la carretera sin haber llevado a cabo una evaluación del impacto ambiental.

Habida cuenta de esa conclusión, la Corte no necesita decidir si existe una exención de emergencia respecto de la obligación de efectuar una evaluación del impacto ambiental en casos en que exista un riesgo de daño transfronterizo significativo.

De ello se deduce que Costa Rica tenía la obligación de evaluar el impacto ambiental antes del comienzo de las obras de construcción.

Pasando a continuación a la cuestión de si Costa Rica cumplió su obligación de realizar una evaluación del impacto ambiental, la Corte señala que Costa Rica presentó varios estudios, entre ellos un plan de gestión ambiental para la carretera de abril de 2012, una evaluación del diagnóstico ambiental de noviembre de 2013 y un estudio de seguimiento conexo de enero de 2015. En esos estudios se evaluaron los efectos adversos que ya había causado la construcción de la carretera en el medio ambiente y se sugirieron medidas para prevenirlos o reducirlos.

La Corte recuerda que, en su fallo en la causa relativa a las *Plantas de celulosa*, determinó que la obligación de efectuar una evaluación del impacto ambiental es de carácter continuado, y que la vigilancia de los efectos del proyecto en el medio ambiente debe realizarse, cuando ello sea necesario, durante toda la vida del proyecto (*I.C.J. Reports 2010 (I)*, págs. 83 y 84, párr. 205). No obstante, la obligación de realizar una evaluación del impacto ambiental requiere una valoración *ex ante* del riesgo de daño transfronterizo significativo y, en consecuencia, “debe llevarse a cabo una evaluación del impacto ambiental antes de la puesta en práctica del proyecto” (*ibid.*, pág. 83, párr. 205). En la presente causa, Costa Rica tenía la obligación de realizar tal evaluación antes de comenzar la construcción de la carretera, para asegurarse de que el diseño y la ejecución del proyecto redujeran al mínimo el riesgo de daño transfronterizo significativo. En contraste, la evaluación del diagnóstico ambiental de Costa Rica y sus otros estudios fueron evaluaciones *post hoc* del impacto ambiental de los tramos de la carretera que ya habían sido construidos. Esos estudios no evaluaron el riesgo de daño futuro. La Corte observa además que la evaluación del diagnóstico ambiental se realizó aproximadamente tres años después del comienzo de la construcción de la carretera.

Por las razones que anteceden, la Corte concluye que Costa Rica no ha cumplido la obligación que le incumbe con arreglo al derecho internacional general de efectuar una evaluación del impacto ambiental en relación con la construcción de la carretera.

### 2. *El presunto incumplimiento del Artículo 14 del Convenio sobre la Diversidad Biológica* (párrs. 163 y 164)

Con respecto a la afirmación de Nicaragua de que Costa Rica estaba obligada a efectuar una evaluación del impacto ambiental en virtud del Artículo 14 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Corte considera que esa disposición no crea una obligación de efectuar una evaluación del impacto ambiental antes de emprender una actividad que pueda tener efectos adversos significativos en la diversidad biológica. Por consiguiente, no se ha establecido que Costa Rica violase el Artículo 14 del Convenio sobre la Diversidad Biológica al no llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental respecto de su proyecto de carretera.

### 3. *El presunto incumplimiento de una obligación de notificar y celebrar consultas* (párrs. 165 a 172)

La Corte considera a continuación la alegación de Nicaragua de que Costa Rica incumplió su obligación de notificar a Nicaragua, y celebrar consultas con ella, en relación con las obras de construcción. Nicaragua funda la existencia de esa obligación en tres fuentes, a saber, el derecho internacional consuetudinario, el Tratado de 1858 y la Convención de Ramsar.

En primer lugar, la Corte reitera su conclusión de que, si la evaluación del impacto ambiental confirma que existe

un riesgo de daño transfronterizo significativo, el Estado que esté proyectando una actividad que entraña ese riesgo debe, para cumplir su obligación de actuar con la diligencia debida en la prevención del daño transfronterizo significativo, notificarlo al Estado potencialmente afectado, y celebrar consultas con él, de buena fe, cuando ello sea necesario para determinar las medidas adecuadas que permitan prevenir o mitigar ese riesgo. Sin embargo, la Corte señala que no es necesario que examine el deber de notificar y celebrar consultas en la presente causa, porque se ha establecido que Costa Rica no ha cumplido la obligación que le incumbe en virtud del derecho internacional general de realizar una evaluación del impacto ambiental antes de la construcción de la carretera.

En lo tocante al Tratado de 1858, la Corte recuerda su conclusión, en el fallo de 2009, de que la obligación de Nicaragua de notificar a Costa Rica con arreglo a dicho Tratado surge, entre otros factores, en virtud de los derechos de navegación de Costa Rica en el río, que forma parte del territorio de Nicaragua. En contraste, el Tratado de 1858 no otorga a Nicaragua derechos respecto del territorio de Costa Rica, donde está situada la carretera. Por consiguiente, no existe ninguna obligación de notificar a Nicaragua con respecto a medidas adoptadas en el territorio de Costa Rica. La Corte concluye que el Tratado de 1858 no impuso a Costa Rica una obligación de notificar a Nicaragua la construcción de la carretera.

Por lo que respecta a la Convención de Ramsar, la Corte opina que Nicaragua no ha demostrado que, al construir la carretera, Costa Rica haya cambiado o haya hecho probable que se cambiara el carácter ecológico de los humedales situados en su territorio. Además, en contra de lo que sostiene Nicaragua, el 28 de febrero de 2012 Costa Rica envió una notificación a la secretaría de Ramsar acerca del tramo de la carretera que atraviesa el humedal Caribe Noreste. Por consiguiente, la Corte concluye que Nicaragua no ha demostrado que Costa Rica violase el Artículo 3, párrafo 2, de la Convención de Ramsar. En cuanto al Artículo 5 de la Convención, la Corte concluye que esa disposición no crea para Costa Rica una obligación de celebrar consultas con Nicaragua acerca de un proyecto determinado que esté llevando a cabo, en este caso la construcción de la carretera.

En conclusión, la Corte determina que Costa Rica no cumplió su obligación de evaluar el impacto ambiental de la construcción de la carretera. Costa Rica sigue teniendo la obligación de elaborar una evaluación adecuada del impacto ambiental para las nuevas obras que realice en la carretera o en la zona adyacente al río San Juan, si plantearan un riesgo de daño transfronterizo significativo. Costa Rica acepta que tiene esa obligación. No hay razones para suponer que no tomará nota del razonamiento y las conclusiones de este fallo cuando realice en el futuro emprendimientos en la zona, incluso nuevas obras de construcción en la carretera. La Corte

también toma nota del compromiso de Nicaragua, asumido en el curso de las actuaciones orales, de cooperar con Costa Rica en la evaluación del impacto de esas obras en el río. A este respecto, la Corte considera que, si las circunstancias lo exigen, Costa Rica tendrá que celebrar consultas de buena fe con Nicaragua, que tiene la soberanía sobre el río San Juan, a fin de determinar las medidas adecuadas para prevenir el daño transfronterizo significativo o reducir al mínimo el riesgo de daño.

*B. Presuntos incumplimientos de obligaciones sustantivas (párrs. 174 a 223)*

La Corte pasa a continuación a examinar los presuntos incumplimientos por Costa Rica de las obligaciones sustantivas que le imponen el derecho internacional consuetudinario y las convenciones internacionales aplicables.

*1. El presunto incumplimiento de la obligación de no causar un daño transfronterizo significativo a Nicaragua (párrs. 177 a 217)*

*a) Depósito de sedimentos en el río procedentes de la carretera (párrs. 181 a 186)*

En lo tocante al depósito de sedimentos en el río procedentes de la carretera, la Corte señala que no se refuta el hecho de que el sedimento erosionado de la carretera se descarga en el río. En cuanto al volumen total de sedimento procedente de la carretera, la Corte observa que las pruebas que tiene ante sí se basan en modelos y estimaciones elaborados por expertos designados por las partes. La Corte observa asimismo que hay un considerable desacuerdo entre los expertos respecto de datos fundamentales, tales como las zonas sujetas a erosión y las tasas de erosión adecuadas, lo cual los ha llevado a conclusiones diferentes sobre la cantidad total de sedimento procedente de la carretera. La Corte no ve la necesidad de realizar un examen detallado de la validez científica y técnica de las distintas estimaciones elaboradas por los expertos de las partes, de modo que simplemente señala que la cantidad de sedimento en el río debida a la construcción de la carretera representa como máximo el 2 % de la carga total del río, según los cálculos hechos por Costa Rica sobre la base de las cifras proporcionadas por los expertos de Nicaragua, que esta no ha impugnado.

*b) Determinación de si el sedimento procedente de la carretera causó un daño significativo a Nicaragua (párrs. 187 a 216)*

La Corte señala que la cuestión básica que debe decidir es si la construcción de la carretera por Costa Rica ha causado un daño significativo a Nicaragua. La Corte comienza su análisis considerando si el hecho de que se incrementara la cantidad total de sedimento en el río como resultado de la construcción de la carretera, por sí solo, causó un daño significativo a Nicaragua.

*i) Presunto daño causado por el incremento de las concentraciones de sedimento en el río (párrs. 188 a 196)*

En opinión de la Corte, es infundada la afirmación de Nicaragua de que todo impacto nocivo que se produzca en el río y sea susceptible de ser medido constituye un daño significativo. El sedimento está naturalmente presente en el río en grandes cantidades, y Nicaragua no ha demostrado que los niveles de sedimento del río sean tales que el sedimento adicional erosionado de la carretera haga superar una especie de nivel crítico en lo tocante a sus efectos nocivos. Además, la Corte concluye que, en contra de lo afirmado por Nicaragua, la presente causa no se refiere a una situación en la cual el sedimento procedente de la carretera supere los límites máximos permisibles, que no se han determinado para el río San Juan. Así pues, no convence a la Corte el argumento de Nicaragua de que la cantidad absoluta de sedimento en el río debida a la construcción de la carretera causara *per se* un daño significativo.

Por consiguiente, la Corte pasa a considerar el impacto relativo del sedimento derivado de la carretera en la actual carga global de sedimento del río San Juan. Sobre la base de las pruebas que tiene ante sí, y teniendo en cuenta las estimaciones formuladas por los expertos acerca de la cantidad de sedimento en el río debida a la construcción de la carretera y de la carga total de sedimento del río San Juan, la Corte observa que la carretera está aportando como máximo un 2 % de la carga total del río. Considera que no se puede inferir de ello un daño significativo, particularmente teniendo en cuenta la alta variabilidad natural de las cargas de sedimento del río. En todo caso, en opinión de la Corte, las únicas mediciones que tiene ante sí no respaldan la afirmación de Nicaragua de que el sedimento erosionado de la carretera ha tenido un impacto significativo en las concentraciones de sedimento en el río.

La Corte concluye que Nicaragua no ha establecido que el hecho de que las concentraciones de sedimento en el río se incrementaran como resultado de la construcción de la carretera causara, por sí mismo, un daño transfronterizo significativo.

*ii) Presunto daño a la morfología del río, a la navegación y al programa de dragado de Nicaragua (párrs. 197 a 207)*

La Corte examina a continuación si el sedimento procedente de la carretera provocó algún otro daño significativo. Comienza por considerar si el incremento del sedimento ha tenido un impacto adverso en la morfología del río, la navegación y el programa de dragado de Nicaragua.

La Corte señala que Nicaragua no ha presentado ninguna prueba directa de cambios en la morfología del bajo río San Juan ni de un deterioro de su navegabilidad desde el comienzo de la construcción de la carretera. Considera así-

mismo que las pruebas de expertos que tiene ante sí establecen que la acumulación de sedimento es una característica natural de larga data del bajo río San Juan, y que la descarga de sedimento a lo largo del San Juan no es un proceso lineal. El sedimento procedente de la carretera es uno de los varios factores que pueden tener un impacto en la agradación del bajo río San Juan. Por consiguiente, la Corte considera que las pruebas presentadas por Nicaragua no demuestran que la construcción de la carretera en particular haya causado ningún cambio morfológico en el bajo río San Juan.

En cuanto a la afirmación de Nicaragua de que la construcción de la carretera ha tenido un impacto adverso significativo en las actividades de dragado que debe realizar, la Corte señala que Nicaragua no ha presentado ninguna prueba de un incremento en sus actividades de dragado debido a la construcción de la carretera. La Corte observa que no hay pruebas de que el sedimento proveniente de la construcción de la carretera tenga más probabilidades de acumularse en el lecho del río que el sedimento derivado de otras fuentes. Así, el sedimento proveniente de la carretera correspondería como máximo al 2 % del sedimento dragado por Nicaragua en el bajo río San Juan. Por consiguiente, la Corte no está convencida de que el sedimento derivado de la carretera determinase un incremento significativo en el nivel del lecho del bajo río San Juan o en las actividades dragado de Nicaragua.

Finalmente, la Corte considera la afirmación de Nicaragua de que los deltas sedimentarios existentes a lo largo de la ribera costarricense del río han causado un daño significativo a la morfología del río y a la navegación. En opinión de la Corte, las pruebas fotográficas presentadas por Nicaragua indican que hay deltas en la ribera costarricense del río a los que la construcción de la carretera está aportando sedimento. No obstante, considera que Nicaragua no ha presentado pruebas suficientes para demostrar que esos deltas, que solo ocupan el borde del canal del río en la ribera costarricense, han tenido un impacto adverso significativo en la morfología del canal o en la navegación.

Por las razones que anteceden, la Corte concluye que Nicaragua no ha demostrado que el sedimento procedente de la carretera haya causado un daño significativo a la morfología y la navegabilidad del río San Juan y el bajo río San Juan ni que ese sedimento haya incrementado significativamente las actividades de dragado de Nicaragua.

*iii) Presunto daño a la calidad del agua y al ecosistema acuático (párrs. 208 a 213)*

La Corte considera a continuación la afirmación de Nicaragua relativa al daño a la calidad del agua y al ecosistema acuático. Sin embargo, opina que la evaluación del diagnóstico ambiental y el informe del experto en que se funda Nicaragua no respaldan la afirmación de que la construcción de la carretera causó un daño significativo al ecosistema del río y a la calidad del agua.

iv) *Otros presuntos daños* (párrs. 214 a 216)

Por último, la Corte pasa a considerar el argumento de Nicaragua de que la construcción de la carretera ha tenido un impacto adverso en la salud de las comunidades situadas a lo largo del río, que depende de la salud del propio río.

Sin embargo, concluye que Nicaragua no demostró sus afirmaciones relativas al daño al turismo y a la salud. La Corte observa asimismo que los argumentos de Nicaragua relativos al riesgo de vertimientos tóxicos en el río y al desarrollo de la ribera costarricense del río son especulativos y no demuestran daño alguno. Por consiguiente, esos argumentos no son válidos.

c) *Conclusión* (párr. 217)

A la luz de lo que antecede, la Corte concluye que Nicaragua no ha probado que la construcción de la carretera le haya causado un daño transfronterizo significativo. Por consiguiente, debe rechazarse la afirmación de Nicaragua de que Costa Rica incumplió las obligaciones sustantivas que le impone el derecho internacional consuetudinario en relación con el daño transfronterizo.

2. *Presuntos incumplimientos de obligaciones convencionales* (párrs. 218 a 220)

La Corte señala que Nicaragua argumenta asimismo que Costa Rica incumplió obligaciones sustantivas contenidas en varios instrumentos universales y regionales, a saber, la Convención de Ramsar, el Acuerdo de 1990 sobre Áreas Protegidas de la Frontera entre Nicaragua y Costa Rica, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres Prioritarias en América Central, el Convenio Centroamericano para la Protección del Medio Ambiente, el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos y el Acuerdo Regional sobre el Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos.

La Corte señala que tanto Nicaragua como Costa Rica son partes en los instrumentos invocados por Nicaragua. Independientemente de la cuestión del carácter vinculante de algunas de las disposiciones en cuestión, la Corte observa que, en relación con esos instrumentos, Nicaragua simplemente hace afirmaciones acerca de las presuntas violaciones de Costa Rica y no explica cómo los “objetivos” de los instrumentos o disposiciones invocados habrían sido vulnerados, especialmente a falta de prueba de un daño significativo al medio ambiente. Por consiguiente, la Corte considera que Nicaragua no demostró que Costa Rica hubiera infringido los instrumentos mencionados.

3. *La obligación de respetar la integridad territorial de Nicaragua y su soberanía sobre el río San Juan* (párrs. 221 a 223)

En cuanto a la alegación de Nicaragua de que los deltas creados por el sedimento erosionado de la carretera son “invasiones físicas, incursiones de Costa Rica en el territorio soberano de Nicaragua [...] por medio del sedimento” y de que su presencia constituye una “penetración ilegítima” en el territorio de Nicaragua, la Corte considera que, tanto si los deltas provenientes del sedimento fueron creados como consecuencia de la construcción de la carretera como si no, la teoría de Nicaragua para respaldar su pretensión de violación de su integridad territorial por medio del sedimento no es convincente. No hay pruebas de que Costa Rica ejerciese autoridad alguna en el territorio de Nicaragua ni realizase actividad alguna en él. Además, por las razones ya expresadas anteriormente, Nicaragua no ha demostrado que la construcción de la carretera perturbara su derecho de navegación en el río San Juan. Por consiguiente, la pretensión de Nicaragua relativa a la violación de su integridad territorial y soberanía debe ser desestimada.

C. *Reparación* (párrs. 224 a 228)

Con respecto a la reparación, la declaración de la Corte de que Costa Rica incumplió su obligación de efectuar una evaluación del impacto ambiental constituye una medida adecuada de satisfacción para Nicaragua.

La Corte rechaza todas las demás peticiones de Nicaragua. Para concluir, señala que Costa Rica ha comenzado obras de mitigación a fin de reducir los efectos adversos de la construcción de la carretera en el medio ambiente. La Corte espera que Costa Rica continúe realizando esos esfuerzos en consonancia con su obligación de diligencia debida de vigilar los efectos del proyecto en el medio ambiente. La Corte reitera asimismo el valor de la cooperación continua entre las partes en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones en relación con el río San Juan.

\*  
\* \*

**Declaración del Vicepresidente Yusuf**

Si bien está de acuerdo con la parte dispositiva del fallo, el Magistrado Yusuf señala que ambas partes alegaron que su integridad territorial había sido violada por las acciones de la otra. En su opinión, el razonamiento de la Corte no considera adecuadamente esas alegaciones.

La inviolabilidad de las fronteras es una parte fundamental de la integridad territorial. Una intrusión en el territorio de un Estado, por pequeña que sea, es una violación de su inviolabilidad territorial, que está consagrada en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Carta de las Naciones Unidas y en el derecho internacional consuetudinario. La violación de este principio no está necesariamen-

te vinculada a una violación de la prohibición del uso o la amenaza de la fuerza por la parte responsable de la intrusión, como se desprende de la Declaración sobre los Principios referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados.

Además, en su jurisprudencia anterior, la Corte ha puesto de relieve el papel central que desempeña el respeto de la integridad territorial en la comunidad internacional. Por no reiterar y poner de relieve la importancia de este principio, el presente fallo no es coherente con la jurisprudencia anterior de la Corte.

### Opinión separada del Magistrado Owada

Si bien el Magistrado Owada votó a favor de las conclusiones a las que llegó la Corte en la parte dispositiva del fallo, en su opinión separada desea exponer más extensamente su opinión sobre los aspectos del razonamiento de la Corte que a su parecer no se han desarrollado con suficiente claridad en el fallo.

#### I. La cuestión de la soberanía sobre el territorio en disputa

El Magistrado Owada observa que la Corte ha concluido acertadamente que los instrumentos jurídicos pertinentes para determinar la soberanía sobre el “territorio en disputa” deben ser el Tratado de 1858, el laudo Cleveland de 1888 y el laudo Alexander de 1897 (fallo, párr. 76). Sin embargo, concluye que el fallo no ha sido suficientemente explícito sobre la secuencia lógica que existe entre esos instrumentos jurídicos. En opinión del Magistrado Owada, lo que es decisivo a los efectos de determinar la soberanía sobre el territorio en disputa es ante todo la interpretación de los instrumentos jurídicos pertinentes a la luz de las funciones y las finalidades que se les asignaron en sus respectivos contextos.

El Magistrado Owada destaca a continuación que, en esas circunstancias, la tarea de la Corte no ha sido ni puede haber sido identificar la ubicación geográfica del primer canal encontrado ni seguir la línea descrita en el primer laudo Alexander en 1897. Su posición es que la resolución que adopte la Corte acerca de la cuestión de la soberanía territorial sobre el territorio en disputa debe basarse en las mismas fuentes jurídicas y el mismo razonamiento jurídico que utilizó el General Alexander al aplicar el laudo Cleveland de 1888, que proporcionaba de manera autorizada y vinculante la interpretación y la determinación de la frontera prescritas por el Tratado de 1858. El Magistrado Owada señala que el General Alexander, en su primer laudo, estaba tratando de seguir fielmente la prescripción del Artículo II del Tratado de 1858.

Como asimismo observa y examina en detalle el Magistrado Owada, el resultado inequívoco a que ha llegado la Corte en el presente fallo en relación con la cuestión de la soberanía sobre el territorio en disputa resulta confirmado por la aplicación del razonamiento en que se fundan el primero

y el tercero de los laudos Alexander a la situación geográfica actual de la zona disputada.

El Magistrado Owada recuerda que las partes en la presente causa han presentado a la Corte una serie de argumentos y han aportado diversos materiales probatorios de apoyo, todos ellos relativos a la cuestión de si algunos canales navegables pueden haber atravesado o atraviesan actualmente el territorio en disputa o no. Concuere con la evaluación que ha hecho la Corte de esas pruebas, y al mismo tiempo pone de relieve su propia conclusión de que realmente hay muy poco en todas esas pruebas que sea pertinente o concluyente para determinar la cuestión de la soberanía territorial sobre el territorio en disputa.

#### II. Consecuencias jurídicas de la conclusión de la Corte relativa a la soberanía sobre el territorio en disputa

El Magistrado Owada comienza esta parte de su opinión separada distinguiendo la situación que se plantea en la presente controversia de la derivada de una controversia territorial clásica, que normalmente se somete a la Corte Internacional de Justicia después de que las partes hayan intentado llegar a un arreglo pacífico. Señala que, en la presente causa, como está implícito en los términos empleados en el propio fallo, la controversia territorial se origina principalmente por una acción unilateral llevada a cabo en forma de incursión física por un Estado en el territorio de otro Estado que este había mantenido fundamentalmente bajo su poder durante muchos años.

En opinión del Magistrado Owada, habida cuenta de este hecho indiscutible, habría sido adecuado que la Corte hubiese tratado los actos en cuestión de Nicaragua como un caso ordinario de comisión de un acto internacionalmente ilícito que, según podría haberse argumentado, representaría un acto constitutivo de uso ilícito de la fuerza con arreglo al Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas. Señala que, si bien ha coincidido con las conclusiones de la Corte sobre este punto, habría sido más adecuado que la Corte hubiese ido más allá declarando que esos actos internacionalmente ilícitos de las autoridades de Nicaragua constituían un uso ilícito de la fuerza con arreglo al Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas.

El Magistrado Owada observa asimismo que la referencia que el fallo hace en este contexto a la causa *Camerún c. Nigeria* parece inadecuada y podría ser bastante engañosa. Según el Magistrado Owada, esa causa debería distinguirse claramente de la presente situación, en la medida en que la causa *Camerún c. Nigeria* no había sido ocasionada por la acción de una parte encaminada a alterar el *statu quo* existente por medios unilaterales.

#### III. La naturaleza de la exigencia de efectuar una evaluación del impacto ambiental

El Magistrado Owada comienza esta parte de su opinión separada observando que en el proceso de cumpli-

miento de la obligación de actuar con la diligencia debida con arreglo al derecho ambiental internacional, la exigencia de efectuar una evaluación del impacto ambiental pasa a ser un elemento clave para determinar si ciertas actividades pueden causar daño transfronterizo significativo. Recuerda que en este contexto ambas partes se refirieron con aprobación a lo expresado en el fallo de la Corte en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, en que la Corte se había referido a la evaluación del impacto ambiental como “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 tal evaluación (*I.C.J. Reports 2010 (I)*, pág. 83, párr. 204).

El Magistrado Owada observa que este *dictum* de la Corte debe contrastarse con la conclusión del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en su opinión consultiva de 2011 sobre las *Responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinadores de personas y entidades en relación con las actividades en la Zona* de que una evaluación del impacto ambiental como tal es una “obligación general con arreglo al derecho internacional consuetudinario” (*ITLOS Reports 2011*, párr. 145). Concluye que, en comparación, el razonamiento de esta Corte en su fallo en la causa relativa a las *Plantas de celulosa* parece haber adoptado un enfoque más matizado respecto de esta exigencia. En opinión del Magistrado Owada, en su fallo en la causa relativa a las *Plantas de celulosa* la Corte había puesto de relieve la importancia de la evaluación del impacto ambiental en el contexto del proceso de cumplimiento de la obligación de diligencia debida, que es un proceso holístico. El Magistrado Owada observa que la realización de una evaluación del impacto ambiental es un importante elemento constitutivo del proceso que emana de la obligación internacional de los Estados de actuar con la diligencia debida a fin de evitar o mitigar un daño transfronterizo significativo, y no una obligación separada e independiente dotada de un lugar propio con arreglo al derecho internacional general.

En opinión del Magistrado Owada, ese enfoque equilibrado se ha mantenido en el presente fallo y se refleja en la parte que se refiere a la exigencia de efectuar una evaluación del impacto ambiental (fallo, párr. 104). Recuerda que la determinación de la Corte en la parte dispositiva del fallo (párr. 229 6)) se basa en ese razonamiento. Finalmente, hace hincapié en que la evaluación del impacto ambiental, que es esencialmente de naturaleza técnica, es uno de los medios que pueden utilizarse para lograr el objetivo jurídico final, que es vinculante para los Estados que actúan en la esfera ambiental —la obligación de actuar con la diligencia debida a fin de prevenir un daño transfronterizo significativo a la luz de los riesgos conexos que han sido objeto de evaluación—.

## Declaración conjunta de los Magistrados Tomka, Greenwood y Sebutinde y el Magistrado ad hoc Dugard

Los Magistrados Tomka, Greenwood y Sebutinde y el Magistrado *ad hoc* Dugard consideran que la Corte debió haber ordenado a Nicaragua que pagara las costas en que incurrió Costa Rica para obtener una segunda providencia sobre medidas provisionales en 2013. Recuerdan que el Artículo 64 del Estatuto de la Corte, junto con el Artículo 97 del Reglamento de la Corte, confiere a la Corte discrecionalidad para otorgar costas. Observan que las costas en que incurrió Costa Rica fueron consecuencia de graves violaciones por Nicaragua de las obligaciones que le impuso la providencia de la Corte de 2011 sobre medidas provisionales. Señalan que Nicaragua podía haber tomado medidas que hubiesen hecho innecesarias las audiencias de octubre de 2013, pero no lo hizo. A consecuencia de ello, Costa Rica se vio obligada a incurrir en costas para procurar la obtención de una nueva providencia sobre medidas provisionales. Si bien Costa Rica podrá cobrar la indemnización por los daños resultantes de la violación por Nicaragua de la providencia de 2011, no podrá recuperar los gastos derivados de casi una semana de audiencias. Los Magistrados Tomka, Greenwood y Sebutinde y el Magistrado *ad hoc* Dugard consideran que es ilógico que un Estado que se enfrenta a una violación de medidas provisionales sea tratado menos favorablemente si solicita un remedio jurídico ante la Corte que si toma medidas unilaterales para obtener resarcimiento. Opinan que, si bien la facultad de otorgar costas con arreglo al Artículo 64 no se ha utilizado nunca hasta ahora, las circunstancias excepcionales de la presente causa justifican que la Corte ejerza esa facultad y otorgue costas a Costa Rica.

## Opinión separada del Magistrado Cañado Trindade

1. En su opinión separada, dividida en 12 partes, el Magistrado Cañado Trindade observa inicialmente que, si bien coincidió con la mayoría en el presente fallo de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), de 16 de diciembre de 2015, en las dos causas acumuladas relativas a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)* y a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, hay ciertos puntos que se derivan de dicho fallo que, aunque no fueron considerados en profundidad por la Corte en su razonamiento, están en su opinión dotados de importancia, por estar relacionados con el adecuado ejercicio de la función judicial internacional. Por ello, se siente obligado a desarrollarlos en la presente opinión separada, con la esperanza de que ello pueda ser útil cuando la CIJ se ocupe de esta cuestión en causas futuras.

2. El Magistrado Cañado Trindade comienza señalando (parte I) los puntos que tiene en mente, a saber: a) las

manifestaciones de la dimensión preventiva en el derecho internacional contemporáneo; *b*) la evolución y conformación del régimen jurídico autónomo de las medidas provisionales de protección; *c*) las medidas provisionales y la ampliación del alcance de la protección; *d*) la violación de las medidas provisionales de protección como infracción autónoma, que genera por sí misma la responsabilidad del Estado; y *e*) la determinación por la CIJ de la violación de obligaciones provenientes de medidas provisionales de protección. A continuación, presenta sus reflexiones, en forma de un alegato a favor de la pronta determinación de las violaciones de medidas provisionales de protección.

3. Seguidamente, el Magistrado Cançado Trindade examina los puntos siguientes: *a*) la supervisión del cumplimiento de las medidas provisionales de protección; *b*) la violación de las medidas provisionales y la reparación por daños; *c*) la diligencia debida, y las relaciones recíprocas entre el principio de prevención y el principio de precaución; y *d*) el camino hacia el desarrollo progresivo de las medidas provisionales de protección. Se abre así el camino para la presentación, en un epílogo, de una recapitulación de sus conclusiones sobre las cuestiones mencionadas.

4. En cuanto al primero de los aspectos citados, a saber, las manifestaciones de la dimensión preventiva en el derecho internacional contemporáneo (parte II), el Magistrado Cançado Trindade observa que las dos causas acumuladas objeto de examen, que se refieren a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza* y a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan*, ponen en primer plano la importancia de esa dimensión preventiva que se refleja en el presente fallo en la declaración y las consecuencias jurídicas de las violaciones de las medidas provisionales de protección (en la causa relativa a *Determinadas actividades*) y en el reconocimiento de la obligación de efectuar una evaluación del impacto ambiental (igualmente en la causa relativa a la *Construcción de una carretera*). La importancia de esta dimensión preventiva aumenta en el marco de los regímenes de protección (como, por ejemplo, los relativos a la persona humana y al medio ambiente). Además, nos acerca particularmente a los principios generales de derecho (párr. 4).

5. La referida dimensión preventiva se destaca claramente en la sucesión de providencias de la Corte sobre medidas provisionales de protección de 8 de marzo de 2011, 16 de julio de 2013 y 22 de noviembre de 2013, y las partes litigantes han hecho referencia a ella en el curso del proceso (fases escrita y oral) ante la Corte (y también en la etapa de fondo). La Corte ha considerado debidamente las alegaciones de las partes, y ha determinado que el Estado demandado (en la causa relativa a *Determinadas actividades*) incurrió en una violación de las obligaciones impuestas por su providencia sobre medidas provisionales de protección de 8 de marzo de 2011 al excavar dos caños en 2013 y establecer una presencia

militar en el territorio en disputa (párrs. 127 y 129, y punto resolutorio No. 3 de la parte dispositiva).

6. El Magistrado Cançado Trindade recuerda que lleva ya tiempo señalando a la atención de la Corte el *régimen jurídico autónomo* de las medidas provisionales de protección, en la forma en que él lo concibe, y ha conceptualizado, a lo largo de los años, ese régimen jurídico autónomo en sucesivas opiniones disidentes y separadas en esta Corte (parte III). El presente fallo de la CIJ en las dos causas acumuladas relativas a *Determinadas actividades* y a la *Construcción de una carretera* es una ocasión más, y una ocasión adecuada, para continuar refiriéndose al tema. Para comenzar, ese régimen jurídico se aprecia mejor si consideramos las medidas provisionales en su evolución histórica. El Magistrado recuerda que, en sus orígenes, en la doctrina procesal interna de hace más de un siglo, las medidas provisionales se planteaban para salvaguardar la efectividad de la propia función jurisdiccional y así evolucionaron a lo largo del tiempo (párr. 7).

7. Por consiguiente —añade—, en los sistemas jurídicos internos tales medidas adoptaron la forma de una acción cautelar (*mesure conservatoire / precautionary legal action / ação cautelar*), dirigida a garantizar, no directamente derechos subjetivos *per se*, sino más bien el propio proceso jurisdiccional. Continúa indicando que “no se habían liberado de un cierto formalismo jurídico, dando la impresión de considerar el proceso judicial como un fin en sí mismo, y no como un medio para la realización de la justicia” (párr. 8). Con su transposición al procedimiento judicial internacional, y el recurso cada vez mayor a ellas en el marco de los ámbitos de protección (por ejemplo, de la persona humana o del medio ambiente), llegaron a ser cada vez más utilizadas ante las más diversas circunstancias en que se advirtiera la probabilidad o la inminencia de un daño irreparable, que debía prevenirse o evitarse. Esto tuvo el efecto, desde el punto de vista del Magistrado, de ampliar el alcance de la jurisdicción internacional y de refinar su conceptualización (párr. 9).

8. Con su considerable expansión a lo largo de los tres últimos decenios, resultó claro para las partes litigantes que debían abstenerse de toda acción que pudiese agravar la controversia *pendente lite*, o pudiese tener un efecto perjudicial en el cumplimiento del posterior fallo sobre el fondo. Su justificación se destacó con mayor claridad, pasando a ser la protección de los derechos, de la igualdad de medios procesales (*égalité des armes*), y no solo del proceso judicial mismo. El Magistrado sostiene que

“se han liberado del formalismo jurídico de la doctrina procesal de hace más de un siglo y, en mi opinión, están más cerca de alcanzar su plenitud. Han llegado a estar dotadas de un carácter, más que precautorio, verdaderamente *tutelar*. Cuando se cumplen sus requisitos básicos —de gravedad y urgencia, y de la necesaria prevención de un daño irreparable—, se han ordenado a la luz de las necesidades de protección, y de tal manera han confor-

mado una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo” (párr. 10).

9. Un tribunal internacional como la CIJ tiene el poder o *faculté* inherente de determinar el alcance de las medidas provisionales que decide ordenar, lo que viene a reforzar la dimensión preventiva propia de estas medidas (párrs. 11, 36 y 62). Ese poder inherente se ejerce con el fin de asegurar la adecuada administración de justicia (*la bonne administration de la justice*) (párrs. 12 y 63). El régimen jurídico autónomo de las medidas provisionales comprende, según la concepción del Magistrado Cançado Trindade (también explicada en sus anteriores opiniones disidentes y separadas en la CIJ (párrs. 14 a 16 y 21 a 23)), su naturaleza jurídica, los derechos y obligaciones en juego, sus efectos jurídicos y el deber de cumplirlas (párr. 13).

10. Las medidas provisionales se han expandido, y en la práctica han ampliado el alcance de la protección (parte IV, párrs. 17 y 18). Para el Magistrado Cançado Trindade, no es casual que hayan llegado a ser concebidas como medidas cautelares (*mesures provisoires / precautionary measures*), pues la prevención y la precaución están en el fundamento de todas ellas. Y añade:

“La precaución, en efecto, va más allá de la prevención, ante la incertidumbre de los riesgos, con miras a evitar daños irreparables. Y aquí, una vez más, en el ámbito de las medidas provisionales de protección, se ponen de manifiesto las relaciones entre el derecho internacional y el tiempo. La dimensión intertemporal es en este punto inevitable, superando las limitaciones del positivismo jurídico. El derecho internacional procura ser *anticipatorio* en la regulación de los hechos sociales, a fin de evitar el daño irreparable; las medidas provisionales de protección amplían la protección que buscan, como una verdadera garantía jurisdiccional internacional de carácter preventivo” (párr. 19).

11. El Magistrado Cançado Trindade se refiere a continuación a la violación de las medidas provisionales de protección, que considera como una infracción autónoma, que genera por sí misma la responsabilidad del Estado (parte V), y adicional a la violación que se determine, o pueda determinarse, más adelante cuando se examine el fondo de la causa de que se trate (párr. 24). Por consiguiente, la violación de una medida provisional puede, a su juicio, determinarse con prontitud, junto con sus consecuencias jurídicas, sin necesidad de esperar a la conclusión de las actuaciones sobre el fondo (párr. 25).

12. El Magistrado Cançado Trindade examina a continuación la jurisprudencia de la CIJ sobre la determinación de la violación de obligaciones impuestas por medidas provisionales de protección (parte VI), cuando la Corte lo ha hecho al final de las actuaciones sobre el fondo de las correspondientes causas, a saber, además del presente fallo, los anteriores pronunciamientos de la CIJ sobre el fondo en las tres causas relativas a *LaGrand* (2001), a las *Actividades ar-*

*madas en el territorio del Congo* (2005) y a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (2007). En la causa relativa al *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (*Estados Unidos c. Irán*, fallo de 24 de mayo de 1980), anterior a las citadas, la CIJ no afirmó expresamente que se hubiera violado la providencia sobre medidas provisionales de 15 de diciembre de 1979.

13. La Corte determinó que se había producido esa violación (de su providencia sobre medidas provisionales de 3 de marzo de 1999) en la causa *LaGrand* (*Alemania c. Estados Unidos*, fallo de 27 de junio de 2001), pero sin extraer consecuencias de la conducta violatoria de sus medidas provisionales. Cuatro años más tarde, en su fallo de 19 de diciembre de 2005 en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo* (*República Democrática del Congo c. Uganda*), la CIJ, considerando su providencia sobre medidas provisionales (de 1 de julio de 2000) adoptada medio decenio antes —relativa a violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario— determinó que el Estado demandado no la había cumplido, y reiteró esa determinación en el apartado No. 7 de la parte dispositiva.

14. Otro caso de determinación por la CIJ de una violación de sus providencias sobre medidas provisionales de protección fue la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (*Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro*): la Corte así lo determinó en su fallo de 26 de febrero de 2007, mientras que las providencias sobre medidas provisionales se habían adoptado 14 años antes, el 8 de abril de 1993 y el 13 de septiembre de 1993, con la finalidad de hacer cesar las atrocidades que ya se estaban perpetrando. Dos años después de la primera providencia (de 8 de abril de 1993), se produjo el hundimiento de la zona segura de las Naciones Unidas en Srebrenica (Bosnia y Herzegovina), y tuvieron lugar los asesinatos masivos de julio de 1995 en Srebrenica, en flagrante violación de las medidas provisionales ordenadas por la CIJ (párrs. 30 y 31).

15. Entretanto, se prolongaron en el tiempo los procedimientos en la causa que estaba ante la CIJ: el relativo a las objeciones preliminares hasta 1996; el de las reconveniones hasta 1997, y nuevamente hasta 2001; y el examen del fondo hasta 2007. Pasó mucho tiempo sin que se establecieran las violaciones manifiestas de las providencias de la CIJ sobre medidas provisionales de protección de 1993 y sin que esas violaciones tuvieran ninguna consecuencia jurídica. La Corte se demoró 14 años para determinar, en su fallo sobre el fondo (2007), la violación de sus medidas provisionales de protección en dicha causa. En opinión del Magistrado Cançado Trindade,

“no era necesario esperar tanto tiempo para determinar la violación de esas medidas; por el contrario, deberían haber sido prontamente determinadas por la CIJ, con

todas sus consecuencias jurídicas. Este trágico caso demuestra que todavía estamos en una etapa incipiente del desarrollo del régimen jurídico de las medidas provisionales de protección en el derecho internacional contemporáneo. Una adecuada comprensión del régimen jurídico autónomo de esas medidas puede promover su desarrollo a nivel conceptual” (párr. 33).

16. En sus siguientes reflexiones, en las que defiende la pronta determinación de las violaciones de las medidas provisionales de protección (parte VII), el Magistrado Cançado Trindade considera primero si, en la presente causa (causa relativa a *Determinadas actividades*), las violaciones de las medidas provisionales han sido determinadas por la Corte en un período razonablemente breve —a diferencia de lo ocurrido en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo* (medio decenio más tarde) y en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (casi un decenio y medio más tarde)—. En la presente causa, los daños provocados por las violaciones de las medidas provisionales no han sido irreparables —a diferencia de lo ocurrido en la causa *LaGrand*— y “con su determinación por la Corte en el presente fallo se pueden hacer cesar sus efectos” (párr. 34).

17. En efecto, en su opinión, “la determinación de una violación de una medida provisional de protección no está —no debe estar— condicionada por la conclusión de las actuaciones posteriores sobre el fondo de la causa en controversia” (párr. 35). Los efectos jurídicos de la violación de una medida provisional de protección deben, desde su punto de vista, “determinarse prontamente, con todas sus consecuencias jurídicas. De tal modo, su fundamento anticipatorio quedaría mejor asegurado”. A su juicio, “no cabe plantear aquí presuntas dificultades de prueba”, pues para ordenar medidas provisionales de protección, y para determinar su incumplimiento, “basta con fundarse en pruebas *prima facie* (*commencement de preuve*)” (párr. 35).

18. Además, los derechos que se busca proteger con las medidas provisionales “no son necesariamente los mismos que los que se reivindican en el fondo”, como lo ilustra la causa relativa al *Templo de Preah Vihear*. Análogamente, “las obligaciones (de prevención) son nuevas o adicionales, en relación con las que emanan del fallo sobre el fondo” (párr. 36). El hecho de que, en su práctica, la CIJ solo haya indicado medidas provisionales a petición de un Estado parte, en su opinión “no significa que no pueda ordenar tales medidas *sponte sua, ex officio*” (párr. 37). El Estatuto de la CIJ otorga a la Corte el poder de hacerlo, si considera que las circunstancias así lo exigen (Art. 41, párr. 1).

19. Y el Reglamento de la Corte dispone que, independientemente de la solicitud de una parte, la Corte puede indicar medidas provisionales que, en su opinión, sean “total o parcialmente distintas de las solicitadas” (Artículo 75 2)). Así ocurrió en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria* (providencia de 15 de marzo de

1996), y en la causa relativa a *Actividades armadas en el territorio del Congo* (*República Democrática del Congo c. Uganda*, providencia de 1 de julio de 2000). El Magistrado Cançado Trindade añade que:

“La Corte, pues, no está condicionada por lo solicitado por una parte, o por las partes, ni —en mi opinión— incluso por la existencia de la solicitud misma. Aquí, en el dominio de las medidas provisionales de protección, una vez más se superan, en mi opinión, las limitaciones del positivismo jurídico voluntarista. La Corte no está limitada por lo que las partes litigantes quieren (en los términos en que expresan su deseo) o solicitan. La Corte no es un tribunal arbitral, está por encima de la voluntad de las partes litigantes. Se trata de un aspecto importante que he planteado en sucesivas ocasiones en la CIJ, en el marco de su labor jurisdiccional internacional” (párr. 39).

20. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade señala que, en efecto, ha habido recientemente causas incoadas ante la Corte, en las que se le ha pedido que “razone más allá de la dimensión interestatal, sin estar limitada por las alegaciones o los intereses de los Estados litigantes”, como señaló en su opinión separada (párrs. 227 y 228) en la causa *Ahmadou Sadio Diallo* (*República de Guinea c. República Democrática del Congo*, fallo (fondo) de 30 de noviembre de 2010), en su opinión disidente en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar* (*Bélgica c. Senegal*, providencia (medidas provisionales) de 28 de mayo de 2009), así como en su opinión disidente en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (*Georgia c. Federación de Rusia*, fallo (objeciones preliminares) de 1 de abril de 2011) (párrs. 40 y 41). El Magistrado Cançado Trindade advierte a continuación que la Corte

“no es un tribunal arbitral, está por encima de la voluntad de las partes litigantes. No está condicionada por las solicitudes o las intenciones declaradas de las partes litigantes. Tiene el poder o *faculté* inherente de proceder prontamente a la determinación de una violación de medidas provisionales, en interés de la adecuada administración de justicia. Y la *recta ratio* orienta la adecuada administración de justicia (*la bonne administration de la justice*). La *recta ratio* está por encima de la voluntad. Sirve de guía a la función jurisdiccional internacional y asegura su contribución al estado de derecho (*prééminence du droit*) a nivel internacional.

La Corte es enteramente libre de ordenar las medidas provisionales que considere necesarias, a fin de prevenir la agravación de la controversia o la producción de un daño irreparable, aunque las medidas que decida ordenar difieran bastante de las solicitadas por las partes litigantes” (párrs. 42 y 43).

21. Así pues, sobre esta cuestión en particular, el Magistrado Cançado Trindade concluye que la CIJ puede, después

de examinar las circunstancias concretas del caso, proceder a ordenar, *sponte sua*, medidas provisionales de protección. Puede hacerlo *motu proprio*, evitando así la agravación de una situación. Esta determinación *ex officio* de que se ha producido una violación de una providencia sobre medidas provisionales de protección implica tener presente la dimensión preventiva del derecho internacional contemporáneo, evitando así que se produzcan nuevos daños irreparables. Tal como lo entiende el Magistrado, “la Corte no tiene que esperar hasta la conclusión de las actuaciones sobre el fondo, especialmente si dichas actuaciones se prolongan de forma ilógica, como, por ejemplo, en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*” (párr. 44).

22. El Magistrado Cançado Trindade aborda a continuación la cuestión de la supervisión del cumplimiento de las medidas provisionales de protección (parte VIII). El hecho de que la CIJ rara vez haya procedido, hasta la fecha, a la determinación de una violación de medidas provisionales en las actuaciones posteriores sobre el fondo de las respectivas causas no significa, en su opinión, que no pueda hacerlo con prontitud, mediante otra providencia sobre medidas provisionales. La Corte —añade— está facultada para vigilar el cumplimiento de las medidas provisionales. Si surge una circunstancia imprevisible, la CIJ está “dotada de poderes o *facultés* inherentes para tomar la decisión que asegure el cumplimiento de las medidas provisionales que ha ordenado, y de tal modo la salvaguardia de los derechos en juego” (párr. 45). Esto realza la dimensión preventiva de las medidas provisionales, así como el estado de derecho (*prééminence du droit*) a nivel internacional (párr. 46).

23. El siguiente punto examinado por el Magistrado Cançado Trindade es el de la violación de las medidas provisionales y la reparación por daños (en sus distintas formas) (parte IX) —un extremo que no ha pasado inadvertido en el presente fallo de la CIJ en las dos causas acumuladas relativas a *Determinadas actividades* y a la *Construcción de una carretera*: la Corte se ha referido a las reparaciones en ambas—, en particular su declaración (en la causa relativa a *Determinadas actividades*) de la existencia de una violación de medidas provisionales como “satisfacción adecuada” al demandante, sin necesidad de otorgar costas (en la causa acumulada relativa a la *Construcción de una carretera*, su declaración de violación de la obligación de efectuar una evaluación del impacto ambiental también representa una satisfacción adecuada para el demandante).

24. El otorgamiento de esta forma de reparación (satisfacción) en las dos causas acumuladas es necesario y tranquilizador. El Magistrado Cançado Trindade añade que el hecho de que la CIJ no estableciera la existencia de una violación de las medidas provisionales ni indicara nuevas medidas provisionales ya en su providencia de 16 de julio de 2013 (como debió hacerlo, por las razones explicadas en su opinión disidente adjunta a dicha providencia), y solo lo hiciera en su

posterior providencia de 22 de noviembre de 2013, atribuye importancia a su decisión de no otorgar costas. Al fin y al cabo —continúa—, “la prolongación de las actuaciones (sobre las medidas provisionales) se debió a la vacilación de la Corte misma. Por lo tanto, la cuestión pertinente aquí es, pues, la reparación (y no las costas de las audiencias) por la violación de las medidas provisionales de protección” (párr. 50).

25. En efecto, “violación y deber de reparación van de la mano”; como el Magistrado señaló en su opinión separada en la causa *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, reparaciones, fallo de 19 de junio de 2012), “el deber de reparación tiene profundas raíces históricas, que datan de los orígenes del derecho de gentes, y una marcada presencia en el legado de los ‘padres fundadores’ de nuestra disciplina” (párr. 51). El deber de reparación —añade el Magistrado Cançado Trindade— es “generalmente reconocido como una obligación de derecho internacional general o consuetudinario”, como “el oportuno e indispensable complemento de un acto ilícito internacional, de modo que hace cesar todas las consecuencias derivadas de él y asegura el respeto del orden jurídico internacional”. Violación y deber de reparación “forman un *todo indisoluble*” (párr. 51). Y concluye, sobre esta cuestión en particular, que:

“Las relaciones recíprocas entre violación y deber de reparación también tienen una marcada presencia en el dominio del régimen jurídico autónomo de las medidas provisionales de protección. La violación de una medida provisional genera prontamente el deber de otorgar la correspondiente reparación. Es importante, para que las medidas provisionales alcancen su plenitud (dentro de su régimen jurídico), permanecer atentos a las reparaciones —en sus distintas formas— que lleva aparejada su violación. Las reparaciones (en mayor medida que las costas) por la violación autónoma de las medidas provisionales de protección son un elemento clave para la consolidación del régimen jurídico autónomo de las medidas provisionales de protección” (párr. 52).

26. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade se refiere a la diligencia debida y las relaciones recíprocas entre el principio de prevención y el principio de precaución (parte X). Se trata de elementos que están muy presentes en el fallo que la CIJ acaba de adoptar en las dos causas acumuladas relativas a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza* y a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan*, tal como ocurrió en una anterior causa latinoamericana, la relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay* (2010), en la que se opusieron la Argentina y el Uruguay (párrs. 53 y 54): “mientras que el principio de prevención supone que los riesgos pueden ser objetivamente evaluados para tratar de evitar el daño, el principio de precaución evalúa los riesgos en un contexto de incertidumbre, teniendo en cuenta la vulnerabi-

lidad de los seres humanos y del medio ambiente, así como la posibilidad de daño irreversible” (párr. 55).

27. A continuación el Magistrado reflexiona que, “a diferencia de la creencia positivista en las certezas del conocimiento científico”, el principio de precaución “está orientado hacia el deber de obrar con la *diligencia debida*, en un contexto de incertidumbre científica; así pues, la precaución es, hoy en día, más necesaria que nunca”. Señala además que “no es sorprendente que en algunas convenciones sobre derecho ambiental se dé expresión tanto al principio de prevención como al principio de precaución, reconociendo el vínculo entre ellos, que proporciona el fundamento del deber de realizar una evaluación del impacto ambiental” —como ha sostenido la CIJ en la causa acumulada relativa a la *Construcción de una carretera* (párr. 56). En el presente fallo —continúa— la Corte, considerando la exigencia de diligencia debida a fin de prevenir daños ambientales transfronterizos significativos, centró la atención en la realización de una evaluación del impacto ambiental “en el dominio más amplio del derecho internacional general” (párr. 57).

28. El Magistrado Cançado Trindade trata a continuación de trazar el camino hacia el desarrollo progresivo de las medidas provisionales de protección (parte XI), que considera como la lección principal que cabe extraer de la resolución judicial de la presente causa acumulada relativa a *Determinadas actividades*. La conformación de un *régimen jurídico autónomo* de las medidas provisionales de protección, con todos sus elementos y consecuencias, debe continuar desarrollándose. Como ya había advertido en su anterior opinión disidente en la providencia de la CIJ de 16 de julio de 2013 en las dos actuales causas acumuladas relativas a *Determinadas actividades* y la *Construcción de una carretera*, en las que la Corte decidió no ordenar nuevas medidas provisionales ni modificar las indicadas en su anterior providencia de 8 de marzo de 2011, estima adecuado reiterar aquí lo siguiente:

“Mi tesis, en resumen, es que las medidas provisionales basadas en tratados, como las de la Corte (en virtud del Artículo 41 del Estatuto), gozan también de autonomía, tienen un régimen jurídico propio y su incumplimiento genera la responsabilidad del Estado e implica consecuencias jurídicas, sin perjuicio del examen y resolución de los casos concretos en lo que respecta al fondo de la cuestión.

[...] Las medidas provisionales de protección generan obligaciones (de prevención) para los Estados de que se trate, que son distintas de las obligaciones que emanan de los fallos de la Corte sobre el fondo (y las reparaciones) en las respectivas causas. Esto se desprende de su régimen jurídico autónomo, tal como yo lo concibo. En mi opinión, existe actualmente una apremiante necesidad de perfeccionar y desarrollar conceptualmente ese régimen jurídico autónomo [...].

El asunto que la Corte tiene ante sí requiere una posición más proactiva por su parte, con el fin no solo de solucio-

nar las controversias que se le presenten sino también de indicar cuál es el derecho (*ius dictio*), y así contribuir eficazmente a evitar o prevenir daños irreparables en situaciones de urgencia, con beneficios en último término para *todos* los sujetos del derecho internacional, tanto los Estados como los grupos de personas o los *simples particuliers*”. En definitiva, la persona humana (que vive en armonía en su hábitat natural) ocupa un lugar central en el nuevo *ius gentium* de nuestros días” (*cit.* en párr. 59).

29. El Magistrado Cançado Trindade añade que los derechos salvaguardados por las medidas provisionales de protección no son necesariamente los mismos que los relativos al fondo de la causa de que se trate; y las obligaciones derivadas de las medidas provisionales de protección son distintas y adicionales respecto de las que puedan derivar más adelante de la posterior decisión de la Corte sobre el fondo (párr. 61). En caso de violación de una medida provisional de protección, “surge la noción de víctima de un daño también en el marco de esas medidas provisionales; esa violación puede provocar daños irreparables en el presente contexto de prevención” (párr. 61). Siendo así, la determinación de esa violación “no ha de esperar a que concluyan las actuaciones sobre el fondo de la causa de que se trate, particularmente si dichas actuaciones se prolongan indebidamente” (párr. 63).

30. Además, “la determinación de su violación no está condicionada por la existencia de una solicitud en tal sentido emanada del Estado interesado”; la Corte —concluye sobre el presente punto— “está plenamente facultada para proceder con prontitud a la determinación de su violación *spon-te sua, ex officio*, en interés de la adecuada administración de justicia (*la bonne administration de la justice*)” (párr. 64). El perfeccionamiento del régimen jurídico autónomo de las medidas provisionales de protección (que comprende la reparación en sus distintas formas y eventualmente las costas) “puede aclarar aún más este dominio del derecho internacional marcado por la prevención y el deber de diligencia debida, y de tal manera puede promover el desarrollo progresivo de esas medidas en el derecho de gentes contemporáneo, fiel a la dimensión preventiva de las medidas provisionales, en beneficio de todos los *justiciables*” (párr. 66). Al hacerlo, la jurisprudencia internacional parece ir por delante de la doctrina jurídica (párr. 66).

31. En la última parte (XII) de su opinión separada, al presentar una recapitulación de todos sus argumentos, el Magistrado Cançado Trindade considera que las medidas provisionales de protección brindan, como acaba de verse, “un terreno fértil para la reflexión a nivel jurídico-epistemológico. El tiempo y el derecho aparecen aquí inevitablemente juntos, al igual que en otras esferas del derecho internacional” (párr. 67). Las medidas provisionales ponen de relieve la dimensión preventiva, “que está creciendo en claridad, en el derecho internacional contemporáneo”. Las medidas provisionales “han tenido una evolución significa-

tiva, pero todavía tienen que recorrer un largo camino para alcanzar su plenitud” (párr. 67).

### **Opinión separada de la Magistrada Donoghue**

La Magistrada Donoghue considera que los Estados tienen una obligación impuesta por el derecho internacional consuetudinario de actuar con la diligencia debida para prevenir los daños ambientales transfronterizos significativos. Esta obligación de diligencia debida emana de la síntesis de los principios básicos del orden jurídico internacional, en particular, la igualdad soberana y la soberanía territorial. Las medidas que un Estado de origen debe adoptar para cumplir esa obligación de diligencia debida dependen de las circunstancias concretas, y pueden comprender evaluaciones del impacto ambiental, notificación a los Estados potencialmente afectados y consultas con dichos Estados. Sin embargo, la Magistrada Donoghue no considera que la Corte esté en condiciones de prescribir reglas específicas de derecho internacional consuetudinario acerca de esos tres temas. En cuanto a la notificación y la consulta, la Magistrada tampoco se siente enteramente cómoda con la formulación precisa adoptada por la Corte.

### **Opinión separada del Magistrado Bhandari**

En su opinión separada, el Magistrado Bhandari recuerda que ha votado con la mayoría en cuanto a la determinación de que Costa Rica ha violado el derecho internacional al no haber realizado una evaluación del impacto ambiental en relación con su proyecto integral de construcción de una carretera a lo largo del río San Juan. Sin embargo, lamenta la falta de directrices claras acerca de las exigencias de una evaluación de ese tipo con arreglo al derecho internacional, y procede a recomendar determinados requisitos mínimos que, en su opinión, deben satisfacerse al efectuar una evaluación del impacto ambiental. Comienza su análisis con un panorama de las tendencias modernas y los diversos principios fundamentales del derecho ambiental internacional contemporáneo, entre ellos, el principio de desarrollo sostenible, el principio de acción preventiva, la noción de patrimonio mundial, el principio de precaución, el principio de que quien contamina paga y el concepto de daño transfronterizo. A continuación, examina cómo la exigencia de efectuar una evaluación del impacto ambiental surge de esos principios. En la opinión señala asimismo que actualmente el régimen de derecho ambiental internacional relacionado con la realización de evaluaciones del impacto ambiental está disperso en un mosaico de distintos instrumentos internacionales y, en definitiva, no logra establecer determinadas exigencias procesales y sustantivas mínimas. Refiriéndose al Convenio de Espoo y otras fuentes autorizadas, el Magistrado Bhandari trata de sintetizar determinadas obligaciones básicas relacionadas con la realización de una evaluación

del impacto ambiental que, según cree, deben incorporarse al canon del derecho ambiental internacional. Finalmente, el Magistrado Bhandari insta a los Estados a que trabajen juntos para concertar un tratado internacional que rijan las exigencias mínimas de las evaluaciones del impacto ambiental. Mientras no exista ese régimen, señala que los países tal vez deseen seguir las sugerencias contenidas en su opinión como “mejores prácticas” que serían aplicadas por los Estados nación en el cumplimiento de su deber de efectuar evaluaciones del impacto ambiental transfronterizo.

### **Opinión separada del Magistrado Robinson**

En su opinión separada, el Magistrado Robinson explica las razones por las cuales votó en contra del rechazo de todas las demás peticiones formuladas por las partes que la Corte realiza en el párrafo 229 7) del fallo. El Magistrado Robinson opina que la Corte debió haberse pronunciado explícitamente sobre la pretensión de Costa Rica de que Nicaragua había violado el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas, en lugar de decidir, como se dice en el fallo, que “no es necesario que siga considerando” esa pretensión “habida cuenta de que ya se ha establecido el carácter ilícito de esas actividades”.

El Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas, que prohíbe “la amenaza o [e]l 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”, es, en palabras de la propia Corte, “una piedra angular de la Carta de las Naciones Unidas”. Habida cuenta del carácter fundacional de esa prohibición en el orden jurídico internacional, así como de la función que se contempla para la Corte en la defensa de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas, la Corte debe desempeñar su papel en el fortalecimiento del respeto de la prohibición del uso de la fuerza. En opinión del Magistrado Robinson, la Corte debería desarrollar la práctica de formular una conclusión expresa y separada siempre que se alegue que se ha violado la prohibición del uso de la fuerza, a menos que, a su juicio, la pretensión sea claramente infundada o temeraria.

El Magistrado Robinson interpreta que la “lesión sufrida por Costa Rica” a que se hace referencia en el párrafo 97 incorpora cualquier posible lesión sufrida por ese país como resultado de la violación de la prohibición del uso de la fuerza. No está convencido de que sea posible asegurar la reparación de la lesión sin un examen del hecho y de las circunstancias que rodearon la posible violación. El Magistrado Robinson es igualmente escéptico acerca de que, en el contexto de la presente causa, la reparación correspondiente a la violación de la soberanía territorial por parte de Nicaragua permita reparar la lesión sufrida como resultado de la violación de la prohibición del uso de la fuerza. La Corte no examinó si existía una equivalencia entre las dos normas, que, en opinión del Magistrado Robinson, cumplen funcio-

nes distintas y reflejan preocupaciones que en parte se superponen, pero no son idénticas.

La jurisprudencia de la Corte establece que las acciones de un Estado deben llegar a determinado umbral antes de que puedan calificarse como uso ilícito de la fuerza. La determinación de si se ha llegado o no a ese umbral requiere un análisis de la gravedad y la finalidad de las medidas presuntamente ilícitas. En opinión del Magistrado Robinson, las pruebas que la Corte tiene ante sí en la presente causa demuestran que Nicaragua efectivamente violó la prohibición del uso de la fuerza.

### Declaración del Magistrado Gevorgian

El Magistrado Gevorgian explica en su declaración las razones por las cuales ha votado en contra del primer punto de la parte dispositiva, según el cual “Costa Rica tiene soberanía sobre el ‘territorio en disputa’”. En su opinión, esta determinación de la Corte —hecha en respuesta a una pretensión formulada por Costa Rica únicamente al presentar sus argumentaciones finales en la causa relativa a *Determinadas actividades*— no era necesaria en las circunstancias del caso.

El Magistrado Gevorgian comparte la negativa de la Corte a delimitar el curso de la frontera en el “territorio en disputa” definido por la Corte en sus providencias sobre medidas provisionales dictadas el 8 de marzo de 2011 y el 22 de noviembre de 2013. Sin embargo, considera problemático que la Corte haya declarado la soberanía de Costa Rica sobre una zona cuyos límites distan de ser claros. En opinión del Magistrado Gevorgian, la Corte debería haber evitado esa determinación por dos razones fundamentales.

En primer lugar, las partes no se refirieron a la cuestión de la ubicación precisa de la desembocadura del río o de la frontera en la costa, como correctamente indica la mayoría en el párrafo 70 del fallo. Por consiguiente, el Magistrado Gevorgian considera que la Corte no estaba en condiciones de considerar plenamente la argumentación final de Costa Rica.

En segundo término, la geografía de la zona en disputa —en la que han ocurrido importantes alteraciones geomorfológicas en el último siglo— es sumamente inestable. Así pues, según el Magistrado Gevorgian, la conclusión de la Corte acerca de la soberanía sobre el territorio en disputa puede ser fuente de futuros desacuerdos entre las partes.

### Declaración del Magistrado ad hoc Guillaume

El Magistrado *ad hoc* Guillaume concuerda con varias de las conclusiones a que ha llegado la Corte. Sin embargo, ha expresado su desacuerdo sobre un punto en la causa relativa a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza* (Costa Rica c. Nicaragua). Señala que originalmente esta causa solo se refería a esas actividades, y que lo único que Costa Rica deseaba era obtener un fallo contra

Nicaragua por haber violado su soberanía sobre la parte septentrional de la isla Portillos. Fue únicamente al final de las actuaciones orales cuando, por primera vez, Costa Rica pidió a la Corte que determinara que tenía soberanía sobre el territorio en disputa. La Corte ha decidido en ese sentido, pero no ha determinado plenamente los límites de ese territorio.

El Magistrado *ad hoc* Guillaume recuerda que, según la jurisprudencia de la Corte, el objeto de una controversia se define por las pretensiones formuladas en la demanda, como dispone el Artículo 40 del Estatuto. Solo son admisibles las pretensiones adicionales que estén comprendidas dentro del alcance de ese objeto. La única excepción a esa regla se da cuando las nuevas pretensiones están implícitas en la demanda o surgen directamente de la cuestión que constituyó el objeto de la demanda (*Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 2010 (II)*, pág. 656, donde se cita la causa relativa a *Ciertas tierras fosfáticas en Nauru (Nauru c. Australia)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1992*, pág. 267).

El Magistrado *ad hoc* Guillaume señala que las nuevas pretensiones de Costa Rica han transformado una causa sobre la responsabilidad del Estado en una controversia territorial. Opina que eso no es posible, por lo que concluye que las nuevas pretensiones se formularon fuera de plazo y por consiguiente eran inadmisibles. Por esta razón, votó en contra del primer punto de la parte dispositiva.

El Magistrado *ad hoc* Guillaume también ha aclarado su razonamiento sobre algunas otras cuestiones. En lo tocante a la libertad de navegación en el río San Juan, observa que Costa Rica citó cinco incidentes en los que presuntamente se habría infringido esa libertad. El Magistrado *ad hoc* Guillaume señala que la Corte solo aceptó dos de esos incidentes como probados. Estima que dos incidentes en un período de varios años, por más que sean lamentables, no se pueden considerar indicativos de la conducta general de Nicaragua.

En la segunda causa, relativa a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan* (Nicaragua c. Costa Rica), el Magistrado *ad hoc* Guillaume señala que dicha carretera no solo fue construida sin una evaluación previa del impacto ambiental, sino que además causó un daño real a Nicaragua. Sin embargo, el Magistrado *ad hoc* Guillaume señala que Nicaragua no demostró que ese daño fuera “significativo”. Como no se alcanzó ese umbral jurisprudencial, el Magistrado *ad hoc* Guillaume concluye que no se ha generado la responsabilidad de Costa Rica.

### Opinión separada del Magistrado ad hoc Dugard

La obligación de efectuar una evaluación del impacto ambiental con respecto a una actividad que crea un riesgo de daño transfronterizo significativo figuró de manera prominente tanto en la causa relativa a *Determinadas actividades* como en la causa relativa a la *Construcción de una carretera*.

La Corte optó por describir esa obligación como una obligación de “derecho internacional general”, pero un análisis de ese término sugiere que es casi sinónimo de “derecho internacional consuetudinario”. La obligación de efectuar una evaluación del impacto ambiental es una obligación independiente del deber de obrar con la diligencia debida, que es el estándar de conducta que se exige a un Estado cuando realiza esa evaluación. Si bien se ha sugerido que la obligación de efectuar una evaluación del impacto ambiental no tiene contenido, un análisis de la decisión de la Corte estableció la presencia de determinadas reglas inherentes a esa obligación.

La Corte, fundándose en los principios que había expuesto con respecto al contenido de la obligación de efectuar una evaluación del impacto ambiental, concluyó con razón que Costa Rica había violado su obligación de realizar una evaluación del impacto ambiental por no haberla efectuado cuando emprendió la construcción de una carretera a lo largo del río San Juan. Las circunstancias demostraron claramente que la carretera planteaba un riesgo de daño significativo al medio ambiente de Nicaragua.

El tratamiento por la Corte de la alegación de Costa Rica de que Nicaragua no había realizado una adecuada evaluación del impacto ambiental cuando proyectó su programa de mejora de la navegabilidad del río San Juan mediante el dragado fue menos satisfactorio. Por consiguiente, el Magistrado *ad hoc* Dugard discrepó respecto de esta cuestión.

Sin examinar la situación fáctica relacionada con el programa de dragado de Nicaragua cuando fue proyectado en 2006 y el riesgo que planteaba a los humedales de Costa Rica, la Corte declaró escuetamente que los informes que se le ha-

bían presentado y las declaraciones de los testigos propuestos por ambas partes la llevaban a concluir que el programa de dragado proyectado por Nicaragua en 2006 no era de una naturaleza tal que diera lugar a un riesgo de daño transfronterizo significativo. Un examen detenido de los informes más pertinentes y de las declaraciones de testigos lleva al Magistrado *ad hoc* Dugard a concluir que no respaldan los hechos tal como han sido declarados por la Corte. En su opinión, las pruebas mostraron que el dragado del San Juan planteaba un riesgo para los humedales de Costa Rica protegidos por la Convención de Ramsar. Las declaraciones de uno de los propios testigos de Nicaragua, según las cuales el hecho de que una actividad que tuvo lugar en la proximidad de un humedal protegido por la Convención de Ramsar era por sí solo una razón suficiente para requerir una evaluación del impacto ambiental, fueron particularmente convincentes y parecen haber sido ignoradas por la Corte. Otra objeción al tratamiento que la Corte dio a esta cuestión es que no aplicó los principios a los que se había atenido al considerar las alegaciones de Nicaragua contra Costa Rica por la construcción de la carretera. Hubo una clara contradicción entre los razonamientos aplicados en los dos casos. Finalmente, un análisis de las disposiciones de la Convención de Ramsar sugirió que Nicaragua estaba obligada a efectuar una evaluación del impacto ambiental en este caso.

Indudablemente, la carretera construida por Costa Rica a lo largo del río San Juan planteaba un mayor riesgo de daño ambiental para el río que el derivado del programa de dragado de Nicaragua para los humedales de Costa Rica. Sin embargo, ello no puede justificar la imperfecta determinación de los hechos ni el razonamiento contradictorio de la Corte.

## 214. CUESTIÓN DE LA DELIMITACIÓN DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL ENTRE NICARAGUA Y COLOMBIA MÁS ALLÁ DE LAS 200 MILLAS MARINAS CONTADAS DESDE LA COSTA DE NICARAGUA (NICARAGUA *c.* COLOMBIA) [EXCEPCIONES PRELIMINARES]

### Fallo de 17 de marzo de 2016

El 17 de marzo de 2016, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo sobre las excepciones preliminares opuestas por la República de Colombia en la causa relativa a la *Cuestión de la delimitación de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia más allá de las 200 millas marinas contadas desde la costa de Nicaragua (Nicaragua c. Colombia)*.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cañado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Gevorgian; Magistrados *ad hoc* Brower, Skotnikov; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

En la parte dispositiva (párr. 126) del fallo se establece lo siguiente:

“[...]”

La Corte,

1) a) Por unanimidad,

*Desestima* la primera excepción preliminar opuesta por la República de Colombia;

b) Por 8 votos contra 8, con el voto de calidad del Presidente,

*Desestima* la tercera excepción preliminar opuesta por la República de Colombia;

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Greenwood, Sebutinde, Gevorgian; Magistrado *ad hoc* Skotnikov;

VOTOS EN CONTRA: Vicepresidente Yusuf; Magistrados Cañado Trindade, Xue, Donoghue, Gaja, Bhandari, Robinson; Magistrado *ad hoc* Brower;

c) Por unanimidad,

*Desestima* la cuarta excepción preliminar opuesta por la República de Colombia;

d) Por unanimidad,

*Determina* que no existen motivos para pronunciarse sobre la segunda excepción preliminar opuesta por la República de Colombia;

e) Por 11 votos contra 5,

*Desestima* la quinta excepción preliminar opuesta por la República de Colombia en la medida en que se refiere a la primera pretensión formulada por Nicaragua en su demanda;

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Greenwood, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Gevorgian; Magistrados *ad hoc* Brower, Skotnikov;

VOTOS EN CONTRA: Vicepresidente Yusuf; Magistrados Cañado Trindade, Xue, Bhandari, Robinson;

f) Por unanimidad,

*Acoge* la quinta excepción preliminar opuesta por la República de Colombia en la medida en que se refiere a la segunda pretensión formulada por Nicaragua en su demanda;

2) a) Por unanimidad,

*Determina* que tiene competencia, sobre la base del Artículo XXXI del Pacto de Bogotá, para pronunciarse sobre la primera pretensión formulada en su demanda por la República de Nicaragua;

b) Por 8 votos contra 8, con el voto de calidad del Presidente,

*Determina* que la primera pretensión formulada por la República de Nicaragua en su demanda es admisible;

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Greenwood, Sebutinde, Gevorgian; Magistrado *ad hoc* Skotnikov;

VOTOS EN CONTRA: Vicepresidente Yusuf; Magistrados Cañado Trindade, Xue, Donoghue, Gaja, Bhandari, Robinson; Magistrado *ad hoc* Brower”.

\*  
\* \*

El Vicepresidente Yusuf, los Magistrados Cañado Trindade, Xue, Gaja, Bhandari y Robinson y el Magistrado *ad hoc* Brower adjuntaron una opinión disidente conjunta al fallo de la Corte; los Magistrados Owada y Greenwood adjuntaron sendas opiniones separadas al fallo de la Corte; la Magistrada Donoghue adjuntó una opinión disidente al fallo de la Corte; los Magistrados Gaja, Bhandari y Robinson y el Magistrado *ad hoc* Brower adjuntaron sendas declaraciones al fallo de la Corte.

\*  
\* \*

#### I. Introducción

La Corte recuerda que, en el presente procedimiento, Nicaragua pretende fundamentar la competencia de la Corte

en el Artículo XXXI del Pacto de Bogotá. De conformidad con esa disposición, las partes en el Pacto reconocen la jurisdicción de la Corte como obligatoria en “todas las controversias de orden jurídico”. Además, Nicaragua sostiene que el objeto de su demanda entra dentro de la competencia de la Corte establecida en la causa relativa a la *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia)*, puesto que, en su fallo de 2012 (*I.C.J. Reports 2012 (II)*, pág. 624) (en adelante, el “fallo de 2012”), la Corte no resolvió definitivamente la cuestión —que se le había presentado— de la delimitación de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia en la zona situada más allá de las 200 millas marinas de la costa de Nicaragua.

La Corte observa que Colombia ha formulado cinco excepciones preliminares a su competencia. Nicaragua pidió a la Corte que desestimara las excepciones preliminares de Colombia en su totalidad.

Dado que la segunda excepción preliminar de Colombia se refiere exclusivamente al fundamento adicional de competencia sugerido por Nicaragua, la Corte la examinará después de haber examinado las excepciones primera, tercera y cuarta. La quinta excepción preliminar, que se refiere a la admisibilidad de las pretensiones de Nicaragua, será examinada en último término.

## II. Primera excepción preliminar

En su primera excepción preliminar, Colombia argumenta que la Corte carece de competencia *ratione temporis* con arreglo al Pacto de Bogotá, porque el procedimiento fue incoado por Nicaragua el 16 de septiembre de 2013, después de la notificación de la denuncia del Pacto hecha por Colombia el 27 de noviembre de 2012.

La Corte recuerda que Colombia señaló, en su notificación, que su denuncia del Pacto de Bogotá “rige a partir del día de hoy respecto de los procedimientos que se inicien después del presente aviso, de conformidad con el párrafo segundo del Artículo LVI”, que establece que la denuncia no tendrá efecto alguno sobre los procedimientos pendientes iniciados antes de que se transmita el respectivo aviso. La Corte observa que la demanda de Nicaragua fue presentada ante ella después de transmitida la notificación de la denuncia de Colombia, pero antes de que hubiera transcurrido el período de un año mencionado en el primer párrafo del Artículo LVI, de conformidad con el cual, al final de dicho período, el Pacto cesará en sus efectos para la parte denunciante, pero seguirá vigente para los demás signatarios.

Colombia sostiene que la inferencia natural de la disposición expresa del segundo párrafo del Artículo LVI del Pacto es que la denuncia surtirá efectos respecto de los procedimientos iniciados después de la transmisión de la notificación de la denuncia, y refuta la sugerencia de que su interpretación del segundo párrafo del Artículo LVI privaría de efecto útil al primer párrafo de dicho artículo. Aun cuando

Colombia acepta que su interpretación significaría que ninguno de los distintos procedimientos previstos en los capítulos segundo a quinto del Pacto podría ser iniciado por un Estado que hubiese realizado una notificación de denuncia, o contra él, durante el año en que el tratado permaneciera en vigor de conformidad con el primer párrafo del Artículo LVI, sostiene que las importantes obligaciones sustantivas contenidas en los otros capítulos del Pacto permanecerían de todos modos vigentes durante el período de un año, de modo que el primer párrafo del Artículo LVI tendría un efecto claro. Colombia argumenta que su interpretación del Artículo LVI se ve confirmada por el hecho de que, si las partes en el Pacto hubiesen querido que la denuncia no afectara a ninguno de los procedimientos iniciados durante el período de un año de preaviso, fácilmente podrían haberlo dicho de manera expresa, a saber, adoptando una redacción análoga a las disposiciones de otros tratados. Finalmente, Colombia sostiene que su interpretación es “también congruente con la práctica estatal de las partes en el Pacto” y con los trabajos preparatorios.

Nicaragua sostiene que la competencia de la Corte viene determinada por el Artículo XXXI del Pacto de Bogotá, según el cual tanto Colombia como Nicaragua habían reconocido la jurisdicción de la Corte “mientras esté vigente el presente Tratado”. El período de vigencia del tratado está determinado por el primer párrafo del Artículo LVI, que dispone que el Pacto regirá para el Estado que haya hecho una notificación de denuncia durante un año a contar desde la fecha de dicha notificación. Como la fecha en que ha de establecerse la competencia de la Corte es la fecha en que se presenta la demanda, y como la demanda de Nicaragua se presentó menos de un año contado a partir de la notificación hecha por Colombia de su denuncia del Pacto, de ello se deduce —en opinión de Nicaragua— que la Corte tiene competencia en la presente causa. Nicaragua añade que la interpretación de Colombia excluiría del efecto del primer párrafo del Artículo LVI a todos los procedimientos de buenos oficios y mediación (capítulo segundo del Pacto), investigación y conciliación (capítulo tercero), procedimiento judicial (capítulo cuarto) y arbitraje (capítulo quinto), que en conjunto comprenden 41 de los 60 artículos del Pacto. En cuanto a las disposiciones restantes, varias de ellas son disposiciones que ya han cumplido enteramente su objetivo y no cumplirían función alguna durante el período de un año de preaviso, mientras que otras están indisolublemente vinculadas con los procedimientos establecidos en los capítulos segundo a quinto y no imponen obligaciones independientes de dichos procedimientos. Finalmente, Nicaragua niega que la práctica de las partes en el Pacto de Bogotá o los trabajos preparatorios respalden la interpretación de Colombia.

La Corte recuerda que la fecha en la cual se debe establecer su competencia es la fecha en que se presenta la demanda ante ella. En el Artículo XXXI del Pacto de Bogotá, las partes reconocen como obligatoria la jurisdicción de la

Corte “mientras esté vigente el presente Tratado”. El primer párrafo del Artículo LVI dispone que, en caso de denuncia del Pacto por un Estado parte, el Pacto permanecerá vigente entre el Estado denunciante y las demás partes durante un período de un año después de la notificación de la denuncia. En opinión de la Corte, no se discute que, si solo existieran esas disposiciones, serían suficientes para conferir competencia en la presente causa. El Pacto seguía estando vigente entre Colombia y Nicaragua en la fecha en que se presentó la demanda, y el hecho de que posteriormente el Pacto dejase de estar vigente entre ellas no afectaría a esa competencia. Por consiguiente, la única cuestión que plantea la primera excepción preliminar de Colombia es si se puede realizar una lectura *a contrario* del segundo párrafo del Artículo LVI, que establece que “la denuncia no tendrá efecto alguno sobre los procedimientos pendientes iniciados antes de transmitido el aviso respectivo”, alterando así lo que de otra manera habría sido el efecto del primer párrafo, de modo que se llegase a la conclusión de que la Corte carece de competencia en el procedimiento a pesar de que este fue incoado cuando el Pacto seguía estando vigente entre Nicaragua y Colombia. Esta cuestión debe resolverse mediante la aplicación a las disposiciones pertinentes del Pacto de Bogotá de las reglas sobre interpretación de los tratados consagradas en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena, que reflejan las reglas del derecho internacional consuetudinario.

La Corte observa que no es la denuncia *per se* lo que puede producir un efecto sobre la competencia de la Corte con arreglo al Artículo XXXI del Pacto, sino la cesación de los efectos del tratado (entre el Estado denunciante y las demás partes) que resulta de la denuncia. Ello se desprende tanto de los términos del Artículo XXXI como del sentido corriente de las palabras utilizadas en el Artículo LVI. El primer párrafo del Artículo LVI dispone que el tratado se puede dar por terminado mediante denuncia, pero que la cesación de los efectos solo tendrá lugar después de transcurrido un período de un año a partir de la notificación de la denuncia. Por consiguiente, es este primer párrafo el que determina los efectos de la denuncia. El segundo párrafo del Artículo LVI confirma que los procedimientos incoados antes de la transmisión de la notificación de la denuncia podrán continuar independientemente de la denuncia y que, por lo tanto, su continuación queda asegurada independientemente de las disposiciones del primer párrafo relativas a los efectos de la denuncia en su conjunto.

La Corte considera que la interpretación que hace Colombia del segundo párrafo del Artículo LVI es contraria a los términos del Artículo XXXI. En opinión de la Corte, cabe otra interpretación, que es compatible con el Artículo XXXI, según la cual, mientras que los procedimientos iniciados antes de la transmisión de la notificación de la denuncia podrán continuar en cualquier caso y, en consecuencia, no están sujetos al primer párrafo del Artículo LVI, el efecto de la denuncia sobre los procedimientos iniciados después de

esa fecha se rige por el primer párrafo. Dado que el primer párrafo dispone que la denuncia solo determina la cesación de los efectos del tratado para el Estado denunciante después de que haya transcurrido un período de un año, los procedimientos iniciados durante ese año se inician mientras el Pacto todavía está vigente. Así pues, están dentro del alcance de la competencia conferida por el Artículo XXXI. La Corte añade que el resultado de la interpretación del segundo párrafo del Artículo LVI propuesta por Colombia sería que, durante el año siguiente a la notificación de la denuncia, la mayor parte de los artículos del Pacto, que contienen sus disposiciones más importantes, no se aplicarían entre el Estado denunciante y las demás partes. Tal resultado es difícil de conciliar con los términos expresos del primer párrafo del Artículo LVI, que dispone que “el presente Tratado” seguirá estando vigente durante el período de un año sin distinguir entre las diferentes partes del Pacto, como trata de hacer Colombia. La Corte observa asimismo que la interpretación que hace Colombia no es compatible con el objeto y fin del Pacto de Bogotá, que es promover la solución pacífica de las controversias mediante los procedimientos previstos en él. Aunque Colombia argumenta que la referencia a “procedimientos [...] regionales” contenida en el primer párrafo del Artículo II no se limita a los procedimientos establecidos en el Pacto, el Artículo II debe interpretarse como un todo. Resulta claro del uso de las palabras “en consecuencia” al comienzo del segundo párrafo del Artículo II que la obligación de recurrir a los procedimientos regionales, que las partes “reconocen” en el primer párrafo, ha de cumplirse mediante el empleo de los procedimientos establecidos en los capítulos segundo a quinto del Pacto.

Finalmente, a la Corte no le resulta convincente el argumento de Colombia de que, si las partes en el Pacto de Bogotá hubiesen deseado que los procedimientos iniciados en cualquier momento anterior al vencimiento del período de un año mencionado en el primer párrafo del Artículo LVI no se vieran afectados, habrían podido fácilmente insertar una disposición expresa en tal sentido. El argumento de Colombia relativo a la práctica estatal materializada en las denuncias del Pacto por El Salvador en 1973 y por la propia Colombia en 2012, junto con lo que Colombia describe como ausencia de reacción ante la notificación de esas denuncias, no arroja luz alguna sobre la cuestión que la Corte tiene actualmente ante sí. En cuanto a los trabajos preparatorios, no ofrecen indicación alguna sobre la finalidad precisa de la adición de lo que se convirtió a la postre en el segundo párrafo del Artículo LVI.

Por todas las razones que anteceden, la Corte considera que no se puede aceptar la interpretación que hace Colombia del Artículo LVI. Tomando el Artículo LVI en su conjunto, y a la luz de su contexto y del objeto y fin del Pacto, la Corte concluye que el Artículo XXXI, que confiere competencia a la Corte, seguía estando vigente entre las partes en la fecha en que se presentó la demanda en la presente causa. La posterior

cesación de los efectos del Pacto entre Nicaragua y Colombia no afecta a la competencia que existía en la fecha en que se inició el procedimiento. Por consiguiente, debe desestimarse la primera excepción preliminar de Colombia.

### III. Tercera excepción preliminar

Colombia sostiene en su tercera excepción que, en su fallo de 2012, la Corte “se pronunció explícitamente” sobre las cuestiones planteadas en la demanda de Nicaragua de 16 de septiembre de 2013; por consiguiente, la Corte carece de competencia porque la pretensión de Nicaragua no es admisible en virtud del principio de cosa juzgada.

La Corte observa en primer lugar que la tercera excepción preliminar de Colombia tiene las características de una excepción de inadmisibilidad, que “consiste en la afirmación de que existe una razón jurídica por la cual la Corte, aun cuando tenga competencia, debe abstenerse de conocer de la causa o, más frecuentemente, de una pretensión específica formulada en ella”. Por consiguiente, considerará esta excepción como tal.

La Corte examina a continuación el principio de cosa juzgada y su aplicación al punto 3 de la parte dispositiva del fallo de 2012, en el cual la Corte determinó “que no puede hacer lugar a la reivindicación formulada por la República de Nicaragua en la sección I 3) de sus conclusiones finales”. En la sección I 3) de sus conclusiones finales, Nicaragua solicitó a la Corte que juzgara y declarara que:

“la forma apropiada de delimitación, en el marco geográfico y jurídico constituido por las costas continentales de Nicaragua y Colombia, es un límite de la plataforma continental que divida por partes iguales los derechos yuxtapuestos a una plataforma continental de ambas partes”.

La Corte describió esa pretensión como una solicitud de que “se definiera un límite de la plataforma continental que divida por partes iguales los derechos yuxtapuestos a una plataforma continental de ambas partes”.

Colombia considera que la primera pretensión formulada por Nicaragua en su demanda de 16 de septiembre de 2013, por la que se inició el presente procedimiento, “no es más que una reiteración de la pretensión de Nicaragua contenida en la sección I 3) de sus conclusiones finales” de 2012, en la medida en que pide que la Corte determine “el trazado preciso de la frontera marítima entre Nicaragua y Colombia en las zonas de la plataforma continental que pertenecen a cada una de ellas más allá de los límites determinados por la Corte en su fallo de 19 de noviembre de 2012”. Colombia añade que la Corte, en su fallo de 2012, decidió que la pretensión de Nicaragua contenida en la sección I 3) de sus conclusiones finales era admisible, pero no la acogió en cuanto al fondo, y afirma que ese hecho impide que la Corte, en virtud de la cosa juzgada, se pronuncie sobre esa pretensión en la presente causa.

Colombia argumenta que el destino de la segunda pretensión contenida en la demanda de 16 de septiembre de 2013 está enteramente vinculado al de la primera. En su segunda pretensión, Nicaragua pide a la Corte que determine

“los principios y normas del derecho internacional que determinan los derechos y deberes de los dos Estados en relación con la zona en que se superponen las pretensiones sobre la plataforma continental y el uso de sus recursos, a la espera de la delimitación de la frontera marítima entre ellos más allá de las 200 millas marinas de la costa de Nicaragua”.

La Corte señala que la cuestión relativa al efecto del principio de cosa juzgada se refiere a la admisibilidad de la primera pretensión de Nicaragua. La segunda pretensión, como tal, constituye el objeto de la quinta excepción de Colombia, de modo que la Corte la examinará bajo ese epígrafe. La Corte sostiene que, si bien las partes coinciden en cuanto a los elementos que constituyen el principio de cosa juzgada, discrepan acerca del significado de la decisión adoptada por la Corte en el punto 3 de la parte dispositiva de su fallo de 2012 y, consiguientemente, acerca de qué está comprendido dentro del alcance de la cosa juzgada en esa decisión.

#### 1. Principio de cosa juzgada

Las partes concuerdan en que el principio de cosa juzgada exige una identidad entre las partes (*personae*), el objeto (*petitum*) y el fundamento jurídico (*causa petendi*). Igualmente aceptan que este principio está reflejado en los Artículos 59 y 60 del Estatuto de la Corte.

Para Colombia, debe haber una identidad entre las partes, el objeto y el fundamento jurídico para que se aplique el principio de cosa juzgada. Colombia añade que no es posible que la Corte, después de haber determinado en la parte dispositiva del fallo de 2012, que tiene fuerza de cosa juzgada, que “no puede hacer lugar” a la pretensión de Nicaragua por falta de pruebas, decida después, en un fallo posterior, acoger una pretensión idéntica.

Nicaragua considera que la identidad entre *personae*, *petitum* y *causa petendi*, si bien es necesaria para la aplicación del principio de cosa juzgada, no es suficiente. También es necesario que la cuestión planteada en una causa posterior haya sido previamente resuelta por la Corte de manera final y definitiva. Consiguientemente, Nicaragua considera que, a fin de determinar si el fallo de 2012 tiene fuerza de cosa juzgada con respecto a su primera pretensión en la presente causa, la cuestión central es si la Corte, en ese fallo, tomó una decisión sobre la delimitación de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas de la costa de Nicaragua.

La Corte recuerda que el principio de cosa juzgada es un principio general del derecho que establece el carácter definitivo de la decisión adoptada en una causa determinada. No es suficiente, para la aplicación de la cosa juzgada, identificar la causa de que se trata, caracterizada por las mismas partes,

objeto y fundamento jurídico; también es necesario determinar el contenido de la decisión, cuyo carácter definitivo debe quedar garantizado. La Corte no puede contentarse meramente con una identidad entre pretensiones que le sometan sucesivamente las mismas partes; debe determinar si la primera pretensión ya ha sido definitivamente resuelta y, en caso afirmativo, en qué medida. La Corte señala que su decisión está contenida en la parte dispositiva del fallo pero que, a fin de determinar qué es lo que está comprendido en la cosa juzgada, puede ser necesario determinar el significado de la parte dispositiva por referencia al razonamiento enunciado en el fallo en cuestión. La Corte se enfrenta a una situación de esa índole en la presente causa, ya que las partes discrepan acerca del contenido y el alcance de la decisión que fue adoptada en el punto 3 de la parte dispositiva del fallo de 2012.

## 2. Decisión adoptada por la Corte en su fallo de 19 de noviembre de 2012

Las partes han presentado interpretaciones divergentes de la decisión adoptada en el punto 3 de la parte dispositiva del fallo de 2012 y de las razones en que se fundamentó. Extraen conclusiones opuestas acerca de lo que dicha decisión comprende exactamente y cuáles son las cuestiones que la Corte ha resuelto definitivamente.

Colombia trata de demostrar, en esencia, que el fundamento de la primera pretensión de Nicaragua ya había sido enunciado en la causa relativa a la *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia)*. Argumenta asimismo que, dado que la Corte no admitió los argumentos formulados por Nicaragua en su fallo de 2012, el principio de cosa juzgada le impide pronunciarse sobre la demanda de Nicaragua en la presente causa.

Colombia sostiene que, en las actuaciones escritas y orales que precedieron al fallo de 2012, Nicaragua expuso argumentos idénticos a los que expone en la presente causa. Basándose en la información preliminar que había suministrado a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (en adelante, la “Comisión”), Nicaragua había reivindicado una plataforma continental ampliada fundándose en el Artículo 76 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en adelante, “CNUDM”) en virtud de criterios geológicos y geomorfológicos. En opinión de Colombia, Nicaragua no había demostrado, como estaba obligada a hacer, que su margen continental se extendía suficientemente lejos como para superponerse con la plataforma continental que Colombia tenía derecho a reclamar hasta las 200 millas marinas contadas desde su costa continental. Sostiene que la Corte, después de determinar que la pretensión de Nicaragua era admisible, la resolvió en cuanto al fondo en 2012 al decidir no acogerla. Según Colombia, esa decisión, en virtud de la cual la Corte delimitó plenamente la frontera marítima entre las partes, era definitiva tanto expresamente como por necesaria implicación. Por lo tanto, cuando la Corte concluyó que “no estaba en condiciones de delimitar la frontera

marítima entre Nicaragua y Colombia” (párrafo 129 del fallo de 2012), lo que quiso decir era que su examen de los hechos y los argumentos presentados por Nicaragua la obligaban a rechazar la pretensión de esta.

Por su parte, Nicaragua sostiene que la decisión de la Corte de no acoger su pretensión, en el punto 3 de la parte dispositiva del fallo de 2012, no constituyó un rechazo de dicha pretensión en cuanto al fondo. La Corte se negó expresamente a pronunciarse sobre la cuestión porque Nicaragua no había completado su presentación ante la Comisión. Nicaragua considera que el 24 de junio de 2013 cumplió la obligación procesal impuesta por el Artículo 76, párrafo 8, de la CNUDM de proporcionar a la Comisión información sobre los límites de su plataforma continental más allá de las 200 millas marinas, y que ahora la Corte tiene toda la información necesaria para llevar a cabo la delimitación y resolver la controversia.

Nicaragua admite que la frase “no puede hacer lugar” puede parecer ambigua si se lee de forma aislada el punto 3 de la parte dispositiva, pero sostiene que esa ambigüedad se disipa si se examina el razonamiento de la decisión. Además, continúa Nicaragua, el razonamiento es inseparable de la parte dispositiva, a la que aporta el necesario fundamento, y debe ser tenido en cuenta a fin de determinar el alcance de la parte dispositiva del fallo. Del razonamiento del fallo se desprende que la parte dispositiva no toma ninguna posición sobre la delimitación más allá de las 200 millas marinas. Por consiguiente, Nicaragua opina que en la presente causa nada impide a la Corte pronunciarse sobre su pretensión relativa a la delimitación de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas.

La Corte señala en primer lugar que, si bien en su fallo de 2012 declaró que la pretensión de Nicaragua era admisible, lo hizo solo en respuesta a la excepción de inadmisibilidad interpuesta por Colombia sobre la base de que esa pretensión era nueva y cambiaba el objeto de la controversia. Sin embargo, de ello no se infiere que la Corte se haya pronunciado sobre el fondo de la pretensión relativa a la delimitación de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas de la costa de Nicaragua.

La Corte opina que debe examinar el contenido y alcance del punto 3 de la parte dispositiva del fallo de 2012. Como resultado del desacuerdo entre las partes al respecto, la Corte debe determinar el contenido de la decisión que adoptó en respuesta a la pretensión de Nicaragua de delimitación de “un límite de la plataforma continental que divida [...] los derechos yuxtapuestos [...] de ambas partes”.

La Corte comienza diciendo que no se extenderá sobre el significado de la frase “no puede hacer lugar”, tomada aisladamente, en la forma en que lo han hecho las partes. Examinará esa frase en su contexto, a fin de determinar el significado de la decisión de no acoger la pretensión de Nicaragua de que la Corte delimitara la plataforma continental entre las partes. En particular, la Corte determinará si el punto 3 de la

parte dispositiva de su fallo de 2012 debe entenderse como una desestimación lisa y llana de la pretensión de Nicaragua por falta de pruebas, como alega Colombia, o como una negativa a pronunciarse sobre la pretensión porque no se había cumplido un requisito procesal e institucional, como argumenta Nicaragua. Para hacerlo, la Corte examinará el punto 3 de la parte dispositiva del fallo de 2012 en su contexto, es decir, por referencia al razonamiento que fundamenta su adopción y sirve, consiguientemente, para aclarar su significado.

La Corte dedicó la sección IV de su fallo de 2012 al “examen de la pretensión de Nicaragua relativa a la delimitación de una plataforma continental ampliada más allá de las 200 millas marinas”. Esa sección comprende los párrafos 113 a 131 del fallo.

El párrafo 113 define la cuestión examinada por la Corte en el sentido de si esta “está en condiciones de efectuar una delimitación de la plataforma continental que divida en partes iguales los derechos superpuestos de ambas partes a una plataforma continental”. En los párrafos 114 a 118, la Corte concluye que el derecho aplicable en la causa, cuyo origen es una controversia entre un Estado parte en la Convención (Nicaragua) y un Estado que no es parte en ella (Colombia), es el derecho internacional consuetudinario relativo a la definición de la plataforma continental, reflejado en el Artículo 76, párrafo 1, de la Convención. En los párrafos 119 a 121 se resumen los argumentos de Nicaragua acerca de los criterios para determinar la existencia de una plataforma continental y las condiciones procesales, establecidas en el Artículo 76, párrafo 8, de la CNUDM, para que un Estado pueda establecer el límite exterior de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas, así como las medidas que Nicaragua había tomado con tal fin. En los párrafos 122 a 124 se exponen los argumentos de Colombia para oponerse a la pretensión de Nicaragua de establecer una delimitación de la plataforma continental. En los párrafos 126 y 127, respectivamente, la Corte señala que el hecho de que Colombia no sea parte en la CNUDM “no exime a Nicaragua de sus obligaciones en virtud del Artículo 76 de dicha Convención”, y observa que, a la fecha del fallo de 2012, Nicaragua solo había presentado a la Comisión “información preliminar” que, tal como admitió el propio país, “no cumple los requisitos” previstos en el párrafo 8 del Artículo 76 de la CNUDM.

Cerrando esta sección de su razonamiento, la Corte llega a la conclusión siguiente en el párrafo 129:

“Sin embargo, como Nicaragua no ha demostrado, en el presente procedimiento, que tiene un margen continental que se extiende lo suficiente como para superponerse a las 200 millas marinas de plataforma continental a que tiene derecho Colombia, contadas desde la costa continental de Colombia, la Corte no está en condiciones de delimitar la frontera de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia, como solicitó Nicaragua, incluso utilizando la formulación general que esta propuso”.

La Corte considera que este párrafo debe leerse a la luz de los que lo preceden en el razonamiento del fallo de 2012. Cabe destacar tres aspectos de ese razonamiento. Primero, aunque las partes hicieron extensas exposiciones sobre las pruebas geológicas y geomorfológicas de una ampliación de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas presentadas por Nicaragua, el fallo no contiene ningún análisis de la Corte acerca de dichas pruebas. Segundo, la Corte consideró que, habida cuenta de la limitada naturaleza del cometido que tenía ante sí, no era necesario examinar si las disposiciones del Artículo 76 de la CNUDM, que establecen los criterios que un Estado debe satisfacer para poder establecer los límites de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas de su costa, reflejaban el derecho internacional consuetudinario, que, según había determinado anteriormente, era el derecho aplicable en la causa. Por consiguiente, la Corte no consideró necesario determinar las normas jurídicas sustantivas que Nicaragua debía cumplir para probar frente a Colombia que tenía derecho a una plataforma continental más allá de las 200 millas marinas de su costa. Tercero, lo que la Corte sí puso de relieve fue la obligación de Nicaragua, como parte en la CNUDM, de presentar a la Comisión información sobre los límites de la plataforma continental que reivindicaba más allá de las 200 millas marinas, de conformidad con el Artículo 76, párrafo 8, de la CNUDM. Dado que a la fecha del fallo de 2012 Nicaragua aún no había presentado esa información, la Corte concluyó, en el párrafo 129, que “Nicaragua no ha demostrado, en el presente procedimiento, que tiene un margen continental que se extiende lo suficiente como para superponerse a las 200 millas marinas de plataforma continental a que tiene derecho Colombia, contadas desde la costa continental de Colombia”.

La Corte considera que las conclusiones que expuso en el párrafo 129 solo pueden entenderse a la luz de los mencionados aspectos de su razonamiento, que indican que la Corte no tomó ninguna decisión acerca de si Nicaragua tenía derecho o no a una plataforma continental más allá de las 200 millas marinas de su costa. La Corte habla únicamente de un margen continental que se superpone a las 200 millas marinas de plataforma continental a que tiene derecho Colombia, contadas desde su costa continental. El fallo no dice nada acerca de las zonas marítimas situadas al este de la línea ubicada a 200 millas marinas de las islas que bordean la costa de Nicaragua, más allá de la cual la Corte no continuó su operación de delimitación, o al oeste de la línea ubicada a 200 millas marinas de la costa continental de Colombia. Sin embargo, en lo tocante a esas zonas, las partes habían formulado ante la Corte pretensiones antagónicas en relación con la plataforma continental: Nicaragua, por un lado, reivindicaba una plataforma continental ampliada en esas zonas, y Colombia, por otro lado, sostenía que tenía derechos en las mismas zonas generados por las islas sobre las que reclamaba soberanía, y que la Corte efectivamente declaró que estaban bajo su soberanía. Por consiguiente, de ello se infiere que, si

bien la Corte decidió, en el punto 3 de la parte dispositiva del fallo de 2012, que no podía acoger la pretensión de Nicaragua, lo hizo porque Nicaragua no había cumplido aún la obligación impuesta por el párrafo 8 del Artículo 76 de la CNUDM de depositar ante la Comisión la información definitiva sobre los límites de su plataforma continental más allá de las 200 millas marinas exigida por esa disposición y por el Artículo 4 del anexo II de la CNUDM.

### 3. *Aplicación del principio de cosa juzgada en la causa*

La Corte ha aclarado el contenido y alcance del punto 3 de la parte dispositiva del fallo de 2012, teniendo en cuenta las distintas posiciones expresadas por las partes sobre el tema. Ha concluido que la delimitación de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas de la costa de Nicaragua estaba condicionada a la presentación a la Comisión por Nicaragua de la información “definitiva” sobre los límites de su plataforma continental más allá de las 200 millas marinas, prevista en el párrafo 8 del Artículo 76 de la CNUDM. Así pues, la Corte no resolvió la cuestión de la delimitación en 2012 porque no estaba, en ese momento, en condiciones de hacerlo. La Corte recuerda que, en su demanda de 16 de septiembre de 2013, Nicaragua expresó que el 24 de junio de 2013 había presentado ante la Comisión la información “definitiva”. Consiguientemente, la Corte considera que en la presente causa se cumple la condición que impuso en su fallo de 2012 para estar en condiciones de examinar la pretensión de Nicaragua contenida en la sección I 3) de sus conclusiones finales y concluye que el principio de cosa juzgada no le impide pronunciarse sobre la demanda presentada por Nicaragua el 16 de septiembre de 2013. A la luz de lo que antecede, la Corte determina que la tercera excepción preliminar de Colombia debe ser desestimada.

### IV. *Cuarta excepción preliminar*

La Corte observa que Colombia basa su cuarta excepción preliminar en la afirmación de que, en su fallo de 2012, la Corte rechazó la pretensión de Nicaragua de delimitar la plataforma continental entre las partes más allá de las 200 millas marinas y fijó el límite entre los espacios marítimos de una y otra parte. Según Colombia, esa decisión era de carácter “definitivo e inapelable” con arreglo al Artículo 60 del Estatuto, de modo que, con su demanda de 16 de septiembre de 2013, Nicaragua estaba tratando de “apelar” el fallo anterior, o conseguir que se revisara.

La Corte opina que Nicaragua no le pide que revise el fallo de 2012 ni formula su demanda como una “apelación”. Consiguientemente, la Corte determina que la cuarta excepción preliminar no está fundada.

### V. *Segunda excepción preliminar*

La Corte observa que la segunda excepción preliminar de Colombia se refiere al argumento de Nicaragua de que,

independientemente de la aplicabilidad del Artículo XXXI del Pacto de Bogotá entre Colombia y Nicaragua, la Corte posee una competencia continuada respecto del objeto de la demanda. Según Nicaragua, esa competencia continuada se basa en la competencia de la Corte en la causa relativa a la *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia)*, habida cuenta de que la Corte, en su fallo de 2012, no determinó definitivamente la cuestión de la delimitación de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia en la zona situada más allá de las 200 millas marinas de la costa de Nicaragua.

Colombia niega que exista esa competencia continuada en la presente causa. En su opinión, a menos que la Corte reserve expresamente su competencia, cosa que no hizo en el fallo de 2012, no existen fundamentos para que pueda ejercer su competencia continuada después de haber dictado su fallo sobre el fondo. Según Colombia, el Estatuto solo prevé dos procedimientos mediante los cuales la Corte puede actuar, sin un fundamento de competencia independiente, con respecto a asuntos que han sido previamente objeto de un fallo de la Corte en una causa entre las mismas partes: las solicitudes de interpretación de un fallo anterior con arreglo al Artículo 60 del Estatuto y las solicitudes de revisión de un fallo anterior con arreglo al Artículo 61. Como la presente causa no está comprendida ni en el Artículo 60 ni en el Artículo 61, Colombia sostiene que la Corte carece de competencia basada en el fundamento adicional propuesto por Nicaragua.

Nicaragua rechaza el análisis de Colombia. En su opinión, la Corte tiene la obligación de ejercer de manera plena su competencia en toda causa que se le someta correctamente. La Corte, en su fallo de 2012, se abstuvo de ejercer su competencia con respecto a la parte de la argumentación de Nicaragua que es objeto del actual procedimiento por razones que, según Nicaragua, ya no son pertinentes. Nicaragua sostiene que la Corte debe ejercer ahora la competencia que tenía en la fecha del fallo de 2012. Consiguientemente, Nicaragua argumenta que la Corte tiene competencia continuada respecto de las cuestiones planteadas por su presente demanda, independientemente de si reservó expresamente esa competencia en su fallo anterior. Nicaragua sostiene que este fundamento de competencia es adicional a la competencia conferida por el Artículo XXXI del Pacto de Bogotá.

La Corte recuerda que ya ha concluido que el Artículo XXXI le confiere competencia en el presente procedimiento porque la demanda de Nicaragua se interpuso antes de que el Pacto de Bogotá dejara de estar vigente entre Nicaragua y Colombia. Por lo tanto, no es necesario considerar si existe un fundamento adicional de competencia. En consecuencia, no existen motivos para que la Corte se pronuncie sobre la segunda excepción preliminar interpuesta por Colombia.

### VI. *Quinta excepción preliminar*

La Corte observa que Colombia sostiene, alternativamente, en la hipótesis de que las otras cuatro excepciones

que interpuso sean rechazadas, que ninguna de las dos pretensiones formuladas en la demanda de Nicaragua es admisible. Colombia considera que la primera pretensión es inadmisibles debido a que Nicaragua no ha obtenido la necesaria recomendación de la Comisión sobre el establecimiento del límite exterior de su plataforma continental, y que la segunda pretensión es inadmisibles porque, si se acogiera, la decisión de la Corte sería inaplicable y se referiría a una controversia inexistente.

### 1. *Excepción preliminar de inadmisibilidad de la primera pretensión de Nicaragua*

En su primera pretensión, Nicaragua pide a la Corte que determine “el trazado preciso de la frontera marítima entre Nicaragua y Colombia en las zonas de la plataforma continental que pertenecen a cada una de ellas más allá de los límites determinados por la Corte en su fallo de 19 de noviembre de 2012”. Colombia sostiene que la Corte “no puede examinar la demanda de Nicaragua porque la Comisión no ha comprobado que se cumplen las condiciones para determinar la extensión del límite exterior de la plataforma continental de Nicaragua más allá de la línea de 200 millas marinas y, consiguientemente, no ha formulado ninguna recomendación”.

Nicaragua responde que un Estado ribereño tiene derechos inherentes sobre la plataforma continental, que existen *ipso facto* y *ab initio*, y que sus propios derechos sobre su plataforma continental le pertenecen automáticamente, *ipso iure*, de pleno derecho. Además, la Comisión solo entiende en lo relacionado con la ubicación precisa del límite exterior de la plataforma continental; no otorga ni reconoce los derechos de un Estado ribereño sobre su plataforma ni está facultada para delimitar las fronteras en la plataforma. Nicaragua añade que, en caso de controversia relativa a su plataforma continental ampliada más allá de las 200 millas marinas, la Comisión, de conformidad con su propio reglamento y su práctica establecida, no dirigiría una recomendación a Nicaragua. Y si la Corte se negara a actuar porque la Comisión no hubiese emitido esa recomendación, el resultado sería un callejón sin salida.

La Corte ya ha establecido que Nicaragua tenía la obligación, en virtud del párrafo 8 del Artículo 76 de la CNUDM, de presentar a la Comisión información sobre los límites de la plataforma continental que reivindica más allá de las 200 millas marinas. La Corte concluyó, en su fallo de 2012, que Nicaragua tenía que presentar esa información como requisito previo para la delimitación por la Corte de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas. La Corte debe determinar ahora si una recomendación hecha por la Comisión es un requisito previo para que la Corte pueda pronunciarse sobre la demanda presentada por Nicaragua en 2013.

La Corte observa que Nicaragua, como Estado parte en la CNUDM, tiene la obligación de comunicar a la Comisión la información sobre los límites de su plataforma continental

más allá de las 200 millas marinas, mientras que la formulación de una recomendación, luego del examen de dicha información, es una prerrogativa de la Comisión. Cuando la Comisión dirige sus recomendaciones sobre cuestiones relativas a los límites exteriores de su plataforma continental a los Estados ribereños, esos Estados establecen, sobre esa base, límites que son “definitivos y obligatorios” para los Estados partes en ese instrumento.

La Corte observa que el procedimiento ante la Comisión se refiere a la delimitación del límite exterior de la plataforma continental y, por lo tanto, a la determinación de la extensión de los fondos marinos bajo jurisdicción nacional. Es distinta de la delimitación de la plataforma continental, que se rige por el Artículo 83 de la CNUDM y se efectúa por acuerdo entre los Estados interesados, o mediante el recurso a procedimientos de solución de controversias.

Consiguientemente, la Corte considera que, dado que la delimitación de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas puede llevarse a cabo independientemente de una recomendación de la Comisión, dicha recomendación no es un requisito previo para que un Estado parte en la CNUDM pueda pedir a la Corte que resuelva una controversia con otro Estado respecto de esa delimitación. La Corte determina que la excepción preliminar de inadmisibilidad de la primera pretensión de Nicaragua debe ser desestimada.

### 2. *Excepción preliminar de inadmisibilidad de la segunda pretensión de Nicaragua*

En su segunda pretensión, Nicaragua solicita a la Corte que determine

“los principios y normas del derecho internacional que determinan los derechos y deberes de los dos Estados en relación con la zona en que se superponen las pretensiones sobre la plataforma continental y el uso de sus recursos, a la espera de la delimitación de la frontera marítima entre ellos más allá de las 200 millas marinas de la costa de Nicaragua”.

Colombia sostiene que la segunda pretensión de Nicaragua invita a la Corte a tomar una decisión a la espera de su decisión sobre la primera pretensión y que, como la Corte tendría que pronunciarse sobre ambas pretensiones simultáneamente, no podría acoger la segunda pretensión porque carecería de objeto. Colombia opina asimismo que la segunda pretensión de Nicaragua es una solicitud encubierta de medidas provisionales y que, por consiguiente, debe ser desestimada. Finalmente, Colombia argumenta que no hay ninguna controversia entre las partes acerca de un hipotético régimen jurídico que deba aplicarse a la espera de la decisión sobre la frontera marítima más allá de las 200 millas marinas de la costa de Nicaragua.

Nicaragua considera que la pertinencia de la segunda pretensión depende de la decisión que adopte la Corte sobre el fondo en la cuestión de la delimitación entre las partes de

la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas de la costa de Nicaragua. Nicaragua discrepa de Colombia en lo tocante a que su segunda pretensión es una solicitud encubierta de medidas provisionales. Afirma que sí existe una controversia entre las partes, puesto que Colombia niega que Nicaragua tenga jurídicamente derechos —o incluso pretensiones— más allá de las 200 millas marinas de su costa.

La Corte observa que, en su segunda pretensión, Nicaragua la invita a determinar los principios y normas del derecho internacional que rigen una situación que solo será aclarada y resuelta en la etapa de examen del fondo de la causa. Sin embargo, no corresponde a la Corte determinar el derecho aplicable a una situación hipotética. La Corte recuerda que su función es “decir el derecho, pero que solo puede pronunciarse sobre causas concretas en las que exista, en el momento de dictar el fallo, una controversia real que suponga un conflicto de intereses jurídicos entre las partes”. No sucede así, en la presente etapa del procedimiento, con respecto a la segunda pretensión de Nicaragua. Dicha pretensión no se refiere a una controversia real entre las partes, es decir, a “un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o de intereses entre dos personas”, ni especifica qué es exactamente lo que se pide a la Corte. Consiguientemente, la Corte determina que debe acogerse la excepción preliminar de inadmisibilidad de la segunda pretensión de Nicaragua.

\*  
\* \*

### **Opinión disidente conjunta del Vicepresidente Yusuf, los Magistrados Cançado Trindade, Xue, Gaja, Bhandari y Robinson y el Magistrado ad hoc Brower**

#### **Introducción**

1. Los siete Magistrados que elaboraron la opinión disidente conjunta lamentan que la Corte haya llegado a un empate acerca del contenido y alcance de una decisión que fue adoptada por unanimidad por la Corte solo cuatro años atrás. Opinan que se debería haber acogido la excepción de Colombia fundada en el principio de cosa juzgada y que la demanda de Nicaragua debería haber sido declarada inadmisibile en virtud del principio de cosa juzgada.

#### **El principio de cosa juzgada en la jurisprudencia de la Corte y su aplicación a la presente causa**

2. En la opinión disidente conjunta se expone la forma en que sus autores entienden la cosa juzgada. Esta concepción considera que la cosa juzgada es un principio general, que está reflejado en los Artículos 59 y 60 del Estatuto de la Corte, según los cuales “las decisiones de la Corte no solo son obligatorias para las partes, sino también definitivas, en

el sentido de que las partes no pueden volver a plantear cuestiones que han sido resueltas”. Es un principio que funciona como impedimento para una pretensión posterior si hay identidad de partes, identidad de causa e identidad de objeto con una pretensión anterior que fue resuelta judicialmente.

3. Sin embargo, los siete Magistrados son conscientes de que, si bien las partes concuerdan con esos elementos, discrepan acerca de lo que la Corte decidió finalmente en su fallo de 2012 en la causa relativa a la *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia)*. Opinan que el objeto de esa decisión debe buscarse en la parte dispositiva del fallo, que tiene autoridad de cosa juzgada, así como en los elementos del razonamiento de la Corte que son “inseparables” de la parte dispositiva de un fallo o que constituyen una “condición esencial de la decisión de la Corte”.

#### **Parte dispositiva del fallo de 2012 sobre la Controversia territorial y marítima**

4. La opinión disidente conjunta recuerda que la Corte determinó, en la parte dispositiva del fallo de 2012, que “no puede hacer lugar a la reivindicación formulada por la República de Nicaragua en la sección I 3) de sus conclusiones finales” (*I.C.J. Reports 2012 (II)*, pág. 719, párr. 251 3)). Nicaragua había pedido a la Corte que juzgara y declarara que “la forma apropiada de delimitación, en el marco geográfico y jurídico constituido por las costas continentales de Nicaragua y Colombia, es un límite de la plataforma continental que divida por partes iguales los derechos yuxtapuestos a una plataforma continental de ambas partes” (*ibid.*, pág. 636, párr. 17).

5. La opinión disidente conjunta, después de haber examinado los fallos de la Corte en los que se empleó la frase “no puede hacer lugar”, concluye que la Corte ha utilizado constantemente esa frase para rechazar la pretensión o solicitud de una parte. Así pues, sus autores opinan que en 2012 la Corte rechazó la pretensión de Nicaragua contenida en la sección I 3) de sus conclusiones finales. Consiguientemente, dado que la Corte rechazó esa pretensión en el fallo, tomó una decisión que tiene autoridad de cosa juzgada.

6. En la presente causa, la primera pretensión de Nicaragua persigue que la Corte determine “el trazado preciso de la frontera marítima entre Nicaragua y Colombia en las zonas de la plataforma continental que pertenecen a cada una de ellas más allá de los límites determinados por la Corte en su fallo de 19 de noviembre de 2012” (demanda de Nicaragua, párr. 12). El párrafo 11 de la demanda de Nicaragua establece que la pretensión de Nicaragua respecto de una plataforma continental ampliada “comprende una zona que está más allá de la zona marítima de Nicaragua de 200 millas marinas y que se superpone en parte con la zona que está dentro de las 200 millas marinas de la costa de Colombia” (demanda de Nicaragua, párr. 11 c)), y que este derecho a una plataforma continental ampliada existe con arreglo tanto al derecho

internacional consuetudinario como a las disposiciones de la CNUDM (demanda de Nicaragua, párr. 11 a)).

7. Los siete Magistrados opinan que la pretensión contenida en la sección I 3) de las conclusiones finales de Nicaragua en la causa relativa a la *Controversia territorial y marítima* y la primera pretensión contenida en la demanda de Nicaragua en la presente causa tienen el mismo objeto (la delimitación del derecho a una plataforma continental ampliada que se superpone con el derecho de Colombia a las 200 millas marinas, medidas desde su costa continental), el mismo fundamento jurídico (que dicho derecho existe con arreglo al derecho internacional consuetudinario y con arreglo a la CNUDM), y se refiere a las mismas partes. Por consiguiente, Nicaragua está tratando de presentar la misma pretensión contra la misma parte con el mismo fundamento jurídico. Como demuestra el análisis de la utilización por la Corte de la frase “no puede hacer lugar” que se hace en la opinión disidente conjunta, en el fallo de 2012 la Corte rechazó la pretensión contenida en la sección I 3) de las conclusiones finales de Nicaragua. Así pues, la primera pretensión de Nicaragua en la presente demanda es un caso ejemplar de una pretensión que resulta inadmisibles en virtud de la cosa juzgada.

#### Razonamiento de la Corte en el fallo de 2012 sobre la Controversia territorial y marítima

8. Los siete Magistrados que suscriben la opinión disidente conjunta lamentan que la mayoría no examine la utilización de la frase “no puede hacer lugar” y, por lo tanto, no reconozca el efecto de las palabras contenidas en la parte dispositiva del fallo de 2012. El enfoque de la mayoría se basa en un examen del razonamiento de la Corte en ese fallo, en lugar de un examen de su parte dispositiva. Sin embargo, los siete Magistrados sostienen que incluso ese razonamiento respalda la opinión de que la Corte rechazó la pretensión de Nicaragua en 2012 porque no demostró la existencia de una plataforma continental ampliada que se superpusiera con las 200 millas marinas de plataforma continental a que tenía derecho Colombia, medidas desde la costa de este último país.

9. El lenguaje utilizado por la Corte en el párrafo 129 del fallo de 2012 deja en claro que la Corte rechazó la pretensión de Nicaragua porque “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” (sin cursiva en el original).

10. Esta conclusión también está respaldada por el rechazo por la Corte, en el fallo de 2012, a la “formulación general” propuesta por Nicaragua, según la cual pedía que la Corte delimitara los derechos superpuestos a la plataforma continental en términos generales, tales como que “la frontera es la línea media entre el borde exterior de la

plataforma continental de Nicaragua fijada de conformidad con el Artículo 76 de la CNUDM y el límite exterior de la zona de 200 millas de Colombia (*I.C.J. Reports 2012 (II)*, pág. 669, párr. 128). La Corte concluyó que, “incluso utilizando la formulación general propuesta” por Nicaragua (*ibid.*, pág. 669, párr. 129; sin cursiva en el original), no estaba en condiciones de efectuar una delimitación entre las partes. La única razón de la Corte para recordar y rechazar la “formulación general” como algo distinto de la pretensión contenida en la sección I 3) de las conclusiones finales de Nicaragua era que la primera pretensión se fundaba únicamente en la existencia de una plataforma continental ampliada que se superponía con las 200 millas marinas de plataforma continental a que tenía derecho Colombia, y no en la delimitación de su límite exterior.

11. Así pues, el rechazo por la Corte de la pretensión de Nicaragua no se basó, como sostiene la mayoría, en que Nicaragua no había depositado información ante la Comisión con arreglo al Artículo 76 8) de la CNUDM. En realidad, incluso la propia Nicaragua admitió, en las actuaciones orales en la presente causa, que la Corte había decidido en 2012 que Nicaragua no había demostrado la existencia de una plataforma continental ampliada que se superpusiera con las 200 millas marinas de plataforma continental a que tenía derecho Colombia, medidas desde la costa colombiana.

12. Además, a diferencia de lo que sostiene la mayoría, la Corte nunca indicó que hubiera un requisito procesal aplicable a Nicaragua de presentar información a la Comisión antes de que la Corte pudiera proceder a la delimitación, y la Corte tampoco sugirió que Nicaragua pudiera acudir de nuevo ante ella una vez que hubiera hecho su presentación ante la Comisión.

13. Por consiguiente, los siete Magistrados deben concluir que el hecho de que Nicaragua no hubiese probado la existencia de una plataforma continental ampliada que se superpusiera con las 200 millas marinas de plataforma continental a que tenía derecho Colombia constituyó el fundamento mismo de la decisión adoptada por la Corte en 2012 con respecto a la delimitación. Este es un elemento central del razonamiento de la Corte que sirvió de fundamento para la parte dispositiva, que tiene autoridad de cosa juzgada.

14. En su segunda pretensión en la presente causa, Nicaragua pide a la Corte que determine “los principios y normas del derecho internacional que determinan los derechos y deberes de los dos Estados en relación con la zona en que se superponen las pretensiones sobre la plataforma continental y el uso de sus recursos, a la espera de la delimitación de la frontera marítima entre ellos más allá de las 200 millas marinas de la costa de Nicaragua” (demanda de Nicaragua, párr. 12). Se trata de una reformulación de la “formulación general” propuesta a la Corte por Nicaragua en la causa relativa a la *Controversia territorial y marítima*. Al igual que con la

primera pretensión de Nicaragua en la presente causa, la segunda pretensión es inadmisibles en virtud de la cosa juzgada.

### **Incoherencia del requisito procesal introducido por la mayoría**

15. La mayoría ha interpretado que el fallo de 2012 establece un requisito procesal, a saber, que un Estado ribereño está obligado a presentar a la Comisión información con arreglo al Artículo 76 8) de la CNUDM, que constituye un requisito previo para la delimitación de los derechos a una plataforma continental ampliada entre Nicaragua y Colombia. Por consiguiente, la mayoría concibe la presentación de información a la Comisión con arreglo al Artículo 76 8) como una condición de admisibilidad; en otras palabras, como una “afirmación de que existe una razón jurídica por la cual la Corte, aun cuando tenga competencia, debe abstenerse de conocer de la causa o, más frecuentemente, de una pretensión específica formulada en ella” (*Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2008*, pág. 456, párr. 120).

16. Sin embargo, en el fallo de 2012 Colombia planteó expresamente la cuestión de la admisibilidad de la pretensión contenida en la sección I 3) de las conclusiones finales de Nicaragua, y argumentó que la pretensión de delimitar una plataforma continental ampliada no estaba implícita en la demanda de Nicaragua ni era una cuestión que surgiera directamente del objeto de la controversia (*I.C.J. Reports 2012 (II)*, pág. 664, párr. 107). La Corte rechazó la excepción de Colombia y declaró que la pretensión contenida en la sección I 3) de las conclusiones finales de Nicaragua era admisible.

17. Así pues, la línea de razonamiento de la mayoría en la presente causa sitúa a la Corte en una posición extraña. Si se acepta la opinión de la mayoría en la presente causa, la Corte, en el procedimiento de 2012, no debería haber aceptado como admisible la pretensión contenida en la sección I 3) de las conclusiones finales de Nicaragua y no debería haber procedido a examinar la pretensión en cuanto al fondo. Por otro lado, si se acepta —como hizo la Corte en 2012— que la pretensión contenida en la sección I 3) de las conclusiones finales de Nicaragua era admisible, la lógica dicta que una presentación ante la Comisión con arreglo al Artículo 76 8) de la CNUDM no puede ser un requisito previo para tomar una decisión judicial sobre una pretensión de delimitación de la plataforma continental ampliada.

18. La posición de la mayoría no es solo incongruente con el fallo de 2012, sino que también es incongruente con el texto del Artículo 76 8) de la CNUDM. Esta disposición puede dividirse en tres componentes, cada uno de ellos con una formulación imperativa: el Estado ribereño *presentará* información; la Comisión *hará* recomendaciones, y los límites establecidos sobre la base de las recomendaciones de la Comisión *serán* definitivos y obligatorios. No está claro por

qué la mayoría considera que el primer componente de este Artículo constituye un requisito previo para la delimitación pero los otros dos no; es obvio que no hay apoyo textual para esa interpretación.

### **Finalidades de la presentación de información con arreglo al Artículo 76 de la CNUDM y al Artículo 4 de su anexo II**

19. Según las disposiciones de la CNUDM, hay dos finalidades para la presentación de información a la Comisión. Con arreglo al Artículo 76 8), la primera finalidad es obtener recomendaciones de la Comisión acerca del límite exterior de la plataforma continental, si un Estado ribereño desea hacerlo. Esas recomendaciones serán entonces utilizadas como base para la delineación de la plataforma continental y la determinación resultante será oponible a otros Estados.

20. La segunda finalidad es permitir que los Estados que se propongan reivindicar una plataforma continental ampliada cumplan la “cláusula de extinción” prevista en el Artículo 4 del anexo II de la CNUDM, que requiere que los Estados presenten a la Comisión las “características” del límite de la plataforma continental que se propongan reivindicar dentro de los diez años siguientes a la entrada en vigor de la Convención respecto de ese Estado.

21. En virtud de la decisión de la Reunión de los Estados Partes en la CNUDM de 20 de junio de 2008 (SPLOS/183), los Estados pueden presentar a la Comisión “información preliminar” como forma de cumplir su obligación con arreglo al Artículo 4 del anexo II. Este fue un medio de permitir que los Estados, en particular los Estados en desarrollo, que carecieran de las capacidades técnicas necesarias pudieran cumplir la cláusula de extinción para reivindicar una plataforma continental ampliada con arreglo a la CNUDM, y concederles al mismo tiempo el plazo adicional necesario para completar los estudios geológicos y geomorfológicos que permitieran probar la existencia de una plataforma continental ampliada. La mayoría se equivoca al confundir las finalidades de esas dos disposiciones diferentes de la CNUDM.

### ***Ne bis in idem* y agotamiento de los procesos convencionales**

22. Los siete Magistrados que han elaborado la opinión disidente conjunta argumentan que, incluso si se aceptara la interpretación hecha por la mayoría del fallo de 2012, Nicaragua no debería poder presentarse ahora ante la Corte por segunda vez para tratar de remediar la falla procesal que supuestamente impidió que la Corte delimitara en 2012 la plataforma continental ampliada a que tenía presuntamente derecho y que se superponía a la de Colombia. Permitir esa acción violaría el principio *ne bis in idem*, según el cual la repetición de una pretensión es inadmisibles tanto si la cuestión está comprendida dentro del principio de cosa juzgada como si no lo está.

23. Además, la presentación de nuevo de una pretensión previamente examinada por la Corte puede ser considerada inadmisiblesi la pretensión se funda en el mismo proceso convencional como base de la competencia de la Corte. Así pues, la demanda de Nicaragua en la presente causa es inadmisibles como resultado del agotamiento de los procesos convencionales.

### **Conclusión: autoridad de cosa juzgada y protección de la función judicial**

24. Los siete Magistrados concluyen su opinión disidente conjunta poniendo de relieve la importancia de proteger el carácter definitivo de los fallos de la Corte, tanto para el eficiente funcionamiento del sistema de solución de controversias entre Estados como para la protección de los Estados demandados contra la litigación reiterativa. En su opinión, una situación en la cual se dejen de cumplir las finalidades de la cosa juzgada socava la función judicial y la buena administración de la justicia.

25. Nicaragua y Colombia han estado enfrentadas durante muchos años en una controversia de larga data acerca de sus respectivos derechos marítimos. En su calidad de órgano judicial principal de las Naciones Unidas, la Corte está bien ubicada para solucionar esas controversias. Pero, para seguir ocupando esa posición, la Corte no puede permitirse dar la impresión de que acepta que los Estados presenten las mismas controversias una y otra vez. Esa perspectiva disminuiría la certeza, la estabilidad y el carácter definitivo que los fallos de esta Corte deben proporcionar.

### **Opinión separada del Magistrado Owada**

1. El Magistrado Owada ha adjuntado una opinión separada para examinar dos puntos concretos. El primer punto se refiere a la cuestión de la cosa juzgada, que fue planteada por Colombia en su tercera excepción preliminar. El Magistrado Owada concuerda con la decisión de la Corte de que la pretensión de Nicaragua de una plataforma continental ampliada y su solicitud de delimitación no fueron decididas por la Corte en el fallo de 2012, pero ha adjuntado una opinión separada para aclarar su propio razonamiento sobre la cuestión de la cosa juzgada. La condición previa para la aplicación del principio de cosa juzgada, a saber, la identidad de *persona, petitum y causa petendi*, no ha sido planteada por las partes y no está en discusión; sin embargo, la cuestión más intrínsecamente importante en la presente causa es si la decisión a que se llegó en el fallo de 2012 contiene una determinación final y definitiva de la Corte a la que corresponda atribuir el efecto de cosa juzgada. En otras palabras, la cuestión se refiere al alcance de la cosa juzgada. A fin de determinar si la pretensión de Nicaragua fue resuelta de manera final y definitiva en el fallo de 2012, es preciso examinar el contexto en el que se elaboró la parte dispositiva de dicho fallo, así como el razonamiento de la Corte y la estructura general del fallo.

El examen de esos factores, que no han sido adecuadamente considerados en el fallo de la Corte, lleva a la conclusión de que la pretensión de Nicaragua de delimitación sobre la base de su reivindicación de una plataforma continental ampliada no fue resuelta de manera final y definitiva en el fallo de 2012 y, por consiguiente, no está comprendida dentro del alcance de la cosa juzgada. Como resultado, la tercera excepción preliminar de Colombia debe ser rechazada.

2. El segundo punto se refiere a la oponibilidad de la CNUDM por Colombia, que no es parte en ella, a Nicaragua, que sí lo es. Dado que el Magistrado Owada concuerda con el razonamiento del fallo para rechazar la quinta excepción preliminar, esta cuestión se plantea solo como cuestión de principio porque atañe al derecho aplicable. Se sabe a ciencia cierta que un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento, como *res inter alios acta*. Siendo así, como se afirmó en el fallo de 2012, el derecho aplicable en esta controversia no es la CNUDM —que Colombia no ha ratificado—, sino el derecho internacional consuetudinario. Colombia no ha demostrado que la disposición pertinente del Artículo 76 de la CNUDM relativa a la necesidad de recomendaciones por la Comisión sea una norma de derecho internacional consuetudinario y, sin embargo, Colombia intenta de todos modos invocar esa obligación contra Nicaragua, que es parte en la CNUDM. Si bien el Magistrado Owada concuerda con el razonamiento de la Corte al rechazar la quinta excepción preliminar, parecería que esta es una razón adicional para rechazar esa excepción.

### **Opinión separada del Magistrado Greenwood**

La cosa juzgada tiene efectos sustantivos, y no meramente procesales. Si, como sostiene Colombia, el fallo de 2012 determinó que Nicaragua no había probado que tuviera un margen continental que se extendía más allá de 200 millas marinas de sus líneas de base, esa decisión habría sido cosa juzgada y habría impedido que Nicaragua hiciese valer un derecho a una plataforma continental exterior frente a Colombia no solo en este procedimiento, sino también en cualquier foro. Sin embargo, el fallo de 2012 no decidió eso. Dado que el fallo no dijo nada en absoluto sobre la pretensión de Nicaragua con respecto a la zona situada a más de 200 millas marinas de la costa continental de Colombia y a más de 200 millas marinas de la costa continental de Nicaragua, no puede plantearse ninguna cuestión relativa a la cosa juzgada con respecto a esa zona. Incluso con respecto a la zona comprendida dentro de las 200 millas marinas de la costa continental de Colombia, el estudio del fallo de 2012 indica que la Corte no decidió lo que Nicaragua tenía que probar y el fallo tampoco revela ningún análisis por la Corte de los puntos fuertes y débiles de las pruebas presentadas por Nicaragua. En esas circunstancias, el fallo no puede ser considerado como una decisión de que Nicaragua no había cumplido con su carga de la prueba. No obstante, ya que los argumentos sobre la cosa juzgada en relación con las dos zonas difieren, habría

sido preferible que la Corte los hubiese tratado por separado en el presente fallo.

### **Opinión disidente de la Magistrada Donoghue**

La Magistrada Donoghue no concuerda con la interpretación que hace la Corte del punto 3 de la parte dispositiva del fallo dictado en la causa relativa a la *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia) (I.C.J. Reports 2012 (II), pág. 719, párr. 251 3)*). En consecuencia, está en desacuerdo con la conclusión a que ha llegado hoy la Corte en cuanto a la tercera excepción preliminar de Colombia, en la cual Colombia afirmó que la doctrina de la cosa juzgada hacía que la presente demanda fuera inadmisibile.

La Corte señala hoy que en 2012 decidió que no podía acoger la pretensión de Nicaragua relativa a la delimitación porque ese país no había hecho aún una presentación a la Comisión sobre los límites de su plataforma continental más allá de las 200 millas marinas. Dado que Nicaragua ya ha hecho esa presentación, la Corte concluye que la doctrina de la cosa juzgada no le impide pronunciarse sobre la primera pretensión de Nicaragua en la presente causa.

Sin embargo, según la Magistrada Donoghue, en 2012 la Corte tomó una decisión sobre el fondo de la pretensión de Nicaragua. En particular, determinó que Nicaragua no había probado que su derecho a la plataforma continental tuviese una extensión tal que se superpusiera con el derecho generado por la parte continental de Colombia y, por lo tanto, no estaba en condiciones de hacer la delimitación solicitada por Nicaragua. Esa determinación fue esencial para la decisión de la Corte de que no podía acoger la pretensión de Nicaragua. Por consiguiente, considera que la doctrina de la cosa juzgada niega a Nicaragua la oportunidad de probar los mismos hechos por segunda vez en una segunda causa contra el mismo demandado y que, en esa medida, la primera pretensión de Nicaragua es inadmisibile.

Sin embargo, la Magistrada Donoghue señala que el fallo de 2012 no examinó la cuestión de la existencia de una superposición del derecho de Nicaragua con el derecho generado por las islas de Colombia en la zona ubicada más allá de las 200 millas marinas de la costa de Nicaragua. La doctrina de la cosa juzgada no se aplica a ese asunto y, en esa medida, la primera pretensión de Nicaragua es admisible.

Por último, la Magistrada Donoghue expone las razones por las cuales está en desacuerdo con la interpretación que hace la Corte del punto 3) de la parte dispositiva del fallo de 2012.

### **Declaración del Magistrado Gaja**

La delimitación de la plataforma continental entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente es a menudo difícil si no existe una delineación del límite exterior de una plataforma continental ampliada, que, con arreglo al

Artículo 76, párrafo 8, de la CNUDM, debe efectuarse sobre la base de una recomendación de la Comisión. Con arreglo al Artículo 76, párrafo 10, de la CNUDM, una recomendación relativa al establecimiento del límite exterior de la plataforma continental no prejuzga la cuestión de la delimitación y, por consiguiente, puede ser adoptada independientemente de la existencia de una controversia sobre la delimitación. La Comisión debería modificar su reglamento y examinar también las presentaciones realizadas cuando la delimitación sea objeto de controversia.

### **Declaración del Magistrado Bhandari**

En su declaración, el Magistrado Bhandari recuerda que se ha sumado a la opinión disidente que se refiere a la tercera excepción preliminar de Colombia sobre la cuestión de la cosa juzgada. La finalidad de la presente declaración es presentar algunas observaciones adicionales sobre la quinta excepción preliminar, relativa al hecho de que Nicaragua no obtuviera una recomendación obligatoria de la Comisión. Antes de concluir que él habría acogido la quinta excepción preliminar de Colombia, el Magistrado Bhandari señala ocho breves puntos. Primero, no hay pruebas en el expediente de que Nicaragua haya presentado a la Comisión toda la información pertinente, que parece ser la premisa en que se basa la conclusión de la mayoría sobre esta cuestión. Segundo, dado que la Comisión todavía no ha formulado ninguna recomendación, la Corte no está en condiciones de especular acerca de cuándo podría hacerlo la Comisión. Tercero, el principio de cortesía interinstitucional requiere una deferencia frente a la Comisión. Cuarto, la Comisión es un órgano especializado con expertos que tienen experiencia práctica, encargado de formular recomendaciones obligatorias sobre asuntos relacionados con la plataforma continental. Quinto, permitir que la presente causa pase a la fase de examen del fondo sin esperar una recomendación de la Comisión es contrario al razonamiento contenido en el fallo de 2012. Sexto, dado que Nicaragua es signataria de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, está obligada por sus disposiciones. Séptimo, no se debe permitir que una nación lleve adelante, en violación del Estatuto de la Corte, una apelación o revisión *de facto* de un fallo que es definitivo y obligatorio entre las partes. Por último, permitir que Nicaragua se presente ante esta Corte sin una recomendación obligatoria de la Comisión haría que ese órgano careciera de verdadera autoridad.

### **Declaración del Magistrado Robinson**

El Magistrado Robinson ha firmado la opinión disidente conjunta porque, por las razones allí expuestas, opina que debe acogerse la tercera excepción preliminar de Colombia. El Magistrado Robinson escribió la presente declaración para desarrollar más extensamente una preocupación particular que plantea el fallo de hoy, en el cual la mayoría hace

suyos y aplica *dicta* contenidos en el fallo de 2012 de manera tal que contradice un principio elemental del derecho de los tratados.

Los tratados son obligatorios para los Estados porque estos han prestado su consentimiento para ello. Dicho consentimiento es una expresión de los principios de soberanía e igualdad entre los Estados. Las obligaciones y los derechos emanados de un tratado no se aplican a los Estados que no son partes, a menos que los Estados partes tengan la intención de que así sea y los Estados que no son partes presten su consentimiento al respecto, o las disposiciones pertinentes también formen parte del derecho internacional consuetudinario. Esos principios parecen haber sido pasados por alto en la conclusión de la mayoría de hoy.

La Corte expresó con bastante claridad en el párrafo 118 del fallo de 2012 que el derecho aplicable en la causa era el derecho internacional consuetudinario, pues Colombia no era un Estado parte en la CNUDM. El Artículo 76 8) de la CNUDM y el procedimiento de la Comisión enunciado en el anexo II son obviamente especiales, contractuales y están limitados a los Estados partes en la CNUDM.

La mayoría interpreta que el fallo de 2012 impone un “requisito previo” o una “condición”, con arreglo al Artículo 76 8) de la CNUDM, para la delimitación de los derechos a una plataforma continental ampliada entre Nicaragua y Colombia. En los párrafos 86 y 87 del fallo de hoy, la mayoría determina que, dado que “Nicaragua expresó que el 24 de junio de 2013 había presentado ante la Comisión la información ‘definitiva’”, considera, consiguientemente, que “en la presente causa se cumple la condición que impuso en su fallo de 2012 para estar en condiciones de examinar la pretensión de Nicaragua contenida en la sección I 3) de sus conclusiones finales”.

La lógica inconexa de esta interpretación se examina detenidamente en la opinión disidente conjunta. Además, el resultado de la interpretación de la mayoría es la aplicación de un derecho que es, de hecho, inaplicable entre las dos partes. Consiguientemente, se ha otorgado a Colombia, un Estado que no es parte, algo que, en opinión del Magistrado Robinson, es análogo a un beneficio con arreglo a la CNUDM, puesto que el Artículo 76 8) de la CNUDM, que no refleja una norma de derecho internacional consuetudinario, ha sido aplicado en contra de Nicaragua en sus relaciones con Colombia. Esto plantea cuestiones acerca de la compatibilidad del enfoque de la Corte con el régimen previsto en los artículos 34 a 36 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (los tratados y los Estados terceros).

### Declaración del Magistrado *ad hoc* Brower

En su declaración, el Magistrado *ad hoc* Brower concuerda con todos los demás miembros de la Corte en la con-

clusión de que, en suma, la Corte tiene competencia para conocer de la demanda de Nicaragua con arreglo al Pacto de Bogotá. Ha emitido una declaración para explicar las dificultades que la Corte necesariamente ha tenido para aceptar la interpretación que hace Colombia del segundo párrafo del Artículo LVI del Pacto, habida cuenta en particular de la falta de orientación útil en los trabajos preparatorios.

El Magistrado *ad hoc* Brower señala que el consejero de Nicaragua reconoció en las actuaciones orales que el segundo párrafo del Artículo LVI del Pacto es “superfluo, pero [...] no ineficaz”. La alternativa de Nicaragua respecto de la aceptación de la interpretación que hace Colombia de ese párrafo es que no tiene sentido alguno más que el de dejar en claro, por exceso de cautela, algo que en todo caso sería verdadero. La Corte ha coincidido con Nicaragua, aun cuando generalmente tiene tendencia a atribuir un significado a todas y cada una de las disposiciones de un tratado, como exige el principio del efecto útil.

El Magistrado *ad hoc* Brower observa que los artículos LVIII y LIX del Pacto, considerados junto con la totalidad del Artículo LVI, podrían reflejar colectivamente una intención de las partes en el Pacto de que, una vez que el Pacto fuese denunciado por una de ellas, no se podría iniciar ningún procedimiento nuevo. También se podría argumentar que el segundo párrafo del Artículo LVI tenía el efecto útil de dejar en claro lo que aún no había sido definitivamente establecido por la causa *Nottebohm ((Liechtenstein c. Guatemala)* (excepción preliminar), fallo, *I.C.J. Reports 1953*, pág. 111), a saber, que la competencia de la Corte queda establecida a partir de la presentación de una demanda y perdura de ahí en adelante independientemente de la posterior terminación del instrumento en que se basó dicha competencia. La Corte no ha considerado que nada de esto resulte convincente debido a la completa ausencia de indicaciones en los muy limitados trabajos preparatorios acerca de la razón por la cual se incluyó el segundo párrafo.

Todo lo que la Corte podría extraer de la historia de la redacción es que se mantuvo el mismo lenguaje a lo largo de varias conferencias pertinentes y versiones del Pacto a medida que avanzaba hacia su conclusión. No existe en lugar alguno ninguna constancia que indique por qué se incorporó lo que, a la postre, pasó a ser el segundo párrafo del Artículo LVI del Pacto y por qué se aceptó repetidamente a lo largo de diez años. Está claro que, debido a la falta de toda orientación al respecto, la Corte se ha sentido obligada a preferir la interpretación de que el párrafo en cuestión tiene, aunque ello sea superfluo, el efecto útil de un exceso de cautela antes que la más difícil inferencia *a contrario*.

El Magistrado *ad hoc* Brower considera que la conclusión de la Corte no es irrazonable y, por consiguiente, no ha podido disentir de ella.

## 215. PRESUNTAS VIOLACIONES DE DERECHOS SOBERANOS Y ESPACIOS MARÍTIMOS EN EL MAR CARIBE (NICARAGUA c. COLOMBIA) [EXCEPCIONES PRELIMINARES]

### Fallo de 17 de marzo de 2016

El 17 de marzo de 2016, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo sobre las excepciones preliminares opuestas por la República de Colombia en la causa relativa a las *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)*.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Caçado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Gevorgian; Magistrados *ad hoc* Daudet, Caron; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

En la parte dispositiva (párr. 111) del fallo se establece lo siguiente:

“[...]”

La Corte,

1) a) Por unanimidad,

*Desestima* la primera excepción preliminar opuesta por la República de Colombia;

b) Por 15 votos contra 1,

*Desestima* la segunda excepción preliminar opuesta por la República de Colombia en la medida en que se refiere a la existencia de una controversia relativa a presuntas violaciones por Colombia de los derechos de Nicaragua en las zonas marítimas que, según Nicaragua, la Corte declaró en su fallo de 2012 que pertenecían a Nicaragua;

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Caçado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Gevorgian; Magistrado *ad hoc* Daudet;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado *ad hoc* Caron;

c) Por unanimidad,

*Acoge* la segunda excepción preliminar opuesta por la República de Colombia en la medida en que se refiere a la existencia de una controversia relativa a presuntas violaciones por Colombia de su obligación de no recurrir al uso o la amenaza del uso de la fuerza;

d) Por 15 votos contra 1,

*Desestima* la tercera excepción preliminar opuesta por la República de Colombia;

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Ben-

nouna, Caçado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Gevorgian; Magistrado *ad hoc* Daudet;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado *ad hoc* Caron;

e) Por unanimidad,

*Determina* que no existen motivos para pronunciarse sobre la cuarta excepción preliminar formulada por la República de Colombia;

f) Por 15 votos contra 1,

*Desestima* la quinta excepción preliminar opuesta por la República de Colombia;

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Caçado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Robinson, Gevorgian; Magistrados *ad hoc* Daudet, Caron;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Bhandari;

2) Por 14 votos contra 2,

*Determina* que tiene competencia, sobre la base del Artículo XXXI del Pacto de Bogotá, para conocer de la controversia entre la República de Nicaragua y la República de Colombia mencionada en el párrafo 1 b) anterior.

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Caçado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Robinson, Gevorgian; Magistrado *ad hoc* Daudet;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Bhandari; Magistrado *ad hoc* Caron”.

\*  
\* \*

El Magistrado Caçado Trindade adjuntó una opinión separada al fallo de la Corte; el Magistrado Bhandari adjuntó una declaración al fallo de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Caron adjuntó una opinión disidente al fallo de la Corte.

\*  
\* \*

#### I. Introducción

La Corte recuerda que, en el presente procedimiento, Nicaragua pretende fundamentar la competencia de la Corte en el Artículo XXXI del Pacto de Bogotá. De conformidad con esa disposición, las partes en el Pacto reconocen la jurisdicción de la Corte como obligatoria en “todas las controversias de orden jurídico”. Alternativamente, Nicaragua sostiene que la Corte tiene una competencia inherente para conocer

de las controversias relativas al incumplimiento de sus fallos y que, en el presente procedimiento, esa competencia inherente existe, habida cuenta de que la actual controversia surge del incumplimiento por Colombia del fallo de la Corte de 19 de noviembre de 2012 en la causa relativa a la *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia)* (I.C.J. Reports 2012 (II), pág. 624) (en adelante, el “fallo de 2012”).

La Corte observa que Colombia ha formulado cinco excepciones preliminares a su competencia. En sus observaciones escritas y en sus argumentaciones finales durante las actuaciones orales, Nicaragua pidió a la Corte que desestimara las excepciones preliminares de Colombia en su totalidad.

## II. Primera excepción preliminar

En su primera excepción preliminar, Colombia argumenta que la Corte carece de competencia *ratione temporis* con arreglo al Pacto de Bogotá, porque el procedimiento fue incoado por Nicaragua el 26 de noviembre de 2013, después de la notificación de la denuncia del Pacto hecha por Colombia el 27 de noviembre de 2012.

La Corte recuerda que, en su denuncia del Pacto de Bogotá, Colombia expresó que la denuncia “rige a partir del día de hoy respecto de los procedimientos que se inicien después del presente aviso, de conformidad con el párrafo segundo del Artículo LVI”, que establece que la denuncia no tendrá efecto alguno sobre los procedimientos pendientes iniciados antes de que se transmita el respectivo aviso. La Corte observa que la demanda de Nicaragua fue presentada ante ella después de transmitida la notificación de la denuncia de Colombia, pero antes de que hubiera transcurrido el período de un año mencionado en el primer párrafo del Artículo LVI. Con arreglo a dicha disposición, al final de dicho período, el Pacto cesará en sus efectos para el Estado denunciante, pero seguirá vigente para los demás signatarios.

Colombia sostiene que la inferencia natural de la disposición expresa del segundo párrafo del Artículo LVI del Pacto es que la denuncia surtirá efectos respecto de los procedimientos iniciados después de la transmisión de la notificación y refuta la sugerencia de que su interpretación del segundo párrafo del Artículo LVI privaría de efecto útil al primer párrafo de dicho artículo. Aun cuando Colombia acepta que su interpretación significaría que ninguno de los distintos procedimientos previstos en los capítulos segundo a quinto del Pacto podría ser iniciado por un Estado que hubiese realizado una notificación de denuncia, o contra él, durante el año en que el tratado permaneciera en vigor de conformidad con el primer párrafo del Artículo LVI, sostiene que las importantes obligaciones sustantivas contenidas en los otros capítulos del Pacto permanecerían de todos modos vigentes durante el período de un año, de modo que el primer párrafo del Artículo LVI tendría un efecto claro. Colombia argumenta que su interpretación del Artículo LVI se ve confirmada por el hecho de que, si las partes en el Pacto hubiesen querido que la denuncia no afectara a ninguno

de los procedimientos iniciados durante el período de un año de preaviso, fácilmente podrían haberlo dicho de manera expresa, a saber, adoptando una redacción análoga a las disposiciones de otros tratados. Finalmente, sostiene que su interpretación es “también congruente con la práctica estatal de las partes en el Pacto” y con los trabajos preparatorios.

Nicaragua sostiene que la competencia de la Corte viene determinada por el Artículo XXXI del Pacto de Bogotá, según el cual tanto Colombia como Nicaragua habían reconocido la jurisdicción de la Corte “mientras esté vigente el presente Tratado”. El período de vigencia del tratado está determinado por el primer párrafo del Artículo LVI, que dispone que el Pacto regirá para el Estado que haya hecho una notificación de denuncia durante un año a contar desde la fecha de dicha notificación. Como la fecha en que ha de establecerse la competencia de la Corte es la fecha en que se presenta la demanda, y como la demanda de Nicaragua se presentó menos de un año contado a partir de la notificación hecha por Colombia de su denuncia del Pacto, de ello se deduce —según Nicaragua— que la Corte tiene competencia en la presente causa. Nicaragua añade que la interpretación de Colombia excluiría del efecto del primer párrafo del Artículo LVI a todos los procedimientos de buenos oficios y mediación (capítulo segundo del Pacto), investigación y conciliación (capítulo tercero), procedimiento judicial (capítulo cuarto) y arbitraje (capítulo quinto), que en conjunto comprenden 41 de los 60 artículos del Pacto. En cuanto a las disposiciones restantes, varias de ellas son disposiciones que ya han cumplido enteramente su objetivo y no cumplirían función alguna durante el período de un año de preaviso, mientras que otras están indisolublemente vinculadas con los procedimientos establecidos en los capítulos segundo a quinto y no imponen obligaciones independientes de dichos procedimientos. Finalmente, Nicaragua niega que la práctica de las partes en el Pacto de Bogotá o los trabajos preparatorios respalden la interpretación de Colombia.

La Corte recuerda que la fecha en la cual se debe establecer su competencia es la fecha en que se presenta la demanda ante ella. En el Artículo XXXI del Pacto de Bogotá, las partes reconocen como obligatoria la jurisdicción de la Corte “mientras esté vigente el presente Tratado”. El primer párrafo del Artículo LVI dispone que, en caso de denuncia del Pacto por un Estado parte, el Pacto permanecerá vigente entre el Estado denunciante y las demás partes durante un período de un año después de la notificación de la denuncia. La Corte opina que no se discute que, si solo existieran esas disposiciones, serían suficientes para conferir competencia en la presente causa. El Pacto seguía estando vigente entre Colombia y Nicaragua en la fecha que se presentó la demanda, y el hecho de que posteriormente el Pacto dejase de estar vigente entre ellas no afectaría a esa competencia. Por consiguiente, la única cuestión que plantea la primera excepción preliminar de Colombia radica en determinar si el segundo párrafo del Artículo LVI, que estipula que “la denuncia no

tendrá efecto alguno sobre los procedimientos pendientes iniciados antes de transmitido el aviso respectivo”, puede ser susceptible de una lectura *a contrario*, contrarrestando lo que de otra manera habría sido el efecto del primer párrafo, de modo que se llegase a la conclusión de que la Corte carece de competencia en el procedimiento a pesar de que este fue incoado cuando el Pacto seguía estando vigente entre Nicaragua y Colombia. Esta cuestión debe resolverse mediante la aplicación a las disposiciones pertinentes del Pacto de Bogotá de las reglas sobre interpretación de los tratados consagradas en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena, que reflejan las reglas del derecho internacional consuetudinario.

La Corte observa que no es la denuncia *per se* lo que puede producir un efecto sobre la competencia de la Corte con arreglo al Artículo XXXI, sino la cesación de los efectos del tratado (entre el Estado denunciante y las demás partes) que resulta de la denuncia. Ello se desprende tanto de los términos del Artículo XXXI como del sentido corriente de las palabras utilizadas en el Artículo LVI. El primer párrafo del Artículo LVI dispone que el tratado se puede dar por terminado mediante denuncia, pero que la cesación de los efectos solo tendrá lugar después de transcurrido un período de un año a partir de la notificación de la denuncia. Por consiguiente, es este primer párrafo el que determina los efectos de la denuncia. El segundo párrafo confirma que los procedimientos incoados antes de la transmisión de la notificación de la denuncia podrán continuar independientemente de la denuncia y que, por lo tanto, su continuación queda asegurada independientemente de las disposiciones del primer párrafo relativas a los efectos de la denuncia en su conjunto.

La Corte considera que la interpretación que hace Colombia del segundo párrafo del Artículo LVI es contraria a los términos del Artículo XXXI. Opina que el segundo párrafo del Artículo LVI es susceptible de otra interpretación —una interpretación que es compatible con el Artículo XXXI—, según la cual, mientras que los procedimientos iniciados antes de la transmisión de la notificación de denuncia podrán continuar en cualquier caso y, en consecuencia, no están sujetos al primer párrafo del Artículo LVI, el efecto de la denuncia sobre los procedimientos incoados después de esa fecha se rige por el primer párrafo. Dado que el primer párrafo dispone que la denuncia solo determina la cesación de los efectos del tratado para el Estado denunciante después de que haya transcurrido un período de un año, los procedimientos iniciados durante ese año se inician mientras el Pacto todavía está vigente. Así pues, están dentro del alcance de la competencia conferida por el Artículo XXXI. La Corte añade que el resultado de la interpretación del segundo párrafo del Artículo LVI propuesta por Colombia sería que, durante el año siguiente a la notificación de la denuncia, la mayor parte de los artículos del Pacto, que contienen sus disposiciones más importantes, no se aplicarían entre el Estado denunciante y las demás partes. Tal resultado es difícil de conciliar con los términos expresos del primer párrafo del Artículo LVI, que

dispone que “el presente Tratado” seguirá estando vigente durante el período de un año sin distinguir entre las diferentes partes del Pacto, como trata de hacer Colombia. La Corte observa asimismo que la interpretación que hace Colombia no es compatible con el objeto y fin del Pacto de Bogotá, que es promover la solución pacífica de las controversias mediante los procedimientos previstos en el Pacto. Aunque Colombia argumenta que la referencia a “procedimientos [...] regionales” contenida en el primer párrafo del Artículo II no se limita a los procedimientos establecidos en el Pacto, el Artículo II debe interpretarse como un todo. Resulta claro del uso de las palabras “en consecuencia” al comienzo del segundo párrafo del Artículo II que la obligación de recurrir a los procedimientos regionales, que las partes “reconocen” en el primer párrafo, ha de cumplirse mediante el empleo de los procedimientos establecidos en los capítulos segundo a quinto del Pacto.

A la Corte no le resulta convincente el argumento de Colombia de que, si las partes en el Pacto de Bogotá hubiesen deseado que los procedimientos incoados en cualquier momento anterior al vencimiento del período de un año mencionado en el primer párrafo del Artículo LVI no se vieran afectados, habrían podido fácilmente insertar una disposición expresa en tal sentido. El argumento de Colombia relativo a la práctica estatal materializada en las denuncias del Pacto por El Salvador en 1973 y por la propia Colombia en 2012, junto con lo que Colombia describe como ausencia de reacción ante la notificación de esas denuncias, no arroja luz alguna sobre la cuestión que la Corte tiene actualmente ante sí. En cuanto a los trabajos preparatorios, no ofrecen indicación alguna sobre la finalidad precisa de la adición de lo que se convirtió a la postre en el segundo párrafo del Artículo LVI.

Por todas estas razones, la Corte considera que no se puede aceptar la interpretación que hace Colombia del Artículo LVI. Tomando el Artículo LVI en su conjunto, y a la luz de su contexto y del objeto y fin del Pacto, la Corte concluye que el Artículo XXXI, que confiere competencia a la Corte, seguía estando vigente entre las partes en la fecha en que se presentó la demanda en la presente causa. La posterior cesación de los efectos del Pacto entre Nicaragua y Colombia no afecta a la competencia que existía en la fecha en que se inició el procedimiento. Por consiguiente, debe desestimarse la primera excepción preliminar de Colombia.

### III. Segunda excepción preliminar

En su segunda excepción, Colombia argumenta que, aunque la Corte no acoja la primera excepción, tampoco tiene competencia con arreglo al Pacto de Bogotá porque no existía una controversia entre las partes al 26 de noviembre de 2013, fecha en la cual se presentó la demanda.

La Corte señala que la existencia de una controversia entre las partes es una condición de la competencia de la Corte. Tal controversia, de conformidad con la jurisprudencia

cia establecida de la Corte, consiste en “un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o intereses entre dos personas”. No importa cuál de ellas formula una pretensión y cuál se opone a ella. Lo que importa es que “las dos partes tengan opiniones claramente opuestas acerca de la cuestión del cumplimiento o el incumplimiento de determinadas” obligaciones internacionales. La Corte recuerda asimismo que “la existencia de una controversia internacional debe ser determinada objetivamente” por la Corte. “La determinación de la Corte debe fundarse en un examen de los hechos. Es un asunto de sustancia, no de forma”. En principio, la fecha crítica para determinar si existe una controversia es la fecha en que se presenta la demanda ante la Corte.

La Corte recuerda que Nicaragua formula dos pretensiones diferentes: por un lado, que Colombia ha violado los derechos soberanos de Nicaragua en sus zonas marítimas y, por otro, que Colombia ha violado su obligación de no recurrir al uso o la amenaza del uso de la fuerza. La Corte examinará estas dos pretensiones por separado a fin de determinar, con respecto a cada una de ellas, si existía una controversia en la fecha de presentación de la demanda.

Con respecto a la primera pretensión de Nicaragua, la Corte presta particular atención a las opiniones expresadas por los dos Estados en las declaraciones y manifestaciones hechas por sus altos funcionarios sobre la cuestión de sus respectivos derechos en las zonas marítimas comprendidas en el fallo de 2012; los incidentes en el mar con participación de buques o aeronaves de Colombia presuntamente ocurridos en esas zonas; y las posiciones de las partes sobre las consecuencias, en lo tocante a la extensión de sus espacios marítimos, del Decreto de Colombia sobre el establecimiento de una “zona contigua integral”.

Considerando, en primer lugar, las declaraciones y manifestaciones de los altos funcionarios de los dos Estados, la Corte observa que, después de dictarse el fallo de 2012, el Presidente de Colombia propuso a Nicaragua negociar un tratado relativo a los efectos de dicho fallo, mientras que el Presidente de Nicaragua, en varias ocasiones, expresó su disposición a entablar negociaciones para la concertación de un tratado dirigido a hacer efectivo el fallo, teniendo en cuenta las preocupaciones de Colombia en relación con la pesca, la protección ambiental y el tráfico de drogas. La Corte considera que el hecho de que las partes estuvieran dispuestas a un diálogo no prueba por sí mismo que, a la fecha de la presentación de la demanda, no existiera una controversia entre ellas con respecto al objeto de la primera pretensión de Nicaragua. La Corte señala que Colombia consideró que sus derechos habían sido “infringidos” como resultado de la delimitación marítima hecha por el fallo de 2012. Nicaragua, por su parte, insistió en que debían respetarse las zonas marítimas declaradas por la Corte en el fallo de 2012. La Corte concluye, sobre la base de esas manifestaciones, que está claro que las partes sostenían opiniones contrapuestas sobre la

cuestión de sus respectivos derechos en las zonas marítimas comprendidas en el fallo de 2012.

Con respecto a la proclamación por Colombia de una “zona contigua integral”, la Corte señala que las partes asumieron distintas posiciones sobre las consecuencias jurídicas de esa acción en el derecho internacional. Mientras que Colombia sostuvo que tenía derecho a una zona contigua tal como la que se definía en el Decreto 1946 con arreglo al derecho internacional consuetudinario, Nicaragua afirmó que dicho Decreto violaba sus “derechos soberanos y zonas marítimas” determinados por la Corte en el fallo de 2012.

En lo tocante a los incidentes en el mar con participación de buques o aeronaves de Colombia presuntamente ocurridos antes de la fecha crítica, la Corte considera que, aunque Colombia rechaza la caracterización que hace Nicaragua de lo ocurrido en el mar como “incidentes”, no refuta la alegación de Nicaragua de que continuó ejerciendo jurisdicción en los espacios marítimos que Nicaragua reclamaba como propios sobre la base del fallo de 2012.

Finalmente, la Corte señala que, aunque Nicaragua no envió a Colombia su nota diplomática formal de protesta por las presuntas violaciones de sus derechos marítimos en el mar hasta el 13 de septiembre de 2014, casi diez meses después de la presentación de la demanda, en las circunstancias específicas de la presente causa las pruebas indican claramente que, en la época en que se presentó la demanda, Colombia tenía conocimiento de que Nicaragua se oponía de forma manifiesta a la promulgación de su Decreto 1946 y a su conducta en las zonas marítimas que el fallo de 2012 había declarado que pertenecían a Nicaragua. Habida cuenta de las manifestaciones públicas hechas por los más altos representantes de las partes, Colombia no pudo haber malinterpretado la posición de Nicaragua sobre esas diferencias.

Sobre la base de las pruebas examinadas anteriormente, la Corte determina que, a la fecha en que se presentó la demanda, existía una controversia relativa a las presuntas violaciones por Colombia de los derechos de Nicaragua en las zonas marítimas que, según Nicaragua, la Corte declaró en su fallo de 2012 que pertenecían a Nicaragua.

La Corte pasa a continuación a la cuestión de la existencia de una controversia sobre la segunda pretensión de Nicaragua, a saber, que Colombia, con su conducta, ha violado la obligación de no recurrir al uso o la amenaza del uso de la fuerza que le imponen el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional consuetudinario.

Si bien Nicaragua hace referencia a varios incidentes presuntamente ocurridos en el mar, la Corte observa que, con respecto a los incidentes presuntamente ocurridos antes de la fecha crítica, no hay en las pruebas aportadas nada que sugiera que Nicaragua hubiese indicado que Colombia había violado las obligaciones que le imponen el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas o el derecho interna-

cional consuetudinario respecto de la amenaza o el uso de la fuerza. Por el contrario, miembros de las autoridades ejecutivas y militares de Nicaragua confirmaron que la situación en el mar era calma y estable. Además, la Corte observa que los incidentes presuntamente ocurridos antes de que Nicaragua presentase su demanda se refieren a la primera pretensión de Nicaragua y no a una pretensión relativa a una amenaza de uso de la fuerza vedada por el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas y por el derecho internacional consuetudinario. Habida cuenta de esos hechos, la Corte considera que, a la fecha en que se presentó la demanda, la controversia que existía entre Colombia y Nicaragua no se refería a las posibles violaciones por Colombia del Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional consuetudinario en relación con la prohibición del uso o la amenaza del uso de la fuerza.

A la luz de las consideraciones que anteceden, la Corte concluye que, a la fecha en que Nicaragua presentó su demanda, existía una controversia relativa a las presuntas violaciones por Colombia de los derechos de Nicaragua en las zonas marítimas que, según Nicaragua, la Corte declaró en su fallo de 2012 que pertenecían a Nicaragua. Consiguientemente, se debe desestimar la segunda excepción preliminar de Colombia con respecto a la primera pretensión de Nicaragua y acogerla con respecto a su segunda pretensión.

#### IV. Tercera excepción preliminar

Colombia sostiene en su tercera excepción que la Corte no tiene competencia con arreglo al Pacto de Bogotá porque, a la fecha de la presentación de la demanda, las partes no opinaban que la supuesta controversia “no [podía] ser resuelta por negociaciones directas a través de los medios diplomáticos usuales”, como exige, a juicio de Colombia, el Artículo II del Pacto de Bogotá antes de poder recurrir a los procedimientos de solución de controversias previstos en el Pacto.

Haciendo referencia al fallo de 1988 en la causa relativa a las *Acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c. Honduras)*, Colombia alega que solo correspondería recurrir a los procedimientos de solución pacífica del Pacto de conformidad con el Artículo II si se hubiera hecho un intento de buena fe de negociar un arreglo y resultara claro, después de realizar esfuerzos razonables, que se había llegado a un punto muerto y que no era factible resolver la controversia por esos medios. Colombia afirma que, en contra de lo que sostiene Nicaragua, la expresión “en opinión de las partes” que figura en el Artículo II debe entenderse referida a la opinión de ambas partes, como se dice en las versiones del Pacto en español, inglés y portugués, y no a la opinión de una de ellas. Colombia sostiene que, sobre la base tanto de su propia conducta como de la de Nicaragua, no se puede concluir que, en opinión de las partes, la controversia alegada no pudiese ser resuelta por negociaciones directas a través de los medios diplomáticos habituales a la fecha de presentación de la demanda de Nicaragua.

Por su parte, Nicaragua rechaza la interpretación del Artículo II propuesta por Colombia y sostiene que esta no interpreta bien el fallo de la Corte de 1988. Basándose en la versión del Pacto en francés, Nicaragua argumenta que el Artículo II del Pacto requiere que la Corte determine si, desde un punto de vista objetivo, una de las partes tenía la opinión de que la controversia no podía ser resuelta por negociaciones directas.

La Corte recuerda que, en el fallo de 1988, decidió que, a los efectos de determinar la aplicación del Artículo II del Pacto, no estaba obligada “por la simple aseveración de una u otra de las partes de que tiene determinada opinión”. La Corte destacó que debía “ser libre, en ejercicio de su función judicial, para resolver por sí misma esa cuestión sobre la base de las pruebas de que disponga”. La Corte dejó en claro que las partes habían de proporcionar pruebas sustantivas para demostrar que consideraban de buena fe que su controversia podía o no podía ser resuelta por negociaciones directas a través de los medios diplomáticos habituales. La fecha crítica en la cual debe determinarse “la opinión de las partes” a los efectos de la aplicación del Artículo II del Pacto es la fecha en que se incoa el procedimiento. Además, la Corte tomó nota de la discrepancia entre el texto francés y los otros tres textos oficiales (español, inglés y portugués) del Artículo II; el primero se refiere a la opinión de una de las partes (“*de l'avis de l'une des parties*”), mientras que los otros tres se refieren a la opinión de ambas partes. Sin embargo, la Corte no consideró necesario resolver el problema planteado por esa discrepancia textual antes de examinar la aplicación del Artículo II del Pacto en esa causa. Procedió a considerar, sobre la base de las pruebas presentadas por las partes, si la “opinión” de ambas partes era que no resultaba posible resolver la controversia mediante negociación. Consiguientemente, en el presente procedimiento, la Corte comenzará por determinar si las pruebas aportadas demuestran que, a la fecha de presentación de la demanda de Nicaragua, ninguna de las partes podía verosímilmente sostener que la controversia entre ellas podía resolverse por negociaciones directas a través de los medios diplomáticos habituales.

La Corte observa que, en diversas comunicaciones entre los Jefes de Estado de los dos países después de dictado el fallo de 2012, cada parte había indicado que estaba dispuesta al diálogo para considerar algunas cuestiones planteadas por Colombia como resultado del fallo. La Corte señala, no obstante, que el objeto de la negociación es diferente del objeto de la controversia entre las partes. Según Nicaragua, las negociaciones entre las partes debían haberse llevado a cabo sobre la base de que el tratado previsto no afectaría a las zonas marítimas declaradas por el fallo de 2012. En otras palabras, para Nicaragua esas negociaciones debían limitarse a las modalidades o los mecanismos para la implementación de dicho fallo. Colombia no definía el objeto de las negociaciones de la misma manera. En palabras de su Ministra de Relaciones Exteriores, se proponía “celebrar un tratado que

*establezca los límites y un régimen jurídico que contribuya a la seguridad y la estabilidad en la región*”.

La Corte señala que las partes no cuestionan que la situación en el mar se mantuvo “calma” y “estable” durante el período pertinente. Ese hecho, sin embargo, no es necesariamente una indicación de que, en opinión de las partes, la controversia a que se refiere la presente causa pudiese ser resuelta mediante negociaciones. Desde el comienzo de los acontecimientos posteriores al dictado del fallo de 2012, Nicaragua se opuso firmemente a la conducta de Colombia en las zonas que el fallo de 2012 había declarado que pertenecían a Nicaragua. La posición de Colombia sobre la negociación de un tratado fue igualmente firme durante todo el curso de sus comunicaciones con Nicaragua. Ninguna de las pruebas presentadas a la Corte indica que, a la fecha de presentación de la demanda de Nicaragua, las partes hubiesen contemplado celebrar negociaciones para resolver la controversia relativa a las presuntas violaciones por Colombia de los derechos de Nicaragua en las zonas marítimas que, según Nicaragua, la Corte declaró en su fallo de 2012 que pertenecían a Nicaragua, o estuviesen en condiciones de hacerlo.

Habida cuenta de las consideraciones que anteceden, la Corte concluye que, a la fecha en que Nicaragua presentó su demanda, se había cumplido la condición enunciada en el Artículo II. Por consiguiente, la tercera excepción preliminar de Colombia debe ser desestimada.

#### *V. Cuarta excepción preliminar*

La Corte recuerda que Nicaragua invoca dos bases para la competencia de la Corte. Afirma que, si la Corte determina que no tiene competencia con arreglo al Artículo XXXI del Pacto de Bogotá, su competencia podría fundarse en “su potestad inherente de pronunciarse sobre las acciones requeridas por su fallo”. En su cuarta excepción preliminar, Colombia sostiene que la Corte no tiene una “competencia inherente” en la que pueda fundarse Nicaragua y que la pretensión de Nicaragua no puede encontrar apoyo ni en el Estatuto de la Corte ni en su jurisprudencia.

La Corte señala que la “competencia inherente” mencionada por Nicaragua es un fundamento alternativo que invoca para el establecimiento de la competencia de la Corte en la presente causa. El argumento de Nicaragua solo podría, en todo caso, aplicarse a la controversia que existía a la fecha de presentación de la demanda. Dado que la Corte ha fundado su competencia con respecto a dicha controversia en el Artículo XXXI del Pacto de Bogotá, estima que no es necesario considerar la invocación por Nicaragua de una “competencia inherente” y, por lo tanto, no tomará posición al respecto. Consiguientemente, no hay motivos para que la Corte se pronuncie sobre la cuarta excepción preliminar de Colombia.

#### *VI. Quinta excepción preliminar*

Según la quinta excepción preliminar de Colombia, la Corte no tiene competencia con respecto al cumplimiento de un fallo anterior.

La Corte señala que la quinta excepción preliminar de Colombia se dirige primeramente contra el argumento alternativo de Nicaragua según el cual la Corte tiene una competencia inherente en relación con la presente causa. Colombia sostiene que, aun cuando la Corte determinase —en contra de la cuarta excepción preliminar de Colombia— que posee una competencia inherente, esa “competencia inherente” no abarca una competencia de ejecución de sus decisiones judiciales posterior a la adopción de estas. La Corte ya ha decidido que no es necesario determinar si posee una competencia inherente porque ha llegado a la conclusión de que su competencia se funda en el Artículo XXXI del Pacto de Bogotá. Consiguientemente, es innecesario pronunciarse sobre la quinta excepción preliminar de Colombia en la medida en que se refiere a la competencia inherente. Sin embargo, Colombia indicó en sus alegaciones que su quinta excepción preliminar también estaba planteada como excepción a la competencia de la Corte con arreglo al Artículo XXXI del Pacto de Bogotá. Colombia argumenta que “incluso suponiendo [...] que la Corte todavía tenga competencia en la presente causa con arreglo al Artículo XXXI del Pacto de Bogotá, dicha competencia [...] no abarcaría las pretensiones de Nicaragua de ejecución por la Corte fundadas en el presunto incumplimiento del fallo de 2012 por parte de Colombia”. Dado que la Corte ha concluido que tiene competencia con arreglo al Artículo XXXI, la quinta excepción preliminar debe ser considerada en la medida en que se refiere a la competencia con arreglo al Pacto de Bogotá.

La quinta excepción preliminar de Colombia se funda en la premisa de que se pide a la Corte que haga cumplir su fallo de 2012. La Corte concuerda con Colombia en que incumbe a la Corte, y no a Nicaragua, decidir el verdadero carácter de la controversia que tiene ante sí. Sin embargo, como ha determinado la Corte, la controversia que tiene ante sí en el presente procedimiento se refiere a las presuntas violaciones por Colombia de los derechos de Nicaragua en las zonas marítimas que, según Nicaragua, la Corte declaró en su fallo de 2012 que pertenecían a Nicaragua. En las relaciones entre Nicaragua y Colombia, esos derechos se derivan del derecho internacional consuetudinario. El fallo de 2012 de la Corte es indudablemente pertinente respecto de esa controversia, pues determina la frontera marítima entre las partes y, consiguientemente, determina cuál de ellas posee derechos soberanos con arreglo al derecho internacional consuetudinario en las zonas marítimas a que se refiere la presente causa. Sin embargo, en la presente causa Nicaragua pide a la Corte que juzgue y declare que Colombia ha incumplido “su obligación de no violar las zonas marítimas de Nicaragua delimitadas en el párrafo 251 del fallo de la Corte de 19 de noviembre de 2012, así como los derechos soberanos y la jurisdicción

de Nicaragua en dichas zonas”, y “que, consiguientemente, Colombia tiene la obligación de eliminar las consecuencias jurídicas y materiales de sus actos internacionalmente ilícitos y reparar íntegramente los daños causados por dichos actos”. Nicaragua no pide que se ejecute el fallo de 2012 como tal. Por consiguiente, no corresponde que la Corte examine los papeles respectivos otorgados a la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (por el Artículo L del Pacto de Bogotá), al Consejo de Seguridad (por el Artículo 94, párrafo 2, de la Carta) y a la Corte.

Por consiguiente, la quinta excepción preliminar de Colombia debe ser desestimada.

\*  
\* \*

### Opinión separada del Magistrado Cançado Trindade

1. En su opinión separada, dividida en 11 partes, el Magistrado Cançado Trindade presenta los fundamentos de su posición personal sobre una cuestión planteada por las partes litigantes, Nicaragua y Colombia, ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el curso del procedimiento (fases escrita y oral) en la presente causa relativa a las *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe*. La cuestión, relativa a la cuarta excepción preliminar formulada por Colombia, se refiere a los poderes o facultades inherentes de los tribunales internacionales contemporáneos, cuya jurisprudencia fue invocada por ambas partes litigantes ante la CIJ.

2. El Magistrado Cançado Trindade comienza observando (parte I) que, en el presente fallo, la CIJ, luego de determinar que tenía competencia con arreglo al Pacto de Bogotá y rechazar la primera excepción preliminar de Colombia, podía y debía haber arrojado alguna luz sobre los puntos controvertidos alegados por las partes litigantes, a saber, la pretensión de Nicaragua relativa a la “competencia inherente” y la cuarta excepción preliminar de Colombia (aunque posteriormente la rechazara también), en lugar de decir elípticamente, en una postura minimalista, que “no hay motivos” para que se pronuncie sobre la cuestión (párr. 104 del fallo).

3. Habida cuenta de la importancia que el Magistrado asigna a esta cuestión en particular, recurrente en la práctica de los tribunales internacionales, y habida cuenta de que la cuestión fue señalada a la atención de la CIJ en la presente causa, se sintió obligado a dejar constancia en autos, primero, de las posiciones de las partes y el tratamiento que se le dio (partes II y III) y, a continuación, de los fundamentos de su propia posición personal sobre dicha cuestión, en sus aspectos interrelacionados (partes IV a X), a saber: *a*) los poderes inherentes más allá del consentimiento de los Estados; *b*) la interpretación teleológica (*ut res magis valeat quam pereat*) más allá del consentimiento de los Estados; *c*) la *compétence de la compétence / Kompetenz Kompetenz* más allá del con-

sentimiento de los Estados; *d*) la *recta ratio* por encima de la *voluntas*, la conciencia humana por encima de la “voluntad”; *e*) los poderes inherentes como superación de las lagunas y la importancia de los principios generales; *f*) los poderes inherentes y la *ius dictio* más allá de la justicia transaccional, y *g*) los poderes inherentes y la supervisión del cumplimiento de las sentencias.

4. El Magistrado Cançado Trindade sostiene que se trata de un asunto que no se puede simplemente eludir, por ser “de importancia para el funcionamiento de los tribunales internacionales contemporáneos, en su común misión de garantizar la observancia de la justicia” (párr. 4). Después de recordar los escritos procesales de ambas partes, así como las respuestas dadas por Nicaragua y Colombia a las tres preguntas que el Magistrado les hizo a ambas en la audiencia pública de la Corte de 2 de octubre de 2015 (párrs. 5 a 12), señala el alcance más amplio de los poderes inherentes que sostiene Nicaragua (párr. 13). La CIJ, en su opinión, debió haberse pronunciado sobre la cuestión (las distintas perspectivas acerca de ella), en lugar de haberse “abstenido de hacerlo” en una “perspectiva más bien minimalista” —que él no comparte— del ejercicio de la función judicial internacional (párr. 15).

5. El Magistrado Cançado Trindade pone de relieve que la cuestión de los poderes o facultades inherentes ha sido, en efecto, planteada en reiteradas ocasiones ante los tribunales internacionales (párr. 16). Hace referencia a sus propias opiniones separadas y disidentes sobre esta cuestión (párrs. 16 a 18, 20 a 22, y 24 a 26), que ha emitido tanto en la CIJ como, anteriormente, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus distintos aspectos, y destaca la existencia de poderes inherentes más allá del consentimiento de los Estados: “Aun a falta de una disposición expresa al respecto, los tribunales internacionales tienen derecho a ejercer sus poderes inherentes a fin de asegurar la buena administración de justicia” (párr. 19).

6. Esto lo lleva a la cuestión de la interpretación teleológica, en aplicación del principio del efecto útil, o *ut res magis valeat quam pereat*. A su entender, la interpretación teleológica, que él apoya, “comprende no solo el derecho material o sustantivo (por ejemplo, los derechos que se reivindican y que deben ser protegidos), sino también las cuestiones de competencia y de derecho procesal” (párr. 22), como lo demuestra la jurisprudencia pertinente tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana (párrs. 23 a 26).

7. Después de revelar las insuficiencias del voluntarismo estatal en el arreglo judicial de controversias internacionales, destacó que, a su juicio,

“a diferencia de lo que la CIJ ha asumido habitualmente, el consentimiento de los Estados no es en absoluto un ‘principio fundamental’, y ni siquiera es un ‘principio’; es, como máximo, una regla (que consagra una prerrogativa de los Estados o una concesión a ellos) que debe

observarse como acto *inicial* de asunción de una obligación internacional. No es, ciertamente, un elemento de interpretación de los tratados. Una vez realizado ese acto inicial, este no condiciona el ejercicio de la jurisdicción obligatoria de un tribunal, que era preexistente a él y sigue operando sin resultar afectada por él” (párr. 27).

8. Pasando a otro aspecto, de orden epistemológico, el Magistrado Cançado Trindade afirma que la idea, que él sostiene, de que la *recta ratio* está por encima de la *voluntas*, la conciencia humana por encima de la “voluntad”, se inscribe en el pensamiento iusnaturalista, desde las enseñanzas de los “padres fundadores” del derecho de gentes (comenzando con Francisco de Vitoria en el siglo XVI), basadas en una *lex praeceptiva* aprehendida por la razón humana y, ciertamente, no derivada de la “voluntad” de los propios sujetos de derecho (Estados y otros). Y agrega lo siguiente:

“De ese modo se abrió el camino para la aprehensión de un verdadero *ius necessarium* que trascendiera las limitaciones del *ius voluntarium*. Las enseñanzas de los ‘padres fundadores’ de nuestra disciplina son perennes y de una impresionante actualidad. [...]”

En sentido contrario, la concepción voluntarista, obsesionada con el consentimiento o la ‘voluntad’ de los Estados, ha demostrado tener fallas, no solo en el ámbito del derecho, sino también en otras ramas del conocimiento humano. La adhesión al poder, olvidando los valores, no lleva a ningún lado. En cuanto al derecho internacional, si —como argumentan los partidarios del positivismo voluntarista— las obligaciones se crean por la ‘voluntad’ de los Estados, también se violan por su ‘voluntad’, y uno termina dando vueltas en círculos viciosos que no permiten explicar la naturaleza de las obligaciones internacionales” (párrs. 28 y 29).

9. El Magistrado Cançado Trindade pasa luego revista a la doctrina jurídica internacional sobre esta línea de pensamiento (párrs. 30 a 37) —que es la suya—, así como a sus propias opiniones separadas y disidentes en este sentido en la CIJ (párrs. 38 a 40), y añade:

“Resulta sumamente lamentable que, aún en nuestros días, la obsesión por fundarse en el consentimiento de los Estados siga presente en la práctica jurídica y las decisiones judiciales internacionales, aparentemente por inercia mental. En mi percepción, es difícil evitar la impresión de que, si se sigue dando un lugar de honor al voluntarismo estatal, no avanzaremos más allá de la prehistoria del arreglo judicial de las controversias entre Estados, en la que todavía vivimos. Me permito reiterar aquí que la *recta ratio* está por encima de la *voluntas*, la conciencia humana está por encima de la ‘voluntad’” (párr. 41).

10. Pasando a la cuestión de la *compétence de la compétence* (*Kompetenz Kompetenz*) más allá del consentimiento de los Estados, el Magistrado Cançado Trindade señala

que los tribunales internacionales de derechos humanos (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), en particular, cuya jurisprudencia ha sido invocada por las partes litigantes en el curso del procedimiento ante la CIJ en la presente causa relativa a las *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe*, han logrado

“liberarse de las cadenas del consentimiento de los Estados y, de esa forma, han logrado preservar la integridad de sus respectivas jurisdicciones. Han aplicado sistemáticamente una interpretación teleológica, han hecho valer su *compétence de la compétence* y han ejercido sus poderes inherentes.

[...] Han comprendido, con razón, que su *compétence de la compétence* y sus poderes inherentes no están limitados por el consentimiento de los Estados; si no fuera así, simplemente no podrían impartir justicia.

Esos dos tribunales internacionales se han opuesto a la postura voluntarista y han insistido en su *compétence de la compétence*, como guardianes y dueños de sus respectivas jurisdicciones. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana han contribuido a la primacía de las consideraciones de orden público sobre el voluntarismo subjetivo de los Estados. [...] En suma, al tomar esa posición de principio, la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo han determinado, acertadamente, que la conciencia está por encima de la voluntad” (párrs. 43 a 45).

11. En cuanto a los tribunales penales internacionales —continúa—, el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex-Yugoslavia se ha fundado asimismo en su propia *compétence de la compétence* (párrs. 46 y 47). Además, los tribunales internacionales han hecho uso de sus poderes o facultades inherentes en distintas situaciones (párrs. 48 a 55), por ejemplo colmando lagunas de sus *interna corporis* (párr. 56). En efecto, parece haber actualmente un reconocimiento general de la multiplicidad de situaciones posibles en que los tribunales internacionales pueden utilizar sus poderes inherentes, teniendo presentes en particular las distintas funciones propias de cada tribunal internacional. En suma,

“los tribunales internacionales contemporáneos han recurrido a los poderes inherentes que les parecen necesarios para el adecuado ejercicio de sus respectivas funciones judiciales. Han demostrado que están dispuestos a utilizar sus poderes inherentes (decidiendo cuestiones de competencia o de tratamiento de las pruebas, o bien cuestiones relativas al fondo y a las reparaciones) y, en casos no infrecuentes, han hecho uso de ellos en distintas situaciones a fin de asegurar una adecuada y sensata administración de justicia” (párr. 58).

12. En la percepción del Magistrado Cançado Trindade, los tribunales internacionales se preocupan por “dotar a

sus respectivas funciones judiciales de los poderes inherentes necesarios para asegurar la adecuada y sensata administración de justicia” (párrs. 59 y 60). Según entienden estos tribunales, “su cometido va más allá del arreglo pacífico de controversias, pues también *dicen lo que es el derecho (iuris dictio)*” (párrs. 61 y 62). Han ido más allá de la tradicional justicia transaccional. Su concepción más amplia de la función judicial, que abarca la *iuris dictio* y contribuye también al desarrollo progresivo del derecho internacional, encuentra apoyo, por ejemplo, en la jurisprudencia pertinente de los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales penales internacionales (párr. 63). También está implícita en la noción de “sentencias piloto”, específicamente en la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (párr. 66).

13. En cuanto al aspecto restante relativo a los poderes inherentes y la supervisión del cumplimiento de los fallos (punto planteado ante la CIJ, con distintos fundamentos, por las dos partes litigantes), el Magistrado Cançado Trindade considera que el hecho de que un tribunal internacional pueda contar con la asistencia de otro órgano de supervisión para el cumplimiento de sus propias sentencias y decisiones no significa en modo alguno, en su opinión, que, una vez que dicta su fallo o decisión, pueda permanecer indiferente en cuanto a su cumplimiento (párr. 67).

14. Por ejemplo, el hecho de que el Artículo 94 2) de la Carta de las Naciones Unidas encomiende al Consejo de Seguridad la ejecución de los fallos y decisiones de la CIJ, en su opinión, “no significa que el cumplimiento de estos deje de ser una preocupación de la Corte. De ninguna manera. Además, en la práctica, el Consejo de Seguridad muy rara vez ha hecho algo al respecto”. Es importante evitar la violación adicional que supondría el incumplimiento, algo que “sigue siendo una preocupación de la CIJ, así como de todos los demás tribunales internacionales” (párr. 68).

15. En el caso de la CIJ en particular, se ha supuesto erróneamente que no es de su incumbencia asegurar el cumplimiento de sus propios fallos y decisiones. El Artículo 94 2) de la Carta de las Naciones Unidas *no* confiere al Consejo de Seguridad la autoridad *exclusiva* de asegurar dicho cumplimiento, y un examen más atento de algunas de las disposiciones del Estatuto<sup>4</sup> demuestra que “la Corte está facultada para ocuparse del cumplimiento de sus propios fallos y decisiones” (párr. 69). El Magistrado Cançado Trindade considera que lo que debe criticarse, entonces, “no es la creación de derecho a nivel judicial (como se dice frecuentemente sin reflexión), sino más bien el inactivismo o ausentismo judicial, en particular con respecto a asegurar el cumplimiento de las sentencias y decisiones” (párr. 70).

16. A continuación observa que, por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuenta con la asistencia del Comité de Ministros y la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recurrido a la celebración de audiencias

posteriores al pronunciamiento de la sentencia (párr. 71). Los poderes del Comité de Ministros en lo tocante a la supervisión de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo tampoco son exclusivos; el Tribunal puede ocuparse de ella, como ha reconocido expresamente el propio Tribunal Europeo. En suma, en su opinión “ningún tribunal internacional puede permanecer indiferente ante el incumplimiento de sus propias sentencias. Los poderes inherentes de los tribunales internacionales abarcan también esta esfera, a fin de asegurar que sus sentencias y decisiones sean debidamente cumplidas” (párr. 72). Y añade:

“Al hacerlo, los tribunales internacionales están preservando la integridad de sus respectivas jurisdicciones. Sorprendentemente, la doctrina jurídica internacional aún no ha dedicado suficiente atención a esta cuestión en particular, lo cual es lamentable, pues el cumplimiento de los fallos y decisiones de los tribunales internacionales es un factor clave para la promoción del estado de derecho en la comunidad internacional. Y, desde 2006, el tema del ‘estado de derecho en los planos nacional e internacional’ ha estado presente en el programa de la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>5</sup> y ha atraído una atención cada vez mayor de los Estados Miembros, año tras año.

[...] El camino hacia la justicia es largo, y no es mucho lo que se ha logrado hasta la fecha en cuanto a la adecuada conceptualización de la supervisión del cumplimiento de las sentencias y decisiones de los tribunales internacionales. En cambio, la fuerza de la inercia mental ha persistido durante decenios. Es hora de superar ese ausentismo y esa pasividad. La supervisión de ese cumplimiento es, al fin y al cabo, una cuestión jurisdiccional. Un tribunal internacional no puede en absoluto permanecer indiferente en lo tocante al cumplimiento de sus propios fallos y decisiones” (párrs. 73 y 75).

17. Por último, pero no por ello menos importante, al llegar a su breve epílogo, el Magistrado Cançado Trindade señala que el tratamiento por la Corte, en la presente causa, de “la cuestión planteada por la cuarta excepción preliminar de Colombia no refleja la riqueza del procedimiento en la presente causa ni de los argumentos presentados ante la CIJ (en las fases escrita y oral) tanto por Nicaragua como por Colombia” (párr. 76).

18. En su opinión, los alegatos de las partes debieron “haber sido tenidos plenamente en cuenta de forma expresa en el presente fallo, aun cuando igualmente se hubiera rechazado la cuarta excepción preliminar. Al fin y al cabo, los alegatos de las partes en la presente causa relativa a las *Presuntas*

<sup>4</sup> Artículos 41, 57, 60 y 61 3).

<sup>5</sup> Véanse las resoluciones de la Asamblea General 61/39, de 18 de diciembre de 2006; 62/70, de 6 de diciembre de 2007; 63/128, de 11 de diciembre de 2008; 64/116, de 16 de diciembre de 2009; 65/32, de 6 de diciembre de 2010; 66/102, de 9 de diciembre de 2011; 67/97, de 14 de diciembre de 2012; 68/116, de 16 de diciembre de 2013; 69/123, de 10 de diciembre de 2014; y 70/118, de 14 de diciembre de 2015.

*violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe* plantean una importante cuestión, que se presenta recurrentemente ante la Corte y que continúa exigiendo nuestra reflexión para tratar de perfeccionar la observancia de la justicia a nivel internacional” (párr. 77).

19. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, el hecho de que la Corte haya determinado, en el presente fallo, que tiene competencia con arreglo al Pacto de Bogotá (rechazando la primera excepción preliminar de Colombia) “no le impedía considerar los argumentos de ambas partes litigantes sobre una cuestión tan importante como sus poderes o facultades inherentes (para pronunciarse sobre el presunto incumplimiento de su fallo de 2012)”<sup>6</sup> (párr. 78). El Magistrado Cançado Trindade se siente obligado a hacerlo, aun considerando que la cuarta excepción preliminar es insostenible y que debía ser igualmente rechazada, en lugar de decir simplemente —como lo ha hecho la Corte, en su opinión, “de manera elusiva”— que “no existen motivos” para pronunciarse sobre ella<sup>7</sup>.

20. El examen del uso de los poderes o facultades inherentes por los tribunales internacionales contemporáneos más allá del consentimiento de los Estados ha movido al Magistrado Cançado Trindade, en la presente opinión separada, a poner en primer plano su convencimiento de que

“la *recta ratio* está por encima de la *voluntas*. Es necesario superar la concepción voluntarista del derecho internacional. Es necesario que se tenga mayor conciencia acerca de la primacía de la conciencia sobre la ‘voluntad’ y que se preste una constante atención a los valores humanos fundamentales, a fin de asegurar el desarrollo progresivo del derecho internacional y, en definitiva, promover la observancia de la justicia a nivel internacional” (párr. 82).

### Declaración del Magistrado Bhandari

En su declaración, el Magistrado Bhandari recuerda que se ha sumado a la opinión de la mayoría con respecto a las primeras cuatro excepciones preliminares formuladas por Colombia. Sin embargo, disiente de la mayoría en lo tocante a la quinta excepción preliminar de Colombia, que el Magistrado sí acogería, y en consecuencia se negaría a permitir que la presente causa avanzase a la fase de examen del fondo. El Magistrado Bhandari recuerda que, según la quinta excepción preliminar, la pretensión de Nicaragua constituye un intento incorrecto de que la Corte haga cumplir uno de sus fallos anteriores. De conformidad con el Artículo 94 2) de la Carta de las Naciones Unidas y el Artículo L del Pacto de Bogotá, resulta claro que el camino adecuado para que una parte agraviada haga cumplir un fallo de la CIJ consiste en recurrir al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. A pesar de que

<sup>6</sup> Véanse los párrs. 17 y 102 del presente fallo.

<sup>7</sup> Véanse el párr. 104 y el punto resolutorio 1 e) de la parte dispositiva del presente fallo.

tanto Nicaragua como Colombia han concebido claramente la presente causa como una solicitud de ejecución del fallo de 2012, la Corte ha declarado en el presente fallo que el verdadero carácter de la controversia se refiere a presuntas violaciones del derecho internacional consuetudinario por Colombia. Si bien es correcta, desde el punto de vista jurídico, la afirmación de que incumbe a la Corte —y no a las partes— determinar en última instancia la verdadera esencia de la controversia, el Magistrado Bhandari discrepa de la conclusión fáctica de la mayoría de que la presente pretensión de Nicaragua no está dirigida a hacer cumplir el fallo de 2012. La mayoría cita el párrafo 79 del presente fallo para sustentar su conclusión de que la controversia no emana directamente del fallo de 2012. Sin embargo, el párrafo 79 y el análisis que lo precede se refieren al examen que hace la Corte de una cuestión completamente separada en la que se funda una excepción preliminar totalmente diferente formulada por Colombia —a saber, si existía una controversia entre las partes cuando Nicaragua presentó su demanda—, que no tiene relación con la presente cuestión. Además, hay abundantes pruebas en el expediente, que la mayoría no ha tenido suficientemente en cuenta, que demuestran claramente que la presente pretensión de Nicaragua es un evidente intento de ejecutar el fallo de 2012.

### Opinión disidente del Magistrado ad hoc Caron

El Magistrado *ad hoc* Caron disiente de la conclusión de la Corte respecto de las excepciones preliminares segunda y tercera de Colombia, en la medida en que el razonamiento de la Corte se aparta de su propia jurisprudencia y no está respaldado por las pruebas que tiene ante sí. Más allá de los detalles de la presente causa, es motivo de gran preocupación para el Magistrado *ad hoc* Caron el hecho de que, en su opinión, el razonamiento de la Corte en el que esta afirma su competencia socava conceptos más generales en los que se funda el arreglo pacífico de controversias.

El Magistrado *ad hoc* Caron recuerda que el título completo del Pacto de Bogotá es “Tratado Americano de Soluciones Pacíficas” y observa que, si bien no hay una escala jerarquizada de procedimientos en el Pacto de Bogotá, el arreglo pacífico dentro del régimen del Pacto sigue una cuidadosa progresión que va desde el diálogo en el cual las preocupaciones de los Estados se transmiten mutuamente, pasa por los diversos medios por los cuales puede negociarse el arreglo y llega, finalmente, al poder de la Corte o de un tribunal de decidir “controversias de orden jurídico”. Un desacuerdo es más que un patrón de conducta que podría implicar una diferencia de opiniones. Como se reconoce en el Pacto, la comunicación es esencial porque no es posible resolver un desacuerdo si no existe un diálogo que defina cuál es el objeto de la controversia. En realidad, a menos que “exista” una controversia en este sentido, es difícil imaginar qué es lo que ha de negociarse.

El Magistrado *ad hoc* Caron disiente del fallo de la Corte porque menoscaba fundamentalmente ese régimen, al reducir la complejidad del régimen para el arreglo de controver-

sias establecido en el Pacto de Bogotá hasta convertirlo esencialmente en una simple aceptación de la competencia de la Corte. El fallo, al distorsionar profundamente el requisito de que debe haber una controversia, determina que un demandante ante la Corte no necesita haber entablado un diálogo ni haber expresado sus preocupaciones al otro Estado. Sin ese diálogo, las partes no habrán tenido la oportunidad de definir la controversia, refinar la controversia, y —cabe esperar— circunscribir la controversia o incluso resolverla. De modo igualmente crítico, si el demandante no necesita haber entablado un diálogo con la otra parte, todo deber de negociar se ve, en la práctica, sustancialmente menoscabado. Las controversias internacionales son complejas y las controversias fronterizas figuran entre las más difíciles de resolver. El derecho da respuestas, pero no son necesariamente las más matizadas en situaciones tan complejas. Es esencial que la Corte o un tribunal sea competente para dar respuesta a una controversia cuando sea necesario o cuando se lo pidan ambas partes. Pero ello solo es necesario, con arreglo al Pacto de Bogotá, cuando la controversia entre dos Estados “no pueda ser resuelta por negociaciones directas” (según los términos del Artículo II del Pacto, que la jurisprudencia de la Corte considera una condición previa para la competencia con arreglo al Pacto). En opinión del Magistrado *ad hoc* Caron, es lamentable que el presente fallo, en sus decisiones sobre las excepciones preliminares segunda y tercera, reafirme formalmente, pero niegue sustantivamente, el requisito de que exista una controversia y la obligación de llevar a cabo negociaciones.

En relación más específicamente con la segunda excepción preliminar, el Magistrado *ad hoc* Caron, aplicando la jurisprudencia anterior de la Corte sobre el significado y la existencia de una controversia, no puede comprender cómo se sostiene que en la fecha crítica existía una “controversia” respecto del objeto invocado por Nicaragua en su demanda. En el presente procedimiento, Colombia no llega hasta el punto de argumentar, en su segunda excepción preliminar, que no se oponía de forma manifiesta a una pretensión de Nicaragua. La segunda excepción preliminar de Colombia sostiene un punto más fundamental, a saber, que Nicaragua nunca formuló una pretensión a la cual Colombia pudiera oponerse. En el fallo no se tiene en cuenta esta diferencia significativa. Puede ser adecuado que la Corte infiera una oposición manifiesta a una pretensión. No es adecuado, en opinión del Magistrado *ad hoc* Caron, que se infiera la afirmación de la pretensión.

El Magistrado *ad hoc* Caron concluye, a partir de un examen completo de los hechos que constan en el expediente, que, antes de la presentación su demanda, Nicaragua no había formulado ninguna pretensión en el sentido de que Colombia hubiese violado sus derechos soberanos o sus espacios marítimos o hubiese amenazado ilícitamente con el uso de la fuerza. En su análisis, la Corte invierte el sentido de su jurisprudencia relativa al requisito de que exista una controversia a la fecha en que se presenta una demanda. En la presente causa, la Corte

no pregunta si la parte demandante —Nicaragua— articuló de alguna forma una pretensión de violación jurídica antes de presentar su demanda. En cambio, infiere que la parte demandada debía haber tenido “conciencia” de que la parte demandante se oponía de forma manifiesta a acciones realizadas por ella. Según el Magistrado *ad hoc* Caron, ese razonamiento malinterpreta la jurisprudencia de la Corte relativa al requisito de que exista una controversia. Esta determinación marca, en la práctica, el fin de la exigencia del requisito razonado de que exista una controversia.

En relación más específicamente con la tercera excepción preliminar, el Magistrado *ad hoc* Caron observa que, en su fallo, la Corte se basa en su determinación de 1988 según la cual la referencia a negociaciones directas en el Artículo II del Pacto constituye “una condición previa para recurrir a los procedimientos establecidos en el Pacto” (*Acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c. Honduras)* (competencia y admisibilidad), fallo, *I.C.J. Reports 1988*, pág. 94, párr. 62). Al proceder así, la Corte sostiene que el criterio para saber si no es posible el arreglo consiste en determinar “si las pruebas aportadas demuestran que, a la fecha de presentación de la demanda de Nicaragua, ninguna de las partes podía verosímilmente sostener que la controversia entre ellas podía resolverse por negociaciones directas a través de los medios diplomáticos habituales”.

El Magistrado *ad hoc* Caron disiente de la conclusión de la Corte de que “ninguna de las pruebas presentadas a la Corte indica que, a la fecha de presentación de la demanda de Nicaragua, las partes hubiesen contemplado celebrar negociaciones para resolver la controversia relativa a las presuntas violaciones por Colombia de los derechos de Nicaragua en las zonas marítimas [...], o estuviesen en condiciones de hacerlo”, y, sobre esa base, rechaza la tercera excepción preliminar de Colombia. En opinión del Magistrado *ad hoc* Caron, la conclusión de la Corte no solo no está respaldada por las pruebas, sino que es *contradicha* por las pruebas específicas citadas por la Corte.

La observación final del Magistrado *ad hoc* Caron es que la Corte, al determinar objetivamente el objeto de las controversias que tiene ante sí, puede estar llamada a realizar sutiles distinciones. En la presente causa, el Magistrado *ad hoc* Caron señala que la Corte ha establecido una distinción muy sutil entre una pretensión relacionada con el incumplimiento de un fallo de la Corte y una pretensión relacionada con la violación de los derechos otorgados por tal fallo. Sin embargo, en opinión del Magistrado *ad hoc* Caron, el fallo deja en claro que la Corte no ha puesto el mismo empeño en distinguir si una prueba determinada se refiere al incumplimiento del fallo de 2012 o a una violación de los derechos soberanos y espacios marítimos definidos en el fallo de 2012. Es probable que la facilidad con que se superponen esas dos pretensiones y la dificultad que tiene la Corte para evaluar las pruebas compliquen la tarea de esta en la etapa de examen del fondo de la presente causa.

## 216. OBLIGACIONES RESPECTO DE LAS NEGOCIACIONES SOBRE LA CESACIÓN DE LA CARRERA DE ARMAMENTOS NUCLEARES Y EL DESARME NUCLEAR (ISLAS MARSHALL *c.* INDIA) [COMPETENCIA Y ADMISIBILIDAD]

### Fallo de 5 de octubre de 2016

El 5 de octubre de 2016, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo sobre las excepciones preliminares formuladas por la India acerca de la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda en la causa relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. India)*. La Corte acogió la excepción preliminar de competencia y consideró que no podía examinar el fondo de la cuestión.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Crawford, Gevorgian; Magistrado *ad hoc* Bedjaoui; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

En la parte dispositiva (párr. 56) del fallo se establece lo siguiente:

“[...]”

La Corte,

1) Por 9 votos contra 7,

*Acoge* la excepción de competencia formulada por la India basada en la inexistencia de controversia entre las partes.

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Bhandari, Gevorgian;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Tomka, Bennouna, Cançado Trindade, Sebutinde, Robinson, Crawford; Magistrado *ad hoc* Bedjaoui;

2) Por 10 votos contra 6,

*Estima* que no puede examinar el fondo de la cuestión.

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Bhandari, Gevorgian;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Bennouna, Cançado Trindade, Sebutinde, Robinson, Crawford; Magistrado *ad hoc* Bedjaoui”.

\*  
\* \*

El Presidente Abraham y el Vicepresidente Yusuf adjuntaron declaraciones al fallo de la Corte; los Magistrados

Owada y Tomka adjuntaron opiniones separadas al fallo de la Corte; los Magistrados Bennouna y Cançado Trindade adjuntaron opiniones disidentes al fallo de la Corte; los Magistrados Xue, Donoghue y Gaja adjuntaron declaraciones al fallo de la Corte; los Magistrados Sebutinde y Bhandari adjuntaron opiniones separadas al fallo de la Corte; los Magistrados Robinson y Crawford adjuntaron opiniones disidentes al fallo de la Corte; y el Magistrado *ad hoc* Bedjaoui adjuntó una opinión disidente al fallo de la Corte.

\*  
\* \*

#### *Antecedentes procesales* (párrs. 1 a 13)

La Corte recuerda que, el 24 de abril de 2014, la República de las Islas Marshall (en lo sucesivo, las “Islas Marshall” o la “parte demandante”) interpuso una demanda contra la República de la India (en lo sucesivo, la “India” o la “parte demandada”) en la que alegaba que la India había incumplido sus obligaciones dimanantes del derecho internacional consuetudinario respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear. Las Islas Marshall pretenden fundamentar la competencia de la Corte en las declaraciones formuladas por las partes con arreglo al Artículo 36, párrafo 2, de su Estatuto.

La Corte recuerda asimismo que, en una carta de fecha 6 de junio de 2014, la India señaló que, en su opinión, la Corte carecía de competencia para dirimir la presunta controversia. Mediante una providencia de 16 de junio de 2014, la Corte dictaminó, de conformidad con el Artículo 79, párrafo 2, de su Reglamento, que, dadas las circunstancias de la causa, era necesario resolver primero la cuestión de su competencia y que, por consiguiente, dicha cuestión debía dirimirse por separado antes de examinar el fondo del asunto; a tal efecto, decidió que las alegaciones escritas se refiriesen en primer lugar a dicha cuestión. Las partes presentaron tales alegaciones dentro del plazo fijado por la Corte y las audiencias públicas sobre las cuestiones de la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda se celebraron del lunes 7 al miércoles 16 de marzo de 2016.

#### *I. Introducción* (párrs. 14 a 24)

##### *A. Antecedentes históricos* (párrs. 14 a 20)

La Corte expone brevemente los antecedentes históricos de la causa, en particular con respecto a las actividades de las Naciones Unidas relativas al desarme nuclear.

## B. *Procesos incoados ante la Corte* (párrs. 21 a 24)

La Corte señala los demás procesos incoados por las Islas Marshall de manera simultánea a la presente causa. A continuación, expone a grandes rasgos las excepciones de competencia y admisibilidad planteadas por la India y anuncia que, en primer lugar, examinará la excepción según la cual las Islas Marshall no han logrado demostrar que, en el momento de la interposición de la demanda, existiese una controversia jurídica entre las partes.

## II. *Excepción basada en la inexistencia de controversia* (párrs. 25 a 55)

Tras exponer brevemente los argumentos de las partes, la Corte recuerda el derecho aplicable a esta materia y explica que la existencia de controversia entre las partes es una condición para poder determinar su competencia. Para que exista controversia, debe demostrarse que la reivindicación de una de las partes se enfrenta a la oposición manifiesta de la otra; ambas partes deben mantener opiniones claramente antagónicas en relación con el cumplimiento o incumplimiento de determinadas obligaciones internacionales. La determinación por la Corte de la existencia de controversia es una cuestión de fondo y no una cuestión de forma o procedimiento. No se requieren negociaciones previas cuando la Corte interviene sobre la base de las declaraciones formuladas con arreglo al Artículo 36, párrafo 2, de su Estatuto, a menos que alguna de las declaraciones pertinentes así lo establezca. Además, si bien una protesta diplomática oficial puede constituir un paso importante para señalar la reclamación de una de las partes a la atención de la otra, dicha protesta oficial no es una condición necesaria para que exista controversia. Del mismo modo, para que la Corte pueda conocer de un asunto tampoco es necesario notificar la intención de interponer una demanda.

A continuación, la Corte subraya que le corresponde determinar objetivamente la existencia de controversia sobre la base de un examen de los hechos. A tal efecto, la Corte tiene en cuenta, en particular, todo tipo de declaraciones o documentos intercambiados por las partes, así como las conversaciones llevadas a cabo en contextos multilaterales. En ese proceso, presta especial atención a la autoría de la declaración o el documento, su destinatario previsto o real y su contenido. La conducta de las partes puede también resultar relevante, en especial cuando no hayan tenido lugar conversaciones diplomáticas. En concreto, la Corte ha sostenido con anterioridad que la existencia de controversia puede deducirse del hecho de que un Estado no responda a una reclamación en circunstancias que exijan respuesta. Las pruebas deben demostrar que las partes “mantienen opiniones claramente antagónicas” con respecto a la cuestión planteada ante la Corte. De acuerdo con lo señalado en decisiones anteriores de la Corte centradas en analizar la existencia de controversia, esta existe cuando queda demostrado, sobre la base de las pruebas aportadas, que la parte demandada sabía o no

podía ignorar que la parte demandante había expresado una “oposición manifiesta” a su punto de vista.

La Corte explica además que, en principio, la fecha de referencia para determinar la existencia de controversia es la fecha de interposición de la demanda ante la Corte. La conducta ulterior a la presentación de la demanda (o la propia demanda) puede revestir importancia para diversos fines, en particular para confirmar la existencia de controversia, aclarar su objeto o determinar si se ha resuelto en el momento en que la Corte adopte su decisión. No obstante, ni la demanda, ni la conducta ulterior de las partes ni las declaraciones formuladas por estas durante el procedimiento judicial pueden facultar a la Corte para estimar que la condición de la existencia de controversia se ha cumplido en el propio procedimiento. Si la Corte tuviese competencia para dirimir las controversias derivadas del intercambio de información en el marco del proceso incoado ante ella, se estaría privando a la parte demandada de la posibilidad de responder a la reclamación presentada contra su propia conducta con anterioridad al inicio del proceso. Además, se subvertiría la norma por la cual la controversia debe existir, en principio, antes de la interposición de la demanda.

\* \*

A continuación, la Corte se centra en la causa en cuestión, señalando en primer lugar que las Islas Marshall, en virtud del sufrimiento padecido por su pueblo al haber sido el país escenario de la ejecución de amplios programas de ensayos nucleares, tienen especiales motivos para preocuparse por el desarme nuclear. Sin embargo, ese hecho no obvia la necesidad de determinar si se cumplen las condiciones que otorgarían competencia a la Corte sobre el asunto. Si bien corresponde a la Corte determinar la cuestión jurídica de su competencia, sigue siendo la parte demandante quien ha de demostrar los hechos en los que se sustenta su alegación de que existe controversia.

La Corte observa que la India se apoya en el hecho de que las Islas Marshall no entablaron negociaciones ni notificaron a dicho país la reivindicación objeto de la demanda para fundamentar su aseveración de que no existe ninguna controversia entre las partes. La India cita el Artículo 43 de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la responsabilidad del Estado, según el cual un Estado lesionado “notificará su reclamación” al Estado supuestamente responsable. El Artículo 48, párrafo 3, aplica este requisito *mutatis mutandis* a un Estado distinto del Estado lesionado que invoca la responsabilidad. Sin embargo, la Corte observa que en el comentario de la CDI se especifica que los artículos “no se refieren a las cuestiones relativas a la competencia de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales, ni en general a las condiciones de admisibilidad de los asuntos sometidos a esos tribunales”. Igualmente, la Corte ha rechazado el argumento de que son necesarias negociaciones previas o notificaciones cuando se recurre a ella sobre la base de las declaraciones formuladas con arreglo al Artí-

culo 36, párrafo 2, del Estatuto, a menos que alguna de esas declaraciones así lo establezca. La jurisprudencia de la Corte considera que la existencia de controversia es una cuestión de competencia que gira en torno a si existe, en esencia, alguna controversia, y no en torno a la forma que esta adopte o su correspondiente notificación a la parte demandada.

A continuación, la Corte examina los argumentos utilizados por las Islas Marshall para respaldar su aseveración de que existía una controversia con la India.

En primer lugar, la Corte señala que las Islas Marshall hacen referencia a dos declaraciones formuladas en foros multilaterales antes de la fecha de interposición de la demanda que, en su opinión, bastan para establecer la existencia de una controversia. Dicho país se basa en la declaración formulada en la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el desarme nuclear, el 26 de septiembre de 2013, por su Ministro de Relaciones Exteriores, quien instaba “a todos los Estados poseedores de armas nucleares a intensificar los esfuerzos encaminados a asumir sus responsabilidades para avanzar hacia el logro de un desarme efectivo y seguro”. Sin embargo, la Corte considera que esta declaración se formula en términos perentorios y no puede entenderse como una acusación a la India (o a cualquier otra Potencia nuclear) de incumplir alguna de sus obligaciones jurídicas. En dicha declaración no se menciona la obligación de negociar, ni tampoco que los Estados poseedores de armas nucleares estén incumpliendo sus obligaciones a este respecto. Se sugiere que tales Estados están emprendiendo “esfuerzos” encaminados a asumir sus responsabilidades y se les pide que intensifiquen tales esfuerzos, en lugar de deplorar su inacción. La Corte añade que una declaración puede dar lugar a controversia únicamente si se refiere al objeto de una reivindicación con la claridad suficiente como para que el Estado contra el que se formula pueda identificar si existe, o puede existir, alguna controversia sobre esa materia. La declaración de 2013 esgrimida como argumento por las Islas Marshall no cumple estos requisitos. La Corte observa que la declaración formulada por las Islas Marshall en la Conferencia de Nayarit el 13 de febrero de 2014 va más allá de lo señalado en la declaración de 2013, en la medida en que incluye una frase en la que se afirma que “los Estados poseedores de arsenales nucleares están incumpliendo sus obligaciones jurídicas” dimanantes del Artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (TNP) y del derecho internacional consuetudinario. La India estuvo presente en la Conferencia de Nayarit. Sin embargo, el tema de esta Conferencia no fue concretamente la cuestión de las negociaciones orientadas al desarme nuclear, sino la cuestión más amplia de la repercusión humanitaria de las armas nucleares, y, si bien esta declaración alberga una crítica general de la conducta de todos los Estados poseedores de armas nucleares, no se alude específicamente a la conducta de la India que dio lugar a la presunta infracción. En opinión de la Corte, dicha alusión específica habría resultado especialmente necesaria si, como argumen-

tan las Islas Marshall, la declaración de Nayarit hubiera estado orientada a invocar la responsabilidad internacional de la parte demandada en razón de un comportamiento invariable a lo largo de numerosos años. Habida cuenta de la generalidad de su contenido y del contexto en que se formuló, esa declaración no exigía una respuesta concreta por parte de la India. Por consiguiente, no se puede deducir de dicha falta de respuesta que existiesen opiniones antagónicas. La declaración de Nayarit no basta para generar una controversia específica entre las Islas Marshall y la India con respecto a la existencia o el alcance de las presuntas obligaciones dimanantes del derecho internacional consuetudinario relativas tanto a la celebración de buena fe y la conclusión de negociaciones encaminadas a lograr el desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un control internacional estricto y eficaz, como al cese de la carrera de armamentos nucleares en fecha cercana, o bien una controversia con respecto al cumplimiento de dichas obligaciones por parte de la India. La Corte concluye que en ninguna circunstancia puede afirmarse sobre la base de tales declaraciones, consideradas tanto de forma individual como en su conjunto, que la India supiese o no pudiese ignorar que las Islas Marshall estaban acusando a dicho país de incumplir sus obligaciones.

En segundo lugar, la Corte sopesa el argumento de las Islas Marshall de que la propia interposición de la demanda y las declaraciones formuladas por ambas partes en el transcurso del proceso bastan para establecer la existencia de una controversia. La Corte considera que la jurisprudencia invocada por las Islas Marshall no respalda esta aseveración. En la causa relativa a *Determinados bienes*, la existencia de controversia se puso claramente de manifiesto a través de las conversaciones bilaterales mantenidas por las partes con anterioridad a la fecha de interposición de la demanda (*Determinados bienes (Liechtenstein c. Alemania)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2005*, pág. 19, párr. 25). La referencia a los materiales posteriores en la causa *Camerún c. Nigeria* guardaba relación con el alcance de la controversia, no con su existencia (*Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1998*, pág. 317, párr. 93). Además, si bien es cierto que la Corte, en su fallo en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia)*, no hizo referencia explícita a ninguna prueba anterior a la interposición de la demanda que demostrase la existencia de controversia, en el contexto particular de aquel caso, con un conflicto armado en curso, la conducta previa de las partes era suficiente para determinar la existencia de controversia (excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, pág. 614, párrs. 27 a 29). Por el contrario, en dicha causa la Corte no se centró en la fecha de origen de la controversia, sino en su objeto, en si entraba dentro del ámbito de aplicación de la cláusula compromisoria correspondiente y en si “persistía” en la fecha de la decisión de la Corte. La Corte reitera que, si bien las declaraciones o reivindicacio-

nes formuladas en la demanda o incluso con posterioridad a su interposición pueden ser importantes para diversos fines, especialmente para aclarar el alcance de la controversia planteada, no pueden generar una controversia *de novo* que no existiera con anterioridad.

En tercer lugar, la Corte analiza el argumento de las Islas Marshall de que la conducta de la India al mantener y modernizar su arsenal nuclear y no cooperar con determinadas iniciativas diplomáticas demuestra la existencia de controversia entre las partes. La Corte recuerda que la determinación de la existencia de controversia en el marco de un contencioso concreto depende de que se demuestre la existencia de opiniones antagónicas. En este sentido, la conducta de la parte demandada puede contribuir a que la Corte concluya que las partes mantienen puntos de vista opuestos. Sin embargo, como la Corte ha concluido anteriormente, en la presente causa ninguna de las declaraciones formuladas en un contexto multilateral por las Islas Marshall se refería específicamente a la conducta de la India. Sobre la base de tales declaraciones, no se puede afirmar que la India supiese o no pudiese ignorar que las Islas Marshall estaban acusando a dicho país de incumplir sus obligaciones. En este contexto, la conducta de la India no proporciona base alguna para constatar la existencia de controversia entre los dos Estados ante la Corte.

\* \*

Por consiguiente, la Corte concluye que debe acogerse la primera excepción planteada por la India, de lo que se desprende que la Corte carece de competencia en virtud del Artículo 36, párrafo 2, de su Estatuto. Así pues, no es necesario que la Corte aborde el resto de las excepciones formuladas por la India. La existencia y el alcance de las obligaciones dimanantes del derecho internacional consuetudinario en el ámbito del desarme nuclear y el cumplimiento de dichas obligaciones por parte de la India son cuestiones que atañen al fondo del asunto. No obstante, la Corte ha concluido que no existía ninguna controversia entre las partes antes de la interposición de la demanda, por lo que carece de competencia para examinar tales cuestiones.

\*  
\* \*

### Declaración del Presidente Abraham

En su declaración, el Presidente Abraham explica que votó a favor del fallo porque considera que la decisión de la Corte es plenamente coherente con su jurisprudencia reciente relativa a la exigencia de que exista “controversia” entre las partes, tal como se ha establecido en una serie de fallos dictados durante los últimos cinco años, en particular el fallo de 1 de abril de 2011 en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)*, el fallo de 20 de julio de 2012 en la causa relativa

a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)* y el fallo de 17 de marzo de 2016 en la causa relativa a las *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)*. Según explica, de estos fallos se desprende que, a fin de determinar si se cumplen las condiciones relacionadas con la existencia de controversia, la fecha de referencia es la fecha de incoación del proceso, y que la Corte únicamente puede determinar que tiene competencia para conocer de una causa si cada una de las partes sabía o debía haber sabido en aquella fecha que la opinión de la otra parte era opuesta a la suya.

El Presidente Abraham explica que, si bien él mismo expresó sus reservas en el momento en que la Corte estableció esta jurisprudencia, se considera no obstante obligado por dicha jurisprudencia y, por consiguiente, votó de conformidad con ella.

### Declaración del Vicepresidente Yusuf

1. Si bien está de acuerdo con la conclusión de la Corte en la causa *Islas Marshall c. India*, el Vicepresidente Yusuf expone en su declaración su discrepancia con dos aspectos del fallo. En primer lugar, rechaza el criterio relativo al “conocimiento” como condición para determinar la existencia de controversia. En segundo lugar, critica la aplicación de un enfoque único a las tres causas distintas sometidas ante la Corte por las partes (*Islas Marshall c. India*, *Islas Marshall c. Reino Unido e Islas Marshall c. Pakistán*).

2. Como se reconoce en el fallo, “[una] controversia es un desacuerdo sobre un aspecto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o intereses entre dos personas” (fallo No. 2 de la causa *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, 1924, *P.C.I.J. Series A*, No. 2, pág. 11). Es tarea de la Corte determinar objetivamente la existencia de controversia (*Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 74), lo que constituye una cuestión “de fondo, no de forma” (*Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)*) (excepciones preliminares), *I.C.J. Reports 2011 (I)*, párr. 30).

3. En el presente fallo, la Corte afirma que existe controversia “cuando queda demostrado, sobre la base de las pruebas aportadas, que la parte demandada sabía o no podía ignorar que la parte demandante había expresado una ‘oposición manifiesta’ a su punto de vista” (párr. 38). Los dos fallos que se invocan como fundamento de esta afirmación, a saber, los fallos sobre las excepciones preliminares en las causas relativas a las *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)* y la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)*, no respaldan el uso del criterio

del “conocimiento” expuesto por la Corte. En ambas causas, la Corte se limitó a señalar que, de hecho, el Estado demandado conocía la postura de la parte demandante; en ningún momento indicó que el “conocimiento” constituyera un requisito para la existencia de controversia ni tampoco quedó implícita esta observación en la argumentación de la Corte.

4. El Vicepresidente Yusuf señala que la introducción del criterio relativo al “conocimiento” contraviene la jurisprudencia establecida por la Corte, según la cual la existencia de controversia ha de determinarse objetivamente. Además, ese enfoque socava también los principios de economía judicial y buena administración de justicia, dado que invita a la interposición de segundas demandas en relación con la misma controversia.

5. La Corte podría haber llegado a las mismas conclusiones alcanzadas en el presente fallo aplicando los criterios utilizados tradicionalmente para determinar la existencia de controversia. Basándose en las pruebas presentadas en el marco de esta causa, la Corte podría haber concluido que las partes no sostenían opiniones manifiestamente antagónicas antes de la interposición de la demanda por las Islas Marshall. No era necesario introducir un nuevo criterio relativo al “conocimiento” para justificar tales conclusiones.

6. Las conclusiones del fallo relativas a la inexistencia de controversia entre las Islas Marshall y la India deberían haberse basado en un análisis de los hechos presentados ante la Corte en relación con la postura de las partes acerca del objeto de la presunta controversia, haciendo referencia en particular a la articulación de dichas posturas en los foros multilaterales.

7. En concreto, debería haberse hecho referencia a lo siguiente: *a)* las resoluciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en las que se exhorta a los Estados a que mantengan negociaciones multilaterales sobre el desarme nuclear y las votaciones de las Islas Marshall y la India sobre tales resoluciones; y *b)* las declaraciones formuladas por las partes acerca del objeto de la presunta controversia en los foros multilaterales.

8. En lo que respecta a las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la India ha votado sistemáticamente a favor de aquellas resoluciones de dicho órgano en las que se instaba a los Estados a negociar un tratado de desarme nuclear completo. No cabe duda de que tal historial de votación reviste valor probatorio con respecto a la línea de conducta de la India en el asunto tratado en la presente causa: el inicio urgente de negociaciones y la celebración de una convención general sobre el desarme nuclear.

9. Más aún, la India, en su calidad de miembro del Movimiento de los Países No Alineados, ha suscrito sistemáticamente las declaraciones de este grupo de Estados en las que se expresaba la voluntad de participar en negociaciones multilaterales encaminadas al logro del desarme nuclear.

10. Además de su historial de votaciones en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y del

Movimiento de los Países No Alineados, el respaldo sistemático de la India en pro del comienzo y la conclusión de negociaciones conducentes al desarme nuclear queda corroborado por las declaraciones formuladas por su Jefe de Estado y sus ministros en foros multilaterales o documentos oficiales.

11. Por ello, el Vicepresidente Yusuf considera que no hay constancia de que la India y las Islas Marshall mantuviesen opiniones manifiestamente antagónicas, con anterioridad a la interposición de la demanda por parte de este último país, acerca de la obligación de celebrar y concluir negociaciones sobre el desarme nuclear, suponiendo que dicha obligación esté contemplada en el derecho internacional consuetudinario.

12. Por el contrario, sí existe constancia de que ambos Estados han defendido en diversos foros multilaterales —entre ellos, la Conferencia de Nayarit, pero sobre todo en la Asamblea General de las Naciones Unidas (al menos desde 2013 en el caso de las Islas Marshall)— la necesidad de que todos los Estados, incluidos los Estados poseedores de armas nucleares, emprendan de buena fe y concluyan negociaciones sobre el desarme nuclear. Más que a una oposición manifiesta o un conflicto de opiniones jurídicas sobre el objeto de la presunta controversia, las pruebas parecen apuntar a una convergencia de opiniones entre las partes acerca de la negociación y concertación de una convención general sobre el desarme nuclear.

### Opinión separada del Magistrado Owada

El Magistrado Owada reconoce que la historia de las Islas Marshall ha dado lugar a motivos de especial preocupación sobre el desarme nuclear y, en concreto, sobre la obligación contraída por los Estados poseedores de armas nucleares en virtud del Artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (en adelante, “TNP”). Sin embargo, las pruebas deben demostrar la existencia de una controversia jurídica concreta que otorgue competencia a la Corte para pronunciarse al respecto. Por esta razón, el Magistrado Owada, pese a estar de acuerdo con la argumentación de la Corte, ha adjuntado una opinión separada a fin de aclarar dicha argumentación con respecto a tres cuestiones en este contexto jurídico que, no obstante, resulta delicado desde el punto de vista político.

La primera cuestión se refiere a la norma jurídica aplicada por la Corte para determinar la existencia de controversia en el momento de la interposición de la demanda por parte de las Islas Marshall. El Magistrado Owada recuerda que, a efectos de establecer la existencia de controversia, se debe demostrar que la reivindicación de una de las partes se enfrenta a la oposición manifiesta de la otra. Es importante reconocer que este requisito no constituye una mera formalidad, sino un aspecto fundamental en la medida en que se trata de una *condición previa indispensable* para que la parte demandante pueda acudir a la Corte. Por este motivo,

la inexistencia de una presunta controversia en el momento de interponerse la demanda no constituye una deficiencia técnica de procedimiento que pueda subsanarse mediante un acto posterior, como ocurrió en la causa relativa a las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*. En este contexto, es preciso diferenciar una controversia jurídica de una simple divergencia de opiniones. Este principio se refleja en la jurisprudencia de la Corte, si bien esta ha examinado la cuestión en diversas circunstancias de hecho y de derecho y, al hacerlo, ha evaluado una amplia gama de factores diferentes. Podría resultar tentador concluir que el hecho de que la Corte se base en tales factores demuestra que existe un determinado umbral para establecer la existencia de controversia, pero, en opinión del Magistrado Owada, la jurisprudencia de la Corte no es tan lineal. Estos fallos, por el contrario, representan supuestos concretos en los que las pruebas se declararon suficientes o insuficientes. Este punto debe tenerse en cuenta al valorar el verdadero significado del concepto de conocimiento por la parte demandada, tal y como se establece en el presente fallo. Si bien el fallo introduce este elemento de “conocimiento”, que parece surgir de la nada, la realidad es que dicho elemento constituye un denominador común presente en toda la jurisprudencia. El conocimiento por la parte demandada evidencia la transformación de un simple desacuerdo en una verdadera controversia jurídica y, por lo tanto, constituye un requisito mínimo fundamental común a todas las causas.

La segunda cuestión hace referencia al momento en que debe demostrarse que existe controversia. Las Islas Marshall han alegado que los fallos de la Corte relativos a varias causas anteriores respaldan su argumento de que las declaraciones formuladas durante el proceso pueden utilizarse como prueba de la existencia de controversia. Aunque la Corte ha explicado adecuadamente el significado de estos precedentes en el fallo, el Magistrado Owada desea ofrecer una explicación más pormenorizada sobre la correcta interpretación de la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*. La singularidad de las circunstancias y la combinación de cuestiones de hecho y de derecho vinculadas con el fondo de aquella causa conllevaron que el asunto sobre el que debía pronunciarse la Corte fuese muy diferente al planteado en el proceso actual y, como tal, el hecho de que la Corte recurriese a las declaraciones formuladas durante las actuaciones llevadas a cabo en la causa mencionada no debería considerarse una incitación a apartarse de la jurisprudencia reiterada de la Corte sobre el tema.

Por último, el Magistrado Owada desea explicar con más detalle el análisis de las pruebas realizado por la Corte en el presente fallo. Cabría pensar que la Corte ha adoptado un enfoque fragmentario al rechazar individualmente cada tipo de prueba, cuando las Islas Marshall sostenían que las pruebas debían analizarse en conjunto. En opinión del Ma-

gistrado Owada, la Corte ha examinado todas las pruebas y ha determinado correctamente que estas, aun consideradas en conjunto, no bastan para demostrar la existencia de controversia.

Dicho esto, el Magistrado Owada añade que podría haberse generado una situación jurídica nueva a raíz de las presentes actuaciones ante la Corte. En la medida en que el presente fallo refleja la postura de la Corte con respecto a la situación jurídica existente en el momento de interponerse la demanda en cuestión, es posible que una nueva demanda no se halle sometida a la misma excepción preliminar de competencia. La viabilidad de una nueva demanda de este tipo seguiría constituyendo una cuestión abierta y su recorrido dependería del examen que llevase a cabo la Corte de todas las excepciones de competencia y admisibilidad.

### Opinión separada del Magistrado Tomka

Al Magistrado Tomka no le convence el enfoque adoptado por la Corte para determinar la existencia de controversia en la presente causa y considera que este no viene avalado por la jurisprudencia anterior de dicho órgano. Por ello, lamentablemente, no puede respaldar las conclusiones de la Corte en este sentido.

El Magistrado Tomka comienza exponiendo brevemente las alegaciones formuladas por las Islas Marshall en el marco de la presente causa en relación con el presunto incumplimiento por la India de las obligaciones en materia de desarme nuclear que supuestamente se derivan del derecho internacional consuetudinario. Asimismo, observa que la India ha negado el fundamento de tales reivindicaciones.

El Magistrado Tomka recuerda que las Islas Marshall han invocado las declaraciones formuladas por las partes con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 36, párrafo 2, como base para determinar la competencia sobre esta causa. También observa que, en el análisis de las cuestiones de competencia, convendría proceder con cautela al recurrir a diferentes pronunciamientos de la Corte que hubieran podido dictarse en el marco de declaraciones particulares en virtud del Artículo 36, párrafo 2, o de cláusulas compromisorias que estableciesen condiciones previas para acudir a dicho órgano. Además, señala que, en el presente fallo, la Corte reitera su opinión expresada con anterioridad de que no es necesario que un Estado negocie o notifique su pretensión antes de incoar un proceso ante dicho órgano, a menos que tal condición esté contemplada en el correspondiente fundamento de la competencia.

El Magistrado Tomka observa que, si bien la Corte ha afirmado con frecuencia que la existencia de una controversia es una condición para determinar su competencia, en su opinión resulta más adecuado hablar de condición para el ejercicio de la competencia de la Corte. A este respecto, señala que, en relación con los Estados que han formulado declaraciones con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 36,

párrafo 2, del Estatuto, la competencia de la Corte queda establecida desde el momento en que la declaración se deposita ante el Secretario General de las Naciones Unidas. Así pues, en opinión del Magistrado Tomka, no es el surgimiento de una controversia lo que determina o formaliza la competencia de la Corte. Más bien, el surgimiento de una controversia constituye una condición necesaria para que la Corte pueda ejercer su competencia. La desaparición de la controversia durante el proceso no despoja a la Corte de su competencia, si bien en tal situación la Corte no dictará ningún fallo sobre el fondo de la cuestión, ya que no existe nada sobre lo que pronunciarse.

El Magistrado Tomka señala que la función de la Corte, como principal órgano judicial de las Naciones Unidas, “es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas” (Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto). Asimismo, observa que, para poder desempeñar esa función, la controversia todavía debe existir cuando la Corte se pronuncie sobre el fondo de la cuestión. No obstante, aunque la formulación del Artículo 38, párrafo 1, implique que la controversia ya exista en el momento de incoarse el proceso ante la Corte, la oración relativa a la función de esta no pretende establecer una condición para la competencia de la Corte y no debería ser determinante a ese respecto.

El Magistrado Tomka resalta que la jurisprudencia de la Corte exige que exista *en principio* una controversia en el momento de interponerse la demanda. También considera que, si bien la Corte reitera esta norma general en el presente fallo, en esta ocasión ha aplicado un requisito excesivamente estricto al afirmar que la controversia *debía* haber existido antes de la interposición de la demanda por parte de las Islas Marshall.

El Magistrado Tomka señala a grandes rasgos que, en algunos casos, las circunstancias dictarán la obligatoriedad de que la controversia exista en la fecha de la interposición de la demanda. Esto puede darse a raíz del vencimiento posterior de la declaración de aceptación de la competencia de la Corte por parte de alguno de los Estados, como ocurrió en la reciente causa relativa a las *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)* (excepciones preliminares), fallo de 17 de marzo de 2016. También puede deberse a que, al igual que ocurría en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2011 (I)*, pág. 70, la cláusula compromisoria en cuestión exija la celebración de negociaciones previas a la interposición de la demanda, de lo que lógicamente se desprende la necesidad de que haya surgido una controversia relacionada con el objeto de la correspondiente Convención antes de incoarse el proceso. El Magistrado Tomka no puede estar de acuerdo con quienes consideran que la causa *Georgia c. Federación de Rusia* marca el comienzo de la aplicación de un enfoque

más formalista en la jurisprudencia de la Corte respecto de la existencia de controversia.

El Magistrado Tomka observa que, cuando no se han dado circunstancias que exigiesen la existencia de controversia en una fecha concreta, la Corte ha sido flexible al no limitarse a tener en cuenta únicamente el período previo a la interposición de la demanda para determinar la existencia de controversia entre las partes. En este sentido, destaca la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, pág. 595.

Además, el Magistrado Tomka observa que tanto la Corte como su órgano antecesor siempre han mostrado un grado razonable de flexibilidad, evitando caer en un formalismo excesivo, en lo que respecta a la determinación del momento en que se habían de cumplir los requisitos relativos a la competencia. Entre otras causas, el Magistrado analiza las siguientes: *Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca* (competencia), fallo No. 6, 1925, *P.C.I.J., series A*, No. 6; *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, fallo No. 2, 1924, *P.C.I.J., series A*, No. 2; *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, pág. 595, y *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2008*, pág. 412. En esta última causa, la Corte formuló, entre otras, la siguiente observación:

“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” (*ibid.*, pág. 441, párr. 85).

El Magistrado Tomka considera que no hay ninguna razón de peso por la que este principio no pueda aplicarse a la existencia de controversia. Tampoco puede estar de acuerdo con la opinión según la cual el fallo en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012 (II)*, pág. 422, supone apartarse de la jurisprudencia de la Corte a este respecto.

Si bien el Magistrado Tomka admite que, durante algún tiempo, las Islas Marshall no adoptaron una postura especialmente activa en materia de desarme nuclear en los foros multilaterales, también observa que, al menos desde 2013, dicho país ha expresado su descontento con el cumplimiento

(o más bien el incumplimiento) por las Potencias nucleares, entre ellas la India, de las obligaciones relativas al desarme nuclear presuntamente derivadas del derecho internacional consuetudinario, entre otros marcos jurídicos. El Magistrado no considera que un Estado esté obligado, en virtud del derecho internacional, a notificar a otro su intención de incoar un proceso ante la Corte, sino que opina que dicho Estado puede formular su reivindicación en la demanda presentada ante aquella. Asimismo, observa que, en el marco del actual sistema de cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte, exigir a un Estado que efectúe una notificación previa puede entrañar el riesgo de que la Corte se vea despojada de su competencia antes de recibir la demanda.

El Magistrado Tomka concluye, en este sentido, que el proceso incoado ante la Corte en la presente causa ha dejado clara la existencia de una controversia entre las Islas Marshall y la India acerca del cumplimiento por este último país de las obligaciones relativas al desarme nuclear que presuntamente se derivan del derecho internacional consuetudinario. En su opinión, la conclusión de que la Corte carece de competencia debido a la inexistencia de controversia no está justificada en la presente causa.

No obstante, el Magistrado Tomka estima que la naturaleza de cualquier obligación que pueda existir en el ámbito del desarme nuclear hace inadmisibles las demandas de las Islas Marshall. El Magistrado examina el Artículo VI del TNP —redactado en términos similares a los de las obligaciones que, según las Islas Marshall, existen en el derecho internacional consuetudinario en el marco de la presente causa—, así como la forma en que la Corte describió las obligaciones derivadas de dicho Tratado en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, *I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 226. Basándose en la bibliografía sobre esta materia, el Magistrado observa que el desarme requiere la cooperación y el cumplimiento de obligaciones por parte de todos los Estados y explica a grandes rasgos que el desarme solo podrá lograrse de forma realista manteniendo el equilibrio entre los intereses de seguridad de los Estados afectados, en particular los de todas las Potencias nucleares y los del resto de los países poseedores de una capacidad militar considerable. El Magistrado Tomka considera que la investigación del cumplimiento por parte de alguna de las Potencias nucleares de sus obligaciones en materia de desarme nuclear, incluida cualquier obligación de negociar de buena fe, invita a analizar la postura adoptada por el resto de dichas Potencias en relación con esas mismas obligaciones, que son o pueden ser vinculantes para ellas. Asimismo, observa que solo entendiendo las posturas asumidas por otros Estados la Corte puede tener la seguridad de pisar terreno firme al evaluar la conducta de cualquier Estado aislado, que forzosamente se ve influida por las posturas del resto, y al valorar si ese Estado está dispuesto a alcanzar el objetivo del desarme nuclear mediante negociaciones de buena fe. El Magistrado Tomka destaca que no se trata de determinar la res-

ponsabilidad de esos otros Estados como condición previa para determinar la responsabilidad de la parte demandada de forma que se aplique el denominado “principio del *Oro amonedado*”. A su juicio, se trata más bien de valorar si es posible que la Corte, en este contexto, examine la conducta de un solo Estado sin tener en cuenta ni entender las posturas adoptadas por los demás Estados con los que el primero (el demandado, en la causa que nos ocupa) tendría que haber negociado y acordado las medidas e iniciativas que las partes implicadas deberían aplicar para lograr el objetivo general del desarme nuclear.

El Magistrado Tomka concluye que las cuestiones planteadas en el marco del presente proceso no son cuestiones de carácter bilateral entre las Islas Marshall y la India y está convencido de que la Corte no puede emprender un análisis eficaz de la conducta de la India si otros Estados no comparecen ante ella para explicar sus respectivas posturas y actuaciones. La presente causa constituye un ejemplo, en su opinión, de los límites de la función de la Corte, centrada en dirimir controversias bilaterales. Si se hubiese dotado a la Corte de jurisdicción obligatoria universal, todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas habrían quedado sometidos a dicha jurisdicción. Entonces no habrían existido obstáculos para que la Corte ejerciese plenamente su competencia y contribuyese con ello al logro de los propósitos y objetivos de la Organización.

Con sincero y profundo pesar, el Magistrado Tomka concluye que la ausencia de otras Potencias nucleares en el proceso impide a la Corte analizar las reivindicaciones de las Islas Marshall en el debido contexto multilateral. Por consiguiente, estima que la demanda es inadmisibles y que la Corte no puede examinar el fondo de la cuestión.

### Opinión disidente del Magistrado Bennouna

En las tres causas incoadas por las Islas Marshall con respecto a la obligación de negociar derivada del Artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares de 1968 y del derecho internacional consuetudinario, la Corte ha declarado que carece de competencia al no existir controversia entre las partes. Al proceder de ese modo, la Corte ha optado por un ejercicio de puro formalismo frente al realismo y la flexibilidad reflejados en su reiterada jurisprudencia previa. Así pues, aunque la existencia de controversia se había venido determinando hasta ahora de manera objetiva, la Corte ha introducido un nuevo elemento subjetivo en sus tres fallos. Al detener el tiempo del derecho y el análisis en la fecha de interposición de la demanda de las Islas Marshall y exigir que la parte demandada supiese o no pudiese “ignorar que la parte demandante había expresado una ‘oposición manifiesta’ a su punto de vista”, la Corte ha hecho una exhibición de excesivo formalismo en detrimento de la aplicación de un enfoque flexible favorable a la buena administración de justicia.

## Opinión disidente del Magistrado Cançado Trindade

1. En su opinión disidente (compuesta por 21 apartados) en la presente causa relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. India)*, el Magistrado Cançado Trindade expone los fundamentos de su propia postura discrepante en relación con la decisión de la Corte, que se refiere al enfoque aplicado, la argumentación en su totalidad y la parte dispositiva. De este modo, el Magistrado Cançado Trindade se desmarca todo lo posible de la postura mayoritaria de la Corte.

2. Al analizar, en primer lugar, la cuestión de la existencia de controversia sometida a la Corte de La Haya, el Magistrado Cançado Trindade examina con detalle la jurisprudencia consolidada de dicha Corte —que engloba tanto a la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) como a la Corte Internacional de Justicia (CIJ)—, según la cual existe controversia cuando se da “un desacuerdo sobre un aspecto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o intereses entre dos personas” (no necesariamente manifestado de manera expresa). La existencia de controversia es un asunto que *la Corte debe “determinar objetivamente”*, y la mera negación de dicha existencia no demuestra la inexistencia.

3. Esa ha sido la postura de la Corte de La Haya, tanto en el pronunciamiento de la CPJI en la causa relativa a las *Concesiones Mavrommatis en Palestina* (fallo de 30 de agosto de 1924) como en la opinión consultiva de la CIJ de 30 de marzo de 1950 relativa a la *Interpretación de los tratados de paz*. Incluso durante el último decenio —recuerda el Magistrado—, la Corte de La Haya ha considerado adecuado insistir en su propia facultad para proceder a la “determinación objetiva” de la controversia, de conformidad con su jurisprudencia consolidada, que se analiza con detalle en la opinión disidente del Magistrado Cançado Trindade (apartado II).

4. Solo muy recientemente, en un fragmento de su fallo de 1 de abril de 2011 sobre las excepciones preliminares en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, la CIJ decidió aplicar a los hechos del caso un umbral más elevado para determinar la existencia de controversia, al verificar si el Estado demandante había notificado previamente su pretensión al Estado demandado y si el Estado demandado se había opuesto a ella. El Magistrado Cançado Trindade advierte de que ese nuevo requisito “no es coherente con la jurisprudencia consolidada de la CPJI y la CIJ sobre la determinación de la existencia de controversia” (párr. 9).

5. En las presentes causas relativas a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*, los tres Estados demandados (India, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Pakistán) pretenden acogerse al requisito

de la notificación previa de la pretensión, o bien al criterio del conocimiento previo de la reivindicación del Estado demandante, para determinar la existencia de controversia en virtud de lo dispuesto en el Estatuto de la CIJ o en el derecho internacional general. Sin embargo, el Magistrado Cançado Trindade realiza la siguiente advertencia:

“En ningún lugar de la jurisprudencia consolidada de la Corte se alude a dicho requisito en relación con la existencia de controversia: muy al contrario, la CIJ ha dejado claro que la postura o la actitud de una de las partes puede determinarse por deducción [causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, fallo sobre las excepciones preliminares, 11 de junio de 1998]. Con arreglo al enfoque de la Corte, no es necesario que la parte demandada se oponga previamente a la pretensión mediante una declaración expresa, ni que reconozca expresamente la existencia de controversia” (párr. 10).

6. El Magistrado Cançado Trindade recuerda a continuación que, en su opinión disidente (párr. 161) al fallo dictado por la Corte en 2011 en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, criticó la “argumentación formalista” utilizada por la Corte al determinar la existencia de controversia, que suponía la aplicación de un umbral más elevado que excedía el establecido en la propia jurisprudencia consolidada de la CPJI y la CIJ (párrs. 11 y 12). No existe ningún requisito general de notificación previa de la pretensión del Estado demandante para incoar un proceso ante la CIJ. El Magistrado añade que “la finalidad de que sea necesario determinar la existencia de controversia (y su objeto) ante la Corte es facultar a esta para ejercer su jurisdicción adecuadamente: este requisito no está orientado a proteger al Estado demandado sino, más concretamente, a salvaguardar el ejercicio adecuado de la función judicial de la Corte” (párr. 13).

7. Del mismo modo, no existe ningún requisito que exija “agotar” previamente la vía de las negociaciones diplomáticas (párr. 14) antes de interponer una demanda e incoar un proceso ante la Corte (causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, fallo sobre las excepciones preliminares, 11 de junio de 1998). En la presente causa que enfrenta a las Islas Marshall y la India, las partes en litigio han mantenido dos líneas constantes y diferenciadas de conducta que reflejan posturas jurídicas distintas, hecho que basta para determinar la existencia de controversia. El objeto de la controversia entre las partes radica en si la India ha incumplido la obligación dimanante del derecho internacional consuetudinario de celebrar de buena fe y concluir negociaciones encaminadas a lograr el desarme nuclear en todos sus aspectos bajo un control internacional eficaz (párr. 16).

8. En las presentes causas relativas a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de*

*armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. Reino Unido/India/Pakistán)*, la mayoría de la Corte ha elevado indebidamente el umbral para determinar la existencia de controversia y ha impuesto el requisito relativo al “conocimiento”, lo que parece “socavar su propia capacidad de deducir la existencia de controversia de las conductas antagónicas mantenidas por las partes en litigio” (párr. 19).

9. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, la postura adoptada por la mayoría de la Corte en la presente causa “contradice la propia jurisprudencia anterior de la Corte de La Haya (CPJI y CIJ), en la que se aplicó un enfoque mucho menos formalista para determinar la existencia de controversia” (con respecto a la CPJI, véase lo señalado, entre otras, en la causa relativa a las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, fallo de 30 de agosto de 1924; la causa relativa a *Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca*, fallo (competencia) de 25 de agosto de 1925; y la causa relativa a la *Interpretación de los fallos Nos. 7 y 8 - Fábrica de Chorzów*, fallo de 16 de diciembre de 1927; en cuanto a la CIJ, véase lo expuesto, entre otras, en la causa relativa a *Timor Oriental*, fallo de 30 de junio de 1995; la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (excepciones preliminares), fallo de 11 de julio de 1996; y la causa relativa a *Ciertos bienes* (excepciones preliminares), fallo de 10 de febrero de 2005) (párrs. 21 y 22).

10. En las causas relativas a *Timor Oriental* (1995), a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (1996) y a *Ciertos bienes* (2005), la CIJ consideró que el comportamiento posterior a la fecha crítica (es decir, la fecha de interposición de la demanda) respaldaba la conclusión de la existencia de controversia entre las partes. A la luz de este enfoque aplicado por la CIJ en su jurisprudencia previa, la existencia de controversia en la causa en cuestión resulta evidente (párrs. 23 y 24).

11. Además, la mayoría de la Corte hace *tabula rasa* con respecto al requisito de que la fecha de referencia para determinar la existencia de controversia sea “en principio” la fecha de interposición de la demanda (causa relativa a las *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe* (excepciones preliminares), fallo de 17 de marzo de 2016); como ya se ha visto, en su jurisprudencia, la CIJ ha tenido en cuenta la conducta posterior a esa fecha crítica (párr. 29).

12. En la presente causa —prosigue el Magistrado Cançado Trindade—, la mayoría de la Corte hace uso de los *obiter dicta* que se formularon en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (2011), “que elevan indebidamente el umbral para determinar la existencia de controversia, con arreglo a una cláusula compromisoria contemplada en dicha Convención (interpretada erróneamente de todos modos, pues ignora el objeto y el propósito de este instrumento). Y, lo que es peor, en la presente causa, que enfrenta a las Islas Marshall y la India, la mayoría de la

Corte asume esa norma más rigurosa fuera de contexto y la aplica a esta causa concreta, sometida ante la Corte sobre la base de una declaración realizada en virtud de la cláusula facultativa y relativa a una obligación dimanante del derecho internacional consuetudinario” (párr. 30).

13. La elevación del umbral es una medida que resulta, “además de formalista, artificial” y que no se desprende de la definición de controversia contemplada en la jurisprudencia consolidada de la Corte (párr. 31). Al aplicar el criterio del “conocimiento”, la mayoría de la Corte exige con el máximo formalismo una respuesta específica por parte del Estado demandado a la pretensión formulada por el Estado demandante, “incluso en situaciones en las que, como ocurre en este caso concreto, las partes en litigio manifiestan dos líneas coherentes y diferenciadas de conducta” (párr. 31). El Magistrado Cançado Trindade concluye, sobre este asunto en particular, que el formalismo en el que incurre la mayoría de la Corte al elevar el umbral para determinar la existencia de controversia tiene la siguiente consecuencia:

“Genera indebidamente una dificultad en el propio *acceso a la justicia* (de las partes demandantes) a nivel internacional en un asunto que atañe a toda la humanidad, lo que resulta sumamente lamentable” (párr. 32).

14. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade centra su atención en las diferentes series de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a las armas nucleares y en la *opinio iuris* (apartado III), a saber: *a*) las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a las armas nucleares (1961-1981); *b*) las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a la congelación de las armas nucleares (1982-1992); *c*) las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en las que se condena el desarrollo y el uso de armas nucleares (1982-2015); y *d*) las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que dan seguimiento a la opinión consultiva emitida por la CIJ en 1996 (1996-2015). El Magistrado recuerda, en primer lugar, que, en el transcurso del proceso en la presente causa relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*, las partes en litigio hicieron referencia a las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a la cuestión del desarme nuclear (párr. 33).

15. En cuanto a la *primera serie de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a las armas nucleares (1961-1981)*, cabe señalar la aprobación de la innovadora resolución 1653 (XVI), de 24 de noviembre de 1961, que impulsó la elaboración de la célebre “Declaración sobre la Prohibición del Uso de las Armas Nucleares y Termonucleares” y estuvo seguida por la celebración de tres Decenios para el Desarme (párr. 34). En este primer período examinado (1961-1981), la Asamblea General de las Naciones Unidas prestó especial atención de manera continua a las cuestiones relacionadas con el desarme y, en particular,

al desarme nuclear (párr. 35). En los años 1978 y 1982, dicho órgano celebró dos períodos extraordinarios de sesiones en torno al desarme nuclear (los períodos de sesiones décimo y duodécimo, respectivamente), en los que esta cuestión ocupó un lugar destacado entre los temas debatidos; en aquella ocasión, se recalcó que el objetivo más inmediato del desarme era la eliminación del peligro de una guerra nuclear (párr. 36).

16. El Magistrado Cançado Trindade recuerda que la Asamblea General puso de relieve en reiteradas ocasiones los peligros que entrañaba la carrera de armamentos nucleares para la humanidad y la supervivencia de la civilización y expresó su inquietud en relación con las consecuencias nocivas de los ensayos nucleares encaminados a acelerar dicha carrera. Por ello, la Asamblea General reiteró su condena de todo tipo de ensayos con armas nucleares, al margen del entorno en el que se realizaran, e instó a los Estados poseedores de armas nucleares a suspender tales ensayos en cualquier contexto (párr. 37).

17. Además, el Magistrado Cançado Trindade recuerda que, en ese período, la Asamblea General hizo hincapié también en la responsabilidad especial que los Estados poseedores de armas nucleares tenían en el cumplimiento del objetivo del desarme nuclear (párr. 38), y añade que, en la 84ª sesión plenaria, celebrada tras el décimo período extraordinario de sesiones dedicado al desarme, la Asamblea General declaró que la utilización de armas nucleares constituía una “violación de la Carta de las Naciones Unidas” y “un crimen de lesa humanidad”, y que dicha utilización debía prohibirse, en espera de lograr el desarme nuclear (párr. 39).

18. Por lo que respecta a la *segunda serie de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la congelación de las armas nucleares (1982-1992)*, en cada año de ese período (seguimiento de los períodos extraordinarios de sesiones décimo y duodécimo relativos al desarme nuclear, celebrados en 1978 y 1982, respectivamente), la Asamblea General aprobó diversas resoluciones en las que se pedía la congelación de las armas nucleares. En dichas resoluciones se señala que los arsenales de armas nucleares existentes bastan con creces para destruir toda forma de vida sobre la Tierra. Asimismo, se expresa la convicción de que la paz mundial duradera únicamente puede cimentarse en el logro del desarme general y completo bajo un control internacional eficaz. En este sentido, las resoluciones de la Asamblea General mencionadas señalan que los objetivos de prioridad máxima en el ámbito del desarme han de ser el desarme nuclear y la eliminación de todas las armas de destrucción en masa (párr. 41).

19. Finalmente, en esas resoluciones se exhorta a los Estados poseedores de armas nucleares a acordar “una congelación de las armas nucleares” que, entre otras cosas, estipule “la suspensión simultánea y total de toda nueva producción de material fisionable destinado a armas”. Dicha congelación no se consideraba un fin en sí misma, sino el primer paso más eficaz para la reducción de los arsenales nucleares, la

prohibición completa de los ensayos nucleares, el cese de la fabricación y el despliegue de armas nucleares, y el cese de la producción de material fisionable con fines armamentísticos (párr. 42).

20. Tras recordar que en las alegaciones efectuadas a finales de 1995 en el procedimiento consultivo ante la CIJ (párrs. 43 a 45) se reconocieron la autoridad y el valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General, el Magistrado Cançado Trindade señala que el Noero de esas resoluciones ha seguido aumentando constantemente desde entonces y hasta el día de hoy, “conformando claramente”, desde su punto de vista, “una *opinio iuris communis* con respecto al desarme nuclear” (párr. 46).

21. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade alude al *largo historial de resoluciones de la Asamblea General en las que se condena el desarrollo y el uso de armas nucleares (1982-2015)* y en las que la Asamblea General pasa directamente a expresar una condena, advirtiendo de la amenaza que dichas armas suponen para la supervivencia de la humanidad (párr. 48). En los párrafos del preámbulo de tales resoluciones posteriores se *reafirma* de manera manifiesta, año tras año, que “el uso de armas nucleares constituiría una violación de la Carta de las Naciones Unidas y un crimen de lesa humanidad” (párr. 49).

22. En último lugar, aunque no por orden de importancia, el Magistrado Cançado Trindade analiza la *serie de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que dan seguimiento a la opinión consultiva emitida por la CIJ en 1996 (1996-2015)*, en las que se comienza expresando la convicción de la Asamblea General de que “el hecho de que sigan existiendo armas nucleares representa una amenaza para la humanidad” y de que “su empleo tendría consecuencias catastróficas para todas las formas de vida en la Tierra”, y que “la única defensa contra una catástrofe nuclear es la eliminación total de las armas nucleares y la certeza de que no se volverán a fabricar jamás” (segundo párrafo del preámbulo). En dichas resoluciones se reitera “la determinación de la comunidad internacional de alcanzar el objetivo de un mundo libre de armas nucleares mediante la eliminación total de esas armas” (párr. 54).

23. Esas resoluciones de la Asamblea General exhortan manifiestamente a *todos los Estados* a cumplir de inmediato la obligación conducente a la pronta celebración de una convención en la que se prohíba el desarrollo, la producción, el ensayo, el despliegue, el almacenamiento, la transferencia, la amenaza o el empleo de armas nucleares y se disponga su eliminación (párr. 55). En uno de los párrafos del preámbulo de las resoluciones de la Asamblea General que forman parte de dicha serie, también se reconoce en los últimos años “con satisfacción” que el Tratado Antártico, los tratados de Tlatelolco, Rarotonga, Bangkok y Pelindaba y el Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en Asia Central, así como la condición de zona libre de armas nucleares de Mongolia, “están liberando gradualmente de armas nucleares todo el

hemisferio sur y las áreas adyacentes a que se refieren esos tratados” (párr. 56).

24. Las resoluciones más recientes (aprobadas desde 2013 en adelante) se explayan considerablemente sobre el asunto. En ellas se exhorta a todos los Estados poseedores de armas nucleares a que emprendan iniciativas de desarme concretas, destacando que todos los Estados deben poner especial empeño en lograr y mantener un mundo sin armas nucleares. En su parte dispositiva, se subraya la conclusión unánime de la CIJ, expresada en la opinión consultiva de 1996 sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, de que “existe la obligación de emprender de buena fe y concluir negociaciones encaminadas al desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un control internacional estricto y eficaz” (párr. 57).

25. Estas resoluciones de seguimiento de la Asamblea General contienen párrafos relativos a la obligación de emprender y concluir de buena fe negociaciones encaminadas al desarme nuclear, sin referencia alguna al TNP o a los Estados partes en él; en buena medida se refieren a esa obligación como una obligación general que no tiene su fundamento en ninguna disposición de ningún tratado. Se exhorta a *todos los Estados*, y no solo a los Estados partes en el TNP, a cumplir de inmediato la obligación, que les atañe a *todos*, de informar (al Secretario General) sobre su acatamiento de las resoluciones en cuestión. En resumen, “las referencias a *todos los Estados* son intencionadas y, al no constar referencias a ningún tratado ni a ninguna otra obligación internacional impuesta específicamente, todo apunta a la existencia de una obligación de negociar y lograr el desarme nuclear dimanante del derecho consuetudinario” (párr. 58).

26. Al igual que la Asamblea General, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas también se ha explayado a menudo sobre la materia en cuestión (apartado IV). Por ejemplo, en dos de sus resoluciones (984/1995, de 11 de abril de 1995, y 1887/2009, de 24 de septiembre de 2009), el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas hace referencia, en concreto, a la obligación de celebrar negociaciones de buena fe en relación con el desarme nuclear (párr. 63). El Consejo de Seguridad hace también un llamamiento general a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, sean o no partes en el TNP (párr. 64). El Magistrado Cançado Trindade opina lo siguiente:

“Las citadas resoluciones del Consejo de Seguridad, al igual que las de la Asamblea General (véase lo señalado anteriormente), están dirigidas a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y aportan elementos importantes para la generación de una *opinio iuris* en apoyo del surgimiento progresivo de una obligación dimanante del derecho internacional consuetudinario y en consonancia con la obligación convencional contemplada en el Artículo VI del TNP. En concreto, resulta significativo que el Consejo de Seguridad exhorte a *todos los Estados*, y no solo a los Estados partes en el TNP,

a emprender negociaciones de buena fe para lograr el desarme nuclear (o a sumarse a dichos Estados partes en este empeño). Ello indica que la obligación atañe a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, independientemente de que sean o no partes en el TNP” (párr. 65).

27. Las resoluciones de las Naciones Unidas analizadas (tanto las de la Asamblea General como las del Consejo de Seguridad) —añade el Magistrado— reflejan que la Organización cuenta con un largo historial de condena del desarrollo y la utilización de armas nucleares (apartado V), que se remonta a su fundación y sus primeros años de andadura (párrs. 66 y 67). En 1956, se creó el Organismo Internacional de Energía Atómica. Cinco años más tarde, en 1961, la Asamblea General aprobó la histórica e innovadora resolución 1653 (XVI), de 24 de noviembre de 1961, titulada “Declaración sobre la Prohibición del Uso de las Armas Nucleares y Termonucleares”, que “mantiene su contemporaneidad a día de hoy y que, 55 años después, sigue mereciendo especial atención” (párr. 68).

28. Transcurrido más de medio siglo, aquella lúcida y conmovedora declaración parece seguir estando de actualidad, ya que el conjunto de la comunidad internacional continúa a la espera de que se concluya la propuesta de una convención general sobre la prohibición de las armas nucleares y termonucleares: el desarme nuclear constituye hoy en día un objetivo de las Naciones Unidas aún por lograr, como ocurría en 1961. El Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (TPCE), aprobado el 24 de septiembre de 1996, todavía no ha entrado en vigor, a pesar de que 164 Estados lo hayan ratificado hasta la fecha (párr. 69). Desde la aprobación del TPCE en 1996, la labor de la Conferencia de Desarme se ha mantenido en gran medida en punto muerto, ante la alegación de “intereses de seguridad” divergentes (párr. 75).

29. Pese a todo, desde el punto de vista histórico, en los últimos decenios se han logrado algunos avances en relación con otras armas de destrucción en masa, como demuestra la aprobación de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre Su Destrucción (el 10 de abril de 1972), así como de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre Su Destrucción (el 13 de enero de 1993); a diferencia manifiesta del TPCE, estas dos convenciones ya han entrado en vigor (lo hicieron el 26 de marzo de 1975 y el 29 de abril de 1997, respectivamente). El Magistrado Cançado Trindade concluye, a este respecto, lo siguiente:

“Si atendemos únicamente al derecho internacional convencional, las armas de destrucción en masa (gases tóxicos, armas biológicas y químicas) han quedado ilegalizadas; sin embargo, todavía no se han prohibido las armas nucleares, que resultan mucho más destructi-

vas. Este disparate jurídico alimenta la miopía o ceguera positivista que lleva a deducir de ello que no existe ninguna obligación internacional consuetudinaria de desarme nuclear. Los positivistas solo tienen ojos para el derecho convencional, para el consentimiento individual de cada Estado, y se encierran en un círculo vicioso, incapaces de ver las acuciantes necesidades y aspiraciones de la comunidad internacional en su conjunto ni de comprender la universalidad del derecho internacional contemporáneo —tal y como lo concibieron sus ‘padres fundadores’ ya en los siglos XVI y XVII— y sus principios fundamentales subyacentes [...].

A decir verdad, en nuestros días la obligación de desarme nuclear existe y está consolidada en el derecho internacional tanto convencional como consuetudinario; además, las Naciones Unidas han realizado una contribución sumamente valiosa al respecto a lo largo de decenios” (párrs. 77 y 78).

30. En sus alegatos ante la Corte en la presente causa, las partes en litigio han expuesto sus diferentes argumentos sobre la cuestión de las resoluciones de las Naciones Unidas relativas al desarme nuclear y del surgimiento de una *opinio iuris* (apartado VI). El Magistrado Caçado Trindade considera que, a pesar de las diferencias existentes en su historial de votaciones, las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas examinadas en la presente opinión disidente, analizadas en su conjunto,

“no permiten en absoluto negar su contribución a la generación de una *opinio iuris* relativa al establecimiento de una obligación de desnuclearización en virtud de lo dispuesto en el derecho internacional consuetudinario. Al fin y al cabo, se trata de resoluciones de la propia Asamblea General de las Naciones Unidas (y no solo de la gran mayoría de los Estados Miembros de la Organización que votaron a favor de su aprobación); son resoluciones de las propias Naciones Unidas en las que se aborda una preocupación común de toda la humanidad” (párr. 85).

31. Las partes en litigio tuvieron la oportunidad de explicar con más detalle sus respectivas posiciones en la presente causa, en sus respuestas por escrito a las preguntas que les había planteado el Magistrado Caçado Trindade, en la sesión pública de la Corte de 16 de marzo de 2016, acerca de si dichas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas son elementos constitutivos de una expresión de la *opinio iuris* y, de ser así, cuál es su pertinencia para la creación de una obligación, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, de emprender negociaciones que conduzcan al desarme nuclear, y cómo afectan a la cuestión de la existencia de controversia entre las partes (párrs. 86 a 92).

32. La presencia del mal ha marcado la existencia humana durante siglos (apartado VIII). Desde el comienzo repentino de la era nuclear en agosto de 1945, algunos de los grandes pensadores mundiales se han estado preguntando

por el futuro de la humanidad (párrs. 93 a 101) y han llamado la atención sobre la necesidad imperiosa de respetar la vida y la importancia de los valores humanistas (párrs. 102 a 114). También en el ámbito de la doctrina jurídica internacional ha habido quienes han destacado la necesaria prevalencia de la conciencia humana, la conciencia jurídica universal, sobre el voluntarismo de los Estados (párrs. 115 a 119).

33. Esta es la postura que defiende asimismo el Magistrado Caçado Trindade, en cuya opinión:

“La conciencia jurídica universal constituye la fuente material suprema del derecho internacional. [...] no es posible abordar los nuevos desafíos a los que se enfrenta la comunidad internacional en su conjunto teniendo en cuenta únicamente las susceptibilidades de los Estados; tal es el caso de la obligación de librar al mundo de las armas nucleares, que constituye una necesidad imperiosa emanada de la *recta ratio* y no un aspecto dependiente de la ‘voluntad’ de los Estados. En efecto, para mantener viva la esperanza, es preciso tener siempre presente a la humanidad en su conjunto” (párr. 119).

34. Dentro de la CIJ, el Magistrado Caçado Trindade expuso este mismo argumento en su opinión disidente (párrs. 488 y 489) emitida en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, fallo de 3 de febrero de 2015. Asimismo, observa que “la presencia del mal ha acompañado y marcado la existencia humana a lo largo de los siglos”, con un “aumento progresivo del desprecio por la vida humana”; el “trágico mensaje del libro del Génesis”, en su opinión, “parece perdurar en el tiempo, alcanzando su máximo grado de contemporaneidad en la actual era nuclear” (párrs. 121 y 122).

35. La siguiente línea argumental del Magistrado Caçado Trindade hace referencia a la atención que se presta a los pueblos en la Carta de las Naciones Unidas, como se ilustra en varias de sus disposiciones, así como a la atención dedicada en dicho instrumento a la protección de los valores comunes de la humanidad y al respeto de la vida y la dignidad humana (apartado IX). El Magistrado continúa señalando que el nuevo ideal promovido por la Carta de las Naciones Unidas y propugnado por el derecho de la Organización posee, desde su punto de vista, la siguiente característica:

“Tiene una incidencia en el arreglo judicial de las controversias internacionales. Por consiguiente, el hecho de que el mecanismo por el que la CIJ dirime los contenciosos sea un mecanismo interestatal no significa que su argumentación también deba adquirir una dimensión estrictamente interestatal; ello dependerá de la naturaleza y el fondo de las cuestiones que se le sometan. Varias de las causas llevadas ante la Corte han exigido una argumentación que trascendía con creces la dimensión interestatal. Dicho tipo de argumentación se mantuvo fiel a las disposiciones de la Carta de las Naciones Uni-

das, por constituir la CIJ ‘el principal órgano judicial’ de la Organización” (párr. 125).

36. Del mismo modo, el ciclo de conferencias mundiales de las Naciones Unidas celebradas en la década de 1990, en un esfuerzo encomiable de la Organización por *ir más allá de la dimensión puramente interestatal y trascenderla*, infundió un espíritu de solidaridad orientado a analizar los desafíos a los que se enfrentaba el futuro de la humanidad. El denominador común de tales conferencias —añade el Magistrado Cançado Trindade— fue el reconocimiento de la legitimidad de la preocupación de la comunidad internacional en su conjunto por las condiciones de vida de los seres humanos de todo el mundo. A finales de dicha década y en los albores del nuevo milenio, la Declaración del Milenio (2000) expresó la determinación de “eliminar los peligros que suponen las armas de destrucción en masa” (párrs. 129 y 130).

37. En resumen, la naturaleza de una determinada causa sometida a la Corte puede requerir una argumentación que trascienda la perspectiva estrictamente interestatal; la presente causa relativa a la obligación de desarme nuclear exige centrar la atención en los pueblos, de conformidad con una perspectiva humanista, y no en susceptibilidades interestatales. El mecanismo interestatal por el que la CIJ resuelve los contenciosos que se le someten no implica en modo alguno que la argumentación de la Corte deba revestir asimismo un carácter estrictamente interestatal. El desarme nuclear constituye un motivo de preocupación para la humanidad en su conjunto.

38. Contrariamente a lo que sostiene la argumentación expuesta por la mayoría de la Corte, el denominado “principio del Oro amonedado” no tiene cabida en una causa como la que nos ocupa y “no pertenece al ámbito de los *prima principia*, por tratarse únicamente de una concesión en favor del consentimiento de los Estados, dentro de un marco voluntarista estatal obsoleto”. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, la presente causa demuestra lo siguiente:

“[...] la necesidad de trascender la perspectiva estrictamente interestatal. El hecho de que el mecanismo por el que la CIJ resuelve los contenciosos que se le someten sea un mecanismo interestatal no implica en modo alguno que la argumentación de la Corte deba revestir asimismo un carácter estrictamente interestatal. En el marco de la presente causa, relativa a las armas nucleares y a la obligación de desarme nuclear, es necesario centrar la atención en los pueblos, y no en susceptibilidades interestatales. Es imprescindible tener en cuenta a la población mundial, de conformidad con una perspectiva humanista y a la luz del *principio de humanidad*” (párrs. 134 y 135).

39. La presente causa, relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*, pone de relieve la enorme importancia de los principios generales del derecho internacional, como el principio de la igualdad jurídica de

los Estados (apartado XI). Los principios generales del derecho (*prima principia*) constituyen los cimientos sobre los que se asientan todos los sistemas jurídicos, sustentan y definen sus normas, orientan la aplicación de estas y ponen de relieve la prevalencia del *ius necessarium* sobre el *ius voluntarium* (véase lo señalado más adelante).

40. Las desigualdades de hecho y la estrategia de “disuasión” no pueden prevalecer sobre la igualdad jurídica de los Estados; la “disuasión” no puede seguir ignorando la claridad de las diferentes series de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en las que se expresa una *opinio iuris communis* que condena el desarrollo y el uso de armas nucleares (apartado XII). Tal como sostienen también los principios generales del derecho internacional y la doctrina jurídica internacional —añade el Magistrado Cançado Trindade—, el desarrollo y el uso de armas nucleares constituyen una infracción del derecho internacional, del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, de la Carta de las Naciones Unidas y del *ius cogens*, por sus consecuencias devastadoras y el sufrimiento que pueden infligir a la humanidad en su conjunto (párrs. 142 y 143).

41. A su entender, la CIJ debería otorgar “mucho más importancia a la razón de humanidad” que a la razón de Estado que sustenta la estrategia de “disuasión” y debería “tener en cuenta a las personas y a los pueblos, al servicio de los cuales se crearon los Estados, en lugar de basarse solo en lo que supuestamente constituye la razón de Estado”. La razón de humanidad, a juicio del Magistrado, “prevalece sin duda sobre las consideraciones de la *realpolitik*” (párr. 143). El Magistrado añade que, en su opinión consultiva de 1996, la CIJ reconoció acertadamente la importancia del desarme nuclear completo (señalada en la serie de resoluciones de la Asamblea General), entendiendo este como una obligación de resultado y no de mera conducta (párr. 99), si bien manifiesta la siguiente objeción:

“[La CIJ] no evaluó las correspondientes consecuencias. De haberlo hecho, habría llegado a la conclusión de que el desarme nuclear no podía verse obstaculizado por la conducta de unos pocos Estados —los Estados poseedores de armas nucleares— que mantienen y modernizan sus propios arsenales de armas nucleares de conformidad con su estrategia de ‘disuasión’.

La estrategia de ‘disuasión’ tiene un componente suicida. Actualmente, en 2016 (transcurridos 20 años desde la opinión consultiva emitida por la CIJ en 1996 y atendiendo a la reiteración posterior de la obligación jurídica de desarme nuclear dimanante del derecho internacional tanto convencional como consuetudinario), ya no hay margen para la ambigüedad. Existe una *opinio iuris communis* sobre la ilegalidad de las armas nucleares, así como sobre la obligación consolidada de desarme nuclear, que constituye una obligación de resultado y no de mera conducta. La dogmática insistencia positivista en

la prohibición expresa de las armas nucleares no puede suprimir esa *opinio iuris*; por el contrario, dicha *opinio iuris* revela que el argumento basado en la inexistencia de una prohibición expresa carece de sentido, pues se sustenta en la estrategia destructiva y suicida de la ‘disuasión’” (párrs. 144 y 145).

42. El Magistrado Cançado Trindade concluye a este respecto que existe efectivamente una clara *opinio iuris communis* en cuanto a la ilegalidad y la prohibición de las armas nucleares, y que la supervivencia de la humanidad no puede supeditarse a la “voluntad” y la insistencia en salvaguardar “los intereses de seguridad nacionales” de un puñado de Estados privilegiados; la “conciencia jurídica universal está muy por encima de la ‘voluntad’ de cada Estado” (párr. 150).

43. Su siguiente línea argumental hace referencia a la ilegalidad de las armas nucleares y a la obligación de desarme nuclear (apartado XIII), y abarca los siguientes aspectos: *a*) la condena del desarrollo y el uso de todo tipo de armas de destrucción en masa; *b*) la prohibición de las armas nucleares (necesidad de aplicar un enfoque centrado en las personas y el derecho fundamental a la vida); *c*) las prohibiciones absolutas dimanantes del *ius cogens* y la humanización del derecho internacional; y *d*) los inconvenientes del positivismo jurídico. El Magistrado Cançado Trindade recalca la necesidad de aplicar un enfoque centrado en las personas en este ámbito, teniendo en cuenta el derecho fundamental a la vida (párrs. 176 a 189). Es preciso seguir centrando la atención en las consecuencias devastadoras y catastróficas del empleo de armas nucleares.

44. El Magistrado advierte de que, en el marco del proceso conducente al desarme nuclear, el destino de los pueblos del mundo no puede quedar supeditado al consentimiento individual de los Estados. Las prohibiciones absolutas de la privación arbitraria de la vida humana, de la imposición de tratos crueles, inhumanos o degradantes y de la imposición de sufrimientos innecesarios constituyen prohibiciones de *ius cogens* que se reflejan en el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional consuetudinario, lo que promueve el actual proceso histórico de *humanización* del derecho internacional (párrs. 190 a 193).

45. Asimismo, el Magistrado Cançado Trindade advierte de que la perspectiva positivista ignora indebidamente la *opinio iuris communis* relativa a la ilegalidad de todas las armas de destrucción en masa, incluidas las armas nucleares, así como la obligación de desarme nuclear, aspectos contemplados en el derecho internacional contemporáneo (párr. 199). El derecho internacional convencional y el derecho internacional consuetudinario van de la mano —añade— por lo que se refiere a la protección de la persona, como se pone de manifiesto en la cláusula de Martens, lo cual repercute en la prohibición de las armas nucleares (párrs. 201 a 209).

46. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, la existencia de armas nucleares es la tragedia contemporánea de la era nuclear; hoy, más que nunca, los seres humanos necesitan protegerse de sí mismos. Las armas nucleares carecen de ética y esta no puede desvincularse del derecho, como nos enseñó el pensamiento iusnaturalista (apartado XV). El Magistrado realiza la siguiente reflexión:

“En el ámbito del desarme nuclear, hoy en día nos enfrentamos, dentro del universo conceptual del derecho internacional, a carencias inexplicables o anomalías, cuando no disparates. Por ejemplo, en nuestros tiempos existen afortunadamente convenciones (de 1972 y 1993) en las que se prohíben las armas biológicas y químicas, pero hasta la fecha no existe ninguna prohibición convencional integral de este tipo relativa a las armas nucleares, que son mucho más destructivas. Tal prohibición no existe pese a que las armas nucleares atentan claramente contra las disposiciones del derecho internacional, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de las Naciones Unidas.

¿Tiene esto algún sentido? ¿Puede el derecho internacional prescindir de la ética? A mi entender, la respuesta es: no, en absoluto. Al igual que el derecho y la ética van de la mano (en consonancia con lo propugnado por el pensamiento iusnaturalista), el propio conocimiento científico tampoco puede dissociarse de la ética. La producción de armas nucleares constituye un ejemplo del divorcio existente entre las consideraciones éticas y el progreso científico y tecnológico. De lo contrario, no se habrían diseñado armas capaces de aniquilar a millones de civiles inocentes y al conjunto de la humanidad.

Los principios de la *recta ratio*, que orientan la *lex praeceptiva*, emanan de la conciencia humana y afirman la existencia de una relación ineludible entre el derecho y la ética. Las consideraciones éticas deben orientar los debates sobre el desarme nuclear. Las armas nucleares, capaces de destruir a la humanidad en su conjunto, portan el mal en sí mismas. Dichas armas ignoran a la población civil y hacen caso omiso de los principios de necesidad, distinción y proporcionalidad. Asimismo, pasan por alto los principios humanitarios, no respetan en absoluto el derecho fundamental a la vida y constituyen herramientas completamente ilegales e ilegítimas rechazadas por la *recta ratio*, que dotó al *ius gentium*, en su evolución histórica, de fundamentos éticos y de su carácter universal” (párrs. 211 a 213).

47. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, la humanidad es un sujeto de derechos (como propugnaban los “padres fundadores” del derecho internacional) en el ámbito del nuevo *ius gentium* humanizado y, como sujeto de derechos, la humanidad ha venido siendo víctima potencial de las armas nucleares desde hace ya mucho tiempo. Esta visión

humanista se centra en los pueblos y tiene en cuenta los fines humanos de los Estados.

48. A juicio del Magistrado Cançado Trindade, no es posible abordar la tragedia contemporánea que representan las armas nucleares desde “la perspectiva miope del derecho positivo en exclusiva”; las armas nucleares y el resto de las armas de destrucción en masa carecen de ética y de fundamento alguno basado en el derecho internacional (derecho de gentes). Este tipo de armas atenta de manera flagrante contra los principios fundamentales de tal derecho y contra los del derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de las Naciones Unidas, además de constituir una manifestación contemporánea “del mal, en su perenne trayectoria cuyo origen se remonta al libro del Génesis”. El pensamiento iusnaturalista, “siempre abierto a las consideraciones éticas”, pone de relieve y desecha los efectos perjudiciales de la estrategia de “disuasión”, de creación e imposición del miedo; “la humanidad es víctima de dicha estrategia” (párr. 217).

49. La siguiente línea argumental del Magistrado Cançado Trindade se centra en el *principio de humanidad* (párr. 221) y la aplicación de un enfoque universalista, en cuyo marco el *ius necessarium* supera las limitaciones del *ius voluntarium* (apartado XVI). El Magistrado recuerda que, en diversas ocasiones, ha subrayado en sus opiniones separadas emitidas en el marco de la CIJ —y, anteriormente, en el seno de otro tribunal internacional (la Corte Interamericana de Derechos Humanos)— lo siguiente:

“Desde su origen histórico en el siglo XVI, se consideró que el derecho internacional (derecho de gentes) abarcaba no solo a los Estados (que empezaban a surgir por aquel entonces), sino también a los pueblos, a la persona (a título individual o considerada en grupo) y a la humanidad en su conjunto. La perspectiva estrictamente interestatal se definió mucho más tarde a partir del surgimiento del reduccionismo de Vattel a mediados del siglo XVIII, que se puso de moda a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, con las desastrosas consecuencias conocidas por todos —las sucesivas atrocidades sufridas por los seres humanos y los pueblos en distintas regiones del mundo— que tuvieron lugar a lo largo de todo el siglo pasado. En la actual era nuclear, que abarca los siete últimos decenios, la humanidad en su conjunto se halla bajo amenaza” (párr. 223).

50. La obligación convencional y consuetudinaria de desarme nuclear —continúa señalando el Magistrado— pone de relieve otro aspecto:

“La cuestión de la *validez* de las normas jurídicas internacionales va, al fin y al cabo, más allá de lo estrictamente jurídico. El derecho internacional no puede permanecer indiferente a los valores, los principios generales del derecho y las consideraciones éticas; en primer lugar, debe determinar qué se necesita —por ejemplo, un mundo libre de armas nucleares— para garantizar la su-

pervivencia de la humanidad. Esta noción del derecho es anterior al derecho internacional positivo y está en consonancia con el pensamiento iusnaturalista [...].

A la luz de la conciencia humana, resulta evidente que esas armas, capaces de aniquilar al conjunto de la humanidad, son ilícitas, están prohibidas y constituyen una vulneración manifiesta de lo contemplado en el *ius cogens*” (párrs. 231 a 233).

51. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade aborda otros aspectos del asunto en cuestión mencionados por las partes en litigio en la presente causa, relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*, y señala que la *opinio iuris communis necessitatis*, sobre la que se sustenta la obligación consuetudinaria y convencional de desarme nuclear, se plasmó, en primer lugar, en las Conferencias de Examen del TNP celebradas entre 1975 y 2015 (apartado XVII).

52. En segundo lugar, cabe señalar que lo mismo ocurrió con la correspondiente creación de las zonas libres de armas nucleares (apartado XVIII), medida que beneficia en última instancia a la humanidad en su conjunto (párr. 257). Sin duda, para la creación de esas zonas se tuvieron en cuenta los aspectos fundamentales de la humanidad mediante la aprobación en 1967 del Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (Tratado de Tlatelolco), a la que siguió la aprobación de otros cuatro tratados similares en distintas regiones del mundo, a saber: el Tratado sobre la Zona Desnuclearizada del Pacífico Sur (Tratado de Rarotonga), de 1985; el Tratado sobre la Zona Libre de Armas Nucleares de Asia Sudoriental (Tratado de Bangkok), de 1995; el Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en África (Tratado de Pelindaba), de 1996; y el Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en Asia Central (Tratado de Semipalatinsk), de 2006 (así como sus respectivos Protocolos).

53. La creación de esas zonas libres de armas nucleares constituye ciertamente un reflejo de la creciente desaprobación que la comunidad internacional en su conjunto manifiesta hacia las armas nucleares (párr. 250). A la creación de las cinco zonas citadas anteriormente cabe añadir otras iniciativas emprendidas contra este tipo de armas —continúa señalando el Magistrado Cançado Trindade—, por ejemplo, la prohibición del emplazamiento de armas nucleares y otros tipos de armas de destrucción en masa en el espacio ultraterrestre, en los fondos marinos y oceánicos y en el subsuelo más allá del límite exterior de la zona territorial de los fondos marinos, entornos “desnuclearizados” gracias al Tratado Antártico (1959), el Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre (1967) y el Tratado sobre los Fondos Marinos (1971), respectivamente, a los que puede sumarse el Acuerdo que Debe Regir las Actividades de los Estados en la Luna y Otros Cuerpos Celestes (1979), por el cual se estableció la desmilitarización completa de estos (párr. 261).

54. El hecho de que la comunidad internacional cuente actualmente con cinco zonas libres de armas nucleares, en relación con las cuales los Estados poseedores de armas nucleares tienen una responsabilidad especial, “pone de manifiesto un triunfo innegable de la recta razón, la *recta ratio* sobre la que se fundamenta el derecho internacional contemporáneo”. Además, la iniciativa de las zonas libres de armas nucleares sigue ganando terreno con claridad: en los últimos años, se han venido examinando diversas propuestas orientadas a crear nuevas zonas desnuclearizadas similares, además de la denominada zona en un solo Estado (por ejemplo, Mongolia). Todo esto “refleja el aumento de la desaprobación manifestada por la comunidad internacional en su conjunto hacia las armas nucleares, que, en vista de su enorme capacidad destructiva, atentan contra la recta razón (*recta ratio*)” (párr. 262).

55. Por último, en tercer lugar, cabe destacar que se ha producido una evolución similar de los acontecimientos con respecto a las recientes Conferencias sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares (apartado XIX) —celebradas, respectivamente, en Oslo (marzo de 2013), en Nayarit (febrero de 2014) y en Viena (diciembre de 2014)— cuya causa común consistía en lograr y mantener un mundo libre de armas nucleares. Esta reciente serie de Conferencias —analizada por el Magistrado Caçado Trindade— puso de relieve las consecuencias humanitarias de las armas nucleares y “volvió a situar la preocupación por los seres humanos y los pueblos en una posición central”; así pues, tales eventos “resaltaron la importancia de la dimensión humana que entrañaba la cuestión en su conjunto y procuraron despertar la conciencia de toda la comunidad internacional, además de mejorar la necesaria coordinación humanitaria en este ámbito” (párr. 265).

56. Habida cuenta de sus efectos devastadores, las armas nucleares jamás deberían haberse diseñado ni fabricado. En las Conferencias de Nayarit y Viena, los participantes escucharon los conmovedores testimonios de algunos *hibakusha* (supervivientes de los bombardeos atómicos de Hiroshima y Nagasaki), quienes relataron la terrible devastación causada a esas ciudades y a sus habitantes por las explosiones atómicas (en particular el fallecimiento de víctimas quemadas vivas, carbonizadas o vaporizadas, así como los efectos a largo plazo de la exposición a las radiaciones, entre ellos, el nacimiento de “bebés con rasgos monstruosos” y el sufrimiento causado por casos de “cáncer de tiroides, cáncer de hígado y todo tipo de enfermedades cancerosas radiogénicas”, cuyo Noero ha ido aumentando con los años y se ha saldado con la muerte de numerosos supervivientes a lo largo de 70 años) (párrs. 273 y 281).

57. Esta reciente serie de Conferencias sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares contribuyó a aumentar la comprensión de las consecuencias y los riesgos de las detonaciones nucleares y demostró los devastadores efectos, tanto inmediatos como a mediano y largo plazo, de la utilización

y el ensayo de armas nucleares; tales eventos se centraron en mayor medida en el marco jurídico (y sus correspondientes lagunas) en relación con las armas nucleares (párrs. 284, 285 y 287 a 291). Como parte de la lucha contra este tipo de armas y a raíz de la Conferencia de Viena, se formuló el denominado “Compromiso Humanitario”, que, en abril de 2016, contaba con el respaldo oficial de 127 Estados (párr. 292 a 294).

58. Llegado a este punto, el Magistrado Caçado Trindade concluye, con respecto a estas iniciativas recientes (véase lo expuesto con anterioridad), lo siguiente:

“[Dichas iniciativas] han puesto de relieve acertadamente las graves consecuencias humanitarias de las detonaciones de armas nucleares. El replanteamiento de la cuestión en su conjunto desde un enfoque centrado en las personas me parece una solución especialmente lúcida y necesaria, teniendo en cuenta la falta de fundamento de la estrategia de ‘disuasión’ y las consecuencias catastróficas de la utilización de armas nucleares. [...]”

Habida cuenta de que la obligación de desarme nuclear constituye una obligación de resultado, la aplicación de un enfoque ‘gradual’ no puede prorrogarse indefinidamente, pues supone empecinarse en que la espada nuclear de Damocles siga pendiendo sobre nuestras cabezas. El enfoque ‘gradual’ no ha dado ningún resultado concreto importante hasta la fecha y parece hacer caso omiso de los numerosos pronunciamientos de las Naciones Unidas que respaldan la obligación de desarme nuclear (véase lo señalado anteriormente). Al fin y al cabo, la prohibición absoluta de las armas nucleares, que engloba múltiples aspectos, constituye una prohibición de *ius cogens* (véase lo señalado anteriormente). Dichas armas, según se puso de manifiesto en las Conferencias sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares, son esencialmente inhumanas, lo que hace que la estrategia de ‘disuasión’ carezca de fundamento y resulte insostenible” (párrs. 295 y 296).

59. Además, las iniciativas examinadas en la presente opinión disidente (las Conferencias de Examen del TNP, la creación de zonas libres de armas nucleares y las Conferencias sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares) —a las que las partes en litigio hicieron referencia en el transcurso del proceso llevado a cabo ante la CIJ en el marco de la causa relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*— “trascendieron la perspectiva interestatal”. En opinión del Magistrado Caçado Trindade, “existe una gran necesidad, en este ámbito, de seguir mirando más allá de los Estados y atender a la lucha por la supervivencia de los pueblos y la humanidad en nuestros tiempos” (párr. 299).

60. Tras recordar que las armas nucleares “han estado vinculadas, desde sus orígenes, con una capacidad de destrucción abrumadora” (párr. 300), el Magistrado Caçado Trindade pasa a exponer su análisis final (apartado XX). A

su entender, la *opinio iuris communis* —a cuya generación han contribuido las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas— tiene una dimensión mucho más amplia que la del elemento subjetivo de la costumbre y constituye un aspecto fundamental en el surgimiento de un derecho de conciencia orientado a librar al mundo de la amenaza inhumana que suponen las armas nucleares.

61. Las resoluciones de las Naciones Unidas (tanto las de la Asamblea General como las del Consejo de Seguridad) se aprueban en nombre de la propia Organización (y no solo en nombre de los Estados que hayan votado a favor de ellas); por lo tanto, resultan válidas para *todos* los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Entre los órganos principales de las Naciones Unidas, cabe destacar el papel desempeñado por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y el Secretario General, cuyas aportaciones a la cuestión del desarme nuclear han sido constantes y notables a lo largo de los años. La CIJ, como principal órgano judicial de las Naciones Unidas, debe tener en cuenta las consideraciones fundamentales de humanidad, pues influyen en las cuestiones de admisibilidad y competencia, así como en las relacionadas con el derecho sustantivo.

62. La *opinio iuris* cuenta ya con una larga trayectoria en el pensamiento jurídico y goza actualmente de una amplia dimensión. Ya en el siglo XIX, la denominada “escuela histórica” del pensamiento jurídico y la filosofía del derecho, “en respuesta a la concepción voluntarista, desechó paulatinamente la ‘voluntad’ de los Estados, desviando la atención hacia la *opinio iuris* y exigiendo que la práctica constituyese una expresión auténtica de la ‘conciencia jurídica’ de las naciones y los pueblos”. Con el paso del tiempo, el reconocimiento del predominio de la conciencia sobre la “voluntad” fue afianzándose, como “reacción ante la reticencia de algunos Estados a acatar las normas relativas a asuntos de interés general o común para la comunidad internacional” (párr. 303). El Magistrado Cançado Trindade añade lo siguiente:

“La *opinio iuris* se convirtió en un elemento fundamental para la propia *formación* del derecho internacional, un *derecho de conciencia*. Esto redujo la influencia unilateral de los Estados más poderosos, fomentando la creación de un derecho internacional en beneficio del interés público y en aras del bien común de la comunidad internacional en su conjunto.

Se pasó a considerar que los fundamentos del ordenamiento jurídico internacional eran elementos independientes de la ‘voluntad’ de cada Estado y que la trascendían; la *opinio iuris communis* vino a constituir la expresión de la ‘conciencia jurídica’, ya no solo de las naciones y los pueblos —como sostuvo en el pasado la ‘escuela histórica’—, sino de la comunidad internacional en su conjunto, iniciándose con ello el camino hacia la universalización del derecho internacional. A mi juicio, es este derecho

internacional de conciencia el que se inclina en particular por el desarme nuclear en aras de la supervivencia de la humanidad” (párrs. 304 y 305).

63. El Magistrado Cançado Trindade recuerda además que, a lo largo de los años, ha repudiado sistemáticamente el “positivismo voluntarista”, como hace en la presente opinión disidente, con respecto a “la obligación internacional consuetudinaria y convencional de poner fin a la producción de armas nucleares”, con el fin de “librar al mundo de su inhumana amenaza” (párrs. 307 a 309). A continuación, realiza la siguiente reflexión sobre las resoluciones de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas relativas al asunto que nos ocupa y analizadas en la presente opinión:

“[Tales resoluciones] se aprueban, no en nombre de los Estados que votaron a favor de ellas, sino más concretamente en nombre de la propia Organización (de sus respectivos órganos), por lo que resultan *válidas para todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas*. [...] Las Naciones Unidas están dotadas de personalidad jurídica internacional propia, lo que les permite actuar en el plano internacional como entidad autónoma, independiente de cada uno de los Estados Miembros; de este modo, defienden la igualdad jurídica de todos los Estados y mitigan la preocupante vulnerabilidad de aquellos Estados objetivamente más débiles, como los Estados no poseedores de armas nucleares; en este sentido, persiguen —a través del multilateralismo— el bien común y el logro de los objetivos comunes de la comunidad internacional en su conjunto, entre ellos el desarme nuclear.

No es posible que un pequeño grupo de Estados —como los Estados poseedores de armas nucleares— ignore o minimice la importancia de esas resoluciones aprobadas reiteradamente, cuya vigencia se ha prolongado a lo largo del tiempo, simplemente por haber votado en contra de ellas o haberse abstenido en su votación. Una vez aprobadas, dichas resoluciones son válidas para todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Se trata de resoluciones de la propia Organización y no solo de la gran mayoría de sus Estados Miembros que votaron a favor de ellas. Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, donde se abordan reiteradamente asuntos que preocupan a la humanidad en su conjunto (como las armas nucleares existentes), gozan en mi opinión de valor normativo y no puede otorgárseles la debida consideración desde una perspectiva voluntarista del Estado, sino que exigen la aplicación de un enfoque diferente que se aleje de un planteamiento estrictamente voluntarista-positivista” (párrs. 310 y 311).

64. Esas resoluciones —continúa señalando— “se inspiran en los principios generales del derecho internacional, que, por su parte, reflejan los valores y las aspiraciones de la comunidad internacional en su conjunto, de toda la humanidad”. Los valores plasmados en estos *prima principia* “consti-

tuyen la fuente de inspiración de todos los ordenamientos jurídicos y, en última instancia, sus fundamentos” (párr. 312). En opinión del Magistrado Cançado Trindade, los principios generales del derecho (*prima principia*) tienen la siguiente función:

“Confieren al ordenamiento jurídico (tanto nacional como internacional) su ineludible dimensión axiológica. No obstante, el positivismo jurídico y el ‘realismo’ político, debido a su característica subordinación al poder, incurren en el error fundamental de minimizar esos principios, que constituyen los fundamentos de cualquier sistema jurídico y sustentan y definen las normas y las medidas adoptadas en virtud de ellos, con el objetivo de lograr que se haga justicia. Siempre que se han minimizado esos principios, las consecuencias han sido desastrosas” (párr. 313).

65. En los últimos decenios, dichos principios han contribuido a generar un vasto *corpus iuris* sobre asuntos que atañen a la comunidad internacional en su conjunto y han permitido superar el tradicional paradigma interestatal del ordenamiento jurídico internacional. Este hecho ya no puede ignorarse en nuestros tiempos: el mecanismo interestatal por el que la CIJ resuelve los contenciosos “no puede utilizarse para justificar una argumentación basada en un punto de vista interestatal”. Como “principal órgano judicial” de las Naciones Unidas, la CIJ tiene la siguiente obligación:

“La CIJ ha de tener en cuenta no solo a los Estados, sino también a ‘nosotros, los pueblos’, en cuyo nombre se aprobó la Carta de las Naciones Unidas. En las sentencias internacionales dictadas en relación con los contenciosos que se le someten, como es el caso de la presente causa relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*, la CIJ debe tener en cuenta las consideraciones fundamentales de humanidad y su correspondiente repercusión en las cuestiones de admisibilidad y competencia, así como en las del derecho sustantivo” (párr. 314).

66. Por último, pero no por ello menos importante, el Magistrado Cançado Trindade manifiesta en su epílogo (apartado XXI) la impresión de hallarse en paz con su propia conciencia, al exponer los fundamentos de su propia postura personal en la causa en cuestión, que “se opone de manera clara y absoluta a la opinión respaldada por la mayoría de la Corte”. A su entender, se da la siguiente circunstancia:

“Se ha sometido una controversia a la Corte, que tiene competencia para pronunciarse sobre la causa. Existe una obligación de desarme nuclear dimanante del derecho internacional tanto convencional como consuetudinario. La Corte únicamente podría dictaminar si ha habido un incumplimiento concreto de esta obligación en la fase de examen del fondo de la presente causa” (párr. 315).

67. La postura disidente del Magistrado Cançado Trindade “se basa no solo en la evaluación de los alegatos formulados ante la Corte por las partes en litigio, sino, sobre todo, en cuestiones de principio y en valores fundamentales que considero aún más importantes” (párr. 316). En conclusión —añade— “un mundo en el que existen arsenales de armas nucleares, como es el nuestro, está destinado a destruir su pasado, supone una peligrosa amenaza en el presente y carece de todo futuro. Las armas nucleares allanan el camino hacia la nada” (párr. 331). El Magistrado opina, además, lo siguiente:

“La Corte Internacional *de Justicia*, como principal órgano judicial de las Naciones Unidas que es, debería haber mostrado en el presente fallo más sensibilidad al respecto y haber intervenido en el debate sobre un asunto que constituye una de las principales preocupaciones de la comunidad internacional más vulnerable y, ciertamente, de la humanidad en su conjunto” (párr. 331).

### Declaración de la Magistrada Xue

La Magistrada Xue vota a favor del fallo porque está de acuerdo con la decisión de la Corte de desestimar la causa por falta de competencia. A pesar de ello, desea formular dos observaciones sobre dicho fallo.

La primera de ellas guarda relación con el enfoque adoptado por la Corte para determinar la existencia de controversia. En el fallo, la Corte considera que las pruebas que se presentaron no demostraban que existiese controversia entre las partes en relación con el objeto de la demanda cuando las Islas Marshall incoaron el proceso y, por consiguiente, no se cumple la condición que le otorga competencia. La Corte llega a esta conclusión basándose principalmente en que, en ningún momento, las Islas Marshall facilitaron información detallada alguna a la India, ya fuese verbalmente o mediante su comportamiento, que hiciera posible que este último país tuviese conocimiento de que las Islas Marshall habían presentado una demanda judicial contra él por el incumplimiento de su obligación internacional de negociar en materia de desarme nuclear.

La Magistrada Xue señala que la Corte no aborda las demás excepciones planteadas por la parte demandada, sino que desestima la causa basándose únicamente en la constatación de la inexistencia de controversia entre las partes en el momento de interponerse la demanda. Por lo tanto, cabe esperar que surjan interrogantes sobre la conveniencia de aplicar este enfoque formal y restrictivo. Habida cuenta del ejercicio de flexibilidad judicial realizado por la Corte en el pasado al abordar defectos de procedimiento, resulta discutible que la inexistencia de controversia entre las partes en el momento de interponerse la demanda pueda constituir por sí sola un fundamento sólido para que la Corte desestime la causa; las Islas Marshall podrían volver a presentar inmediatamente una nueva demanda con el mismo propósito, dado

que, sin duda, la controversia se habrá afianzado a estas alturas. Por economía judicial, las circunstancias actuales parecen exigir realismo y flexibilidad.

El apoyo de la Magistrada Xue a la decisión de la Corte obedece a tres motivos. En primer lugar, a su juicio, debe existir un requisito mínimo por el que se exija a la parte demandante que demuestre a la Corte la existencia de controversia entre las partes antes de incoar la causa. Las pruebas presentadas por las Islas Marshall a tal efecto son claramente insuficientes. Dicho país se basa en gran medida en las posturas defendidas por las partes durante el presente proceso para demostrar que la reivindicación de una de ellas se enfrenta a la oposición manifiesta de la otra. Como señala la Corte, si se aceptase ese argumento, la condición de la existencia de controversia quedaría prácticamente despojada de todo valor y significado. Más aún: en opinión de la Magistrada, se socavaría la confianza de los Estados en la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte.

En segundo lugar, aunque la notificación y las conversaciones diplomáticas previas no constituyan un requisito para determinar la existencia de controversia, debería desalentarse la litigación “por sorpresa”. Todos los medios de solución pacífica, incluidos los recursos judiciales, están orientados a resolver las controversias. Siempre que las circunstancias lo permitan, la demostración clara de la interposición de una demanda judicial a la parte responsable facilitará el proceso de negociación y solución. La Corte podrá tener en cuenta la conducta de las partes posterior a la presentación de la demanda como prueba adicional para certificar tanto su competencia como la admisibilidad, si bien la flexibilidad judicial habrá de ejercerse dentro de unos límites razonables.

En tercer lugar, la competencia de la Corte se basa en la reciprocidad. La presente causa difiere de las causas anteriores en que la Corte aplicó un enfoque flexible al abordar ciertos defectos de procedimiento. La Magistrada Xue observa que las Islas Marshall no incoaron el proceso simplemente para proteger sus propios intereses, pese a ser un país perjudicado por las armas nucleares. La causa atiende más bien al interés de la comunidad internacional. Si bien la Corte reconoció la existencia de obligaciones *erga omnes* dimanantes del derecho internacional en la causa relativa a la empresa *Barcelona Traction (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España))* (segunda fase), fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 32, párr. 33), no abordó la cuestión de la legitimación para emprender acciones (*locus standi*), aún pendiente de tomar cuerpo en el derecho internacional.

En cuanto a su segunda observación, la Magistrada Xue lamenta enormemente que la Corte deje de abordar algunas de las demás excepciones planteadas por la parte demandada. La India alega, entre otras cuestiones, que, sobre la base del denominado “principio del *Oro amonedado*”, la Corte no puede pronunciarse sobre la presunta controversia en ausencia del resto de los Estados poseedores de armas nucleares. Además, sostiene que la supuesta obligación de negociar exi-

ge la participación de todos los Estados poseedores de armas nucleares, así como la de otros Estados. Por consiguiente, una decisión vinculante para las Islas Marshall y la India no podría surtir el efecto deseado.

En opinión de la Magistrada, estas excepciones merecen un análisis inmediato por parte de la Corte en la fase preliminar, ya que la respuesta al respecto tendría una repercusión directa en la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda. De haber actuado así, la Corte estaría en mejor posición para demostrar que, en lo que respecta a las cuestiones de competencia y admisibilidad, la demanda de las Islas Marshall no adolecía de un único defecto de procedimiento.

La Magistrada Xue recuerda la opinión consultiva emitida por la Corte sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, en la que se afirmó que “cualquier aspiración al desarme general y completo, en especial al desarme nuclear, pasaba por la cooperación de *todos los Estados*” (*Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 264, párr. 100; sin cursiva en el original) y que la obligación dimanante del Artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares no constituía una mera obligación de comportamiento, sino la obligación de lograr un resultado concreto.

La Magistrada Xue observa que han transcurrido 20 años desde la emisión de aquella opinión consultiva y que se ha producido un fracaso colectivo, pero que la cuestión que se plantea en la presente causa es si ese fracaso puede traducirse en una serie de controversias bilaterales que puedan abordarse por separado. La Magistrada se pregunta si ese posible desacuerdo existente entre algunos Estados poseedores de armas nucleares, por un lado, y los Estados no poseedores de armas nucleares, por otro, en torno al cese de la carrera de armamentos nucleares y el proceso de negociación sobre el desarme nuclear puede considerarse una controversia en el sentido de lo dispuesto en los Artículos 36 y 38 del Estatuto. Asimismo, se pregunta si correspondería a la Corte resolver una controversia semejante mediante un proceso contencioso, suponiendo que dicha controversia ya existiese en el momento de interponerse la demanda o se hubiera afianzado posteriormente. En su opinión, la Corte hace demasiado hincapié en la manera en que puede materializarse una controversia, pero no presta suficiente atención a la naturaleza de la que, según alegan las Islas Marshall, existía entre este país y la India.

### Declaración de la Magistrada Donoghue

La Magistrada Donoghue señala que los criterios en virtud de los cuales la Corte dictamina la existencia de controversia no figuran en su Estatuto, sino en la argumentación de los fallos de la Corte. Esto exige aclarar dichos criterios para su aplicación sistemática. La Magistrada Donoghue considera que la investigación de la Corte sobre la existencia de con-

troversia reflejada en el presente fallo sigue el razonamiento expuesto en la jurisprudencia reciente de dicho órgano.

En cuanto a la afirmación de las Islas Marshall de que las declaraciones antagónicas formuladas por las partes durante el proceso ante la Corte pueden bastar para establecer la existencia de controversia, la Magistrada Donoghue considera que, en sus fallos dictados recientemente, la Corte no ha determinado la existencia de controversia basándose únicamente en las declaraciones de las partes ante ella, sino que se ha atenido al principio de que las pruebas deben demostrar que existía una controversia en la fecha de interposición de la demanda, tal como está haciendo en la presente causa.

Con respecto al argumento de las Islas Marshall relativo a la necesidad de que la Corte deduzca la existencia de controversia de la yuxtaposición de las declaraciones de este país y la conducta de la parte demandada, la Magistrada Donoghue observa que la norma objetiva aplicada en este caso para analizar las pruebas es coherente con la jurisprudencia reciente de la Corte. La cuestión esencial radica en dilucidar si las declaraciones de la parte demandante hacían referencia al objeto de la demanda interpuesta contra la parte demandada —es decir, “la cuestión sometida a la Corte” en la demanda— con la claridad suficiente para que esta última parte “supiese o no pudiese ignorar” lo que la parte demandante le reclamaba. Dado que no fue así, no había motivo alguno para esperar una respuesta de la parte demandada ni para que la Corte pudiese deducir la existencia de antagonismo de la presunta conducta invariable de dicha parte. Por consiguiente, cabe concluir que no existían opiniones antagónicas, ni controversia alguna, en la fecha de interposición de la demanda.

### **Declaración del Magistrado Gaja**

Tras haber concluido que no existía ninguna controversia entre las partes en la fecha en que se interpuso la demanda, la Corte decidió no examinar las demás excepciones planteadas por los Estados demandados. Dado el surgimiento evidente de controversias a partir de esa fecha, habría sido preferible que la Corte examinase también otras excepciones formuladas por los Estados demandados, que probablemente volverán a ser objeto de litigio si las Islas Marshall presentan nuevas demandas.

### **Opinión separada de la Magistrada Sebutinde**

El objeto y propósito de la Carta de las Naciones Unidas es el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y es este objeto y propósito el que guía la labor de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), como principal órgano judicial de las Naciones Unidas, en el cumplimiento de su mandato de dirimir las controversias interestatales sobre la base del derecho internacional. La importancia de tal objeto y propósito de las Naciones Unidas se pone de manifiesto ante la

amenaza para la paz y la seguridad internacionales que plantean las armas nucleares.

El objeto de la controversia entre las partes es el presunto incumplimiento por la República de la India de la obligación internacional derivada del derecho internacional consuetudinario de celebrar de buena fe y concluir negociaciones encaminadas a lograr el desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un control internacional estricto y eficaz. Tanto la República de las Islas Marshall como la India formularon declaraciones en virtud de la cláusula facultativa del Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la CIJ, en los años 2013 y 1974 respectivamente, en las que aceptaban la jurisdicción obligatoria de la Corte. Sin embargo, la existencia de controversia constituye un requisito previo para el ejercicio de esa jurisdicción.

Corresponde a la Corte (y no a las partes) la función de determinar objetivamente si, en el momento en que se interpuso la demanda, existía “un desacuerdo sobre un aspecto de derecho o de hecho o bien un conflicto de opiniones jurídicas o intereses” entre dichas partes en relación con el asunto mencionado anteriormente. La jurisprudencia de la Corte demuestra que esta ha adoptado, en el ejercicio de tal función, un enfoque flexible que concede más importancia al contenido de las pruebas, incluida la conducta de las partes, que a las cuestiones de forma o de procedimiento. El enfoque y el razonamiento utilizados por la mayoría para concluir la inexistencia de controversia entre las partes en la presente causa no solo se basan exclusivamente en aspectos formales y de procedimiento, sino que también resultan inflexibles en la medida en que no tienen debidamente en cuenta la conducta de las partes. La aplicación de un enfoque sustantivo más flexible, que analizase la conducta de las partes como prueba pertinente, habría demostrado que la República de las Islas Marshall y la India mantenían claramente opiniones antagónicas en relación con el objeto de la presente controversia.

Por último, al insistir en que, para determinar la existencia de controversia, la parte demandante debe demostrar que el Estado demandado “sabía o no podía ignorar que dicha parte había expresado una oposición manifiesta a su punto de vista”, la mayoría ha introducido un nuevo criterio jurídico ajeno a la jurisprudencia establecida por la Corte que eleva indebidamente el umbral de prueba. Además de hacer hincapié inadecuadamente en la forma en detrimento del contenido, este nuevo criterio jurídico de “conocimiento” introduce cierto grado de subjetividad en una ecuación en la que debería mantenerse la objetividad, al exigir que tanto la parte demandante como la Corte penetren en la mente del Estado demandado. La jurisprudencia en que se basa la mayoría para adoptar este nuevo criterio no es aplicable a la presente causa.

## Opinión separada del Magistrado Bhandari

En su opinión separada, el Magistrado Bhandari reitera su acuerdo con las conclusiones del fallo dictado por mayoría. No obstante, desea desarrollar los fundamentos de la argumentación del fallo y se propone abordar otro aspecto de la presente causa, a saber, que la Corte debería haber analizado las demás excepciones preliminares formuladas por la India, dado que las cuestiones planteadas en la causa afectan no solo a las partes, sino a toda la humanidad.

El Magistrado Bhandari afirma que, de conformidad con el Estatuto y la jurisprudencia de la Corte, esta únicamente podía ejercer su jurisdicción en caso de controversia entre las partes. Por tanto, lo que debe dilucidarse es si, a través de los documentos, las alegaciones y la conducta de las partes, se puede determinar la existencia de controversia entre ellas en el momento de interponerse la demanda con arreglo a lo dispuesto en los instrumentos jurídicos aplicables y la jurisprudencia de la Corte. A continuación, el Magistrado hace referencia a las disposiciones pertinentes del Estatuto (Artículos 36, párrafo 2, y 38, párrafo 1), la definición del término “controversia” y la invocación por el demandado de las causas relativas al *África Sudoccidental*, la causa relativa a la *Jurisdicción en materia de pesquerías (España c. Canadá)* y las causas relativas a los *Ensayos nucleares*. Posteriormente, recuerda que, para determinar la existencia de controversia, la Corte analizó con detalle las conversaciones diplomáticas, los documentos y las declaraciones de las partes (*Georgia c. Federación de Rusia y Bélgica c. Senegal*) a fin de establecer si existía “un desacuerdo sobre un aspecto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o intereses” (*Concesiones Mavrommatis en Palestina*). Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Magistrado considera apropiado resumir los documentos, las alegaciones y las pretensiones de las partes a fin de determinar si realmente existía una controversia entre ellas en el momento de la interposición de la demanda.

El Magistrado Bhandari comienza este análisis con un examen de las pretensiones formuladas por las Islas Marshall en su demanda y durante el procedimiento oral, en que se reconoce que, en efecto, la India está a favor del desarme, tal y como ha afirmado públicamente y en repetidas ocasiones. Además, recuerda que el demandante reconoce que la India apoyó, como ha hecho de forma continuada desde los días previos a su independencia, el llamamiento en pro del desarme nuclear.

La India, en calidad de Estado demandado, presentó un gran Noero de documentos y alegaciones para demostrar que su política en materia nuclear no ha cambiado desde su independencia, al margen de los distintos partidos y políticos que de forma alterna han gobernado y representado al país. El caso de la India se ha examinado a la luz del Estatuto y la jurisprudencia de la Corte. Se han tenido en cuenta todos los documentos y alegaciones presentados desde 1945, cuando se utilizaron por primera vez armas nucleares, hasta

la fecha, y la irrefutable conclusión es que la India ha mantenido una posición coherente y firme en materia de desarme.

Además, se recordó la convergencia de las posiciones de las partes al hacer referencia a la intervención del representante del Estado demandado durante el procedimiento oral, quien declaró que “de hecho, en la Conferencia [de Nayarit] las partes coincidieron en su posición sobre la necesidad de alcanzar el desarme nuclear”. Se desprende claramente de los extractos transcritos en la opinión que en las posiciones expresadas por las partes existen más puntos de convergencia que de divergencia. El desarme nuclear es una cuestión compleja y es evidente que las posiciones de las partes no son idénticas. Sin embargo, distan mucho de estar tan alejadas como para establecer la existencia de una controversia.

En su opinión separada, el Magistrado Bhandari dictamina que, en virtud de la aplicación del Estatuto y la jurisprudencia de la Corte, y a la luz de los documentos y alegatos presentados ante ella, no cabe sino concluir que no existe controversia alguna entre las partes y que, por consiguiente y sobre la base de los hechos expuestos, la Corte carece de competencia para conocer de la presente causa. El fallo de la mayoría, en lugar de analizar detenidamente estos aspectos, se centra sobre todo en el desconocimiento de la controversia latente por la parte demandada.

La Corte tiene libertad para elegir cualquier excepción preliminar al examinar su propia competencia y, en este sentido, suele optar por la más “directa y concluyente” (véase la causa relativa a *Ciertos empréstitos noruegos*). En la causa que nos ocupa, al esgrimir el desconocimiento por la parte demandada como motivo principal para desestimar la demanda, la Corte no ha optado por el fundamento más “directo y concluyente” de tal decisión, ya que la parte demandante puede subsanar fácilmente dicho desconocimiento mediante la debida notificación de la controversia a la parte demandada. En ese caso, la parte demandante podría simplemente volver a interponer una demanda ante la Corte, lo que sería un resultado no deseado y debería desalentarse. Las partes ya han presentado documentos, alegaciones y pretensiones *in extenso*. En vista de los hechos de la presente causa, la Corte debería haber analizado las demás excepciones preliminares. De lo contrario, la posible reapertura de la causa supondría el malgasto de los esfuerzos, el tiempo y los recursos que tanto las partes como la Corte han invertido ya en abordar este asunto.

Por consiguiente, el Magistrado Bhandari considera en su opinión separada que, ante los hechos de la presente causa, la Corte debería haber examinado el resto de las excepciones preliminares formuladas por la parte demandada, a saber: la falta de competencia por la ausencia en el proceso de partes fundamentales (“principio del *Oro amonedado*”), la falta de consecuencias prácticas del fallo dictado por la Corte y la aplicación de las reservas Noero 4, 5, 7 y 11 a la declaración de la India realizada en virtud de la cláusula facultativa del Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto, por la que se aceptó

la jurisdicción obligatoria de la Corte. Concretamente en relación con el “principio del *Oro amonedado*”, cabe recordar que, en su opinión consultiva de 1996 sobre las armas nucleares, la Corte consideró que cualquier iniciativa realista en pro del desarme general y completo requería la cooperación de todos los Estados. En definitiva, se trata de excepciones preliminares de carácter trascendental con respecto a las cuales la Corte debería haberse pronunciado.

### Opinión disidente del Magistrado Robinson

El Magistrado Robinson está en desacuerdo con la conclusión mayoritaria de que no existe controversia alguna en la presente causa.

La Carta de las Naciones Unidas ha asignado a la Corte un papel especial que le confiere una relevancia singular en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales a través del ejercicio de sus funciones judiciales. La decisión adoptada hoy por la mayoría no tiene en cuenta este papel.

La jurisprudencia de la Corte es coherente en cuanto al enfoque que ha de aplicarse para determinar la existencia de controversia, enfoque que no se refleja en el presente fallo. Según dicha jurisprudencia, debe adoptarse un planteamiento objetivo, flexible y pragmático para dictaminar si existe controversia. Uno de los principios consolidados en dicha jurisprudencia es que el surgimiento de una controversia tiene lugar cuando, en virtud de un análisis objetivo, se determina que existen “opiniones claramente antagónicas sobre la cuestión del cumplimiento o incumplimiento” de las obligaciones de un Estado (*Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania* (primera fase), opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 74). No hay un solo caso en la jurisprudencia de la Corte que legitime el planteamiento mayoritario de que, para determinar la existencia de controversia, es preciso constatar que la parte demandada tenía conocimiento de que la parte demandante había expresado una oposición manifiesta a su punto de vista. Si bien ese conocimiento puede constituir una prueba de la existencia de controversia, su consideración de requisito previo para determinar tal circunstancia supone desviarse de la investigación empírica y pragmática que la Corte tiene la obligación de llevar a cabo: una investigación centrada simplemente en dilucidar si las pruebas revelan o no la existencia de opiniones manifiestamente antagónicas.

La mayoría malinterpreta asimismo el sentido estricto de sus *dicta* y su propia jurisprudencia al concluir que las pruebas posteriores a la interposición de la demanda pueden servir simplemente para confirmar la existencia de controversia. El enfoque aplicado por la Corte a esta cuestión ha sido menos categórico e inflexible de lo que la mayoría pretende insinuar. La Corte ha otorgado una importancia considerable a las declaraciones formuladas durante el proceso, en particular a la negación de las acusaciones por parte del Estado demandado, no solo para confirmar, sino también

para determinar la existencia de controversia. Ello es completamente coherente con el enfoque flexible y pragmático que constituye la seña de identidad de la jurisprudencia de la Corte en esta materia. Sería más adecuado abordar la cuestión de la posibilidad de reacción de la parte demandada como aspecto relacionado con las garantías procesales, en lugar de como elemento del criterio determinante de la existencia de controversia.

Otro motivo para rechazar la decisión de la mayoría es que contraviene el principio de la buena administración de justicia, en el que la Corte ha hecho hincapié en más de una ocasión. La Corte se pronunció en contra de la aplicación de un enfoque conducente a lo que denominaba la “proliferación innecesaria de procesos” (*Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2008*, pág. 443, párr. 89). Una consecuencia peculiar del fallo dictado por mayoría es que, habida cuenta del fundamento de la desestimación de la demanda, la parte demandante podría, en teoría, presentar una nueva demanda contra la parte demandada.

Los hechos de la presente causa revelan la existencia de controversia entre ambas partes. Aunque el Magistrado Robinson está en desacuerdo con la postura mayoritaria y considera que el conocimiento no constituye un requisito previo para poder constatar la existencia de controversia, resulta difícil concluir que la parte demandada “no pudiese ignorar” el antagonismo existente entre las opiniones de las partes.

El presente dictamen por mayoría supone añadir un obstáculo injustificado en el recorrido de las posibles demandas que lleguen a examinarse en cuanto al fondo. Ello menoscaba la capacidad de la Corte para desempeñar su papel como órgano permanente de solución pacífica de controversias y, a través de esta función, como agente que contribuye de manera decisiva al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Esta conclusión resulta aún más reveladora si atendemos al objeto de la controversia sometida hoy a la Corte.

### Opinión disidente del Magistrado Crawford

El Magistrado Crawford está en desacuerdo con que la mayoría haya aplicado el denominado criterio del “conocimiento objetivo” para determinar la existencia de controversia. Dicho requisito jurídico no está contemplado en modo alguno en la jurisprudencia de la Corte. Resulta difícil diferenciar el criterio del conocimiento objetivo del requisito de notificación oficial, cuya validez había rechazado la Corte. Por otro lado, esta se ha mostrado tradicionalmente flexible a la hora de determinar la existencia de controversia. Si bien el Magistrado Crawford conviene en la necesidad, en principio, de que la controversia exista en el momento de interponerse la demanda, la constatación de tal controversia puede basarse, entre otras cosas, en conductas o pruebas posteriores a la

presentación de dicha demanda, incluidas las declaraciones de las partes durante el proceso.

Además de estar en desacuerdo con la interpretación del derecho realizada por la Corte, el Magistrado Crawford discrepa en cuanto a su aplicación a los hechos. En concreto, la controversia en cuestión debería haberse definido como una controversia multilateral, basándose en las causas relativas al *África Sudoccidental* (excepciones preliminares) como fundamento para afirmar la posibilidad de que dicha controversia se plasmase en foros multilaterales con la participación de múltiples Estados. En opinión del Magistrado, existía, al menos, una controversia incipiente entre la parte demandante y la demandada en la fecha de interposición de la demanda, habida cuenta de que las Islas Marshall habían tomado partido en el desacuerdo multilateral con los Estados poseedores de armas nucleares.

Dado que, en la fecha de interposición de la demanda, existía una controversia entre las Islas Marshall y la parte demandada en cuanto al cumplimiento por esta última de lo dispuesto en el Artículo VI del TNP, o de las disposiciones equivalentes del derecho internacional consuetudinario, era innecesario analizar si podía o debía subsanarse alguna deficiencia ejerciendo la facultad discrecional prevista en *Mavrommatis*, de acuerdo con lo señalado recientemente en la causa *Croacia c. Serbia*.

El Magistrado Crawford hace referencia también a una de las restantes excepciones de competencia y admisibilidad planteadas por la parte demandada: el denominado “principio del Oro amonedado”. En su opinión, se trata de una cuestión cuyo análisis corresponde a la fase de examen del fondo del asunto. La necesidad de que la Corte se pronuncie sobre los derechos y las obligaciones de terceras partes en la controversia, como requisito previo para su solución, depende, entre otras cosas, del alcance y la aplicación de las disposiciones del Artículo VI del TNP o de cualquier obligación paralela dimanante del derecho internacional consuetudinario.

## Opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Bedjaoui

### I. Introducción

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui votó en contra de la parte dispositiva del fallo de la Corte en la causa que enfrentaba a las Islas Marshall con la India. El Magistrado considera que sí existe una controversia entre las Islas Marshall y la parte demandada y señala que, si bien la Corte siempre se ha atenido a una definición general estándar del concepto de controversia jurídica, no ha mostrado el mismo grado de coherencia en los criterios elegidos para determinar la existencia de dicha controversia. La desviación más significativa de su jurisprudencia puede apreciarse en el fallo de 1 de abril de 2011 en la causa *Georgia c. Federación de Rusia*, que posteriormente se mantuvo en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar*.

## II. Una jurisprudencia tradicionalmente menos formalista

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui sostiene que el enfoque actual de la Corte, gravemente menoscabado por cierto grado de formalismo, bien podría considerarse una desviación de su jurisprudencia tradicional.

Asimismo, alude a la claridad y la creatividad de la Corte en el ejercicio de sus funciones tanto consultivas como contenciosas. Dicho órgano ha logrado no dejarse condicionar por el texto de la Carta de las Naciones Unidas y las lagunas del derecho internacional. El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui expone un resumen breve y sencillo de la jurisprudencia de la Corte, mostrando su tristeza por la impresión que pueda transmitir la decisión adoptada hoy en la presente causa.

En su opinión, resulta más imprescindible que nunca que la Corte intente aclarar el criterio empleado para determinar la existencia de controversia, puesto que se trata de una cuestión fundamental de la que dependen directamente tanto su competencia como el ejercicio de esta. Es esencial que la Corte se muestre más coherente al definir los principios orientados a establecer la existencia de controversia y aplicarlos a cada caso concreto. De lo contrario, se suscita incertidumbre jurídica entre los Estados y cierto grado de confusión entre los lectores, ya que ninguno de ellos sabe por qué algunos casos cuentan con el beneficio de la comprensión de la Corte y otros no.

Además de esta primera obligación de coherencia, el Magistrado *ad hoc* Bedjaoui considera que la Corte debe también evitar el anquilosamiento. La responsabilidad de aplicar racionalmente los criterios no impide mantener al mismo tiempo la receptividad ante el carácter cambiante de los problemas mundiales; no se trata en modo alguno de que la Corte acepte toda idea nueva, sino de saber cuándo y cómo limitar o, en su defecto, ampliar el ámbito de aplicación de los criterios que constituyen el fundamento de los fallos dictados en las causas relativas a las *Concesiones Mavrommatis en Palestina* y al *África Sudoccidental* y, sobre todo, de explicar en cada ocasión por qué es necesario priorizar la flexibilidad o el formalismo en un determinado caso.

A juicio del Magistrado *ad hoc* Bedjaoui, el mayor peligro sigue siendo, por el momento, el exceso de formalismo, especialmente cuando, como ocurre en la presente causa, se combina con una jurisprudencia que no goza de claridad alguna con miras al futuro, lo que aumenta evidentemente el riesgo de arbitrariedad.

### III. ¿Notificación o “conocimiento”?

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui opina que, si bien la Corte se ha mostrado tradicionalmente reacia a considerar que la notificación de la controversia a la parte demandada por la parte demandante sea un requisito previo para la incoación del proceso, desde la decisión adoptada en 2011 ha reinado una incertidumbre que nubla la perspectiva general.

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui lamenta que la Corte dé la impresión de establecer una correlación directa y, aparentemente, automática entre el *conocimiento* de la existencia de opiniones antagónicas y la existencia de controversia. También señala que, según la argumentación de la Corte, el aspecto fundamental es la necesidad de que la parte demandada “tenga conocimiento” de dicha circunstancia y se pregunta si no estamos asistiendo con ello a la recuperación paulatina del concepto de “notificación”.

Sin embargo, si aceptamos la vigencia de este requisito previo adicional, ¿por qué no aplicarlo entonces correctamente? El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui sostiene que la India debía tener “conocimiento” de la postura antinuclear de las Islas Marshall contraria a su propia conducta en el ámbito nuclear, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la historia de este último país y sus declaraciones formuladas en los años 2013 y 2014 en el marco de diversos actos internacionales abiertos a la participación de todos los países. Como todos sabemos, tales declaraciones iban dirigidas a todos los Estados poseedores de armas nucleares sin distinción, incluida la India.

Por último, el Magistrado *ad hoc* Bedjaoui plantea los siguientes interrogantes: ¿cómo puede evaluarse el grado de “conocimiento” de la parte demandada? ¿Y cómo puede compaginarse esta desacostumbrada incursión en la subjetividad con la supuesta determinación “objetiva” de la existencia de controversia?

#### IV. Fecha de la existencia de controversia

Al Magistrado *ad hoc* Bedjaoui le complace que, en el presente fallo, la Corte se mantenga aparentemente fiel a su jurisprudencia tradicional, según la cual, “en principio, la fecha de referencia para determinar la existencia de controversia es la fecha de interposición de la demanda ante la Corte”.

Sin embargo, en la práctica, la Corte se ha negado, sin dar explicaciones convincentes, a tener en cuenta las pruebas surgidas tras la fecha de incoación del proceso que demostraban la existencia de controversia. De este modo, la Corte establece como dogma absoluto una solución que contradice su enfoque habitual, caracterizado por una gran flexibilidad, que se refleja en su afirmación de que la controversia únicamente debiera existir “en principio” en la fecha de inicio del proceso.

#### V. Defectos de procedimiento

En lo que respecta a los defectos de procedimiento subsanables, ya sean obra de la parte demandante o de la parte demandada y al margen de que se deban a una incoación prematura del proceso o a un recurso demasiado precipitado a la Corte, el Magistrado *ad hoc* Bedjaoui señala que la Corte ha generado una sólida jurisprudencia que ha resistido el paso del tiempo y ha demostrado su perfecta coherencia a lo largo de casi 90 años. Esa jurisprudencia es la misma que el

fallo de 2011 comenzó a desbaratar y que recibió su golpe de gracia con la causa *Bélgica c. Senegal*.

En el presente proceso, la Corte ha vuelto a prescindir de su tradicional jurisprudencia, pese a la sensatez de esta. El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui lamenta que la mayoría de la Corte considerase que las declaraciones de las Islas Marshall no bastaban para materializar la existencia de una controversia jurídica. Lo único que tienen que hacer el día de mañana las Islas Marshall es enviar una sencilla nota verbal a la parte demandada expresando brevemente su oposición a la política nuclear de esta, a fin de poder someter de nuevo la controversia, ya con carácter oficial, a la Corte. No resulta coherente ni sensato que la Corte se centre en defectos de procedimiento fácilmente subsanables, cuando durante mucho tiempo los ha abordado con un grado satisfactorio de flexibilidad.

#### VI. Prueba mediante deducción; prueba mediante interpretación del silencio

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui recuerda que, contrariamente al enfoque aplicado en esta causa, la Corte ha mostrado en otras ocasiones flexibilidad y sentido común al utilizar el *silencio* de la parte demandada o su *ausencia de respuesta*, e incluso actuar por *simple deducción*, para concluir la existencia de controversia.

En el presente fallo, la Corte pasa por alto su jurisprudencia tradicional y considera que la declaración de 13 de febrero de 2014, en la que las Islas Marshall acusaron a los Estados poseedores de armas nucleares de incumplir sus obligaciones internacionales, “habida cuenta de la generalidad de su contenido y del contexto en que se formuló [...] no exigía una respuesta concreta por parte de la India”, en virtud de lo cual concluye que, “por consiguiente, no se puede deducir de dicha falta de respuesta que existiesen opiniones antagónicas”. La Corte parece haberse aventurado a actuar en nombre de la India a fin de justificar su silencio basándose, además, en argumentos con los que nadie puede asegurar que dicho Estado esté de acuerdo.

#### VII. Prueba basada en las declaraciones formuladas ante la Corte

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui opina que la Corte se ha esforzado poco en la presente causa por tener plenamente en cuenta las circunstancias posteriores a la interposición de la demanda de las Islas Marshall, apartándose una vez más de su jurisprudencia tradicional.

Asimismo, se pregunta cómo es posible concluir que no existe controversia, cuando una de las partes denuncia ante la Corte que la otra lleva incumpliendo desde hace tiempo sus obligaciones internacionales y esta última niega que su conducta constituya un acto de inobservancia de dichas obligaciones. Las declaraciones formuladas ante la Corte no

han generado una controversia de la nada. Simplemente han “confirmado” su existencia previa.

### VIII. Naturaleza sui generis de toda controversia en el ámbito nuclear

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui señala que los propios antecedentes históricos de las iniciativas de la comunidad internacional en pro del desarme nuclear presagian e indican la posible existencia de controversia. De hecho, la controversia planteada por las Islas Marshall, cuya pretensión no es sino proteger a la raza humana de la aniquilación permanente que podría causar el uso de las aterradoras armas de destrucción en masa, debería haber constituido una voz de alarma para la Corte, que proclamó hace 20 años la existencia de una doble obligación de negociar y lograr el desarme nuclear. Transcurridos 20 años, ese llamamiento no ha obtenido respuesta alguna. Pero, un día, un Estado no poseedor de armas nucleares se plantea preguntar a otro Estado, que sí posee este tipo de armas, la razón de que esta ya considerable demora se siga prolongando aparentemente en el tiempo.

Este tipo concreto de desacuerdo, tan específico, entre un Estado no poseedor de armas nucleares y un Estado que sí las posee con respecto a la abolición de las armas nucleares constituye, en sí y de por sí, la expresión de una grave controversia cuya existencia debería haber resultado de inmediato obvia para la Corte. Porque, ¿cuál es la pretensión de las Islas Marshall?: que la comunidad internacional y la propia Corte conozcan la razón de que una obligación definida por este órgano hace 20 años siga sin cumplirse.

### IX. ¿Una excepción de carácter no exclusivamente preliminar?

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui tal vez podría haber aceptado, en una causa tan compleja e importante como la que enfrenta a las Islas Marshall con la India, una decisión que reflejase la preocupación —sumamente legítima, al fin y al cabo— de la Corte por evitar un dictamen precipitado sobre las cuestiones de competencia y admisibilidad. La Corte bien podría haber solicitado nuevas aclaraciones de las partes y, sabiendo que en esta fase no podría evaluar su conducta sin abordar el fondo de la cuestión, podría haber optado lógicamente por esperar a examinar el fondo del asunto para

determinar su postura. En otras palabras, la Corte podría haber actuado con más prudencia y haber concluido que la cuestión de la existencia de controversia no tenía un carácter exclusivamente preliminar.

### X. Consecuencias indeseables de esta decisión

Por último, el Magistrado *ad hoc* Bedjaoui señala que la presente decisión puede desencadenar, desafortunadamente, toda una serie de consecuencias indeseables, no solo para la parte demandada, que podría sentirse alentada a retractarse de su reconocimiento facultativo de la jurisdicción de la Corte, sino también para la parte demandante, que ha asumido el costo de acudir a dicho órgano, así como para la comunidad internacional y la propia Corte.

En lo que respecta a la comunidad internacional, las decisiones dictadas hoy por la Corte ponen de manifiesto ante la opinión pública internacional la existencia de un mundo que es lamentablemente incoherente, no solo en términos de jurisprudencia procesal, sino también en lo tocante a su jurisprudencia sustantiva. ¿Qué mensaje está transmitiendo la Corte a la comunidad internacional cuando decide, más aún basándose en argumentos extremadamente endeble, abstenerse de ejercer su competencia en causas relativas a cuestiones importantísimas de desarme nuclear que afectan a la propia supervivencia de toda la raza humana?

En cuanto a la propia Corte, esta corre el riesgo de convertirse en la cuarta parte perdedora, dado que al desestimar la demanda de las Islas Marshall atendiendo a un defecto subsanable de procedimiento, está socavando el principio de buena administración de justicia que sustenta su funcionamiento. En estas tres causas, la Corte parece haber sido incapaz de alejarse de un formalismo que sacrifica el fondo de la cuestión en aras del procedimiento, el contenido en aras de la forma y la causa en aras de su objeto. Además, a pesar de que la Corte siempre ha manifestado que su objetivo es realizar una evaluación fundamentalmente “objetiva” de las pruebas, en este caso parece que apenas ha intentado evitar la subjetividad en su valoración de las pruebas presentadas por la parte demandante, a la vez que *se ha encargado ella misma de defender a la parte demandada* y ha examinado todos los argumentos de la primera desde una perspectiva aparentemente basada en un prejuicio negativo.

## 217. OBLIGACIONES RESPECTO DE LAS NEGOCIACIONES SOBRE LA CESACIÓN DE LA CARRERA DE ARMAMENTOS NUCLEARES Y EL DESARME NUCLEAR (ISLAS MARSHALL *c.* PAKISTÁN) [COMPETENCIA Y ADMISIBILIDAD]

### Fallo de 5 de octubre de 2016

El 5 de octubre de 2016, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo sobre las excepciones preliminares formuladas por el Pakistán acerca de la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda en la causa relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. Pakistán)*. La Corte acogió la excepción preliminar de competencia formulada por el Pakistán, basada en la inexistencia de controversia entre las partes, y consideró que no podía examinar el fondo de la cuestión.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Crawford, Gevorgian; Magistrado *ad hoc* Bedjaoui; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

En la parte dispositiva (párr. 56) del fallo se establece lo siguiente:

“[...]”

La Corte,

1) Por 9 votos contra 7,

Acoge la excepción de competencia formulada por el Pakistán basada en la inexistencia de controversia entre las partes.

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Bhandari, Gevorgian;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Tomka, Bennouna, Cançado Trindade, Sebutinde, Robinson, Crawford; Magistrado *ad hoc* Bedjaoui;

2) Por 10 votos contra 6,

Estima que no puede examinar el fondo de la cuestión.

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Bhandari, Gevorgian;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Bennouna, Cançado Trindade, Sebutinde, Robinson, Crawford; Magistrado *ad hoc* Bedjaoui”

\*  
\* \*

El Presidente Abraham y el Vicepresidente Yusuf adjuntaron declaraciones al fallo de la Corte; los Magistrados

Owada y Tomka adjuntaron opiniones separadas al fallo de la Corte; los Magistrados Bennouna y Cançado Trindade adjuntaron opiniones disidentes al fallo de la Corte; los Magistrados Xue, Donoghue y Gaja adjuntaron declaraciones al fallo de la Corte; los Magistrados Sebutinde y Bhandari adjuntaron opiniones separadas al fallo de la Corte; los Magistrados Robinson y Crawford adjuntaron opiniones disidentes al fallo de la Corte; y el Magistrado *ad hoc* Bedjaoui adjuntó una opinión disidente.

\*  
\* \*

#### *Antecedentes procesales* (párrs. 1 a 13)

La Corte recuerda que, el 24 de abril de 2014, la República de las Islas Marshall (en lo sucesivo, las “Islas Marshall” o la “parte demandante”) interpuso una demanda contra la República Islámica del Pakistán (en lo sucesivo, el “Pakistán” o la “parte demandada”), en la que alegaba que el Pakistán había incumplido sus obligaciones dimanantes del derecho internacional consuetudinario respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear. Las Islas Marshall pretenden fundamentar la competencia de la Corte en las declaraciones formuladas por las partes con arreglo al Artículo 36, párrafo 2, de su Estatuto.

La Corte recuerda asimismo que, el 9 de julio de 2014, el Pakistán señaló que, en su opinión, la Corte carecía de competencia para dirimir la presunta controversia y que la demanda era inadmisibile. Mediante una providencia de 10 de julio de 2014, el Presidente de la Corte dictaminó, de conformidad con el Artículo 79, párrafo 2, de su Reglamento, que, dadas las circunstancias de la causa, era necesario resolver primero las cuestiones relativas a la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda y que, por consiguiente, dichas cuestiones debían dirimirse por separado antes de examinar el fondo del asunto; a tal efecto, el Presidente decidió que las alegaciones escritas se refiriesen en primer lugar a las cuestiones mencionadas. Las partes presentaron tales alegaciones dentro de los plazos establecidos por el Presidente. En una carta de fecha 2 de marzo de 2016, el Pakistán informó a la Corte de que no participaría en el procedimiento oral sobre la competencia y la admisibilidad. El martes 8 de marzo de 2016 se celebró una audiencia pública en relación con las cuestiones de la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda, en la que la Corte escuchó las alegaciones orales de las Islas Marshall.

## I. *Introducción* (párrs. 14 a 24)

### A. *Antecedentes históricos* (párrs. 14 a 20)

La Corte expone brevemente los antecedentes históricos de la causa, en particular con respecto a las actividades de las Naciones Unidas relativas al desarme nuclear.

### B. *Procesos incoados ante la Corte* (párrs. 21 a 24)

La Corte señala los demás procesos incoados por las Islas Marshall de manera simultánea a la presente causa. A continuación, expone a grandes rasgos las excepciones de competencia y admisibilidad planteadas por el Pakistán y anuncia que, en primer lugar, examinará la excepción según la cual las Islas Marshall no han logrado demostrar que, en el momento de la interposición de la demanda, existiese una controversia jurídica entre las partes.

## II. *Excepción basada en la inexistencia de controversia* (párrs. 25 a 55)

Tras exponer brevemente los argumentos de las partes, la Corte recuerda el derecho aplicable a esta materia y explica que la existencia de controversia entre las partes es una condición para poder determinar su competencia. Para que exista controversia, debe demostrarse que la reivindicación de una de las partes se enfrenta a la oposición manifiesta de la otra; ambas partes deben mantener opiniones claramente antagónicas en relación con el cumplimiento o incumplimiento de determinadas obligaciones internacionales. La determinación por la Corte de la existencia de controversia es una cuestión de fondo y no una cuestión de forma o procedimiento. No se requieren negociaciones previas cuando la Corte interviene sobre la base de las declaraciones formuladas con arreglo al Artículo 36, párrafo 2, de su Estatuto, a menos que alguna de las declaraciones pertinentes así lo establezca. Además, si bien una protesta diplomática oficial puede constituir un paso importante para señalar la reclamación de una de las partes a la atención de la otra, dicha protesta oficial no es una condición necesaria para que exista controversia. Del mismo modo, para que la Corte pueda conocer de un asunto tampoco es necesario notificar la intención de interponer una demanda.

A continuación, la Corte subraya que le corresponde determinar objetivamente la existencia de controversia sobre la base de un examen de los hechos. A tal efecto, la Corte tiene en cuenta, en particular, todo tipo de declaraciones o documentos intercambiados por las partes, así como las conversaciones llevadas a cabo en contextos multilaterales. En ese proceso, presta especial atención a la autoría de la declaración o el documento, su destinatario previsto o real y su contenido. La conducta de las partes puede también resultar relevante, en especial cuando no hayan tenido lugar conversaciones diplomáticas. En concreto, la Corte ha sostenido con anterioridad que la existencia de controversia puede deducirse del hecho de que un Estado no responda a una recla-

mación en circunstancias que exijan respuesta. Las pruebas deben demostrar que las partes “mantienen opiniones claramente antagónicas” con respecto a la cuestión planteada ante la Corte. De acuerdo con lo señalado en decisiones anteriores de la Corte centradas en analizar la existencia de controversia, esta existe cuando queda demostrado, sobre la base de las pruebas aportadas, que la parte demandada sabía o no podía ignorar que la parte demandante había expresado una “oposición manifiesta” a su punto de vista.

La Corte explica además que, en principio, la fecha de referencia para determinar la existencia de controversia es la fecha de interposición de la demanda ante la Corte. La conducta ulterior a la presentación de la demanda (o la propia demanda) puede revestir importancia para diversos fines, en particular para confirmar la existencia de controversia, aclarar su objeto o determinar si se ha resuelto en el momento en que la Corte adopte su decisión. No obstante, ni la demanda, ni la conducta ulterior de las partes, ni las declaraciones formuladas por estas durante el procedimiento judicial pueden facultar a la Corte para estimar que la condición de la existencia de una controversia se ha cumplido en el propio procedimiento. Si la Corte tuviese competencia para dirimir las controversias derivadas del intercambio de información en el marco del proceso incoado ante ella, se estaría privando a la parte demandada de la posibilidad de responder a la reclamación presentada contra su propia conducta con anterioridad al inicio del proceso. Además, se subvertiría la norma por la cual la controversia debe existir, en principio, antes de la interposición de la demanda.

\* \*

A continuación, la Corte se centra en la causa en cuestión, señalando en primer lugar que las Islas Marshall, en virtud del sufrimiento padecido por su pueblo al haber sido el país escenario de la ejecución de amplios programas de ensayos nucleares, tienen especiales motivos para preocuparse por el desarme nuclear. Sin embargo, ese hecho no obvia la necesidad de determinar si se cumplen las condiciones que otorgarían competencia a la Corte sobre el asunto. Si bien corresponde a la Corte determinar la cuestión jurídica de su competencia, sigue siendo la parte demandante quien ha de demostrar los hechos en los que se sustenta su alegación de que existe controversia.

La Corte observa que el Pakistán se apoya en el hecho de que las Islas Marshall no entablaron negociaciones ni notificaron a dicho país la reivindicación objeto de la demanda para fundamentar su aseveración de que no existe ninguna controversia entre las partes. Sin embargo, la Corte recuerda que ha rechazado el argumento de que son necesarias negociaciones previas o notificaciones cuando se recurre a ella sobre la base de las declaraciones formuladas con arreglo al Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto, a menos que alguna de esas declaraciones así lo establezca. La jurisprudencia de la Corte considera que la existencia de controversia es una cuestión de competencia que gira en torno a si existe, en esencia, algu-

na controversia, y no en torno a la forma que esta adopte o su correspondiente notificación a la parte demandada.

A continuación, la Corte examina los argumentos utilizados por las Islas Marshall para respaldar su aseveración de que existía una controversia con el Pakistán.

En primer lugar, la Corte señala que las Islas Marshall hacen referencia a dos declaraciones formuladas en foros multilaterales antes de la fecha de interposición de la demanda que, en su opinión, bastan para establecer la existencia de una controversia. Dicho país se basa en la declaración formulada en la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el desarme nuclear, el 26 de septiembre de 2013, por su Ministro de Relaciones Exteriores, quien instaba “a todos los Estados poseedores de armas nucleares a intensificar los esfuerzos encaminados a asumir sus responsabilidades para avanzar hacia el logro de un desarme efectivo y seguro”. Sin embargo, la Corte considera que esta declaración se formula en términos perentorios y no puede entenderse como una acusación al Pakistán (o a cualquier otra Potencia nuclear) de incumplir alguna de sus obligaciones jurídicas. En dicha declaración no se menciona la obligación de negociar, ni tampoco que los Estados poseedores de armas nucleares estén incumpliendo sus obligaciones a este respecto. Se sugiere que tales Estados están emprendiendo “esfuerzos” encaminados a asumir sus responsabilidades y se les pide que intensifiquen tales esfuerzos, en lugar de deplorar su inacción. La Corte añade que una declaración puede dar lugar a controversia únicamente si se refiere al objeto de una reivindicación con la claridad suficiente como para que el Estado contra el que se formula pueda identificar si existe, o puede existir, alguna controversia sobre esa materia. La declaración de 2013 esgrimida como argumento por las Islas Marshall no cumple estos requisitos. La Corte observa que la declaración formulada por las Islas Marshall en la Conferencia de Nayarit el 13 de febrero de 2014 va más allá de lo señalado en la declaración de 2013, en la medida en que incluye una frase en la que se afirma que “los Estados poseedores de arsenales nucleares están incumpliendo sus obligaciones jurídicas” dimanantes del Artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (TNP) y del derecho internacional consuetudinario. El Pakistán estuvo presente en la Conferencia de Nayarit. Sin embargo, el tema de esta Conferencia no fue concretamente la cuestión de las negociaciones orientadas al desarme nuclear, sino la cuestión más amplia de la repercusión humanitaria de las armas nucleares, y, si bien esta declaración alberga una crítica general de la conducta de todos los Estados poseedores de armas nucleares, no se alude específicamente a la conducta del Pakistán que dio lugar a la presunta infracción. En opinión de la Corte, dicha alusión específica habría resultado especialmente necesaria si, como argumentan las Islas Marshall, la declaración de Nayarit hubiera estado orientada a invocar la responsabilidad internacional de la parte demandada en razón de un comportamiento invariable a lo largo de numerosos

años. Habida cuenta de la generalidad de su contenido y del contexto en que se formuló, esa declaración no exigía una respuesta concreta por parte del Pakistán. Por consiguiente, no se puede deducir de dicha falta de respuesta que existiesen opiniones antagónicas. La declaración de Nayarit no basta para generar una controversia específica entre las Islas Marshall y el Pakistán con respecto a la existencia o el alcance de las presuntas obligaciones dimanantes del derecho internacional consuetudinario relativas tanto a la celebración de buena fe y la conclusión de negociaciones encaminadas a lograr el desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un control internacional estricto y eficaz, como al cese de la carrera de armamentos nucleares en fecha cercana, o bien una controversia con respecto al cumplimiento de dichas obligaciones por parte del Pakistán. La Corte concluye que en ninguna circunstancia puede afirmarse sobre la base de tales declaraciones, consideradas tanto de forma individual como en su conjunto, que el Pakistán supiese o no pudiese ignorar que las Islas Marshall estaban acusando a dicho país de incumplir sus obligaciones.

En segundo lugar, la Corte sopesa el argumento de las Islas Marshall de que la propia interposición de la demanda y las declaraciones formuladas por ambas partes en el transcurso del proceso bastan para establecer la existencia de una controversia. La Corte considera que la jurisprudencia invocada por las Islas Marshall no respalda esta aseveración. En la causa relativa a *Determinados bienes*, la existencia de controversia se puso claramente de manifiesto a través de las conversaciones bilaterales mantenidas por las partes con anterioridad a la fecha de interposición de la demanda (*Determinados bienes (Liechtenstein c. Alemania)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2005*, pág. 19, párr. 25). La referencia a los materiales posteriores en la causa *Camerún c. Nigeria* guardaba relación con el alcance de la controversia, no con su existencia (*Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1998*, pág. 317, párr. 93). Además, si bien es cierto que la Corte, en su fallo en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia)*, no hizo referencia explícita a ninguna prueba anterior a la interposición de la demanda que demostrase la existencia de controversia, en el contexto particular de aquel caso, con un conflicto armado en curso, la conducta previa de las partes era suficiente para determinar la existencia de controversia (excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, pág. 614, párrs. 27 a 29). Por el contrario, en dicha causa la Corte no se centró en la fecha de origen de la controversia, sino en su objeto, en si entraba dentro del ámbito de aplicación de la cláusula compromisoria correspondiente y en si “persistía” en la fecha de la decisión de la Corte. La Corte reitera que, si bien las declaraciones o reivindicaciones formuladas en la demanda o incluso con posterioridad a su interposición pueden ser importantes para diversos fines, especialmente para aclarar el alcance de la controversia plan-

teada, no pueden generar una controversia *de novo* que no existiera con anterioridad.

En tercer lugar, la Corte analiza el argumento de las Islas Marshall de que la conducta del Pakistán al mantener y modernizar su arsenal nuclear y no cooperar con determinadas iniciativas diplomáticas demuestra la existencia de controversia entre las partes. La Corte recuerda que la determinación de la existencia de controversia en el marco de un contencioso concreto depende de que se demuestre la existencia de opiniones antagónicas. En este sentido, la conducta de la parte demandada puede contribuir a que la Corte concluya que las partes mantienen puntos de vista opuestos. Sin embargo, como la Corte ha concluido anteriormente, en la presente causa ninguna de las declaraciones formuladas en un contexto multilateral por las Islas Marshall se refería específicamente a la conducta del Pakistán. Sobre la base de tales declaraciones, no se puede afirmar que el Pakistán supiese o no pudiese ignorar que las Islas Marshall estaban acusando a dicho país de incumplir sus obligaciones. En este contexto, la conducta del Pakistán no proporciona base alguna para constatar la existencia de controversia entre los dos Estados ante la Corte.

\* \*

Por consiguiente, la Corte concluye que debe acogerse la primera excepción planteada por el Pakistán, de lo que se desprende que la Corte carece de competencia en virtud del Artículo 36, párrafo 2, de su Estatuto. Así pues, no es necesario que la Corte aborde el resto de las excepciones formuladas por el Pakistán. La existencia y el alcance de las obligaciones dimanantes del derecho internacional consuetudinario en el ámbito del desarme nuclear y el cumplimiento de dichas obligaciones por parte del Pakistán son cuestiones que atañen al fondo del asunto. No obstante, la Corte ha concluido que no existía ninguna controversia entre las partes antes de la interposición de la demanda, por lo que carece de competencia para examinar tales cuestiones.

\*  
\* \*

### Declaración del Presidente Abraham

En su declaración, el Presidente Abraham explica que votó a favor del fallo porque considera que la decisión de la Corte es plenamente coherente con su jurisprudencia reciente relativa a la exigencia de que exista “controversia” entre las partes, tal como se ha establecido en una serie de fallos dictados durante los últimos cinco años, en particular el fallo de 1 de abril de 2011 en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)*, el fallo de 20 de julio de 2012 en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)* y el fallo de 17 de marzo de 2016 en la causa relativa a las *Presuntas violaciones de derechos soberanos*

*nos y espacios marítimos en el mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)*. Según explica, de estos fallos se desprende que, a fin de determinar si se cumplen las condiciones relacionadas con la existencia de controversia, la fecha de referencia es la fecha de incoación del proceso, y que la Corte únicamente puede determinar que tiene competencia para conocer de una causa si cada una de las partes sabía o debía haber sabido en aquella fecha que la opinión de la otra parte era opuesta a la suya.

El Presidente Abraham explica que, si bien él mismo expresó sus reservas en el momento en que la Corte estableció esta jurisprudencia, se considera no obstante obligado por dicha jurisprudencia y, por consiguiente, votó de conformidad con ella.

### Declaración del Vicepresidente Yusuf

1. Si bien está de acuerdo con la conclusión de la Corte en la causa *Islas Marshall c. Pakistán*, el Vicepresidente Yusuf expone en su declaración su discrepancia con dos aspectos del fallo. En primer lugar, rechaza el criterio relativo al “conocimiento” como condición para determinar la existencia de controversia. En segundo lugar, critica la aplicación de un enfoque único a las tres causas distintas sometidas ante la Corte por las partes (*Islas Marshall c. India, Islas Marshall c. Reino Unido e Islas Marshall c. Pakistán*).

2. Como se reconoce en el fallo, “[una] controversia es un desacuerdo sobre un aspecto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o intereses entre dos personas” (fallo No. 2 de la causa *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, 1924, *P.C.I.J. Series A*, No. 2, pág. 11). Es tarea de la Corte determinar objetivamente la existencia de controversia (*Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 74), lo que constituye una cuestión “de fondo, no de forma” (*Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)* (excepciones preliminares), *I.C.J. Reports 2011 (I)*, párr. 30).

3. En el presente fallo, la Corte afirma que existe controversia “cuando queda demostrado, sobre la base de las pruebas aportadas, que la parte demandada sabía o no podía ignorar que la parte demandante había expresado una ‘oposición manifiesta’ a su punto de vista” (párr. 38). Los dos fallos que se invocan como fundamento de esta afirmación, a saber, los fallos sobre las excepciones preliminares en las causas relativas a las *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)* y la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)*, no respaldan el uso del criterio del “conocimiento” expuesto por la Corte. En ambas causas, la Corte se limitó a señalar que, de hecho, el Estado demandado conocía la postura de la parte demandante; en ningún

momento indicó que el “conocimiento” constituyera un requisito para la existencia de controversia ni tampoco quedó implícita esta observación en la argumentación de la Corte.

4. El Vicepresidente Yusuf señala que la introducción del criterio relativo al “conocimiento” contraviene la jurisprudencia establecida por la Corte, según la cual la existencia de controversia ha de determinarse objetivamente. Además, ese enfoque socava también los principios de economía judicial y buena administración de justicia, dado que invita a la interposición de segundas demandas en relación con la misma controversia.

5. La Corte podría haber llegado a las mismas conclusiones alcanzadas en el presente fallo aplicando los criterios utilizados tradicionalmente para determinar la existencia de controversia. Basándose en las pruebas presentadas en el marco de esta causa, la Corte podría haber concluido que las partes no sostenían opiniones manifiestamente antagónicas antes de la interposición de la demanda por las Islas Marshall. No era necesario introducir un nuevo criterio relativo al “conocimiento” para justificar tales conclusiones.

6. Las conclusiones del fallo relativas a la inexistencia de controversia entre las Islas Marshall y el Pakistán deberían haberse basado en un análisis de los hechos presentados ante la Corte en relación con la postura de las partes acerca del objeto de la presunta controversia, haciendo referencia en particular a la articulación de dichas posturas en los foros multilaterales.

7. En concreto, debería haberse hecho referencia a lo siguiente: *a)* las resoluciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en las que se exhorta a los Estados a que mantengan negociaciones multilaterales sobre el desarme nuclear y las votaciones de las Islas Marshall y el Pakistán sobre tales resoluciones; y *b)* las declaraciones formuladas por las partes acerca del objeto de la presunta controversia en los foros multilaterales.

8. En lo que respecta a las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Pakistán ha votado sistemáticamente a favor de aquellas resoluciones de dicho órgano en las que se instaba a los Estados a negociar un tratado de desarme nuclear completo. Más aún, el Pakistán, en su calidad de miembro del Movimiento de los Países No Alineados, ha suscrito sistemáticamente las declaraciones de este grupo de Estados en las que se expresaba la voluntad de participar en negociaciones multilaterales encaminadas al logro del desarme nuclear.

9. Además de su historial de votaciones en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y del Movimiento de los Países No Alineados, el respaldo sistemático del Pakistán en pro del comienzo y la conclusión de negociaciones conducentes al desarme nuclear queda corroborado por las declaraciones formuladas por su Jefe de Estado y sus ministros en foros multilaterales o documentos oficiales.

10. Por ello, el Vicepresidente Yusuf considera que no hay constancia de que el Pakistán y las Islas Marshall man-

tuviesen opiniones manifiestamente antagónicas, con anterioridad a la interposición de la demanda por parte de este último país, acerca de la obligación de celebrar y concluir negociaciones sobre el desarme nuclear, suponiendo que dicha obligación esté contemplada en el derecho internacional consuetudinario.

11. Por el contrario, sí existe constancia de que ambos Estados han defendido en diversos foros multilaterales —entre ellos, la Conferencia de Nayarit, pero sobre todo en la Asamblea General de las Naciones Unidas (al menos desde 2013 en el caso de las Islas Marshall)— la necesidad de que todos los Estados, incluidos los Estados poseedores de armas nucleares, emprendan de buena fe y concluyan negociaciones sobre el desarme nuclear. Más que a una oposición manifiesta o un conflicto de opiniones jurídicas sobre el objeto de la presunta controversia, las pruebas parecen apuntar a una convergencia de opiniones entre las partes acerca de la negociación y concertación de una convención general sobre el desarme nuclear.

### Opinión separada del Magistrado Owada

El Magistrado Owada reconoce que la historia de las Islas Marshall ha dado lugar a motivos de especial preocupación sobre el desarme nuclear y, en concreto, sobre la obligación contraída por los Estados poseedores de armas nucleares en virtud del Artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (en adelante, “TNP”). Sin embargo, las pruebas deben demostrar la existencia de una controversia jurídica concreta que otorgue competencia a la Corte para pronunciarse al respecto. Por esta razón, el Magistrado Owada, pese a estar de acuerdo con la argumentación de la Corte, ha adjuntado una opinión separada a fin de aclarar dicha argumentación con respecto a tres cuestiones en este contexto jurídico que, no obstante, resulta delicado desde el punto de vista político.

La primera cuestión se refiere a la norma jurídica aplicada por la Corte para determinar la existencia de controversia en el momento de la interposición de la demanda por parte de las Islas Marshall. El Magistrado Owada recuerda que, a efectos de establecer la existencia de controversia, se debe demostrar que la reivindicación de una de las partes se enfrenta a la oposición manifiesta de la otra. Es importante reconocer que este requisito no constituye una mera formalidad, sino un aspecto fundamental en la medida en que se trata de una *condición previa indispensable* para que la parte demandante pueda acudir a la Corte. Por este motivo, la inexistencia de una presunta controversia en el momento de interponerse la demanda no constituye una deficiencia técnica de procedimiento que pueda subsanarse mediante un acto posterior, como ocurrió en la causa relativa a las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*. En este contexto, es preciso diferenciar una controversia jurídica de una simple divergencia de opiniones. Este principio se refleja en la jurisprudencia de la Corte, si bien esta ha examinado la cuestión

en diversas circunstancias de hecho y de derecho y, al hacerlo, ha evaluado una amplia gama de factores diferentes. Podría resultar tentador concluir que el hecho de que la Corte se base en tales factores demuestra que existe un determinado umbral para establecer la existencia de una controversia, pero, en opinión del Magistrado Owada, la jurisprudencia de la Corte no es tan lineal. Estos fallos, por el contrario, representan supuestos concretos en los que las pruebas se declararon suficientes o insuficientes. Este punto debe tenerse en cuenta al valorar el verdadero significado del concepto de conocimiento por la parte demandada, tal y como se establece en el presente fallo. Si bien el fallo introduce este elemento de “conocimiento”, que parece surgir de la nada, la realidad es que dicho elemento constituye un denominador común presente en toda la jurisprudencia. El conocimiento por la parte demandada evidencia la transformación de un simple desacuerdo en una verdadera controversia jurídica y, por lo tanto, constituye un requisito mínimo fundamental común a todas las causas.

La segunda cuestión hace referencia al momento en que debe demostrarse que existe controversia. Las Islas Marshall han alegado que los fallos de la Corte relativos a varias causas anteriores respaldan su argumento de que las declaraciones formuladas *durante* el proceso pueden utilizarse como prueba de la existencia de controversia. Aunque la Corte ha explicado adecuadamente el significado de estos precedentes en el fallo, el Magistrado Owada desea ofrecer una explicación más pormenorizada sobre la correcta interpretación de la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*. La singularidad de las circunstancias y la combinación de cuestiones de hecho y de derecho vinculadas con el fondo de aquella causa conllevaron que el asunto sobre el que debía pronunciarse la Corte fuese muy diferente al planteado en el proceso actual y, como tal, el hecho de que la Corte recurriese a las declaraciones formuladas durante las actuaciones llevadas a cabo en la causa mencionada no debería considerarse una incitación a apartarse de la jurisprudencia reiterada de la Corte sobre el tema.

Por último, el Magistrado Owada desea explicar con más detalle el análisis de las pruebas realizado por la Corte en el presente fallo. Cabría pensar que la Corte ha adoptado un enfoque fragmentario al rechazar individualmente cada tipo de prueba, cuando las Islas Marshall sostenían que las pruebas debían analizarse en conjunto. En opinión del Magistrado Owada, la Corte ha examinado todas las pruebas y ha determinado correctamente que estas, *aun consideradas en conjunto*, no bastan para demostrar la existencia de controversia.

Dicho esto, el Magistrado Owada añade que podría haberse generado una situación jurídica nueva a raíz de las presentes actuaciones ante la Corte. En la medida en que el presente fallo refleja la postura de la Corte con respecto a la situación jurídica existente en el momento de interponerse la

demanda en cuestión, es posible que una nueva demanda no se halle sometida a la misma excepción preliminar de competencia. La viabilidad de una nueva demanda de este tipo seguiría constituyendo una cuestión abierta y su recorrido dependería del examen que llevase a cabo la Corte de *todas* las excepciones de competencia y admisibilidad.

### Opinión separada del Magistrado Tomka

Al Magistrado Tomka no le convence el enfoque adoptado por la Corte para determinar la existencia de controversia en la presente causa y considera que este no viene avalado por la jurisprudencia anterior de dicho órgano. Por ello, lamentablemente, no puede respaldar las conclusiones de la Corte en este sentido.

El Magistrado Tomka comienza exponiendo brevemente las alegaciones formuladas por las Islas Marshall en el marco de la presente causa en relación con el presunto incumplimiento por el Pakistán de las obligaciones en materia de desarme nuclear que supuestamente se derivan del derecho internacional consuetudinario. Asimismo, observa que el Pakistán ha negado el fundamento de tales reivindicaciones.

El Magistrado Tomka recuerda que las Islas Marshall han invocado las declaraciones formuladas por las partes con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 36, párrafo 2, como base para determinar la competencia sobre esta causa. También observa que, en el análisis de las cuestiones de competencia, convendría proceder con cautela al recurrir a diferentes pronunciamientos de la Corte que hubieran podido dictarse en el marco de declaraciones particulares en virtud del Artículo 36, párrafo 2, o de cláusulas compromisorias que estableciesen condiciones previas para acudir a dicho órgano. Además, señala que, en el presente fallo, la Corte reitera su opinión expresada con anterioridad de que no es necesario que un Estado negocie o notifique su pretensión antes de incoar un proceso ante dicho órgano, a menos que tal condición esté contemplada en el correspondiente fundamento de la competencia.

El Magistrado Tomka observa que, si bien la Corte ha afirmado con frecuencia que la existencia de una controversia es una condición para determinar su competencia, en su opinión resulta más adecuado hablar de condición para el ejercicio de la competencia de la Corte. A este respecto, señala que, en relación con los Estados que han formulado declaraciones con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto, la competencia de la Corte queda establecida desde el momento en que la declaración se deposita ante el Secretario General de las Naciones Unidas. Así pues, en opinión del Magistrado Tomka, no es el surgimiento de una controversia lo que determina o formaliza la competencia de la Corte. Más bien, el surgimiento de una controversia constituye una condición necesaria para que la Corte pueda ejercer su competencia. La desaparición de la controversia durante el proceso no despoja a la Corte de su competencia,

si bien en tal situación la Corte no dictará ningún fallo sobre el fondo de la cuestión, ya que no existe nada sobre lo que pronunciarse.

El Magistrado Tomka señala que la función de la Corte, como principal órgano judicial de las Naciones Unidas, “es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas” (Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto). Asimismo, observa que, para poder desempeñar esa función, la controversia todavía debe existir cuando la Corte se pronuncie sobre el fondo de la cuestión. No obstante, aunque la formulación del Artículo 38, párrafo 1, implique que la controversia ya exista en el momento de incoarse el proceso ante la Corte, la oración relativa a la función de esta no pretende establecer una condición para la competencia de la Corte y no debería ser determinante a ese respecto.

El Magistrado Tomka resalta que la jurisprudencia de la Corte exige que exista *en principio* una controversia en el momento de interponerse la demanda. También considera que, si bien la Corte reitera esta norma general en el presente fallo, en esta ocasión ha aplicado un requisito excesivamente estricto al afirmar que la controversia *debía* haber existido antes de la interposición de la demanda por parte de las Islas Marshall.

El Magistrado Tomka señala a grandes rasgos que, en algunos casos, las circunstancias dictarán la obligatoriedad de que la controversia exista en la fecha de la interposición de la demanda. Esto puede darse a raíz del vencimiento posterior de la declaración de aceptación de la competencia de la Corte por parte de alguno de los Estados, como ocurrió en la reciente causa relativa a las *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)* (excepciones preliminares), fallo de 17 de marzo de 2016. También puede deberse a que, al igual que ocurría en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2011 (I)*, pág. 70, la cláusula compromisoria en cuestión exija la celebración de negociaciones previas a la interposición de la demanda, de lo que lógicamente se desprende la necesidad de que haya surgido una controversia relacionada con el objeto de la correspondiente Convención antes de incoarse el proceso. El Magistrado Tomka no puede estar de acuerdo con quienes consideran que la causa *Georgia c. Federación de Rusia* marca el comienzo de la aplicación de un enfoque más formalista en la jurisprudencia de la Corte respecto de la existencia de controversia.

El Magistrado Tomka observa que, cuando no se han dado circunstancias que exigiesen la existencia de controversia en una fecha concreta, la Corte ha sido flexible al no limitarse a tener en cuenta únicamente el período previo a la interposición de la demanda para determinar la existencia de controversia entre las partes. En este sentido, destaca la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención*

*y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, pág. 595.

Además, el Magistrado Tomka observa que tanto la Corte como su órgano antecesor siempre han mostrado un grado razonable de flexibilidad, evitando caer en un formalismo excesivo, en lo que respecta a la determinación del momento en que se habían de cumplir los requisitos relativos a la competencia. Entre otras causas, el Magistrado analiza las siguientes: *Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca* (competencia), fallo No. 6, 1925, *P.C.I.J., series A*, No. 6; *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, fallo No. 2, 1924, *P.C.I.J., series A*, No. 2; *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, pág. 595; y *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2008*, pág. 412. En esta última causa, la Corte formuló, entre otras, la siguiente observación:

“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” (*ibid.*, pág. 441, párr. 85).

El Magistrado Tomka considera que no hay ninguna razón de peso por la que este principio no pueda aplicarse a la existencia de controversia. Tampoco puede estar de acuerdo con la opinión según la cual el fallo en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012 (II)*, pág. 422, supone apartarse de la jurisprudencia de la Corte a este respecto.

Si bien el Magistrado Tomka admite que, durante algún tiempo, las Islas Marshall no adoptaron una postura especialmente activa en materia de desarme nuclear en los foros multilaterales, también observa que, al menos desde 2013, dicho país ha expresado su descontento con el cumplimiento (o más bien el incumplimiento) por las Potencias nucleares, entre ellas el Pakistán, de las obligaciones relativas al desarme nuclear presuntamente derivadas del derecho internacional consuetudinario, entre otros marcos jurídicos. El Magistrado no considera que un Estado esté obligado, en virtud del derecho internacional, a notificar a otro su intención de incoar un proceso ante la Corte, sino que opina que dicho Estado puede formular su reivindicación en la demanda presentada ante aquella. Asimismo, observa que, en el marco del actual

sistema de cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte, exigir a un Estado que efectúe una notificación previa puede entrañar el riesgo de que la Corte se vea despojada de su competencia antes de recibir la demanda.

El Magistrado Tomka concluye, en este sentido, que el proceso incoado ante la Corte en la presente causa ha dejado clara la existencia de una controversia entre las Islas Marshall y el Pakistán acerca del cumplimiento por este último país de las obligaciones relativas al desarme nuclear que presuntamente se derivan del derecho internacional consuetudinario. En su opinión, la conclusión de que la Corte carece de competencia debido a la inexistencia de controversia no está justificada en la presente causa.

No obstante, el Magistrado Tomka estima que la naturaleza de cualquier obligación que pueda existir en el ámbito del desarme nuclear hace inadmisibles las demandas de las Islas Marshall. El Magistrado examina el Artículo VI del TNP —redactado en términos similares a los de las obligaciones que, según las Islas Marshall, existen en el derecho internacional consuetudinario en el marco de la presente causa—, así como la forma en que la Corte describió las obligaciones derivadas de dicho Tratado en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, *I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 226. Basándose en la bibliografía sobre esta materia, el Magistrado observa que el desarme requiere la cooperación y el cumplimiento de obligaciones por parte de todos los Estados y explica a grandes rasgos que el desarme solo podrá lograrse de forma realista manteniendo el equilibrio entre los intereses de seguridad de los Estados afectados, en particular los de todas las Potencias nucleares y los del resto de los países poseedores de una capacidad militar considerable. El Magistrado Tomka considera que la investigación del cumplimiento por parte de alguna de las Potencias nucleares de sus obligaciones en materia de desarme nuclear, incluida cualquier obligación de negociar de buena fe, invita a analizar la postura adoptada por el resto de dichas Potencias en relación con esas mismas obligaciones, que son o pueden ser vinculantes para ellas. Asimismo, observa que solo entendiendo las posturas asumidas por otros Estados la Corte puede tener la seguridad de pisar terreno firme al evaluar la conducta de cualquier Estado aislado, que forzosamente se ve influida por las posturas del resto, y al valorar si ese Estado está dispuesto a alcanzar el objetivo del desarme nuclear mediante negociaciones de buena fe. El Magistrado Tomka destaca que no se trata de determinar la responsabilidad de esos otros Estados como condición previa para determinar la responsabilidad de la parte demandada de forma que se aplique el denominado “principio del *Oro amonedado*”. A su juicio, se trata más bien de valorar si es posible que la Corte, en este contexto, examine la conducta de un solo Estado sin tener en cuenta ni entender las posturas adoptadas por los demás Estados con los que el primero (el demandado, en la causa que nos ocupa) tendría que haber negociado y acordado las medidas e iniciativas que las partes

implicadas debían aplaudir para lograr el objetivo general del desarme nuclear.

El Magistrado Tomka concluye que las cuestiones planteadas en el marco del presente proceso no son cuestiones de carácter bilateral entre las Islas Marshall y el Pakistán y está convencido de que la Corte no puede emprender un análisis eficaz de la conducta del Pakistán si otros Estados no comparecen ante ella para explicar sus respectivas posturas y actuaciones. La presente causa constituye un ejemplo, en su opinión, de los límites de la función de la Corte, centrada en dirimir controversias bilaterales. Si se hubiese dotado a la Corte de jurisdicción obligatoria universal, todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas habrían quedado sometidos a dicha jurisdicción. Entonces no habrían existido obstáculos para que la Corte ejerciese plenamente su competencia y contribuyese con ello al logro de los propósitos y objetivos de la Organización.

Con sincero y profundo pesar, el Magistrado Tomka concluye que la ausencia de otras Potencias nucleares en el proceso impide a la Corte analizar las reivindicaciones de las Islas Marshall en el debido contexto multilateral. Por consiguiente, estima que la demanda es inadmisibles y que la Corte no puede examinar el fondo de la cuestión.

### Opinión disidente del Magistrado Bennouna

En las tres causas incoadas por las Islas Marshall con respecto a la obligación de negociar derivada del Artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares de 1968 y del derecho internacional consuetudinario, la Corte ha declarado que carece de competencia al no existir controversia entre las partes. Al proceder de ese modo, la Corte ha optado por un ejercicio de puro formalismo frente al realismo y la flexibilidad reflejados en su reiterada jurisprudencia previa. Así pues, aunque la existencia de controversia se había venido determinando hasta ahora de manera objetiva, la Corte ha introducido un nuevo elemento subjetivo en sus tres fallos. Al detener el tiempo del derecho y el análisis en la fecha de interposición de la demanda de las Islas Marshall y exigir que la parte demandada supiese o no pudiese ‘ignorar que la parte demandante había expresado una ‘oposición manifiesta’ a su punto de vista’, la Corte ha hecho una exhibición de excesivo formalismo en detrimento de la aplicación de un enfoque flexible favorable a la buena administración de justicia.

### Opinión disidente del Magistrado Cançado Trindade

1. En su opinión disidente (compuesta por 20 apartados) en la presente causa relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. Pakistán)*, el Magistrado Cançado Trindade expone los fundamentos de su propia postura discrepante en relación con la decisión de la Corte, que se refiere al enfoque aplicado, la

argumentación en su totalidad y la parte dispositiva. De este modo, el Magistrado Cançado Trindade se desmarca todo lo posible de la postura mayoritaria de la Corte.

2. Al analizar, en primer lugar, la cuestión de la existencia de controversia sometida a la Corte de La Haya, el Magistrado Cançado Trindade examina con detalle la jurisprudencia consolidada de dicha Corte —que engloba tanto a la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) como a la Corte Internacional de Justicia (CIJ)—, según la cual existe controversia cuando se da “un desacuerdo sobre un aspecto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o intereses entre dos personas” (no necesariamente manifestado de manera expresa). La existencia de controversia es un asunto que *la Corte debe “determinar objetivamente”*, y la mera negación de dicha existencia no demuestra la inexistencia.

3. Esa ha sido la postura de la Corte de La Haya, tanto en el pronunciamiento de la CPJI en la causa relativa a las *Concesiones Mavrommatis en Palestina* (fallo de 30 de agosto de 1924) como en la opinión consultiva de la CIJ de 30 de marzo de 1950 relativa a la *Interpretación de los tratados de paz*. Incluso durante el último decenio —recuerda el Magistrado—, la Corte de La Haya ha considerado adecuado insistir en su propia facultad para proceder a la “determinación objetiva” de la controversia, de conformidad con su jurisprudencia consolidada, que se analiza con detalle en la opinión disidente del Magistrado Cançado Trindade (apartado II).

4. Solo muy recientemente, en un fragmento de su fallo de 1 de abril de 2011 sobre las excepciones preliminares en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, la CIJ decidió aplicar a los hechos del caso un umbral más elevado para determinar la existencia de controversia, al verificar si el Estado demandante había notificado previamente su pretensión al Estado demandado y si el Estado demandado se había opuesto a ella. El Magistrado Cançado Trindade advierte de que ese nuevo requisito “no es coherente con la jurisprudencia consolidada de la CPJI y la CIJ sobre la determinación de la existencia de controversia” (párr. 9).

5. En las presentes causas relativas a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*, los tres Estados demandados (Pakistán, India y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) pretenden acogerse al requisito de la notificación previa de la pretensión, o bien al criterio del conocimiento previo de la reivindicación del Estado demandante, para determinar la existencia de controversia en virtud de lo dispuesto en el Estatuto de la CIJ o en el derecho internacional general. Sin embargo, el Magistrado Cançado Trindade realiza la siguiente advertencia:

“En ningún lugar de la jurisprudencia consolidada de la Corte se alude a dicho requisito en relación con la existencia de controversia: muy al contrario, la CIJ ha deja-

do claro que la postura o la actitud de una de las partes puede determinarse por deducción [causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, fallo sobre las excepciones preliminares, 11 de junio de 1998]. Con arreglo al enfoque de la Corte, no es necesario que la parte demandada se oponga previamente a la pretensión mediante una declaración expresa, ni que reconozca expresamente la existencia de controversia” (párr. 10).

6. El Magistrado Cançado Trindade recuerda a continuación que, en su opinión disidente (párr. 161) al fallo dictado por la Corte en 2011 en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, criticó la “argumentación formalista” utilizada por la Corte al determinar la existencia de controversia, que suponía la aplicación de un umbral más elevado que excedía el establecido en la propia jurisprudencia consolidada de la CPJI y la CIJ (párrs. 11 y 12). No existe ningún requisito general de notificación previa de la pretensión del Estado demandante para incoar un proceso ante la CIJ. El Magistrado añade que “la finalidad de que sea necesario determinar la existencia de controversia (y su objeto) ante la Corte es facultar a esta para ejercer su jurisdicción adecuadamente: este requisito no está orientado a proteger al Estado demandado sino, más concretamente, a salvaguardar el ejercicio adecuado de la función judicial de la Corte” (párr. 13).

7. Del mismo modo, no existe ningún requisito que exija “agotar” previamente la vía de las negociaciones diplomáticas (párr. 14) antes de interponer una demanda e incoar un proceso ante la Corte (causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, fallo sobre las excepciones preliminares, 11 de junio de 1998). En la presente causa que enfrenta a las Islas Marshall y el Pakistán, las partes en litigio han mantenido dos líneas constantes y diferenciadas de conducta que reflejan posturas jurídicas distintas, hecho que basta para determinar la existencia de controversia. El objeto de la controversia entre las partes radica en si el Pakistán ha incumplido la obligación dimanante del derecho internacional consuetudinario de celebrar de buena fe y concluir negociaciones encaminadas a lograr el desarme nuclear en todos sus aspectos bajo un control internacional eficaz (párr. 16).

8. En las presentes causas relativas a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. Pakistán/India/Reino Unido)*, la mayoría de la Corte ha elevado indebidamente el umbral para determinar la existencia de controversia y ha impuesto el requisito relativo al “conocimiento”, lo que parece “socavar su propia capacidad de deducir la existencia de controversia de las conductas antagónicas mantenidas por las partes en litigio” (párr. 18).

9. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, la postura adoptada por la mayoría de la Corte en la presen-

te causa “contradice la propia jurisprudencia anterior de la Corte de La Haya (CPJI y CIJ), en la que se aplicó un enfoque mucho menos formalista para determinar la existencia de controversia” (con respecto a la CPJI, véase lo señalado, entre otras, en la causa relativa a las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, fallo de 30 de agosto de 1924; la causa relativa a *Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca*, fallo (competencia) de 25 de agosto de 1925; y la causa relativa a la *Interpretación de los fallos Nos. 7 y 8 - Fábrica de Chorzów*, fallo de 16 de diciembre de 1927; en cuanto a la CIJ, véase lo expuesto, entre otras, en la causa relativa a *Timor Oriental*, fallo de 30 de junio de 1995; la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (excepciones preliminares), fallo de 11 de julio de 1996; y la causa relativa a *Ciertos bienes* (excepciones preliminares), fallo de 10 de febrero de 2005) (párrs. 20 y 21).

10. En las causas relativas a *Timor Oriental* (1995), a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (1996) y a *Ciertos bienes* (2005), la CIJ consideró que el comportamiento posterior a la fecha crítica (es decir, la fecha de interposición de la demanda) respaldaba la conclusión de la existencia de controversia entre las partes. A la luz de este enfoque aplicado por la CIJ en su jurisprudencia previa, la existencia de controversia en la causa en cuestión resulta evidente (párrs. 22 y 23).

11. Además, la mayoría de la Corte hace *tabula rasa* con respecto al requisito de que la fecha de referencia para determinar la existencia de controversia sea “en principio” la fecha de interposición de la demanda (causa relativa a las *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe* (excepciones preliminares), fallo de 17 de marzo de 2016); como ya se ha visto, en su jurisprudencia, la CIJ ha tenido en cuenta la conducta posterior a esa fecha crítica (párr. 26).

12. En la presente causa —prosigue el Magistrado Cançado Trindade—, la mayoría de la Corte hace uso de los *obiter dicta* que se formularon en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (2011), “que elevan indebidamente el umbral para determinar la existencia de controversia, con arreglo a una cláusula compromisoria contemplada en dicha Convención (interpretada erróneamente de todos modos, pues ignora el objeto y el propósito de este instrumento). Y, lo que es peor, en la presente causa, que enfrenta a las Islas Marshall y el Pakistán, la mayoría de la Corte asume esa norma más rigurosa fuera de contexto y la aplica a esta causa concreta, sometida ante la Corte sobre la base de una declaración realizada en virtud de la cláusula facultativa y relativa a una obligación dimanante del derecho internacional consuetudinario” (párr. 27).

13. La elevación del umbral es una medida que resulta, “además de formalista, artificial” y que no se desprende de la definición de controversia contemplada en la jurisprudencia consolidada de la Corte (párr. 28). Al aplicar el criterio del

“conocimiento”, la mayoría de la Corte exige con el máximo formalismo una respuesta específica por parte del Estado demandado a la pretensión formulada por el Estado demandante, “incluso en situaciones en las que, como ocurre en este caso concreto, las partes en litigio manifiestan dos líneas coherentes y diferenciadas de conducta” (párr. 28). El Magistrado Cançado Trindade concluye, sobre este asunto en particular, que el formalismo en el que incurre la mayoría de la Corte al elevar el umbral para determinar la existencia de controversia tiene la siguiente consecuencia:

“Genera indebidamente una dificultad en el propio *acceso a la justicia* (de las partes demandantes) a nivel internacional en un asunto que atañe a toda la humanidad, lo que resulta sumamente lamentable” (párr. 29).

14. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade centra su atención en las diferentes series de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a las armas nucleares y en la *opinio iuris* (apartado III), a saber: a) las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a las armas nucleares (1961-1981); b) las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a la congelación de las armas nucleares (1982-1992); c) las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en las que se condena el desarrollo y el uso de armas nucleares (1982-2015); y d) las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que dan seguimiento a la opinión consultiva emitida por la CIJ en 1996 (1996-2015). El Magistrado recuerda, en primer lugar, que, en el transcurso del proceso en la presente causa relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*, las partes en litigio hicieron referencia a las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a la cuestión del desarme nuclear (párr. 30).

15. En cuanto a la *primera serie de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a las armas nucleares (1961-1981)*, cabe señalar la aprobación de la innovadora resolución 1653 (XVI), de 24 de noviembre de 1961, que impulsó la elaboración de la célebre “Declaración sobre la Prohibición del Uso de las Armas Nucleares y Termonucleares” y estuvo seguida por la celebración de tres Decenios para el Desarme (párr. 31). En este primer período examinado (1961-1981), la Asamblea General de las Naciones Unidas prestó especial atención de manera continua a las cuestiones relacionadas con el desarme y, en particular, al desarme nuclear (párr. 32). En los años 1978 y 1982, dicho órgano celebró dos períodos extraordinarios de sesiones en torno al desarme nuclear (los períodos de sesiones décimo y duodécimo, respectivamente), en los que esta cuestión ocupó un lugar destacado entre los temas debatidos; en aquella ocasión, se recalcó que el objetivo más inmediato del desarme era la eliminación del peligro de una guerra nuclear (párr. 33).

16. El Magistrado Caçado Trindade recuerda que la Asamblea General puso de relieve en reiteradas ocasiones los peligros que entrañaba la carrera de armamentos nucleares para la humanidad y la supervivencia de la civilización y expresó su inquietud en relación con las consecuencias nocivas de los ensayos nucleares encaminados a acelerar dicha carrera. Por ello, la Asamblea General reiteró su condena de todo tipo de ensayos con armas nucleares, al margen del entorno en el que se realizaran, e instó a los Estados poseedores de armas nucleares a suspender tales ensayos en cualquier contexto (párr. 34).

17. Además, el Magistrado Caçado Trindade recuerda que, en ese período, la Asamblea General hizo hincapié también en la responsabilidad especial que los Estados poseedores de armas nucleares tenían en el cumplimiento del objetivo del desarme nuclear (párr. 35), y añade que, en la 84ª sesión plenaria, celebrada tras el décimo período extraordinario de sesiones dedicado al desarme, la Asamblea General declaró que la utilización de armas nucleares constituía una “violación de la Carta de las Naciones Unidas” y “un crimen de lesa humanidad”, y que dicha utilización debía prohibirse, en espera de lograr el desarme nuclear (párr. 36).

18. Por lo que respecta a la *segunda serie de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la congelación de las armas nucleares (1982-1992)*, en cada año de ese período (seguimiento de los períodos extraordinarios de sesiones décimo y duodécimo relativos al desarme nuclear, celebrados en 1978 y 1982, respectivamente), la Asamblea General aprobó diversas resoluciones en las que se pedía la congelación de las armas nucleares. En dichas resoluciones se señala que los arsenales de armas nucleares existentes bastan con creces para destruir toda forma de vida sobre la Tierra. Asimismo, se expresa la convicción de que la paz mundial duradera únicamente puede cimentarse en el logro del desarme general y completo bajo un control internacional eficaz. En este sentido, las resoluciones de la Asamblea General mencionadas señalan que los objetivos de prioridad máxima en el ámbito del desarme han de ser el desarme nuclear y la eliminación de todas las armas de destrucción en masa (párr. 38).

19. Finalmente, en esas resoluciones se exhorta a los Estados poseedores de armas nucleares a acordar “una congelación de las armas nucleares” que, entre otras cosas, estipule “la suspensión simultánea y total de toda nueva producción de material fisionable destinado a armas”. Dicha congelación no se consideraba un fin en sí misma, sino el primer paso más eficaz para la reducción de los arsenales nucleares, la prohibición completa de los ensayos nucleares, el cese de la fabricación y el despliegue de armas nucleares, y el cese de la producción de material fisionable con fines armamentísticos (párr. 39).

20. Tras recordar que en las alegaciones efectuadas a finales de 1995 en el procedimiento consultivo ante la CIJ (párrs. 43 a 45) se reconocieron la autoridad y el valor jurídi-

co de las resoluciones de la Asamblea General, el Magistrado Caçado Trindade señala que el Noero de esas resoluciones ha seguido aumentando constantemente desde entonces y hasta el día de hoy, “conformando claramente”, desde su punto de vista, “una *opinio iuris communis* con respecto al desarme nuclear” (párr. 43).

21. A continuación, el Magistrado Caçado Trindade alude al *largo historial de resoluciones de la Asamblea General en las que se condena el desarrollo y el uso de armas nucleares (1982-2015)* y en las que la Asamblea General pasa directamente a expresar una condena, advirtiendo de la amenaza que dichas armas suponen para la supervivencia de la humanidad (párr. 45). En los párrafos del preámbulo de tales resoluciones posteriores se *reafirma* de manera manifiesta, año tras año, que “el uso de armas nucleares constituiría una violación de la Carta de las Naciones Unidas y un crimen de lesa humanidad” (párr. 46).

22. En último lugar, aunque no por orden de importancia, el Magistrado Caçado Trindade analiza la *serie de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que dan seguimiento a la opinión consultiva emitida por la CIJ en 1996 (1996-2015)*, en las que se comienza expresando la convicción de la Asamblea General de que “el hecho de que sigan existiendo armas nucleares representa una amenaza para la humanidad” y de que “su empleo tendría consecuencias catastróficas para todas las formas de vida en la Tierra”, y que “la única defensa contra una catástrofe nuclear es la eliminación total de las armas nucleares y la certeza de que no se volverán a fabricar jamás” (segundo párrafo del preámbulo). En dichas resoluciones se reitera “la determinación de la comunidad internacional de alcanzar el objetivo de un mundo libre de armas nucleares mediante la eliminación total de esas armas” (párr. 51).

23. Esas resoluciones de la Asamblea General exhortan manifiestamente a *todos los Estados* a cumplir de inmediato la obligación conducente a la pronta celebración de una convención en la que se prohíba el desarrollo, la producción, el ensayo, el despliegue, el almacenamiento, la transferencia, la amenaza o el empleo de armas nucleares y se disponga su eliminación (párr. 52). En uno de los párrafos del preámbulo de las resoluciones de la Asamblea General que forman parte de dicha serie, también se reconoce en los últimos años “con satisfacción” que el Tratado Antártico, los tratados de Tlatelolco, Rarotonga, Bangkok y Pelindaba y el Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en Asia Central, así como la condición de zona libre de armas nucleares de Mongolia, “están liberando gradualmente de armas nucleares todo el hemisferio sur y las áreas adyacentes a que se refieren esos tratados” (párr. 53).

24. Las resoluciones más recientes (aprobadas desde 2013 en adelante) se explayan considerablemente sobre el asunto. En ellas se exhorta a todos los Estados poseedores de armas nucleares a que emprendan iniciativas de desarme concretas, destacando que todos los Estados deben poner es-

pecial empeño en lograr y mantener un mundo sin armas nucleares. En su parte dispositiva, se subraya la conclusión unánime de la CIJ, expresada en la opinión consultiva de 1996 sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, de que “existe la obligación de emprender de buena fe y concluir negociaciones encaminadas al desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un control internacional estricto y eficaz” (párr. 54).

25. Estas resoluciones de seguimiento de la Asamblea General contienen párrafos relativos a la obligación de emprender y concluir de buena fe negociaciones encaminadas al desarme nuclear, sin referencia alguna al TNP o a los Estados partes en él; en buena medida se refieren a esa obligación como una obligación general que no tiene su fundamento en ninguna disposición de ningún tratado. Se exhorta a *todos los Estados*, y no solo a los Estados partes en el TNP, a cumplir de inmediato la obligación, que les atañe a *todos*, de informar (al Secretario General) sobre su acatamiento de las resoluciones en cuestión. En resumen, “las referencias a *todos los Estados* son intencionadas y, al no constar referencias a ningún tratado ni a ninguna otra obligación internacional impuesta específicamente, todo apunta a la existencia de una obligación de negociar y lograr el desarme nuclear dimanante del derecho consuetudinario” (párr. 55).

26. Al igual que la Asamblea General, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas también se ha explayado a menudo sobre la materia en cuestión (apartado IV). Por ejemplo, en dos de sus resoluciones (984/1995, de 11 de abril de 1995, y 1887/2009, de 24 de septiembre de 2009), el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas hace referencia, en concreto, a la obligación de celebrar negociaciones de buena fe en relación con el desarme nuclear (párr. 60). El Consejo de Seguridad hace también un llamamiento general a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, sean o no partes en el TNP (párr. 61). El Magistrado Cançado Trindade opina lo siguiente:

“Las citadas resoluciones del Consejo de Seguridad, al igual que las de la Asamblea General (véase lo señalado anteriormente), están dirigidas a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y aportan elementos importantes para la generación de una *opinio iuris* en apoyo del surgimiento progresivo de una obligación dimanante del derecho internacional consuetudinario y en consonancia con la obligación convencional contemplada en el Artículo VI del TNP. En concreto, resulta significativo que el Consejo de Seguridad exhorte a *todos los Estados*, y no solo a los Estados partes en el TNP, a emprender negociaciones de buena fe para lograr el desarme nuclear (o a sumarse a dichos Estados partes en este empeño). Ello indica que la obligación atañe a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, independientemente de que sean o no partes en el TNP” (párr. 62).

27. Las resoluciones de las Naciones Unidas analizadas (tanto las de la Asamblea General como las del Consejo de Seguridad) —añade el Magistrado— reflejan que la Organización cuenta con un largo historial de condena del desarrollo y la utilización de armas nucleares (apartado V), que se remonta a su fundación y sus primeros años de andadura (párrs. 66 y 67). En 1956 se creó el Organismo Internacional de Energía Atómica. Cinco años más tarde, en 1961, la Asamblea General aprobó la histórica e innovadora resolución 1653 (XVI), de 24 de noviembre de 1961, titulada “Declaración sobre la Prohibición del Uso de las Armas Nucleares y Termonucleares”, que “mantiene su contemporaneidad a día de hoy y que, 55 años después, sigue mereciendo especial atención” (párr. 65).

28. Transcurrido más de medio siglo, aquella lúcida y conmovedora declaración parece seguir estando de actualidad, ya que el conjunto de la comunidad internacional continúa a la espera de que se concluya la propuesta de una convención general sobre la prohibición de las armas nucleares y termonucleares: el desarme nuclear constituye hoy en día un objetivo de las Naciones Unidas aún por lograr, como ocurría en 1961. El Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (TPCE), aprobado el 24 de septiembre de 1996, todavía no ha entrado en vigor, a pesar de que 164 Estados lo hayan ratificado hasta la fecha (párr. 66). Desde la aprobación del TPCE en 1996, la labor de la Conferencia de Desarme se ha mantenido en gran medida en punto muerto, ante la alegación de “intereses de seguridad” divergentes (párr. 72).

29. Pese a todo, desde el punto de vista histórico, en los últimos decenios se han logrado algunos avances en relación con otras armas de destrucción en masa, como demuestra la aprobación de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre Su Destrucción (el 10 de abril de 1972), así como de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre Su Destrucción (el 13 de enero de 1993); a diferencia manifiesta del TPCE, estas dos convenciones ya han entrado en vigor (lo hicieron el 26 de marzo de 1975 y el 29 de abril de 1997, respectivamente). El Magistrado Cançado Trindade concluye, a este respecto, lo siguiente:

“Si atendemos únicamente al derecho internacional convencional, las armas de destrucción en masa (gases tóxicos, armas biológicas y químicas) han quedado ilegalizadas; sin embargo, todavía no se han prohibido las armas nucleares, que resultan mucho más destructivas. Este disparate jurídico alimenta la miopía o ceguera positivista que lleva a deducir de ello que no existe ninguna obligación internacional consuetudinaria de desarme nuclear. Los positivistas solo tienen ojos para el derecho convencional, para el consentimiento individual de cada Estado, y se encierran en un círculo vicio-

so, incapaces de ver las acuciantes necesidades y aspiraciones de la comunidad internacional en su conjunto ni de comprender la *universalidad* del derecho internacional contemporáneo —tal y como lo concibieron sus ‘padres fundadores’ ya en los siglos XVI y XVII— y sus principios fundamentales subyacentes [...].

A decir verdad, en nuestros días la obligación de desarme nuclear existe y está consolidada en el derecho internacional tanto convencional como consuetudinario; además, las Naciones Unidas han realizado una contribución sumamente valiosa al respecto a lo largo de decenios” (párrs. 74 y 75).

30. En sus alegatos ante la Corte en la presente causa, las partes en litigio han expuesto sus diferentes argumentos sobre la cuestión de las resoluciones de las Naciones Unidas relativas al desarme nuclear y del surgimiento de una *opinio iuris* (apartado VI). El Magistrado Cançado Trindade considera que, a pesar de las diferencias existentes en su historial de votaciones, las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas examinadas en la presente opinión disidente, analizadas en su conjunto,

“no permiten en absoluto negar su contribución a la generación de una *opinio iuris* relativa al establecimiento de una obligación de desnuclearización en virtud de lo dispuesto en el derecho internacional consuetudinario. Al fin y al cabo, se trata de resoluciones de la propia Asamblea General de las Naciones Unidas (y no solo de la gran mayoría de los Estados Miembros de la Organización que votaron a favor de su aprobación); son resoluciones de las propias Naciones Unidas en las que se aborda una preocupación común de toda la humanidad” (párr. 82).

31. La presencia del mal ha marcado la existencia humana durante siglos (apartado VII). Desde el comienzo repentino de la era nuclear en agosto de 1945, algunos de los grandes pensadores mundiales se han estado preguntando por el futuro de la humanidad (párrs. 83 a 91) y han llamado la atención sobre la necesidad imperiosa de respetar la vida y la importancia de los valores humanistas (párrs. 92 a 104). También en el ámbito de la doctrina jurídica internacional ha habido quienes han destacado la necesaria prevalencia de la conciencia humana, la conciencia jurídica universal, sobre el voluntarismo de los Estados (párrs. 105 a 108).

32. Esta es la postura que defiende asimismo el Magistrado Cançado Trindade, en cuya opinión:

“La conciencia jurídica universal constituye la fuente material suprema del derecho internacional. [...] no es posible abordar los nuevos desafíos a los que se enfrenta la comunidad internacional en su conjunto teniendo en cuenta únicamente las susceptibilidades de los Estados; tal es el caso de la obligación de librar al mundo de las armas nucleares, que constituye una necesidad imperiosa emanada de la *recta ratio* y no un aspecto dependiente

de la ‘voluntad’ de los Estados. En efecto, para mantener viva la esperanza, es preciso tener siempre presente a la humanidad en su conjunto” (párr. 109).

33. Dentro de la CIJ, el Magistrado Cançado Trindade expuso este mismo argumento en su opinión disidente (párrs. 488 y 489) emitida en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, fallo de 3 de febrero de 2015. Asimismo, observa que “la presencia del mal ha acompañado y marcado la existencia humana a lo largo de los siglos”, con un “aumento progresivo del desprecio por la vida humana”; el “trágico mensaje del libro del Génesis”, en su opinión, “parece perdurar en el tiempo, alcanzando su máximo grado de contemporaneidad en la actual era nuclear” (párrs. 111 y 112).

34. La siguiente línea argumental del Magistrado Cançado Trindade hace referencia a la atención que se presta a los pueblos en la Carta de las Naciones Unidas, como se ilustra en varias de sus disposiciones, así como a la atención dedicada en dicho instrumento a la protección de los valores comunes de la humanidad y al respeto de la vida y la dignidad humana (apartado VIII). El Magistrado continúa señalando que el nuevo ideal promovido por la Carta de las Naciones Unidas y propugnado por el derecho de la Organización posee, desde su punto de vista, la siguiente característica:

“Tiene una incidencia en el arreglo judicial de las controversias internacionales. Por consiguiente, el hecho de que el mecanismo por el que la CIJ dirime los contenciosos sea un mecanismo interestatal no significa que su argumentación también deba adquirir una dimensión estrictamente interestatal; ello dependerá de la naturaleza y el fondo de las cuestiones que se le sometan. Varias de las causas llevadas ante la Corte han exigido una argumentación que trascendía con creces la dimensión interestatal. Dicho tipo de argumentación se mantuvo fiel a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, por constituir la CIJ ‘el principal órgano judicial’ de la Organización” (párr. 115).

35. Del mismo modo, el ciclo de conferencias mundiales de las Naciones Unidas celebradas en la década de 1990, en un esfuerzo encomiable de la Organización por *ir más allá de la dimensión puramente interestatal y trascenderla*, infundió un espíritu de solidaridad orientado a analizar los desafíos a los que se enfrentaba el futuro de la humanidad. El denominador común de tales conferencias —añade el Magistrado Cançado Trindade— fue el reconocimiento de la legitimidad de la preocupación de la comunidad internacional en su conjunto por las condiciones de vida de los seres humanos de todo el mundo. A finales de dicha década y en los albores del nuevo milenio, la Declaración del Milenio (2000) expresó la determinación de “eliminar los peligros que suponen las armas de destrucción en masa” (párrs. 119 a 121).

36. En resumen, la naturaleza de una determinada causa sometida a la Corte puede requerir una argumentación

que trascienda la perspectiva estrictamente interestatal; la presente causa relativa a la obligación de desarme nuclear exige centrar la atención en los pueblos, de conformidad con una perspectiva humanista, y no en susceptibilidades interestatales. El mecanismo interestatal por el que la CIJ resuelve los contenciosos que se le someten no implica en modo alguno que la argumentación de la Corte deba revestir asimismo un carácter estrictamente interestatal. El desarme nuclear constituye un motivo de preocupación para la humanidad en su conjunto.

37. Contrariamente a lo que sostiene la argumentación expuesta por la mayoría de la Corte, el denominado “principio del Oro amonedado” no tiene cabida en una causa como la que nos ocupa y “no pertenece al ámbito de los *prima principia*, por tratarse únicamente de una concesión en favor del consentimiento de los Estados, dentro de un marco voluntarista estatal obsoleto”. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, la presente causa demuestra lo siguiente:

“[...] la necesidad de trascender la perspectiva estrictamente interestatal. El hecho de que el mecanismo por el que la CIJ resuelve los contenciosos que se le someten sea un mecanismo interestatal no implica en modo alguno que la argumentación de la Corte deba revestir asimismo un carácter estrictamente interestatal. En el marco de la presente causa, relativa a las armas nucleares y a la obligación de desarme nuclear, es necesario centrar la atención en los pueblos, y no en susceptibilidades interestatales. Es imprescindible tener en cuenta a la población mundial, de conformidad con una perspectiva humanista y a la luz del *principio de humanidad*” (párrs. 124 y 125).

38. La presente causa, relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*, pone de relieve la enorme importancia de los principios generales del derecho internacional, como el principio de la igualdad jurídica de los Estados (apartado XI). Los principios generales del derecho (*prima principia*) constituyen los cimientos sobre los que se asientan todos los sistemas jurídicos, sustentan y definen sus normas, orientan la aplicación de estas y ponen de relieve la prevalencia del *ius necessarium* sobre el *ius voluntarium* (véase lo señalado más adelante).

39. Las desigualdades de hecho y la estrategia de “disuasión” no pueden prevalecer sobre la igualdad jurídica de los Estados; la “disuasión” no puede seguir ignorando la claridad de las diferentes series de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en las que se expresa una *opinio iuris communis* que condena el desarrollo y el uso de armas nucleares (apartado XI). Tal como sostienen también los principios generales del derecho internacional y la doctrina jurídica internacional —añade el Magistrado Cançado Trindade—, el desarrollo y el uso de armas nucleares constituyen una infracción del derecho internacional, del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de

los derechos humanos, de la Carta de las Naciones Unidas y del *ius cogens*, por sus consecuencias devastadoras y el sufrimiento que pueden infligir a la humanidad en su conjunto (párrs. 132 y 133).

40. A su entender, la CIJ debería otorgar “mucho más importancia a la razón de humanidad” que a la razón de Estado que sustenta la estrategia de “disuasión” y debería “tener en cuenta a las personas y a los pueblos, al servicio de los cuales se crearon los Estados, en lugar de basarse solo en lo que supuestamente constituye la razón de Estado”. La razón de humanidad, a juicio del Magistrado, “prevalece sin duda sobre las consideraciones de la *realpolitik*” (párr. 143). El Magistrado añade que, en su opinión consultiva de 1996, la CIJ reconoció acertadamente la importancia del desarme nuclear completo (señalada en la serie de resoluciones de la Asamblea General), entendiendo este como una obligación de resultado y no de mera conducta (párr. 89), si bien manifiesta la siguiente objeción:

“[La CIJ] no evaluó las correspondientes consecuencias. De haberlo hecho, habría llegado a la conclusión de que el desarme nuclear no podía verse obstaculizado por la conducta de unos pocos Estados —los Estados poseedores de armas nucleares— que mantienen y modernizan sus propios arsenales de armas nucleares de conformidad con su estrategia de ‘disuasión’.

La estrategia de ‘disuasión’ tiene un componente suicida. Actualmente, en 2016 (transcurridos 20 años desde la opinión consultiva emitida por la CIJ en 1996 y atendiendo a la reiteración posterior de la obligación jurídica de desarme nuclear dimanante del derecho internacional tanto convencional como consuetudinario), ya no hay margen para la ambigüedad. Existe una *opinio iuris communis* sobre la ilegalidad de las armas nucleares, así como sobre la obligación consolidada de desarme nuclear, que constituye una obligación de resultado y no de mera conducta. La dogmática insistencia positivista en la prohibición expresa de las armas nucleares no puede suprimir esa *opinio iuris*; por el contrario, dicha *opinio iuris* revela que el argumento basado en la inexistencia de una prohibición expresa carece de sentido, pues se sustenta en la estrategia destructiva y suicida de la ‘disuasión’” (párrs. 134 y 135).

41. El Magistrado Cançado Trindade concluye a este respecto que existe efectivamente una clara *opinio iuris communis* en cuanto a la ilegalidad y la prohibición de las armas nucleares, y que la supervivencia de la humanidad no puede supeditarse a la “voluntad” y la insistencia en salvaguardar “los intereses de seguridad nacionales” de un puñado de Estados privilegiados; la “conciencia jurídica universal está muy por encima de la ‘voluntad’ de cada Estado” (párr. 140).

42. Su siguiente línea argumental hace referencia a la ilegalidad de las armas nucleares y a la obligación de desarme nuclear (apartado XII), y abarca los siguientes aspectos: a) la condena del desarrollo y el uso de todo tipo de armas de

destrucción en masa; *b*) la prohibición de las armas nucleares (necesidad de aplicar un enfoque centrado en las personas y el derecho fundamental a la vida); *c*) las prohibiciones absolutas dimanantes del *ius cogens* y la humanización del derecho internacional; y *d*) los inconvenientes del positivismo jurídico. El Magistrado Cançado Trindade recalca la necesidad de aplicar un enfoque centrado en las personas en este ámbito, teniendo en cuenta el derecho fundamental a la vida (párrs. 166 a 179). Es preciso seguir centrando la atención en las consecuencias devastadoras y catastróficas del empleo de armas nucleares.

43. El Magistrado advierte de que, en el marco del proceso conducente al desarme nuclear, el destino de los pueblos del mundo no puede quedar supeditado al consentimiento individual de los Estados. Las prohibiciones absolutas de la privación arbitraria de la vida humana, de la imposición de tratos crueles, inhumanos o degradantes y de la imposición de sufrimientos innecesarios constituyen prohibiciones de *ius cogens* que se reflejan en el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional consuetudinario, lo que promueve el actual proceso histórico de *humanización* del derecho internacional (párrs. 180 a 183).

44. Asimismo, el Magistrado Cançado Trindade advierte de que la perspectiva positivista ignora indebidamente la *opinio iuris communis* relativa a la ilegalidad de todas las armas de destrucción en masa, incluidas las armas nucleares, así como la obligación de desarme nuclear, aspectos contemplados en el derecho internacional contemporáneo (párrs. 184 a 190). El derecho internacional convencional y el derecho internacional consuetudinario van de la mano —añade— por lo que se refiere a la protección de la persona, como se pone de manifiesto en la cláusula de Martens, lo cual repercute en la prohibición de las armas nucleares (párrs. 191 a 199).

45. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, la existencia de armas nucleares es la tragedia contemporánea de la era nuclear; hoy, más que nunca, los seres humanos necesitan protegerse de sí mismos. Las armas nucleares carecen de ética y esta no puede desvincularse del derecho, como nos enseñó el pensamiento iusnaturalista (apartado XIV). El Magistrado realiza la siguiente reflexión:

“En el ámbito del desarme nuclear, hoy en día nos enfrentamos, dentro del universo conceptual del derecho internacional, a carencias inexplicables o anomalías, cuando no disparates. Por ejemplo, en nuestros tiempos existen afortunadamente convenciones (de 1972 y 1993) en las que se prohíben las armas biológicas y químicas, pero hasta la fecha no existe ninguna prohibición convencional integral de este tipo relativa a las armas nucleares, que son mucho más destructivas. Tal prohibición no existe pese a que las armas nucleares atentan claramente contra las disposiciones del derecho interna-

cional, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de las Naciones Unidas.

¿Tiene esto algún sentido? ¿Puede el derecho internacional prescindir de la ética? A mi entender, la respuesta es: no, en absoluto. Al igual que el derecho y la ética van de la mano (en consonancia con lo propugnado por el pensamiento iusnaturalista), el propio conocimiento científico tampoco puede disociarse de la ética. La producción de armas nucleares constituye un ejemplo del divorcio existente entre las consideraciones éticas y el progreso científico y tecnológico. De lo contrario, no se habrían diseñado armas capaces de aniquilar a millones de civiles inocentes y al conjunto de la humanidad.

Los principios de la *recta ratio*, que orientan la *lex praeceptiva*, emanan de la conciencia humana y afirman la existencia de una relación ineludible entre el derecho y la ética. Las consideraciones éticas deben orientar los debates sobre el desarme nuclear. Las armas nucleares, capaces de destruir a la humanidad en su conjunto, portan el mal en sí mismas. Dichas armas ignoran a la población civil y hacen caso omiso de los principios de necesidad, distinción y proporcionalidad. Asimismo, pasan por alto los principios humanitarios, no respetan en absoluto el derecho fundamental a la vida y constituyen herramientas completamente ilegales e ilegítimas rechazadas por la *recta ratio*, que dotó al *ius gentium*, en su evolución histórica, de fundamentos éticos y de su carácter universal” (párrs. 201 a 203).

46. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, la humanidad es un sujeto de derechos (como propugnaban los “padres fundadores” del derecho internacional) en el ámbito del nuevo *ius gentium* humanizado y, como sujeto de derechos, la humanidad ha venido siendo víctima potencial de las armas nucleares desde hace ya mucho tiempo. Esta visión humanista se centra en los pueblos y tiene en cuenta los fines humanos de los Estados.

47. A juicio del Magistrado Cançado Trindade, no es posible abordar la tragedia contemporánea que representan las armas nucleares desde “la perspectiva miope del derecho positivo en exclusiva”; las armas nucleares y el resto de las armas de destrucción en masa carecen de ética y de fundamento alguno basado en el derecho internacional (derecho de gentes). Este tipo de armas atenta de manera flagrante contra los principios fundamentales de tal derecho y contra los del derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de las Naciones Unidas, además de constituir una manifestación contemporánea “del mal, en su perenne trayectoria cuyo origen se remonta al libro del Génesis”. El pensamiento iusnaturalista, “siempre abierto a las consideraciones éticas”, pone de relieve y desecha los efectos perjudiciales de la estrategia de “disuasión”, de creación e imposición del miedo; “la humanidad es víctima de dicha estrategia” (párr. 210).

48. La siguiente línea argumental del Magistrado Cançado Trindade se centra en el *principio de humanidad* (párr. 215) y la aplicación de un enfoque universalista, en cuyo marco el *ius necessarium* supera las limitaciones del *ius voluntarium* (apartado XV). El Magistrado recuerda que, en diversas ocasiones, ha subrayado en sus opiniones separadas emitidas en el marco de la CIJ —y, anteriormente, en el seno de otro tribunal internacional (la Corte Interamericana de Derechos Humanos)— lo siguiente:

“Desde su origen histórico en el siglo XVI, se consideró que el derecho internacional (derecho de gentes) abarcaba no solo a los Estados (que empezaban a surgir por aquel entonces), sino también a los pueblos, a la persona (a título individual o considerada en grupo) y a la humanidad en su conjunto. La perspectiva estrictamente interestatal se definió mucho más tarde a partir del surgimiento del reduccionismo de Vattel a mediados del siglo XVIII, que se puso de moda a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, con las desastrosas consecuencias conocidas por todos —las sucesivas atrocidades sufridas por los seres humanos y los pueblos en distintas regiones del mundo— que tuvieron lugar a lo largo de todo el siglo pasado. En la actual era nuclear, que abarca los siete últimos decenios, la humanidad en su conjunto se halla bajo amenaza” (párr. 213).

49. La obligación convencional y consuetudinaria de desarme nuclear —continúa señalando el Magistrado— pone de relieve otro aspecto:

“La cuestión de la *validez* de las normas jurídicas internacionales va, al fin y al cabo, más allá de lo estrictamente jurídico. El derecho internacional no puede permanecer indiferente a los valores, los principios generales del derecho y las consideraciones éticas; en primer lugar, debe determinar qué se *necesita* —por ejemplo, un mundo libre de armas nucleares— para garantizar la supervivencia de la humanidad. Esta noción del derecho es anterior al derecho internacional positivo y está en consonancia con el pensamiento iusnaturalista [...].

A la luz de la conciencia humana, resulta evidente que esas armas, capaces de aniquilar al conjunto de la humanidad, son ilícitas, están prohibidas y constituyen una vulneración manifiesta de lo contemplado en el *ius cogens*” (párrs. 221 a 223).

50. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade aborda otros aspectos del asunto en cuestión mencionados por las partes en litigio en la presente causa, relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*, y señala que la *opinio iuris communis necessitatis*, sobre la que se sustenta la obligación consuetudinaria y convencional de desarme nuclear, se plasmó, en primer lugar, en las Conferencias de Examen del TNP celebradas entre 1975 y 2015 (apartado XVI).

51. En segundo lugar, cabe señalar que lo mismo ocurrió con la correspondiente creación de las zonas libres de armas nucleares (apartado XVII), medida que beneficia en última instancia a la humanidad en su conjunto (párr. 247). Sin duda, para la creación de esas zonas se tuvieron en cuenta los aspectos fundamentales de la humanidad mediante la aprobación en 1967 del Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (Tratado de Tlatelolco), a la que siguió la aprobación de otros cuatro tratados similares en distintas regiones del mundo, a saber: el Tratado sobre la Zona Desnuclearizada del Pacífico Sur (Tratado de Rarotonga), de 1985; el Tratado sobre la Zona Libre de Armas Nucleares de Asia Sudoriental (Tratado de Bangkok), de 1995; el Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en África (Tratado de Pelindaba), de 1996; y el Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en Asia Central (Tratado de Semipalatinsk), de 2006 (así como sus respectivos Protocolos).

52. La creación de esas zonas libres de armas nucleares constituye ciertamente un reflejo de la creciente desaprobación que la comunidad internacional en su conjunto manifiesta hacia las armas nucleares (párr. 240). A la creación de las cinco zonas citadas anteriormente cabe añadir otras iniciativas emprendidas contra este tipo de armas —continúa señalando el Magistrado Cançado Trindade—, por ejemplo, la prohibición del emplazamiento de armas nucleares y otros tipos de armas de destrucción en masa en el espacio ultraterrestre, en los fondos marinos y oceánicos y en el subsuelo más allá del límite exterior de la zona territorial de los fondos marinos, entornos “desnuclearizados” gracias al Tratado Antártico (1959), el Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre (1967) y el Tratado sobre los Fondos Marinos (1971), respectivamente, a los que puede sumarse el Acuerdo que Debe Regir las Actividades de los Estados en la Luna y Otros Cuerpos Celestes (1979), por el cual se estableció la desmilitarización completa de estos (párr. 251).

53. El hecho de que la comunidad internacional cuente actualmente con cinco zonas libres de armas nucleares, en relación con las cuales los Estados poseedores de armas nucleares tienen una responsabilidad especial, “pone de manifiesto un triunfo innegable de la recta razón, la *recta ratio* sobre la que se fundamenta el derecho internacional contemporáneo”. Además, la iniciativa de las zonas libres de armas nucleares sigue ganando terreno con claridad: en los últimos años, se han venido examinando diversas propuestas orientadas a crear nuevas zonas desnuclearizadas similares, además de la denominada zona en un solo Estado (por ejemplo, Mongolia). Todo esto “refleja el aumento de la desaprobación manifestada por la comunidad internacional en su conjunto hacia las armas nucleares, que, en vista de su enorme capacidad destructiva, atentan contra la recta razón (*recta ratio*)” (párr. 252).

54. Por último, en tercer lugar, cabe destacar que se ha producido una evolución similar de los acontecimientos con

respecto a las recientes Conferencias sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares (apartado XVIII)—celebradas, respectivamente, en Oslo (marzo de 2013), en Nayarit (febrero de 2014) y en Viena (diciembre de 2014)— cuya causa común consistía en lograr y mantener un mundo libre de armas nucleares. Esta reciente serie de Conferencias —analizada por el Magistrado Caçado Trindade— puso de relieve las consecuencias humanitarias de las armas nucleares y “volvió a situar la preocupación por los seres humanos y los pueblos en una posición central”; así pues, tales eventos “resaltaron la importancia de la dimensión humana que entrañaba la cuestión en su conjunto y procuraron despertar la conciencia de toda la comunidad internacional, además de mejorar la necesaria coordinación humanitaria en este ámbito” (párr. 255).

55. Habida cuenta de sus efectos devastadores, las armas nucleares jamás deberían haberse diseñado ni fabricado. En las Conferencias de Nayarit y Viena, los participantes escucharon los conmovedores testimonios de algunos *hibakusha* (supervivientes de los bombardeos atómicos de Hiroshima y Nagasaki), quienes relataron la terrible devastación causada a esas ciudades y a sus habitantes por las explosiones atómicas (en particular el fallecimiento de víctimas quemadas vivas, carbonizadas o vaporizadas, así como los efectos a largo plazo de la exposición a las radiaciones, entre ellos el nacimiento de “bebés con rasgos monstruosos” y el sufrimiento causado por casos de “cáncer de tiroides, cáncer de hígado y todo tipo de enfermedades cancerosas radiogénicas”, cuyo Noero ha ido aumentando con los años y se ha saldado con la muerte de numerosos supervivientes a lo largo de 70 años) (párrs. 263 y 273).

56. Esta reciente serie de Conferencias sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares contribuyó a aumentar la comprensión de las consecuencias y los riesgos de las detonaciones nucleares y demostró los devastadores efectos, tanto inmediatos como a mediano y largo plazo, de la utilización y el ensayo de armas nucleares; tales eventos se centraron en mayor medida en el marco jurídico (y sus correspondientes lagunas) en relación con las armas nucleares (párrs. 274, 275 y 277 a 281). Como parte de la lucha contra este tipo de armas y a raíz de la Conferencia de Viena, se formuló el denominado “Compromiso Humanitario”, que, en abril de 2016, contaba con el respaldo oficial de 127 Estados (párrs. 282 a 284).

57. Llegado a este punto, el Magistrado Caçado Trindade concluye, con respecto a estas iniciativas recientes (véase lo expuesto con anterioridad), lo siguiente:

“[Dichas iniciativas] han puesto de relieve acertadamente las graves consecuencias humanitarias de las detonaciones de armas nucleares. El replanteamiento de la cuestión en su conjunto desde un enfoque centrado en las personas me parece una solución especialmente lúcida y necesaria, teniendo en cuenta la falta de funda-

mento de la estrategia de ‘disuasión’ y las consecuencias catastróficas de la utilización de armas nucleares. [...]

Habida cuenta de que la obligación de desarme nuclear constituye una obligación de resultado, la aplicación de un enfoque ‘gradual’ no puede prorrogarse indefinidamente, pues supone empeñarse en que la espada nuclear de Damocles siga pendiente sobre nuestras cabezas. El enfoque ‘gradual’ no ha dado ningún resultado concreto importante hasta la fecha y parece hacer caso omiso de los numerosos pronunciamientos de las Naciones Unidas que respaldan la obligación de desarme nuclear (véase lo señalado anteriormente). Al fin y al cabo, la prohibición absoluta de las armas nucleares, que engloba múltiples aspectos, constituye una prohibición de *ius cogens* (véase lo señalado anteriormente). Dichas armas, según se puso de manifiesto en las Conferencias sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares, son esencialmente inhumanas, lo que hace que la estrategia de ‘disuasión’ carezca de fundamento y resulte insostenible” (párrs. 285 y 286).

58. Además, las iniciativas examinadas en la presente opinión disidente (las Conferencias de Examen del TNP, la creación de zonas libres de armas nucleares y las Conferencias sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares) —a las que las partes en litigio hicieron referencia en el transcurso del proceso llevado a cabo ante la CIJ en el marco de la causa relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*— “trascendieron la perspectiva interestatal”. En opinión del Magistrado Caçado Trindade, “existe una gran necesidad, en este ámbito, de seguir mirando más allá de los Estados y atender a la lucha por la supervivencia de los pueblos y la humanidad en nuestros tiempos” (párr. 289).

59. Tras recordar que las armas nucleares “han estado vinculadas, desde sus orígenes, con una capacidad de destrucción abrumadora” (párr. 290), el Magistrado Caçado Trindade pasa a exponer su análisis final (apartado XIX). A su entender, la *opinio iuris communis* —a cuya generación han contribuido las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas— tiene una dimensión mucho más amplia que la del elemento subjetivo de la costumbre y constituye un aspecto fundamental en el surgimiento de un derecho de conciencia orientado a librar al mundo de la amenaza inhumana que suponen las armas nucleares.

60. Las resoluciones de las Naciones Unidas (tanto las de la Asamblea General como las del Consejo de Seguridad) se aprueban en nombre de la propia Organización (y no solo en nombre de los Estados que hayan votado a favor de ellas); por lo tanto, resultan válidas para *todos* los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Entre los órganos principales de las Naciones Unidas, cabe destacar el papel desempeñado por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y el Secretario General, cuyas aportaciones a la cuestión del desarme nuclear han sido constantes y notables a lo largo de los años.

La CIJ, como principal órgano judicial de las Naciones Unidas, debe tener en cuenta las consideraciones fundamentales de humanidad, pues influyen en las cuestiones de admisibilidad y competencia, así como en las relacionadas con el derecho sustantivo.

61. La *opinio iuris* cuenta ya con una larga trayectoria en el pensamiento jurídico y goza actualmente de una amplia dimensión. Ya en el siglo XIX, la denominada “escuela histórica” del pensamiento jurídico y la filosofía del derecho, “en respuesta a la concepción voluntarista, desechó paulatinamente la ‘voluntad’ de los Estados, desviando la atención hacia la *opinio iuris* y exigiendo que la práctica constituyese una expresión auténtica de la ‘conciencia jurídica’ de las naciones y los pueblos”. Con el paso del tiempo, el reconocimiento del predominio de la conciencia sobre la “voluntad” fue afianzándose, como “reacción ante la reticencia de algunos Estados a acatar las normas relativas a asuntos de interés general o común para la comunidad internacional” (párr. 293). El Magistrado Cançado Trindade añade lo siguiente:

“La *opinio iuris* se convirtió en un elemento fundamental para la propia *formación* del derecho internacional, un *derecho de conciencia*. Esto redujo la influencia unilateral de los Estados más poderosos, fomentando la creación de un derecho internacional en beneficio del interés público y en aras del bien común de la comunidad internacional en su conjunto.

Se pasó a considerar que los fundamentos del ordenamiento jurídico internacional eran elementos independientes de la ‘voluntad’ de cada Estado y que la trascendían; la *opinio iuris communis* vino a constituir la expresión de la ‘conciencia jurídica’, ya no solo de las naciones y los pueblos —como sostuvo en el pasado la ‘escuela histórica’—, sino de la comunidad internacional en su conjunto, iniciándose con ello el camino hacia la universalización del derecho internacional. A mi juicio, es este derecho internacional de conciencia el que se inclina en particular por el desarme nuclear en aras de la supervivencia de la humanidad” (párrs. 294 y 295).

62. El Magistrado Cançado Trindade recuerda además que, a lo largo de los años, ha repudiado sistemáticamente el “positivismo voluntarista”, como hace en la presente opinión disidente, con respecto a “la obligación internacional consuetudinaria y convencional de poner fin a la producción de armas nucleares”, con el fin de “librar al mundo de su inhumana amenaza” (párrs. 297 a 299). A continuación, realiza la siguiente reflexión sobre las resoluciones de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas relativas al asunto que nos ocupa y analizadas en la presente opinión:

“[Tales resoluciones] se aprueban, no en nombre de los Estados que votaron a favor de ellas, sino más concretamente en nombre de la propia Organización (de sus respectivos órganos), por lo que resultan *válidas para todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas*. [...] Las

Naciones Unidas están dotadas de personalidad jurídica internacional propia, lo que les permite actuar en el plano internacional como entidad autónoma, independiente de cada uno de los Estados Miembros; de este modo, defienden la igualdad jurídica de todos los Estados y mitigan la preocupante vulnerabilidad de aquellos Estados objetivamente más débiles, como los Estados no poseedores de armas nucleares; en este sentido, persiguen —a través del multilateralismo— el bien común y el logro de los objetivos comunes de la comunidad internacional en su conjunto, entre ellos el desarme nuclear.

No es posible que un pequeño grupo de Estados —como los Estados poseedores de armas nucleares— ignore o minimice la importancia de esas resoluciones aprobadas reiteradamente, cuya vigencia se ha prolongado a lo largo del tiempo, simplemente por haber votado en contra de ellas o haberse abstenido en su votación. Una vez aprobadas, dichas resoluciones son válidas para todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Se trata de resoluciones de la propia Organización y no solo de la gran mayoría de sus Estados Miembros que votaron a favor de ellas. Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, donde se abordan reiteradamente asuntos que preocupan a la humanidad en su conjunto (como las armas nucleares existentes), gozan en mi opinión de valor normativo y no puede otorgárseles la debida consideración desde una perspectiva voluntarista del Estado, sino que exigen la aplicación de un enfoque diferente que se aleje de un planteamiento estrictamente voluntarista-positivista” (párrs. 300 y 301).

63. Esas resoluciones —continúa señalando— “se inspiran en los principios generales del derecho internacional, que, por su parte, reflejan los valores y las aspiraciones de la comunidad internacional en su conjunto, de toda la humanidad”. Los valores plasmados en estos *prima principia* “constituyen la fuente de inspiración de todos los ordenamientos jurídicos y, en última instancia, sus fundamentos” (párr. 302). En opinión del Magistrado Cançado Trindade, los principios generales del derecho (*prima principia*) tienen la siguiente función:

“Confieren al ordenamiento jurídico (tanto nacional como internacional) su ineludible dimensión axiológica. No obstante, el positivismo jurídico y el ‘realismo’ político, debido a su característica subordinación al poder, incurren en el error fundamental de minimizar esos principios, que constituyen los fundamentos de cualquier sistema jurídico y sustentan y definen las normas y las medidas adoptadas en virtud de ellos, con el objetivo de lograr que se haga justicia. Siempre que se han minimizado esos principios, las consecuencias han sido desastrosas” (párr. 303).

64. En los últimos decenios, dichos principios han contribuido a generar un vasto *corpus iuris* sobre asuntos que atañen a la comunidad internacional en su conjunto y han

permitido superar el tradicional paradigma interestatal del ordenamiento jurídico internacional. Este hecho ya no puede ignorarse en nuestros tiempos: el mecanismo interestatal por el que la CIJ resuelve los contenciosos “no puede utilizarse para justificar una argumentación basada en un punto de vista interestatal”. Como “principal órgano judicial” de las Naciones Unidas, la CIJ tiene la siguiente obligación:

“La CIJ ha de tener en cuenta no solo a los Estados, sino también a ‘nosotros, los pueblos’, en cuyo nombre se aprobó la Carta de las Naciones Unidas. En las sentencias internacionales dictadas en relación con los contenciosos que se le someten, como es el caso de la presente causa relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*, la CIJ debe tener en cuenta las consideraciones fundamentales de humanidad y su correspondiente repercusión en las cuestiones de admisibilidad y competencia, así como en las del derecho sustantivo” (párr. 304).

65. Por último, pero no por ello menos importante, el Magistrado Cançado Trindade manifiesta en su epílogo (apartado XX) la impresión de hallarse en paz con su propia conciencia, al exponer los fundamentos de su propia postura personal en la causa en cuestión, que “se opone de manera clara y absoluta a la opinión respaldada por la mayoría de la Corte”. A su entender, se da la siguiente circunstancia:

“Se ha sometido una controversia a la Corte, que tiene competencia para pronunciarse sobre la causa. Existe una obligación de desarme nuclear dimanante del derecho internacional tanto convencional como consuetudinario. La Corte únicamente podría dictaminar si ha habido un incumplimiento concreto de esta obligación en la fase de examen del fondo de la presente causa” (párr. 305).

66. La postura disidente del Magistrado Cançado Trindade “se basa no solo en la evaluación de los alegatos formulados ante la Corte por las partes en litigio, sino, sobre todo, en cuestiones de principio y en valores fundamentales que considero aún más importantes” (párr. 306). En conclusión —añade— “un mundo en el que existen arsenales de armas nucleares, como es el nuestro, está destinado a destruir su pasado, supone una peligrosa amenaza en el presente y carece de todo futuro. Las armas nucleares allanan el camino hacia la nada” (párr. 321). El Magistrado opina, además, lo siguiente:

“La Corte Internacional de *Justicia*, como principal órgano judicial de las Naciones Unidas que es, debería haber mostrado en el presente fallo más sensibilidad al respecto y haber intervenido en el debate sobre un asunto que constituye una de las principales preocupaciones de la comunidad internacional más vulnerable y, ciertamente, de la humanidad en su conjunto” (párr. 321).

## Declaración de la Magistrada Xue

La Magistrada Xue vota a favor del fallo porque está de acuerdo con la decisión de la Corte de desestimar la causa por falta de competencia. A pesar de ello, desea formular dos observaciones sobre dicho fallo.

La primera de ellas guarda relación con el enfoque adoptado por la Corte para determinar la existencia de controversia. En el fallo, la Corte considera que las pruebas que se le presentaron no demostraban que existiese controversia entre las partes en relación con el objeto de la demanda cuando las Islas Marshall incoaron el proceso y, por consiguiente, no se cumple la condición que le otorga competencia. La Corte llega a esta conclusión basándose principalmente en que, en ningún momento, las Islas Marshall facilitaron información detallada alguna al Pakistán, ya fuese verbalmente o mediante su comportamiento, que hiciera posible que este último país tuviese conocimiento de que las Islas Marshall habían presentado una demanda judicial contra él por el incumplimiento de su obligación internacional de negociar en materia de desarme nuclear.

La Magistrada Xue señala que la Corte no aborda las demás excepciones planteadas por la parte demandada, sino que desestima la causa basándose únicamente en la constatación de la inexistencia de controversia entre las partes en el momento de interponerse la demanda. Por lo tanto, cabe esperar que surjan interrogantes sobre la conveniencia de aplicar este enfoque formal y restrictivo. Habida cuenta del ejercicio de flexibilidad judicial realizado por la Corte en el pasado al abordar defectos de procedimiento, resulta discutible que la inexistencia de controversia entre las partes en el momento de interponerse la demanda pueda constituir por sí sola un fundamento sólido para que la Corte desestime la causa; las Islas Marshall podrían volver a presentar inmediatamente una nueva demanda con el mismo propósito, dado que, sin duda, la controversia se habrá afianzado a estas alturas. Por economía judicial, las circunstancias actuales parecen exigir realismo y flexibilidad.

El apoyo de la Magistrada Xue a la decisión de la Corte obedece a tres motivos. En primer lugar, a su juicio, debe existir un requisito mínimo por el que se exija a la parte demandante que demuestre a la Corte la existencia de controversia entre las partes antes de incoar la causa. Las pruebas presentadas por las Islas Marshall a tal efecto son claramente insuficientes. Dicho país se basa en gran medida en las posturas defendidas por las partes durante el presente proceso para demostrar que la reivindicación de una de ellas se enfrenta a la oposición manifiesta de la otra. Como señala la Corte, si se aceptase ese argumento, la condición de la existencia de controversia quedaría prácticamente despojada de todo valor y significado. Más aún: en opinión de la Magistrada, se socavaría la confianza de los Estados en la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte.

En segundo lugar, aunque la notificación y las conversaciones diplomáticas previas no constituyan un requisito para determinar la existencia de controversia, debería desalentarse la litigación “por sorpresa”. Todos los medios de solución pacífica, incluidos los recursos judiciales, están orientados a resolver las controversias. Siempre que las circunstancias lo permitan, la demostración clara de la interposición de una demanda judicial a la parte responsable facilitará el proceso de negociación y solución. La Corte podrá tener en cuenta la conducta de las partes posterior a la presentación de la demanda como prueba adicional para certificar tanto su competencia como la admisibilidad, si bien la flexibilidad judicial habrá de ejercerse dentro de unos límites razonables.

En tercer lugar, la competencia de la Corte se basa en la reciprocidad. La presente causa difiere de las causas anteriores en que la Corte aplicó un enfoque flexible al abordar ciertos defectos de procedimiento. La Magistrada Xue observa que las Islas Marshall no incoaron el proceso simplemente para proteger sus propios intereses, pese a ser un país perjudicado por las armas nucleares. La causa atiende más bien al interés de la comunidad internacional. Si bien la Corte reconoció la existencia de obligaciones *erga omnes* dimanantes del derecho internacional en la causa relativa a la empresa *Barcelona Traction (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España))* (segunda fase), fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 32, párr. 33), no abordó la cuestión de la legitimación para emprender acciones (*locus standi*), aún pendiente de tomar cuerpo en el derecho internacional.

En cuanto a su segunda observación, la Magistrada Xue lamenta enormemente que la Corte deje de abordar algunas de las demás excepciones planteadas por la parte demandada. El Pakistán alega, entre otras cuestiones, que, sobre la base del denominado “principio del *Oro amonedado*”, la Corte no puede pronunciarse sobre la presunta controversia en ausencia del resto de los Estados poseedores de armas nucleares. Además, sostiene que la supuesta obligación de negociar exige la participación de todos los Estados poseedores de armas nucleares, así como la de otros Estados. Por consiguiente, una decisión vinculante para las Islas Marshall y el Pakistán no podría surtir el efecto deseado.

En opinión de la Magistrada, estas excepciones merecen un análisis inmediato por parte de la Corte en la fase preliminar, ya que la respuesta al respecto tendría una repercusión directa en la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda. De haber actuado así, la Corte estaría en mejor posición para demostrar que, en lo que respecta a las cuestiones de competencia y admisibilidad, la demanda de las Islas Marshall no adolecía de un único defecto de procedimiento.

La Magistrada Xue recuerda la opinión consultiva emitida por la Corte sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, en la que se afirmó que “cualquier aspiración al desarme general y completo, en especial al desarme nuclear, pasaba por la cooperación de todos los Estados” (*Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, opinión

consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 264, párr. 100; sin cursiva en el original) y que la obligación dimanante del Artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares no constituía una mera obligación de comportamiento, sino la obligación de lograr un resultado concreto.

La Magistrada Xue observa que han transcurrido 20 años desde la emisión de aquella opinión consultiva y que se ha producido un fracaso colectivo, pero que la cuestión que se plantea en la presente causa es si ese fracaso puede traducirse en una serie de controversias bilaterales que puedan abordarse por separado. La Magistrada se pregunta si ese posible desacuerdo existente entre algunos Estados poseedores de armas nucleares, por un lado, y los Estados no poseedores de armas nucleares, por otro, en torno al cese de la carrera de armamentos nucleares y el proceso de negociación sobre el desarme nuclear puede considerarse una controversia en el sentido de lo dispuesto en los Artículos 36 y 38 del Estatuto. Asimismo, se pregunta si correspondería a la Corte resolver una controversia semejante mediante un proceso contencioso, suponiendo que dicha controversia ya existiese en el momento de interponerse la demanda o se hubiera afianzado posteriormente. En su opinión, la Corte hace demasiado hincapié en la manera en que puede materializarse una controversia, pero no presta suficiente atención a la naturaleza de la que, según alegan las Islas Marshall, existía entre este país y el Pakistán.

### Declaración de la Magistrada Donoghue

La Magistrada Donoghue señala que los criterios en virtud de los cuales la Corte dictamina la existencia de controversia no figuran en su Estatuto, sino en la argumentación de los fallos de la Corte. Esto exige aclarar dichos criterios para su aplicación sistemática. La Magistrada Donoghue considera que la investigación de la Corte sobre la existencia de controversia reflejada en el presente fallo sigue el razonamiento expuesto en la jurisprudencia reciente de dicho órgano.

En cuanto a la afirmación de las Islas Marshall de que las declaraciones antagónicas formuladas por las partes durante el proceso ante la Corte pueden bastar para establecer la existencia de controversia, la Magistrada Donoghue considera que, en sus fallos dictados recientemente, la Corte no ha determinado la existencia de controversia basándose únicamente en las declaraciones de las partes ante ella, sino que se ha atendido al principio de que las pruebas deben demostrar que existía una controversia en la fecha de interposición de la demanda, tal como está haciendo en la presente causa.

Con respecto al argumento de las Islas Marshall relativo a la necesidad de que la Corte deduzca la existencia de controversia de la yuxtaposición de las declaraciones de este país y la conducta de la parte demandada, la Magistrada Donoghue observa que la norma objetiva aplicada en este caso para analizar las pruebas es coherente con la jurisprudencia reciente de la Corte. La cuestión esencial radica en dilucidar

si las declaraciones de la parte demandante hacían referencia al objeto de la demanda interpuesta contra la parte demandada —es decir, “la cuestión sometida a la Corte” en la demanda— con la claridad suficiente para que esta última parte “supiese o no pudiese ignorar” lo que la parte demandante le reclamaba. Dado que no fue así, no había motivo alguno para esperar una respuesta de la parte demandada ni para que la Corte pudiese deducir la existencia de antagonismo de la presunta conducta invariable de dicha parte. Por consiguiente, cabe concluir que no existían opiniones antagónicas, ni controversia alguna, en la fecha de interposición de la demanda.

### **Declaración del Magistrado Gaja**

Tras haber concluido que no existía ninguna controversia entre las partes en la fecha en que se interpuso la demanda, la Corte decidió no examinar las demás excepciones planteadas por los Estados demandados. Dado el surgimiento evidente de controversias a partir de esa fecha, habría sido preferible que la Corte examinase también otras excepciones formuladas por los Estados demandados, que probablemente volverán a ser objeto de litigio si las Islas Marshall presentan nuevas demandas.

### **Opinión separada de la Magistrada Sebutinde**

El objeto y propósito de la Carta de las Naciones Unidas es el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y es este objeto y propósito el que guía la labor de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), como principal órgano judicial de las Naciones Unidas, en el cumplimiento de su mandato de dirimir las controversias interestatales sobre la base del derecho internacional. La importancia de tal objeto y propósito de las Naciones Unidas se pone de manifiesto ante la amenaza para la paz y la seguridad internacionales que plantean las armas nucleares.

El objeto de la controversia entre las partes es el presunto incumplimiento por el Pakistán de la obligación internacional derivada del derecho internacional consuetudinario de celebrar de buena fe y concluir negociaciones encaminadas a lograr el desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un control internacional estricto y eficaz. Tanto la República de las Islas Marshall como el Pakistán formularon declaraciones en virtud de la cláusula facultativa del Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la CIJ, en los años 2013 y 1960 respectivamente, en las que aceptaban la jurisdicción obligatoria de la Corte. Sin embargo, la existencia de controversia constituye un requisito previo para el ejercicio de esa jurisdicción.

Corresponde a la Corte (y no a las partes) la función de determinar objetivamente si, en el momento en que se interpuso la demanda, existía “un desacuerdo sobre un aspecto de derecho o de hecho o bien un conflicto de opiniones jurídicas o intereses” entre dichas partes en relación con el asunto mencionado anteriormente. La jurisprudencia de la

Corte demuestra que esta ha adoptado, en el ejercicio de tal función, un enfoque flexible que concede más importancia al contenido de las pruebas, incluida la conducta de las partes, que a las cuestiones de forma o de procedimiento. El enfoque y el razonamiento utilizados por la mayoría para concluir la inexistencia de controversia entre las partes en la presente causa no solo se basan exclusivamente en aspectos formales y de procedimiento, sino que también resultan inflexibles en la medida en que no tienen debidamente en cuenta la conducta de las partes. La aplicación de un enfoque sustantivo más flexible, que analizase la conducta de las partes como prueba pertinente, habría demostrado que la República de las Islas Marshall y el Pakistán mantenían claramente opiniones antagónicas en relación con el objeto de la presente controversia.

Por último, al insistir en que, para determinar la existencia de controversia, la parte demandante debe demostrar que el Estado demandado “sabía o no podía ignorar que dicha parte había expresado una oposición manifiesta a su punto de vista”, la mayoría ha introducido un nuevo criterio jurídico ajeno a la jurisprudencia establecida por la Corte que eleva indebidamente el umbral de prueba. Además de hacer hincapié inadecuadamente en la forma en detrimento del contenido, este nuevo criterio jurídico de “conocimiento” introduce cierto grado de subjetividad en una ecuación en la que debería mantenerse la objetividad, al exigir que tanto la parte demandante como la Corte penetren en la mente del Estado demandado. La jurisprudencia en que se basa la mayoría para adoptar este nuevo criterio no es aplicable a la presente causa.

### **Opinión separada del Magistrado Bhandari**

En su opinión separada, el Magistrado Bhandari reitera su acuerdo con las conclusiones del fallo dictado por mayoría. No obstante, desea desarrollar los fundamentos de la argumentación del fallo y se propone abordar otro aspecto de la presente causa, a saber, que la Corte debería haber analizado las demás excepciones preliminares formuladas por el Pakistán, dado que las cuestiones planteadas en la causa afectan no solo a las partes, sino a toda la humanidad.

El Magistrado Bhandari afirma que, de conformidad con el Estatuto y la jurisprudencia de la Corte, esta únicamente podía ejercer su jurisdicción en caso de controversia entre las partes. Por tanto, lo que debe dilucidarse es si, a través de los documentos, las alegaciones y la conducta de las partes, se puede determinar la existencia de controversia entre ellas en el momento de interponerse la demanda con arreglo a lo dispuesto en los instrumentos jurídicos aplicables y la jurisprudencia de la Corte. A continuación, el Magistrado hace referencia a las disposiciones pertinentes del Estatuto (Artículos 36, párrafo 2, y 38, párrafo 1), así como a la definición del término “controversia”. Posteriormente, recuerda que, para determinar la existencia de controversia, la Corte analizó con detalle las conversaciones diplomáticas, los documentos y las declaraciones de las partes (*Georgia c.*

*Federación de Rusia y Bélgica c. Senegal*) a fin de establecer si existía “un desacuerdo sobre un aspecto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o intereses” (*Concesiones Mavrommatis en Palestina*). Con arreglo a las causas relativas a *África Sudoccidental*, el criterio para determinar la existencia de controversia consiste en que la reivindicación de una de las partes se enfrente a la oposición manifiesta de la otra.

En su opinión separada, el Magistrado Bhandari dictamina que, en virtud de la aplicación del Estatuto y la jurisprudencia de la Corte, y a la luz de los documentos y alegatos presentados ante ella, no cabe sino concluir que no existe controversia alguna entre las partes y que, por consiguiente y sobre la base de los hechos expuestos, la Corte carece de competencia para conocer de la presente causa. El fallo de la mayoría, en lugar de analizar detenidamente estos aspectos, se centra sobre todo en el desconocimiento de la controversia latente por la parte demandada.

La Corte tiene libertad para elegir cualquier excepción preliminar al examinar su propia competencia y, en este sentido, suele optar por la más “directa y concluyente” (véase la causa relativa a *Ciertos empréstitos noruegos*). En la causa que nos ocupa, al esgrimir el desconocimiento por la parte demandada como motivo principal para desestimar la demanda, la Corte no ha optado por el fundamento más “directo y concluyente” de tal decisión, ya que la parte demandante puede subsanar fácilmente dicho desconocimiento mediante la debida notificación de la controversia a la parte demandada. En ese caso, la parte demandante podría simplemente volver a interponer una demanda ante la Corte, lo que sería un resultado no deseado y debería desalentarse. Las partes ya han presentado documentos y alegaciones *in extenso*. En vista de los hechos de la presente causa, la Corte debería haber analizado las demás excepciones preliminares. De lo contrario, la posible reapertura de la causa supondría el malgasto de los esfuerzos, el tiempo y los recursos que tanto las partes como la Corte han invertido ya en abordar este asunto.

Por consiguiente, el Magistrado Bhandari considera en su opinión separada que, ante los hechos de la presente causa, la Corte debería haber examinado el resto de las excepciones preliminares formuladas por la parte demandada, a saber: la falta de competencia por la ausencia en el proceso de partes fundamentales (“principio del *Oro amonedado*”), la falta de legitimación de la parte demandante para emprender actuaciones en la presente causa y el hecho de que el fallo dictado por la Corte equivaldría a una opinión consultiva. Concretamente en relación con el “principio del *Oro amonedado*”, cabe recordar que, en su opinión consultiva de 1996 sobre las armas nucleares, la Corte consideró que cualquier iniciativa realista en pro del desarme general y completo requería la cooperación de todos los Estados.

En definitiva, se trata de excepciones preliminares de carácter trascendental con respecto a las cuales la Corte debería haberse pronunciado.

## Opinión disidente del Magistrado Robinson

El Magistrado Robinson está en desacuerdo con la conclusión mayoritaria de que no existe controversia alguna en la presente causa.

La Carta de las Naciones Unidas ha asignado a la Corte un papel especial que le confiere una relevancia singular en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales a través del ejercicio de sus funciones judiciales. La decisión adoptada hoy por la mayoría no tiene en cuenta este papel.

La jurisprudencia de la Corte es coherente en cuanto al enfoque que ha de aplicarse para determinar la existencia de controversia, enfoque que no se refleja en el presente fallo. Según dicha jurisprudencia, debe adoptarse un planteamiento objetivo, flexible y pragmático para dictaminar si existe controversia. Uno de los principios consolidados en dicha jurisprudencia es que el surgimiento de una controversia tiene lugar cuando, en virtud de un análisis objetivo, se determina que existen “opiniones claramente antagónicas sobre la cuestión del cumplimiento o incumplimiento” de las obligaciones de un Estado (*Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania* (primera fase), opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 74). No hay un solo caso en la jurisprudencia de la Corte que legitime el planteamiento mayoritario de que, para determinar la existencia de controversia, es preciso constatar que la parte demandada tenía conocimiento de que la parte demandante había expresado una oposición manifiesta a su punto de vista. Si bien ese conocimiento puede constituir una prueba de la existencia de controversia, su consideración de requisito previo para determinar tal circunstancia supone desviarse de la investigación empírica y pragmática que la Corte tiene la obligación de llevar a cabo: una investigación centrada simplemente en dilucidar si las pruebas revelan o no la existencia de opiniones manifiestamente antagónicas.

La mayoría malinterpreta asimismo el sentido estricto de sus *dicta* y su propia jurisprudencia al concluir que las pruebas posteriores a la interposición de la demanda pueden servir simplemente para confirmar la existencia de controversia. El enfoque aplicado por la Corte a esta cuestión ha sido menos categórico e inflexible de lo que la mayoría pretende insinuar. La Corte ha otorgado una importancia considerable a las declaraciones formuladas durante el proceso, en particular a la negación de las acusaciones por parte del Estado demandado, no solo para confirmar, sino también para determinar la existencia de controversia. Ello es completamente coherente con el enfoque flexible y pragmático que constituye la seña de identidad de la jurisprudencia de la Corte en esta materia. Sería más adecuado abordar la cuestión de la posibilidad de reacción de la parte demandada como aspecto relacionado con las garantías procesales, en lugar de como elemento del criterio determinante de la existencia de controversia.

Otro motivo para rechazar la decisión de la mayoría es que contraviene el principio de la buena administración de justicia, en el que la Corte ha hecho hincapié en más de una ocasión. La Corte se pronunció en contra de la aplicación de un enfoque conducente a lo que denominaba la “proliferación innecesaria de procesos” (*Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*) (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2008*, pág. 443, párr. 89). Una consecuencia peculiar del fallo dictado por mayoría es que, habida cuenta del fundamento de la desestimación de la demanda, la parte demandante podría, en teoría, presentar una nueva demanda contra la parte demandada.

Los hechos de la presente causa revelan la existencia de controversia entre ambas partes. Aunque el Magistrado Robinson está en desacuerdo con la postura mayoritaria y considera que el conocimiento no constituye un requisito previo para poder constatar la existencia de controversia, resulta difícil concluir que la parte demandada “no pudiese ignorar” el antagonismo existente entre las opiniones de las partes.

El presente dictamen por mayoría supone añadir un obstáculo injustificado en el recorrido de las posibles demandas que lleguen a examinarse en cuanto al fondo. Ello menoscaba la capacidad de la Corte para desempeñar su papel como órgano permanente de solución pacífica de controversias y, a través de esta función, como agente que contribuye de manera decisiva al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Esta conclusión resulta aún más reveladora si atendemos al objeto de la controversia sometida hoy a la Corte.

### Opinión disidente del Magistrado Crawford

El Magistrado Crawford está en desacuerdo con que la mayoría haya aplicado el denominado criterio del “conocimiento objetivo” para determinar la existencia de controversia. Dicho requisito jurídico no está contemplado en modo alguno en la jurisprudencia de la Corte. Resulta difícil diferenciar el criterio del conocimiento objetivo del requisito de notificación oficial, cuya validez había rechazado la Corte. Por otro lado, esta se ha mostrado tradicionalmente flexible a la hora de determinar la existencia de controversia. Si bien el Magistrado Crawford conviene en la necesidad, en principio, de que la controversia exista en el momento de interponerse la demanda, la constatación de tal controversia puede basarse, entre otras cosas, en conductas o pruebas posteriores a la presentación de dicha demanda, incluidas las declaraciones de las partes durante el proceso.

Además de estar en desacuerdo con la interpretación del derecho realizada por la Corte, el Magistrado Crawford discrepa en cuanto a su aplicación a los hechos. En concreto, la controversia en cuestión debería haberse definido como una controversia multilateral, basándose en las causas relativas al *África Sudoccidental* (excepciones preliminares) como fun-

damento para afirmar la posibilidad de que dicha controversia se plasmase en foros multilaterales con la participación de múltiples Estados. En opinión del Magistrado, existía, al menos, una controversia incipiente entre la parte demandante y la demandada en la fecha de interposición de la demanda, habida cuenta de que las Islas Marshall habían tomado partido en el desacuerdo multilateral con los Estados poseedores de armas nucleares.

Dado que, en la fecha de interposición de la demanda, existía una controversia entre las Islas Marshall y la parte demandada en cuanto al cumplimiento por esta última de lo dispuesto en el Artículo VI del TNP, o de las disposiciones equivalentes del derecho internacional consuetudinario, era innecesario analizar si podía o debía subsanarse alguna deficiencia ejerciendo la facultad discrecional prevista en *Mavrommatis*, de acuerdo con lo señalado recientemente en la causa *Croacia c. Serbia*.

El Magistrado Crawford hace referencia también a una de las restantes excepciones de competencia y admisibilidad planteadas por la parte demandada: el denominado “principio del Oro amonedado”. En su opinión, se trata de una cuestión cuyo análisis corresponde a la fase de examen del fondo del asunto. La necesidad de que la Corte se pronuncie sobre los derechos y las obligaciones de terceras partes en la controversia, como requisito previo para su solución, depende, entre otras cosas, del alcance y la aplicación de las disposiciones del Artículo VI del TNP o de cualquier obligación paralela dimanante del derecho internacional consuetudinario.

## Opinión disidente del Magistrado ad hoc Bedjaoui

### I. Introducción

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui votó en contra de la parte dispositiva del fallo de la Corte en la causa que enfrentaba a las Islas Marshall con el Pakistán. El Magistrado considera que sí existe una controversia entre las Islas Marshall y la parte demandada y señala que, si bien la Corte siempre se ha atenido a una definición general estándar del concepto de controversia jurídica, no ha mostrado el mismo grado de coherencia en los criterios elegidos para determinar la existencia de dicha controversia. La desviación más significativa de su jurisprudencia puede apreciarse en el fallo de 1 de abril de 2011 en la causa *Georgia c. Federación de Rusia*, que posteriormente se mantuvo en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar*.

### II. Una jurisprudencia tradicionalmente menos formalista

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui sostiene que el enfoque actual de la Corte, gravemente menoscabado por cierto grado de formalismo, bien podría considerarse una desviación de su jurisprudencia tradicional.

Asimismo, alude a la claridad y la creatividad de la Corte en el ejercicio de sus funciones tanto consultivas como contenciosas. Dicho órgano ha logrado no dejarse condicionar por el texto de la Carta de las Naciones Unidas y las lagunas del derecho internacional. El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui expone un resumen breve y sencillo de la jurisprudencia de la Corte, mostrando su tristeza por la impresión que pueda transmitir la decisión adoptada hoy en la presente causa.

En su opinión, resulta más imprescindible que nunca que la Corte intente aclarar el criterio empleado para determinar la existencia de controversia, puesto que se trata de una cuestión fundamental de la que dependen directamente tanto su competencia como el ejercicio de esta. Es esencial que la Corte se muestre más coherente al definir los principios orientados a establecer la existencia de controversia y aplicarlos a cada caso concreto. De lo contrario, se suscita incertidumbre jurídica entre los Estados y cierto grado de confusión entre los lectores, ya que ninguno de ellos sabe por qué algunos casos cuentan con el beneficio de la comprensión de la Corte y otros no.

Además de esta primera obligación de coherencia, el Magistrado *ad hoc* Bedjaoui considera que la Corte debe también evitar el anquilosamiento. La responsabilidad de aplicar racionalmente los criterios no impide mantener al mismo tiempo la receptividad ante el carácter cambiante de los problemas mundiales; no se trata en modo alguno de que la Corte acepte toda idea nueva, sino de saber cuándo y cómo limitar o, en su defecto, ampliar el ámbito de aplicación de los criterios que constituyen el fundamento de los fallos dictados en las causas relativas a las *Concesiones Mavrommatis en Palestina* y al *África Sudoccidental* y, sobre todo, de explicar en cada ocasión por qué es necesario priorizar la flexibilidad o el formalismo en un determinado caso.

A juicio del Magistrado *ad hoc* Bedjaoui, el mayor peligro sigue siendo, por el momento, el exceso de formalismo, especialmente cuando, como ocurre en la presente causa, se combina con una jurisprudencia que no goza de claridad alguna con miras al futuro, lo que aumenta evidentemente el riesgo de arbitrariedad.

### III. ¿Notificación o “conocimiento”?

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui opina que, si bien la Corte se ha mostrado tradicionalmente reacia a considerar que la notificación de la controversia a la parte demandada por la parte demandante sea un requisito previo para la incoación del proceso, desde la decisión adoptada en 2011 ha reinado una incertidumbre que nubla la perspectiva general.

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui lamenta que la Corte dé la impresión de establecer una correlación directa y, aparentemente, automática entre el *conocimiento* de la existencia de opiniones antagónicas y la existencia de controversia. También señala que, según la argumentación de la Corte, el aspecto fundamental es la necesidad de que la parte de-

mandada “tenga conocimiento” de dicha circunstancia y se pregunta si no estamos asistiendo con ello a la recuperación paulatina del concepto de “notificación”.

Sin embargo, si aceptamos la vigencia de este requisito previo adicional, ¿por qué no aplicarlo entonces correctamente? El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui sostiene que el Pakistán debía tener “conocimiento” de la postura antinuclear de las Islas Marshall contraria a su propia conducta en el ámbito nuclear, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la historia de este último país y sus declaraciones formuladas en los años 2013 y 2014 en el marco de diversos actos internacionales abiertos a la participación de todos los países. Como todos sabemos, tales declaraciones iban dirigidas a todos los Estados poseedores de armas nucleares sin distinción, incluido el Pakistán.

Por último, el Magistrado *ad hoc* Bedjaoui plantea los siguientes interrogantes: ¿cómo puede evaluarse el grado de “conocimiento” de la parte demandada? ¿Y cómo puede compaginarse esta desacostumbrada incursión en la subjetividad con la supuesta determinación “objetiva” de la existencia de controversia?

### IV. Fecha de la existencia de controversia

Al Magistrado *ad hoc* Bedjaoui le complace que, en el presente fallo, la Corte se mantenga aparentemente fiel a su jurisprudencia tradicional, según la cual, “en principio, la fecha de referencia para determinar la existencia de controversia es la fecha de interposición de la demanda ante la Corte”.

Sin embargo, en la práctica, la Corte se ha negado, sin dar explicaciones convincentes, a tener en cuenta las pruebas surgidas tras la fecha de incoación del proceso que demuestran la existencia de controversia. De este modo, la Corte establece como dogma absoluto una solución que contradice su enfoque habitual, caracterizado por una gran flexibilidad, que se refleja en su afirmación de que la controversia únicamente debiera existir “en principio” en la fecha de inicio del proceso.

### V. Defectos de procedimiento

En lo que respecta a los defectos de procedimiento subsanables, ya sean obra de la parte demandante o de la parte demandada y al margen de que se deban a una incoación prematura del proceso o a un recurso demasiado precipitado a la Corte, el Magistrado *ad hoc* Bedjaoui señala que la Corte ha generado una sólida jurisprudencia que ha resistido el paso del tiempo y ha demostrado su perfecta coherencia a lo largo de casi 90 años. Esa jurisprudencia es la misma que el fallo de 2011 comenzó a desbaratar y que recibió su golpe de gracia con la causa *Bélgica c. Senegal*.

En el presente proceso, la Corte ha vuelto a prescindir de su tradicional jurisprudencia, pese a la sensatez de esta. El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui lamenta que la mayoría de la Corte considerase que las declaraciones de las Islas Marshall no bastaban para materializar la existencia de una controversia jurídica. Lo único que tienen que hacer el día de mañana las Islas Marshall es enviar una sencilla nota verbal a la parte demandada expresando brevemente su oposición a la política nuclear de esta, a fin de poder someter de nuevo la controversia, ya con carácter oficial, a la Corte. No resulta coherente ni sensato que la Corte se centre en defectos de procedimiento fácilmente subsanables, cuando durante mucho tiempo los ha abordado con un grado satisfactorio de flexibilidad.

#### VI. Prueba mediante deducción; prueba mediante interpretación del silencio

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui recuerda que, contrariamente al enfoque aplicado en esta causa, la Corte ha mostrado en otras ocasiones flexibilidad y sentido común al utilizar el *silencio* de la parte demandada o su *ausencia de respuesta*, e incluso actuar por *simple deducción*, para concluir la existencia de controversia.

En el presente fallo, la Corte pasa por alto su jurisprudencia tradicional y considera que la declaración de 13 de febrero de 2014, en la que las Islas Marshall acusaron a los Estados poseedores de armas nucleares de incumplir sus obligaciones internacionales, “habida cuenta de la generalidad de su contenido y del contexto en que se formuló [...] no exigía una respuesta concreta por parte del Pakistán”, en virtud de lo cual concluye que, “por consiguiente, no se puede deducir de dicha falta de respuesta que existiesen opiniones antagónicas”. La Corte parece haberse aventurado a actuar en nombre del Pakistán a fin de justificar su silencio, basándose, además, en argumentos con los que nadie puede asegurar que dicho Estado esté de acuerdo.

#### VII. Prueba basada en las declaraciones formuladas ante la Corte

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui opina que la Corte se ha esforzado poco en la presente causa por tener plenamente en cuenta las circunstancias posteriores a la interposición de la demanda de las Islas Marshall, apartándose una vez más de su jurisprudencia tradicional.

Asimismo, se pregunta cómo es posible concluir que no existe controversia, cuando una de las partes denuncia ante la Corte que la otra lleva incumpliendo desde hace tiempo sus obligaciones internacionales y esta última niega que su conducta constituya un acto de inobservancia de dichas obligaciones. Las declaraciones formuladas ante la Corte no han generado una controversia de la nada. Simplemente han “confirmado” su existencia previa.

#### VIII. Naturaleza sui generis de toda controversia en el ámbito nuclear

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui señala que los propios antecedentes históricos de las iniciativas de la comunidad internacional en pro del desarme nuclear presagian e indican la posible existencia de controversia. De hecho, la controversia planteada por las Islas Marshall, cuya pretensión no es sino proteger a la raza humana de la aniquilación permanente que podría causar el uso de las aterradoras armas de destrucción en masa, debería haber constituido una voz de alarma para la Corte, que proclamó hace 20 años la existencia de una doble obligación de negociar y lograr el desarme nuclear. Transcurridos 20 años, ese llamamiento no ha obtenido respuesta alguna. Pero, un día, un Estado no poseedor de armas nucleares se plantea preguntar a otro Estado, que sí posee este tipo de armas, la razón de que esta ya considerable demora se siga prolongando aparentemente en el tiempo.

Este tipo concreto de desacuerdo, tan específico, entre un Estado no poseedor de armas nucleares y un Estado que sí las posee con respecto a la abolición de las armas nucleares constituye, en sí y de por sí, la expresión de una grave controversia cuya existencia debería haber resultado de inmediato obvia para la Corte. Porque, ¿cuál es la pretensión de las Islas Marshall?: que la comunidad internacional y la propia Corte conozcan la razón de que una obligación definida por este órgano hace 20 años siga sin cumplirse.

#### IX. ¿Una excepción de carácter no exclusivamente preliminar?

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui tal vez podría haber aceptado, en una causa tan compleja e importante como la que enfrenta a las Islas Marshall con el Pakistán, una decisión que reflejase la preocupación —sumamente legítima, al fin y al cabo— de la Corte por evitar un dictamen precipitado sobre las cuestiones de competencia y admisibilidad. La Corte bien podría haber solicitado nuevas aclaraciones de las partes y, sabiendo que en esta fase no podría evaluar su conducta sin abordar el fondo de la cuestión, podría haber optado lógicamente por esperar a examinar el fondo del asunto para determinar su postura. En otras palabras, la Corte podría haber actuado con más prudencia y haber concluido que la cuestión de la existencia de controversia no tenía un carácter exclusivamente preliminar.

#### X. Consecuencias indeseables de esta decisión

Por último, el Magistrado *ad hoc* Bedjaoui señala que la presente decisión puede desencadenar, desafortunadamente, toda una serie de consecuencias indeseables, no solo para la parte demandada, que podría sentirse alentada a retractarse de su reconocimiento facultativo de la jurisdicción de la Corte, sino también para la parte demandante, que ha asumido el costo de acudir a dicho órgano, así como para la comunidad internacional y la propia Corte.

En lo que respecta a la comunidad internacional, las decisiones dictadas hoy por la Corte ponen de manifiesto ante la opinión pública internacional la existencia de un mundo que es lamentablemente incoherente, no solo en términos de jurisprudencia procesal, sino también en lo tocante a su jurisprudencia sustantiva. ¿Qué mensaje está transmitiendo la Corte a la comunidad internacional cuando decide, más aún basándose en argumentos extremadamente endebles, abstenerse de ejercer su competencia en causas relativas a cuestiones importantísimas de desarme nuclear que afectan a la propia supervivencia de toda la raza humana?

En cuanto a la propia Corte, esta corre el riesgo de convertirse en la cuarta parte perdedora, dado que al desestimar la demanda de las Islas Marshall atendiendo a un defecto

subsancable de procedimiento, está socavando el principio de buena administración de justicia que sustenta su funcionamiento. En estas tres causas, la Corte parece haber sido incapaz de alejarse de un formalismo que sacrifica el fondo de la cuestión en aras del procedimiento, el contenido en aras de la forma y la causa en aras de su objeto. Además, a pesar de que la Corte siempre ha manifestado que su objetivo es realizar una evaluación fundamentalmente “objetiva” de las pruebas, en este caso parece que apenas ha intentado evitar la subjetividad en su valoración de las pruebas presentadas por la parte demandante, a la vez que *se ha encargado ella misma de defender a la parte demandada* y ha examinado todos los argumentos de la primera desde una perspectiva aparentemente basada en un prejuicio negativo.

## 218. OBLIGACIONES RESPECTO DE LAS NEGOCIACIONES SOBRE LA CESACIÓN DE LA CARRERA DE ARMAMENTOS NUCLEARES Y EL DESARME NUCLEAR (ISLAS MARSHALL *c.* REINO UNIDO) [EXCEPCIONES PRELIMINARES]

### Fallo de 5 de octubre de 2016

El 5 de octubre de 2016, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo sobre las excepciones preliminares formuladas por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte acerca de la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda en la causa relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. Reino Unido)*. La Corte acogió la primera excepción preliminar de competencia formulada por el Reino Unido, basada en la inexistencia de controversia entre las partes, y consideró que no podía examinar el fondo de la cuestión.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Crawford, Gevorgian; Magistrado *ad hoc* Bedjaoui; Secretario Couvreur.

\*  
\* \* \*

En la parte dispositiva (párr. 59) del fallo se establece lo siguiente:

“[...]”

La Corte,

1) Por 8 votos contra 8, con el voto de calidad del Presidente,

*Acoge* la primera excepción preliminar de competencia formulada por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, basada en la inexistencia de controversia entre las partes.

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Magistrados Owada, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Bhandari, Gevorgian;

VOTOS EN CONTRA: Vicepresidente Yusuf; Magistrados Tomka, Bennouna, Cançado Trindade, Sebutinde, Robinson, Crawford; Magistrado *ad hoc* Bedjaoui;

2) Por 9 votos contra 7,

*Estima* que no puede examinar el fondo de la cuestión.

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Magistrados Owada, Tomka, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Bhandari, Gevorgian;

VOTOS EN CONTRA: Vicepresidente Yusuf; Magistrados Bennouna, Cançado Trindade, Sebutinde, Robinson, Crawford; Magistrado *ad hoc* Bedjaoui.”

\*

\* \*

El Presidente Abraham adjuntó una declaración al fallo de la Corte; el Vicepresidente Yusuf adjuntó una opinión disidente al fallo de la Corte; los Magistrados Owada y Tomka adjuntaron opiniones separadas al fallo de la Corte; los Magistrados Bennouna y Cançado Trindade adjuntaron opiniones disidentes al fallo de la Corte; los Magistrados Xue, Donoghue y Gaja adjuntaron declaraciones al fallo de la Corte; los Magistrados Sebutinde y Bhandari adjuntaron opiniones separadas al fallo de la Corte; los Magistrados Robinson y Crawford adjuntaron opiniones disidentes al fallo de la Corte; y el Magistrado *ad hoc* Bedjaoui adjuntó una opinión disidente al fallo de la Corte.

\*  
\* \*

*Antecedentes procesales* (párrs. 1 a 14)

La Corte recuerda que, el 24 de abril de 2014, la República de las Islas Marshall (en lo sucesivo, las “Islas Marshall” o la “parte demandante”) interpuso una demanda contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (en lo sucesivo, el “Reino Unido” o la “parte demandada”) en la que alegaba que el Reino Unido había incumplido sus obligaciones dimanantes del derecho internacional consuetudinario y convencional respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear. Las Islas Marshall pretenden fundamentar la competencia de la Corte en las declaraciones formuladas por las partes con arreglo al Artículo 36, párrafo 2, de su Estatuto.

La Corte recuerda además que, después de que las Islas Marshall presentaran su memoria en la causa, el Reino Unido planteó excepciones preliminares a la competencia de la Corte y a la admisibilidad de la demanda. Por consiguiente, mediante una providencia de 19 de junio de 2015, el Presidente de la Corte, observando que, de conformidad con el Artículo 79, párrafo 5, del Reglamento de la Corte, el procedimiento sobre el fondo había quedado suspendido, y teniendo en cuenta la Directriz sobre la Práctica V, fijó el 15 de octubre de 2015 como plazo para que las Islas Marshall presentaran una declaración escrita con sus observaciones y alegaciones respecto de las excepciones preliminares planteadas por el Reino Unido. Las Islas Marshall presentaron dicha declaración dentro del plazo establecido. Las audiencias públicas sobre las excepciones preliminares planteadas por el Reino Unido se celebraron entre el miércoles 9 y el miércoles 16 de marzo de 2016.

## I. *Introducción* (párrs. 15 a 25)

### A. *Antecedentes históricos* (párrs. 15 a 21)

La Corte expone brevemente los antecedentes históricos de la causa, en particular con respecto a las actividades de las Naciones Unidas relativas al desarme nuclear.

### B. *Procesos incoados ante la Corte* (párrs. 22 a 25)

La Corte señala los demás procesos incoados por las Islas Marshall de manera simultánea a la presente causa. A continuación, expone a grandes rasgos las excepciones preliminares de competencia y admisibilidad planteadas por el Reino Unido y anuncia que, en primer lugar, examinará la excepción preliminar según la cual las Islas Marshall no han logrado demostrar que, en el momento de la interposición de la demanda, existiese una controversia jurídica entre las partes.

## II. *Excepción basada en la inexistencia de controversia* (párrs. 26 a 58)

Tras exponer brevemente los argumentos de las partes, la Corte recuerda el derecho aplicable a esta materia y explica que la existencia de controversia entre las partes es una condición para poder determinar su competencia. Para que exista controversia, debe demostrarse que la reivindicación de una de las partes se enfrenta a la oposición manifiesta de la otra; ambas partes deben mantener opiniones claramente antagónicas en relación con el cumplimiento o incumplimiento de determinadas obligaciones internacionales. La determinación por la Corte de la existencia de controversia es una cuestión de fondo y no una cuestión de forma o procedimiento. No se requieren negociaciones previas cuando la Corte interviene sobre la base de las declaraciones formuladas con arreglo al Artículo 36, párrafo 2, de su Estatuto, a menos que alguna de las declaraciones pertinentes así lo establezca. Además, si bien una protesta diplomática oficial puede constituir un paso importante para señalar la reclamación de una de las partes a la atención de la otra, dicha protesta oficial no es una condición necesaria para que exista controversia. Del mismo modo, para que la Corte pueda conocer de un asunto tampoco es necesario notificar la intención de interponer una demanda.

A continuación, la Corte subraya que le corresponde determinar objetivamente la existencia de controversia sobre la base de un examen de los hechos. A tal efecto, la Corte tiene en cuenta, en particular, todo tipo de declaraciones o documentos intercambiados por las partes, así como las conversaciones llevadas a cabo en contextos multilaterales. En ese proceso, presta especial atención a la autoría de la declaración o el documento, su destinatario previsto o real y su contenido. La conducta de las partes puede también resultar relevante, en especial cuando no hayan tenido lugar conversaciones diplomáticas. En concreto, la Corte ha sostenido

con anterioridad que la existencia de controversia puede deducirse del hecho de que un Estado no responda a una reclamación en circunstancias que exijan respuesta. Las pruebas deben demostrar que las partes “mantienen opiniones claramente antagónicas” con respecto a la cuestión planteada ante la Corte. De acuerdo con lo señalado en decisiones anteriores de la Corte centradas en analizar la existencia de controversia, esta existe cuando queda demostrado, sobre la base de las pruebas aportadas, que la parte demandada sabía o no podía ignorar que la parte demandante había expresado una “oposición manifiesta” a su punto de vista.

La Corte explica además que, en principio, la fecha de referencia para determinar la existencia de controversia es la fecha de interposición de la demanda ante la Corte. La conducta ulterior a la presentación de la demanda (o la propia demanda) puede revestir importancia para diversos fines, en particular para confirmar la existencia de controversia, aclarar su objeto o determinar si se ha resuelto en el momento en que la Corte adopte su decisión. No obstante, ni la demanda, ni la conducta ulterior de las partes, ni las declaraciones formuladas por estas durante el procedimiento judicial pueden facultar a la Corte para estimar que la condición de la existencia de una controversia se ha cumplido en el propio procedimiento. Si la Corte tuviese competencia para dirimir las controversias derivadas del intercambio de información en el marco del proceso incoado ante ella, se estaría privando a la parte demandada de la posibilidad de responder a la reclamación presentada contra su propia conducta con anterioridad al inicio del proceso. Además, se subvertiría la norma por la cual la controversia debe existir, en principio, antes de la interposición de la demanda.

\* \*

A continuación, la Corte se centra en la causa en cuestión, señalando en primer lugar que las Islas Marshall, en virtud del sufrimiento padecido por su pueblo al haber sido el país escenario de la ejecución de amplios programas de ensayos nucleares, tienen especiales motivos para preocuparse por el desarme nuclear. Sin embargo, ese hecho no obvia la necesidad de determinar si se cumplen las condiciones que otorgarían competencia a la Corte sobre el asunto. Si bien corresponde a la Corte determinar la cuestión jurídica de su competencia, sigue siendo la parte demandante quien ha de demostrar los hechos en los que se sustenta su alegación de que existe controversia.

La Corte observa que el Reino Unido se apoya en el hecho de que las Islas Marshall no entablaron negociaciones ni notificaron a dicho país la reivindicación objeto de la demanda para fundamentar su aseveración de que no existe ninguna controversia entre las partes. El Reino Unido hace especial hincapié en el Artículo 43 de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la responsabilidad del Estado, según el cual un Estado lesionado “notificará su reclamación” al Estado supuestamente responsable. El Artículo 48, párrafo 3, aplica este requisito *mutatis*

*mutandis* a un Estado distinto del Estado lesionado que invoca la responsabilidad. Sin embargo, la Corte observa que en el comentario de la CDI se especifica que los artículos “no se refieren a las cuestiones relativas a la competencia de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales, ni en general a las condiciones de admisibilidad de los asuntos sometidos a esos tribunales”. Igualmente, la Corte ha rechazado el argumento de que son necesarias negociaciones previas o notificaciones cuando se recurre a ella sobre la base de las declaraciones formuladas con arreglo al Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto, a menos que alguna de esas declaraciones así lo establezca. La jurisprudencia de la Corte considera que la existencia de controversia es una cuestión de competencia que gira en torno a si existe, en esencia, alguna controversia, y no en torno a la forma que esta adopte o su correspondiente notificación a la parte demandada.

A continuación, la Corte examina los argumentos utilizados por las Islas Marshall para respaldar su aseveración de que existía una controversia con el Reino Unido.

En primer lugar, la Corte señala que las Islas Marshall hacen referencia a varias declaraciones formuladas en foros multilaterales antes de la fecha de interposición de la demanda que, en su opinión, bastan para establecer la existencia de una controversia. Dicho país se basa en la declaración formulada en la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el desarme nuclear, el 26 de septiembre de 2013, por su Ministro de Relaciones Exteriores, quien instaba “a todos los Estados poseedores de armas nucleares a intensificar los esfuerzos encaminados a asumir sus responsabilidades para avanzar hacia el logro de un desarme efectivo y seguro”. Sin embargo, la Corte considera que esta declaración se formula en términos perentorios y no puede entenderse como una acusación al Reino Unido (o a cualquier otra Potencia nuclear) de incumplir alguna de sus obligaciones jurídicas. En dicha declaración no se menciona la obligación de negociar, ni tampoco que los Estados poseedores de armas nucleares estén incumpliendo sus obligaciones a este respecto. Se sugiere que tales Estados están emprendiendo “esfuerzos” encaminados a asumir sus responsabilidades y se les pide que intensifiquen tales esfuerzos, en lugar de deplorar su inacción. La Corte añade que una declaración puede dar lugar a controversia únicamente si se refiere al objeto de una reivindicación con la claridad suficiente como para que el Estado contra el que se formula pueda identificar si existe, o puede existir, alguna controversia sobre esa materia. La declaración de 2013 esgrimida como argumento por las Islas Marshall no cumple estos requisitos. La Corte observa que la declaración formulada por las Islas Marshall en la Conferencia de Nayarit el 13 de febrero de 2014 va más allá de lo señalado en la declaración de 2013, en la medida en que incluye una frase en la que se afirma que “los Estados poseedores de arsenales nucleares están incumpliendo sus obligaciones jurídicas” dimanantes del Artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (TNP) y del derecho

internacional consuetudinario. Sin embargo, el Reino Unido no estuvo presente en la Conferencia de Nayarit. Además, el tema de esta Conferencia no fue concretamente la cuestión de las negociaciones orientadas al desarme nuclear, sino la cuestión más amplia de la repercusión humanitaria de las armas nucleares, y, si bien esta declaración alberga una crítica general de la conducta de todos los Estados poseedores de armas nucleares, no se alude específicamente a la conducta del Reino Unido que dio lugar a la presunta infracción. En opinión de la Corte, dicha alusión específica habría resultado especialmente necesaria si, como argumentan las Islas Marshall, la declaración de Nayarit hubiera estado orientada a invocar la responsabilidad internacional de la parte demandada en razón de un comportamiento invariable a lo largo de numerosos años. Habida cuenta de la generalidad de su contenido y del contexto en que se formuló, esa declaración no exigía una respuesta concreta por parte del Reino Unido. Por consiguiente, no se puede deducir de dicha falta de respuesta que existiesen opiniones antagónicas. La declaración de Nayarit no basta para generar una controversia específica entre las Islas Marshall y el Reino Unido con respecto al ámbito de aplicación del Artículo VI del TNP y el alcance de la correspondiente obligación dimanante del derecho internacional consuetudinario, o sobre el cumplimiento por el Reino Unido de tales obligaciones. En opinión de la Corte, ninguna de las otras declaraciones más generales en que se basan las Islas Marshall en esta causa respalda la existencia de una controversia, ya que ninguna menciona un supuesto incumplimiento por el Reino Unido de la obligación consagrada en el Artículo VI del TNP o de la correspondiente obligación dimanante del derecho internacional consuetudinario invocada por las Islas Marshall. La Corte concluye que en ninguna circunstancia puede afirmarse sobre la base de tales declaraciones, consideradas tanto de forma individual como en su conjunto, que el Reino Unido supiese o no pudiese ignorar que las Islas Marshall estaban acusando a dicho país de incumplir sus obligaciones.

En segundo lugar, la Corte sopesa el argumento de las Islas Marshall de que la propia interposición de la demanda y las declaraciones formuladas por ambas partes en el transcurso del proceso bastan para establecer la existencia de una controversia. La Corte considera que la jurisprudencia invocada por las Islas Marshall no respalda esta aseveración. En la causa relativa a *Determinados bienes*, la existencia de controversia se puso claramente de manifiesto a través de las conversaciones bilaterales mantenidas por las partes con anterioridad a la fecha de interposición de la demanda (*Determinados bienes (Liechtenstein c. Alemania)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2005*, pág. 19, párr. 25). La referencia a los materiales posteriores en la causa *Camerún c. Nigeria* guardaba relación con el alcance de la controversia, no con su existencia (*Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1998*, pág. 317, párr. 93). Además, si bien es cierto que la

Corte, en su fallo en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia)*, no hizo referencia explícita a ninguna prueba anterior a la interposición de la demanda que demostrase la existencia de controversia, en el contexto particular de aquel caso, con un conflicto armado en curso, la conducta previa de las partes era suficiente para determinar la existencia de controversia (excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, pág. 614, párrs. 27 a 29). Por el contrario, en dicha causa la Corte no se centró en la fecha de origen de la controversia, sino en su objeto, en si entraba dentro del ámbito de aplicación de la cláusula compromisoria correspondiente y en si “persistía” en la fecha de la decisión de la Corte. La Corte reitera que, si bien las declaraciones o reivindicaciones formuladas en la demanda o incluso con posterioridad a su interposición pueden ser importantes para diversos fines, especialmente para aclarar el alcance de la controversia planteada, no pueden generar una controversia *de novo* que no existiera con anterioridad.

En tercer lugar, la Corte observa que las Islas Marshall hacen referencia a los registros de las votaciones de las partes en los foros multilaterales sobre el desarme nuclear para demostrar la existencia de controversia. Sin embargo, en opinión de la Corte, es necesario tener mucho cuidado antes de extraer conclusiones, a partir de los votos emitidos sobre resoluciones en órganos políticos como la Asamblea General, acerca de la existencia o no de una controversia jurídica sobre alguna cuestión tratada en una resolución. La redacción de una resolución y los votos o las pautas de votación de las resoluciones sobre la misma cuestión pueden constituir pruebas pertinentes de la existencia de una controversia jurídica en algunas circunstancias, en particular cuando se formulan declaraciones para explicar el voto. Sin embargo, algunas resoluciones contienen un gran Noero de propuestas diferentes; por sí solo, el voto de un Estado sobre dichas resoluciones no puede considerarse indicativo de la posición de ese Estado sobre cada planteamiento contenido en esa resolución, y menos aún de la existencia de una controversia jurídica entre ese Estado y otro Estado respecto de uno de esos planteamientos.

En cuarto lugar, la Corte analiza el argumento de las Islas Marshall de que la conducta del Reino Unido al negarse a cooperar con determinadas iniciativas diplomáticas, al no entablar negociaciones sobre el desarme y al reemplazar y modernizar sus armas nucleares, junto con las declaraciones de que su conducta es coherente con las obligaciones que le incumben en virtud de los tratados, demuestra la existencia de controversia entre las partes. La Corte recuerda que la determinación de la existencia de controversia en el marco de un contencioso concreto depende de que se demuestre la existencia de opiniones antagónicas. En este sentido, la conducta de la parte demandada puede contribuir a que la Corte concluya que las partes mantienen puntos de

vista opuestos. Sin embargo, como la Corte ha concluido anteriormente, en la presente causa ninguna de las declaraciones formuladas en un contexto multilateral por las Islas Marshall se refería específicamente a la conducta del Reino Unido. Sobre la base de tales declaraciones, no se puede afirmar que el Reino Unido supiese o no pudiese ignorar que las Islas Marshall estaban acusando a dicho país de incumplir sus obligaciones. En este contexto, la conducta del Reino Unido no proporciona base alguna para constatar la existencia de controversia entre los dos Estados ante la Corte.

\* \*

Por consiguiente, la Corte concluye que debe acogerse la primera excepción planteada por el Reino Unido, de lo que se desprende que la Corte carece de competencia en virtud del Artículo 36, párrafo 2, de su Estatuto. Así pues, no es necesario que la Corte aborde el resto de las excepciones formuladas por el Reino Unido.

\*  
\* \*

### Declaración del Presidente Abraham

En su declaración, el Presidente Abraham explica que votó a favor del fallo porque considera que la decisión de la Corte es plenamente coherente con su jurisprudencia reciente relativa a la exigencia de que exista “controversia” entre las partes, tal como se ha establecido en una serie de fallos dictados durante los últimos cinco años, en particular el fallo de 1 de abril de 2011 en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)*, el fallo de 20 de julio de 2012 en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)* y el fallo de 17 de marzo de 2016 en la causa relativa a las *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)*. Según explica, de estos fallos se desprende que, a fin de determinar si se cumplen las condiciones relacionadas con la existencia de controversia, la fecha de referencia es la fecha de incoación del proceso, y que la Corte únicamente puede determinar que tiene competencia para conocer de una causa si cada una de las partes sabía o debía haber sabido en aquella fecha que la opinión de la otra parte era opuesta a la suya.

El Presidente Abraham explica que, si bien él mismo expresó sus reservas en el momento en que la Corte estableció esta jurisprudencia, se considera no obstante obligado por dicha jurisprudencia y, por consiguiente, votó de conformidad con ella.

## Opinión disidente del Vicepresidente Yusuf

### I. Introducción

1. En su opinión disidente, el Vicepresidente Yusuf expone las razones por las que no puede suscribir la decisión de la Corte. Esas razones son cuatro: en primer lugar, el fallo no distingue las excepciones planteadas por el Reino Unido de las formuladas en las causas *Islas Marshall c. India e Islas Marshall c. Pakistán*; en segundo lugar, no está de acuerdo con la introducción por la mayoría del criterio subjetivo del “conocimiento” para determinar la existencia de controversia; en tercer lugar, en opinión del Vicepresidente, es difícil determinar la existencia de controversia si no se especifica su objeto; por último, opina que existía una controversia incipiente entre la República de las Islas Marshall y el Reino Unido antes de la presentación de la demanda por el primero, y que esa controversia se concretó posteriormente durante las actuaciones ante la Corte.

### II. Características distintivas de la causa *Islas Marshall c. Reino Unido con respecto a la existencia de controversia*

2. El Vicepresidente pone de relieve las características que distinguen la presente causa de las dos causas presentadas por la República de las Islas Marshall contra la India y el Pakistán, respectivamente. La primera es que tanto la República de las Islas Marshall como el Reino Unido son partes en el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (TNP) y, en consecuencia, las presentes actuaciones se refieren a la interpretación y aplicación del TNP, y en particular de su Artículo VI.

3. La segunda característica distintiva son los argumentos expuestos por el Reino Unido sobre la inexistencia de controversia. En particular, dicho país alega que “no hubo controversia justiciable entre el Reino Unido y las Islas Marshall en relación con sus obligaciones, ya se deriven del TNP o del derecho internacional consuetudinario, de celebrar negociaciones de buena fe sobre medidas eficaces de desarme nuclear”. Además, subraya que “no puede decirse que exista controversia jurídica cuando el Estado que presenta la controversia no se la ha notificado al otro Estado”.

4. La Corte no aborda el argumento anterior ni el Reino Unido explica qué entiende por controversia “justiciable”. En relación con este último aspecto, la Corte señala con acierto que “ha rechazado el argumento según el cual son necesarias una notificación o negociaciones previas cuando se ha interpuesto una demanda ante ella sobre la base de declaraciones formuladas con arreglo al Artículo 36, párrafo 2, de su Estatuto, salvo que una de esas declaraciones así lo establezca” (párr. 45). Habiendo rechazado el requisito de notificación para que exista controversia, cabe lamentar que el fallo plantee el “conocimiento” como condición previa para que exista controversia.

### III. El concepto de controversia y el nuevo criterio de “conocimiento”

5. Como se reconoce en el fallo, “[una] controversia es un desacuerdo sobre un aspecto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o intereses entre dos personas” (fallo No. 2 de la causa *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, 1924, P.C.I.J. Series A, No. 2, pág. 11). Es tarea de la Corte determinar objetivamente la existencia de controversia (*Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania*, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1950, pág. 74), lo que constituye una cuestión “de fondo, no de forma” (*Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)* (excepciones preliminares), I.C.J. Reports 2011 (I), párr. 30).

6. En el presente fallo, la Corte afirma que “existe controversia cuando queda demostrado, sobre la base de las pruebas aportadas, que la parte demandada sabía o no podía ignorar que la parte demandante había expresado una ‘oposición manifiesta’ a su punto de vista” (párr. 41). Los dos fallos que se invocan como fundamento de esta afirmación, a saber, los fallos sobre las excepciones preliminares en las causas relativas a las *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)* y la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)*, no respaldan el uso del criterio del “conocimiento” expuesto por la Corte. En ambas causas, la Corte se limitó a señalar que, de hecho, el Estado demandado conocía la postura de la parte demandante; en ningún momento indicó que el “conocimiento” constituyera un requisito para la existencia de controversia ni tampoco quedó implícita esta observación en la argumentación de la Corte.

7. El Vicepresidente Yusuf señala que la introducción del criterio relativo al “conocimiento” contraviene la jurisprudencia establecida por la Corte, según la cual la existencia de controversia ha de determinarse objetivamente. Además, ese enfoque socava también los principios de economía judicial y buena administración de justicia, dado que invita a la interposición de segundas demandas en relación con la misma controversia.

8. La existencia de una controversia ha de ser, en sí misma, objetiva. Lo que importa es que haya una oposición manifiesta de opiniones jurídicas, un desacuerdo sobre una cuestión de derecho o de hecho. Las opiniones jurídicas manifiestamente opuestas pueden consistir en una reclamación interpuesta por una parte, que es impugnada o rechazada por la otra, o en una conducta de una de las partes que tropieza con la protesta o resistencia de la otra parte. En este último caso, puede considerarse que la controversia solo está en una etapa incipiente hasta el momento en que el Estado contra cuya conducta se protesta tenga la oportunidad de rechazar la protesta o adherirse a las exigencias de los Estados que protestan y, por consiguiente, modificar su conducta.

Sin embargo, el inicio de actuaciones ante la Corte puede dar lugar a la materialización posterior de la incipiente controversia si las opiniones jurídicas de las partes en relación con el objeto de la controversia siguen oponiéndose manifiestamente.

#### IV. La existencia de controversia antes de la interposición de una demanda

9. Uno de los principales argumentos aducidos por el Reino Unido en apoyo de sus excepciones preliminares respecto de la competencia y la admisibilidad era que la controversia debía haber existido en la fecha de la interposición de la demanda por la República de las Islas Marshall.

10. La Corte ha indicado recientemente en algunos de sus fallos que una controversia debe “en principio” existir en el momento de interponerse la demanda (véase, por ejemplo, *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)* (excepciones preliminares), fallo de 17 de marzo de 2016, párr. 52). El uso del término “en principio” sugiere que no es una condición previa absoluta para la competencia de la Corte que exista una controversia en toda regla en la fecha de interposición de la demanda. Dicha controversia puede estar en proceso de tomar forma o en una etapa incipiente en el momento en que se interpone la demanda, pero puede manifestarse claramente durante las actuaciones ante la Corte.

11. Este enfoque flexible en cuanto a la fecha de determinación de la existencia de una controversia queda corroborado por la jurisprudencia de la Corte, en la que ocasionalmente se ha fundamentado la existencia de una controversia en las declaraciones opuestas formuladas por las partes en alegaciones escritas y orales.

#### V. El objeto de la controversia

12. Corresponde a la propia Corte determinar sobre una base objetiva el objeto de la controversia entre las partes. En ese sentido, la Corte examina las posiciones de ambas partes, prestando especial atención a la forma en que el Estado demandante plantea el objeto de la controversia (*Jurisdicción en materia de pesquerías (España c. Canadá)* (competencia de la Corte), fallo, *I.C.J. Reports 1998*, pág. 448, párr. 30).

13. En su declaración escrita, la República de las Islas Marshall describe el alcance de su controversia con el Reino Unido en los siguientes términos: la obligación de “emprender de buena fe y concluir negociaciones encaminadas al desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un control internacional estricto y eficaz” (declaración escrita de las Islas Marshall, párr. 30). Esta caracterización de la controversia se reiteró durante las actuaciones orales.

14. Además, la República de las Islas Marshall se basa, como prueba de la existencia de una controversia con el

Reino Unido, en su declaración formulada en la Conferencia de Nayarit, en la que declaró que el inicio inmediato y la conclusión de las negociaciones sobre el desarme nuclear “se derivan de la obligación jurídica de desarme nuclear que incumbe a cada Estado en virtud del Artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación y el derecho internacional consuetudinario”.

15. Así pues, el objeto de la controversia en esta causa puede definirse como la cuestión de saber si la supuesta oposición del Reino Unido a diversas iniciativas para el comienzo inmediato y la conclusión de las negociaciones multilaterales sobre el desarme nuclear constituye un incumplimiento de la obligación de negociar de buena fe el desarme nuclear en virtud del Artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación.

#### VI. Opiniones opuestas de las partes acerca de la interpretación y aplicación del Artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación

16. La República de las Islas Marshall se basa principalmente en su declaración formulada en la Conferencia de Nayarit como prueba de su postura antes de la interposición de la demanda, postura que, según afirma, tropieza con la oposición manifiesta del Reino Unido reflejada en su conducta.

17. En particular, se refiere a la oposición del Reino Unido a todos los intentos realizados en el contexto de las resoluciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas para pedir el comienzo inmediato de las negociaciones con miras a concertar una convención sobre el desarme nuclear, convocar un grupo de trabajo encargado de preparar el terreno para tal convención, o velar por un seguimiento concreto de la opinión consultiva de la Corte que subrayaba la existencia de una obligación de proseguir las negociaciones sobre el desarme nuclear.

18. El Reino Unido no niega este cuadro persistente de conducta respecto del cumplimiento de la obligación subrayada en la opinión consultiva y los intentos de la Asamblea General de las Naciones Unidas de hacerla efectiva, pero alega que diversos factores políticos y jurídicos explican su posición sobre estas resoluciones (véase la respuesta escrita del Reino Unido a las cuestiones planteadas por los Magistrados Cançado Trindade y Greenwood en la audiencia pública celebrada en la tarde del 16 de marzo de 2016, párr. 2)<sup>8</sup>.

19. Las declaraciones en que se basa la República de las Islas Marshall como prueba de la oposición del Reino Unido al inicio inmediato y la conclusión de las negociaciones sobre el desarme nuclear también incluyen declaraciones formuladas en la Cámara de los Lores británica, o por el Primer Ministro del Reino Unido, en que los funcionarios implicados explican las objeciones del Gobierno del Reino Unido a tales

<sup>8</sup> Este documento puede consultarse en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/160/19118.pdf>.

negociaciones generales y abogan por un enfoque gradual para la desnuclearización.

20. En opinión del Vicepresidente Yusuf, la declaración hecha en la Conferencia de Nayarit por la República de las Islas Marshall, conjuntamente con las declaraciones del Reino Unido en relación con los llamamientos de la Asamblea General de las Naciones Unidas para el inicio inmediato de las negociaciones sobre el desarme nuclear, parece haber dado lugar a una controversia incipiente antes de la interposición de la demanda por la República de las Islas Marshall. La existencia previa de una controversia incipiente sobre la interpretación y aplicación del Artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación, puesta de manifiesto en las posiciones opuestas de las partes en las negociaciones sobre el desarme nuclear y su conclusión oportuna, distingue esta causa de las causas *Islas Marshall c. India e Islas Marshall c. Pakistán*. Esta controversia incipiente se ha materializado plenamente durante las actuaciones ante la Corte, en las que las partes siguieron expresando opiniones manifiestamente opuestas sobre el objeto de la controversia definido anteriormente.

### Opinión separada del Magistrado Owada

El Magistrado Owada reconoce que la historia de las Islas Marshall ha dado lugar a motivos de especial preocupación sobre el desarme nuclear y, en concreto, sobre la obligación contraída por los Estados poseedores de armas nucleares en virtud del Artículo VI del TNP. Sin embargo, las pruebas deben demostrar la existencia de una controversia jurídica concreta que otorgue competencia a la Corte para pronunciarse al respecto. Por esta razón, el Magistrado Owada, pese a estar de acuerdo con la argumentación de la Corte, ha adjuntado una opinión separada a fin de aclarar dicha argumentación con respecto a tres cuestiones en este contexto jurídico que, no obstante, resulta delicado desde el punto de vista político.

La primera cuestión se refiere a la norma jurídica aplicada por la Corte para determinar la existencia de controversia en el momento de la interposición de la demanda por parte de las Islas Marshall. El Magistrado Owada recuerda que, a efectos de establecer la existencia de controversia, se debe demostrar que la reivindicación de una de las partes se enfrenta a la oposición manifiesta de la otra. Es importante reconocer que este requisito no constituye una mera formalidad, sino un aspecto fundamental en la medida en que se trata de una *condición previa indispensable* para que la parte demandante pueda acudir a la Corte. Por este motivo, la inexistencia de una presunta controversia en el momento de interponerse la demanda no constituye una deficiencia técnica de procedimiento que pueda subsanarse mediante un acto posterior, como ocurrió en la causa relativa a las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*. En este contexto, es preciso diferenciar una controversia jurídica de una simple divergencia de opiniones. Este principio se refleja en la jurisprudencia de la Corte, si bien esta ha examinado la cuestión en diversas

circunstancias de hecho y de derecho y, al hacerlo, ha evaluado una amplia gama de factores diferentes. Podría resultar tentador concluir que el hecho de que la Corte se base en tales factores demuestra que existe un determinado umbral para establecer la existencia de una controversia, pero, en opinión del Magistrado Owada, la jurisprudencia de la Corte no es tan lineal. Estos fallos, por el contrario, representan supuestos concretos en los que las pruebas se declararon suficientes o insuficientes. Este punto debe tenerse en cuenta al valorar el verdadero significado del concepto de conocimiento por la parte demandada, tal y como se establece en el presente fallo. Si bien el fallo introduce este elemento de “conocimiento”, que parece surgir de la nada, la realidad es que dicho elemento constituye un denominador común presente en toda la jurisprudencia. El conocimiento por la parte demandada evidencia la transformación de un simple desacuerdo en una verdadera controversia jurídica y, por lo tanto, constituye un requisito mínimo fundamental común a todas las causas.

La segunda cuestión hace referencia al momento en que debe demostrarse que existe controversia. Las Islas Marshall han alegado que los fallos de la Corte relativos a varias causas anteriores respaldan su argumento de que las declaraciones formuladas *durante* el proceso pueden utilizarse como prueba de la existencia de controversia. Aunque la Corte ha explicado adecuadamente el significado de estos precedentes en el fallo, el Magistrado Owada desea ofrecer una explicación más pormenorizada sobre la correcta interpretación de la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*. La singularidad de las circunstancias y la combinación de cuestiones de hecho y de derecho vinculadas con el fondo de aquella causa conllevaron que el asunto sobre el que debía pronunciarse la Corte fuese muy diferente al planteado en el proceso actual y, como tal, el hecho de que la Corte recurriese a las declaraciones formuladas durante las actuaciones llevadas a cabo en la causa mencionada no debería considerarse una incitación a apartarse de la jurisprudencia reiterada de la Corte sobre el tema.

Por último, el Magistrado Owada desea explicar con más detalle el análisis de las pruebas realizado por la Corte en el presente fallo. Cabría pensar que la Corte ha adoptado un enfoque fragmentario al rechazar individualmente cada tipo de prueba, cuando las Islas Marshall sostenían que las pruebas debían analizarse en conjunto. En opinión del Magistrado Owada, la Corte ha examinado todas las pruebas y ha determinado correctamente que estas, *aun consideradas en conjunto*, no bastan para demostrar la existencia de controversia.

Dicho esto, el Magistrado Owada añade que podría haberse generado una situación jurídica nueva a raíz de las presentes actuaciones ante la Corte. En la medida en que el presente fallo refleja la postura de la Corte con respecto a la situación jurídica existente en el momento de interponerse la demanda en cuestión, es posible que una nueva demanda no

se halle sometida a la misma excepción preliminar de competencia. La viabilidad de una nueva demanda de este tipo seguiría constituyendo una cuestión abierta y su recorrido dependería del examen que llevase a cabo la Corte de *todas* las excepciones de competencia y admisibilidad.

### Opinión separada del Magistrado Tomka

Al Magistrado Tomka no le convence el enfoque adoptado por la Corte para determinar la existencia de controversia en la presente causa y considera que este no viene avalado por la jurisprudencia anterior de dicho órgano. Por ello, lamentablemente, no puede respaldar las conclusiones de la Corte en este sentido.

El Magistrado Tomka comienza exponiendo brevemente las alegaciones formuladas por las Islas Marshall en el marco de la presente causa en relación con el presunto incumplimiento por el Reino Unido del Artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares de 1968. Asimismo, observa que el Reino Unido ha negado el fundamento de tales reivindicaciones.

El Magistrado Tomka recuerda que las Islas Marshall han invocado las declaraciones formuladas por las partes con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 36, párrafo 2, como base para determinar la competencia sobre esta causa. También observa que, en el análisis de las cuestiones de competencia, convendría proceder con cautela al recurrir a diferentes pronunciamientos de la Corte que hubieran podido dictarse en el marco de declaraciones particulares en virtud del Artículo 36, párrafo 2, o de cláusulas compromisorias que estableciesen condiciones previas para acudir a dicho órgano. Además, señala que, en el presente fallo, la Corte reitera su opinión expresada con anterioridad de que no es necesario que un Estado negocie o notifique su pretensión antes de incoar un proceso ante dicho órgano, a menos que tal condición esté contemplada en el correspondiente fundamento de la competencia.

El Magistrado Tomka observa que, si bien la Corte ha afirmado con frecuencia que la existencia de una controversia es una condición para determinar su competencia, en su opinión resulta más adecuado hablar de condición para el ejercicio de la competencia de la Corte. A este respecto, señala que, en relación con los Estados que han formulado declaraciones con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto, la competencia de la Corte queda establecida desde el momento en que la declaración se deposita ante el Secretario General de las Naciones Unidas. Así pues, en opinión del Magistrado Tomka, no es el surgimiento de una controversia lo que determina o formaliza la competencia de la Corte. Más bien, el surgimiento de una controversia constituye una condición necesaria para que la Corte pueda ejercer su competencia. La desaparición de la controversia durante el proceso no despoja a la Corte de su competencia, si bien en tal situación la Corte no dictará ningún fallo sobre

el fondo de la cuestión, ya que no existe nada sobre lo que pronunciarse.

El Magistrado Tomka señala que la función de la Corte, como principal órgano judicial de las Naciones Unidas, “es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas” (Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto). Asimismo, observa que, para poder desempeñar esa función, la controversia todavía debe existir cuando la Corte se pronuncie sobre el fondo de la cuestión. No obstante, aunque la formulación del Artículo 38, párrafo 1, implique que la controversia ya exista en el momento de incoarse el proceso ante la Corte, la oración relativa a la función de esta no pretende establecer una condición para la competencia de la Corte y no debería ser determinante a ese respecto.

El Magistrado Tomka resalta que la jurisprudencia de la Corte exige que exista en principio una controversia en el momento de interponerse la demanda. También considera que, si bien la Corte reitera esta norma general en el presente fallo, en esta ocasión ha aplicado un requisito excesivamente estricto al afirmar que la controversia *debía* haber existido antes de la interposición de la demanda por parte de las Islas Marshall.

El Magistrado Tomka señala a grandes rasgos que, en algunos casos, las circunstancias dictarán la obligatoriedad de que la controversia exista en la fecha de la interposición de la demanda. Esto puede darse a raíz del vencimiento posterior de la declaración de aceptación de la competencia de la Corte por parte de alguno de los Estados, como ocurrió en la reciente causa relativa a las *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)* (excepciones preliminares), fallo de 17 de marzo de 2016. También puede deberse a que, al igual que ocurría en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2011 (I)*, pág. 70, la cláusula compromisoria en cuestión exija la celebración de negociaciones previas a la interposición de la demanda, de lo que lógicamente se desprende la necesidad de que haya surgido una controversia relacionada con el objeto de la correspondiente Convención antes de incoarse el proceso. El Magistrado Tomka no puede estar de acuerdo con quienes consideran que la causa *Georgia c. Federación de Rusia* marca el comienzo de la aplicación de un enfoque más formalista en la jurisprudencia de la Corte respecto de la existencia de controversia.

El Magistrado Tomka observa que, cuando no se han dado circunstancias que exigiesen la existencia de controversia en una fecha concreta, la Corte ha sido flexible al no limitarse a tener en cuenta únicamente el período previo a la interposición de la demanda para determinar la existencia de controversia entre las partes. En este sentido, destaca la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina*

c. *Yugoslavia* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, pág. 595.

Además, el Magistrado Tomka observa que tanto la Corte como su órgano antecesor siempre han mostrado un grado razonable de flexibilidad, evitando caer en un formalismo excesivo, en lo que respecta a la determinación del momento en que se habían de cumplir los requisitos relativos a la competencia. Entre otras causas, el Magistrado analiza las siguientes: *Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca* (competencia), fallo No. 6, 1925, *P.C.I.J., series A*, No. 6; *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, fallo No. 2, 1924, *P.C.I.J., series A*, No. 2; *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, pág. 595; y *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2008*, pág. 412. En esta última causa, la Corte formuló, entre otras, la siguiente observación:

“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 cumpliría 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” (*ibid.*, pág. 441, párr. 85).

El Magistrado Tomka considera que no hay ninguna razón de peso por la que este principio no pueda aplicarse a la existencia de controversia. Tampoco puede estar de acuerdo con la opinión según la cual el fallo en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)* (fallo), *I.C.J. Reports 2012*, pág. 422, supone apartarse de la jurisprudencia de la Corte a este respecto.

Si bien el Magistrado Tomka admite que, durante algún tiempo, las Islas Marshall no adoptaron una postura especialmente activa en materia de desarme nuclear en los foros multilaterales, también observa que, al menos desde 2013, dicho país ha expresado su descontento con el cumplimiento (o más bien el incumplimiento) por las Potencias nucleares, entre ellas el Reino Unido, de las obligaciones que les incumben en virtud del Artículo VI del TNP. El Magistrado no considera que un Estado esté obligado, en virtud del derecho internacional, a notificar a otro su intención de incoar un proceso ante la Corte, sino que opina que dicho Estado puede formular su reivindicación en la demanda presentada ante aquella. Asimismo, observa que, en el marco del actual sistema de cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte, exigir a un Estado que efectúe una notificación

previa puede entrañar el riesgo de que la Corte se vea despojada de su competencia antes de recibir la demanda.

El Magistrado Tomka concluye, en este sentido, que el proceso incoado ante la Corte en la presente causa ha dejado clara la existencia de una controversia entre las Islas Marshall y el Reino Unido acerca del cumplimiento por este último país de las obligaciones que le incumben en virtud del Artículo VI del TNP. En su opinión, la conclusión de que la Corte carece de competencia debido a la inexistencia de controversia no está justificada en la presente causa.

No obstante, el Magistrado Tomka estima que la naturaleza de las obligaciones que puedan existir en el ámbito del desarme nuclear, en particular las previstas en el Artículo VI del TNP, hace inadmisibles las demandas de las Islas Marshall. El Magistrado examina el Artículo VI del TNP, así como la forma en que la Corte describió las obligaciones derivadas de dicho Tratado en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 226. Basándose en la bibliografía sobre esta materia, el Magistrado observa que el desarme requiere la cooperación y el cumplimiento de obligaciones por parte de todos los Estados y explica a grandes rasgos que el desarme solo podrá lograrse de forma realista manteniendo el equilibrio entre los intereses de seguridad de los Estados afectados, en particular los de todas las Potencias nucleares y los del resto de los países poseedores de una capacidad militar considerable. El Magistrado Tomka considera que la investigación del cumplimiento por parte de alguna de las Potencias nucleares de sus obligaciones en materia de desarme nuclear, incluida cualquier obligación de negociar de buena fe, invita a analizar la postura adoptada por el resto de dichas Potencias en relación con esas mismas obligaciones, que son o pueden ser vinculantes para ellas. Asimismo, observa que solo entendiendo las posturas asumidas por otros Estados la Corte puede tener la seguridad de pisar terreno firme al evaluar la conducta de cualquier Estado aislado, que forzosamente se ve influida por las posturas del resto, y al valorar si ese Estado está dispuesto a alcanzar el objetivo establecido en el Artículo VI del TNP mediante negociaciones de buena fe. El Magistrado Tomka destaca que no se trata de determinar la responsabilidad de esos otros Estados como condición previa para determinar la responsabilidad de la parte demandada de forma que se aplique el denominado “principio del Oro amonedado”. A su juicio, se trata más bien de valorar si es posible que la Corte, en este contexto, examine la conducta de un solo Estado sin tener en cuenta ni entender las posturas adoptadas por los demás Estados con los que el primero (el demandado, en la causa que nos ocupa) tendría que haber negociado y acordado las medidas e iniciativas que las partes implicadas deberían aplicar para lograr el objetivo general del desarme nuclear.

El Magistrado Tomka concluye que las cuestiones planteadas en el marco del presente proceso no son cuestiones de carácter bilateral entre las Islas Marshall y el Reino Uni-

do y está convencido de que la Corte no puede emprender un análisis eficaz de la conducta del Reino Unido si otros Estados no comparecen ante ella para explicar sus respectivas posturas y actuaciones. La presente causa constituye un ejemplo, en su opinión, de los límites de la función de la Corte, centrada en dirimir controversias bilaterales. Si se hubiese dotado a la Corte de jurisdicción obligatoria universal, todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas habrían quedado sometidos a dicha jurisdicción. Entonces no habrían existido obstáculos para que la Corte ejerciese plenamente su competencia y contribuyese con ello al logro de los propósitos y objetivos de la Organización.

Con sincero y profundo pesar, el Magistrado Tomka concluye que la ausencia de otras Potencias nucleares en el proceso impide a la Corte analizar las reivindicaciones de las Islas Marshall en el debido contexto multilateral. Por consiguiente, estima que la demanda es inadmisibles y que la Corte no puede examinar el fondo de la cuestión.

### Opinión disidente del Magistrado Bennouna

En las tres causas incoadas por las Islas Marshall con respecto a la obligación de negociar derivada del Artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares de 1968 y del derecho internacional consuetudinario, la Corte ha declarado que carece de competencia al no existir controversia entre las partes. Al proceder de ese modo, la Corte ha optado por un ejercicio de puro formalismo frente al realismo y la flexibilidad reflejados en su reiterada jurisprudencia previa. Así pues, aunque la existencia de controversia se había venido determinando hasta ahora de manera objetiva, la Corte ha introducido un nuevo elemento subjetivo en sus tres fallos. Al detener el tiempo del derecho y el análisis en la fecha de interposición de la demanda de las Islas Marshall y exigir que la parte demandada supiese o no pudiese “ignorar que la parte demandante había expresado una ‘oposición manifiesta’ a su punto de vista”, la Corte ha hecho una exhibición de excesivo formalismo en detrimento de la aplicación de un enfoque flexible favorable a la buena administración de justicia.

### Opinión disidente del Magistrado Cançado Trindade

1. En su opinión disidente (compuesta por 21 apartados) en la presente causa relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. Reino Unido)*, el Magistrado Cançado Trindade expone los fundamentos de su propia postura discrepante en relación con la decisión de la Corte, que se refiere al enfoque aplicado, la argumentación en su totalidad y la parte dispositiva. De este modo, el Magistrado Cançado Trindade se desmarca todo lo posible de la postura mayoritaria de la Corte.

2. Al analizar, en primer lugar, la cuestión de la existencia de controversia sometida a la Corte de La Haya, el

Magistrado Cançado Trindade examina con detalle la jurisprudencia consolidada de dicha Corte —que engloba tanto a la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) como a la Corte Internacional de Justicia (CIJ)—, según la cual existe controversia cuando se da “un desacuerdo sobre un aspecto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o intereses entre dos personas” (no necesariamente manifestado de manera expresa). La existencia de controversia es un asunto que *la Corte debe “determinar objetivamente”*, y la mera negación de dicha existencia no demuestra la inexistencia.

3. Esa ha sido la postura de la Corte de La Haya, tanto en el pronunciamiento de la CPJI en la causa relativa a las *Concesiones Mavrommatis en Palestina* (fallo de 30 de agosto de 1924) como en la opinión consultiva de la CIJ de 30 de marzo de 1950 relativa a la *Interpretación de los tratados de paz*. Incluso durante el último decenio —recuerda el Magistrado—, la Corte de La Haya ha considerado adecuado insistir en su propia facultad para proceder a la “determinación objetiva” de la controversia, de conformidad con su jurisprudencia consolidada, que se analiza con detalle en la opinión disidente del Magistrado Cançado Trindade (apartado II).

4. Solo muy recientemente, en un fragmento de su fallo de 1 de abril de 2011 sobre las excepciones preliminares en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, la CIJ decidió aplicar a los hechos del caso un umbral más elevado para determinar la existencia de controversia, al verificar si el Estado demandante había notificado previamente su pretensión al Estado demandado y si el Estado demandado se había opuesto a ella. El Magistrado Cançado Trindade advierte de que ese nuevo requisito “no es coherente con la jurisprudencia consolidada de la CPJI y la CIJ sobre la determinación de la existencia de controversia” (párr. 9).

5. En las presentes causas relativas a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*, los tres Estados demandados (Reino Unido, India y Pakistán) pretenden acogerse al requisito de la notificación previa de la pretensión, o bien al criterio del conocimiento previo de la reivindicación del Estado demandante, para determinar la existencia de controversia en virtud de lo dispuesto en el Estatuto de la CIJ o en el derecho internacional general. Sin embargo, el Magistrado Cançado Trindade realiza la siguiente advertencia:

“En ningún lugar de la jurisprudencia consolidada de la Corte se alude a dicho requisito en relación con la existencia de controversia: muy al contrario, la CIJ ha dejado claro que la postura o la actitud de una de las partes puede determinarse por deducción [causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, fallo sobre las excepciones preliminares, 11 de junio de 1998]. Con arreglo al enfoque de la Corte, no es necesario que la parte demandada se oponga previamente a

la pretensión mediante una declaración expresa, ni que reconozca expresamente la existencia de controversia” (párr. 10).

6. El Magistrado Cançado Trindade recuerda a continuación que, en su opinión disidente (párr. 161) al fallo dictado por la Corte en 2011 en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, criticó la “argumentación formalista” utilizada por la Corte al determinar la existencia de controversia, que suponía la aplicación de un umbral más elevado que excedía el establecido en la propia jurisprudencia consolidada de la CPJI y la CIJ (párrs. 11 y 12). No existe ningún requisito general de notificación previa de la pretensión del Estado demandante para incoar un proceso ante la CIJ. El Magistrado añade que “la finalidad de que sea necesario determinar la existencia de controversia (y su objeto) ante la Corte es facultar a esta para ejercer su jurisdicción adecuadamente: este requisito no está orientado a proteger al Estado demandado sino, más concretamente, a salvaguardar el ejercicio adecuado de la función judicial de la Corte” (párr. 13).

7. Del mismo modo, no existe ningún requisito que exija “agotar” previamente la vía de las negociaciones diplomáticas (párr. 14) antes de interponer una demanda e incoar un proceso ante la Corte (causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, fallo sobre las excepciones preliminares, 11 de junio de 1998). En la presente causa que enfrenta a las Islas Marshall y el Reino Unido, las partes en litigio han mantenido dos líneas constantes y diferenciadas de conducta que reflejan posturas jurídicas distintas, hecho que basta para determinar la existencia de controversia. El objeto de la controversia entre las partes radica en si el Reino Unido ha incumplido la obligación dimanante del derecho internacional consuetudinario de celebrar de buena fe y concluir negociaciones encaminadas a lograr el desarme nuclear en todos sus aspectos bajo un control internacional eficaz (párr. 16).

8. En las presentes causas relativas a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. Reino Unido/India/Pakistán)*, la mayoría de la Corte ha elevado indebidamente el umbral para determinar la existencia de controversia y ha impuesto el requisito relativo al “conocimiento”, lo que parece “socavar su propia capacidad de deducir la existencia de controversia de las conductas antagónicas mantenidas por las partes en litigio” (párr. 20).

9. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, la postura adoptada por la mayoría de la Corte en la presente causa “contradice la propia jurisprudencia anterior de la Corte de La Haya (CPJI y CIJ), en la que se aplicó un enfoque mucho menos formalista para determinar la existencia de controversia” (con respecto a la CPJI, véase lo señalado, entre otras, en la causa relativa a las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, fallo de 30 de agosto de 1924; la causa relati-

va a *Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca*, fallo (competencia) de 25 de agosto de 1925; y la causa relativa a la *Interpretación de los fallos Nos. 7 y 8 - Fábrica de Chorzów*, fallo de 16 de diciembre de 1927; en cuanto a la CIJ, véase lo expuesto, entre otras, en la causa relativa a *Timor Oriental*, fallo de 30 de junio de 1995; la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (excepciones preliminares), fallo de 11 de julio de 1996; y la causa relativa a *Ciertos bienes* (excepciones preliminares), fallo de 10 de febrero de 2005) (párr. 22).

10. En las causas relativas a *Timor Oriental* (1995), a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (1996) y a *Ciertos bienes* (2005), la CIJ consideró que el comportamiento posterior a la fecha crítica (es decir, la fecha de interposición de la demanda) respaldaba la conclusión de la existencia de controversia entre las partes. A la luz de este enfoque aplicado por la CIJ en su jurisprudencia previa, la existencia de controversia en la causa en cuestión resulta evidente (párrs. 24 y 25).

11. Además, la mayoría de la Corte hace *tabula rasa* con respecto al requisito de que la fecha de referencia para determinar la existencia de controversia sea “en principio” la fecha de interposición de la demanda (causa relativa a las *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe* (excepciones preliminares), fallo de 17 de marzo de 2016); como ya se ha visto, en su jurisprudencia, la CIJ ha tenido en cuenta la conducta posterior a esa fecha crítica (párr. 27).

12. En la presente causa —prosigue el Magistrado Cançado Trindade—, la mayoría de la Corte hace uso de los *obiter dicta* que se formularon en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (2011), “que elevan indebidamente el umbral para determinar la existencia de controversia, con arreglo a una cláusula compromisoria contemplada en dicha Convención (interpretada erróneamente de todos modos, pues ignora el objeto y el propósito de este instrumento). Y, lo que es peor, en la presente causa, que enfrenta a las Islas Marshall y el Reino Unido, la mayoría de la Corte asume esa norma más rigurosa fuera de contexto y la aplica a esta causa concreta, sometida ante la Corte sobre la base de una declaración realizada en virtud de la cláusula facultativa” (párr. 28).

13. La elevación del umbral es una medida que resulta, “además de formalista, artificial” y que no se desprende de la definición de controversia contemplada en la jurisprudencia consolidada de la Corte (párr. 29). Al aplicar el criterio del “conocimiento”, la mayoría de la Corte exige con el máximo formalismo una respuesta específica por parte del Estado demandado a la pretensión formulada por el Estado demandante, “incluso en situaciones en las que, como ocurre en este caso concreto, las partes en litigio manifiestan dos líneas coherentes y diferenciadas de conducta” (párr. 29). El Magistrado Cançado Trindade concluye, sobre este asunto en

particular, que el formalismo en el que incurre la mayoría de la Corte al elevar el umbral para determinar la existencia de controversia tiene la siguiente consecuencia:

“Genera indebidamente una dificultad en el propio *acceso a la justicia* (de las partes demandantes) a nivel internacional en un asunto que atañe a toda la humanidad, lo que resulta sumamente lamentable” (párr. 30).

14. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade centra su atención en las diferentes series de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a las armas nucleares y en la *opinio iuris* (apartado III), a saber: *a*) las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a las armas nucleares (1961-1981); *b*) las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a la congelación de las armas nucleares (1982-1992); *c*) las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en las que se condena el desarrollo y el uso de armas nucleares (1982-2015); y *d*) las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que dan seguimiento a la opinión consultiva emitida por la CIJ en 1996 (1996-2015). El Magistrado recuerda, en primer lugar, que, en el transcurso del proceso en la presente causa relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*, las partes en litigio hicieron referencia a las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a la cuestión del desarme nuclear (párr. 31).

15. En cuanto a la *primera serie de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a las armas nucleares (1961-1981)*, cabe señalar la aprobación de la innovadora resolución 1653 (XVI), de 24 de noviembre de 1961, que impulsó la elaboración de la célebre “Declaración sobre la Prohibición del Uso de las Armas Nucleares y Termonucleares” y estuvo seguida por la celebración de tres Decenios para el Desarme (párr. 32). En este primer período examinado (1961-1981), la Asamblea General de las Naciones Unidas prestó especial atención de manera continua a las cuestiones relacionadas con el desarme y, en particular, al desarme nuclear (párr. 33). En los años 1978 y 1982, dicho órgano celebró dos períodos extraordinarios de sesiones en torno al desarme nuclear (los períodos de sesiones décimo y duodécimo, respectivamente), en los que esta cuestión ocupó un lugar destacado entre los temas debatidos; en aquella ocasión, se recalcó que el objetivo más inmediato del desarme era la eliminación del peligro de una guerra nuclear (párr. 34).

16. El Magistrado Cançado Trindade recuerda que la Asamblea General puso de relieve en reiteradas ocasiones los peligros que entrañaba la carrera de armamentos nucleares para la humanidad y la supervivencia de la civilización y expresó su inquietud en relación con las consecuencias nocivas de los ensayos nucleares encaminados a acelerar dicha carrera. Por ello, la Asamblea General reiteró su condena de todo tipo de ensayos con armas nucleares, al margen del entorno

en el que se realizaran, e instó a los Estados poseedores de armas nucleares a suspender tales ensayos en cualquier contexto (párr. 35).

17. Además, el Magistrado Cançado Trindade recuerda que, en ese período, la Asamblea General hizo hincapié también en la responsabilidad especial que los Estados poseedores de armas nucleares tenían en el cumplimiento del objetivo del desarme nuclear (párr. 36), y añade que, en la 84ª sesión plenaria, celebrada tras el décimo período extraordinario de sesiones dedicado al desarme, la Asamblea General declaró que la utilización de armas nucleares constituía una “violación de la Carta de las Naciones Unidas” y “un crimen de lesa humanidad”, y que dicha utilización debía prohibirse, en espera de lograr el desarme nuclear (párr. 37).

18. Por lo que respecta a la *segunda serie de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la congelación de las armas nucleares (1982-1992)*, en cada año de ese período (seguimiento de los períodos extraordinarios de sesiones décimo y duodécimo relativos al desarme nuclear, celebrados en 1978 y 1982, respectivamente), la Asamblea General aprobó diversas resoluciones en las que se pedía la congelación de las armas nucleares. En dichas resoluciones se señala que los arsenales de armas nucleares existentes bastan con creces para destruir toda forma de vida sobre la Tierra. Asimismo, se expresa la convicción de que la paz mundial duradera únicamente puede cimentarse en el logro del desarme general y completo bajo un control internacional eficaz. En este sentido, las resoluciones de la Asamblea General mencionadas señalan que los objetivos de prioridad máxima en el ámbito del desarme han de ser el desarme nuclear y la eliminación de todas las armas de destrucción en masa (párr. 39).

19. Finalmente, en esas resoluciones se exhorta a los Estados poseedores de armas nucleares a acordar “una congelación de las armas nucleares” que, entre otras cosas, estipule “la suspensión simultánea y total de toda nueva producción de material fisiónable destinado a armas”. Dicha congelación no se consideraba un fin en sí misma, sino el primer paso más eficaz para la reducción de los arsenales nucleares, la prohibición completa de los ensayos nucleares, el cese de la fabricación y el despliegue de armas nucleares, y el cese de la producción de material fisiónable con fines armamentísticos (párr. 40).

20. Tras recordar que en las alegaciones efectuadas a finales de 1995 en el procedimiento consultivo ante la CIJ (párrs. 41 a 43) se reconocieron la autoridad y el valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General, el Magistrado Cançado Trindade señala que el Noero de esas resoluciones ha seguido aumentando constantemente desde entonces y hasta el día de hoy, “conformando claramente”, desde su punto de vista, “una *opinio iuris communis* con respecto al desarme nuclear” (párr. 44).

21. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade alude al *largo historial de resoluciones de la Asamblea General*

en las que se condena el desarrollo y el uso de armas nucleares (1982-2015) y en las que la Asamblea General pasa directamente a expresar una condena, advirtiendo de la amenaza que dichas armas suponen para la supervivencia de la humanidad (párr. 46). En los párrafos del preámbulo de tales resoluciones posteriores se *reafirma* de manera manifiesta, año tras año, que “el uso de armas nucleares constituiría una violación de la Carta de las Naciones Unidas y un crimen de lesa humanidad” (párr. 47).

22. En último lugar, aunque no por orden de importancia, el Magistrado Cançado Trindade analiza la *serie de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que dan seguimiento a la opinión consultiva emitida por la CIJ en 1996 (1996-2015)*, en las que se comienza expresando la convicción de la Asamblea General de que “el hecho de que sigan existiendo armas nucleares representa una amenaza para la humanidad” y de que “su empleo tendría consecuencias catastróficas para todas las formas de vida en la Tierra”, y que “la única defensa contra una catástrofe nuclear es la eliminación total de las armas nucleares y la certeza de que no se volverán a fabricar jamás” (segundo párrafo del preámbulo). En dichas resoluciones se reitera “la determinación de la comunidad internacional de alcanzar el objetivo de un mundo libre de armas nucleares mediante la eliminación total de esas armas” (párr. 52).

23. Esas resoluciones de la Asamblea General exhortan manifiestamente a *todos los Estados* a cumplir de inmediato la obligación conducente a la pronta celebración de una convención en la que se prohíba el desarrollo, la producción, el ensayo, el despliegue, el almacenamiento, la transferencia, la amenaza o el empleo de armas nucleares y se disponga su eliminación (párr. 53). En uno de los párrafos del preámbulo de las resoluciones de la Asamblea General que forman parte de dicha serie, también se reconoce en los últimos años “con satisfacción” que el Tratado Antártico, los tratados de Tlatelolco, Rarotonga, Bangkok y Pelindaba y el Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en Asia Central, así como la condición de zona libre de armas nucleares de Mongolia, “están liberando gradualmente de armas nucleares todo el hemisferio sur y las áreas adyacentes a que se refieren esos tratados” (párr. 54).

24. Las resoluciones más recientes (aprobadas desde 2013 en adelante) se explayan considerablemente sobre el asunto. En ellas se exhorta a todos los Estados poseedores de armas nucleares a que emprendan iniciativas de desarme concretas, destacando que todos los Estados deben poner especial empeño en lograr y mantener un mundo sin armas nucleares. En su parte dispositiva, se subraya la conclusión unánime de la CIJ, expresada en la opinión consultiva de 1996 sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, de que “existe la obligación de emprender de buena fe y concluir negociaciones encaminadas al desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un control internacional estricto y eficaz” (párr. 55).

25. Estas resoluciones de seguimiento de la Asamblea General contienen párrafos relativos a la obligación de emprender y concluir de buena fe negociaciones encaminadas al desarme nuclear, sin referencia alguna al TNP o a los Estados partes en él; en buena medida se refieren a esa obligación como una obligación general que no tiene su fundamento en ninguna disposición de ningún tratado. Se exhorta a *todos los Estados*, y no solo a los Estados partes en el TNP, a cumplir de inmediato la obligación, que les atañe a *todos*, de informar (al Secretario General) sobre su acatamiento de las resoluciones en cuestión. En resumen, “las referencias a *todos los Estados* son intencionadas y, al no constar referencias a ningún tratado ni a ninguna otra obligación internacional impuesta específicamente, todo apunta a la existencia de una obligación de negociar y lograr el desarme nuclear dimanante del derecho consuetudinario” (párr. 56).

26. Al igual que la Asamblea General, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas también se ha explayado a menudo sobre la materia en cuestión (apartado IV). Por ejemplo, en dos de sus resoluciones (984/1995, de 11 de abril de 1995, y 1887/2009, de 24 de septiembre de 2009), el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas hace referencia, en concreto, a la obligación de celebrar negociaciones de buena fe en relación con el desarme nuclear (párr. 61). El Consejo de Seguridad hace también un llamamiento general a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, sean o no partes en el TNP (párr. 62). El Magistrado Cançado Trindade opina lo siguiente:

“Las citadas resoluciones del Consejo de Seguridad, al igual que las de la Asamblea General (véase lo señalado anteriormente), están dirigidas a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y aportan elementos importantes para la generación de una *opinio iuris* en apoyo del surgimiento progresivo de una obligación dimanante del derecho internacional consuetudinario y en consonancia con la obligación convencional contemplada en el Artículo VI del TNP. En concreto, resulta significativo que el Consejo de Seguridad exhorte a *todos los Estados*, y no solo a los Estados partes en el TNP, a emprender negociaciones de buena fe para lograr el desarme nuclear (o a sumarse a dichos Estados partes en este empeño). Ello indica que la obligación atañe a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, independientemente de que sean o no partes en el TNP” (párr. 63).

27. Las resoluciones de las Naciones Unidas analizadas (tanto las de la Asamblea General como las del Consejo de Seguridad) —añade el Magistrado— reflejan que la Organización cuenta con un largo historial de condena del desarrollo y la utilización de armas nucleares (apartado V), que se remonta a su fundación y sus primeros años de andadura (párrs. 64 y 65). En 1956, se creó el Organismo Internacional de Energía Atómica. Cinco años más tarde, en 1961, la Asamblea General aprobó la histórica e innovadora resolu-

ción 1653 (XVI), de 24 de noviembre de 1961, titulada “Declaración sobre la Prohibición del Uso de las Armas Nucleares y Termonucleares”, que “mantiene su contemporaneidad a día de hoy y que, 55 años después, sigue mereciendo especial atención” (párr. 66).

28. Transcurrido más de medio siglo, aquella lúcida y conmovedora declaración parece seguir estando de actualidad, ya que el conjunto de la comunidad internacional continúa a la espera de que se concluya la propuesta de una convención general sobre la prohibición de las armas nucleares y termonucleares: el desarme nuclear constituye hoy en día un objetivo de las Naciones Unidas aún por lograr, como ocurría en 1961. El Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (TPCE), aprobado el 24 de septiembre de 1996, todavía no ha entrado en vigor, a pesar de que 164 Estados lo hayan ratificado hasta la fecha (párr. 67). Desde la aprobación del TPCE en 1996, la labor de la Conferencia de Desarme se ha mantenido en gran medida en punto muerto, ante la alegación de “intereses de seguridad” divergentes (párr. 73).

29. Pese a todo, desde el punto de vista histórico, en los últimos decenios se han logrado algunos avances en relación con otras armas de destrucción en masa, como demuestra la aprobación de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre Su Destrucción (el 10 de abril de 1972), así como de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre Su Destrucción (el 13 de enero de 1993); a diferencia manifiesta del TPCE, estas dos convenciones ya han entrado en vigor (lo hicieron el 26 de marzo de 1975 y el 29 de abril de 1997, respectivamente). El Magistrado Cançado Trindade concluye, a este respecto, lo siguiente:

“Si atendemos únicamente al derecho internacional convencional, las armas de destrucción en masa (gases tóxicos, armas biológicas y químicas) han quedado ilegalizadas; sin embargo, todavía no se han prohibido las armas nucleares, que resultan mucho más destructivas. Este disparate jurídico alimenta la miopía o ceguera positivista que lleva a deducir de ello que no existe ninguna obligación internacional consuetudinaria de desarme nuclear. Los positivistas solo tienen ojos para el derecho convencional, para el consentimiento individual de cada Estado, y se encierran en un círculo vicioso, incapaces de ver las acuciantes necesidades y aspiraciones de la comunidad internacional en su conjunto ni de comprender la *universalidad* del derecho internacional contemporáneo —tal y como lo concibieron sus ‘padres fundadores’ ya en los siglos XVI y XVII— y sus principios fundamentales subyacentes [...].

A decir verdad, en nuestros días la obligación de desarme nuclear existe y está consolidada en el derecho internacional tanto convencional como consuetudinario;

además, las Naciones Unidas han realizado una contribución sumamente valiosa al respecto a lo largo de decenios” (párrs. 75 y 76).

30. En sus alegatos ante la Corte en la presente causa, las partes en litigio han expuesto sus diferentes argumentos sobre la cuestión de las resoluciones de las Naciones Unidas relativas al desarme nuclear y del surgimiento de una *opinio iuris* (apartado VI). El Magistrado Cançado Trindade considera que, a pesar de las diferencias existentes en su historial de votaciones, las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas examinadas en la presente opinión disidente, analizadas en su conjunto,

“no permiten en absoluto negar su contribución a la generación de una *opinio iuris* relativa al establecimiento de una obligación de desnuclearización en virtud de lo dispuesto en el derecho internacional consuetudinario. Al fin y al cabo, se trata de resoluciones de la propia Asamblea General de las Naciones Unidas (y no solo de la gran mayoría de los Estados Miembros de la Organización que votaron a favor de su aprobación); son resoluciones de las propias Naciones Unidas en las que se aborda una preocupación común de toda la humanidad” (párr. 83).

31. Las partes en litigio tuvieron la oportunidad de explicar con más detalle sus respectivas posiciones en la presente causa, en sus respuestas por escrito a las preguntas que les había planteado el Magistrado Cançado Trindade en la sesión pública de la Corte de 16 de marzo de 2016 acerca de si dichas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas son elementos constitutivos de una expresión de la *opinio iuris* y, de ser así, cuál es su pertinencia para la creación de una obligación, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, de emprender negociaciones que conduzcan al desarme nuclear, y cómo afectan a la cuestión de la existencia de controversia entre las partes (párrs. 84 a 88).

32. La presencia del mal ha marcado la existencia humana durante siglos (apartado VIII). Desde el comienzo repentino de la era nuclear en agosto de 1945, algunos de los grandes pensadores mundiales se han estado preguntando por el futuro de la humanidad (párrs. 89 a 97) y han llamado la atención sobre la necesidad imperiosa de respetar la vida y la importancia de los valores humanistas (párrs. 98 a 110). También en el ámbito de la doctrina jurídica internacional ha habido quienes han destacado la necesaria prevalencia de la conciencia humana, la conciencia jurídica universal, sobre el voluntarismo de los Estados (párrs. 111 a 114).

33. Esta es la postura que defiende asimismo el Magistrado Cançado Trindade, en cuya opinión:

“La conciencia jurídica universal constituye la fuente material suprema del derecho internacional. [...] no es posible abordar los nuevos desafíos a los que se enfrenta la comunidad internacional en su conjunto teniendo en cuenta únicamente las susceptibilidades de los Estados;

tal es el caso de la obligación de librar al mundo de las armas nucleares, que constituye una necesidad imperiosa emanada de la *recta ratio* y no un aspecto dependiente de la ‘voluntad’ de los Estados. En efecto, para mantener viva la esperanza, es preciso tener siempre presente a la humanidad en su conjunto” (párr. 115).

34. Dentro de la CIJ, el Magistrado Cançado Trindade expuso este mismo argumento en su opinión disidente (párrs. 488 y 489) emitida en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, fallo de 3 de febrero de 2015. Asimismo, observa que “la presencia del mal ha acompañado y marcado la existencia humana a lo largo de los siglos”, con un “aumento progresivo del desprecio por la vida humana”; el “trágico mensaje del libro del Génesis”, en su opinión, “parece perdurar en el tiempo, alcanzando su máximo grado de contemporaneidad en la actual era nuclear” (párrs. 117 y 118).

35. La siguiente línea argumental del Magistrado Cançado Trindade hace referencia a la atención que se presta a los pueblos en la Carta de las Naciones Unidas, como se ilustra en varias de sus disposiciones, así como a la atención dedicada en dicho instrumento a la protección de los valores comunes de la humanidad y al respeto de la vida y la dignidad humana (apartado IX). El Magistrado continúa señalando que el nuevo ideal promovido por la Carta de las Naciones Unidas y propugnado por el derecho de la Organización posee, desde su punto de vista, la siguiente característica:

“Tiene una incidencia en el arreglo judicial de las controversias internacionales. Por consiguiente, el hecho de que el mecanismo por el que la CIJ dirime los contenciosos sea un mecanismo interestatal no significa que su argumentación también deba adquirir una dimensión estrictamente interestatal; ello dependerá de la naturaleza y el fondo de las cuestiones que se le sometan. Varias de las causas llevadas ante la Corte han exigido una argumentación que trascendía con creces la dimensión interestatal. Dicho tipo de argumentación se mantuvo fiel a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, por constituir la CIJ ‘el principal órgano judicial’ de la Organización” (párr. 121).

36. Del mismo modo, el ciclo de conferencias mundiales de las Naciones Unidas celebradas en la década de 1990, en un esfuerzo encomiable de la Organización por *ir más allá de la dimensión puramente interestatal y trascenderla*, infundió un espíritu de solidaridad orientado a analizar los desafíos a los que se enfrentaba el futuro de la humanidad. El denominador común de tales conferencias —añade el Magistrado Cançado Trindade— fue el reconocimiento de la legitimidad de la preocupación de la comunidad internacional en su conjunto por las condiciones de vida de los seres humanos de todo el mundo. A finales de dicha década y en los albores del nuevo milenio, la Declaración del Milenio (2000) expresó la determinación de “eliminar los peligros que suponen las armas de destrucción en masa” (párrs. 125 a 127).

37. En resumen, la naturaleza de una determinada causa sometida a la Corte puede requerir una argumentación que trascienda la perspectiva estrictamente interestatal; la presente causa relativa a la obligación de desarme nuclear exige centrar la atención en los pueblos, de conformidad con una perspectiva humanista, y no en susceptibilidades interestatales. El mecanismo interestatal por el que la CIJ resuelve los contenciosos que se le someten no implica en modo alguno que la argumentación de la Corte deba revestir asimismo un carácter estrictamente interestatal. El desarme nuclear constituye un motivo de preocupación para la humanidad en su conjunto.

38. Contrariamente a lo que sostiene la argumentación expuesta por la mayoría de la Corte, el denominado “principio del *Oro amonedado*” no tiene cabida en una causa como la que nos ocupa y “no pertenece al ámbito de los *prima principia*, por tratarse únicamente de una concesión en favor del consentimiento de los Estados, dentro de un marco voluntarista estatal obsoleto”. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, la presente causa demuestra lo siguiente:

“[...] la necesidad de trascender la perspectiva estrictamente interestatal. El hecho de que el mecanismo por el que la CIJ resuelve los contenciosos que se le someten sea un mecanismo interestatal no implica en modo alguno que la argumentación de la Corte deba revestir asimismo un carácter estrictamente interestatal. En el marco de la presente causa, relativa a las armas nucleares y a la obligación de desarme nuclear, es necesario centrar la atención en los pueblos, y no en susceptibilidades interestatales. Es imprescindible tener en cuenta a la población mundial, de conformidad con una perspectiva humanista y a la luz del *principio de humanidad*” (párrs. 130 y 131).

39. La presente causa, relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*, pone de relieve la enorme importancia de los principios generales del derecho internacional, como el principio de la igualdad jurídica de los Estados (apartado XI). Los principios generales del derecho (*prima principia*) constituyen los cimientos sobre los que se asientan todos los sistemas jurídicos, sustentan y definen sus normas, orientan la aplicación de estas y ponen de relieve la prevalencia del *ius necessarium* sobre el *ius voluntarium* (véase lo señalado más adelante).

40. Las desigualdades de hecho y la estrategia de “disuasión” no pueden prevalecer sobre la igualdad jurídica de los Estados; la “disuasión” no puede seguir ignorando la claridad de las diferentes series de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en las que se expresa una *opinio iuris communis* que condena el desarrollo y el uso de armas nucleares (apartado XII). Tal como sostienen también los principios generales del derecho internacional y la doctrina jurídica internacional —añade el Magistrado Cançado Trindade—, el desarrollo y el uso de armas nucleares cons-

tituyen una infracción del derecho internacional, del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, de la Carta de las Naciones Unidas y del *ius cogens*, por sus consecuencias devastadoras y el sufrimiento que pueden infligir a la humanidad en su conjunto (párrs. 138 y 139).

41. A su entender, la CIJ debería otorgar “mucho más importancia a la razón de humanidad” que a la razón de Estado que sustenta la estrategia de “disuasión” y debería “tener en cuenta a las personas y a los pueblos, al servicio de los cuales se crearon los Estados, en lugar de basarse solo en lo que supuestamente constituye la razón de Estado”. La razón de humanidad, a juicio del Magistrado, “prevalece sin duda sobre las consideraciones de la *realpolitik*” (párr. 139). El Magistrado añade que, en su opinión consultiva de 1996, la CIJ reconoció acertadamente la importancia del desarme nuclear completo (señalada en la serie de resoluciones de la Asamblea General), entendiéndolo como una obligación de resultado y no de mera conducta (párr. 99), si bien manifiesta la siguiente objeción:

“[La CIJ] no evaluó las correspondientes consecuencias. De haberlo hecho, habría llegado a la conclusión de que el desarme nuclear no podía verse obstaculizado por la conducta de unos pocos Estados —los Estados poseedores de armas nucleares— que mantienen y modernizan sus propios arsenales de armas nucleares de conformidad con su estrategia de ‘disuasión’.

La estrategia de ‘disuasión’ tiene un componente suicida. Actualmente, en 2016 (transcurridos 20 años desde la opinión consultiva emitida por la CIJ en 1996 y atendiendo a la reiteración posterior de la obligación jurídica de desarme nuclear dimanante del derecho internacional tanto convencional como consuetudinario), ya no hay margen para la ambigüedad. Existe una *opinio iuris communis* sobre la ilegalidad de las armas nucleares, así como sobre la obligación consolidada de desarme nuclear, que constituye una obligación de resultado y no de mera conducta. La dogmática insistencia positivista en la prohibición expresa de las armas nucleares no puede suprimir esa *opinio iuris*; por el contrario, dicha *opinio iuris* revela que el argumento basado en la inexistencia de una prohibición expresa carece de sentido, pues se sustenta en la estrategia destructiva y suicida de la ‘disuasión’” (párrs. 140 y 141).

42. El Magistrado Cançado Trindade concluye a este respecto que existe efectivamente una clara *opinio iuris communis* en cuanto a la ilegalidad y la prohibición de las armas nucleares, y que la supervivencia de la humanidad no puede supeditarse a la “voluntad” y la insistencia en salvaguardar “los intereses de seguridad nacionales” de un puñado de Estados privilegiados; la “conciencia jurídica universal está muy por encima de la ‘voluntad’ de cada Estado” (párr. 146).

43. Su siguiente línea argumental hace referencia a la ilegalidad de las armas nucleares y a la obligación de desar-

me nuclear (apartado XIII), y abarca los siguientes aspectos: a) la condena del desarrollo y el uso de todo tipo de armas de destrucción en masa; b) la prohibición de las armas nucleares (necesidad de aplicar un enfoque centrado en las personas y el derecho fundamental a la vida); c) las prohibiciones absolutas dimanantes del *ius cogens* y la humanización del derecho internacional; y d) los inconvenientes del positivismo jurídico. El Magistrado Cançado Trindade recalca la necesidad de aplicar un enfoque centrado en las personas en este ámbito, teniendo en cuenta el derecho fundamental a la vida (párrs. 172 a 185). Es preciso seguir centrando la atención en las consecuencias devastadoras y catastróficas del empleo de armas nucleares.

44. El Magistrado advierte de que, en el marco del proceso conducente al desarme nuclear, el destino de los pueblos del mundo no puede quedar supeditado al consentimiento individual de los Estados. Las prohibiciones absolutas de la privación arbitraria de la vida humana, de la imposición de tratos crueles, inhumanos o degradantes y de la imposición de sufrimientos innecesarios constituyen prohibiciones de *ius cogens* que se reflejan en el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional consuetudinario, lo que promueve el actual proceso histórico de *humanización* del derecho internacional (párrs. 186 a 189).

45. Asimismo, el Magistrado Cançado Trindade advierte de que la perspectiva positivista ignora indebidamente la *opinio iuris communis* relativa a la ilegalidad de todas las armas de destrucción en masa, incluidas las armas nucleares, así como la obligación de desarme nuclear, aspectos contemplados en el derecho internacional contemporáneo (párrs. 190 a 196). El derecho internacional convencional y el derecho internacional consuetudinario van de la mano —añade— por lo que se refiere a la protección de la persona, como se pone de manifiesto en la cláusula de Martens, lo cual repercute en la prohibición de las armas nucleares (párrs. 197 a 205).

46. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, la existencia de armas nucleares es la tragedia contemporánea de la era nuclear; hoy, más que nunca, los seres humanos necesitan protegerse de sí mismos. Las armas nucleares carecen de ética y esta no puede desvincularse del derecho, como nos enseñó el pensamiento iusnaturalista (apartado XV). El Magistrado realiza la siguiente reflexión:

“En el ámbito del desarme nuclear, hoy en día nos enfrentamos, dentro del universo conceptual del derecho internacional, a carencias inexplicables o anomalías, cuando no disparates. Por ejemplo, en nuestros tiempos existen afortunadamente convenciones (de 1972 y 1993) en las que se prohíben las armas biológicas y químicas, pero hasta la fecha no existe ninguna prohibición convencional integral de este tipo relativa a las armas nucleares, que son mucho más destructivas. Tal prohi-

bición no existe pese a que las armas nucleares atentan claramente contra las disposiciones del derecho internacional, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de las Naciones Unidas.

¿Tiene esto algún sentido? ¿Puede el derecho internacional prescindir de la ética? A mi entender, la respuesta es: no, en absoluto. Al igual que el derecho y la ética van de la mano (en consonancia con lo propugnado por el pensamiento iusnaturalista), el propio conocimiento científico tampoco puede disociarse de la ética. La producción de armas nucleares constituye un ejemplo del divorcio existente entre las consideraciones éticas y el progreso científico y tecnológico. De lo contrario, no se habrían diseñado armas capaces de aniquilar a millones de civiles inocentes y al conjunto de la humanidad.

Los principios de la *recta ratio*, que orientan la *lex praeceptiva*, emanan de la conciencia humana y afirman la existencia de una relación ineludible entre el derecho y la ética. Las consideraciones éticas deben orientar los debates sobre el desarme nuclear. Las armas nucleares, capaces de destruir a la humanidad en su conjunto, portan el mal en sí mismas. Dichas armas ignoran a la población civil y hacen caso omiso de los principios de necesidad, distinción y proporcionalidad. Asimismo, pasan por alto los principios humanitarios, no respetan en absoluto el derecho fundamental a la vida y constituyen herramientas completamente ilegales e ilegítimas rechazadas por la *recta ratio*, que dotó al *ius gentium*, en su evolución histórica, de fundamentos éticos y de su carácter universal” (párrs. 207 a 209).

47. En opinión del Magistrado Caçado Trindade, la humanidad es un sujeto de derechos (como propugnaban los “padres fundadores” del derecho internacional) en el ámbito del nuevo *ius gentium* humanizado y, como sujeto de derechos, la humanidad ha venido siendo víctima potencial de las armas nucleares desde hace ya mucho tiempo. Esta visión humanista se centra en los pueblos y tiene en cuenta los fines humanos de los Estados.

48. A juicio del Magistrado Caçado Trindade, no es posible abordar la tragedia contemporánea que representan las armas nucleares desde “la perspectiva miope del derecho positivo en exclusiva”; las armas nucleares y el resto de las armas de destrucción en masa carecen de ética y de fundamento alguno basado en el derecho internacional (derecho de gentes). Este tipo de armas atenta de manera flagrante contra los principios fundamentales de tal derecho y contra los del derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de las Naciones Unidas, además de constituir una manifestación contemporánea “del mal, en su perenne trayectoria cuyo origen se remonta al libro del Génesis”. El pensamiento iusnaturalista, “siempre abierto a las consideraciones éticas”, pone de relieve y desecha los efectos perjudiciales de la estrategia de “disuasión”,

de creación e imposición del miedo; “la humanidad es víctima de dicha estrategia” (párr. 213).

49. La siguiente línea argumental del Magistrado Caçado Trindade se centra en el *principio de humanidad* (párr. 221) y la aplicación de un enfoque universalista, en cuyo marco el *ius necessarium* supera las limitaciones del *ius voluntarium* (apartado XVI). El Magistrado recuerda que, en diversas ocasiones, ha subrayado en sus opiniones separadas emitidas en el marco de la CIJ —y, anteriormente, en el seno de otro tribunal internacional (la Corte Interamericana de Derechos Humanos)— lo siguiente:

“Desde su origen histórico en el siglo XVI, se consideró que el derecho internacional (derecho de gentes) abarcaba no solo a los Estados (que empezaban a surgir por aquel entonces), sino también a los pueblos, a la persona (a título individual o considerada en grupo) y a la humanidad en su conjunto. La perspectiva estrictamente interestatal se definió mucho más tarde a partir del surgimiento del reduccionismo de Vattel a mediados del siglo XVIII, que se puso de moda a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, con las desastrosas consecuencias conocidas por todos —las sucesivas atrocidades sufridas por los seres humanos y los pueblos en distintas regiones del mundo— que tuvieron lugar a lo largo de todo el siglo pasado. En la actual era nuclear, que abarca los siete últimos decenios, la humanidad en su conjunto se halla bajo amenaza” (párr. 219).

50. La obligación convencional y consuetudinaria de desarme nuclear —continúa señalando el Magistrado— pone de relieve otro aspecto:

“La cuestión de la validez de las normas jurídicas internacionales va, al fin y al cabo, más allá de lo estrictamente jurídico. El derecho internacional no puede permanecer indiferente a los valores, los principios generales del derecho y las consideraciones éticas; en primer lugar, debe determinar qué se *necesita* —por ejemplo, un mundo libre de armas nucleares— para garantizar la supervivencia de la humanidad. Esta noción del derecho es anterior al derecho internacional positivo y está en consonancia con el pensamiento iusnaturalista [...].

A la luz de la conciencia humana, resulta evidente que esas armas, capaces de aniquilar al conjunto de la humanidad, son ilícitas, están prohibidas y constituyen una vulneración manifiesta de lo contemplado en el *ius cogens*” (párrs. 227 a 229).

51. A continuación, el Magistrado Caçado Trindade aborda otros aspectos del asunto en cuestión mencionados por las partes en litigio en la presente causa, relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*, y señala que la *opinio iuris communis necessitatis*, sobre la que se sustenta la obligación consuetudinaria y convencional de desarme nuclear, se plasmó, en primer lugar, en las Confe-

rencias de Examen del TNP celebradas entre 1975 y 2015 (apartado XVII).

52. En segundo lugar, cabe señalar que lo mismo ocurrió con la correspondiente creación de las zonas libres de armas nucleares (apartado XVIII), medida que beneficia en última instancia a la humanidad en su conjunto (párr. 253). Sin duda, para la creación de esas zonas se tuvieron en cuenta los aspectos fundamentales de la humanidad mediante la aprobación en 1967 del Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (Tratado de Tlatelolco), a la que siguió la aprobación de otros cuatro tratados similares en distintas regiones del mundo, a saber: el Tratado sobre la Zona Desnuclearizada del Pacífico Sur (Tratado de Rarotonga), de 1985; el Tratado sobre la Zona Libre de Armas Nucleares de Asia Sudoriental (Tratado de Bangkok), de 1995; el Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en África (Tratado de Pelindaba), de 1996; y el Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en Asia Central (Tratado de Semipalatinsk), de 2006 (así como sus respectivos Protocolos).

53. La creación de esas zonas libres de armas nucleares constituye ciertamente un reflejo de la creciente desaprobación que la comunidad internacional en su conjunto manifiesta hacia las armas nucleares (párr. 246). A la creación de las cinco zonas citadas anteriormente cabe añadir otras iniciativas emprendidas contra este tipo de armas —continúa señalando el Magistrado Caçado Trindade—, por ejemplo, la prohibición del emplazamiento de armas nucleares y otros tipos de armas de destrucción en masa en el espacio ultraterrestre, en los fondos marinos y oceánicos y en el subsuelo más allá del límite exterior de la zona territorial de los fondos marinos, entornos “desnuclearizados” gracias al Tratado Antártico (1959), el Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre (1967) y el Tratado sobre los Fondos Marinos (1971), respectivamente, a los que puede sumarse el Acuerdo que Debe Regir las Actividades de los Estados en la Luna y Otros Cuerpos Celestes (1979), por el cual se estableció la desmilitarización completa de estos (párr. 257).

54. El hecho de que la comunidad internacional cuente actualmente con cinco zonas libres de armas nucleares, en relación con las cuales los Estados poseedores de armas nucleares tienen una responsabilidad especial, “pone de manifiesto un triunfo innegable de la recta razón, la *recta ratio* sobre la que se fundamenta el derecho internacional contemporáneo”. Además, la iniciativa de las zonas libres de armas nucleares sigue ganando terreno con claridad: en los últimos años, se han venido examinando diversas propuestas orientadas a crear nuevas zonas desnuclearizadas similares, además de la denominada zona en un solo Estado (por ejemplo, Mongolia). Todo esto “refleja el aumento de la desaprobación manifestada por la comunidad internacional en su conjunto hacia las armas nucleares, que, en vista de su enorme capacidad destructiva, atentan contra la recta razón (*recta ratio*)” (párr. 258).

55. Por último, en tercer lugar, cabe destacar que se ha producido una evolución similar de los acontecimientos con respecto a las recientes Conferencias sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares (apartado XIX) —celebradas, respectivamente, en Oslo (marzo de 2013), en Nayarit (febrero de 2014) y en Viena (diciembre de 2014)— cuya causa común consistía en lograr y mantener un mundo libre de armas nucleares. Esta reciente serie de Conferencias —analizada por el Magistrado Caçado Trindade— puso de relieve las consecuencias humanitarias de las armas nucleares y “volvió a situar la preocupación por los seres humanos y los pueblos en una posición central”; así pues, tales eventos “resaltaron la importancia de la dimensión humana que entrañaba la cuestión en su conjunto y procuraron despertar la conciencia de toda la comunidad internacional, además de mejorar la necesaria coordinación humanitaria en este ámbito” (párr. 261).

56. Habida cuenta de sus efectos devastadores, las armas nucleares jamás deberían haberse diseñado ni fabricado. En las Conferencias de Nayarit y Viena, los participantes escucharon los conmovedores testimonios de algunos *hibakusha* (supervivientes de los bombardeos atómicos de Hiroshima y Nagasaki), quienes relataron la terrible devastación causada a esas ciudades y a sus habitantes por las explosiones atómicas (en particular el fallecimiento de víctimas quemadas vivas, carbonizadas o vaporizadas, así como los efectos a largo plazo de la exposición a las radiaciones, entre ellos, el nacimiento de “bebés con rasgos monstruosos” y el sufrimiento causado por casos de “cáncer de tiroides, cáncer de hígado y todo tipo de enfermedades cancerosas radiogénicas”, cuyo Noero ha ido aumentando con los años y se ha saldado con la muerte de numerosos supervivientes a lo largo de 70 años) (párrs. 269 y 277).

57. Esta reciente serie de Conferencias sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares contribuyó a aumentar la comprensión de las consecuencias y los riesgos de las detonaciones nucleares y demostró los devastadores efectos, tanto inmediatos como a mediano y largo plazo, de la utilización y el ensayo de armas nucleares; tales eventos se centraron en mayor medida en el marco jurídico (y sus correspondientes lagunas) en relación con las armas nucleares (párrs. 280, 281 y 283 a 287). Como parte de la lucha contra este tipo de armas y a raíz de la Conferencia de Viena, se formuló el denominado “Compromiso Humanitario”, que, en abril de 2016, contaba con el respaldo oficial de 127 Estados (párrs. 288 a 290).

58. Llegado a este punto, el Magistrado Caçado Trindade concluye, con respecto a estas iniciativas recientes (véase lo expuesto con anterioridad), lo siguiente:

“[Dichas iniciativas] han puesto de relieve acertadamente las graves consecuencias humanitarias de las detonaciones de armas nucleares. El replanteamiento de la cuestión en su conjunto desde un enfoque centrado en las personas me parece una

solución especialmente lúcida y necesaria, teniendo en cuenta la falta de fundamento de la estrategia de ‘disuasión’ y las consecuencias catastróficas de la utilización de armas nucleares. [...]

Habida cuenta de que la obligación de desarme nuclear constituye una obligación de resultado, la aplicación de un enfoque ‘gradual’ no puede prorrogarse indefinidamente, pues supone empecinarse en que la espada nuclear de Damocles siga pendiendo sobre nuestras cabezas. El enfoque ‘gradual’ no ha dado ningún resultado concreto importante hasta la fecha y parece hacer caso omiso de los numerosos pronunciamientos de las Naciones Unidas que respaldan la obligación de desarme nuclear (véase lo señalado anteriormente). Al fin y al cabo, la prohibición absoluta de las armas nucleares, que engloba múltiples aspectos, constituye una prohibición de *ius cogens* (véase lo señalado anteriormente). Dichas armas, según se puso de manifiesto en las Conferencias sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares, son esencialmente inhumanas, lo que hace que la estrategia de ‘disuasión’ carezca de fundamento y resulte insostenible” (párrs. 291 y 292).

59. Además, las iniciativas examinadas en la presente opinión disidente (las Conferencias de Examen del TNP, la creación de zonas libres de armas nucleares y las Conferencias sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares) —a las que las partes en litigio hicieron referencia en el transcurso del proceso llevado a cabo ante la CIJ en el marco de la causa relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*— “trascendieron la perspectiva interestatal”. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, “existe una gran necesidad, en este ámbito, de seguir mirando más allá de los Estados y atender a la lucha por la supervivencia de los pueblos y la humanidad en nuestros tiempos” (párr. 295).

60. Tras recordar que las armas nucleares “han estado vinculadas, desde sus orígenes, con una capacidad de destrucción abrumadora” (párr. 296), el Magistrado Cançado Trindade pasa a exponer su análisis final (apartado XX). A su entender, la *opinio iuris communis* —a cuya generación han contribuido las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas— tiene una dimensión mucho más amplia que la del elemento subjetivo de la costumbre y constituye un aspecto fundamental en el surgimiento de un derecho de conciencia orientado a librar al mundo de la amenaza inhumana que suponen las armas nucleares.

61. Las resoluciones de las Naciones Unidas (tanto las de la Asamblea General como las del Consejo de Seguridad) se aprueban en nombre de la propia Organización (y no solo en nombre de los Estados que hayan votado a favor de ellas); por lo tanto, resultan válidas para *todos* los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Entre los órganos principales

de las Naciones Unidas, cabe destacar el papel desempeñado por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y el Secretario General, cuyas aportaciones a la cuestión del desarme nuclear han sido constantes y notables a lo largo de los años. La CIJ, como principal órgano judicial de las Naciones Unidas, debe tener en cuenta las consideraciones fundamentales de humanidad, pues influyen en las cuestiones de admisibilidad y competencia, así como en las relacionadas con el derecho sustantivo.

62. La *opinio iuris* cuenta ya con una larga trayectoria en el pensamiento jurídico y goza actualmente de una amplia dimensión. Ya en el siglo XIX, la denominada “escuela histórica” del pensamiento jurídico y la filosofía del derecho, “en respuesta a la concepción voluntarista, desechó paulatinamente la ‘voluntad’ de los Estados, desviando la atención hacia la *opinio iuris* y exigiendo que la práctica constituyese una expresión auténtica de la ‘conciencia jurídica’ de las naciones y los pueblos”. Con el paso del tiempo, el reconocimiento del predominio de la conciencia sobre la “voluntad” fue afianzándose, como “reacción ante la reticencia de algunos Estados a acatar las normas relativas a asuntos de interés general o común para la comunidad internacional” (párr. 299). El Magistrado Cançado Trindade añade lo siguiente:

“La *opinio iuris* se convirtió en un elemento fundamental para la propia *formación* del derecho internacional, un *derecho de conciencia*. Esto redujo la influencia unilateral de los Estados más poderosos, fomentando la creación de un derecho internacional en beneficio del interés público y en aras del bien común de la comunidad internacional en su conjunto.

Se pasó a considerar que los fundamentos del ordenamiento jurídico internacional eran elementos independientes de la ‘voluntad’ de cada Estado y que la trascendían; la *opinio iuris communis* vino a constituir la expresión de la ‘conciencia jurídica’, ya no solo de las naciones y los pueblos —como sostuvo en el pasado la ‘escuela histórica’—, sino de la comunidad internacional en su conjunto, iniciándose con ello el camino hacia la universalización del derecho internacional. A mi juicio, es este derecho internacional de conciencia el que se inclina en particular por el desarme nuclear en aras de la supervivencia de la humanidad” (párrs. 300 y 301).

63. El Magistrado Cançado Trindade recuerda además que, a lo largo de los años, ha repudiado sistemáticamente el “positivismo voluntarista”, como hace en la presente opinión disidente, con respecto a “la obligación internacional consuetudinaria y convencional de poner fin a la producción de armas nucleares”, con el fin de “librar al mundo de su inhumana amenaza” (párrs. 303 a 305). A continuación, realiza la siguiente reflexión sobre las resoluciones de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas relativas al asunto que nos ocupa y analizadas en la presente opinión:

“[Tales resoluciones] se aprueban, no en nombre de los Estados que votaron a favor de ellas, sino más concretamente en nombre de la propia Organización (de sus respectivos órganos), por lo que resultan *válidas para todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas*. [...] Las Naciones Unidas están dotadas de personalidad jurídica internacional propia, lo que les permite actuar en el plano internacional como entidad autónoma, independiente de cada uno de los Estados Miembros; de este modo, defienden la igualdad jurídica de todos los Estados y mitigan la preocupante vulnerabilidad de aquellos Estados objetivamente más débiles, como los Estados no poseedores de armas nucleares; en este sentido, persiguen —a través del multilateralismo— el bien común y el logro de los objetivos comunes de la comunidad internacional en su conjunto, entre ellos el desarme nuclear.

No es posible que un pequeño grupo de Estados —como los Estados poseedores de armas nucleares— ignore o minimice la importancia de esas resoluciones aprobadas reiteradamente, cuya vigencia se ha prolongado a lo largo del tiempo, simplemente por haber votado en contra de ellas o haberse abstenido en su votación. Una vez aprobadas, dichas resoluciones son válidas para todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Se trata de resoluciones de la propia Organización y no solo de la gran mayoría de sus Estados Miembros que votaron a favor de ellas.

Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, donde se abordan reiteradamente asuntos que preocupan a la humanidad en su conjunto (como las armas nucleares existentes), gozan en mi opinión de valor normativo y no puede otorgárseles la debida consideración desde una perspectiva voluntarista del Estado, sino que exigen la aplicación de un enfoque diferente que se aleje de un planteamiento estrictamente voluntarista-positivista” (párrs. 306 y 307).

64. Esas resoluciones —continúa señalando— “se inspiran en los principios generales del derecho internacional, que, por su parte, reflejan los valores y las aspiraciones de la comunidad internacional en su conjunto, de toda la humanidad”. Los valores plasmados en estos *prima principia* “constituyen la fuente de inspiración de todos los ordenamientos jurídicos y, en última instancia, sus fundamentos” (párr. 308). En opinión del Magistrado Caçado Trindade, los principios generales del derecho (*prima principia*) tienen la siguiente función:

“Confieren al ordenamiento jurídico (tanto nacional como internacional) su ineludible dimensión axiológica. No obstante, el positivismo jurídico y el ‘realismo’ político, debido a su característica subordinación al poder, incurrir en el error fundamental de minimizar esos principios, que constituyen los fundamentos de cualquier sistema jurídico y sustentan y definen las normas y las medidas adoptadas en virtud de ellos, con el obje-

tivo de lograr que se haga justicia. Siempre que se han minimizado esos principios, las consecuencias han sido desastrosas” (párr. 309).

65. En los últimos decenios, dichos principios han contribuido a generar un vasto *corpus iuris* sobre asuntos que atañen a la comunidad internacional en su conjunto y han permitido superar el tradicional paradigma interestatal del ordenamiento jurídico internacional. Este hecho ya no puede ignorarse en nuestros tiempos: el mecanismo interestatal por el que la CIJ resuelve los contenciosos “no puede utilizarse para justificar una argumentación basada en un punto de vista interestatal”. Como “principal órgano judicial” de las Naciones Unidas, la CIJ tiene la siguiente obligación:

“La CIJ ha de tener en cuenta no solo a los Estados, sino también a ‘nosotros, los pueblos’, en cuyo nombre se aprobó la Carta de las Naciones Unidas. En las sentencias internacionales dictadas en relación con los contenciosos que se le someten, como es el caso de la presente causa relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*, la CIJ debe tener en cuenta las consideraciones fundamentales de humanidad y su correspondiente repercusión en las cuestiones de admisibilidad y competencia, así como en las del derecho sustantivo” (párr. 310).

66. Por último, pero no por ello menos importante, el Magistrado Caçado Trindade manifiesta en su epílogo (apartado XXI) la impresión de hallarse en paz con su propia conciencia, al exponer los fundamentos de su propia postura personal en la causa en cuestión, que “se opone de manera clara y absoluta a la opinión respaldada por la mayoría de la Corte”. A su entender, se da la siguiente circunstancia:

“Se ha sometido una controversia a la Corte, que tiene competencia para pronunciarse sobre la causa. Existe una obligación de desarme nuclear dimanante del derecho internacional tanto convencional como consuetudinario. La Corte únicamente podría dictaminar si ha habido un incumplimiento concreto de esta obligación en la fase de examen del fondo de la presente causa” (párr. 311).

67. La postura disidente del Magistrado Caçado Trindade “se basa no solo en la evaluación de los alegatos formulados ante la Corte por las partes en litigio, sino, sobre todo, en cuestiones de principio y en valores fundamentales que considero aún más importantes” (párr. 316). En conclusión —añade— “un mundo en el que existen arsenales de armas nucleares, como es el nuestro, está destinado a destruir su pasado, supone una peligrosa amenaza en el presente y carece de todo futuro. Las armas nucleares allanan el camino hacia la nada” (párr. 331). El Magistrado opina, además, lo siguiente:

“La Corte Internacional de *Justicia*, como principal órgano judicial de las Naciones Unidas que es, debería

haber mostrado en el presente fallo más sensibilidad al respecto y haber intervenido en el debate sobre un asunto que constituye una de las principales preocupaciones de la comunidad internacional más vulnerable y, ciertamente, de la humanidad en su conjunto” (párr. 327).

### Declaración de la Magistrada Xue

La Magistrada Xue vota a favor del fallo porque está de acuerdo con la decisión de la Corte de desestimar la causa por falta de competencia. A pesar de ello, desea formular dos observaciones sobre dicho fallo.

La primera de ellas guarda relación con el enfoque adoptado por la Corte para determinar la existencia de controversia. En el fallo, la Corte considera que las pruebas que se presentaron no demostraban que existiese controversia entre las partes en relación con el objeto de la demanda cuando las Islas Marshall incoaron el proceso y, por consiguiente, no se cumple la condición que le otorga competencia. La Corte llega a esta conclusión basándose principalmente en que, en ningún momento, las Islas Marshall facilitaron información detallada alguna al Reino Unido, ya fuese verbalmente o mediante su comportamiento, que hiciera posible que este último país tuviese conocimiento de que las Islas Marshall habían presentado una demanda judicial contra él por el incumplimiento de su obligación internacional de negociar en materia de desarme nuclear.

La Magistrada Xue señala que la Corte no aborda las demás excepciones planteadas por la parte demandada, sino que desestima la causa basándose únicamente en la constatación de la inexistencia de controversia entre las partes en el momento de interponerse la demanda. Por lo tanto, cabe esperar que surjan interrogantes sobre la conveniencia de aplicar este enfoque formal y restrictivo. Habida cuenta del ejercicio de flexibilidad judicial realizado por la Corte en el pasado al abordar defectos de procedimiento, resulta discutible que la inexistencia de controversia entre las partes en el momento de interponerse la demanda pueda constituir por sí sola un fundamento sólido para que la Corte desestime la causa; las Islas Marshall podrían volver a presentar inmediatamente una nueva demanda con el mismo propósito, dado que, sin duda, la controversia se habrá afianzado a estas alturas. Por economía judicial, las circunstancias actuales parecen exigir realismo y flexibilidad.

El apoyo de la Magistrada Xue a la decisión de la Corte obedece a tres motivos. En primer lugar, a su juicio, debe existir un requisito mínimo por el que se exija a la parte demandante que demuestre a la Corte la existencia de controversia entre las partes antes de incoar la causa. Las pruebas presentadas por las Islas Marshall a tal efecto son claramente insuficientes. Dicho país se basa en gran medida en las posturas defendidas por las partes durante el presente proceso para demostrar que la reivindicación de una de ellas se enfrenta a la oposición manifiesta de la otra. Como señala la

Corte, si se aceptase ese argumento, la condición de la existencia de controversia quedaría prácticamente despojada de todo valor y significado. Más aún: en opinión de la Magistrada, se socavaría la confianza de los Estados en la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte.

En segundo lugar, aunque la notificación y las conversaciones diplomáticas previas no constituyan un requisito para determinar la existencia de controversia, debería desalentarse la litigación “por sorpresa”. Todos los medios de solución pacífica, incluidos los recursos judiciales, están orientados a resolver las controversias. Siempre que las circunstancias lo permitan, la demostración clara de la interposición de una demanda judicial a la parte responsable facilitará el proceso de negociación y solución. La Corte podrá tener en cuenta la conducta de las partes posterior a la presentación de la demanda como prueba adicional para certificar tanto su competencia como la admisibilidad, si bien la flexibilidad judicial habrá de ejercerse dentro de unos límites razonables.

En tercer lugar, la competencia de la Corte se basa en la reciprocidad. La presente causa difiere de las causas anteriores en que la Corte aplicó un enfoque flexible al abordar ciertos defectos de procedimiento. La Magistrada Xue observa que las Islas Marshall no incoaron el proceso simplemente para proteger sus propios intereses, pese a ser un país perjudicado por las armas nucleares. La causa atiende más bien al interés de la comunidad internacional. Si bien la Corte reconoció la existencia de obligaciones *erga omnes* dimanantes del derecho internacional en la causa relativa a la empresa *Barcelona Traction (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España))* (segunda fase), fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 32, párr. 33), no abordó la cuestión de la legitimación para emprender acciones (*locus standi*), aún pendiente de tomar cuerpo en el derecho internacional.

En cuanto a su segunda observación, la Magistrada Xue lamenta enormemente que la Corte deje de abordar algunas de las demás excepciones planteadas por la parte demandada. El Reino Unido alega, entre otras cuestiones, que, sobre la base del denominado “principio del *Oro amonedado*”, la Corte no puede pronunciarse sobre la presunta controversia en ausencia del resto de los Estados poseedores de armas nucleares. Además, sostiene que la supuesta obligación de negociar exige la participación de todos los Estados poseedores de armas nucleares, así como la de otros Estados. Por consiguiente, una decisión vinculante para las Islas Marshall y el Reino Unido no podría surtir el efecto deseado.

En opinión de la Magistrada, estas excepciones merecen un análisis inmediato por parte de la Corte en la fase preliminar, ya que la respuesta al respecto tendría una repercusión directa en la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda. De haber actuado así, la Corte estaría en mejor posición para demostrar que, en lo que respecta a las cuestiones de competencia y admisibilidad, la demanda de las Islas Marshall no adolecía de un único defecto de procedimiento.

La Magistrada Xue recuerda la opinión consultiva emitida por la Corte sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, en la que se afirmó que “cualquier aspiración al desarme general y completo, en especial al desarme nuclear, pasaba por la cooperación de *todos los Estados*” (*Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 264, párr. 100; sin cursiva en el original) y que la obligación dimanante del Artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares no constituía una mera obligación de comportamiento, sino la obligación de lograr un resultado concreto.

La Magistrada Xue observa que han transcurrido 20 años desde la emisión de aquella opinión consultiva y que se ha producido un fracaso colectivo, pero que la cuestión que se plantea en la presente causa es si ese fracaso puede traducirse en una serie de controversias bilaterales que puedan abordarse por separado. La Magistrada se pregunta si ese posible desacuerdo existente entre algunos Estados poseedores de armas nucleares, por un lado, y los Estados no poseedores de armas nucleares, por otro, en torno al cese de la carrera de armamentos nucleares y el proceso de negociación sobre el desarme nuclear puede considerarse una controversia en el sentido de lo dispuesto en los Artículos 36 y 38 del Estatuto. Asimismo, se pregunta si correspondería a la Corte resolver una controversia semejante mediante un proceso contencioso, suponiendo que dicha controversia ya existiese en el momento de interponerse la demanda o se hubiera afianzado posteriormente. En su opinión, la Corte hace demasiado hincapié en la manera en que puede materializarse una controversia, pero no presta suficiente atención a la naturaleza de la que, según alegan las Islas Marshall, existía entre este país y el Reino Unido.

### Declaración de la Magistrada Donoghue

La Magistrada Donoghue señala que los criterios en virtud de los cuales la Corte dictamina la existencia de controversia no figuran en su Estatuto, sino en la argumentación de los fallos de la Corte. Esto exige aclarar dichos criterios para su aplicación sistemática. La Magistrada Donoghue considera que la investigación de la Corte sobre la existencia de controversia reflejada en el presente fallo sigue el razonamiento expuesto en la jurisprudencia reciente de dicho órgano.

En cuanto a la afirmación de las Islas Marshall de que las declaraciones antagónicas formuladas por las partes durante el proceso ante la Corte pueden bastar para establecer la existencia de controversia, la Magistrada Donoghue considera que, en sus fallos dictados recientemente, la Corte no ha determinado la existencia de controversia basándose únicamente en las declaraciones de las partes ante ella, sino que se ha atenido al principio de que las pruebas deben demostrar que existía una controversia en la fecha de interposición de la demanda, tal como está haciendo en la presente causa.

Con respecto al argumento de las Islas Marshall relativo a la necesidad de que la Corte deduzca la existencia de controversia de la yuxtaposición de las declaraciones de este país y la conducta de la parte demandada, la Magistrada Donoghue observa que la norma objetiva aplicada en este caso para analizar las pruebas es coherente con la jurisprudencia reciente de la Corte. La cuestión esencial radica en dilucidar si las declaraciones de la parte demandante hacían referencia al objeto de la demanda interpuesta contra la parte demandada —es decir, “la cuestión sometida a la Corte” en la demanda— con la claridad suficiente para que esta última parte “supiese o no pudiese ignorar” lo que la parte demandante le reclamaba. Dado que no fue así, no había motivo alguno para esperar una respuesta de la parte demandada ni para que la Corte pudiese deducir la existencia de antagonismo de la presunta conducta invariable de dicha parte. Por consiguiente, cabe concluir que no existían opiniones antagónicas, ni controversia alguna, en la fecha de interposición de la demanda.

### Declaración del Magistrado Gaja

Tras haber concluido que no existía ninguna controversia entre las partes en la fecha en que se interpuso la demanda, la Corte decidió no examinar las demás excepciones planteadas por los Estados demandados. Dado el surgimiento evidente de controversias a partir de esa fecha, habría sido preferible que la Corte examinase también otras excepciones formuladas por los Estados demandados, que probablemente volverán a ser objeto de litigio si las Islas Marshall presentan nuevas demandas.

### Opinión separada de la Magistrada Sebutinde

El objeto y propósito de la Carta de las Naciones Unidas es el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y es este objeto y propósito el que guía la labor de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), como principal órgano judicial de las Naciones Unidas, en el cumplimiento de su mandato de dirimir las controversias interestatales sobre la base del derecho internacional. La importancia de tal objeto y propósito de las Naciones Unidas se pone de manifiesto ante la amenaza para la paz y la seguridad internacionales que plantean las armas nucleares.

El objeto de la controversia entre las partes es el presunto incumplimiento por el Reino Unido de la obligación internacional derivada del Artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares y del derecho internacional consuetudinario de celebrar de buena fe y concluir negociaciones encaminadas a lograr el desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un control internacional estricto y eficaz. Tanto la República de las Islas Marshall como el Reino Unido formularon declaraciones en virtud de la cláusula facultativa del Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la CIJ, en los años 2013 y 2004 respectivamente, en las que aceptaban

la jurisdicción obligatoria de la Corte. Sin embargo, la existencia de controversia constituye un requisito previo para el ejercicio de esa jurisdicción.

Corresponde a la Corte (y no a las partes) la función de determinar objetivamente si, en el momento en que se interpuso la demanda, existía “un desacuerdo sobre un aspecto de derecho o de hecho o bien un conflicto de opiniones jurídicas o intereses” entre dichas partes en relación con el asunto mencionado anteriormente. La jurisprudencia de la Corte demuestra que esta ha adoptado, en el ejercicio de tal función, un enfoque flexible que concede más importancia al contenido de las pruebas, incluida la conducta de las partes, que a las cuestiones de forma o de procedimiento. El enfoque y el razonamiento utilizados por la mayoría para concluir la inexistencia de controversia entre las partes en la presente causa no solo se basan exclusivamente en aspectos formales y de procedimiento, sino que también resultan inflexibles en la medida en que no tienen debidamente en cuenta la conducta de las partes. La aplicación de un enfoque sustantivo más flexible, que analizase la conducta de las partes como prueba pertinente, habría demostrado que la República de las Islas Marshall y el Reino Unido mantenían claramente opiniones antagónicas en relación con el objeto de la presente controversia.

Por último, al insistir en que, para determinar la existencia de controversia, la parte demandante debe demostrar que el Estado demandado “sabía o no podía ignorar que dicha parte había expresado una oposición manifiesta a su punto de vista”, la mayoría ha introducido un nuevo criterio jurídico ajeno a la jurisprudencia establecida por la Corte que eleva indebidamente el umbral de prueba. Además de hacer hincapié inadecuadamente en la forma en detrimento del contenido, este nuevo criterio jurídico de “conocimiento” introduce cierto grado de subjetividad en una ecuación en la que debería mantenerse la objetividad, al exigir que tanto la parte demandante como la Corte penetren en la mente del Estado demandado. La jurisprudencia en que se basa la mayoría para adoptar este nuevo criterio no es aplicable a la presente causa.

### Opinión separada del Magistrado Bhandari

En su opinión separada, el Magistrado Bhandari reitera su acuerdo con las conclusiones del fallo dictado por mayoría. No obstante, desea desarrollar los fundamentos de la argumentación del fallo y se propone abordar otro aspecto de la presente causa, a saber, que la Corte debería haber analizado las demás excepciones preliminares formuladas por el Reino Unido, dado que las cuestiones planteadas en la causa afectan no solo a las partes, sino a toda la humanidad.

El Magistrado Bhandari afirma que, de conformidad con el Estatuto y la jurisprudencia de la Corte, esta únicamente podía ejercer su jurisdicción en caso de controversia entre las partes. Por tanto, lo que debe dilucidarse es si, a

través de los documentos, las alegaciones y la conducta de las partes, se puede determinar la existencia de controversia entre ellas en el momento de interponerse la demanda con arreglo a lo dispuesto en los instrumentos jurídicos aplicables y la jurisprudencia de la Corte. A continuación, el Magistrado hace referencia a las disposiciones pertinentes del Estatuto (Artículos 36, párrafo 2, y 38, párrafo 1), así como a la definición del término “controversia”. Posteriormente, recuerda que, para determinar la existencia de controversia, la Corte analizó con detalle las conversaciones diplomáticas, los documentos y las declaraciones de las partes (*Georgia c. Federación de Rusia y Bélgica c. Senegal*) a fin de establecer si existía “un desacuerdo sobre un aspecto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o intereses” (*Concesiones Mavrommatis en Palestina*). Con arreglo a las causas relativas a *África Sudoccidental*, el criterio para determinar la existencia de controversia consiste en que la reivindicación de una de las partes se enfrente a la oposición manifiesta de la otra.

En su opinión separada, el Magistrado Bhandari dictamina que, en virtud de la aplicación del Estatuto y la jurisprudencia de la Corte, y a la luz de los documentos y alegatos presentados ante ella, no cabe sino concluir que no existe controversia alguna entre las partes y que, por consiguiente y sobre la base de los hechos expuestos, la Corte carece de competencia para conocer de la presente causa. El fallo de la mayoría, en lugar de analizar detenidamente estos aspectos, se centra sobre todo en el desconocimiento de la controversia latente por la parte demandada.

La Corte tiene libertad para elegir cualquier excepción preliminar al examinar su propia competencia y, en este sentido, suele optar por la más “directa y concluyente” (véase la causa relativa a *Ciertos empréstitos noruegos*). En la causa que nos ocupa, al esgrimir el desconocimiento por la parte demandada como motivo principal para desestimar la demanda, la Corte no ha optado por el fundamento más “directo y concluyente” de tal decisión, ya que la parte demandante puede subsanar fácilmente dicho desconocimiento mediante la debida notificación de la controversia a la parte demandada. En ese caso, la parte demandante podría simplemente volver a interponer una demanda ante la Corte, lo que sería un resultado no deseado y debería desalentarse. Las partes ya han presentado documentos, alegaciones y pretensiones *in extenso*. En vista de los hechos de la presente causa, la Corte debería haber analizado las demás excepciones preliminares. De lo contrario, la posible reapertura de la causa supondría el malgasto de los esfuerzos, el tiempo y los recursos que tanto las partes como la Corte han invertido ya en abordar este asunto.

Por consiguiente, el Magistrado Bhandari considera en su opinión separada que, ante los hechos de la presente causa, la Corte debería haber examinado el resto de las excepciones preliminares formuladas por la parte demandada, a saber: la falta de competencia por la ausencia en el proceso

de partes fundamentales (“principio del *Oro amonedado*”), el hecho de que las declaraciones hechas por las partes en virtud de la cláusula facultativa excluyen la reivindicación de las Islas Marshall y el hecho de que dicha reivindicación queda fuera de la función judicial de la Corte y que, por tanto, esta debería negarse a ejercer su competencia para pronunciarse sobre ella. Concretamente en relación con el “principio del *Oro amonedado*”, cabe recordar que, en su opinión consultiva de 1996 sobre las armas nucleares, la Corte consideró que cualquier iniciativa realista en pro del desarme general y completo requería la cooperación de todos los Estados. En definitiva, se trata de excepciones preliminares de carácter trascendental con respecto a las cuales la Corte debería haberse pronunciado.

### Opinión disidente del Magistrado Robinson

El Magistrado Robinson está en desacuerdo con la conclusión mayoritaria de que no existe controversia alguna en la presente causa.

La Carta de las Naciones Unidas ha asignado a la Corte un papel especial que le confiere una relevancia singular en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales a través del ejercicio de sus funciones judiciales. La decisión adoptada hoy por la mayoría no tiene en cuenta este papel.

La jurisprudencia de la Corte es coherente en cuanto al enfoque que ha de aplicarse para determinar la existencia de controversia, enfoque que no se refleja en el presente fallo. Según dicha jurisprudencia, debe adoptarse un planteamiento objetivo, flexible y pragmático para dictaminar si existe controversia. Uno de los principios consolidados en dicha jurisprudencia es que el surgimiento de una controversia tiene lugar cuando, en virtud de un análisis objetivo, se determina que existen “opiniones claramente antagónicas sobre la cuestión del cumplimiento o incumplimiento” de las obligaciones de un Estado (*Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania* (primera fase), opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 74). No hay un solo caso en la jurisprudencia de la Corte que legitime el planteamiento mayoritario de que, para determinar la existencia de controversia, es preciso constatar que la parte demandada tenía conocimiento de que la parte demandante había expresado una oposición manifiesta a su punto de vista. Si bien ese conocimiento puede constituir una prueba de la existencia de controversia, su consideración de requisito previo para determinar tal circunstancia supone desviarse de la investigación empírica y pragmática que la Corte tiene la obligación de llevar a cabo: una investigación centrada simplemente en dilucidar si las pruebas revelan o no la existencia de opiniones manifiestamente antagónicas.

La mayoría malinterpreta asimismo el sentido estricto de sus *dicta* y su propia jurisprudencia al concluir que las pruebas posteriores a la interposición de la demanda pueden servir simplemente para confirmar la existencia de contro-

versia. El enfoque aplicado por la Corte a esta cuestión ha sido menos categórico e inflexible de lo que la mayoría pretende insinuar. La Corte ha otorgado una importancia considerable a las declaraciones formuladas durante el proceso, en particular a la negación de las acusaciones por parte del Estado demandado, no solo para confirmar, sino también para determinar la existencia de controversia. Ello es completamente coherente con el enfoque flexible y pragmático que constituye la seña de identidad de la jurisprudencia de la Corte en esta materia. Sería más adecuado abordar la cuestión de la posibilidad de reacción de la parte demandada como aspecto relacionado con las garantías procesales, en lugar de como elemento del criterio determinante de la existencia de controversia.

Otro motivo para rechazar la decisión de la mayoría es que contraviene el principio de la buena administración de justicia, en el que la Corte ha hecho hincapié en más de una ocasión. La Corte se pronunció en contra de la aplicación de un enfoque conducente a lo que denominaba la “proliferación innecesaria de procesos” (*Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2008*, pág. 443, párr. 89). Una consecuencia peculiar del fallo dictado por mayoría es que, habida cuenta del fundamento de la desestimación de la demanda, la parte demandante podría, en teoría, presentar una nueva demanda contra la parte demandada.

Los hechos de la presente causa revelan la existencia de controversia entre ambas partes. Aunque el Magistrado Robinson está en desacuerdo con la postura mayoritaria y considera que el conocimiento no constituye un requisito previo para poder constatar la existencia de controversia, resulta difícil concluir que la parte demandada “no pudiese ignorar” el antagonismo existente entre las opiniones de las partes.

El presente dictamen por mayoría supone añadir un obstáculo injustificado en el recorrido de las posibles demandas que lleguen a examinarse en cuanto al fondo. Ello menoscaba la capacidad de la Corte para desempeñar su papel como órgano permanente de solución pacífica de controversias y, a través de esta función, como agente que contribuye de manera decisiva al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Esta conclusión resulta aún más reveladora si atendemos al objeto de la controversia sometida hoy a la Corte.

### Opinión disidente del Magistrado Crawford

El Magistrado Crawford está en desacuerdo con que la mayoría haya aplicado el denominado criterio del “conocimiento objetivo” para determinar la existencia de controversia. Dicho requisito jurídico no está contemplado en modo alguno en la jurisprudencia de la Corte. Resulta difícil diferenciar el criterio del conocimiento objetivo del requisito de notificación oficial, cuya validez había rechazado la Corte.

Por otro lado, esta se ha mostrado tradicionalmente flexible a la hora de determinar la existencia de controversia. Si bien el Magistrado Crawford conviene en la necesidad, en principio, de que la controversia exista en el momento de interponerse la demanda, la constatación de tal controversia puede basarse, entre otras cosas, en conductas o pruebas posteriores a la presentación de dicha demanda, incluidas las declaraciones de las partes durante el proceso.

Además de estar en desacuerdo con la interpretación del derecho realizada por la Corte, el Magistrado Crawford discrepa en cuanto a su aplicación a los hechos. En concreto, la controversia en cuestión debería haberse definido como una controversia multilateral, basándose en la causa relativa al *África Sudoccidental* (excepciones preliminares) como fundamento para afirmar la posibilidad de que dicha controversia se plasmasse en foros multilaterales con la participación de múltiples Estados. En opinión del Magistrado, existía, al menos, una controversia incipiente entre la parte demandante y la demandada en la fecha de interposición de la demanda, habida cuenta de que las Islas Marshall habían tomado partido en el desacuerdo multilateral con los Estados poseedores de armas nucleares.

Dado que, en la fecha de interposición de la demanda, existía una controversia entre las Islas Marshall y la parte demandada en cuanto al cumplimiento por esta última de lo dispuesto en el Artículo VI del TNP, o de las disposiciones equivalentes del derecho internacional consuetudinario, era innecesario analizar si podía o debía subsanarse alguna deficiencia ejerciendo la facultad discrecional prevista en *Mavrommatis*, de acuerdo con lo señalado recientemente en la causa *Croacia c. Serbia*.

El Magistrado Crawford hace referencia también a una de las restantes excepciones de competencia y admisibilidad planteadas por la parte demandada: el denominado “principio del Oro amonedado”. En su opinión, se trata de una cuestión cuyo análisis corresponde a la fase de examen del fondo del asunto. La necesidad de que la Corte se pronuncie sobre los derechos y las obligaciones de terceras partes en la controversia, como requisito previo para su solución, depende, entre otras cosas, del alcance y la aplicación de las disposiciones del Artículo VI del TNP o de cualquier obligación paralela dimanante del derecho internacional consuetudinario.

## Opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Bedjaoui

### I. Introducción

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui votó en contra de la parte dispositiva del fallo de la Corte en la causa que enfrentaba a las Islas Marshall con el Reino Unido. El Magistrado considera que sí existe una controversia entre las Islas Marshall y la parte demandada y señala que, si bien la Corte siempre se ha atenido a una definición general estándar del concepto de controversia jurídica, no ha mostrado el mismo grado de coherencia en los criterios elegidos para determinar la exis-

tencia de dicha controversia. La desviación más significativa de su jurisprudencia puede apreciarse en el fallo de 1 de abril de 2011 en la causa *Georgia c. Federación de Rusia*, que posteriormente se mantuvo en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar*.

### II. Una jurisprudencia tradicionalmente menos formalista

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui sostiene que el enfoque actual de la Corte, gravemente menoscabado por cierto grado de formalismo, bien podría considerarse una desviación de su jurisprudencia tradicional.

Asimismo, alude a la claridad y la creatividad de la Corte en el ejercicio de sus funciones tanto consultivas como conciliatorias. Dicho órgano ha logrado no dejarse condicionar por el texto de la Carta de las Naciones Unidas y las lagunas del derecho internacional. El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui expone un resumen breve y sencillo de la jurisprudencia de la Corte, mostrando su tristeza por la impresión que pueda transmitir la decisión adoptada hoy en la presente causa.

En su opinión, resulta más imprescindible que nunca que la Corte intente aclarar el criterio empleado para determinar la existencia de controversia, puesto que se trata de una cuestión fundamental de la que dependen directamente tanto su competencia como el ejercicio de esta. Es esencial que la Corte se muestre más coherente al definir los principios orientados a establecer la existencia de controversia y aplicarlos a cada caso concreto. De lo contrario, se suscita incertidumbre jurídica entre los Estados y cierto grado de confusión entre los lectores, ya que ninguno de ellos sabe por qué algunos casos cuentan con el beneficio de la comprensión de la Corte y otros no.

Además de esta primera obligación de coherencia, el Magistrado *ad hoc* Bedjaoui considera que la Corte debe también evitar el anquilosamiento. La responsabilidad de aplicar racionalmente los criterios no impide mantener al mismo tiempo la receptividad ante el carácter cambiante de los problemas mundiales; no se trata en modo alguno de que la Corte acepte toda idea nueva, sino de saber cuándo y cómo limitar o, en su defecto, ampliar el ámbito de aplicación de los criterios que constituyen el fundamento de los fallos dictados en las causas relativas a las *Concesiones Mavrommatis en Palestina* y al *África Sudoccidental* y, sobre todo, de explicar en cada ocasión por qué es necesario priorizar la flexibilidad o el formalismo en un determinado caso.

A juicio del Magistrado *ad hoc* Bedjaoui, el mayor peligro sigue siendo, por el momento, el exceso de formalismo, especialmente cuando, como ocurre en la presente causa, se combina con una jurisprudencia que no goza de claridad alguna con miras al futuro, lo que aumenta evidentemente el riesgo de arbitrariedad.

### III. ¿Notificación o “conocimiento”?

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui opina que, si bien la Corte se ha mostrado tradicionalmente reacia a considerar que la notificación de la controversia a la parte demandada por la parte demandante sea un requisito previo para la incoación del proceso, desde la decisión adoptada en 2011 ha reinado una incertidumbre que nubla la perspectiva general.

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui lamenta que la Corte dé la impresión de establecer una correlación directa y, aparentemente, automática entre el *conocimiento* de la existencia de opiniones antagónicas y la existencia de controversia. También señala que, según la argumentación de la Corte, el aspecto fundamental es la necesidad de que la parte demandada “tenga conocimiento” de dicha circunstancia y se pregunta si no estamos asistiendo con ello a la recuperación paulatina del concepto de “notificación”.

Sin embargo, si aceptamos la vigencia de este requisito previo adicional, ¿por qué no aplicarlo entonces correctamente? El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui sostiene que el Reino Unido debía tener “conocimiento” de la postura antinuclear de las Islas Marshall contraria a su propia conducta en el ámbito nuclear, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la historia de este último país y sus declaraciones formuladas en los años 2013 y 2014 en el marco de diversos actos internacionales abiertos a la participación de todos los países. Como todos sabemos, tales declaraciones iban dirigidas a todos los Estados poseedores de armas nucleares sin distinción, incluido el Reino Unido.

Por último, el Magistrado *ad hoc* Bedjaoui plantea los siguientes interrogantes: ¿cómo puede evaluarse el grado de “conocimiento” de la parte demandada? ¿Y cómo puede compaginarse esta desacostumbrada incursión en la subjetividad con la supuesta determinación “objetiva” de la existencia de controversia?

### IV. Fecha de la existencia de controversia

Al Magistrado *ad hoc* Bedjaoui le complace que, en el presente fallo, la Corte se mantenga aparentemente fiel a su jurisprudencia tradicional, según la cual, “en principio, la fecha de referencia para determinar la existencia de controversia es la fecha de interposición de la demanda ante la Corte”.

Sin embargo, en la práctica, la Corte se ha negado, sin dar explicaciones convincentes, a tener en cuenta las pruebas surgidas tras la fecha de incoación del proceso que demostraban la existencia de controversia. De este modo, la Corte establece como dogma absoluto una solución que contradice su enfoque habitual, caracterizado por una gran flexibilidad que se refleja en su afirmación de que la controversia únicamente debiera existir “en principio” en la fecha de inicio del proceso.

### V. Defectos de procedimiento

En lo que respecta a los defectos de procedimiento subsanables, ya sean obra de la parte demandante o de la parte

demandada y al margen de que se deban a una incoación prematura del proceso o a un recurso demasiado precipitado a la Corte, el Magistrado *ad hoc* Bedjaoui señala que la Corte ha generado una sólida jurisprudencia que ha resistido el paso del tiempo y ha demostrado su perfecta coherencia a lo largo de casi 90 años. Esa jurisprudencia es la misma que el fallo de 2011 comenzó a desbaratar y que recibió su golpe de gracia con la causa *Bélgica c. Senegal*.

En el presente proceso, la Corte ha vuelto a prescindir de su tradicional jurisprudencia, pese a la sensatez de esta. El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui lamenta que la mayoría de la Corte considerase que las declaraciones de las Islas Marshall no bastaban para materializar la existencia de una controversia jurídica. Lo único que tienen que hacer el día de mañana las Islas Marshall es enviar una sencilla nota verbal a la parte demandada expresando brevemente su oposición a la política nuclear de esta, a fin de poder someter de nuevo la controversia, ya con carácter oficial, a la Corte. No resulta coherente ni sensato que la Corte se centre en defectos de procedimiento fácilmente subsanables, cuando durante mucho tiempo los ha abordado con un grado satisfactorio de flexibilidad.

### VI. Prueba mediante deducción; prueba mediante interpretación del silencio

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui recuerda que, contrariamente al enfoque aplicado en esta causa, la Corte ha mostrado en otras ocasiones flexibilidad y sentido común al utilizar el *silencio* de la parte demandada o su *ausencia de respuesta*, e incluso actuar por *simple deducción*, para concluir la existencia de controversia.

En el presente fallo, la Corte pasa por alto su jurisprudencia tradicional y considera que la declaración de 13 de febrero de 2014, en la que las Islas Marshall acusaron a los Estados poseedores de armas nucleares de incumplir sus obligaciones internacionales, “habida cuenta de la generalidad de su contenido y del contexto en que se formuló [...] no exigía una respuesta concreta por parte del Reino Unido”, en virtud de lo cual concluye que, “por consiguiente, no se puede deducir de dicha falta de respuesta que existiesen opiniones antagónicas”. La Corte parece haberse aventurado a actuar en nombre del Reino Unido a fin de justificar su silencio, basándose, además, en argumentos con los que nadie puede asegurar que dicho Estado esté de acuerdo.

### VII. Prueba basada en las declaraciones formuladas ante la Corte

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui opina que la Corte se ha esforzado poco en la presente causa por tener plenamente en cuenta las circunstancias posteriores a la interposición de la demanda de las Islas Marshall, apartándose una vez más de su jurisprudencia tradicional.

Asimismo, se pregunta cómo es posible concluir que no existe controversia, cuando una de las partes denuncia ante la Corte que la otra lleva incumpliendo desde hace tiempo sus obligaciones internacionales y esta última niega que su conducta constituya un acto de inobservancia de dichas obligaciones. Las declaraciones formuladas ante la Corte no han generado una controversia de la nada. Simplemente han “confirmado” su existencia previa.

### VIII. Naturaleza *sui generis* de toda controversia en el ámbito nuclear

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui señala que los propios antecedentes históricos de las iniciativas de la comunidad internacional en pro del desarme nuclear presagian e indican la posible existencia de controversia. De hecho, la controversia planteada por las Islas Marshall, cuya pretensión no es sino proteger a la raza humana de la aniquilación permanente que podría causar el uso de las aterradoras armas de destrucción en masa, debería haber constituido una voz de alarma para la Corte, que proclamó hace 20 años la existencia de una doble obligación de negociar y lograr el desarme nuclear. Transcurridos 20 años, ese llamamiento no ha obtenido respuesta alguna. Pero, un día, un Estado no poseedor de armas nucleares se plantea preguntar a otro Estado, que sí posee este tipo de armas, la razón de que esta ya considerable demora se siga prolongando aparentemente en el tiempo.

Este tipo concreto de desacuerdo, tan específico, entre un Estado no poseedor de armas nucleares y un Estado que sí las posee con respecto a la abolición de las armas nucleares constituye, en sí y de por sí, la expresión de una grave controversia cuya existencia debería haber resultado de inmediato obvia para la Corte. Las Islas Marshall están tratando de poner fin al Artículo VI, y al TNP, mediante el fin de las armas nucleares.

El Tratado sobre la No Proliferación de 1968 estaba destinado a ser un tratado *eminentemente temporal* que debía dejar de existir lo antes posible. Tenía que ser temporal por cuanto chocaba frontalmente con el principio sacrosanto de la igualdad soberana de los Estados, al crear una diferenciación entre Estados poseedores de armas nucleares y otros que, siendo igualmente soberanos, tenían a su vez que renunciar para siempre a poseer tales armas. Otra característica de este Tratado *desigual* es que se convertiría en *ilícito* si se prolongaba indefinidamente en el tiempo. Su función temporal consiste en lograr el desarme nuclear, para luego dejar de existir para siempre. Todos comprendían y siguen comprendiendo esto. El objetivo del Tratado es conducir al desarme nuclear, una condición necesaria para restablecer la igualdad sacrosanta de los Estados. Y si bien es cierto que el Artículo VI no fija un plazo, ello no significa, sin embargo, que prevea negociaciones abiertas indefinidamente y sin garantía de resultado.

Por último, dado que el TNP se basa en una desigualdad manifiesta entre dos grupos de Estados, desigualdad que se

ve compensada por una obligación de negociar el desarme, ¿es realmente descabellado pensar que los Estados poseedores de armas nucleares, al no concluir las negociaciones, incumplen sus obligaciones respecto de todos los Estados no poseedores de armas nucleares y que, por consiguiente, podrían incurrir en responsabilidad internacional? ¿No es razonable deducir la existencia, ante la Corte, de una controversia “intrínseca”?

### IX. ¿Una excepción de carácter no exclusivamente preliminar?

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui tal vez podría haber aceptado, en una causa tan compleja e importante como la que enfrenta a las Islas Marshall con el Reino Unido, una decisión que reflejase la preocupación —sumamente legítima, al fin y al cabo— de la Corte por evitar un dictamen precipitado sobre las cuestiones de competencia y admisibilidad. La Corte bien podría haber solicitado nuevas aclaraciones de las partes y, sabiendo que en esta fase no podría evaluar su conducta sin abordar el fondo de la cuestión, podría haber optado lógicamente por esperar a examinar el fondo del asunto para determinar su postura. En otras palabras, la Corte podría haber actuado con más prudencia y haber concluido que la cuestión de la existencia de controversia no tenía un carácter exclusivamente preliminar.

### X. Consecuencias indeseables de esta decisión

Por último, el Magistrado *ad hoc* Bedjaoui señala que la presente decisión puede desencadenar, desafortunadamente, toda una serie de consecuencias indeseables, no solo para la parte demandada, que podría sentirse alentada a retractarse de su reconocimiento facultativo de la jurisdicción de la Corte, sino también para la parte demandante, que ha asumido el costo de acudir a dicho órgano, así como para la comunidad internacional y la propia Corte.

En lo que respecta a la comunidad internacional, las decisiones dictadas hoy por la Corte ponen de manifiesto ante la opinión pública internacional la existencia de un mundo que es lamentablemente incoherente, no solo en términos de jurisprudencia procesal, sino también en lo tocante a su jurisprudencia sustantiva. ¿Qué mensaje está transmitiendo la Corte a la comunidad internacional cuando decide, más aún basándose en argumentos extremadamente endebles, abstenerse de ejercer su competencia en causas relativas a cuestiones importantísimas de desarme nuclear que afectan a la propia supervivencia de toda la raza humana?

En cuanto a la propia Corte, esta corre el riesgo de convertirse en la cuarta parte perdedora, dado que al desestimar la demanda de las Islas Marshall atendiendo a un defecto subsanable de procedimiento, está socavando el principio de buena administración de justicia que sustenta su funcionamiento. En estas tres causas, la Corte parece haber sido incapaz de alejarse de un formalismo que sacrifica el fondo

de la cuestión en aras del procedimiento, el contenido en aras de la forma y la causa en aras de su objeto. Además, a pesar de que la Corte siempre ha manifestado que su objetivo es realizar una evaluación fundamentalmente “objetiva” de las pruebas, en este caso parece que apenas ha intentado evitar la

subjetividad en su valoración de las pruebas presentadas por la parte demandante, a la vez que *se ha encargado ella misma de defender a la parte demandada* y ha examinado todos los argumentos de la primera desde una perspectiva aparentemente basada en un prejuicio negativo.

---

## 219. INMUNIDADES Y ACTUACIONES PENALES (GUINEA ECUATORIAL c. FRANCIA) [MEDIDAS PROVISIONALES]

### Providencia de 7 de diciembre de 2016

El 7 de diciembre de 2016, la Corte Internacional de Justicia dictó su providencia sobre la solicitud de medidas provisionales presentada por Guinea Ecuatorial en la causa relativa a las *Inmunidades y actuaciones penales (Guinea Ecuatorial c. Francia)*. En su providencia, la Corte señaló de manera unánime que Francia debía adoptar, en espera de una decisión definitiva en la causa, todas las medidas a su disposición para que los locales presentados como sede de la misión diplomática, sitos en 42 avenue Foch (París), gozasen de un trato equivalente al que se exige en el Artículo 22 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, a fin de garantizar su inviolabilidad. La Corte desestimó, también por unanimidad, la petición de Francia de que la causa fuera suprimida del registro general de causas.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Vicepresidente Yusuf, en funciones de Presidente; Presidente Abraham; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Crawford, Gevorgian; Magistrado *ad hoc* Kateka; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

En la parte dispositiva (párr. 99) de la providencia se establece lo siguiente:

“[...]”

La Corte,

I. Por unanimidad,

*Dicta* las siguientes medidas provisionales:

En espera de una decisión definitiva en la causa, Francia debe adoptar todas las medidas a su disposición para que los locales presentados como sede de la misión diplomática de Guinea Ecuatorial, sitos en 42 avenue Foch (París), gocen de un trato equivalente al que se exige en el Artículo 22 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, a fin de garantizar su inviolabilidad;

II. Por unanimidad,

*Desestima* la petición de Francia de que la causa sea suprimida del registro general de causas”.

\*  
\* \*

La Magistrada Xue adjuntó una opinión separada a la providencia de la Corte; los Magistrados Gaja y Gevorgian adjuntaron sendas declaraciones a la providencia de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Kateka adjuntó una opinión separada a la providencia de la Corte.

\*  
\* \*

*Demanda y solicitud de medidas provisionales* (párrs. 1 a 19)

La Corte comienza recordando que, a través de una demanda presentada en la Secretaría el 13 de junio de 2016, Guinea Ecuatorial incoó un procedimiento contra Francia en relación con una controversia relativa al siguiente asunto:

“la inmunidad de jurisdicción penal del Vicepresidente Segundo de la República de Guinea Ecuatorial Encargado de la Defensa y la Seguridad del Estado [Sr. Teodoro Nguema Obiang Mangue] y la condición jurídica del edificio que alberga la Embajada de Guinea Ecuatorial, en su calidad tanto de instalaciones de la misión diplomática como de inmueble propiedad del Estado”.

El 29 de septiembre de 2016, Guinea Ecuatorial presentó una solicitud de medidas provisionales en la que pedía, entre otras cosas, lo siguiente: que Francia suspendiera el proceso penal incoado contra el Vicepresidente de Guinea Ecuatorial; que velase por que el edificio sito en 42 avenue Foch (París) se considerase parte de las instalaciones de la misión diplomática de Guinea Ecuatorial en Francia y, en particular, se garantizase su inviolabilidad; y que se abstudiese de adoptar cualquier otra medida que pudiera agravar o ampliar la controversia sometida a la Corte.

En respuesta a lo solicitado por Guinea Ecuatorial, el Vicepresidente de la Corte, que actuaba en calidad de Presidente en la causa, señaló a la atención de Francia la necesidad de “actuar de manera que cualquier providencia de la Corte sobre la solicitud de medidas provisionales pueda surtir los efectos deseados”, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 74, párrafo 4, del Reglamento de la Corte.

*Antecedentes de hecho* (párrs. 20 a 30)

A continuación, la Corte expone los antecedentes de la causa y explica que, desde 2007, algunas asociaciones y particulares han presentado denuncias ante la Fiscalía de París contra determinados Jefes de Estado africanos y familiares suyos por actos de “apropiación indebida de fondos públicos en su país de origen, cuyos beneficios se habrían invertido presuntamente en Francia”. La Corte observa que los tribunales franceses admitieron a trámite una de estas denuncias, presentada el 2 de diciembre de 2008 por la asociación Transparency International France, y que se inició una investigación judicial en relación con la gestión de los fondos públicos apropiados indebidamente, la complicidad en dicha apropiación indebida, el uso indebido de activos institucionales, la complicidad en tal uso indebido y el encubrimiento

de cada uno de estos delitos. Asimismo, añade que la investigación se centró concretamente en los métodos utilizados para financiar la adquisición de bienes muebles e inmuebles en Francia por parte de varias personas, entre ellas, el hijo del Presidente de Guinea Ecuatorial, el Sr. Teodoro Nguema Obiang Mangue, entonces Ministro de Agricultura y Silvicultura de dicho país.

La Corte señala que la instrucción se orientó específicamente a esclarecer el procedimiento de adquisición por el Sr. Teodoro Nguema Obiang Mangue de diversos objetos de valor considerable, así como del edificio sito en 42 avenue Foch (París). También observa que se inculpó formalmente al Sr. Teodoro Nguema Obiang Mangue, si bien este impugnó las medidas adoptadas contra él e invocó en varias ocasiones la inmunidad de jurisdicción (penal y civil) de la que en su opinión gozaba en virtud de su cargo. Además, se procedió al embargo del edificio mencionado (embargo inmobiliario por proceso penal) y a la incautación de diversos objetos albergados en él.

Por último, la Corte señala que, una vez concluida la investigación, se remitió al Sr. Teodoro Nguema Obiang Mangue al Tribunal Correccional de París para su enjuiciamiento por los presuntos delitos cometidos entre 1997 y octubre de 2011, juicio que tendrá lugar del 2 al 12 de enero de 2017.

#### I. Competencia prima facie (párrs. 31 a 70)

En primer lugar, la Corte observa que, cuando se le presenta una solicitud de medidas provisionales, no tiene obligación de cerciorarse de manera definitiva de que tiene competencia para pronunciarse sobre el fondo de la cuestión hasta decidir si se establecen las medidas solicitadas; solo necesita cerciorarse de que las disposiciones en que se funda la parte demandante ofrezcan, *prima facie*, un sustento sobre el cual pueda fundamentarse su competencia.

La Corte señala que Guinea Ecuatorial pretende fundamentar la competencia de la Corte, en primer lugar, en lo dispuesto en el Artículo 35 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional por lo que respecta a su alegación relativa a la inmunidad del Sr. Teodoro Nguema Obiang Mangue y, en segundo lugar, en lo contemplado en el Protocolo Facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas con relación a su reclamación respecto de la presunta inviolabilidad de las instalaciones sitas en 42 avenue Foch. La Corte observa asimismo que, tanto en el Artículo 35, párrafo 2, de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional como en el Artículo I del Protocolo Facultativo, se supedita la competencia de la Corte a la existencia de una controversia derivada de la interpretación o la aplicación de la Convención a la que tales artículos se refieren. Por ello, habrá de determinar si, *prima facie*, existía alguna controversia de este tipo en la fecha en que se presentó la solicitud, ya que por regla general es en esa fecha, con arreglo a la jurisprudencia de la Corte, en la que debe determinarse si tiene competencia.

#### 1) Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (párrs. 41 a 50)

La Corte observa que Guinea Ecuatorial afirma la existencia de una controversia entre las partes con respecto a la aplicación del Artículo 4 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Dicha disposición, titulada “Protección de la soberanía”, establece lo siguiente:

“1. Los Estados partes cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención facultará a un Estado parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades”.

La Corte observa que, según Guinea Ecuatorial, el Artículo 4 de la Convención no constituye una mera “directriz general” en virtud de la cual deba interpretarse el resto de las disposiciones de la Convención. Los principios de igualdad soberana y no intervención a los que se alude en dicho Artículo abarcan normas importantes del derecho consuetudinario o el derecho internacional general, en particular las relativas a las inmunidades de los Estados y la inmunidad de determinados titulares de altos cargos estatales. En opinión de la parte demandante, las normas en cuestión son vinculantes para los Estados que aplican la Convención, ya que están consagradas en los principios mencionados con anterioridad. Por consiguiente, Guinea Ecuatorial sostiene que, al iniciar un proceso contra el Vicepresidente de este país, Francia estaba obligada, en cumplimiento de la Convención, a acatar las normas relativas a la inmunidad *ratione personae* de dicho Vicepresidente que dimanaban de lo dispuesto en el Artículo 4 de tal instrumento.

Por su parte, Francia niega la existencia de controversia alguna relativa a la aplicación de la Convención, por lo que considera que la Corte tiene competencia sobre el asunto en cuestión. En su opinión, la referencia que se hace en el Artículo 4 a los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como al de no intervención en los asuntos internos de otros Estados, constituye una mera indicación del modo en que deben aplicarse el resto de las disposiciones de la Convención. Asimismo, añade que las disposiciones de la Convención que Guinea Ecuatorial alega que no se aplicaron de conformidad con los principios establecidos en el Artículo 4 de ese instrumento suponen, en su mayoría, únicamente una obligación de legislación o regulación por parte de los Estados.

La Corte observa que, según se desprende del expediente de la causa, las partes han expresado su divergencia de opiniones con respecto a lo dispuesto en el Artículo 4 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

No obstante, para poder determinar, siquiera *prima facie*, la existencia de alguna controversia en el sentido de lo indicado en el Artículo 35, párrafo 2, de la Convención, la Corte no puede limitarse a señalar que una de las partes considera que la Convención es aplicable mientras que la otra niega este extremo. Su obligación es determinar si los actos denunciados por Guinea Ecuatorial pueden, *prima facie*, quedar comprendidos en las disposiciones de ese instrumento y si, a raíz de ello, la Corte tiene competencia *ratione materiae* para conocer de la controversia en virtud de lo establecido en el Artículo 35, párrafo 2, de la Convención.

La Corte hace notar que las obligaciones derivadas de la Convención consisten principalmente en exigir a los Estados partes la incorporación a su legislación interna de disposiciones que tipifiquen determinados delitos transnacionales y la adopción de medidas destinadas a luchar contra estos. La Corte señala que la finalidad del Artículo 4 de la Convención es garantizar que los Estados partes en ella cumplan con sus obligaciones de conformidad con los principios de igualdad soberana, integridad territorial de los Estados y no intervención en los asuntos internos de otros Estados. En su opinión, la disposición aparentemente no conlleva la creación de nuevas normas relativas a las inmunidades de los titulares de altos cargos estatales o la incorporación de las normas de derecho internacional consuetudinario relacionadas con dichas inmunidades. Por consiguiente, cualquier controversia que pudiera surgir con respecto a “la interpretación o aplicación” del Artículo 4 de la Convención se referiría únicamente a la manera en que los Estados partes cumplen las obligaciones que les incumben en virtud de esa Convención. Sin embargo, a juicio de la Corte, la supuesta controversia no guarda relación con el modo en que Francia cumple las obligaciones que le imponen los artículos de la Convención invocados por Guinea Ecuatorial; más bien parece referirse a una cuestión específica, a saber: si el Vicepresidente de Guinea Ecuatorial goza de inmunidad *ratione personae* con arreglo a lo dispuesto en el derecho internacional consuetudinario y, de ser así, si Francia ha violado esa inmunidad al iniciar un proceso contra él.

Así pues, la Corte considera que, *prima facie*, no existe entre las partes ninguna controversia que pueda quedar comprendida en las disposiciones de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y, por ende, que tenga que ver con la interpretación o la aplicación de su Artículo 4. Por tanto, la Corte carece de competencia *prima facie*, con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 35, párrafo 2, de dicho instrumento, para atender la solicitud de Guinea Ecuatorial relativa a la inmunidad del Sr. Teodoro Nguema Obiang Mangue.

## 2) Protocolo Facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (párrs. 51 a 70)

La Corte recuerda que el Artículo I del Protocolo Facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, invocado por Guinea Ecuatorial como fundamento

de su reclamación relativa a la supuesta inviolabilidad de las instalaciones sitas en 42 avenue Foch, otorga competencia a la Corte para dirimir controversias relacionadas con la interpretación o aplicación de la Convención mencionada. Asimismo, recuerda que Guinea Ecuatorial alega la existencia de una controversia entre las partes con respecto a la aplicación del Artículo 22 de la Convención de Viena, en cuyo párrafo 3 se establece que “los locales de la misión, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, así como los medios de transporte de la misión, no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución”. Por consiguiente, la Corte habrá de determinar si, en la fecha en que se interpuso la demanda, parecía existir entre las partes alguna controversia derivada de la interpretación o aplicación de la Convención de Viena.

En este sentido, la Corte observa que ciertamente parecía existir, y sigue existiendo, divergencia de opiniones entre las partes sobre la cuestión de la condición jurídica del edificio sito en 42 avenue Foch (París). Mientras que Guinea Ecuatorial ha sostenido en diversas ocasiones que el edificio alberga las instalaciones de su misión diplomática y, por consiguiente, debe gozar de las inmunidades contempladas en el Artículo 22 de la Convención de Viena, Francia se ha negado sistemáticamente a admitir que esto sea así y alega que el inmueble jamás ha adquirido jurídicamente la consideración de “locales de la misión”. Por tanto, a juicio de la Corte, todo indica que, en la fecha en que se interpuso la demanda, existía una controversia entre las partes en cuanto a la condición jurídica del edificio en cuestión.

Para poder determinar su competencia, siquiera *prima facie*, la Corte deberá verificar también si dicha controversia se engloba dentro de los tipos de litigio sobre los que tiene competencia *ratione materiae* con arreglo a lo dispuesto en el Artículo I del Protocolo Facultativo. A este respecto, la Corte señala que, aparentemente, los derechos en cuestión pueden entrar dentro del ámbito de aplicación del Artículo 22 de la Convención de Viena, que garantiza la inviolabilidad de las instalaciones diplomáticas, y que los actos alegados por la parte demandante respecto del edificio sito en avenue Foch pueden constituir en apariencia una vulneración de tales derechos. De hecho, las instalaciones que, según Guinea Ecuatorial, albergan la sede de su misión diplomática en Francia se registraron en varias ocasiones y resultaron embargadas (embargo inmobiliario por proceso penal); asimismo, existe la posibilidad de que se sometan a otras medidas similares.

La Corte considera que los elementos mencionados bastan para establecer, llegados a este punto, la existencia de una controversia entre las partes que queda comprendida potencialmente en las disposiciones de la Convención de Viena y guarda relación con la interpretación o aplicación de su Artículo 22. Por consiguiente, la Corte considera que tiene competencia *prima facie* en virtud de lo establecido en el Artículo I del Protocolo Facultativo de la Convención de Viena para conocer de esta controversia. En su opinión y basándose

en lo anterior, puede examinar la solicitud de medidas provisionales presentada por Guinea Ecuatorial en lo que respecta a la inviolabilidad del edificio sito en 42 avenue Foch (París). La Corte añade que, dado que no existe una falta manifiesta de competencia, no puede admitir la solicitud de Francia de que la causa sea suprimida del registro general de causas.

## II. Derechos cuya protección se reclama y medidas solicitadas (párrs. 71 a 81)

La Corte recuerda que su potestad para establecer medidas provisionales con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 41 del Estatuto tiene como finalidad la protección de los derechos reivindicados por cada una de las partes en la causa, en espera de su decisión sobre el fondo de la cuestión. De ello se desprende la obligación que atañe a la Corte de proteger aquellos derechos que posteriormente pueda determinar que corresponden a cualquiera de las partes. Por ende, la Corte solo puede ejercer esa potestad si tiene la convicción de que los derechos reivindicados por la parte solicitante de dichas medidas resultan al menos razonables. Además, debe existir un vínculo entre los derechos que constituyen el objeto del proceso ante la Corte respecto del fondo de la cuestión y las medidas provisionales que se solicitan.

Así pues, la Corte comienza por analizar, en primer lugar, si los derechos reivindicados por Guinea Ecuatorial en relación con el fondo, cuya protección reclama, entran dentro de lo razonable. Habiendo concluido que carece de competencia *prima facie* para conocer de la presunta infracción de las disposiciones de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la Corte se pronuncia únicamente sobre el supuesto derecho de Guinea Ecuatorial a que se garantice “la inviolabilidad de los locales de su misión diplomática”, en relación con lo cual se invoca el Artículo 22 de la Convención de Viena.

La Corte hace notar a este respecto que Guinea Ecuatorial sostiene que adquirió el edificio ubicado en 42 avenue Foch el 15 de septiembre de 2011 y que su misión diplomática en Francia lo ha venido utilizando desde el 4 de octubre de 2011, circunstancia que la parte demandante alega que ha señalado a la parte demandada en varias ocasiones. La Corte observa además que, según afirma Guinea Ecuatorial, el edificio en cuestión ha sido objeto desde esa fecha de diversos registros y que se ha procedido a su embargo (embargo inmobiliario por proceso penal), actos que, en opinión de la parte demandante, atentan contra la inviolabilidad de esas instalaciones.

En opinión de la Corte y habida cuenta de que el derecho a la inviolabilidad de los locales diplomáticos está contemplado en el Artículo 22 de la Convención de Viena, de que Guinea Ecuatorial sostiene haber utilizado el edificio en cuestión como instalaciones de su misión diplomática en Francia desde el 4 de octubre de 2011 y de que Francia reconoce que, desde el tercer trimestre de 2012, determinados servicios de la Embajada de Guinea Ecuatorial se han trasla-

dado aparentemente al edificio sito en 42 avenue Foch, todo parece indicar que Guinea Ecuatorial goza de un derecho razonable a que se garantice a los locales que, según afirma, están destinados a los fines de su misión la protección exigida por el Artículo 22 de la Convención de Viena.

La Corte aborda a continuación la cuestión del vínculo entre los derechos reivindicados y las medidas provisionales solicitadas. A este respecto, considera que, por su propia naturaleza, estas medidas están encaminadas a proteger el derecho a la inviolabilidad del edificio que, según afirma Guinea Ecuatorial, alberga las instalaciones de su misión diplomática en Francia. La Corte concluye que existe un vínculo entre el derecho reivindicado por Guinea Ecuatorial y las medidas provisionales solicitadas.

## III. Riesgo de perjuicio irreparable y urgencia (párrs. 82 a 91)

La Corte recuerda que tiene potestad para establecer medidas provisionales cuando exista la posibilidad de causar un perjuicio irreparable a los derechos objeto de controversia, si bien dicha potestad solo se ejercerá en caso de urgencia, en la medida en que exista un riesgo real e inminente de ocasionar un menoscabo irreparable de los derechos en cuestión.

Observando una vez más que el expediente que la Corte tiene ante sí demuestra que Francia no acepta que el edificio forme parte de las instalaciones de la misión diplomática de Guinea Ecuatorial en dicho país, así como su negativa a concederle la inmunidad —y, por ende, la correspondiente protección— que se brinda a este tipo de locales en virtud de lo dispuesto en la Convención de Viena, la Corte considera que existe riesgo permanente de intrusión. La Corte señala que, aunque las partes discrepan en cuanto a que se hayan llevado a cabo registros recientemente, ambas reconocen que sí tuvieron lugar actos de este tipo en 2011 y 2012. Y, habida cuenta de la posibilidad de que, en el transcurso de la audiencia sobre el fondo de la cuestión, el Tribunal Correccional solicite, por iniciativa propia o a petición de alguna de las partes, una investigación ulterior o un dictamen pericial, no es descabellado pensar que el edificio sito en avenue Foch pueda ser objeto de nuevos registros. Si esto llegara a suceder, y si se determinase que el edificio alberga las instalaciones de la misión diplomática de Guinea Ecuatorial, las actividades cotidianas de la misión —la representación de un Estado soberano— correrían el riesgo de verse entorpecidas gravemente a raíz, por ejemplo, de la presencia de agentes de policía o la incautación de documentos, algunos de los cuales podrían revestir un carácter estrictamente confidencial.

A juicio de la Corte, de lo anterior se desprende la existencia de un riesgo real de causar un perjuicio irreparable al derecho a la inviolabilidad de las instalaciones que, según Guinea Ecuatorial, se están utilizando como locales de su misión diplomática en Francia. De hecho, cualquier infracción de la inviolabilidad de los locales podría ser imposible de reparar, ya que tal vez no existiría la posibilidad de restablecer el *statu quo ante*. Además, ese riesgo es inminente, en

la medida en que los actos que probablemente ocasionarían un perjuicio a los derechos reivindicados por Guinea Ecuatorial podrían tener lugar en cualquier momento. Por ello, la condición relativa a la urgencia también se da en la presente causa.

La Corte recuerda que Guinea Ecuatorial pide asimismo que se establezcan medidas provisionales en relación con los objetos que anteriormente se ubicaban en las instalaciones sitas en 42 avenue Foch, algunos de los cuales han sido retirados por las autoridades francesas. Por lo que se refiere a tales objetos, la Corte observa que Guinea Ecuatorial no ha logrado demostrar la existencia de riesgo de perjuicio irreparable ni de urgencia que la Corte sí ha determinado con respecto a los locales sitos en la dirección mencionada. Por consiguiente, considera que no existe base para establecer medidas provisionales relativas a dichos objetos.

#### IV. Conclusión y medidas que han de adoptarse (párrs. 92 a 98)

La Corte concluye a partir de todo lo expuesto con anterioridad que se cumplen todas las condiciones exigidas por su Estatuto para establecer medidas provisionales en relación con el edificio sito en 42 avenue Foch (París). En su opinión, y en espera de una decisión definitiva en la causa, los locales presentados como sede de la misión diplomática de Guinea Ecuatorial, sitos en 42 avenue Foch (París), deben gozar de un trato equivalente al que se exige en el Artículo 22 de la Convención de Viena, a fin de garantizar su inviolabilidad. Con respecto al embargo (embargo inmobiliario por proceso penal) del edificio sito en 42 avenue Foch y el correspondiente riesgo de decomiso, la Corte observa que existe riesgo de que dicho decomiso se produzca antes de la fecha en que adopte un fallo definitivo. Por ello, considera que, a fin de proteger los respectivos derechos de cada una de las partes, la ejecución de cualquier medida de decomiso habrá de aplazarse hasta que la Corte pronuncie ese fallo. Por último, si bien Guinea Ecuatorial ha solicitado el establecimiento de medidas destinadas a evitar el agravamiento de la controversia, la Corte afirma que, en este caso y habida cuenta de las medidas que ha decidido adoptar, no considera necesario establecer más medidas de ese tipo.

\*  
\* \*

#### Opinión separada de la Magistrada Xue

La Magistrada Xue desea dejar constancia en esta fase preliminar de su reserva a la interpretación realizada por la Corte, si bien aún no definitiva, del Artículo 4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante, “la Convención”).

La Magistrada recuerda la afirmación efectuada por la Corte en el párrafo 49 de la providencia según la cual el Artículo 4 no conlleva la creación de nuevas normas relativas a las inmunidades de los titulares de altos cargos estatales. Por

consiguiente, cualquier controversia relacionada con la interpretación o aplicación del Artículo 4 solo podría referirse a la manera en que un Estado parte cumple las obligaciones que le incumben en virtud de la Convención. La Corte opina que la presunta controversia entre las partes guarda relación aparentemente con una cuestión específica que no puede quedar comprendida en las disposiciones de dicho instrumento. Por lo tanto, carece de competencia *prima facie* en virtud de lo dispuesto en el Artículo 35, párrafo 2, de la Convención.

La Magistrada Xue considera que esta interpretación plantea una serie de cuestiones. En primer lugar, tal como se refleja en los trabajos preparatorios del Artículo 4, la intención de los Estados partes de no introducir nuevas normas de derecho internacional consuetudinario relativas a las inmunidades en la Convención no puede interpretarse en el sentido de que en su aplicación se ignoren las normas existentes sobre la misma materia. Por el contrario, el Artículo 4 constituye, a modo de directriz, un marco jurídico que delimita la aplicación del resto de disposiciones. Los aspectos sometidos al principio de la igualdad soberana de los Estados en virtud del derecho internacional general deberían permanecer intactos y mantener su vigencia cuando las circunstancias así lo requieran. Las normas de inmunidad de jurisdicción (penal y civil) aplicables tanto a un Estado y sus bienes como a los altos funcionarios ante tribunales extranjeros constituyen, entre otros, dos regímenes importantes derivados directamente de ese principio.

En segundo lugar, la cuestión de la inmunidad de jurisdicción (penal y civil) *ratione personae* influye en “la manera” en que un Estado parte cumple las obligaciones que le impone la Convención. No se trata de un aspecto menos importante para el respeto del principio de la igualdad soberana que una operación que se esté llevando a cabo en territorio extranjero. En la causa que nos ocupa, el Sr. Teodoro Nguema Obiang Mangue es un ciudadano extranjero titular de un alto cargo en su país. Si bien todos los actos alegados por Guinea Ecuatorial tuvieron lugar en territorio francés y al amparo del derecho interno de Francia, el núcleo de la controversia entre las partes es la aplicabilidad de la Convención.

En tercer lugar, el hecho de que un Presidente en ejercicio o un Vicepresidente de un Estado goce o no de inmunidad de jurisdicción (penal y civil) ante tribunales extranjeros en virtud del derecho internacional consuetudinario no constituye una “cuestión específica” que quede fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones de la Convención. En el cumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 6 (penalización del blanqueo del producto del delito), 12 (medidas que posibilitan el decomiso y la incautación), 14 (disposición del producto del delito o de los bienes decomisados) y 18 (asistencia judicial recíproca), un Estado parte puede verse obligado a actuar de modo diferente en caso de que las normas de inmunidad de jurisdicción (penal y civil) resulten aplicables. La controversia relati-

va a la causa que nos ocupa parece relacionarse precisamente con esta cuestión.

Habida cuenta de lo anterior, la Magistrada sostiene que la Corte tiene, *prima facie*, competencia en virtud de lo dispuesto en el Artículo 35, párrafo 2, de la Convención.

### Declaración del Magistrado Gaja

En sus providencias sobre medidas provisionales, la Corte, al establecer medidas, no afirma en la parte dispositiva su rechazo de otras solicitudes. Con respecto a la causa que nos ocupa, no se hace ninguna referencia en la parte dispositiva a la solicitud relativa a la inmunidad del Sr. Teodoro Nguema Obiang Mangue, aun cuando gran parte del texto de la providencia se dedica a examinar esta cuestión. A fin de aumentar la transparencia, debería incluirse en la parte dispositiva de las providencias sobre medidas provisionales la decisión acerca de todas las cuestiones principales, así como los nombres de los magistrados que hubieran votado tanto a favor como en contra.

### Declaración del Magistrado Gevorgian

El Magistrado Gevorgian está de acuerdo con las conclusiones y la argumentación de la providencia. Al mismo tiempo, con respecto al párrafo 49 de esta, considera que es necesario aclarar que las normas relativas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se derivan del principio de la igualdad soberana mencionado en el Artículo 4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En su opinión, esto se sustenta en la reciente labor de la Comisión de Derecho Internacional y la jurisprudencia de la Corte.

### Opinión separada del Magistrado ad hoc Kateka

1. Si bien el Magistrado Kateka está a favor de la medida provisional establecida por la Corte, su opinión difiere de la expresada en la providencia de la Corte principalmente en dos aspectos. En primer lugar, si bien reconoce la validez de la doctrina jurídica de la Corte en relación con la competencia *prima facie* de este órgano, considera que el umbral para el ejercicio de dicha competencia es bajo. Por tanto, el Magistrado Kateka no puede estar de acuerdo con la interpretación realizada por la Corte del Artículo 4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional ni con su conclusión de que dicho órgano carece de competencia *prima facie* en virtud de lo dispuesto en el Artículo 35 2) de dicha Convención. Concretamente, está en desacuerdo con la conclusión de la Corte según la cual no existe entre las partes ninguna controversia que pueda quedar comprendida en las disposiciones de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y, por ende, que tenga que ver con la interpretación o la aplicación de su Artículo 4.

2. El Magistrado Kateka discrepa de la opinión de la Corte que sostiene que el Artículo 4 se refiere únicamente a la manera en que los Estados partes cumplen las obligaciones que les incumben en virtud de la Convención y que no introduce ninguna norma de derecho internacional consuetudinario relativa a las inmunidades de los titulares de altos cargos estatales, pues considera que la Corte no ha examinado el Artículo 4 en su contexto adecuado. El Magistrado Kateka ha comparado la historia legislativa del Artículo 4 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional con la del Artículo 2 2) de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, cuya redacción es similar, a fin de demostrar que el Artículo 4 de la primera tiene carácter autónomo y puede imponer obligaciones a los Estados partes.

3. Tras examinar los argumentos tanto de Guinea Ecuatorial como de Francia relativos al Artículo 4 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el Magistrado Kateka señala que el enjuiciamiento en Francia del Vicepresidente de Guinea Ecuatorial está motivado por una serie de delitos, entre ellos, el de blanqueo de dinero, cuya tipificación exige el Artículo 6 de dicha Convención. Este delito se engloba en el ámbito de aplicación de la Convención, en virtud de lo dispuesto en su Artículo 3 1), ya que no solo se trata de un “delito grave de carácter transnacional”, sino que también constituye uno de los delitos enumerados en el Artículo 6 de la Convención. En opinión del Magistrado, la condición relativa a la autoría de un “grupo delictivo organizado” se cumple porque, entre los cargos presentados contra el Vicepresidente de Guinea Ecuatorial, se incluye el de “complicidad”, que por definición exige la participación de otras personas.

4. Para concluir la exposición de su primer punto de discrepancia con el contenido de la providencia de la Corte, el Magistrado Kateka sostiene que se dan las condiciones de procedimiento establecidas en el Artículo 35 2) de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional debido a la negativa de Francia a negociar con Guinea Ecuatorial para solucionar la controversia. En resumen, existe una controversia entre las partes que se refiere a la interpretación y aplicación del Artículo 4 de la Convención mencionada; esta circunstancia hace que se sobrepase el umbral para el ejercicio de la competencia *prima facie*, por lo que la Corte debería haber atendido la solicitud de Guinea Ecuatorial relativa a la inmunidad *ratione personae* de su Vicepresidente. Además, el Magistrado Kateka opina que el derecho de Guinea Ecuatorial a que se garantice la inmunidad de su Vicepresidente, Noero dos del Gobierno del país, existe de manera razonable con arreglo a lo dispuesto en la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional. La condición relativa a la urgencia se cumple, dada la existencia de un riesgo real e inminente de que se atente contra el derecho de Guinea Ecuatorial en vista del proceso penal que se llevará a cabo ante el Tribunal Co-

reccional de París en enero de 2017 contra el Vicepresidente, quien se verá comprometido en el ejercicio de sus funciones.

5. En segundo lugar, el Magistrado Kateka considera insuficientes las medidas provisionales dictadas por la Corte y critica los términos que ha empleado en su redacción, concretamente, cuando dice que Francia adoptará todas las medidas a su disposición para velar por que los locales presentados como sede de la misión diplomática de Guinea Ecuatorial, sitios en 42 avenue Foch (París), gocen de un trato “equivalente al que se exige en el Artículo 22 de la Conven-

ción de Viena sobre Relaciones Diplomáticas”. El Magistrado no está de acuerdo con el uso del término “equivalente”, al tiempo que señala que los requisitos contemplados en el Artículo 22 son claros: los locales de la misión han de ser inviolables. Por consiguiente, la Corte debería haber dictado una medida inequívoca en consonancia con la solicitud de Guinea Ecuatorial, a saber: que “Francia vele por que el edificio sito en 42 avenue Foch (París) reciba la consideración de instalaciones de la misión diplomática de Guinea Ecuatorial en Francia y, en particular, garantice su inviolabilidad [...]”.

## 220. DELIMITACIÓN MARÍTIMA EN EL OCÉANO ÍNDICO (SOMALIA *c.* KENYA) [EXCEPCIONES PRELIMINARES]

### Fallo de 2 de febrero de 2017

El 2 de febrero de 2017, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo sobre las excepciones preliminares opuestas por Kenya en la causa relativa a la *Delimitación marítima en el océano Índico (Somalia c. Kenya)*, en el que desestimó las excepciones preliminares opuestas por Kenya y determinó que tenía competencia para conocer de la demanda presentada por Somalia y que la demanda era admisible.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Crawford, Gevorgian; Magistrado *ad hoc* Guillaume; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

En la parte dispositiva (párr. 145) del fallo se establece lo siguiente:

“[...]”

La Corte,

1) a) Por 13 votos contra 3,

*Desestima* la primera excepción preliminar opuesta por la República de Kenya en tanto que se basa en el Memorando de Entendimiento de 7 de abril de 2009;

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Crawford, Gevorgian;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Bennouna, Robinson; Magistrado *ad hoc* Guillaume;

b) Por 15 votos contra 1,

*Desestima* la primera excepción preliminar opuesta por la República de Kenya en tanto que se basa en la Parte XV de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar;

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Crawford, Gevorgian; Magistrado *ad hoc* Guillaume;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Robinson;

2) Por 15 votos contra 1,

*Desestima* la segunda excepción preliminar opuesta por la República de Kenya;

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Crawford, Gevorgian; Magistrado *ad hoc* Guillaume;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Robinson;

3) Por 13 votos contra 3,

*Determina* que es competente para conocer de la demanda presentada por la República Federal de Somalia el 28 de agosto de 2014 y que la demanda es admisible;

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Crawford, Gevorgian;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Bennouna, Robinson; Magistrado *ad hoc* Guillaume.”

\*  
\* \*

El Vicepresidente Yusuf adjuntó una declaración al fallo de la Corte; el Magistrado Bennouna adjuntó una opinión disidente al fallo de la Corte; los Magistrados Gaja y Crawford adjuntaron una declaración conjunta al fallo de la Corte; el Magistrado Robinson adjuntó una opinión disidente al fallo de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Guillaume adjuntó una opinión disidente al fallo de la Corte.

\*  
\* \*

#### I. Introducción (párrs. 15 a 30)

La Corte observa, en primer lugar, que Somalia y Kenya son Estados con costas adyacentes en África Oriental. Somalia está situada en el Cuerno de África. Limita al sudoeste con Kenya, al oeste con Etiopía y al noroeste con Djibouti. La costa de Somalia se encuentra frente al golfo de Adén al norte y el océano Índico al este. Kenya, por su parte, comparte una frontera terrestre con Somalia al noreste, con Etiopía al norte, con Sudán del Sur al noroeste, con Uganda al oeste y con la República Unida de Tanzania al sur. Su costa se encuentra frente al océano Índico. Ambos Estados firmaron la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM) el 10 de diciembre de 1982. Kenya y Somalia ratificaron la CNUDM el 2 de marzo y el 24 de julio de 1989, respectivamente, y la Convención entró en vigor para las Partes el 16 de noviembre de 1994. De conformidad con el Artículo 76, párrafo 8, de la CNUDM, un Estado parte en la Convención que se proponga establecer los límites exteriores de su plataforma continental

más allá de las 200 millas marinas deberá presentar información sobre esos límites a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental. La función de la Comisión es formular recomendaciones a los Estados ribereños sobre las cuestiones relacionadas con la determinación de los límites exteriores de su plataforma continental más allá de las 200 millas marinas. Con respecto a los espacios marítimos objeto de controversia, la Comisión, de conformidad con el anexo I de su reglamento, titulado “Presentaciones en caso de controversia entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente u otras controversias territoriales o marítimas pendientes”, exige el consentimiento previo de todos los Estados interesados antes de examinar las presentaciones relativas a esos espacios.

La Corte recuerda que, el 7 de abril de 2009, el Ministro de Relaciones Exteriores de Kenya y el Ministro de Planificación Nacional y Cooperación Internacional de Somalia firmaron un Memorando de Entendimiento entre el Gobierno de la República de Kenya y el Gobierno Federal de Transición de la República Somalí por el que cada país se comprometía a no oponerse a las presentaciones hechas por el otro a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental acerca de los límites exteriores de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas. El 14 de abril de 2009, Somalia presentó al Secretario General de las Naciones Unidas información preliminar indicativa de los límites exteriores de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas. El 6 de mayo de 2009, Kenya depositó ante la Comisión su presentación con respecto a la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas. En junio de 2009, Kenya transmitió a la Secretaría de las Naciones Unidas el Memorando de Entendimiento para su registro y publicación, de conformidad con el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas. La Secretaría lo registró el 11 de junio de 2009, y lo publicó en la compilación de tratados de las Naciones Unidas. Durante los años posteriores, ambas partes formularon y retiraron objeciones al examen por la Comisión de las presentaciones de la otra parte. Esas presentaciones están siendo examinadas en la actualidad.

El 28 de agosto de 2014, Somalia entabló un procedimiento contra Kenya ante la Corte, en el que solicitaba que la Corte determinara, de conformidad con el derecho internacional, el trazado completo de la frontera marítima única que divide todos los espacios marítimos correspondientes a Somalia y a Kenya en el océano Índico, incluida la plataforma continental más allá de 200 millas marinas. Como base de la competencia de la Corte, Somalia invocó las declaraciones formuladas por los dos Estados que reconocían como obligatoria la jurisdicción de la Corte. Sin embargo, Kenya planteó dos excepciones preliminares: una relativa a la competencia de la Corte y, la otra, a la admisibilidad de la demanda.

## II. Primera excepción preliminar: competencia de la Corte (párrs. 31 a 134)

En su primera excepción preliminar, Kenya sostiene que la Corte carece de competencia para conocer de la presen-

te causa como consecuencia de una de las reservas a su declaración por la que aceptó la jurisdicción obligatoria de la Corte, que excluye las controversias con respecto a las cuales las partes hayan acordado “recurrir a algún otro método o métodos de solución”. Afirma que el Memorando de Entendimiento constituye un acuerdo para recurrir a otro método de solución. Añade que las disposiciones pertinentes de la CNUDM sobre la solución de controversias también equivalen a un acuerdo sobre el método de solución.

En primer lugar, la Corte examina el Memorando de Entendimiento y si ese instrumento entra dentro del ámbito de aplicación de la reserva de Kenya. Comienza por analizar la condición jurídica del Memorando con arreglo al derecho internacional. Explica que, si considera válido el Memorando, procederá a interpretarlo y a resumir qué efectos tiene, de tenerlos, con respecto a la competencia de la Corte en la presente causa. Pero si la Corte llega a la conclusión de que el Memorando no hace aplicable en la presente causa la reserva a la declaración formulada por Kenya en virtud de la cláusula facultativa del Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte, pasará a examinar el argumento de Kenya de que la causa no entra dentro de la competencia de la Corte debido a las disposiciones de la Parte XV de la CNUDM.

### A. *El Memorando de Entendimiento* (párrs. 36 a 106)

#### 1. *Condición jurídica del Memorando de Entendimiento con arreglo al derecho internacional* (párrs. 36 a 50)

La Corte considera que, a fin de determinar si el Memorando de Entendimiento tiene algún efecto con respecto a su competencia, es apropiado abordar en primer lugar la cuestión de si constituye un tratado en vigor entre las partes.

De conformidad con el derecho internacional consuetudinario de los tratados, que es aplicable en el presente caso puesto que ni Somalia ni Kenya son parte en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, un acuerdo internacional entre Estados celebrado por escrito y regido por el derecho internacional constituye un tratado. El Memorando de Entendimiento es un documento escrito, en el que las partes dejan constancia de su acuerdo sobre determinados puntos regidos por el derecho internacional. La inclusión de una disposición relativa a la entrada en vigor del Memorando es indicativa del carácter vinculante del instrumento. Kenya consideró que el Memorando era un tratado, ya que solicitó su registro de conformidad con el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, y Somalia no impugnó ese registro hasta casi cinco años después. Además, se desprende claramente de la propia redacción del Memorando, en el que se dispone expresamente su entrada en vigor en el momento de la firma, y de los términos de la autorización concedida al Ministro somalí, que esa firma expresaba el consentimiento de Somalia en quedar obligada por el Memorando en virtud del derecho internacional. La Corte llega a la conclusión de que el Memorando es un tratado válido que entró en vigor

en el momento de la firma y es vinculante para las partes en virtud del derecho internacional.

## 2. *Interpretación del Memorando de Entendimiento* (párrs. 51 a 105)

La Corte pasa a ocuparse de la interpretación del Memorando de Entendimiento. Este instrumento consta de siete párrafos, que están sin numerar. A fin de facilitar las referencias a los párrafos, la Corte consideró conveniente insertar la numeración en su análisis.

Para interpretar el Memorando de Entendimiento, la Corte aplica las normas de interpretación que figuran en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, que siempre ha considerado un reflejo del derecho internacional consuetudinario. El Artículo 31, párrafo 1, de la Convención de Viena dispone que “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Estos elementos de interpretación (sentido corriente, contexto y objeto y fin) deben considerarse como un todo. En el párrafo 2 del Artículo 31 se establece qué debe considerarse el contexto. El Artículo 31, párrafo 3, dispone que, juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones, toda práctica ulteriormente seguida por la cual conste ese acuerdo y toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

El sexto párrafo del Memorando de Entendimiento es el núcleo de la primera excepción preliminar examinada. No obstante, es difícil entender ese párrafo sin un análisis previo del texto del Memorando en su conjunto, que proporciona el contexto en el que debería interpretarse cualquier párrafo y da una idea del objeto y el fin del Memorando. Por consiguiente, la Corte procede en primer lugar a realizar ese análisis, antes de examinar el sexto párrafo.

La Corte observa que el título del Memorando de Entendimiento y sus cinco primeros párrafos indican el propósito de que la Comisión de Límites de la Plataforma Continental pueda proceder a examinar las presentaciones hechas por Somalia y Kenya respecto de los límites exteriores de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas, y a formular recomendaciones al respecto, aunque exista una controversia marítima entre los dos Estados, con lo que se preserva la distinción entre la delimitación definitiva de la frontera marítima y el proceso de la Comisión con miras al trazado. El sexto párrafo, en torno al cual giran en particular los argumentos de las partes, ya que Kenya afirma que contiene el método de solución de diferencias acordado con respecto a la frontera marítima entre las partes, dispone que la delimitación en las zonas objeto de controversia “será acordada entre los dos Estados ribereños sobre la base del derecho internacional una vez que la Comisión haya concluido el examen de las distintas presentaciones hechas por cada uno de los dos Estados ribereños y formulado sus recomendacio-

nes”. La cuestión que se le plantea a la Corte es si las partes, en ese sexto párrafo, acordaron un método de solución para su controversia sobre la delimitación distinto de las actuaciones ante ella, y si convinieron en esperar a las recomendaciones de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental antes de proceder a dicha solución.

El objeto del sexto párrafo del Memorando de Entendimiento es “la delimitación de las fronteras marítimas en las zonas objeto de controversia, incluida la delimitación de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas”. El uso de la palabra “incluida” implica que las partes se proponían que la delimitación en “las zonas objeto de controversia” abarcase algo más que la delimitación con respecto a la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas. Las partes han concedido explícitamente a la expresión “zona objeto de controversia” el significado de zona en la que se superponen las pretensiones de las dos partes con respecto a la plataforma continental, sin distinguir entre la plataforma dentro de las 200 millas marinas y la plataforma más allá de ellas. Además, el texto en su conjunto deja claro que el Memorando de Entendimiento se refería, en cuanto a la delimitación, únicamente a la zona de la plataforma continental, dentro y más allá de las 200 millas marinas de las costas respectivas de los dos Estados. Por consiguiente, el sexto párrafo se refiere únicamente a la delimitación de la plataforma continental, “incluida la delimitación de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas”, y no a la delimitación del mar territorial, ni a la delimitación de la zona económica exclusiva. En consecuencia, incluso aunque, como sugiere Kenya, el párrafo enunciase un método de solución de la controversia entre las partes acerca de la frontera marítima, solo se aplicaría a los límites de su plataforma continental, y no a los límites de otras zonas marítimas.

La Corte pasa a ocuparse de la cuestión de si el sexto párrafo, al establecer que la delimitación de la plataforma continental entre las partes “será acordada [...] sobre la base del derecho internacional una vez que la Comisión haya concluido el examen de [sus] distintas presentaciones [...] y formulado sus recomendaciones”, establece un método de solución de la controversia entre las partes sobre la frontera marítima con respecto a esa zona.

La Corte recuerda que, de conformidad con la norma aplicable del derecho internacional consuetudinario, el sexto párrafo del Memorando de Entendimiento debe ser interpretado de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del Memorando. De conformidad con el Artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena, habrá de tenerse en cuenta toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes, juntamente con el contexto. En la presente causa, Somalia y Kenya son partes en la CNUDM, que se menciona expresamente en el Memorando. Por lo tanto, la Convención contiene normas pertinentes. Además, dado que el sexto párrafo del Me-

morando de Entendimiento se refiere a la delimitación de la plataforma continental, es particularmente pertinente el Artículo 83 de la Convención, titulado “Delimitación de la plataforma continental entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente”.

La Corte considera que es razonable interpretar el sexto párrafo del Memorando de Entendimiento atendiendo al Artículo 83, párrafo 1, de la CNUDM. En ese contexto, la referencia a que la delimitación se llevará a cabo mediante acuerdo sobre la base del derecho internacional, que es común a las dos disposiciones, no prescribe el método de solución de controversias que ha de seguirse y no impide recurrir a procedimientos de solución de controversias en caso de que no pueda alcanzarse un acuerdo. El sexto párrafo del Memorando va más allá del enunciado del Artículo 83, párrafo 1, ya que incluye una segunda parte en la oración en la que se dispone que “la delimitación [...] será acordada [...] una vez que la Comisión haya concluido el examen [...] y formulado sus recomendaciones”. Queda claro en el expediente que Kenya no se consideró obligada por los términos del sexto párrafo a esperar las recomendaciones de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental antes de entablar negociaciones sobre la delimitación marítima, o incluso de alcanzar acuerdos al respecto, y podía por lo menos iniciar el proceso de delimitación antes de que hubiese concluido el de trazado. Sin embargo, Kenya ha sostenido que las negociaciones sobre la delimitación marítima no podían finalizar y, por lo tanto, no se podía llegar a un acuerdo definitivo hasta que se hubiesen recibido las recomendaciones de la Comisión. Puede ser que, como convienen las partes, el punto terminal de su frontera marítima en la zona más allá de las 200 millas marinas no pueda ser determinado definitivamente hasta que se hayan recibido las recomendaciones de la Comisión y se hayan establecido los límites exteriores de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas sobre la base de esas recomendaciones. Esto se ajusta a lo dispuesto en el Artículo 76, párrafo 8, de la CNUDM. Sin embargo, la falta de certidumbre respecto de los límites exteriores de la plataforma continental y, por lo tanto, la ubicación precisa del punto terminal de una determinada frontera en la zona más allá de las 200 millas marinas no impide necesariamente que cualquiera de los Estados interesados o la Corte lleven a cabo la delimitación de la frontera en las circunstancias apropiadas antes de que la Comisión haya formulado sus recomendaciones.

La Corte no considera que el sexto párrafo del Memorando de Entendimiento pueda interpretarse en el sentido de que excluye que las partes lleguen a un acuerdo sobre su frontera marítima, o cualquiera de ellas recurra a procedimientos de solución de controversias con respecto a la controversia sobre su frontera marítima, antes de que se reciban las recomendaciones de la Comisión de Límites de la Pla-

taforma Continental. Las partes podían haber alcanzado un acuerdo sobre su frontera marítima en cualquier momento por consentimiento mutuo. Además, leído a la luz del Artículo 83, párrafo 1, de la CNUDM, el uso de los términos “será acordada” en el sexto párrafo no significa que las partes tengan una obligación de celebrar un acuerdo sobre el límite de la plataforma continental; más bien significa que las partes tienen una obligación de entablar negociaciones de buena fe con miras a alcanzar un acuerdo. Las partes convienen en que el sexto párrafo no les impedía entablar esas negociaciones antes de recibir las recomendaciones de la Comisión. En el sexto párrafo no figura ninguna restricción temporal con respecto al cumplimiento de esta obligación de negociar. Habida cuenta de que este párrafo no prescribe un método de solución que haya de seguirse, el hecho de que las partes se hayan fijado un objetivo en cuanto al tiempo para celebrar un acuerdo no impide que una parte recurra a procedimientos de solución de controversias antes de recibir las recomendaciones de la Comisión. Además, Somalia y Kenya son partes en la CNUDM, en cuya Parte XV figuran disposiciones amplias para la solución de controversias, y ambos Estados han formulado declaraciones en virtud de la cláusula facultativa que siguen en vigor. La Corte no considera que, a falta de una disposición expresa al efecto, pueda entenderse que las partes han excluido el recurso a esos procedimientos hasta que se reciban las recomendaciones de la Comisión. Por último, en el Memorando de Entendimiento se indica repetidamente que el proceso de la Comisión que conduce al trazado se realizará sin perjuicio de la delimitación, de manera que ambas operaciones se tratan como cosas distintas.

En resumen, la Corte observa lo siguiente en relación con la interpretación del Memorando de Entendimiento. En primer lugar, su objeto y fin era constituir un acuerdo de no objeción, que permitía a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental formular recomendaciones aunque existiese una controversia entre las partes acerca de la delimitación de la plataforma continental. En segundo lugar, el sexto párrafo se refiere exclusivamente a la plataforma continental, y no a toda la frontera marítima entre las partes, lo que da a entender que no creó un procedimiento de solución de controversias para la determinación de esa frontera. En tercer lugar, en el Memorando de Entendimiento se deja claro en reiteradas ocasiones que el proceso conducente al trazado de los límites exteriores de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas se realizará sin perjuicio de la delimitación de la frontera marítima entre las partes, lo que implica, siguiendo la misma línea que la jurisprudencia de esta Corte, que la delimitación podía llevarse a cabo con independencia de una recomendación de la Comisión. En cuarto lugar, el texto del sexto párrafo del Memorando refleja el del Artículo 83, párrafo 1, de la Convención, lo que parece indicar que el propósito de las partes era reconocer el curso normal que seguiría la delimitación en virtud de ese artículo, a saber, entablar negociaciones con miras a llegar a un acuerdo, y no prescribir un método de solución de controversias.

En quinto lugar, las partes aceptan que el sexto párrafo no les impedía llevar a cabo esas negociaciones, o alcanzar determinados acuerdos, antes de recibir las recomendaciones de la Comisión.

Habida cuenta de lo que antecede, la Corte considera que el sexto párrafo del Memorando de Entendimiento reflejaba la expectativa de las partes de que, a tenor del Artículo 83, párrafo 1, de la CNUDM, negociarían su frontera marítima en la zona de la plataforma continental después de haber recibido las recomendaciones de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, y mantendrían separados los dos procesos: el de delimitación y el de trazado. Entre Estados partes en la Convención, esas negociaciones son el primer paso para la delimitación de la plataforma continental. La Corte no considera sin embargo que el texto del sexto párrafo, considerado a la luz del texto del Memorando en su conjunto, del objeto y fin del Memorando, y en su contexto, pudiera haber tenido la intención de establecer un método de solución de controversias en relación con la delimitación de la frontera marítima entre las partes. Tampoco obliga a las partes a esperar el resultado del proceso de la Comisión antes de tratar de llegar a un acuerdo sobre su frontera marítima, ni impone una obligación a las partes de resolver su controversia sobre la frontera marítima por conducto de un método concreto de solución.

En consonancia con el Artículo 32 de la Convención de Viena, la Corte ha examinado los trabajos preparatorios del Memorando de Entendimiento, por más limitados que fueran, y las circunstancias en que se celebró, y considera que todo ello confirma que el Memorando no tenía por objeto establecer un procedimiento para la solución de la controversia sobre la frontera marítima entre las partes.

*3. Conclusión sobre si la reserva incluida en la declaración de Kenya en virtud del Artículo 36, párrafo 2, es aplicable en virtud del Memorando de Entendimiento (párr. 106)*

La Corte llega a la conclusión de que el Memorando de Entendimiento no constituye un acuerdo para “recurrir a algún otro método o métodos de solución” en el sentido de la reserva de Kenya a su declaración en virtud del Artículo 36, párrafo 2, y, por consiguiente, esta causa no queda, en virtud del Memorando, fuera del alcance del consentimiento otorgado por Kenya a la jurisdicción de la Corte.

*B. Parte XV de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (párrs. 107 a 133)*

La Corte examina a continuación si la Parte XV de la CNUDM (titulada “Solución de controversias”) equivale a un acuerdo con respecto a un método de solución de la controversia sobre la frontera marítima en el sentido de la reserva de Kenya.

En primer lugar, la Corte recuerda que la Parte XV, titulada “Solución de controversias”, consta de tres secciones. En la

sección 1 se establecen las disposiciones generales relativas a la solución pacífica de controversias. Exige a los Estados partes que resuelvan las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de la Convención por medios pacíficos (art. 279) pero dispone expresamente que son libres de emplear “cualquier medio pacífico de su elección” (art. 280). Los Estados partes pueden convenir entre sí un medio de solución que no conduzca a una decisión vinculante de un tercero (por ejemplo, la conciliación). Sin embargo, si no se ha llegado a una solución recurriendo a esos medios, cualquiera de esos Estados partes podrá someter la controversia a la corte o tribunal competentes con arreglo a la sección 2 de la Parte XV, a menos que su acuerdo de recurrir a esos medios de solución haya excluido los procedimientos que entrañan una decisión vinculante previstos en la sección 2 (Artículo 281, párr. 1). Por último, aunque el Artículo 282 no hace ninguna referencia expresa a un acuerdo por el que se reconozca la competencia de la Corte por la vía de las declaraciones formuladas en virtud de la cláusula facultativa, dispone no obstante que un acuerdo para someter una controversia a un determinado procedimiento que se aplica en lugar de los procedimientos previstos en la sección 2 de la Parte XV puede figurar no solo en un “acuerdo general, regional o bilateral” sino que también se puede alcanzar “de alguna otra manera”.

Los términos “o de alguna otra manera” que figuran en el Artículo 282 abarcan por consiguiente la aceptación de la competencia de la Corte resultante de las declaraciones formuladas en virtud de la cláusula facultativa. Kenya y Somalia reconocen esta interpretación del Artículo 282 y están de acuerdo en que, si dos Estados han aceptado la competencia de la Corte en virtud de la cláusula facultativa con respecto a una controversia relativa a la interpretación o aplicación de la CNUDM, ese acuerdo sería aplicable a la solución de esa controversia en lugar de los procedimientos que figuran en la sección 2 de la Parte XV. También es evidente que, si una reserva a una declaración en virtud de la cláusula facultativa excluyera las controversias relativas a un determinado asunto, no habría aceptación de la competencia de la Corte en el sentido del Artículo 282, de modo que se aplicarían a esas controversias los procedimientos previstos en la sección 2 de la Parte XV, a reserva de las limitaciones y excepciones que se derivan de la aplicación de la sección 3.

En la presente causa, sin embargo, la Corte debe decidir si el Artículo 282 debe interpretarse de manera que una declaración formulada en virtud de la cláusula facultativa que contenga una reserva como la de Kenya está comprendida en el ámbito de aplicación de ese artículo. Los trabajos preparatorios de la CNUDM dejan claro que los negociadores prestaron especial atención a las declaraciones formuladas en virtud de la cláusula facultativa cuando redactaron el Artículo 282, asegurándose, mediante el empleo de los términos “o de alguna otra manera”, que las aceptaciones de la competencia de la Corte basadas en declaraciones en virtud

de la cláusula facultativa entran dentro del ámbito de aplicación del Artículo 282.

El Artículo 282 debe interpretarse por consiguiente en el sentido de que una aceptación de la competencia de la Corte mediante declaraciones en virtud de la cláusula facultativa queda comprendida en el ámbito de ese Artículo y se aplica “en lugar” de los procedimientos previstos en la sección 2 de la Parte XV, incluso aunque esas declaraciones contengan una reserva a los mismos efectos que la de Kenya. La interpretación contraria significaría que, al ratificar un tratado en el que se da prioridad a los procedimientos acordados resultantes de declaraciones en virtud de la cláusula facultativa (de conformidad con el Artículo 282 de la CNUDM), los Estados habrían logrado precisamente el resultado contrario, dando prioridad, en cambio, a los procedimientos que figuran en la sección 2 de la Parte XV. Por consiguiente, en virtud del Artículo 282, las declaraciones de las partes en virtud de la cláusula facultativa constituyen un acuerdo alcanzado “de alguna otra manera” para resolver en esta Corte las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de la CNUDM, y el procedimiento ante esta Corte se aplicará por tanto “en lugar” de los procedimientos previstos en la sección 2 de la Parte XV.

Como se señaló anteriormente, la aceptación de la competencia de la Corte por parte de Kenya se extiende a “todas las controversias”, salvo aquellas para las que las partes hayan convenido en un método de solución que no sea recurrir a la Corte. En la presente causa, la Parte XV de la CNUDM no contempla ese otro método de solución de controversias. Por consiguiente, esta controversia no queda fuera, en virtud de la Parte XV de la CNUDM, del ámbito de aplicación de la declaración de Kenya en virtud de la cláusula facultativa.

La conclusión de que la Corte tiene competencia hace efectiva la intención reflejada en la declaración de Kenya, ya que hace que esta controversia sea sometida a un método de solución de controversias. En cambio, puesto que un procedimiento convenido en el sentido del Artículo 282 tiene precedencia sobre los procedimientos establecidos en la sección 2 de la Parte XV, no hay ninguna certeza de que se cumpliera esa intención si la Corte se declarara no competente.

### C. Conclusión (párr. 134)

A tenor de su conclusión de que ni el Memorando de Entendimiento ni la Parte XV de la CNUDM entran dentro del ámbito de la reserva a la declaración formulada por Kenya en virtud de la cláusula facultativa, la Corte decide que la excepción preliminar de Kenya a su competencia debe ser desestimada.

### III. Segunda excepción preliminar: admisibilidad de la demanda de Somalia (párrs. 135 a 144)

La Corte examina a continuación la excepción preliminar de Kenya a la admisibilidad de la demanda de Somalia.

En apoyo de su afirmación de que la demanda es inadmisibles, Kenya expone dos argumentos.

En primer lugar, Kenya afirma que la demanda es inadmisibles porque las partes habían acordado en el Memorando de Entendimiento que negociarían la delimitación de la frontera en disputa, y lo harían únicamente después de que la Comisión de Límites de la Plataforma Continental hubiera finalizado el examen de las comunicaciones de las partes. Habiendo determinado la Corte previamente que en el Memorando de Entendimiento no figuraba ese acuerdo, también debe desestimar este aspecto de la segunda excepción preliminar de Kenya.

En segundo lugar, Kenya afirma que la demanda es inadmisibles porque Somalia infringió el Memorando de Entendimiento al oponerse a que la Comisión de Límites de la Plataforma Continental examinase la presentación de Kenya, para dar luego su consentimiento al respecto inmediatamente antes de presentar su propia memoria. Según Kenya, la retirada del consentimiento fue un incumplimiento de las obligaciones de Somalia en virtud del Memorando de Entendimiento que generó importantes costos y retrasos. Kenya sostiene también que un Estado que “solicite reparación ante la Corte debe venir con las manos limpias” y que Somalia no lo ha hecho. La Corte observa que el hecho de que un demandante pueda haber infringido un tratado objeto de disputa en la causa no afecta de por sí a la admisibilidad de su demanda. Además, la Corte señala que Somalia no se apoya en el Memorando de Entendimiento como instrumento que confiera competencia a la Corte ni como fuente de derecho sustantivo por el que se rija el fondo de la presente causa. Por lo tanto, la objeción de Somalia a que la Comisión de Límites de la Plataforma Continental examinase la presentación de Kenya no hace inadmisibles la demanda.

En vista de cuanto antecede, la Corte decide que la excepción preliminar a la admisibilidad de la demanda de Somalia debe ser desestimada.

\*  
\* \*

### Declaración del Vicepresidente Yusuf

1. El Vicepresidente Yusuf coincide con la decisión de la Corte sobre las excepciones preliminares opuestas por Kenya y con el razonamiento que llevó a la Corte a su decisión. No obstante, las circunstancias en que ha surgido la presente controversia acerca de la competencia de la Corte exigen que se formulen algunas observaciones.

2. El Memorando de Entendimiento de la presente causa fue redactado, en realidad, por el Embajador Hans Wilhelm Longva de Noruega en el contexto de la ayuda prestada por Noruega a los Estados de África, que les permitió formular presentaciones o comunicar información preliminar a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental

dentro de los plazos establecidos por los Estados partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

3. Muchos Estados africanos carecen de los conocimientos técnicos especializados en materia de geología, geofísica e hidrología necesarios para preparar una presentación dirigida a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental; en este sentido, la asistencia de Noruega fue inestimable. Sin embargo, esa asistencia técnica debe distinguirse de la redacción y celebración del Memorando de Entendimiento, que es un asunto jurídico y de política que fácilmente podría haber sido negociado directamente por los dos Estados vecinos.

4. Más de 50 años después de su independencia, es sorprendente que Somalia y Kenya mantengan una controversia sobre un acuerdo que ninguna de ellas negoció ni redactó. El derecho internacional en el siglo XXI es más importante que nunca; sus efectos impregnan la vida cotidiana de las personas en todo el mundo. A medida que ha aumentado el alcance del derecho internacional, también lo ha hecho la importancia de que cada Estado participe activamente en la creación de instrumentos y normas jurídicos internacionales que afectan a sus poblaciones y recursos, y comprenda las obligaciones que asume.

5. Ningún Gobierno puede permitirse hoy poner su firma en un instrumento jurídico bilateral que no haya negociado cuidadosamente y al que apenas haya contribuido. Esto se aplica especialmente a los Gobiernos africanos, que, debido a su dolorosa experiencia histórica con los acuerdos jurídicos internacionales concertados con potencias extranjeras, deberían prestar especial atención al contenido de esos acuerdos.

### Opinión disidente del Magistrado Bennouna

En la causa incoada por Somalia en relación con la delimitación marítima en el océano Índico, la Corte ha desestimado la primera excepción preliminar de Kenya que se refería a la existencia de otro método de solución de controversias de conformidad con el párrafo 6 del Memorando. Puesto que la controversia giraba en torno a la interpretación de ese párrafo, la Corte se remitió a la regla general de interpretación consagrada en el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece, como punto de partida, el sentido corriente de los términos del tratado. Sin embargo, la Corte procedió de manera diferente y dio por sentado que el párrafo 6 era difícil de comprender sin un análisis general del contexto en que debía interpretarse, así como su objeto y fin. Al proceder así, la Corte invirtió la regla general de interpretación y llegó a la conclusión de que el sexto párrafo no constituía otro método de solución de la controversia marítima y, por lo tanto, no hacía que entrase en juego la reserva de Kenya. El razonamiento por analogía entre el párrafo 6 y el Artículo 83 de la CNUDM ha con-

ducido a la Corte a conclusiones erróneas, ya que estas disposiciones no son comparables. En particular, a diferencia del Artículo 83 de la CNUDM, en el párrafo 6 figura una limitación temporal precisa. En última instancia, la Corte ha llegado a dar un significado distinto a los términos del sexto párrafo que no guarda relación con su significado ordinario, al sostener que no establecen un procedimiento de solución de controversias que pueda quedar comprendido en el ámbito de aplicación de la reserva de Kenya.

### Declaración conjunta de los Magistrados Gaja y Crawford

Los Magistrados Gaja y Crawford discreparon de las razones de la mayoría sobre las cuestiones de competencia y admisibilidad con respecto al Memorando de Entendimiento.

En cuanto a la competencia, argumentaron que el párrafo 6 del Memorando de Entendimiento, al establecer una obligación de negociar, no afectaría a la competencia de la Corte a menos que entrara dentro del ámbito de la reserva formulada por Kenya a su declaración en virtud de la cláusula facultativa. Las palabras “otro método [...] de solución” que figuran en la reserva de Kenya contemplan un método de solucionar la controversia. Pero las negociaciones de buena fe pueden no dar lugar a una solución de ese tipo. Para que las negociaciones entrasen dentro de la reserva de Kenya, las partes deberían haber convenido en alcanzar un acuerdo mediante negociaciones (es decir, un *pactum de contrahendo*) o haber prescrito que la negociación fuese el único método de solución. Las partes convienen en que el párrafo 6 del Memorando de Entendimiento no impone la obligación de llegar a un acuerdo. Tampoco existe ningún motivo que indique que las partes tenían el propósito de excluir el recurso a otros métodos de solución si fracasaran las negociaciones. Por ello, el párrafo 6 no quedaba incluido dentro de la reserva formulada por Kenya a su declaración en virtud de la cláusula facultativa.

En cuanto a la admisibilidad, los Magistrados Gaja y Crawford argumentaron que el párrafo 6 del Memorando de Entendimiento obligaba a cada una de las partes a abstenerse de adoptar medidas unilaterales para la solución de controversias antes de que la Comisión de Límites de la Plataforma Continental hubiese formulado su recomendación. Sin embargo, las partes eran libres de apartarse de esta limitación temporal, lo cual hicieron en 2014 al entablar negociaciones sin reservar su postura con arreglo al párrafo 6. Al hacerlo, dejaron a un lado la limitación temporal del párrafo 6 e hicieron que la demanda de Somalia fuese admisible.

### Opinión disidente del Magistrado Robinson

El Magistrado Robinson discrepa de la mayoría con respecto a la desestimación de la primera excepción preliminar de Kenya. Sin embargo, su opinión se centra en la desestimación del segundo fundamento esgrimido por Kenya para su

primera excepción preliminar, ya que considera que es más problemática debido a las gravísimas consecuencias que tiene para la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Parte XV de la Convención, que fueron cuidadosamente elaboradas.

De conformidad con el Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte, Kenya y Somalia aceptaron la competencia de la Corte con determinadas reservas. Con respecto a la reserva pertinente para la presente causa, Kenya aceptó la competencia de la Corte en todas las controversias distintas de las “controversias con respecto a las cuales las partes en la controversia hayan convenido o convengan en recurrir a algún otro método o métodos de solución”.

Habida cuenta de este texto lúcido y sin ambigüedades, el Magistrado Robinson sostiene que es totalmente irrazonable que la mayoría llegara a la conclusión de que las declaraciones de Kenya y Somalia en virtud de la cláusula facultativa constituyen un acuerdo que entra dentro del ámbito de aplicación del Artículo 282, cuando la Parte XV de la CNUDM establece en el Artículo 287 otros métodos de solución.

El Magistrado Robinson discrepa del criterio numérico (la conclusión de la mayoría se basa en el hecho de que “más de la mitad de las declaraciones en virtud de la cláusula facultativa en vigor por entonces” incluían una reserva similar a la formulada por Kenya) que utilizó la mayoría para determinar si pueden interpretarse los trabajos preparatorios en el sentido de que excluían las reservas como las de Kenya. Apunta que lo que se necesita es una evaluación cualitativa de los efectos de la reserva de Kenya sobre las declaraciones de ambos Estados en virtud de la cláusula facultativa y que el error manifiesto de la decisión de la mayoría es su negativa a llevar a cabo esa evaluación. En su opinión, esa evaluación muestra claramente que el vínculo consensual necesario para que las declaraciones en virtud de la cláusula facultativa fundamenten la competencia de la Corte no puede asentarse en el entorno creado por la reserva de Kenya y que, por lo tanto, no existe ningún procedimiento acordado en el sentido de lo dispuesto en el Artículo 282 de la CNUDM que deba aplicarse en lugar de los procedimientos de la Parte XV.

El Magistrado llega a la conclusión de que el efecto neto del fallo de la mayoría es darle la vuelta por completo al Artículo 287, párrafo 3, de la CNUDM, al tratar a la Corte Internacional de Justicia como el mecanismo por defecto cuando esa disposición asigna esa función al tribunal constituido de conformidad con el anexo VII a que se hace referencia en el Artículo 287, párrafo 1, apartado c).

### Opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Guillaume

El Magistrado *ad hoc* Guillaume discrepa de la decisión de la Corte de desestimar la primera excepción preliminar opuesta por Kenya en tanto que se basa en el Memorando de Entendimiento de 7 de abril de 2009. Considera que el párrafo 6 del Memorando de Entendimiento, interpretado de buena fe conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a sus términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta el objeto y fin del Memorando de Entendimiento, establece un método de solución para la controversia sobre la delimitación marítima entre Somalia y Kenya. Al suscribirlo, las partes se comprometieron a negociar con miras a alcanzar un acuerdo una vez que la Comisión de Límites de la Plataforma Continental hubiese examinado sus respectivas presentaciones relativas a los límites exteriores de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas.

El Magistrado *ad hoc* Guillaume considera además que las conversaciones mantenidas por las partes en 2014 no pueden interpretarse como un acuerdo ulterior sobre la interpretación del párrafo 6 del Memorando de Entendimiento, o como la expresión de una renuncia por Kenya a sus derechos en virtud de ese párrafo. Por último, en su opinión, no cabe sostener que se haya agotado la obligación de negociar que figura en el párrafo 6.

Por consiguiente, el Magistrado *ad hoc* Guillaume llega a la conclusión de que, habida cuenta de la reserva formulada por Kenya a su declaración en virtud del Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto (que excluye las controversias respecto de las cuales las partes en la controversia hayan convenido en recurrir a algún otro método de solución), la Corte debería haber declarado que carecía de competencia.

## 221. APLICACIÓN DEL CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO Y DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL (UCRANIA c. FEDERACIÓN DE RUSIA) [MEDIDAS PROVISIONALES]

### Providencia de 19 de abril de 2017

El 19 de abril de 2017, la Corte Internacional de Justicia dictó su providencia sobre la solicitud de medidas provisionales presentada por Ucrania en la causa relativa a la *Aplicación del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Ucrania c. Federación de Rusia)*. En su providencia, la Corte indicó diversas medidas provisionales.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Crawford; Magistrados *ad hoc* Pocar, Skotnikov; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

En la parte dispositiva (párr. 106) de la providencia se establece lo siguiente:

“[...]”

La Corte,

*Indica* las siguientes medidas provisionales:

1) En lo que concierne a la situación en Crimea, la Federación de Rusia debe, con arreglo a las obligaciones que le incumben en virtud de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial,

a) Por 13 votos contra 3,

Abstenerse de mantener o imponer limitaciones a la capacidad de la comunidad tártara de Crimea de conservar sus instituciones representativas, incluido el *Mejlis*;

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Bennouna, Cançado Trindade, Greenwood, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Crawford; Magistrado *ad hoc* Pocar;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Tomka, Xue; Magistrado *ad hoc* Skotnikov;

b) Por unanimidad,

Asegurar que se disponga de educación en idioma ucraniano;

2) Por unanimidad,

Ambas partes se abstendrán de cualquier acción que pueda agravar o prolongar la controversia sometida a la Corte o dificultar su solución”.

\*  
\* \*

El Magistrado Owada adjuntó una opinión separada a la providencia de la Corte; el Magistrado Tomka adjuntó una declaración a la providencia de la Corte; los Magistrados Cançado Trindade y Bhandari adjuntaron sendas opiniones separadas a la providencia de la Corte; el Magistrado Crawford adjuntó una declaración a la providencia de la Corte; los Magistrados *ad hoc* Pocar y Skotnikov adjuntaron sendas opiniones separadas a la providencia de la Corte.

\*  
\* \*

#### I. Introducción (párrs. 1 a 16)

La Corte recuerda que, el 16 de enero de 2017, Ucrania incoó un procedimiento contra la Federación de Rusia en relación con presuntas infracciones del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (en adelante, “el Convenio”) y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante, “la Convención”). El mismo día, Ucrania presentó una solicitud de medidas provisionales con vistas a salvaguardar los derechos que reivindica al amparo de los dos instrumentos, a la espera de la decisión de la Corte sobre el fondo.

En lo que respecta al Convenio, en el párrafo 23 de su solicitud de medidas provisionales Ucrania pidió a la Corte que dictara las siguientes medidas provisionales:

“a) La Federación de Rusia se abstendrá de cualquier acción que pueda agravar o prolongar la controversia sometida a la Corte en relación con el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo o dificultar su solución.

b) La Federación de Rusia ejercerá un control adecuado de su frontera para evitar nuevos actos de financiación del terrorismo, incluido el suministro de armas procedentes de su territorio con destino al territorio de Ucrania.

c) La Federación de Rusia detendrá e impedirá todas las transferencias de dinero, armas, vehículos, equipo, medios de adiestramiento o personal procedentes de su

territorio y destinadas a grupos que hayan participado en actos de terrorismo contra civiles en Ucrania o de los que le conste que en el futuro puedan participar en tales actos, en particular, aunque no exclusivamente, a la ‘República Popular de Donetsk’, la ‘República Popular de Luhansk’, los ‘Partisanos de Járkov’ y demás grupos o personas afines.

d) La Federación de Rusia debe adoptar todas las medidas a su disposición para garantizar que todos los grupos que operan en Ucrania y que ya hayan recibido transferencias de dinero, armas, vehículos, materiales, medios de entrenamiento o personal procedentes de su territorio se abstengan de cometer actos de terrorismo contra civiles en Ucrania”.

En lo que respecta a la Convención, en el párrafo 24 de su solicitud de medidas provisionales Ucrania pidió a la Corte que dictara las siguientes medidas provisionales:

“a) La Federación de Rusia se abstendrá de cualquier acción que pueda agravar o prolongar la controversia sometida a la Corte en relación con la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial o dificultar su solución.

b) La Federación de Rusia se abstendrá de cualquier acto de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones en el territorio que esté bajo su control efectivo, en particular la península de Crimea.

c) La Federación de Rusia cesará y desistirá de los actos de represión política y cultural contra el pueblo tártaro de Crimea y, en particular, suspenderá el decreto por el que se prohíbe el *Mejlis* del Pueblo Tártaro de Crimea y se abstendrá de aplicar este decreto y cualquier otra medida similar mientras la presente causa siga pendiente de resolución.

d) La Federación de Rusia adoptará todas las medidas necesarias para poner fin a la desaparición de tártaros de Crimea y para investigar rápidamente las desapariciones que ya se han producido.

e) La Federación de Rusia debe poner fin y renunciar a todo acto de represión política y cultural contra las personas de etnia ucraniana en Crimea, en particular levantando las restricciones relativas a la educación en lengua ucraniana y respetando los derechos de ese grupo en materia de idioma y educación, en tanto en cuanto la presente causa siga pendiente de resolución”.

La Corte tiene pleno conocimiento del contexto en el que se le ha sometido la presente causa, en particular los enfrentamientos que se estaban librando en extensas partes de la zona oriental de Ucrania y el derribo, el 17 de julio de 2014, del vuelo MH17 de Malaysia Airlines mientras sobrevolaba el territorio ucraniano en ruta entre Ámsterdam y Kuala Lumpur, sucesos que se han cobrado un gran Noero de vidas. No obstante, la causa sometida a la Corte tiene

un alcance limitado. Con respecto a los sucesos acaecidos en la parte oriental de su territorio, Ucrania ha incoado un procedimiento únicamente en relación con el Convenio. En cuanto a los hechos ocurridos en Crimea, la reivindicación de Ucrania se basa exclusivamente en la Convención, y la Corte no está llamada a pronunciarse —como Ucrania ha reconocido expresamente— sobre cualesquiera otras cuestiones que no estén relacionadas con las acusaciones de discriminación racial formuladas por esta última.

## II. Competencia *prima facie* (párrs. 17 a 62)

La Corte comienza observando que, cuando se le presenta una solicitud de medidas provisionales, no tiene obligación de cerciorarse de manera definitiva de que tiene competencia respecto del fondo de la cuestión. En la presente causa, señala que Ucrania pretende fundamentar la competencia de la Corte en el Artículo 24, párrafo 1, del Convenio y en el Artículo 22 de la Convención. Por consiguiente, la Corte debe tratar primero de determinar si las cláusulas jurisdiccionales que figuran en esos instrumentos le confieren *prima facie* competencia para resolver sobre el fondo de la cuestión, lo que le permitiría —si se cumplen las demás condiciones necesarias— dictar medidas provisionales.

### 1. Existencia de una controversia relativa a la interpretación o aplicación del Convenio y la Convención (párrs. 22 a 39)

Tras observar que Ucrania y la Federación de Rusia son partes en ambos instrumentos invocados en la presente causa, la Corte señala que tanto el Artículo 24, párrafo 1, del Convenio como el Artículo 22 de la Convención subordinan la competencia de la Corte a la existencia de una controversia originada por la interpretación o aplicación del instrumento correspondiente. Por lo tanto, en esta etapa del procedimiento la Corte debe examinar: 1) si hay constancia de que existe desacuerdo sobre un aspecto de derecho o de hecho entre los dos Estados; y 2) si ese desacuerdo se refiere a “la interpretación o aplicación” del instrumento correspondiente.

#### a) Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (párrs. 24 a 31)

La Corte considera que, como se desprende del expediente de la causa, las partes difieren con respecto a la cuestión de si los sucesos acaecidos en la zona oriental de Ucrania a partir de la primavera de 2014 plantean cuestiones relativas a los derechos y obligaciones que les corresponden en virtud del Convenio. La Corte observa que, según Ucrania, la Federación de Rusia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 8, 9, 10, 11, 12 y 18. En particular, Ucrania sostiene que la Federación de Rusia no ha adoptado las medidas apropiadas para prevenir la financiación del terrorismo en Ucrania por agentes públicos y privados en el territorio de la Federación de Rusia y que se ha negado en reiteradas ocasiones a investigar,

enjuiciar o extraditar a “autores de infracciones que se encontraban en su territorio y que Ucrania había señalado a su atención”. La Federación de Rusia niega rotundamente que haya cometido alguna de las infracciones expuestas anteriormente.

La Corte considera que al menos algunas de las acusaciones formuladas por Ucrania parecen estar comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Convenio. Opina que los elementos referidos más arriba son suficientes en esta etapa para determinar *prima facie* la existencia de una controversia entre las partes acerca de la interpretación y aplicación del Convenio. Durante las audiencias se planteó la cuestión de la definición de “fondos” recogida en el Artículo 1, párrafo 1, del Convenio. También se planteó la cuestión de si los actos de financiación de actividades terroristas por el propio Estado entran dentro del ámbito de aplicación del Convenio. A los efectos de determinar la existencia de controversia en relación con el Convenio, la Corte considera que no es necesario que se pronuncie sobre estas cuestiones.

b) *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (párrs. 32 a 39)

La Corte considera que, como demuestran los documentos que tiene ante sí, las partes difieren respecto de la cuestión de si los hechos que ocurrieron en Crimea a partir de finales de febrero de 2014 plantean cuestiones relativas a los derechos y obligaciones que les corresponden en virtud de la Convención. La Corte señala que, según ha afirmado Ucrania, la Federación de Rusia incumplió las obligaciones que le incumbían en virtud de esta Convención al discriminar sistemáticamente y maltratar a los tártaros de Crimea y las personas de etnia ucraniana en Crimea, reprimir la expresión política y cultural de la identidad de los tártaros de Crimea, prohibir el *Mejlis*, impedir la reunión de tártaros de Crimea y personas de etnia ucraniana para celebrar y conmemorar importantes eventos culturales, y suprimir la educación en la lengua de los tártaros de Crimea y en lengua ucraniana. La Federación de Rusia ha negado rotundamente que haya cometido alguna de las infracciones expuestas anteriormente.

La Corte considera que los actos a que hace referencia Ucrania, en particular la prohibición del *Mejlis* y las presuntas restricciones de los derechos culturales y educativos de los tártaros de Crimea y las personas de etnia ucraniana, parecen estar comprendidos en el ámbito de aplicación *ratione materiae* de la Convención. En su opinión, los elementos referidos anteriormente son suficientes en esta etapa para determinar *prima facie* la existencia de una controversia entre las partes acerca de la interpretación y aplicación de la Convención.

2. *Condiciones procesales previas* (párrs. 40 a 61)

La Corte señala asimismo que el Convenio y la Convención establecen las condiciones procesales previas que han de

cumplirse para acudir a la Corte. Así, de conformidad con el Artículo 24, párrafo 1, del Convenio, las controversias “que no puedan resolverse mediante negociaciones dentro de un plazo razonable” serán sometidas a arbitraje a petición de una de las partes, y solo podrán someterse a la Corte si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma de organizar el arbitraje en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. De conformidad con el Artículo 22 de la Convención, la controversia sometida a la Corte debe ser una controversia “que no se resuelva mediante negociaciones o mediante los procedimientos que se establecen expresamente” en la Convención. Además, el Artículo 22 establece que la controversia solo podrá ser sometida a la Corte a instancia de una de las partes en la controversia si las partes no han convenido en otro modo de solucionarla. La Corte señala que ninguna de las partes niega que esta última condición se cumpla en la causa.

En relación con las negociaciones a que se refieren ambas cláusulas compromisorias, la Corte observa que las negociaciones son distintas de las meras protestas o discusiones y exigen un verdadero intento por una de las partes de entablar conversaciones con la otra parte con miras a resolver la controversia. En los casos en que se haya tratado de negociar o se hayan iniciado negociaciones, la condición previa de negociación se cumple únicamente cuando el intento de negociar no haya dado resultado o cuando las negociaciones hayan fracasado, hayan resultado inútiles o se hayan estancado. A fin de cumplir la condición previa de negociación recogida en la cláusula compromisoria de un tratado, el objeto de las negociaciones debe estar relacionado con el objeto de la controversia, que, a su vez, debe referirse a las obligaciones sustantivas enunciadas en el tratado en cuestión.

En esta etapa del procedimiento, la Corte tiene que evaluar primero si cabe considerar que Ucrania intentó verdaderamente entablar negociaciones con la Federación de Rusia con miras a resolver su controversia respecto del cumplimiento por esta última de sus obligaciones sustantivas en virtud del Convenio y la Convención, y si Ucrania mantuvo esas negociaciones en toda la medida posible. Por lo que se refiere a la controversia relacionada con el Convenio, si la Corte considera que las negociaciones se celebraron, pero fracasaron, también tendrá que examinar si, antes de acudir a la Corte, Ucrania trató de resolver esa controversia mediante arbitraje en las condiciones previstas en el Artículo 24, párrafo 1, del Convenio. En cuanto a la Convención, junto con el requisito previo de negociación, el Artículo 22 incluye otra condición, a saber, recurrir a “los procedimientos que se establecen expresamente” en la Convención. En este contexto, la Corte deberá determinar si, a los efectos de su decisión sobre la solicitud de medidas provisionales, es necesario examinar la cuestión de la relación entre ambas condiciones previas y el cumplimiento por parte de Ucrania de la segunda.

a) *Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo* (párrs. 47 a 54)

La Corte señala que del expediente de la causa se desprende que en los contactos bilaterales y las negociaciones entre las partes se plantearon cuestiones relativas a la aplicación del Convenio con respecto a la situación en la zona oriental de Ucrania. Se celebraron intercambios diplomáticos en los que Ucrania aludió específicamente al presunto incumplimiento por la Federación de Rusia de sus obligaciones en virtud del Convenio. Asimismo, en un período de dos años las partes se reunieron cara a cara en cuatro ocasiones para celebrar negociaciones centradas específicamente en el Convenio. Estos hechos demuestran que, antes de la interposición de la demanda, Ucrania y la Federación de Rusia habían entablado negociaciones relativas al cumplimiento por esta última de sus obligaciones sustantivas en virtud del Convenio. De los hechos que figuran en el expediente se desprende que esas cuestiones no pudieron resolverse a la sazón mediante negociaciones.

Con respecto al requisito previo relativo a la necesidad de someter la controversia a arbitraje, la Corte señala que, mediante nota verbal de fecha 19 de abril de 2016, Ucrania presentó una solicitud de arbitraje a la Federación de Rusia. Esta respondió mediante nota verbal de fecha 23 de junio de 2016, en la que sugirió que se celebrara una reunión un mes más tarde para examinar “cuestiones relativas al establecimiento” del arbitraje. Mediante nota verbal de fecha 31 de agosto de 2016, Ucrania propuso a la Federación de Rusia recurrir al mecanismo de una sala especial de esta Corte. En su nota verbal dirigida a Ucrania, de fecha 3 de octubre de 2016, la Federación de Rusia rechazó esa propuesta y presentó su propio proyecto de convenio arbitral y el correspondiente reglamento. En una reunión celebrada el 18 de octubre de 2016, las partes examinaron la organización del arbitraje, pero no se llegó a ningún acuerdo. Los intercambios ulteriores entre las partes no resolvieron la situación de estancamiento. Parece ser que, en un plazo de seis meses desde la fecha de la solicitud de arbitraje, las partes no pudieron alcanzar un acuerdo sobre su organización.

La Corte considera que los elementos que anteceden son suficientes en esta fase para establecer *prima facie* que se han cumplido las condiciones procesales previas para acudir a la Corte previstas en el Artículo 24, párrafo 1, del Convenio.

b) *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (párrs. 55 a 61)

La Corte recuerda que ha concluido anteriormente que el Artículo 22 de la Convención establece condiciones previas que han de cumplirse antes de acudir a la Corte. Señala que, como demuestra el expediente de la causa, se han planteado cuestiones relativas a la aplicación de esa Convención con respecto a la situación en Crimea en los contactos bilaterales y las negociaciones entre las partes, que han intercam-

biado numerosas notas diplomáticas y celebrado tres rondas de negociaciones bilaterales sobre el tema. Estos hechos demuestran que, antes de la interposición de la demanda, Ucrania y la Federación de Rusia habían entablado negociaciones en relación con el cumplimiento por esta última de sus obligaciones sustantivas en virtud de la Convención. Del expediente se desprende que, en el momento en que se interpuso la demanda, estas cuestiones no se habían resuelto mediante negociaciones.

El Artículo 22 de la Convención se refiere también a “los procedimientos que se establecen expresamente” en la Convención. Según el Artículo 11 de la Convención, “si un Estado parte considera que otro Estado parte no cumple las disposiciones de la presente Convención”, podrá señalar el asunto a la atención del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Ninguna de las partes afirma que las cuestiones en litigio se hayan señalado a la atención del Comité. Si bien ambas partes convienen en que las negociaciones y el recurso a los procedimientos indicados en el Artículo 22 de la Convención son condiciones previas que han de cumplirse antes de acudir a la Corte, difieren en cuanto a si estas condiciones son alternativas o acumulativas. La Corte estima que no es necesario que se pronuncie sobre esta cuestión en esta etapa del procedimiento. Por consiguiente, el hecho de que Ucrania no sometiera el asunto al Comité no impide a la Corte concluir que tiene competencia *prima facie*.

La Corte considera que, en vista de todo lo anterior, se han cumplido *prima facie* las condiciones procesales previas para acudir a la Corte previstas en el Artículo 22 de la Convención.

3. *Conclusión respecto de la competencia prima facie* (párr. 62)

A la luz de lo que antecede, la Corte se considera, *prima facie*, competente en virtud del Artículo 24, párrafo 1, del Convenio y el Artículo 22 de la Convención para conocer de la causa, en la medida en que la controversia entre las partes se refiere a la “interpretación o aplicación” del instrumento correspondiente.

III. *Derechos cuya protección se reclama y medidas solicitadas* (párrs. 63 a 86)

La Corte recuerda que su potestad para establecer medidas provisionales con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 41 del Estatuto tiene como finalidad la protección de los derechos reivindicados por cada una de las partes en la causa, en espera de su decisión sobre el fondo de la cuestión. De ello se desprende la obligación que atañe a la Corte de proteger aquellos derechos que posteriormente pueda determinar que corresponden a cualquiera de las partes. Por ende, la Corte solo puede ejercer esa potestad si tiene la convicción de que los derechos reivindicados por la parte solicitante de dichas

medidas resultan al menos razonables. Además, debe existir un vínculo entre los derechos cuya protección se solicita y las medidas provisionales que se piden.

#### 1. *Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo* (párrs. 65 a 77)

La Corte señala que el Convenio impone una serie de obligaciones a los Estados partes con respecto a la prevención y represión de la financiación del terrorismo. Sin embargo, a los efectos de su solicitud de medidas provisionales, Ucrania invoca sus derechos y las correspondientes obligaciones de la Federación de Rusia previstos únicamente en el Artículo 18 del Convenio. Dicho Artículo establece, en lo esencial, la obligación de los Estados partes de cooperar para prevenir la financiación del terrorismo, es decir, la provisión o recaudación de fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que se utilizarán, para llevar a cabo actos de terrorismo, según se definen en el Artículo 2 del Convenio. Por consiguiente, en el marco de una solicitud de medidas provisionales, un Estado parte en el Convenio podrá invocar el Artículo 18 para exigir a otro Estado parte que coopere con él en la prevención de determinados tipos de actos únicamente si es plausible que esos actos constituyan delitos conforme a lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio.

La Corte observa que los actos a que se refiere Ucrania han ocasionado la muerte y lesiones a un gran Noero de civiles. Sin embargo, a fin de determinar si los derechos para los cuales Ucrania solicita protección son por lo menos plausibles, es necesario determinar si existen razones suficientes para considerar que se dan los elementos enunciados en el Artículo 2, como la intención y el conocimiento, así como el elemento de la finalidad. La Corte opina que, en esta etapa del procedimiento, Ucrania no ha aportado pruebas que ofrezcan una base suficiente para considerar plausible que se den estos elementos. Por lo tanto, concluye que no se cumplen las condiciones necesarias para dictar medidas provisionales en relación con los derechos invocados por Ucrania sobre la base del Convenio. La Corte destaca que esta conclusión se entiende sin perjuicio de la obligación de las partes de cumplir los requisitos establecidos en el Convenio y, en particular, en su Artículo 18.

#### 2. *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (párrs. 78 a 86)

La Corte observa que la Convención impone una serie de obligaciones a los Estados partes con respecto a la eliminación de la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones. A los efectos de la Convención, la expresión “discriminación racial” incluye la discriminación por motivos de origen étnico. La Corte observa que existe una correlación entre el respeto de los derechos individuales, las obligaciones que incumben a los Estados partes en virtud de

la Convención y el derecho de los Estados partes a promover su cumplimiento.

La Corte señala que los artículos 2 y 5 de la Convención tienen por objeto proteger a las personas frente a la discriminación racial. En consecuencia, en el marco de una solicitud de medidas provisionales, un Estado parte en la Convención podrá hacer valer los derechos consagrados en los artículos 2 y 5 únicamente si es plausible que los actos denunciados constituyan actos de discriminación racial conforme a lo dispuesto en la Convención. En la presente causa, a partir de las pruebas presentadas ante la Corte por las partes, se advierte que algunos de los actos denunciados por Ucrania cumplen esta condición de plausibilidad. Así ocurre con respecto a la prohibición del *Mejlis* y las presuntas restricciones a los derechos educativos de las personas de etnia ucraniana.

La Corte aborda a continuación la cuestión del vínculo entre los derechos reivindicados y las medidas provisionales solicitadas. Observa que las medidas provisionales solicitadas por Ucrania están destinadas a impedir que la Federación de Rusia cometa actos de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones en la península de Crimea (apartado *b*)); prevenir los actos de represión política y cultural contra el pueblo tártaro de Crimea, en particular suspender el decreto por el que se prohíbe el *Mejlis* (apartado *c*)); prevenir la desaparición de tártaros de Crimea y garantizar que se investiguen rápidamente las desapariciones que ya se hayan producido (apartado *d*)); y prevenir los actos de represión política y cultural contra las personas de etnia ucraniana en Crimea, en particular suspender las restricciones a la educación en lengua ucraniana (apartado *e*)). Como ya ha recordado la Corte, debe haber un vínculo entre las medidas que se solicitan y los derechos que, según se afirma, corren un riesgo de perjuicio irreparable. Así ocurre en el presente procedimiento con respecto a las medidas encaminadas a salvaguardar los derechos de Ucrania con arreglo a los artículos 2 y 5 de la Convención, en lo que atañe a la capacidad de la comunidad tártara de Crimea de conservar sus instituciones representativas y la necesidad de asegurar la disponibilidad en las escuelas de Crimea de educación en lengua ucraniana.

#### IV. *Riesgo de perjuicio irreparable y urgencia* (párrs. 87 a 98)

Teniendo en cuenta su conclusión anterior de que no se cumplen las condiciones necesarias para dictar medidas provisionales en lo relativo a los derechos invocados por Ucrania sobre la base del Convenio, la Corte considera que la cuestión del riesgo de perjuicio irreparable y la urgencia solo se plantea en relación con las medidas provisionales solicitadas con respecto a la Convención.

La Corte recuerda que tiene potestad para dictar medidas provisionales cuando se pueda producir un perjuicio irreparable a los derechos objeto del procedimiento judicial, pero que solo cabe ejercer dicha facultad en caso de

urgencia, en la medida en que exista un riesgo real e inminente de que se pueda causar un perjuicio irreparable a los derechos objeto de controversia antes de que la Corte pronuncie su decisión final.

La Corte señala que algunos de los derechos objeto del presente procedimiento, en particular los derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales establecidos en el Artículo 5, apartados *c*), *d*) y *e*), de la Convención, son de tal naturaleza que el perjuicio causado a esos derechos podría ocasionar un daño irreparable. Basándose en la información que tiene ante sí en este momento, la Corte opina que los tártaros de Crimea y las personas de etnia ucraniana en Crimea parecen seguir siendo vulnerables.

A este respecto, la Corte toma nota del informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) sobre la situación de los derechos humanos en Ucrania (que abarca el período comprendido entre el 16 de mayo y el 15 de agosto de 2016), en el que se reconoció que “la prohibición del *Mejlis*, órgano de autogobierno con funciones cuasiejecutivas, parece negar a los tártaros de Crimea —un pueblo indígena de Crimea— el derecho a elegir sus instituciones representativas”, así como del informe del ACNUDH sobre la situación de los derechos humanos en Ucrania (que abarca el período comprendido entre el 16 de agosto y el 15 de noviembre de 2016), en el que se explicó que ninguna de las organizaciones no gubernamentales tártaras de Crimea registradas actualmente en Crimea puede considerarse dotada del mismo grado de representatividad y legitimidad que el *Mejlis*, elegido por la asamblea de los tártaros de Crimea, a saber, el *Kurultai*. La Corte toma nota también del informe de la misión de evaluación de los derechos humanos en Crimea de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) (que abarca el período comprendido entre el 6 y el 18 de julio de 2015), según el cual “la educación en lengua ucraniana está desapareciendo en Crimea debido a la presión ejercida sobre las administraciones escolares, los docentes, los padres y los niños para que abandonen la enseñanza de la lengua ucraniana o en lengua ucraniana”. El ACNUDH ha observado que “el inicio del curso escolar 2016-2017 en Crimea y la ciudad de Sebastopol confirmó el continuo retroceso del ucraniano como lengua de instrucción” (informe sobre la situación de los derechos humanos en Ucrania, que abarca el período comprendido entre el 16 de agosto y el 15 de noviembre de 2016). Estos informes ponen de manifiesto, *prima facie*, que se han impuesto restricciones a la disponibilidad en las escuelas de Crimea de educación en lengua ucraniana.

La Corte considera que existe un riesgo inminente de que los hechos expuestos anteriormente puedan causar un perjuicio irreparable a los derechos invocados por Ucrania.

V. *Conclusión y medidas que han de adoptarse* (párrs. 99 a 105)

La Corte concluye que se cumplen las condiciones que establece su Estatuto para dictar medidas provisionales en relación con la Convención. La Corte recuerda a la Federación de Rusia su deber de cumplir las obligaciones que le incumben en virtud de la Convención y considera que, con respecto a la situación en Crimea, la Federación de Rusia debe abstenerse, hasta que se adopte la decisión final en la causa, de mantener o imponer limitaciones a la capacidad de la comunidad tártara de Crimea de conservar sus instituciones representativas, incluido el *Mejlis*. Además, la Federación de Rusia debe asegurar la disponibilidad de educación en lengua ucraniana. La Corte también considera necesario dictar una medida encaminada a evitar el agravamiento de la controversia entre las partes.

Con respecto a la situación en la zona oriental de Ucrania, la Corte recuerda a las partes que el Consejo de Seguridad, en su resolución 2202 (2015), hizo suyo el Conjunto de Medidas para la Aplicación de los Acuerdos de Minsk, aprobado y firmado en Minsk el 12 de febrero de 2015. La Corte espera que las partes, mediante esfuerzos individuales y conjuntos, trabajen en pro de la plena aplicación de este Conjunto de Medidas a fin de lograr un arreglo pacífico del conflicto en las regiones del este de Ucrania.

\*  
\* \* \*

### Opinión separada del Magistrado Owada

En vista de la justificación de las medidas provisionales y de la jurisprudencia de la Corte sobre este asunto, los requisitos necesarios para dictar medidas provisionales se dividen en dos categorías, a saber: la competencia *prima facie* de la Corte y la plausibilidad de los derechos reivindicados, que están relacionadas con el alcance del marco jurídico para el ejercicio por la Corte de la facultad que le confiere el Artículo 41 del Estatuto; mientras que los otros dos requisitos, esto es, el riesgo de perjuicio irreparable y la urgencia, están sujetos a la facultad discrecional de la Corte para determinar si procede dictar o no medidas provisionales.

Sobre la base de este entendimiento, las dos primeras categorías solo pueden determinarse con carácter provisional, y el nivel aplicable, especialmente en el caso del criterio de plausibilidad, debe ser relativamente bajo. La jurisprudencia pertinente de la Corte así lo corrobora, y la elección del término “plausibilidad” sugiere que es equivalente a “posibilidad” o “admisibilidad” de la existencia de los derechos reivindicados.

En la presente causa, los derechos reivindicados por Ucrania al amparo del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo son plausibles. La

afirmación que hace la Corte en el párrafo 74 de que “un Estado parte en el Convenio podrá invocar el Artículo 18 para exigir a otro Estado parte que coopere con él en la prevención de determinados tipos de actos únicamente si es plausible que esos actos constituyan delitos conforme a lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio” es contraria a la jurisprudencia establecida. Todo lo que tendría que demostrar Ucrania es que los derechos que reivindica en virtud del Convenio son “plausibles” o “admisibles”.

No obstante, el Magistrado Owada considera que la parte solicitante no ha satisfecho el criterio de la existencia de un riesgo real e inminente de perjuicio irreparable en la presente causa, ya que persisten muchas incertidumbres en cuanto a si circulan fondos y suministros militares de un lugar a otro y, de ser así, quién realiza esos movimientos y con qué propósito. Además, no podría considerarse que los derechos que se reivindican en virtud del Artículo 18 del Convenio corren un riesgo inminente por cuanto no puede afirmarse en esta etapa que existe un riesgo de perjuicio irreparable, ya que Ucrania todavía puede tratar de obtener de manera efectiva la cooperación de buena fe de la Federación de Rusia para que cumpla, en el futuro, su obligación. Por estas diversas razones, el Magistrado Owada está de acuerdo con la decisión de la Corte de no dictar medidas provisionales respecto del Convenio.

### Declaración del Magistrado Tomka

Si bien el Magistrado Tomka conviene en que la Federación de Rusia ha contraído determinadas obligaciones en virtud de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, considera que el párrafo 1 *a*) de la parte dispositiva de la providencia dictada por la Corte va demasiado lejos. Observa que las actividades del *Mejlis* están prohibidas por orden del Tribunal Supremo de Crimea, confirmada en apelación, debido a presuntas “actividades extremistas”. El Magistrado señala que la Corte no ha dado ninguna consideración a los motivos de esa prohibición, que se aclaran en esas decisiones. Además, observa que la Corte no actúa como un tribunal de apelación y no debería revocar las decisiones adoptadas por tribunales nacionales, en particular en la etapa del procedimiento relativa a una solicitud de medidas provisionales.

El Magistrado Tomka señala que la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial garantiza el derecho a no sufrir discriminación racial en el goce de determinados derechos, pero que los derechos subyacentes están sujetos a posibles limitaciones. Señala que, al considerar si procede dictar medidas provisionales, la Corte debe sopesar los derechos respectivos de las partes. Si bien las partes difieren en cuanto a la soberanía sobre Crimea, cuestión que no ha sido sometida a la Corte, no hay desacuerdo en lo que atañe a la aplicabilidad de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial en ese territorio. Independientemente del fundamento jurídico del ejercicio de su control y jurisdicción en Crimea, la Federación de Rusia debería estar en condiciones de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad pública.

Por último, el Magistrado Tomka considera que Ucrania no demostró que existía urgencia en esta causa. Señala que las demandas de Ucrania probablemente se resuelvan en los próximos cuatro años y que la Federación de Rusia menciona la existencia de otras organizaciones que parecen estar en condiciones de promover, entretanto, los intereses de la comunidad tártara de Crimea, al menos hasta cierto punto.

Opinión separada del Magistrado Cançado Trindade

### Opinión separada del Magistrado Cançado Trindade

1. En su opinión separada, que consta de 12 partes, el Magistrado Cançado Trindade comienza explicando que, si bien ha contribuido con su voto a la adopción de la presente providencia en la que se dictan medidas provisionales de protección, se considera obligado a explayarse sobre algunas cuestiones conexas que subyacen a la presente decisión de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) pero no se abordan en su razonamiento, y a dejar constancia de los fundamentos de su propia posición personal al respecto. Esas cuestiones son: *a*) el desarrollo conceptual de medidas provisionales de protección; *b*) el criterio de la vulnerabilidad de determinados sectores de la población (la vulnerabilidad de los seres humanos en la jurisprudencia y en la presente causa); *c*) la extrema vulnerabilidad de las víctimas, el riesgo de un nuevo daño irreparable y la urgencia de la situación; *d*) el criterio decisivo: la vulnerabilidad humana por encima de la “plausibilidad” de los derechos; *e*) la necesidad y la importancia de la adopción de medidas provisionales de protección en la presente causa; *f*) la preocupación de la comunidad internacional por las condiciones de vida de la población en todo el mundo; *g*) las medidas provisionales, y la protección de la persona humana, más allá de la estricta dimensión interestatal; *h*) la violencia crónica y la tragedia de la vulnerabilidad humana; *i*) las medidas provisionales y la protección de las personas que se encuentran en el territorio; y *j*) el régimen jurídico autónomo de las medidas provisionales de protección: la obligación de respetarlas, el incumplimiento de esta obligación y la responsabilidad del Estado, la pronta determinación de tales incumplimientos y la obligación de reparación.

2. El Magistrado comienza recordando el desarrollo conceptual de las medidas provisionales de protección y su transposición gradual del derecho (procesal) nacional al internacional, en la primera mitad del siglo XX, en la práctica internacional en materia arbitral y judicial (parte II). De ese modo ha quedado más patente el carácter jurídico preventivo de esas medidas, lo que pone de manifiesto su importancia para el desarrollo progresivo del propio derecho internacional. El Magistrado Cançado Trindade señala que, a su juicio, “las medidas provisionales de protección han evolucionado a lo largo de la historia y han pasado de ser medidas jurídicas

*cautelares* en el derecho procesal nacional hasta convertirse en garantías jurisdiccionales de carácter preventivo en el derecho procesal internacional, dotadas de un carácter verdaderamente *tutelar*” (párr. 4).

3. Además, el Magistrado continúa señalando que las medidas provisionales de protección han allanado el camino para una *vigilancia continua*, en situaciones prolongadas de gravedad y urgencia extremas, a fin de evitar daños irreparables a las personas, en particular las que se encuentran en una situación de gran vulnerabilidad, cuando no de indefensión (párr. 5). Por ello, es importante seguir prestando atención al desarrollo conceptual del *régimen jurídico autónomo* (párr. 8) de esas medidas. A este respecto, el Magistrado Caçado Trindade recuerda que, a lo largo de los años (desde 1999 hasta la actualidad), ha observado —en dos jurisdicciones internacionales en que esas medidas cuentan con una base *convencional*— obligaciones dimanantes de medidas provisionales de protección *per se*, distintas de las obligaciones derivadas en última instancia de un fallo en cuanto al fondo (y reparaciones); además, el incumplimiento de aquellas —así como de estas últimas— genera la responsabilidad del Estado, con consecuencias jurídicas.

4. Los derechos que confieren las medidas provisionales no son necesariamente los mismos que los reivindicados en la etapa de examen sobre el fondo. A juicio del Magistrado Caçado Trindade, la parte lesionada o víctima podrá comparecer sin demora en caso de incumplimiento de medidas provisionales de protección. En consecuencia, la inobservancia o violación de esas medidas genera de forma autónoma la responsabilidad internacional del Estado en cuestión, en el ámbito de las medidas provisionales de protección, independientemente de los fallos ulteriores que se dicten sobre el fondo de causas concretas (párr. 9). De ahí la suma importancia que reviste el cumplimiento de esas medidas para la realización de la justicia misma, y para el desarrollo progresivo del derecho internacional, ante el “aumento de la violencia en el mundo actual, en todas partes”; por ello, es necesario “seguir fortaleciendo el mecanismo de las medidas provisionales de protección” (párr. 10).

5. La presente causa relativa a la *Aplicación del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* —prosigue el Magistrado refiriéndose a la jurisprudencia constante de la CIJ en la materia— no es la primera en que se señala a la atención de la Corte la presunta vulnerabilidad de sectores afectados de la población en su examen de las medidas provisionales de protección. Cuanto mayor sea la vulnerabilidad de los seres humanos, mayor será la necesidad de protección de las personas afectadas por esta. Resulta, por tanto,

“significativo que en nuestros tiempos se hayan sometido a la CIJ, así como a otros tribunales internacionales, causas relacionadas con situaciones de extrema adversidad o vulnerabilidad de seres humanos. Esta es, a mi

juicio, una manifestación del nuevo paradigma del derecho internacional humanizado, el nuevo *ius gentium* de nuestros tiempos, sensible y atento a las necesidades de protección de la persona en cualquier circunstancia de vulnerabilidad. A este respecto, la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos es especialmente ilustrativa” (párr. 17; véase asimismo el párr. 53).

6. Tras examinar esa jurisprudencia internacional, el Magistrado Caçado Trindade se centra en la vulnerabilidad humana en la presente causa, cuestión planteada en la solicitud de medidas provisionales en relación con el derecho fundamental a la vida y otros derechos básicos de los miembros de los sectores afectados de la población (párrs. 21 y 22). Recuerda que, en la fase oral del presente procedimiento (audiencias públicas celebradas ante la CIJ del 6 al 9 de marzo de 2017), las partes en litigio abordaron, cada una a su manera, el criterio de la vulnerabilidad de determinados sectores de la población, habida cuenta de los desplazamientos internos masivos y de las pérdidas de vidas humanas en las zonas afectadas (párrs. 23 a 26).

7. Además —prosigue— “también en los documentos presentados a la CIJ poco antes de la celebración de las audiencias públicas, ambas partes aportaron pruebas que confirmaban la extrema vulnerabilidad de determinados sectores de la población local (por ejemplo, en el este de Ucrania)”, entre las que figuran “varios informes sobre la situación de los derechos humanos en Ucrania (principalmente de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)), que daban cuenta de los *bombardeos de artillería indiscriminados* contra la población civil de todas las partes” (párr. 27; véanse asimismo los párrs. 28, 29 y 31 a 33). Añade además que, según esos informes:

“Por ejemplo, los bombardeos de artillería indiscriminados han alcanzado y ocasionado daños a edificios residenciales, hospitales, ambulancias, escuelas, jardines de infancia y el campo de fútbol de una escuela. Además de los ataques contra las escuelas (que comprenden el uso de estas con fines militares), el ACNUDH también denuncia ataques contra iglesias (incluidos sacerdotes y feligreses). En algunas ciudades, hasta el 80 % de los edificios residenciales y las instalaciones públicas han sido destruidos. Entre los que han resultado heridos o muertos como consecuencia de los bombardeos de artillería indiscriminados se contaban mujeres, niños y ancianos” (párr. 30).

8. También hay informes de otras entidades, como la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), que se refieren a la “persistencia de las hostilidades, los bombardeos y la inseguridad general” y a las “graves violaciones de los derechos humanos” como principal motivo de los desplazamientos internos masivos de las personas en las zonas afectadas (párrs. 34 y 35). Dados los mencionados bombardeos de artillería indiscriminados contra civiles —

que ponen de relieve la alta probabilidad de que se produzcan nuevos daños irreparables— y la urgencia de la situación, el Magistrado Cançado Trindade considera que el criterio de la *vulnerabilidad humana* allana el camino, “de manera aún más contundente que el de la ‘plausibilidad’ de los derechos, para dictar medidas provisionales de protección, cuyos beneficiarios últimos son, en las presentes circunstancias, las personas” (párr. 36).

9. En su opinión, la dudosa utilización que hace la Corte del denominado criterio de “plausibilidad” (párrs. 37 y 38) acaba “creando una dificultad o un obstáculo para el examen y la adopción de medidas provisionales de protección con respecto a la controversia en su conjunto sometida a la Corte, que abarca tanto el Convenio como la Convención y afecta tanto a Crimea como a la parte oriental de Ucrania” (párr. 39). Señala que no es la primera vez que considera conveniente, en el ámbito de la CIJ, advertir acerca de las incertidumbres en torno al denominado criterio de la “plausibilidad” (véase el párr. 40).

10. El Magistrado lamenta que, a lo largo de la providencia dictada en la presente causa,

“la CIJ desvíe la atención del criterio fundamental de la vulnerabilidad de las víctimas (al que tan solo se refiere brevemente, por ejemplo, en los párrs. 92 y 96) y se centre en el concepto incongruente de la ‘plausibilidad’, sea cual sea su significado concreto. Los derechos que han de protegerse en la presente causa son, en definitiva, los derechos de las personas (a título individual o colectivo), en grado mucho mayor que los derechos de los Estados” (párr. 41).

Y añade:

“En las circunstancias de la presente causa, la Corte se enfrenta a una situación en la que están en juego los derechos fundamentales a la vida (y a vivir) y a la seguridad e integridad de la persona. Las personas afectadas viven (o sobreviven) en una situación de gran vulnerabilidad. [...]

Las condiciones necesarias para dictar medidas provisionales de protección son la gravedad de la situación, la urgencia de la necesidad de tales medidas y la probabilidad de daño irreparable. Estas se cumplen en una situación como la que se da en este caso, en el que están en juego en la parte oriental de Ucrania los derechos fundamentales a la vida y a la seguridad e integridad de la persona, entre otros. Sin embargo, estas condiciones no se abordan lo suficiente o incluso se eluden en la presente providencia de la Corte, donde, en cambio, como he señalado antes, abundan referencias al incongruente criterio de la ‘plausibilidad’.

Como he venido sosteniendo a lo largo de los años, una y otra vez, las medidas provisionales de protección tienen un *régimen jurídico autónomo* propio. Así pues, para mí es evidente que la vulnerabilidad humana es un crite-

rio más imperioso aún que el de la ‘plausibilidad’ de los derechos para dictar u ordenar medidas provisionales de protección. Reconociendo y sosteniendo este hecho se contribuye al actual proceso histórico de humanización del derecho internacional contemporáneo” (párrs. 42 a 44).

11. El Magistrado entiende que, en la presente causa relativa a la *Aplicación del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, en vista de las pruebas presentadas ante la Corte, esta tiene el derecho y la obligación de dictar medidas provisionales de protección sobre la base *tanto* del Convenio como de la Convención (párr. 45). En la etapa de medidas provisionales, la Corte no puede formular conclusiones fácticas definitivas ni pronunciarse sobre la atribución de responsabilidad, cuestiones que habrán de determinarse más adelante, en la etapa correspondiente al fondo; en la presente etapa, “la CIJ —como Corte Internacional de Justicia— tiene el deber de centrarse prioritariamente, basándose en las pruebas presentadas, en la protección de la población civil vulnerable que vive (o sobrevive) en las zonas afectadas” (párr. 46). Esta situación —prosigue—

“perdura desde 2014 y sigue causando víctimas, muertes y lesiones corporales. Se han producido y siguen produciéndose incidentes armados que causan la pérdida de vidas humanas o lesiones corporales que, por su naturaleza misma y su gravedad, son irreparables. La situación tiene carácter de urgencia, y la Corte debe proteger a los sectores vulnerables de la población. El hecho de que después de los dos acuerdos de Minsk (de 5 de septiembre de 2014 y 12 de febrero de 2015) la situación siga siendo inestable y persistan las tensiones y los bombardeos de artillería indiscriminados (de todas las partes) pone de manifiesto el deber de la CIJ de dictar medidas provisionales de protección.

Por su parte, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial es una convención fundamental de derechos humanos de las Naciones Unidas que tiene por objeto proteger los derechos de la persona humana a nivel intraestatal. Por consiguiente, la preocupación de la Corte por proteger a los grupos vulnerables de la población debe llevarla a concluir que, en este caso, se aplica el criterio de la vulnerabilidad humana y que se impone la adopción de medidas provisionales de protección. A tal fin, la Corte tiene competencia *prima facie* con arreglo a la Convención (artículos 2 1) y 5 b), entre otros), así como al Convenio (Artículo 18, en relación con el Artículo 2), y deberá suprimirse todo obstáculo indebido e infundado al acceso a la justicia en virtud de dichos instrumentos” (párrs. 47 y 48; véase asimismo el párr. 49).

12. El Magistrado Cançado Trindade añade que la aplicación del derecho internacional humanitario y la aplicación

del Convenio y la Convención “no se excluyen mutuamente, sino que se refuerzan la una a la otra en el contexto fáctico de la presente causa, a fin de asegurar la protección debida a las personas en situaciones de gran vulnerabilidad” (párr. 50). A su juicio, las circunstancias de la presente causa “exigen considerar en su conjunto, a efectos de la interpretación, las disposiciones pertinentes del Convenio y la Convención, así como del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Otros órganos principales de las Naciones Unidas (como la Asamblea General y el Consejo de Seguridad) también han manifestado su preocupación por las circunstancias en la presente causa” (párr. 51).

13. El Magistrado Caçado Trindade observa a continuación que, como en ocasiones anteriores, ante la victimización de los sectores vulnerables de la población en un conflicto armado u hostilidades en curso, ocurre que el derecho internacional humanitario y otros instrumentos internacionales (de derechos humanos y de otra índole) presentan “aproximaciones y convergencias” y pueden aplicarse de manera concomitante, situación que —añade—:

“exige claramente reconocer los efectos del instrumento de que se trate frente a terceros, simples particulares (*Drittwirkung*). En la presente causa, así sucede con el Convenio y la Convención: el principio de *Drittwirkung* incide en este caso, ya que ambos instrumentos abarcan también las relaciones entre particulares, sin excluir por ello la determinación de la responsabilidad del Estado (incluso por omisión, cuestión que deberá examinarse en la etapa correspondiente al fondo)” (párr. 52).

14. El Magistrado recuerda además, en un contexto más amplio, que el ciclo de conferencias mundiales de las Naciones Unidas (en los años noventa y a principios de la pasada década) puso de relieve un denominador común, en el que se basaban los documentos finales que se aprobaron, a saber, “el reconocimiento de la legitimidad de la preocupación de la comunidad internacional en su conjunto por las *condiciones de vida* de la población en todo el mundo” (párr. 53). La Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (celebrada en Viena en 1993), en particular, añadió un elemento importante a este denominador común, a saber, la atención especial prestada a los *sectores vulnerables* de la población en todo el mundo; la protección de las personas vulnerables, en opinión del Magistrado Caçado Trindade, constituye su gran legado (párr. 54). La Declaración y el Programa de Acción de Viena, documento final aprobado por la Conferencia de Viena de 1993, se proponía otorgar especial atención a las personas que sufren discriminación y los grupos vulnerables, que necesitan más protección. De ese modo, contribuyó notablemente al “reconocimiento de la *importancia central* de las víctimas en este ámbito de protección”, prestando especial atención a sus condiciones de vida en un entorno de gran vulnerabilidad (párr. 55).

15. La parte VIII de la presente opinión separada está dedicada a la protección, por medio de medidas provisiona-

les, de los derechos fundamentales de la persona humana, más allá de la estricta dimensión interestatal (párrs. 56 a 61). El Magistrado Caçado Trindade estima que la vulnerabilidad de la vida humana —que ha concitado la atención de los filósofos a lo largo de los siglos— reviste una dimensión dramática ante la violencia crónica y persistente, e incluso las políticas que conducen a ella. El Magistrado Caçado Trindade considera que “el pensamiento humanista siempre se ha manifestado en contra de esa tendencia, y ha defendido la vida humana y unas condiciones de vida dignas” (párr. 62), como lo demuestran las reflexiones del escritor universal L. Tolstói (párrs. 62 a 67). Continúa señalando que en situaciones de violencia generalizada hay que centrar la atención en los seres humanos afectados e ir mucho más allá de una perspectiva estrictamente interestatal (párrs. 68 y 71), a fin de “proteger la vida humana”, conforme a “una visión humanista” (párr. 69); las medidas provisionales de protección son “verdaderamente *tutelares*” (párr. 72) y exigen a la Corte “una posición más proactiva” (párr. 73).

16. El Magistrado Caçado Trindade destaca a continuación que el régimen jurídico autónomo de las medidas provisionales de protección

“está configurado por los *derechos* que han de protegerse (que no son necesariamente los mismos que los reivindicados más adelante en la etapa correspondiente al fondo), por las *obligaciones* dimanantes de las medidas provisionales de protección, que generan de manera autónoma la *responsabilidad* del Estado, con sus consecuencias jurídicas, y por la presencia de las (posibles) víctimas ya en la etapa de medidas provisionales de protección.

Como muestra el presente caso, los derechos que han de protegerse abarcan los derechos fundamentales de los seres humanos, como el derecho a la vida, el derecho a la seguridad e integridad personales, el derecho a no verse forzado a desplazarse o a abandonar la propia vivienda. La obligación de respetar las medidas provisionales de protección pone de relieve otro elemento en la configuración de su régimen jurídico autónomo, [...] en los elementos que lo componen, a saber: el incumplimiento y la pronta exigencia de la responsabilidad del Estado; la pronta determinación por la Corte del incumplimiento de las medidas provisionales de protección; y la consiguiente obligación de reparación por los daños resultantes de dicho incumplimiento” (párrs. 74 y 75; véanse asimismo los párrs. 77 a 81).

17. En este ámbito —continúa señalando el Magistrado— “la jurisprudencia internacional parece preceder a la doctrina jurídica”, y este avance refleja la importancia de la dimensión preventiva en el derecho internacional contemporáneo; los tribunales internacionales contemporáneos deben promover este avance progresivo “en beneficio de todos los *justiciables*” (párr. 82). Esta es una cuestión que exige “muchas reflexiones, desde una perspectiva humanista” (párr.

84). A su entender, en las circunstancias de la presente causa, el criterio decisivo “es el de la vulnerabilidad humana, y no el de la denominada ‘plausibilidad’ de los derechos” (párr. 85). Añade que:

“Ante la gravedad de la situación, la urgencia y el riesgo de (nuevos) daños irreparables, se requieren medidas provisionales de protección, que han de dictarse guiándose por el principio *pro persona humana, pro victima*. Esas medidas dan testimonio del actual proceso histórico de *humanización* del derecho internacional, que es irreversible. De esta forma, la protección de los seres humanos en situaciones de gran vulnerabilidad se ha materializado hoy en el derecho internacional, como reflejo de ese proceso histórico; sin embargo, aún queda un largo camino por recorrer” (párr. 85).

18. En opinión del Magistrado, hay que centrar la atención en las *víctimas* (incluidas las posibles víctimas) —ya sean personas<sup>9</sup>, grupos de personas<sup>10</sup>, pueblos o la humanidad<sup>11</sup>, como sujetos de derecho internacional—, y no en las susceptibilidades interestatales; insiste en que “los seres humanos en situación de vulnerabilidad son los beneficiarios últimos de las medidas provisionales de protección, que hoy en día revisten un carácter verdaderamente *tutelar*, como verdaderas garantías jurisdiccionales de carácter preventivo” (párr. 86).

19. En el transcurso del procedimiento que condujo a la adopción de la presente providencia, la situación de extrema vulnerabilidad de diversos sectores de la población —que exige la adopción de medidas provisionales de protección— se puso en conocimiento de la Corte (parte III, más arriba, y párr. 87), y el Magistrado Cançado Trindade considera, en conclusión, que es

“lamentable que la vulnerabilidad humana no se aborde como es debido en el razonamiento de la Corte, ni se mencione expresamente en la parte dispositiva de la presente providencia, en la que —aun cuando en la documentación presentada queda constancia de la situación de vulnerabilidad de diversos sectores de la población (por ejemplo, los que sufren bombardeos de artillería indiscriminados)— ni siquiera se alude a la protección de los derechos fundamentales a la vida y a la seguridad e integridad de la persona.

<sup>9</sup> Como indicó en sus opiniones separadas adjuntas a la causa *Ahmadou Sadio Diallo* (fallos de 30 de noviembre de 2010 (fondo) y de 19 de junio de 2012 (indemnización)).

<sup>10</sup> Como afirmó en sus opiniones disidente y separada en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar* (providencia de 28 de mayo de 2009 y fallo de 20 de julio de 2012, respectivamente), así como en su opinión disidente en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (fallo de 3 de febrero de 2015).

<sup>11</sup> Como sostuvo en sus tres últimas opiniones disidentes en las tres causas relativas a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear* (fallos de 5 de octubre de 2016).

No obstante, el apartado 2) de la parte dispositiva, dirigido a las dos partes en litigio y el único que se refiere a la controversia ante la Corte en su conjunto, que abarca el Convenio y la Convención y afecta tanto a Crimea como a la parte oriental de Ucrania, trata de proteger también, en mi opinión, los derechos fundamentales, al ordenar que ‘ambas partes se abstendrán de cualquier acción que pueda agravar o prolongar la controversia sometida a la Corte o dificultar su solución’.

El principio de humanidad ocupa un lugar preponderante. No hay restricciones *ratione personae* (por ejemplo, tratar de centrarse exclusivamente en las relaciones entre Estados y particulares). Como ya he señalado antes, los instrumentos internacionales, como el Convenio y la Convención invocados en la presente causa, tienen un efecto *Drittwirkung* ya que abarcan asimismo las relaciones entre particulares sin excluir por ello el examen ulterior (en cuanto al fondo) de la responsabilidad del Estado, incluso por omisión.

Al fin y al cabo, el principio de humanidad impregna la totalidad del *corpus iuris* del derecho internacional contemporáneo (que engloba las tendencias convergentes del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los refugiados y el derecho penal internacional). El principio de humanidad tiene una clara incidencia en la protección de las personas en situación de gran vulnerabilidad. En este caso, la razón de humanidad prevalece sobre la razón de Estado. En definitiva, los seres humanos necesitan protección contra el mal, que es inherente a ellos” (párrs. 88 a 91).

### Opinión separada del Magistrado Bhandari

El Magistrado Bhandari está de acuerdo con la providencia de la Corte relativa a la adopción de medidas provisionales con respecto a la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Sin embargo, se considera obligado a redactar una opinión separada a fin de aclarar su punto de vista sobre la decisión de la Corte de no dictar medidas provisionales en relación con el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (en adelante, “el Convenio”). Habida cuenta de los hechos y las circunstancias del caso y tras el examen preliminar de las pruebas presentadas por ambas partes, el Magistrado Bhandari considera que la Corte debería haber dictado medidas provisionales en relación con el Convenio.

En su opinión, el Magistrado Bhandari se ocupa tanto de las infracciones del Convenio alegadas por Ucrania como de la respuesta de la Federación de Rusia, a fin de determinar si se justifica la adopción de medidas provisionales.

Asimismo, el Magistrado Bhandari analiza cada uno de los requisitos necesarios para la adopción de medidas pro-

visionales. En primer lugar, considera el establecimiento de la competencia *prima facie*. En segundo lugar, examina el requisito de la plausibilidad, con especial referencia a si los actos denunciados por Ucrania están comprendidos en el ámbito de aplicación del Artículo 2 del Convenio. En tercer lugar, analiza la existencia de un riesgo real e inminente de perjuicio irreparable. En cuarto lugar, examina la presencia de un vínculo entre los derechos invocados por Ucrania y las medidas provisionales que solicitó. Dado que ambas partes presentaron numerosas pruebas a la Corte para demostrar si se cumplían o no los requisitos exigidos para dictar medidas provisionales, el Magistrado Bhandari procede a un examen preliminar de esas pruebas con vistas a su valoración ulterior con arreglo al criterio establecido en la jurisprudencia de la Corte para dictar medidas provisionales.

En cuanto a la competencia *prima facie*, el Magistrado Bhandari opina que Ucrania aportó pruebas suficientes para demostrar que se cumplen los requisitos previstos en la cláusula compromisoria del Artículo 24 del Convenio. En primer lugar, Ucrania estableció *prima facie* la existencia de controversia entre las partes en relación con el Convenio, al presentar numerosas notas verbales que ponían de manifiesto los puntos de vista opuestos de las partes sobre las obligaciones de la Federación de Rusia en virtud del Convenio. En segundo lugar, Ucrania demostró que las partes habían celebrado cuatro rondas de negociaciones con respecto al Convenio antes de someter la causa ante la Corte. En tercer lugar, Ucrania también demostró que había enviado una solicitud de arbitraje a la Federación de Rusia antes de someter la causa ante la Corte. Por consiguiente, el Magistrado Bhandari concluye que existe competencia *prima facie* en relación con el Convenio.

En lo que se refiere a la plausibilidad, el Magistrado Bhandari está de acuerdo con la Corte en que la obligación de cooperar para prevenir la financiación del terrorismo prevista en el Artículo 18 del Convenio surge solo si los actos alegados por Ucrania están plausiblemente comprendidos en el ámbito de aplicación del Artículo 2 del Convenio. Por lo tanto, el Magistrado Bhandari pasa a analizar las pruebas presentadas por ambas partes con respecto a los elementos de la definición de terrorismo enunciados en el Artículo 2 del Convenio. El Magistrado Bhandari considera que las pruebas presentadas por la Federación de Rusia no permiten rebatir eficazmente aquellas aportadas por Ucrania. A su juicio, las pruebas demuestran que es plausible que se hayan transferido “fondos” destinados a grupos armados en el este de Ucrania, y que esos “fondos” hayan sido transferidos con la “intención” de que fueran utilizados o “a sabiendas” de que serían utilizados para cometer uno de los delitos previstos en el Artículo 2, párrafo 1 b), del Convenio. Además, el Magistrado Bhandari opina que los numerosos acontecimientos ocurridos en el este de Ucrania, que provocaron la pérdida de vidas humanas, demuestran que existe plausiblemente una tendencia a perpetrar ataques específicamente contra

civiles y personas que no participan directamente en las hostilidades, lo que también demuestra que los actos alegados por Ucrania se cometieron plausiblemente con el fin de intimidar a la población. El Magistrado Bhandari considera que las pruebas aportadas por Ucrania son suficientes para demostrar que los derechos cuya protección invoca en esta etapa del procedimiento son plausibles.

En cuanto a si existe un riesgo real e inminente de perjuicio irreparable, el Magistrado Bhandari opina que la constante pérdida de vidas humanas en el este de Ucrania haría imposible restablecer el *statu quo ante* después de la sustanciación definitiva de la causa por la Corte. El Magistrado Bhandari también considera que el reciente recrudecimiento de la violencia en la parte oriental de Ucrania, especialmente en Avdiivka, justifica la conclusión de que la situación tiene carácter de urgencia. El Magistrado Bhandari sostiene asimismo que las medidas provisionales solicitadas por Ucrania están vinculadas a los derechos cuya protección solicita y que, por lo tanto, la Corte podría haberlas dictado.

Basándose en el examen preliminar de las pruebas presentadas por ambas partes, el Magistrado Bhandari concluye que la Corte debería haber dictado medidas provisionales en relación con el Convenio.

#### Declaración del Magistrado Crawford

El Magistrado Crawford explica por qué son plausibles los derechos que la Corte trata de proteger dictando una providencia sobre medidas provisionales en relación con las instituciones representativas de los tártaros de Crimea, incluido el *Mejlis*. A continuación, describe brevemente la historia moderna del Sürgün, la expulsión colectiva de los tártaros de Crimea que tuvo lugar desde 1944 hasta 1989. Expone las características constitucionales fundamentales de los principales órganos de representación de los tártaros de Crimea, el *Kurultai* y el *Mejlis*, y señala que este último desempeña una función particular de representación. A su juicio, una restricción que afecta directamente a un grupo racial o étnico, aun cuando no se base expresamente en consideraciones raciales o étnicas, puede incluirse en la definición de discriminación racial. Señala que es preciso justificar con precaución la prohibición del *Mejlis*, habida cuenta de la persecución histórica que sufrieron los tártaros de Crimea y del papel que desempeña el *Mejlis* en la promoción y protección de los derechos de las personas a las que representa en un momento de perturbación y cambio. En esta etapa, existen pruebas suficientes para concluir que la medida en cuestión afecta de forma plausible a los derechos amparados por la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

#### Opinión separada del Magistrado ad hoc Pocar

El Magistrado *ad hoc* Pocar se ha sumado a la mayoría para votar a favor de la adopción de todas las medidas pro-

visionales relativas a la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, así como de la medida provisional en la que se pide a ambas partes que se abstengan de cualquier acción que pueda agravar o prolongar la controversia.

Sin embargo, no puede compartir la opinión de que no se alcanza el umbral requerido de plausibilidad para dictar al menos algunas de las medidas provisionales solicitadas por Ucrania con respecto al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (en adelante, “el Convenio”). En su opinión, es plausible que los ataques indiscriminados denunciados por Ucrania hayan tenido por objeto sembrar el terror, y que las personas que han proporcionado fondos a quienes llevaron a cabo esos ataques supieran que dichos fondos se utilizarían con ese propósito. Por lo tanto, habría sido partidario de que se dictara una medida provisional en la que se solicitase a la Federación de Rusia que prestara a Ucrania la plena cooperación que exige el Artículo 18 del Convenio, entre otras cosas ejerciendo un control adecuado de sus fronteras, a fin de prevenir la comisión de cualesquiera delitos previstos en dicho Convenio.

Además, al Magistrado *ad hoc* Pocar le preocupan las consecuencias de la presente providencia para la buena administración de justicia. Se pregunta cómo lograrán las partes, a la luz de la decisión de la Corte, conciliar en el futuro la necesidad de aportar pruebas suficientes para demostrar la plausibilidad de sus alegaciones sin dejar de respetar lo dispuesto en la Directriz sobre la Práctica XI. Considera asimismo que, en caso de que las partes aborden el fondo de la causa más allá de lo necesario, la Corte corre el riesgo de que aumente su carga de trabajo y de que su capacidad para dictar rápidamente medidas provisionales se vea mermada.

Por último, el Magistrado *ad hoc* Pocar desea aportar aclaraciones adicionales sobre el motivo por el que la Corte no examinó en detalle el derribo del avión del vuelo MH17. Recuerda que los argumentos jurídicos expuestos en rela-

ción con el Convenio se referían tanto al derribo de ese avión como a los bombardeos de artillería indiscriminados sobre el terreno, que podían estar comprendidos en el Artículo 2, párrafo 1, apartados *a*) y *b*), respectivamente. A fin de evitar todo equívoco, considera que la Corte podría haber dejado claro que, en esta etapa del procedimiento y a falta de urgencia —puesto que el espacio aéreo situado sobre la zona oriental de Ucrania estaba cerrado desde julio de 2014—, no debía examinar necesariamente si la cuestión del derribo del avión del vuelo MH17 estaba comprendida en las disposiciones del apartado *a*) y, por lo tanto, del Convenio de Montreal.

### Opinión separada del Magistrado *ad hoc* Skotnikov

1. El Magistrado *ad hoc* Skotnikov está de acuerdo con la conclusión de la Corte de que no se cumplen las condiciones exigidas por su Estatuto para dictar medidas provisionales en relación con los derechos alegados por Ucrania en virtud del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo y apoya la decisión de la Corte de no dictar medidas provisionales sobre la base de dicho Convenio.

2. Explica que el derecho que Ucrania pretende proteger en relación con el *Mejlis* no queda comprendido en el ámbito de aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. En su opinión, podría considerarse que la medida que figura en el párrafo 1 *a*) de la parte dispositiva prejuzga el fondo de la cuestión. Por estas razones, el Magistrado votó en contra.

3. En cuanto a la segunda medida provisional, por la que se pide a la Federación de Rusia que asegure la disponibilidad de educación en lengua ucraniana, el Magistrado *ad hoc* Skotnikov no cree que en este caso se cumplan las condiciones relativas al daño irreparable y la urgencia. Sin embargo, se consideró obligado a apoyar esta medida de carácter general y que no suscita controversia.

## 222. JADHAV (INDIA c. PAKISTÁN) [MEDIDAS PROVISIONALES]

### Providencia de 18 de mayo de 2017

El 18 de mayo de 2017, la Corte Internacional de Justicia dictó una providencia sobre la solicitud de medidas provisionales presentada por la India en la causa *Jadhav (India c. Pakistán)*, en la que estableció diversas medidas provisionales.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Abraham; Magistrados Owada, Cañado Trindade, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Crawford, Gevorgian; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

En la parte dispositiva (párr. 61) de la providencia se establece lo siguiente:

“[...]”

La Corte,

I. Por unanimidad,

*Dicta* las siguientes medidas provisionales:

El Pakistán adoptará todas las medidas a su disposición para que el Sr. Jadhav no sea ejecutado mientras no se dicte el fallo definitivo en la presente causa e informará a la Corte de todas las medidas que se hayan adoptado en cumplimiento de la presente providencia;

II. Por unanimidad,

*Decide* que, en tanto la Corte dicta su fallo definitivo, seguirá examinando las cuestiones que son objeto de la presente providencia”.

\*  
\* \*

El Magistrado Cañado Trindade adjuntó una opinión separada a la providencia de la Corte; el Magistrado Bhandari adjuntó una declaración a la providencia de la Corte.

\*  
\* \*

#### *Demanda y solicitud de medidas provisionales* (párrs. 1 a 14)

La Corte comienza recordando que, mediante demanda presentada ante la Secretaría el 8 de mayo de 2017, la República de la India incoó un procedimiento contra la República Islámica del Pakistán para denunciar el incumplimiento de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963, “con respecto a la detención y el enjuiciamiento de un ciudadano indio, el Sr. Kulbhushan Sudhir Jadhav”, condenado a muerte en el Pakistán. Adjunta a su demanda, la India presentó también una solicitud de medidas provisionales en la que pedía a la Corte que estableciese la obligación del Gobierno de la República Islámica del Pakistán de:

“a) Adoptar todas las medidas necesarias para impedir la ejecución del Sr. Kulbhushan Sudhir Jadhav;

b) Informar a la Corte sobre las medidas adoptadas en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado a); y

c) Garantizar que no adoptaría ninguna medida que pudiera vulnerar los derechos de la República de la India o del Sr. Kulbhushan Sudhir Jadhav en relación con cualquier decisión que la Corte pudiera dictar sobre el fondo de la cuestión”.

Atendiendo a lo solicitado por la India, el Presidente de la Corte, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 74, párrafo 4, del Reglamento de esta última, exhortó al Gobierno del Pakistán a que, en espera de que la Corte se pronunciase sobre la solicitud de medidas provisionales, “actúe de manera que cualquier providencia de la Corte sobre la solicitud de medidas provisionales pueda surtir los efectos deseados”.

#### *I. Competencia prima facie* (párrs. 15 a 34)

La Corte comienza observando que solo está facultada para dictar medidas provisionales si las disposiciones en que se basa la parte demandante constituyen, *prima facie*, un posible fundamento para determinar la competencia de la Corte, si bien no tiene obligación de cerciorarse de manera concluyente de su competencia sobre el fondo de la cuestión.

La Corte recuerda que, en la presente causa, la India pretende fundamentar la competencia de la Corte en lo dispuesto en el Artículo 36, párrafo 1, de su Estatuto y en el Artículo I del Protocolo Facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares sobre la Jurisdicción Obligatoria para la Solución de Controversias (en adelante, “el Protocolo Facultativo” y la “Convención de Viena”, respectivamente). Por consiguiente, la Corte debe tratar de determinar, en primer lugar, si el Artículo I del Protocolo Facultativo le confiere, *prima facie*, competencia para resolver sobre el fondo de la cuestión, lo que le permitiría —si se cumplen las demás condiciones necesarias— dictar medidas provisionales. La Corte recuerda que el Artículo I establece lo siguiente:

“Las controversias originadas por la interpretación o aplicación de la Convención se someterán obligatoriamente a la Corte Internacional de Justicia, que a este título podrá entender en ellas a instancia de cualquiera de las partes en la controversia que sea Parte en el presente Protocolo”.

La Corte observa que la India alega la existencia de una controversia entre las partes acerca de la interpretación y aplicación del Artículo 36, párrafo 1, de la Convención de Viena, en el que se establece lo siguiente:

“Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

- a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;
- b) si 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 la 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 la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;
- c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando este se oponga expresamente a ello”.

La Corte señala que la parte demandante pretende fundamentar la competencia de la Corte en lo dispuesto en el Artículo 36, párrafo 1, de su Estatuto y el Artículo I del Protocolo Facultativo, en lugar de hacerlo en las declaraciones formuladas por las partes en virtud del Artículo 36, párrafo 2, del mencionado Estatuto. La Corte recuerda a este respecto que, cuando su competencia se basa en “los tratados y convenciones vigentes”, con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 36, párrafo 1, de su Estatuto, es irrelevante examinar las objeciones a otros posibles fundamentos de competencia. Por tanto, ninguna de las reservas que figuren en las declaraciones formuladas por las partes en virtud del Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto podrá menoscabar la competencia de la Corte contemplada específicamente en el Protocolo Facultativo, por lo que la Corte considera que no procede seguir examinando tales reservas.

Con respecto a si en la fecha en que se interpuso la demanda existía aparentemente entre las partes alguna controversia sobre la interpretación o aplicación de la Convención de Viena, la Corte observa que las partes

parecían diferir realmente, y aún hoy difieren, sobre la cuestión de la asistencia consular por parte de la India al Sr. Jadhav con arreglo a lo dispuesto en la Convención de Viena. Aunque la India ha mantenido en varias ocasiones que debería haberse prestado (y debería seguir prestandose) asistencia consular al Sr. Jadhav de acuerdo con lo establecido en la Convención de Viena, el Pakistán ha declarado que estudiaría la posibilidad de brindar dicha asistencia en función de la respuesta de la India a su petición de ayuda en el proceso de investigación del Sr. Jadhav en su territorio. La Corte concluye que estos elementos son suficientes en este punto para determinar *prima facie* que, en la fecha de interposición de la demanda, existía una controversia entre las partes en cuanto a la prestación de asistencia consular en virtud de la Convención de Viena con respecto al arresto, la detención, el enjuiciamiento y la condena del Sr. Jadhav.

A continuación, la Corte observa que, para poder determinar si tiene competencia —siquiera *prima facie*—, deberá verificar también si dicha controversia se engloba dentro de los tipos de litigio sobre los que tiene competencia *ratione materiae* con arreglo a lo dispuesto en el Artículo I del Protocolo Facultativo. A este respecto, la Corte señala que los actos denunciados por la India pueden entrar en el ámbito de lo contemplado en el Artículo 36, párrafo 1, de la Convención de Viena, en el que se garantiza, entre otras cosas, el derecho del Estado que envía a comunicarse con sus ciudadanos detenidos en el Estado receptor y visitarlos (apartados a) y c)), así como el derecho de sus ciudadanos a que se los informe sobre sus derechos (apartado b)). La Corte considera que el presunto incumplimiento por el Pakistán de la obligación de enviar la preceptiva notificación consular en relación con la detención y reclusión del Sr. Jadhav, así como su presunta negativa a permitir el contacto y la comunicación con él, parecen entrar *ratione materiae* en el ámbito de la Convención de Viena.

En opinión de la Corte, los elementos expuestos anteriormente son suficientes para determinar, en esta fase, la existencia de una controversia entre las partes que puede entrar en el ámbito de aplicación de la Convención de Viena y que se refiere a la interpretación o aplicación de su Artículo 36, párrafo 1.

La Corte señala también que la Convención de Viena no contiene disposiciones que excluyan expresamente de su ámbito de aplicación a las personas sospechosas de actos de espionaje o terrorismo. Considera por tanto que, en esta fase, no cabe concluir que el Artículo 36 de la Convención de Viena resulte inaplicable en el caso del Sr. Jadhav y permita descartar que la Corte tenga competencia *prima facie* en virtud del Protocolo Facultativo.

Por consiguiente, la Corte declara que tiene competencia *prima facie* en virtud del Artículo I del Protocolo Facultativo para conocer de la controversia entre las partes.

## II. *Derechos cuya protección se reclama y medidas solicitadas* (párrs. 35 a 48)

La Corte recuerda que su potestad para establecer medidas provisionales con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 41 del Estatuto tiene como finalidad la protección de los derechos reivindicados por cada una de las partes en la causa, en espera de su decisión sobre el fondo de la cuestión. De ello se desprende la obligación que atañe a la Corte de proteger aquellos derechos que posteriormente pueda determinar que corresponden a cualquiera de las partes. Por ende, la Corte solo puede ejercer esa potestad si tiene la convicción de que los derechos reivindicados por la parte solicitante de dichas medidas resultan al menos razonables. Además, debe existir un vínculo entre los derechos que constituyen el objeto del procedimiento ante la Corte respecto del fondo de la cuestión y las medidas provisionales que se solicitan.

Así pues, la Corte comienza por analizar, en primer lugar, si los derechos reivindicados por la India en relación con el fondo, cuya protección reclama, entran dentro de lo razonable. A este respecto, observa que, en el Artículo 36, párrafo 1, de la Convención de Viena, se reconocen los derechos a la notificación y el acceso consulares entre un Estado y sus ciudadanos, así como las obligaciones del Estado que haya procedido a la detención de informar sin demora a la persona afectada sobre su derecho a asistencia consular y de permitir el ejercicio de este derecho.

La Corte recuerda que la India sostiene que uno de sus ciudadanos ha sido arrestado, recluso, juzgado y condenado a muerte por el Pakistán sin que este la haya informado al respecto ni le haya permitido contactar o comunicarse con dicho ciudadano. La parte demandante afirma, además, que el Sr. Jadhav no recibió información inmediata sobre su derecho a asistencia consular ni se le permitió ejercerlo. El Pakistán no cuestiona estas afirmaciones.

En opinión de la Corte, a la luz de los argumentos jurídicos planteados y las pruebas presentadas, parece que los derechos invocados por la India en la presente causa sobre la base del Artículo 36, párrafo 1, de la Convención de Viena son verosímiles.

La Corte aborda a continuación la cuestión del vínculo entre los derechos reivindicados y las medidas provisionales solicitadas. A este respecto, observa que las medidas provisionales solicitadas por la India consisten en asegurar que el Gobierno del Pakistán no adopte ninguna medida que pueda vulnerar sus presuntos derechos y, en particular, que dicho Gobierno adopte todas las medidas necesarias para impedir la ejecución del Sr. Jadhav hasta que la Corte dicte su decisión definitiva. La Corte considera que estas medidas pretenden proteger los derechos de la India y del Sr. Jadhav previstos en el Artículo 36, párrafo 1, de la Convención de Viena, por lo que concluye que existe un vínculo entre los derechos reivindicados por la India y las medidas provisionales solicitadas.

## III. *Riesgo de perjuicio irreparable y urgencia* (párrs. 49 a 56)

La Corte recuerda que tiene potestad para establecer medidas provisionales cuando exista la posibilidad de causar un perjuicio irreparable a los derechos objeto de controversia, si bien dicha potestad solo se ejercerá en caso de urgencia, en la medida en que exista un riesgo real e inminente de ocasionar un menoscabo irreparable de los derechos en cuestión.

Sin entrar a juzgar de antemano el resultado de cualquier recurso o demanda contra la condena a muerte del Sr. Jadhav, la Corte considera que, en lo que respecta al riesgo de que se produzca un perjuicio irreparable a los derechos reivindicados por la India, el mero hecho de que el Sr. Jadhav esté condenado a semejante pena y pueda ser ejecutado es suficiente para demostrar la existencia de tal riesgo.

La Corte cree que existe una gran incertidumbre en torno al tiempo que podría transcurrir hasta que se dictara una resolución sobre el recurso o la demanda contra dicha sentencia y, en caso de reafirmarse la condena, en cuanto a la fecha de la posible ejecución del Sr. Jadhav. El Pakistán ha indicado que, probablemente, la ejecución del Sr. Jadhav no tendría lugar antes de finales de agosto de 2017. En opinión de la Corte, de esta afirmación se desprende que la ejecución podría producirse en cualquier momento a partir de entonces, antes de que la Corte dicte su decisión definitiva en la causa. Además, la Corte observa que el Pakistán no ha dado ninguna garantía de que el Sr. Jadhav no vaya a ser ejecutado antes de que la Corte dicte dicha decisión. Dadas las circunstancias, la Corte está convencida de que existe una situación de urgencia en la presente causa.

Con respecto a los criterios de urgencia y riesgo de perjuicio irreparable, la Corte añade que el hecho de que el Sr. Jadhav pueda solicitar un indulto a las autoridades pakistaníes, o de que no se haya fijado todavía la fecha de su ejecución, no son, de por sí, circunstancias que impidan a la Corte dictar medidas provisionales. Asimismo, observa que las cuestiones que se le someten en la presente causa no tienen que ver con la cuestión de si un Estado tiene derecho a recurrir a la pena de muerte.

## IV. *Conclusión y medidas que han de adoptarse* (párrs. 57 a 60)

A raíz de lo expuesto anteriormente, la Corte concluye que se dan los requisitos contemplados en su Estatuto para dictar medidas provisionales y que es necesario establecer determinadas medidas que protejan los derechos reivindicados por la India en espera de su decisión definitiva. Dadas las circunstancias actuales, la Corte estima procedente ordenar al Pakistán que adopte todas las medidas a su disposición para impedir la ejecución del Sr. Jadhav en espera de que se dicte la decisión definitiva en la presente causa y que informe a la Corte de todas las medidas que se adopten para cumplir la presente providencia.

### Opinión concurrente del Magistrado Cançado Trindade

1. En su opinión concurrente, que consta de siete apartados, el Magistrado Cançado Trindade comienza señalando que, si bien ha contribuido con su voto a la aprobación de la presente providencia sobre medidas provisionales de protección, existen ciertos aspectos relativos al asunto abordado en ella a los que concede gran importancia. Por ello, el Magistrado se considera en la obligación de adjuntar su opinión concurrente para dejar constancia de los fundamentos de su propia postura personal al respecto y se propone abordar los puntos en cuestión desde el ámbito de la epistemología jurídica.

2. Los puntos analizados por el Magistrado (apartado I) son los siguientes: *a)* los derechos de los Estados y las personas como sujetos de derecho internacional; *b)* la interdependencia entre los derechos de los Estados y los derechos de las personas; *c)* el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal; *d)* el derecho humano fundamental (más que “verosímil”) a recibir protección: las medidas provisionales como garantías jurisdiccionales de carácter preventivo; *e)* el régimen jurídico autónomo de las medidas provisionales de protección; y *f)* la humanización del derecho internacional y su reflejo en la esfera del derecho consular.

3. La causa *Jadhav* que la Corte tiene ante sí hace referencia al presunto incumplimiento de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963, en el marco de la detención y el enjuiciamiento de un ciudadano indio (el Sr. K. S. Jadhav), condenado a muerte el 10 de abril de 2017 por un consejo de guerra en el Pakistán. Teniendo en cuenta las distintas líneas de argumentación planteadas por las dos partes litigantes (la India y el Pakistán) ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el Magistrado señala en primer lugar que la presente causa “pone de relieve derechos de los Estados y de las personas dimanantes directamente del derecho internacional” en virtud de lo dispuesto en el Artículo 36 1) de la Convención de Viena de 1963, tal como estos se reflejan en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por las Naciones Unidas (párrs. 5 y 6).

4. El Magistrado Cançado Trindade subraya que, “en el derecho internacional contemporáneo, los derechos de los Estados y las personas deben considerarse conjuntamente y no pueden constituir aspectos dissociables” (párr. 7). Asimismo, recuerda que, antes del cambio de siglo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió su pionera opinión consultiva No. 16 (de 1 de octubre de 1999) relativa al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, en la que se proponía una interpretación adecuada del Artículo 36 1) b)

de la Convención de Viena de 1963 y quedaba plasmada la influencia del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos.

5. En aquella ocasión —recuerda también el Magistrado—, adjuntó un voto particular concurrente a la opinión consultiva mencionada en el que analizaba dicha influencia, que ponía fin al “antiguo monopolio del Estado con respecto a la condición de sujeto de derechos” y desmitificaba los postulados restrictivos de un positivismo voluntarista obsoleto (párr. 8). El Magistrado continuaba advirtiendo de que tales postulados “habían ignorado erróneamente tanto otras esferas del conocimiento humano como el tiempo existencial de los seres humanos”, debido a su “obsesión por la autonomía de la ‘voluntad’ de los Estados”. Asimismo, el Magistrado añadía:

“Se da la circunstancia de que el propio proceso de surgimiento y consolidación del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos vino determinado por la reacción de la conciencia jurídica universal frente a los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos, a menudo legitimados por el derecho positivo: dicha reacción acercó el Derecho a las personas, titulares últimas de los derechos inherentes a cuya protección se orientaban las normas de aquel [...].

En el marco de este nuevo *corpus iuris*, no es posible seguir ignorando la contribución de otras esferas del conocimiento humano ni el tiempo existencial de los seres humanos. [...] El derecho a la información sobre la asistencia consular [...] no puede valorarse hoy en día en el contexto de las relaciones exclusivamente interestatales, puesto que la ciencia jurídica contemporánea ha venido a admitir que el contenido y la eficacia de las normas jurídicas evolucionan con el tiempo y no son independientes de él’ [...].

Por consiguiente, [...] el Artículo 36 1) b) de la citada Convención de Viena de 1963, pese a haber precedido en el tiempo a las disposiciones de los dos Pactos de Derechos Humanos impulsados por las Naciones Unidas, de 1966, ya no puede dissociarse de las normas internacionales de protección de los derechos humanos relativas a las garantías del debido proceso legal y su interpretación evolutiva” (párrs. 9 a 11).

6. El Magistrado Cançado Trindade sostiene (apartado III) que “los Estados y las personas son sujetos del derecho internacional contemporáneo y que la cristalización del derecho individual subjetivo a la información sobre la asistencia consular constituye una prueba de esta evolución” (párr. 12). La propia CIJ tuvo en cuenta el derecho internacional de los derechos humanos en la causa relativa al *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (providencia de 15 de diciembre de 1979 sobre medidas provisionales) (párrs. 12 y 13) y, mucho después, “el principio de la interdependencia entre los derechos de los Estados y los derechos de las personas” quedó reconocido expresamente

por dicha Corte en la causa relativa a *Avena y otros nacionales mexicanos* (fallo de 31 de marzo de 2004, párr. 40), en la que afirmó que “las vulneraciones de los derechos de las personas contemplados en el Artículo 36 [de la Convención de Viena de 1963] podían conllevar una violación de los derechos del Estado que enviaba, así como que toda vulneración de los derechos de este último podía conllevar una violación de los derechos de las personas” (párr. 14).

7. La causa *Jadhav* que la Corte tiene ante sí brinda, a juicio del Magistrado, otra oportunidad para tener presente la formación de una *opinio iuris communis* en este sentido (párr. 16), en consonancia con el nuevo *ethos* de los tiempos actuales (párr. 18). Por tanto, se ha vuelto imprescindible vincular, con miras a su protección —reflexiona el Magistrado—, “el derecho a la información sobre la asistencia consular con las garantías del debido proceso legal” que se contemplan en los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, lo que atestigua el proceso de *humanización* del derecho internacional manifestado especialmente en el ámbito del derecho consular actual (apartado IV).

8. Las medidas provisionales de protección —continúa el Magistrado— se han convertido en verdaderas garantías jurisdiccionales de carácter preventivo (párrs. 7 y 22), que salvaguardan, en primer lugar, el derecho fundamental e irrevocable (más que “verosímil”) a la vida, además del derecho a la libertad y a la seguridad personales y el derecho a un juicio imparcial (apartado V). El Magistrado Caçado Trindade llama la atención sobre la importancia de acatar las medidas provisionales de protección, como se reflejó en las providencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso (relativo a la denominada “pena de muerte obligatoria”) de *James y otros vs. Trinidad y Tabago* (1998-2000), en el que no se ejecutó a las personas condenadas y se conmutaron las penas impuestas por los tribunales nacionales (párrs. 20 y 21).

9. El Magistrado Caçado Trindade examina a continuación “el régimen jurídico autónomo de las medidas provisionales de protección” (apartado VI) en sus diversos aspectos, a saber: “los derechos que han de protegerse; las obligaciones propias derivadas de las medidas provisionales de protección; la pronta determinación de la responsabilidad (en caso de incumplimiento) y sus correspondientes consecuencias jurídicas; la presencia de la víctima efectiva (o posible víctima, ya en esta fase); y la obligación de reparar los daños y perjuicios” (párr. 24). El Magistrado prosigue diciendo que, aunque los procesos contenciosos incoados ante la CIJ siguen siendo estrictamente interestatales (lo que supone “aferrarse a un dogma obsoleto del pasado”), ello no impide en modo alguno que los beneficiarios de la protección en determinadas circunstancias sean los propios seres humanos, ya sea de manera individual o colectiva, como el Magistrado señaló también en su opinión disidente emitida en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar* (providencia de 28 de mayo de 2009) y en su opinión

separada en la causa relativa a la *Aplicación del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (providencia de 19 de abril de 2017) (párr. 25).

10. En el último apartado de su opinión concurrente, el Magistrado Caçado Trindade aborda el actual proceso histórico de humanización del derecho internacional (apartado VII), que se manifiesta asimismo en concreto en el ámbito del derecho consular, tal como ocurre en la causa *Jadhav* que la Corte tiene ante sí. El Magistrado recuerda que, ya en su opinión concurrente adjunta a la opinión consultiva No. 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de 17 de septiembre de 2003), relativa a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, examinó este proceso destacando la importancia, en su evolución, de los principios fundamentales que sentaban las propias bases del derecho internacional (el derecho de gentes, tal como lo contemplaban los “padres fundadores” de la disciplina), así como del surgimiento del *ius cogens* y las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección, en sus dimensiones horizontal y vertical (párr. 28). En dicha opinión, el Magistrado añadía que tales principios

“constituyen los cimientos del propio ordenamiento jurídico y ponen de manifiesto el derecho al Derecho del que gozan todos los seres humanos, independientemente de su ciudadanía o de cualquier otra circunstancia [...]. Sin esos principios, que son verdaderamente los *prima principia* de los que las normas y reglas emanan y adquieren su sentido, el ‘orden jurídico’ sencillamente no se materializa y deja de existir como tal” (párr. 29).

11. En opinión del Magistrado, la “gran herencia que nos dejó el pensamiento jurídico de la segunda mitad del siglo XX [...] fue, gracias al surgimiento y la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, la recuperación del ser humano como sujeto” del derecho internacional, dotado de personalidad y capacidad jurídicas en el plano mundial (párr. 30). Este hecho se debió —prosigue— al “despertar de la *conciencia jurídica universal*, la *recta ratio* inherente a la humanidad, como fuente material por excelencia de todo el derecho internacional que trasciende en gran medida la “voluntad” de cada Estado en particular” (párr. 30). El Magistrado Caçado Trindade concluye de la siguiente manera:

“Esta perspectiva ha contribuido decisivamente a la formación, entre otras cosas y en particular, de una *opinio iuris communis* con respecto a los derechos de las personas, conforme a lo dispuesto en el Artículo 36 1) b) de la Convención de Viena de 1963, que refleja el actual proceso de humanización del derecho internacional, el cual abarca los correspondientes aspectos de las relaciones consulares. Por haberme mantenido siempre fiel a este enfoque humanista universal, considero adecuado defenderlo una vez más en la presente opinión concu-

rente adjunta a la providencia que la CIJ acaba de dictar hoy, 15 de mayo de 2017, en la causa *Jadhav*.

La CIJ ha demostrado, después de todo, que es consciente de que las medidas provisionales de protección que establece acertadamente en la presente providencia (punto I de la parte dispositiva) están encaminadas a proteger los derechos tanto del Estado como de la persona afectada [...] en virtud de lo dispuesto en el Artículo 36 1) de la Convención de Viena de 1963. Por consiguiente, y para mi satisfacción, el desarrollo de la jurisprudencia sigue avanzando en este sentido. Los tribunales internacionales contemporáneos han de desempeñar un papel fundamental en su misión colectiva de hacer justicia” (párrs. 32 y 33).

### Declaración del Magistrado Bhandari

El Magistrado Bhandari está de acuerdo con la decisión de la Corte de establecer medidas provisionales. No obstante, desea dejar constancia de su opinión sobre los requisitos para indicar tales medidas. La presente causa plantea cuestiones relativas a la vulneración fundamental de derechos humanos mediante la denegación del acceso consular durante la sustanciación del proceso judicial llevado a cabo en el Pakistán contra el Sr. Kulbhushan Sudhir Jadhav, que culminó en su condena a muerte.

En su declaración, el Magistrado Bhandari comienza describiendo los hechos relativos a la demanda y la solicitud de medidas provisionales presentadas por la India. Posteriormente, analiza los cuatro requisitos que han de cumplirse para dictar medidas provisionales: i) competencia *prima facie*; ii) verosimilitud; iii) existencia de un riesgo real e inminente de perjuicio irreparable; y iv) vinculación entre los derechos reivindicados en relación con el fondo de la cuestión y las medidas provisionales solicitadas. Cada uno de estos requisitos se examina por separado.

Con respecto a los hechos de la causa, el Magistrado Bhandari recalca la incertidumbre existente en torno a las circunstancias en que se produjo la detención del Sr. Jadhav. El Magistrado aclara que las partes discrepan acerca de si la detención tuvo lugar dentro o fuera del territorio del Pakistán. Asimismo, destaca las comunicaciones diplomáticas entre las partes en referencia a los derechos consulares de la India respecto del Sr. Jadhav. A pesar de las 13 notas verbales enviadas por la India al Pakistán, este último país no ha comunicado a la India los cargos que se imputan al Sr. Jadhav ni le ha remitido los documentos del proceso entablado contra él. El Magistrado llama también la atención sobre las actuaciones judiciales emprendidas para que se revise la condena a muerte del Sr. Jadhav o se le conceda el indulto. En la actualidad, no está claro si el propio Sr. Jadhav ha activado alguna de estas vías internas de recurso, si bien es sabido que su madre ha presentado, en un acto de desesperación, tanto un recurso de apelación en virtud de lo dispuesto en el Artí-

culo 133 B) de la Ley del Ejército del Pakistán de 1952 como una solicitud de indulto con arreglo a lo establecido en el Artículo 131 de dicha Ley. Además, el Magistrado Bhandari pone de relieve que la negativa del Pakistán a facilitar el acceso consular ha provocado una situación en la que la India carece de información directa sobre los cargos que se imputan al Sr. Jadhav y el proceso llevado a cabo contra él ante el tribunal militar pakistaní.

Antes de abordar los requisitos para dictar medidas provisionales, el Magistrado Bhandari analiza el papel del Acuerdo sobre Acceso Consular suscrito entre la India y el Pakistán en 2008. El Magistrado coincide con la Corte en que no hay nada que sugiera *prima facie* que las partes, por el hecho de haber suscrito el Acuerdo de 2008, hayan restringido o descartado las obligaciones recíprocas asumidas en virtud de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Al contrario, el Acuerdo de 2008 amplía, afianza y prorroga las obligaciones recíprocas de las partes en relación con la asistencia consular, obligaciones cuyo marco general queda establecido en la Convención de Viena. Por tanto, el Acuerdo de 2008 no excluye la competencia de la Corte para conocer de la presente causa. Además, el Magistrado Bhandari destaca que la India no hizo alusión en su demanda al Acuerdo de 2008, sino que solo denunció el incumplimiento de la Convención de Viena. En concreto, dicho país no basó sus alegaciones en el Acuerdo mencionado por los siguientes motivos: i) el Artículo 102, párrafo 2, de la Carta de las Naciones Unidas impide invocar ante los órganos de las Naciones Unidas las disposiciones de tratados no registrados ante la Organización, como es el caso del Acuerdo de 2008; ii) el Artículo 73 de la Convención de Viena no impide que los Estados firmen tratados orientados a afianzar, complementar, ampliar o prorrogar las disposiciones de la propia Convención; y iii) el Artículo 73 de la Convención de Viena prohíbe que las disposiciones de esta se vean menoscabadas por la firma de tratados consulares posteriores.

En cuanto a la competencia *prima facie*, el Magistrado Bhandari recuerda que la India fundamentó la competencia de la Corte en lo dispuesto en el Artículo 36, párrafo 1, de su Estatuto, interpretado conjuntamente con el Artículo I del Protocolo Facultativo de la Convención de Viena. Ni la India ni el Pakistán plantearon ninguna reserva a dicho Protocolo. El Magistrado señala un paralelismo con la causa *LaGrand*, en la que la Corte determinó tener competencia *prima facie* basándose en las mismas disposiciones jurídicas, respecto de las cuales ni Alemania ni los Estados Unidos de América habían formulado tampoco reserva alguna. Asimismo, afirma que la Corte actuó correctamente al aplicar la jurisprudencia previa en la causa *Guinea Ecuatorial c. Francia*, en la que se sostuvo que, para poder determinar su competencia *prima facie*, la Corte debía cerciorarse de que, *prima facie*, existiese controversia entre las partes y de que tal controversia entrase en el ámbito de aplicación del tratado invocado. Según el Magistrado Bhandari,

la existencia *prima facie* de controversia se confirma por el intercambio de notas verbales entre las partes sobre el tema del acceso consular al Sr. Jadhav. Además, tal controversia entra en el ámbito de aplicación de la Convención de Viena *ratione materiae*, puesto que los hechos denunciados por la India se refieren a sus derechos consulares garantizados en la Convención de Viena pero presuntamente negados por el Pakistán.

En lo que se refiere a la verosimilitud, el Magistrado Bhandari recuerda el criterio de la Corte redefinido recientemente en el marco de la causa *Ucrania c. Federación de Rusia*. A su juicio, los derechos reivindicados por la India sobre el fondo de la cuestión son verosímiles porque se refieren al acceso consular a una persona que es, indiscutiblemente, un ciudadano de dicho país que ha sido detenido, juzgado y condenado en otro. Por tanto, es verosímil que la India goce de los derechos que invoca en el marco de la causa en relación con el Sr. Jadhav. El Magistrado recuerda que, en los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional sobre el proyecto de artículos que dio origen a la Convención de Viena, se afirmaba claramente que el derecho a la asistencia consular contemplado en el Artículo 36, párrafo 1, de la Convención era aplicable también a los casos en que un tribunal nacional hubiera dictado una sentencia definitiva. En la presente causa, es posible incluso que los recursos interpuestos contra la condena a muerte del Sr. Jadhav se hallen aún pendientes de resolución, por lo que el reconocimiento del derecho de acceso consular resulta verosímil.

En cuanto al riesgo real e inminente de perjuicio irreparable, el Magistrado Bhandari analiza las similitudes entre la presente causa y las anteriores en relación con la pena de muerte, a saber: las causas *Breard*, *LaGrand* y *Avena*. Todas ellas hacían referencia a hechos similares a los expuestos en la causa *Jadhav* y se saldaron con la conclusión, por parte de la Corte, de que la ejecución del ciudadano extranjero habría

constituido una vulneración irreparable de los derechos de acceso consular reivindicados por el Estado que enviaba en relación con el fondo de la cuestión. Además, el Magistrado Bhandari aclara que el tiempo que pueda transcurrir hasta la ejecución del Sr. Jadhav es irrelevante para determinar la existencia de una situación de urgencia. Mientras exista riesgo real de que se ejecute al Sr. Jadhav antes de que la Corte dicte una resolución definitiva en la causa, existirá dicha situación de urgencia.

Con respecto al vínculo entre las medidas provisionales solicitadas y los derechos reivindicados en relación con el fondo de la cuestión, el Magistrado Bhandari destaca de nuevo la continuidad existente entre la presente causa y las anteriores relativas a la pena de muerte. En todas ellas, la Corte determinó siempre que el Estado demandado no podía ejecutar a la persona cuyos derechos consulares estaban en juego en el marco del procedimiento incoado ante ella, y que dicho Estado debía informar a la Corte sobre las medidas adoptadas en cumplimiento de lo dispuesto en la providencia. Por tanto, el Magistrado Bhandari considera que en la presente causa se deben establecer las mismas medidas provisionales.

El Magistrado Bhandari concluye que se trata de un caso evidente en el que procede dictar medidas provisionales en virtud del Artículo 41 del Estatuto. Por consiguiente, mientras el procedimiento incoado ante la Corte siga su curso, no podrá ejecutarse al Sr. Kulbhushan Sudhir Jadhav. Al margen de las cuestiones relativas a las relaciones consulares, en la presente causa se pone de manifiesto lamentablemente, a juzgar por el análisis preliminar de los hechos, la existencia de una vulneración de los derechos humanos fundamentales del Sr. Jadhav al no permitirse a la India el acceso consular al acusado ni tras su detención ni durante la sustanciación del proceso penal emprendido contra él en el Pakistán.

## 223. PRESUNTAS VIOLACIONES DE DERECHOS SOBERANOS Y ESPACIOS MARÍTIMOS EN EL MAR CARIBE (NICARAGUA *c.* COLOMBIA) [DEMANDAS RECONVENCIONALES]

### Providencia de 15 de noviembre de 2017

El 15 de noviembre de 2017, la Corte Internacional de Justicia dictó su providencia sobre la admisibilidad de las demandas reconventionales presentadas por Colombia en la causa relativa a *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)*. En su providencia, la Corte concluyó que la tercera y cuarta reconversiones presentadas por Colombia eran admisibles y fijó los plazos para la presentación de nuevos alegatos escritos.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cañado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Gevorgian; Magistrados *ad hoc* Daudet, Caron; Secretario Couvreur.

\*  
\* \*

En la parte dispositiva (párr. 82) de la providencia se establece lo siguiente:

“[...]”

La Corte,

a) 1) Por 15 votos contra 1,

*Determina* que la primera reconversión presentada por la República de Colombia es inadmisibile como tal y no forma parte de los procedimientos en curso;

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cañado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Gevorgian; Magistrado *ad hoc* Daudet;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado *ad hoc* Caron;

2) Por 15 votos contra 1,

*Determina* que la segunda reconversión presentada por la República de Colombia es inadmisibile como tal y no forma parte de los procedimientos en curso;

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cañado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Gevorgian; Magistrado *ad hoc* Daudet;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado *ad hoc* Caron;

3) Por 11 votos contra 5,

*Determina* que la tercera reconversión presentada por la República de Colombia es admisible como tal y forma parte de los procedimientos en curso;

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Bennouna, Cañado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Bhandari, Robinson; Magistrado *ad hoc* Caron.

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Tomka, Gaja, Sebutinde, Gevorgian; Magistrado *ad hoc* Daudet;

4) Por 9 votos contra 7,

*Determina* que la cuarta reconversión presentada por la República de Colombia es admisible como tal y forma parte de los procedimientos en curso;

VOTOS A FAVOR: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Bennouna, Cañado Trindade, Xue, Bhandari, Robinson; Magistrado *ad hoc* Caron;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Tomka, Greenwood, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Gevorgian; Magistrado *ad hoc* Daudet;

b) Por unanimidad,

*Ordena* la presentación de una réplica por Nicaragua y de una dúplica por Colombia sobre las pretensiones de las dos partes en los procedimientos en curso y *fija* los siguientes plazos para la presentación de esos escritos:

Para la réplica de la República de Nicaragua, 15 de mayo de 2018;

Para la dúplica de la República de Colombia, 15 de noviembre de 2018; y

*Reserva* el procedimiento subsiguiente para una decisión ulterior”.

\*  
\* \*

El Vicepresidente Yusuf adjuntó una declaración a la providencia de la Corte; los Magistrados Tomka, Gaja, Sebutinde, Gevorgian y el Magistrado *ad hoc* Daudet adjuntaron una opinión conjunta a la providencia de la Corte; el Magistrado Cañado Trindade adjuntó una declaración a la providencia de la Corte; los Magistrados Greenwood y Donoghue adjuntaron opiniones separadas a la providencia de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Caron adjuntó una opinión disidente a la providencia de la Corte.

\*  
\* \*

La Corte comienza recordando que, el 26 de noviembre de 2013, Nicaragua entabló una demanda contra Colombia sobre la base del Artículo XXXI del Pacto de Bogotá en rela-

ción con una controversia referente a “las violaciones de los derechos soberanos y los espacios marítimos de Nicaragua declarados por la Corte en su fallo de 19 de noviembre de 2012 [en la causa relativa a la *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia)*] y sobre la amenaza del uso de la fuerza por Colombia a fin de cometer esas violaciones”. Recuerda además que, el 19 de diciembre de 2014, Colombia presentó excepciones preliminares a la competencia de la Corte. En su fallo de 17 de marzo de 2016, la Corte estimó que era competente, sobre la base del Artículo XXXI del Pacto de Bogotá, para conocer de la controversia entre Nicaragua y Colombia relativa a las presuntas violaciones por parte de Colombia de los derechos de Nicaragua en las zonas marítimas que, según este último país, la Corte le había reconocido en su mencionado fallo de 19 de noviembre de 2012. En su contramemoria depositada el 17 de noviembre de 2016, Colombia presentó cuatro reconveniones. Tras recordar que, según el párrafo 1 del Artículo 80 del Reglamento de la Corte, deben cumplirse dos condiciones para que la Corte pueda conocer de una reconvenición, a saber, que la reconvenición “entre dentro de la competencia de la Corte” y que “tenga conexión directa con el objeto de la demanda de la otra parte”, la Corte considera apropiado en el presente caso comenzar por la cuestión de si las reconveniones de Colombia están directamente relacionadas con el objeto de las demandas principales de Nicaragua.

#### I. *Conexión directa* (párrs. 22 a 55)

##### A. *Primera y segunda reconveniones* (párrs. 26 a 39)

La Corte observa que las formulaciones de Colombia de la primera y la segunda reconveniones difieren en las conclusiones que figuran al final de su contramemoria y en el cuerpo de la contramemoria y en sus observaciones escritas. A pesar de contar con un enfoque muy similar, tales formulaciones están enunciadas de forma diferente. A este respecto, la Corte señala que las conclusiones formuladas por las partes al final de sus alegatos escritos deben leerse a la luz de los argumentos expuestos en el conjunto de esas alegaciones. En el presente caso, la Corte observa además que los argumentos de las partes sobre la conexión directa se basan en la formulación utilizada por Colombia en el cuerpo de su contramemoria y sus observaciones escritas. En consecuencia, a fin de examinar la admisibilidad de la primera y segunda reconveniones como tal, la Corte se remitirá a la formulación utilizada por Colombia en el cuerpo de su contramemoria y sus observaciones escritas.

La Corte comienza observando que tanto la primera como la segunda reconveniones guardan relación con las supuestas violaciones de Nicaragua de su obligación de proteger y preservar el medio marino. La primera reconvenición se refiere al presunto incumplimiento, por parte de Nicaragua, de la obligación de actuar con la diligencia debida a fin de proteger y de preservar el medio marino en el sudoeste del mar Caribe. La segunda reconvenición trata del incum-

plimiento de su presunta obligación de actuar con la diligencia debida a fin de proteger el derecho de los habitantes del archipiélago de San Andrés, en particular de los raizales, a disfrutar de un medio ambiente saludable, sostenible y duradero. La Corte observa que Colombia considera la segunda reclamación una “consecuencia lógica” de la primera y que Nicaragua no cuestiona esta afirmación. Por lo tanto, la Corte examinará la primera y segunda reconveniones conjuntamente, teniendo presente, no obstante, que son dos separadas.

La Corte observa que la mayoría de los incidentes a los que hace referencia Colombia en su primera y segunda reconveniones ocurrieron presuntamente en la zona económica exclusiva de Nicaragua, y más concretamente en la zona marítima en torno al banco Luna Verde, que está ubicado en la Reserva de la Biosfera Seaflower. Sin embargo, en sus reconveniones, Colombia también hace referencia a ciertos incidentes que presuntamente han tenido lugar dentro del mar territorial de Colombia y del área de régimen común con Jamaica (en torno a Serranilla y Bajo Alicia). No obstante, dado que el Noero de estos incidentes es limitado y que la mayoría de los incidentes a los que hace referencia Colombia han ocurrido presuntamente en la zona marítima en torno al banco Luna Verde en la zona económica exclusiva de Nicaragua, la Corte opina que la primera y segunda reconveniones de Colombia están relacionadas esencialmente con la misma zona geográfica en la que se centran las demandas principales de Nicaragua.

Con respecto a los hechos alegados que sustentan la primera y segunda reconveniones de Colombia y las demandas principales de Nicaragua, respectivamente, la Corte observa que Colombia se basa en la presunta incapacidad de Nicaragua para proteger y preservar el medio marino en el sudoeste del mar Caribe. En particular, Colombia sostiene que embarcaciones nicaragüenses privadas han participado en prácticas de pesca depredadoras y han estado destruyendo el medio marino del sudoeste del mar Caribe, lo que impide que los habitantes del archipiélago de San Andrés, incluida la comunidad raizal, se beneficien de un entorno y un hábitat saludables, sostenibles y duraderos. Por el contrario, las demandas principales de Nicaragua se basan en la presunta injerencia y violación por parte de la Armada de Colombia de los derechos soberanos y la jurisdicción de carácter exclusivo de Nicaragua en la zona económica exclusiva de dicho país. Nicaragua afirma que Colombia ha impedido que los buques pesqueros, las fuerzas navales y los guardacostas de Nicaragua naveguen, pesquen y ejerzan jurisdicción en la zona económica exclusiva de Nicaragua. Por consiguiente, la Corte considera que los hechos alegados que fundamentan la primera y segunda reconveniones de Colombia y las demandas principales de Nicaragua son de naturaleza diferente y no guardan relación con el mismo conjunto fáctico.

Además, la Corte opina que no existe ningún vínculo jurídico directo entre la primera y segunda reconveniones

de Colombia y las demandas principales de Nicaragua. En primer lugar, los principios jurídicos invocados por las partes son diferentes. En sus dos primeras reconvenções, Colombia invoca normas de derecho internacional consuetudinario e instrumentos internacionales relativos esencialmente a la conservación y protección del medio ambiente; por el contrario, en sus demandas principales Nicaragua hace referencia a normas consuetudinarias del derecho internacional del mar relativas a los derechos soberanos, la jurisdicción y las obligaciones de un Estado ribereño dentro de sus zonas marítimas, reflejadas en las Partes V y VI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En segundo lugar, las partes no persiguen el mismo objetivo jurídico a través de sus respectivas demandas. Si bien Colombia pretende establecer que Nicaragua no ha cumplido su obligación de proteger y conservar el medio marino en el sudoeste del mar Caribe, Nicaragua trata de demostrar que Colombia ha violado los derechos soberanos y la jurisdicción de Nicaragua dentro de sus zonas marítimas.

La Corte concluye por tanto que no existe ningún vínculo jurídico directo entre la primera y segunda reconvenções de Colombia y las demandas principales de Nicaragua.

#### *B. Tercera reconvenção (párrs. 40 a 46)*

En su tercera reconvenção, Colombia solicita a la Corte que declare que Nicaragua ha infringido el derecho de los pescadores artesanales del archipiélago de San Andrés, incluida la población indígena de los raizales, de acceder a sus zonas tradicionales de pesca y explotárselas. En particular, Colombia hace referencia a presuntos actos de intimidación y acoso hacia los pescadores artesanales del archipiélago de San Andrés por parte de la Fuerza Naval de Nicaragua, tales como la incautación de los productos, aparejos de pesca, alimentos y otros bienes de los pescadores artesanales.

La Corte observa que las partes están de acuerdo en que los hechos invocados por Colombia en su tercera reconvenção y por Nicaragua en sus demandas principales se refieren al mismo período de tiempo (posteriormente al pronunciamiento del fallo de 2012) y a la misma zona geográfica (la zona económica exclusiva de Nicaragua). La Corte señala asimismo que los hechos en que se basan la tercera reconvenção de Colombia y las demandas principales de Nicaragua son de la misma naturaleza en la medida en que alegan formas de conducta similares de las fuerzas navales de una parte respecto a los nacionales de la otra parte. En particular, Colombia denuncia el trato dispensado (supuesto acoso, intimidación, medidas coercitivas) por la Fuerza Naval de Nicaragua a los pescadores artesanales colombianos en aguas de la zona de Luna Verde y en la zona entre Quitasueño y Serrana, mientras que Nicaragua denuncia el trato dispensado (supuesto acoso, intimidación, medidas coercitivas) por la Armada de Colombia a los buques nicaragüenses con licencia que pescan en las mismas aguas. Con respecto a los principios jurídicos invocados por las partes, la Corte

observa que la tercera reconvenção de Colombia se basa en el supuesto derecho de un Estado y sus nacionales a acceder y explotar, en determinadas condiciones, los recursos vivos en la zona económica exclusiva de otro Estado. La Corte señala asimismo que las demandas principales de Nicaragua se basan en normas consuetudinarias relativas a los derechos soberanos y la jurisdicción de un Estado ribereño sobre su zona económica exclusiva, en particular los derechos de un Estado ribereño sobre los recursos marinos situados en esa zona. Por lo tanto, las respectivas demandas de las partes se refieren al alcance de los derechos y las obligaciones de un Estado ribereño en su zona económica exclusiva. Además, las partes persiguen el mismo objetivo jurídico a través de sus respectivas demandas ya que ambas tratan de establecer la responsabilidad del otro invocando la violación de un derecho de acceso y explotación de los recursos marinos en la misma zona marítima.

Por consiguiente, la Corte concluye que existe un vínculo directo, como se exige en el Artículo 80 del Reglamento de la Corte, entre la tercera reconvenção de Colombia y las demandas principales de Nicaragua.

#### *C. Cuarta reconvenção (párrs. 47 a 54)*

En su cuarta reconvenção, Colombia solicita a la Corte que declare que Nicaragua, al aprobar el Decreto No. 33-2013, de 19 de agosto de 2013, que establecía líneas de base rectas y que, según Colombia, tuvo el efecto de ampliar sus aguas interiores y zonas marítimas más allá de lo permitido por el derecho internacional, ha violado los derechos soberanos y la jurisdicción de Colombia. Colombia considera que existe un vínculo directo entre su cuarta reconvenção y las demandas principales de Nicaragua sobre el Decreto No. 1946, de 9 de septiembre de 2013, de Colombia, que establece su “Zona Contigua Integral”, y sus modificaciones posteriores mediante Decreto No. 1119, de 17 de junio de 2014. Recuerda que Nicaragua sostiene que, en virtud de esos decretos, Colombia ha reivindicado para sí gran parte de la zona marítima que la Corte había decidido que pertenece a Nicaragua y, por tanto, supuestamente “ha violado las zonas marítimas y los derechos soberanos de Nicaragua”.

La Corte observa que los hechos invocados por Colombia en su cuarta reconvenção y por Nicaragua en sus demandas principales, es decir, la adopción de instrumentos jurídicos nacionales que fijan los límites o el alcance de sus respectivas zonas marítimas, se refieren al mismo período de tiempo. Señala, sobre todo, que ambas partes se quejan de las disposiciones de la legislación nacional aprobadas por cada una de las partes con respecto a la demarcación de sus respectivos espacios marítimos en la misma zona geográfica, a saber, en la parte sudoccidental del mar Caribe, al este de la costa de Nicaragua y en torno al archipiélago colombiano de San Andrés. La Corte observa asimismo que Nicaragua reivindica el respeto de sus derechos en la zona económica exclusiva y que los límites de la zona económica exclusiva de

Nicaragua dependen de sus líneas de base, impugnadas en la cuarta reconvencción de Colombia. Observa además que, en sus respectivas demandas, Nicaragua y Colombia alegan violaciones de los derechos soberanos que afirman poseer en virtud de normas internacionales consuetudinarias relativas a los límites, el régimen y el alcance espacial de la zona económica exclusiva y la zona contigua, en particular en situaciones en las que esas zonas se superponen entre Estados con costas situadas frente a frente. Asimismo, señala que las partes persiguen el mismo objetivo jurídico a través de sus respectivas demandas puesto que cada una de ellas busca que se declare que el decreto de la otra parte constituye una violación del derecho internacional.

Por consiguiente, la Corte concluye que existe un vínculo directo, como se exige en el Artículo 80 del Reglamento de la Corte, entre la cuarta reconvencción de Colombia y las demandas principales de Nicaragua.

## II. Competencia (párrs. 56 a 77)

La Corte examina a continuación si la tercera y cuarta reconvencciones de Colombia cumplen el requisito de la competencia que figura en el Artículo 80, párrafo 1, del Reglamento de la Corte.

La Corte recuerda que, en la presente causa, Nicaragua ha invocado el Artículo XXXI del Pacto de Bogotá como base de la competencia de la Corte. De conformidad con esa disposición, las partes en el Pacto reconocen como obligatoria la jurisdicción de la Corte “mientras esté vigente el presente Tratado”. En virtud del Artículo LVI, el Pacto regirá indefinidamente, pero “podrá ser denunciado mediante aviso anticipado de un año”. Por tanto, en caso de denuncia del Pacto por un Estado parte, el Pacto permanecerá vigente entre el Estado denunciante y las demás partes durante un período de un año después de la notificación de la denuncia.

Colombia ratificó el Pacto de Bogotá el 14 de octubre de 1968, pero posteriormente notificó la denuncia el 27 de noviembre de 2012. En la presente causa, la demanda fue presentada a la Corte el 26 de noviembre de 2013, es decir, después de que se transmitiera la notificación de la denuncia de Colombia, pero antes de que hubiera transcurrido el período de un año mencionado en el Artículo LVI. En su fallo sobre las excepciones preliminares de 17 de marzo de 2016, la Corte señaló que el Artículo XXXI del Pacto seguía estando vigente entre las partes en la fecha en que se presentó la demanda en la presente causa, y consideró que el hecho de que posteriormente el Pacto dejara de estar vigente entre las partes no afectaba a la competencia que existía en la fecha en que se inició el procedimiento.

Colombia, basándose en el Artículo XXXI del Pacto de Bogotá, presentó sus reconvencciones, que figuraban como parte de las pretensiones contenidas en su conmemoria, de 17 de noviembre de 2016, es decir, después de que el Pacto de Bogotá dejara de estar vigente entre las partes. Por consi-

guiente, la cuestión que se plantea es si, en una situación en la que un demandado ha invocado en sus reconvencciones la misma base jurisdiccional que la invocada por el demandante al incoar el procedimiento, dicho demandado no puede basarse en ese fundamento de la competencia bajo el pretexto de que ha dejado de estar en vigor en el período comprendido entre la presentación de la demanda y la presentación de las reconvencciones.

Una vez que la Corte ha determinado que es competente para conocer de una causa, es competente para examinar todas sus fases; la posterior desaparición del título que le había conferido dicha competencia no puede privar a la Corte de ella. Aunque las reconvencciones son actos jurídicos autónomos cuyo objeto es presentar nuevas reclamaciones a la Corte, están, al mismo tiempo, vinculadas a las demandas principales y su propósito es reaccionar a ellas en el mismo procedimiento, respecto del cual son incidentales. Por consiguiente, la desaparición del título competencial invocado por un demandante en apoyo de sus pretensiones con posterioridad a la presentación de la demanda no priva a la Corte de su competencia para conocer de las reconvencciones presentadas sobre la misma base competencial.

La Corte recuerda que la tercera y cuarta reconvencciones de Colombia se presentaron bajo el mismo título de competencia que las demandas principales de Nicaragua. Recuerda además que se ha determinado que están directamente relacionadas con esas demandas. De ello se desprende que la posterior cesación de los efectos del Pacto de Bogotá entre las partes no privó *per se* a la Corte de su competencia para conocer de las reconvencciones.

La Corte observa que, para determinar si las reconvencciones entran dentro de su competencia, debe examinar también si se cumplen las condiciones que figuran en el instrumento que establece dicha competencia. A este respecto, señala que, en primer lugar, debe determinar la existencia de una controversia entre las partes respecto del objeto de las reconvencciones.

En relación con la tercera reconvencción, la Corte considera que las partes tienen opiniones opuestas sobre el alcance de sus respectivos derechos y deberes en la zona económica exclusiva de Nicaragua. Nicaragua era consciente de que Colombia había expresado una oposición manifiesta, ya que, tras el fallo de 2012, altos funcionarios de las partes intercambiaron declaraciones públicas con opiniones divergentes sobre la relación entre los supuestos derechos de los habitantes del archipiélago de San Andrés a continuar con la pesca tradicional, invocados por Colombia, y la reivindicación de Nicaragua de su derecho a autorizar la pesca en su zona económica exclusiva. Según Colombia, las fuerzas navales de Nicaragua también han intimidado a los pescadores artesanales colombianos que tratan de pescar en las zonas tradicionales de pesca. Por lo tanto, parece que ha existido una controversia entre las partes relativa a la presunta vio-

lación por parte de Nicaragua de los derechos en cuestión desde noviembre de 2013, si no antes.

Con respecto a la cuarta reconvencción, la Corte considera que las partes tienen opiniones opuestas sobre la cuestión de la demarcación de sus respectivos espacios marítimos en la parte sudoccidental del mar Caribe tras el fallo de la Corte de 2012. En este sentido, la Corte destaca que, en una nota diplomática de protesta dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas el 1 de noviembre de 2013, la Ministra de Relaciones Exteriores de Colombia manifestó, entre otras cosas, que “la República de Colombia desea[ba] informar a las Naciones Unidas y sus Estados Miembros que las líneas de base rectas que [...] reclama Nicaragua [en el Decreto No. 33–2013, de 19 de agosto de 2013] [eran] totalmente contrarias al derecho internacional”. La Corte observa asimismo que, en relación con esta nota diplomática, Nicaragua reconoció que existía “una ‘controversia’ sobre esta cuestión”. Por consiguiente, parece que ha existido una controversia entre las partes al respecto desde noviembre de 2013, si no antes.

La Corte se refiere a continuación a la cuestión de si, de conformidad con la condición enunciada en el Artículo II del Pacto de Bogotá, las cuestiones planteadas por Colombia en sus reconvencciones no podían, “en opinión de las partes”, ser resueltas “por negociaciones directas”.

Con respecto a la tercera reconvencción, la Corte observa que, si bien tras el fallo de 2012 las partes formularon declaraciones generales sobre cuestiones relativas a las actividades pesqueras de los habitantes del archipiélago de San Andrés, nunca iniciaron negociaciones directas a fin de resolver estas cuestiones. Esto demuestra que las partes no consideraron que existiera la posibilidad de encontrar una solución a su controversia relativa a la cuestión del respeto de los derechos de pesca tradicionales a través de los cauces diplomáticos habituales mediante negociaciones directas. La Corte considera, por tanto, que la condición enunciada en el Artículo II del Pacto de Bogotá se cumple respecto de la tercera reconvencción.

Con respecto a la cuarta reconvencción, la Corte considera que la adopción por Nicaragua del Decreto 33–2013, de 19 de agosto de 2013, y el rechazo de Colombia a dicho Decreto por medio de una nota diplomática de protesta de la Ministra de Relaciones Exteriores de Colombia, de fecha 1 de noviembre de 2013, ponen de manifiesto que ya no habría sido útil en ningún caso que las partes entablaran negociaciones directas sobre la cuestión a través de los cauces diplomáticos habituales. La Corte considera, por tanto, que la condición enunciada en el Artículo II del Pacto de Bogotá se cumple respecto de la cuarta reconvencción.

La Corte concluye que es competente para conocer de la tercera y cuarta reconvencciones de Colombia.

### III. Conclusión (párrs. 78 a 81)

Habida cuenta de las razones mencionadas, la Corte concluye que la tercera y cuarta reconvencciones presentadas

por Colombia son admisibles como tales. Considera necesario que Nicaragua presente una réplica y Colombia una dúplica en que se aborden las pretensiones de las dos partes en el procedimiento en curso, reservándose el procedimiento subsiguiente.

\*  
\* \* \*

### Declaración del Vicepresidente Yusuf

1. El Magistrado Yusuf está de acuerdo en líneas generales con la providencia de la Corte sobre la admisibilidad de la reconvencción de Colombia. No obstante, desea formular algunas observaciones para profundizar en determinados aspectos del requisito de la competencia que figura en el Artículo 80 del Reglamento de la Corte.

2. En opinión del Magistrado Yusuf, la Corte no había desarrollado anteriormente de manera adecuada el significado de la parte jurisdiccional del Artículo 80, que establece que una reconvencción “entre dentro de la competencia de la Corte”.

3. Uno de los aspectos de las reconvencciones es su carácter autónomo. Otro aspecto de las reconvencciones es que están íntimamente relacionadas con el procedimiento en curso iniciado por la demanda principal y se integran en dicho procedimiento. Por consiguiente, si bien las reconvencciones son funcionalmente autónomas en el sentido de que se abordan por separado de la demanda principal, también son incidentales, pues están adheridas al procedimiento principal.

4. El alcance de la competencia de la Corte se establece de conformidad con los límites fijados en el instrumento en que se basa la competencia de la Corte. Es imperativo que la Corte, al examinar la admisibilidad de las reconvencciones que pretenden basarse en el mismo título de competencia, como la demanda principal, garantice que esas reconvencciones estén comprendidas en el ámbito de la competencia establecida. En este tipo de situación, no es necesario que la Corte establezca nuevamente su competencia sobre las reconvencciones.

5. En la presente causa, la competencia de la Corte ya había sido establecida por la Corte en su fallo sobre las excepciones preliminares, lo que hizo innecesario que la Corte examinara de nuevo la existencia de una “controversia” entre las partes. La Corte debería haber determinado simplemente si las reconvencciones quedan dentro de los límites de la competencia cuya existencia ha constatado la Corte. Este enfoque promueve la economía procesal ya que permite que la Corte se pronuncie de manera integral sobre la controversia planteada ante la Corte.

6. Además, es necesario establecer una distinción entre las reconvencciones cuyo título de competencia invocado difiere del de la demanda principal y las reconvencciones que

invocan el mismo título de competencia que la demanda principal. La Corte ha abordado con más frecuencia reconvencciones que pretenden basarse en el mismo título de competencia que la demanda principal; sin embargo, el Artículo 80 no excluye la invocación de un título de competencia distinto del de la demanda principal. La Corte tendrá que abordar la cuestión de la competencia sobre una reconvencción separadamente de la cuestión de la competencia sobre la demanda principal únicamente cuando se enfrente a un fundamento de la competencia diferente. Solo en ese caso deberá evaluarse la validez de la base jurisdiccional de las reconvencciones en el momento en que dichas reconvencciones se presenten ante la Corte.

### **Opinión conjunta de los Magistrados Tomka, Gaja, Sebutinde, Gevorgian y el Magistrado ad hoc Daudet**

Los Magistrados Tomka, Gaja, Sebutinde, Gevorgian y el Magistrado *ad hoc* Daudet consideran, en su opinión conjunta, que las cuatro reconvencciones de Colombia son inadmisibles por no ser competencia de la Corte, que es uno de los requisitos que deben satisfacer las reconvencciones en virtud del Artículo 80, párrafo 1, del Reglamento de la Corte.

La opinión conjunta dispone que una reconvencción, además de tratarse de una reacción a la demanda del solicitante y estar, por tanto, “vinculada” a esa reclamación, constituye una demanda separada e independiente. Dicha demanda no solo podría sobrevivir a la retirada de la demanda del solicitante, sino que la Corte también está facultada, en virtud del Artículo 80, párrafo 1, del Reglamento de la Corte, para negarse a conocer de una reconvencción si abordarla no redundaría en una buena administración de justicia. De hecho, la opinión conjunta hace notar que, en el pasado, la Corte dejó claro que las pretensiones normalmente deben formularse en el marco de una demanda principal, y que únicamente está permitido presentar demandas como reconvencciones al servicio de la administración de justicia y la economía procesal.

Los cinco Magistrados observan que, en este caso, la Corte ha invertido el orden en que se han considerado los dos requisitos establecidos en el Artículo 80, párrafo 1, del Reglamento de la Corte. Si bien la Corte no está obligada a examinar esos requisitos en un orden determinado, señalan que es más habitual y lógico examinar los requisitos en el orden en que figuran en la última versión del Artículo 80, párrafo 1, del Reglamento de la Corte y que habría sido más apropiado hacerlo así en este caso. Al haber considerado inadmisibles la primera y segunda reconvencciones de Colombia por falta de un vínculo directo con las demandas de Nicaragua, la Corte ha dejado abierta la cuestión de si esas pretensiones entran dentro de la competencia de la Corte y podrían presentarse en forma de una nueva demanda. No obstante, habida cuenta de que el Pacto de Bogotá dejó de estar en vigor con respecto a Colombia con efecto a partir del 27 de noviembre de 2013 y que dicho país no tiene una declaración en vigor de conformi-

dad con el Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte, no puede invocar ningún título jurisdiccional como base para la competencia de la Corte.

La opinión conjunta mantiene que, incluso si se considera que la competencia de la Corte abarca la controversia entre las partes, las reconvencciones de Colombia en este caso no tienen que ver con la misma controversia definida por la Corte en su fallo de 2016 de esta causa. En lo que respecta a la primera, segunda y tercera reconvencciones, esto se deja en claro en el propio fallo de 2016, mientras que la cuarta reconvencción también es distinta de esa controversia.

La opinión conjunta considera que no hay ninguna razón para afirmar que la competencia de la Corte sobre demandas idénticas debería depender de si se presentan como reconvencciones o por separado, mediante una demanda. Destaca que la referencia que hace la mayoría a la causa *Nottebohm* no es pertinente para la cuestión de la competencia sobre las reconvencciones dado que dicha causa se refiere a la fecha crítica para el establecimiento de la competencia de la Corte sobre una demanda presentada de manera unilateral. El hecho de que las dos partes tuvieran en vigor las declaraciones formuladas conforme al Artículo 36, párrafo 2, en la fecha en que se presentó la solicitud bastó para que la Corte pudiera ocuparse de todos los aspectos de la demanda formulada en ella. Sin embargo, en ese caso, la Corte no abordó las reconvencciones ni siquiera de forma implícita.

Los cinco Magistrados se preguntan cómo es posible interponer una demanda reconvenccional sobre la base de un fundamento de la competencia que ha caducado, observando que la opinión de la Comisión para la Revisión del Reglamento de la Corte parece ser contraria al enfoque adoptado por la mayoría en este caso. Además, a los autores de la opinión conjunta les preocupa que la Corte especule con la idea de que un demandante podría eliminar el fundamento de la competencia una vez que se ha interpuesto una demanda. Observan, en primer lugar, que esa situación nunca ha ocurrido y, en segundo lugar, que dicho acto suscitaría inquietudes con respecto a la búsqueda por parte del solicitante de un litigio de buena fe.

La opinión conjunta concluye que, dado que la competencia de la Corte se basa en el consentimiento y que Colombia retiró su consentimiento antes de la presentación de sus reconvencciones, Colombia difícilmente podría haberse quejado en caso de que la Corte hubiera desestimado todas sus reconvencciones por falta de competencia.

### **Declaración del Magistrado Cançado Trindade**

1. En su declaración, el Magistrado Cançado Trindade observa inicialmente que está de acuerdo con la adopción de la presente providencia (de 15 de noviembre de 2017) de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en la causa relativa a *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)*, en la que

la Corte ha tomado el camino adecuado con respecto a las cuatro reconvenções, a saber, considerar inadmisibles la primera y la segunda y admisibles la tercera y la cuarta; sin embargo, se siente obligado, al mismo tiempo, a dejar constancia de sus reflexiones sobre un aspecto concreto al que atribuye especial importancia.

2. Esa cuestión, como se indica en la providencia, guarda relación con la tercera reconvenção: se trata de los derechos tradicionales de pesca de los habitantes del archipiélago de San Andrés. Otros aspectos conexos, tales como la justificación y la admisibilidad de las reconvenções, los requisitos acumulativos del Artículo 80 1) del Reglamento de la Corte (competencia y conexión directa con la demanda principal) y la naturaleza jurídica y los efectos de las reconvenções, ya han sido abordados en detalle por el Magistrado Cançado Trindade en la extensa opinión disidente que adjuntó a la providencia de 6 de julio de 2010 sobre la demanda reconvenicional en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*, a la que considera suficiente remitirse en la presente declaración.

3. Añade que, aunque se interpongan demandas reconvenicionales en el curso del procedimiento, en relación directa con la demanda principal e integrando el complejo fáctico de la presente causa (dando así la impresión de tener carácter “incidental”), esto no las priva de su naturaleza jurídica *autónoma*. Las reconvenções “deben ser tratadas en pie de igualdad con las demandas originarias, respetando fielmente el principio de contradicción, de modo que se garantice la igualdad procesal de las partes. El demandante inicial asume la función de demandado en la reconvenção (*reus in excipiendo fit actor*)” (párr. 4)

4. Sin embargo —prosigue—, la práctica de la Corte en relación con las reconvenções todavía está “en proceso de formación”; por consiguiente, “aún queda mucho por avanzar en este ámbito para lograr que se haga justicia” (párr. 5). Desde su punto de vista, por ejemplo, tanto las demandas como las reconvenções “exigen, a mi juicio, audiencias públicas previas, a fin de obtener nuevas aclaraciones de las partes contendientes” (párr. 6). En cualquier caso, la Corte “no está sujeta a las exposiciones de las partes; está plenamente facultada para trascenderlas, a fin de *decir lo que es el derecho (iuris dictio)*. Al ampliar el contexto fáctico que va a examinarse en la resolución de una controversia, las demandas principales y las reconvenções aportan elementos para una decisión más coherente del tribunal internacional que se ocupa de ellas” (párr. 6).

5. Hace casi ocho decenios, recuerda el Magistrado Cançado Trindade, la doctrina jurídica internacional ya estaba percibiendo la naturaleza jurídica autónoma de las reconvenções. Las reconvenções no son simplemente una excepción sobre el fondo; al exigir el mismo grado de atención que las demandas principales, las reconvenções contribuyen al logro de la buena administración de justicia (*la bonne administration de la justice*). Debe dispensarse ri-

gurosamente el mismo tratamiento a la demanda y la reconvenção originales como requisito para la buena administración de justicia. El Magistrado Cançado Trindade añade que ambas son autónomas y deben tratarse en pie de igualdad, respetando estrictamente el principio de contradicción; “es la única manera de garantizar *la igualdad procesal* de las partes (demandante y demandado, que se convierten en demandado y demandante en la reconvenção)” (párrs. 7 a 8).

6. En cuanto a la cuestión fundamental que señala de manera específica, el Magistrado Cançado Trindade observa que esta no es la primera vez que, en un caso de este tipo, la CIJ tiene en cuenta, en una controversia interestatal, las necesidades básicas y, en particular, los derechos de pesca de los sectores afectados de las poblaciones locales de ambas partes. Destaca que, en otras tres decisiones dictadas por la CIJ a lo largo de los últimos ocho años, relativas, como la que nos ocupa, a países latinoamericanos, se ha prestado una atención constante a dicha cuestión, al igual que en la presente causa. Así, en el fallo de 13 de julio de 2009 en la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica c. Nicaragua)*, la CIJ confirmó el derecho consuetudinario de pesca de subsistencia de los habitantes de *ambas orillas* del río San Juan (párrs. 9 a 10).

7. Posteriormente, en el fallo de 20 de abril de 2010 en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, la Corte también tuvo en cuenta aspectos relativos a los sectores afectados de las poblaciones locales de ambas partes y las consultas con ellos. En su opinión separada adjunta a dicho fallo, el Magistrado Cançado Trindade considera que en las dos causas mencionadas anteriormente, relativas a países latinoamericanos “preocupados por las condiciones de vida y la salud pública de las comunidades vecinas”, la CIJ ha mirado más allá de la dimensión estrictamente interestatal, hacia los sectores de las poblaciones afectadas, y los Estados latinoamericanos que han comparecido ante la CIJ han sido fieles a la “tradicción arraigada del pensamiento jurídico internacional latinoamericano, que nunca ha perdido de vista la importancia de las construcciones doctrinales y los principios generales del derecho” (párrs. 11 a 12).

8. Más recientemente, en el fallo de 27 de enero de 2014 en la causa relativa a una *Controversia marítima (Perú c. Chile)*, en la costa del Pacífico de América del Sur, la CIJ reconoció “la importancia que la pesca ha tenido para las poblaciones costeras de ambas partes”; Según el Magistrado Cançado Trindade, la Corte dejó claro una vez más que, “pese a que la controversia era de carácter interestatal y el mecanismo de arreglo judicial pacífico también lo era, no había ninguna razón para hacer caso omiso de las necesidades de las personas afectadas en el razonamiento de la Corte, superando así una perspectiva estrictamente interestatal” (párr. 13).

9. Ahora, en la presente causa relativa a *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el*

*mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)*, que enfrenta a un país centroamericano con uno sudamericano, se plantea de nuevo la cuestión, y la CIJ, una vez más, se esfuerza por tenerla en cuenta. Ambas partes contendientes han expresado preocupación por los derechos de sus respectivos pescadores, y aparentemente son conscientes de las necesidades de los pescadores de la otra parte (párr. 14). Se ha prestado especial atención a los pescadores de la población local del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (los pueblos raizales), en particular a “sus derechos de pesca tradicionales e históricos desde tiempos inmemoriales, así como el hecho de que son comunidades vulnerables, que dependen en gran medida de la pesca tradicional para su propia subsistencia” (párr. 14).

10. Por su parte, la CIJ, en la presente providencia, señala que los hechos en que se basan ambas partes se refieren al mismo período de tiempo y la misma zona geográfica y son de la misma naturaleza, “en la medida en que alegan tipos de conducta similares de las fuerzas navales de una parte frente a nacionales de la otra parte [...] que pescan en las mismas aguas” (párr. 16). A continuación, en sus consideraciones sobre la competencia, la CIJ examina nuevamente la cuestión de los derechos tradicionales de pesca de los habitantes (pescadores artesanales) del archipiélago de San Andrés (párr. 18); seguidamente, estima que la tercera reconvención “es admisible como tal y forma parte de los procedimientos en curso” (punto A 3) de la parte dispositiva). En su declaración adjunta, el Magistrado Cançado Trindade considera que en la presente causa relativa a *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe*,

“están en juego los derechos de los Estados junto con los derechos de las personas, pescadores artesanales que tratan de pescar, para su propia subsistencia, en las zonas tradicionales de pesca. Esto demuestra una vez más que, en los contenciosos interestatales ante la CIJ, no se puede hacer caso omiso de los derechos de las personas (que, por definición, son vulnerables).

El factor humano tiene, en efecto, una marcada presencia en las cuatro causas mencionadas anteriormente relativas a países latinoamericanos. A mi juicio, esto es alentador, teniendo en cuenta que, después de todo, desde el punto de vista histórico, no debe olvidarse que el Estado existe para los seres humanos, y no a la inversa. Cuando el fondo de una causa se refiere no solo a los Estados, sino también a los seres humanos, entra en juego el factor humano, independientemente de la naturaleza interestatal del contencioso ante la CIJ, y esta debe tenerlo debidamente en cuenta, como lo ha hecho en las mencionadas causas latinoamericanas. Además, dicho factor se debe reflejar debidamente en la decisión de la Corte” (párrs. 19 a 20).

11. El Magistrado Cançado Trindade añade que la doctrina jurídica internacional de América Latina “siempre ha prestado atención a la satisfacción de las necesidades y las

aspiraciones de los pueblos (teniendo en cuenta las de la comunidad internacional en su conjunto), de conformidad con valores y objetivos comunes superiores”, así como a “la importancia de los principios generales del derecho internacional, considerando que la conciencia (*recta ratio*) está muy por encima de la ‘voluntad’, en consonancia con el histórico pensamiento jurídico internacional iusnaturalista” (párr. 21). El Magistrado Cançado Trindade concluye de la siguiente manera:

“La doctrina jurídica internacional de América Latina no ha perdido de vista que, al hacerlo, se basa con acierto en las perennes lecciones y legado de los ‘padres fundadores’ del derecho internacional, que se remontan al auge del *ius gentium* (derecho de gentes) en los siglos XVI y XVII. El *ius gentium* que concibieron era para todos: pueblos, personas y grupos de personas y Estados emergentes. La solidaridad estuvo presente en el *ius gentium* de su época, como también lo está, en mi opinión, en el nuevo *ius gentium* del siglo XXI.

No es la primera vez que hago esta observación en la CIJ<sup>12</sup>. En definitiva, el ejercicio de la soberanía del Estado no puede hacer caso omiso de las necesidades de las poblaciones en cuestión, de un país u otro. En el presente caso, la Corte se enfrenta, entre otras cosas, a la cuestión de la pesca artesanal de subsistencia. Los Estados tienen objetivos humanos, fueron concebidos y gradualmente se constituyeron para ocuparse de los seres humanos sometidos a sus respectivas jurisdicciones. La solidaridad humana va *pari passu* con la necesaria seguridad jurídica de las fronteras y los espacios terrestres y marítimos. La sociabilidad emanada de la *recta ratio* (en el fundamento del *ius gentium*), presente ya en el pensamiento de los ‘padres fundadores’ del derecho internacional (derecho de gentes), y desde entonces y hasta la fecha, sigue encontrando eco en la conciencia humana” (párrs. 22 y 23).

### Opinión separada del Magistrado Greenwood

En su opinión separada, el Magistrado Greenwood recuerda que, si bien se ha sumado a la opinión de la mayoría en lo que respecta a la tercera reconvención planteada por Colombia, su razonamiento difiere en algunos aspectos del reflejado en la providencia. Además, el Magistrado Greenwood disiente de la conclusión de la Corte respecto de la cuarta reconvención de Colombia.

En relación con la tercera reconvención, el Magistrado Greenwood considera que la prueba de un vínculo directo entre la demanda y la tercera reconvención de Nicaragua ha puesto de manifiesto en este caso que el objeto de la controversia planteada por la demanda y la reconvención es exacta-

<sup>12</sup> Hace referencia, en este sentido, a su opinión separada adjunta al fallo de 16 de abril de 2013 en la causa relativa a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/Níger)*.

mente el mismo. Recuerda que, en la fase de las excepciones preliminares, la Corte ya examinó si la controversia planteada por la demanda principal está incluida en los términos de los límites jurisdiccionales del Pacto de Bogotá. Por tanto, el Magistrado Greenwood considera que fue innecesario y, en cierto modo, artificial que en su providencia la Corte efectuara un análisis separado para determinar si la tercera reconvención cumplía los requisitos de competencia establecidos en el Pacto de Bogotá.

En relación con la cuarta reconvención, el Magistrado Greenwood considera que la situación de la zona en que se produjeron los incidentes que constituyen la esencia de la reclamación de Nicaragua no se vería afectada por ninguna decisión respecto a las líneas de base de Nicaragua. En este sentido, no está de acuerdo con la Corte en su constatación de un vínculo directo entre la reconvención y el objeto de la demanda principal.

### Opinión separada de la Magistrada Donoghue

1. El Pacto de Bogotá estaba en vigor entre las partes cuando Nicaragua presentó su demanda, pero ya no era así cuando Colombia presentó sus reconveniciones. En estas circunstancias, la Magistrada Donoghue considera que la Corte tiene competencia para conocer de las reconveniciones de Colombia únicamente en la medida en que cada una de ellas forme parte de la controversia objeto de demanda de Nicaragua.

2. Una vez identificado el objeto de la controversia presentada en la demanda de Nicaragua, la Magistrada Donoghue concluye que la primera, segunda y cuarta reconveniciones de Colombia no encajan en ese objeto. Estas reconveniciones no se enmarcan en el ámbito de la competencia de la Corte y son, por consiguiente, inadmisibles en virtud del Artículo 80, párrafo 1, del Reglamento de la Corte. Sin embargo, la Magistrada Donoghue considera que la tercera reconvenición (relativa a los supuestos derechos de los habitantes de las islas colombianas a la pesca “artesanal” sin la autorización de Nicaragua en zonas marítimas atribuidas a Nicaragua por el fallo de 2012 de la Corte) entra dentro de la competencia de la Corte, puesto que encaja con el objeto de la controversia presentada en la demanda de Nicaragua y se cumplen las demás condiciones de competencia (la existencia de una controversia y la condición previa de una negociación). La tercera reconvenición está también “directamente relacionada con el objeto de la demanda” de Nicaragua, por lo que es admisible en virtud del Reglamento de la Corte.

### Opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Caron

El Magistrado *ad hoc* Caron disiente de la conclusión de la Corte respecto de la primera y segunda reconveniciones de Colombia en la medida en que la Corte considera que no hay una conexión directa, ni de hecho ni de derecho, entre

dichas reconveniciones y el objeto de la demanda principal de Nicaragua. El Magistrado disiente asimismo con respecto a los principios en que se fundamenta el requisito de la conexión directa. En particular, el Artículo 80 del Reglamento de la Corte no requiere que exista una relación directa tanto de hecho como de derecho. El Magistrado *ad hoc* Caron disiente porque, en su opinión, únicamente tiene que haber una relación de hecho o de derecho.

El Magistrado *ad hoc* Caron disiente de la providencia de la Corte en lo que respecta a la relación directa puesto que el Decreto Presidencial No. 1946 es una parte fundamental del complejo fáctico en que se basa la reclamación de Nicaragua y el análisis de la relación directa realizado por la Corte no reconoce que el complejo fáctico que fundamenta la primera y segunda reconveniciones de Colombia esté integrado por los mismos hechos que condujeron en gran medida a la promulgación de ese decreto.

El Magistrado *ad hoc* Caron recuerda que la providencia de la Corte, en relación con la primera y segunda reconveniciones, concluye en su párrafo 37 que “la naturaleza de los presuntos hechos en que se basan la primera y segunda reconveniciones de Colombia y la demanda principal de Nicaragua es diferente”. Sin embargo, un aspecto central del objeto de la demanda de Nicaragua y del complejo fáctico que le sirve de base es la Zona Contigua Integral de Colombia establecida por su Decreto Presidencial No. 1946, de 9 de septiembre de 2013. En el párrafo 12 de la providencia de la Corte se indica que, en este procedimiento, Nicaragua tiene por objeto revocar “las leyes y los reglamentos promulgados por Colombia que sean incompatibles con el fallo de la Corte de 19 de noviembre de 2012, incluidas las disposiciones de los Decretos No. 1946, de 9 de septiembre de 2013 [...]” Y, en el párrafo 70 de su fallo de 17 de marzo de 2016, al referirse a “la proclamación por Colombia de una Zona Contigua Integral”, la Corte observó que “las partes asumieron distintas posiciones sobre las consecuencias jurídicas de esa acción en derecho internacional”. Dado que la existencia del Decreto Presidencial No. 1946 es un objetivo explícito de la demanda de Nicaragua y parte esencial del complejo fáctico en que se basa su pretensión, es fundamental para un análisis de la relación directa reconocer que el complejo fáctico que fundamenta la primera y segunda reconveniciones de Colombia está integrado por los mismos hechos que condujeron en gran medida a la promulgación de ese decreto. El Decreto Presidencial No. 1946 es parte del complejo fáctico en que se basan tanto el objeto de la demanda de Nicaragua como la primera y segunda reconveniciones de Colombia. Por tanto, la primera y segunda reconveniciones están directamente relacionadas con el objeto de la demanda de Nicaragua.

En cuanto al requisito de la conexión directa de derecho en la primera y segunda reconveniciones de Colombia, el Magistrado *ad hoc* Caron señala que el Artículo 80 del Reglamento de la Corte no requiere que exista una relación directa de hecho y de derecho.

El Magistrado *ad hoc* Caron disiente porque, en su opinión, únicamente es necesaria una relación de hecho o de derecho. Además, el objetivo jurídico de las partes en lo que respecta al Decreto Presidencial No. 1946 guarda relación dado que Nicaragua solicita la revocación del Decreto Presidencial No. 1946, mientras que la primera y segunda reconvenções de Colombia pretenden validar las motivaciones que subyacen a la cuestión de dicho decreto.

Por último, el Magistrado *ad hoc* Caron pone de relieve que el singular papel de la Corte en el arreglo pacífico de

controversias implica que la Corte debe reconocer que, al interpretar su demanda ante la Corte, un Estado articulará su caso desde su perspectiva de la controversia. Por lo tanto, no debería ser importante si la reconvenção y la demanda dependen de los mismos instrumentos o principios jurídicos.

El Magistrado *ad hoc* Caron concluye que la admisión de la primera y segunda reconvenções habría permitido realizar un examen más completo de la controversia internacional presentada en el procedimiento y la posibilidad de una solución pacífica a largo plazo de esa controversia.



## Cuadro de causas desglosadas por fecha de incoación

### 1. Causas contenciosas

#### **Canal de Corfú (Reino Unido c. Albania)**

Fallo de 25 de marzo de 1948 (excepción preliminar) ST/LEG/SER.F/1, pág. 3

Fallo de 9 de abril de 1949 (fondo) ST/LEG/SER.F/1, pág. 5

Fallo de 15 de diciembre de 1949 (determinación de la cuantía de la indemnización) ST/LEG/SER.F/1, pág. 9

#### **Pesquerías (Reino Unido c. Noruega)**

Fallo de 18 de diciembre de 1951 ST/LEG/SER.F/1, pág. 21

#### **Derecho de asilo (Colombia/Perú)**

Fallo de 20 de noviembre de 1950 ST/LEG/SER.F/1, pág. 16

#### **Derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (Francia c. Estados Unidos de América)**

Fallo de 27 de agosto de 1952 ST/LEG/SER.F/1, pág. 25

#### **Petición de interpretación del fallo de 20 de noviembre de 1950 en la causa relativa al Derecho de asilo (Colombia c. Perú)**

Fallo de 27 de noviembre de 1950 ST/LEG/SER.F/1, pág. 18

#### **Haya de la Torre (Colombia c. Perú)**

Fallo de 13 de junio de 1951 ST/LEG/SER.F/1, pág. 20

#### **Ambatielos (Grecia c. Reino Unido)**

Fallo de 1 de julio de 1952 (excepción preliminar) ST/LEG/SER.F/1, pág. 23

Fallo de 19 de mayo de 1953 (fondo, obligación de someter una controversia a arbitraje) ST/LEG/SER.F/1, pág. 26

#### **Anglo-Iranian Oil Co. (Reino Unido c. Irán)**

Fallo de 22 de julio de 1952 (competencia) (excepción preliminar) ST/LEG/SER.F/1, pág. 24

#### **Islotes de Minquiers y Ecrehos (Francia/Reino Unido)**

Fallo de 17 de noviembre de 1953 ST/LEG/SER.F/1, pág. 27

#### **Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)**

Fallo de 18 de noviembre de 1953 (excepción preliminar) ST/LEG/SER.F/1, pág. 29

Fallo de 6 de abril de 1955 ST/LEG/SER.F/1, pág. 32

**Oro amonedado sacado de Roma en 1943 (Italia c. Francia, Reino Unido y Estados Unidos de América)**

Fallo de 15 de junio de 1954 ST/LEG/SER.F/1, pág. 29

**Ciertos empréstitos noruegos (Francia c. Noruega)**

Fallo de 6 de julio de 1957 ST/LEG/SER.F/1, pág. 39

**Derecho de paso por territorio de la India (Portugal c. India)**

Fallo de 26 de noviembre de 1957 (excepciones preliminares) ST/LEG/SER.F/1, pág. 41

Fallo de 12 de abril de 1960 (fondo) ST/LEG/SER.F/1, pág. 52

**Aplicación del Convenio de 1902 sobre la Tutela de los Niños (Países Bajos c. Suecia)**

Fallo de 28 de noviembre de 1958 ST/LEG/SER.F/1, pág. 44

**Interhandel (Suiza c. Estados Unidos de América)**

Providencia de 24 de octubre de 1957 (protección provisional) ST/LEG/SER.F/1, pág. 41

Fallo de 21 de marzo de 1959 (excepciones preliminares) ST/LEG/SER.F/1, pág. 46

**Incidente aéreo de 27 de julio de 1955 (Israel c. Bulgaria)**

Fallo de 26 de mayo de 1959 ST/LEG/SER.F/1, pág. 48

**Soberanía sobre ciertas parcelas fronterizas (Bélgica/Países Bajos)**

Fallo de 20 de junio de 1959 ST/LEG/SER.F/1, pág. 50

**Laudo arbitral emitido por el Rey de España el 23 de diciembre de 1906 (Honduras c. Nicaragua)**

Fallo de 18 de noviembre de 1960 ST/LEG/SER.F/1, pág. 55

**Templo de Preah Vihear (Camboya c. Tailandia)**

Fallo de 26 de mayo de 1961 (excepciones preliminares) ST/LEG/SER.F/1, pág. 57

Fallo de 15 de junio de 1962 (fondo) ST/LEG/SER.F/1, pág. 58

**África Sudoccidental (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica)**

Fallo de 21 de diciembre de 1962 (excepciones preliminares) ST/LEG/SER.F/1, pág. 63

Fallo de 18 de julio de 1966 (segunda fase) ST/LEG/SER.F/1, pág. 69

**Camerún Septentrional (Camerún c. Reino Unido)**

Fallo de 2 de diciembre de 1963 ST/LEG/SER.F/1, pág. 65

**Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited  
(Bélgica c. España) (nueva demanda: 1962)**

Fallo de 24 de julio de 1964	ST/LEG/SER.F/1, pág. 67
Fallo de 5 de febrero de 1970	ST/LEG/SER.F/1, pág. 76

**Plataforma continental del mar del Norte (República Federal  
de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Paises Bajos)**

Fallo de 20 de febrero de 1969	ST/LEG/SER.F/1, pág. 72
--------------------------------	-------------------------

**Apelación relativa a la jurisdicción del Consejo de la  
Organización de Aviación Civil Internacional (India c. Pakistán)**

Fallo de 18 de agosto de 1972	ST/LEG/SER.F/1, pág. 82
-------------------------------	-------------------------

**Jurisdicción en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia)**

Providencia de 17 de agosto de 1972 (protección provisional)	ST/LEG/SER.F/1, pág. 81
Fallo de 2 de febrero de 1973 (competencia de la Corte)	ST/LEG/SER.F/1, pág. 84
Providencia de 12 de julio de 1973 (protección provisional)	ST/LEG/SER.F/1, pág. 91
Fallo de 25 de julio de 1974	ST/LEG/SER.F/1, pág. 92

**Jurisdicción en materia de pesquerías (República Federal  
de Alemania c. Islandia)**

Providencia de 17 de agosto de 1972 (protección provisional)	ST/LEG/SER.F/1, pág. 81
Fallo de 2 de febrero de 1973 (competencia de la Corte)	ST/LEG/SER.F/1, pág. 86
Providencia de 12 de julio de 1973 (protección provisional)	ST/LEG/SER.F/1, pág. 91
Fallo de 25 de julio de 1974	ST/LEG/SER.F/1, pág. 94

**Ensayos nucleares (Australia c. Francia)**

Providencia de 22 de junio de 1973 (protección provisional)	ST/LEG/SER.F/1, pág. 87
Fallo de 20 de diciembre de 1974	ST/LEG/SER.F/1, pág. 97

**Ensayos nucleares (Nueva Zelandia c. Francia)**

Providencia de 22 de junio de 1973 (protección provisional)	ST/LEG/SER.F/1, pág. 88
Fallo de 20 de diciembre de 1974	ST/LEG/SER.F/1, pág. 97

**Plataforma continental del mar Egeo (Grecia c. Turquía)**

Providencia de 11 de septiembre de 1976 (protección provisional)	ST/LEG/SER.F/1, pág. 102
Fallo de 19 de diciembre de 1978 (competencia de la Corte)	ST/LEG/SER.F/1, pág. 103

**Plataforma continental (Túnez/Jamahiriya Árabe Libia)**

Fallo de 14 de abril de 1981 (solicitud de intervención de Malta) ST/LEG/SER.F/1, pág. 113

Fallo de 24 de febrero de 1982 ST/LEG/SER.F/1, pág. 116

**Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos de América c. Irán)**

Providencia de 15 de diciembre de 1979 (medidas provisionales) ST/LEG/SER.F/1, pág. 106

Fallo de 24 de mayo de 1980 ST/LEG/SER.F/1, pág. 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, pág. 115

Fallo de 12 de octubre de 1984 ST/LEG/SER.F/1, pág. 130

**Plataforma continental (Jamahiriya Árabe Libia/Malta)**

Fallo de 21 de marzo de 1984 (solicitud de intervención de Italia) ST/LEG/SER.F/1, pág. 123

Fallo de 3 de junio de 1985 ST/LEG/SER.F/1, pág. 147

**Controversia fronteriza (Burkina Faso/República de Malí)**

Providencia de 10 de enero de 1986 (medidas provisionales) ST/LEG/SER.F/1, pág. 160

Fallo de 22 de diciembre de 1986 ST/LEG/SER.F/1, pág. 171

**Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)**

Providencia de 10 de mayo de 1984 (medidas provisionales) ST/LEG/SER.F/1, pág. 125

Providencia de 4 de octubre de 1984 (declaración de intervención) ST/LEG/SER.F/1, pág. 128

Fallo de 26 de noviembre de 1984 (competencia y admisibilidad) ST/LEG/SER.F/1, pág. 141

Fallo de 27 de junio de 1986 (fondo) ST/LEG/SER.F/1, pág. 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 c. Jamahiriya Árabe Libia)**

Fallo de 10 de diciembre de 1985 ST/LEG/SER.F/1, pág. 153

**Acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c. Honduras)**

Fallo de 20 de diciembre de 1988 (competencia y admisibilidad) ST/LEG/SER.F/1, pág. 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, pág. 212  
Fallo de 11 de septiembre de 1992 ST/LEG/SER.F/1/Add.1,  
pág. 16

**Electronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)**

Fallo de 20 de julio de 1989 ST/LEG/SER.F/1, pág. 197

**Delimitación marítima en la zona situada entre Groenlandia  
y Jan Mayen (Dinamarca c. Noruega)**

Fallo de 14 de junio de 1993 ST/LEG/SER.F/1/Add.1,  
pág. 50

**Ciertas tierras fosfáticas en Nauru (Nauru c. Australia)**

Fallo de 26 de junio de 1992 (excepciones preliminares) ST/LEG/SER.F/1/Add.1,  
pág. 11

**Laudo arbitral de 31 de julio de 1989 (Guinea-Bissau c.  
Senegal)**

Providencia de 2 de marzo de 1990 (medidas provisionales) ST/LEG/SER.F/1, pág. 210  
Fallo de 12 de noviembre de 1991 ST/LEG/SER.F/1, pág. 220

**Controversia territorial (Jamahiriya Árabe Libia/Chad)**

Fallo de 3 de febrero de 1994 ST/LEG/SER.F/1/Add.1,  
pág. 63

**Timor Oriental (Portugal c. Australia)**

Fallo de 30 de junio de 1995 ST/LEG/SER.F/1/Add.1,  
pág. 77

**Paso por el Gran Belt (Finlandia c. Dinamarca)**

Providencia de 29 de julio de 1991 (medidas provisionales) ST/LEG/SER.F/1, pág. 218

**Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar  
y Bahrein (Qatar c. Bahrein)**

Fallo de 1 de julio de 1994 (competencia y admisibilidad) ST/LEG/SER.F/1/Add.1,  
pág. 69  
Fallo de 15 de febrero de 1995 (competencia y admisibilidad) ST/LEG/SER.F/1/Add.1,  
pág. 72  
Fallo de 16 de marzo de 2001 (fondo) ST/LEG/SER.F/1/Add.2,  
pág. 163

**Cuestiones relacionadas con la interpretación y la aplicación del Convenio de Montreal de 1971, planteadas de resultados del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. Reino Unido)**

Providencia de 14 de abril de 1992 (medidas provisionales)	ST/LEG/SER.F/1/Add.1, pág. 1
Fallo de 27 de febrero de 1998 (excepciones preliminares)	ST/LEG/SER.F/1/Add.2, pág. 15
Providencia de 10 de septiembre de 2003 (desistimiento)	ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 16

**Cuestiones relacionadas con la interpretación y la aplicación del Convenio de Montreal de 1971, planteadas de resultados del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. Estados Unidos de América)**

Providencia de 14 de abril de 1992 (medidas provisionales)	ST/LEG/SER.F/1/Add.1, pág. 6
Fallo de 27 de febrero de 1998 (excepciones preliminares)	ST/LEG/SER.F/1/Add.2, pág. 22
Providencia de 10 de septiembre de 2003 (desistimiento)	ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 17

**Plataformas petrolíferas (República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América)**

Fallo de 12 de diciembre de 1996 (excepciones preliminares)	ST/LEG/SER.F/1/Add.1, pág. 109
Fallo de 6 de noviembre de 2003	ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 18

**Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)**

Providencia de 8 de abril de 1993 (medidas provisionales)	ST/LEG/SER.F/1/Add.1, pág. 45
Providencia de 13 de septiembre de 1993	ST/LEG/SER.F/1/Add.1, pág. 58 (medidas provisionales)
Fallo de 11 de julio de 1996 (excepciones preliminares)	ST/LEG/SER.F/1/Add.1, pág. 104
Fallo de 26 de febrero de 2007	ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 172

**Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria/Eslovaquia)**

Fallo de 25 de septiembre de 1997	ST/LEG/SER.F/1/Add.2, pág. 1
-----------------------------------	---------------------------------

**Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria: intervención de Guinea Ecuatorial)**

Providencia de 15 de marzo de 1996 (medidas provisionales)	ST/LEG/SER.F/1/Add.1, pág. 85
--	----------------------------------

Providencia de 21 de octubre de 1999 (intervención)	ST/LEG/SER.F/1/Add.2, pág. 126
Fallo de 11 de junio de 1998 (excepciones preliminares)	ST/LEG/SER.F/1/Add.2, pág. 33
Fallo de 10 de octubre de 2002 (fondo)	ST/LEG/SER.F/1/Add.2, pág. 225
<b>Jurisdicción en materia de pesquerías (España c. Canadá)</b>	
Fallo de 4 de diciembre de 1998 (competencia de la Corte)	ST/LEG/SER.F/1/Add.2, pág. 45
<b>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 Zelandia c. Francia)</b>	
Providencia de 22 de septiembre de 1995	ST/LEG/SER.F/1/Add.1, pág. 81 (medidas provisionales)
<b>Isla de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibia)</b>	
Fallo de 13 de diciembre de 1999	ST/LEG/SER.F/1/Add.2, pág. 129
<b>Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Paraguay c. Estados Unidos de América)</b>	
Providencia de 9 de abril de 1998 (medidas provisionales)	ST/LEG/SER.F/1/Add.2, pág. 29
Providencia de 10 de noviembre de 1998 (desistimiento)	ST/LEG/SER.F/1/Add.2, pág. 44
<b>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 c. Nigeria) (excepciones preliminares) (Nigeria c. Camerún)</b>	
Fallo de 25 de marzo de 1999	ST/LEG/SER.F/1/Add.2, pág. 59
<b>Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia/Malasia)</b>	
Fallo de 23 de octubre de 2001 (solicitud de intervención de Filipinas)	ST/LEG/SER.F/1/Add.2, pág. 201
Fallo de 17 de diciembre de 2002 (fondo)	ST/LEG/SER.F/1/Add.2, pág. 263
<b>Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)</b>	
Fallo de 24 de mayo de 2007 (excepciones preliminares)	ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 190

Fallo de 30 de noviembre de 2010	ST/LEG/SER.F/1/Add.5, pág. 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, pág. 266
<b>LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América)</b>	
Fallo de 27 de junio de 2001	ST/LEG/SER.F/1/Add.2, pág. 189
<b>Legalidad del uso de la fuerza (Serbia y Montenegro c. Bélgica)</b>	
Providencia de 2 de junio de 1999 (medidas provisionales)	ST/LEG/SER.F/1/Add.2, pág. 71
Fallo de 15 de diciembre de 2004 (excepciones preliminares)	ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 59
<b>Legalidad del uso de la fuerza (Serbia y Montenegro c. Canadá)</b>	
Providencia de 2 de junio de 1999 (medidas provisionales)	ST/LEG/SER.F/1/Add.2, pág. 78
Fallo de 15 de diciembre de 2004 (excepciones preliminares)	ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 67
<b>Legalidad del uso de la fuerza (Serbia y Montenegro c. Francia)</b>	
Providencia de 2 de junio de 1999 (medidas provisionales)	ST/LEG/SER.F/1/Add.2, pág. 84
Fallo de 15 de diciembre de 2004 (excepciones preliminares)	ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 75
<b>Legalidad del uso de la fuerza (Serbia y Montenegro c. Alemania)</b>	
Providencia de 2 de junio de 1999 (medidas provisionales)	ST/LEG/SER.F/1/Add.2, pág. 89
Fallo de 15 de diciembre de 2004 (excepciones preliminares)	ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 82
<b>Legalidad del uso de la fuerza (Serbia y Montenegro c. Italia)</b>	
Providencia de 2 de junio de 1999 (medidas provisionales)	ST/LEG/SER.F/1/Add.2, pág. 93
Fallo de 15 de diciembre de 2004 (excepciones preliminares)	ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 89
<b>Legalidad del uso de la fuerza (Serbia y Montenegro c. Países Bajos)</b>	
Providencia de 2 de junio de 1999 (medidas provisionales)	ST/LEG/SER.F/1/Add.2, pág. 98
Fallo de 15 de diciembre de 2004 (excepciones preliminares)	ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 97

**Legalidad del uso de la fuerza (Serbia y Montenegro c. Portugal)**

Providencia de 2 de junio de 1999 (medidas provisionales) ST/LEG/SER.F/1/Add.2,  
pág. 105

Fallo de 15 de diciembre de 2004 ST/LEG/SER.F/1/Add.3,  
pág. 105  
(excepciones preliminares)

**Legalidad del uso de la fuerza (Yugoslavia c. España)**

Providencia de 2 de junio de 1999 (medidas provisionales) ST/LEG/SER.F/1/Add.2,  
pág. 111

**Legalidad del uso de la fuerza (Serbia y Montenegro c. Reino Unido)**

Providencia de 2 de junio de 1999 (medidas provisionales) ST/LEG/SER.F/1/Add.2,  
pág. 116

Fallo de 15 de diciembre de 2004 (excepciones  
preliminares) ST/LEG/SER.F/1/Add.3,  
pág. 112

**Legalidad del uso de la fuerza (Yugoslavia c. Estados Unidos de América)**

Providencia de 2 de junio de 1999 (medidas provisionales) ST/LEG/SER.F/1/Add.2,  
pág. 122

**Actividades armadas en el territorio del Congo  
(República Democrática del Congo c. Burundi)**

Providencia de 30 de enero de 2001 (desistimiento) ST/LEG/SER.F/1/Add.2,  
pág. 161

**Actividades armadas en el territorio del Congo  
(República Democrática del Congo c. Uganda)**

Providencia de 1 de julio de 2000 (medidas provisionales) ST/LEG/SER.F/1/Add.2,  
pág. 149

Fallo de 19 de diciembre de 2005 ST/LEG/SER.F/1/Add.3,  
pág. 135

**Actividades armadas en el territorio del Congo  
(República Democrática del Congo c. Rwanda)**

Providencia de 30 de enero de 2001 (desistimiento) ST/LEG/SER.F/1/Add.2,  
pág. 162

**Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción  
del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)**

Fallo de 18 de noviembre de 2008 (excepciones preliminares) ST/LEG/SER.F/1/Add.5,  
pág. 37

Fallo de 3 de febrero de 2015 ST/LEG/SER.F/1/Add.6,  
pág. 102

**Incidente aéreo de 10 de agosto de 1999 (Pakistán c. India)**

Fallo de 21 de junio de 2000 (competencia de la Corte) ST/LEG/SER.F/1/Add.2,  
pág. 142

<b>Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe (Nicaragua c. Honduras)</b>	
Fallo de 8 de octubre de 2007	ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 197
<b>Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)</b>	
Providencia de 8 de diciembre de 2000 (medidas provisionales)	ST/LEG/SER.F/1/Add.2, pág. 153
Fallo de 14 de febrero de 2002 (fondo)	ST/LEG/SER.F/1/Add.2, pág. 208
<b>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 c. Yugoslavia) (excepciones preliminares) (Yugoslavia c. Bosnia y Herzegovina)</b>	
Fallo de 3 de febrero de 2003	ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 1
<b>Determinados bienes (Liechtenstein c. Alemania)</b>	
Fallo de 10 de febrero de 2005 (excepciones preliminares)	ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 119
<b>Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia)</b>	
Fallo de 13 de diciembre de 2007	ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 225 (excepciones preliminares)
Fallo de 4 de mayo de 2011	ST/LEG/SER.F/1/Add.5, pág. 200 (solicitud de intervención de Costa Rica)
Fallo de 4 de mayo de 2011	ST/LEG/SER.F/1/Add.5, pág. 208 (solicitud de intervención de Honduras)
Fallo de 19 de noviembre de 2012	ST/LEG/SER.F/1/Add.5, pág. 297
<b>Controversia fronteriza (Benin/Níger)</b>	
Fallo de 12 de julio de 2005	ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 126
<b>Actividades armadas en el territorio del Congo (nueva demanda: 2002) (República Democrática del Congo c. Rwanda)</b>	
Providencia de 10 de julio de 2002 (medidas provisionales)	ST/LEG/SER.F/1/Add.2, pág. 220

Fallo de 3 de febrero de 2006 (competencia y admisibilidad) ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 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 c. Honduras)**

Fallo de 18 de diciembre de 2003 ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 31

**Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América)**

Providencia de 5 de febrero de 2003 (medidas provisionales) ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 9

Fallo de 31 de marzo de 2004 ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 35

**Determinados procedimientos penales en Francia (República del Congo c. Francia)**

Providencia de 17 de junio de 2003 (medidas provisionales) ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 12

Providencia de 16 de noviembre de 2010 (desistimiento) ST/LEG/SER.F/1/Add.5, pág. 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, pág. 1

**Delimitación marítima en el mar Negro (Rumania c. Ucrania)**

Fallo de 3 de febrero de 2009 ST/LEG/SER.F/1/Add.5, pág. 56

**Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica c. Nicaragua)**

Fallo de 13 de julio de 2009 ST/LEG/SER.F/1/Add.5, pág. 86

**Situación frente al Estado anfitrión de un enviado diplomático ante las Naciones Unidas (Commonwealth de Dominica c. Suiza)**

Providencia de 9 de junio de 2006 (desistimiento) ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 160

**Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)**

Providencia de 13 de julio de 2006 (medidas provisionales) ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 160

Providencia de 23 de enero de 2007 (medidas provisionales)	ST/LEG/SER.F/1/Add.3, pág. 166
Fallo de 20 de abril de 2010	ST/LEG/SER.F/1/Add.5, pág. 98
<b>Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)</b>	
Fallo de 4 de junio de 2008	ST/LEG/SER.F/1/Add.5, pág. 13
<b>Controversia marítima (Perú c. Chile)</b>	
Fallo de 27 de enero de 2014	ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 53
<b>Fumigación aérea con herbicidas (Ecuador c. Colombia)</b>	
Providencia de 13 de septiembre de 2013 (desistimiento)	ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 35
<b>Solicitud de interpretación del fallo de 31 de marzo de 2004 en la causa relativa a Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) (México c. Estados Unidos de América)</b>	
Providencia de 16 de julio de 2008 (medidas provisionales)	ST/LEG/SER.F/1/Add.5, pág. 26
Fallo de 19 de enero de 2009	ST/LEG/SER.F/1/Add.5, pág. 51
<b>Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)</b>	
Providencia de 15 de octubre de 2008 (medidas provisionales)	ST/LEG/SER.F/1/Add.5, pág. 31
Fallo de 1 de abril de 2011	ST/LEG/SER.F/1/Add.5, pág. 178
<b>Aplicación del Acuerdo Provisional de 13 de septiembre de 1995 (ex República Yugoslava de Macedonia c. Grecia)</b>	
Fallo de 5 de diciembre de 2011	ST/LEG/SER.F/1/Add.5, pág. 232
<b>Inmunities jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)</b>	
Providencia de 6 de julio de 2010 (reconvencción)	ST/LEG/SER.F/1/Add.5, pág. 125
Providencia de 4 de julio de 2011	ST/LEG/SER.F/1/Add.5, pág. 217 (solicitud de intervención de Grecia)

Fallo de 3 de febrero de 2012	ST/LEG/SER.F/1/Add.5, pág. 252
<b>Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)</b>	
Providencia de 28 de mayo de 2009	ST/LEG/SER.F/1/Add.5, pág. 80 (medidas provisionales)
Fallo de 20 de julio de 2012	ST/LEG/SER.F/1/Add.5, pág. 276
<b>Ciertas cuestiones referentes a las relaciones diplomáticas (Honduras c. Brasil)</b>	
Providencia de 12 de mayo de 2010 (desistimiento)	ST/LEG/SER.F/1/Add.5, pág. 124
<b>Competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bélgica c. Suiza)</b>	
Providencia de 5 de abril de 2011 (desistimiento)	ST/LEG/SER.F/1/Add.5, pág. 199
<b>Caza de la ballena en el Antártico (Australia c. Japón: intervención de Nueva Zelandia)</b>	
Providencia de 6 de febrero de 2013 (declaración de intervención de Nueva Zelandia)	ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 1
Fallo de 31 de marzo de 2014	ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 81
<b>Controversia fronteriza (Burkina Faso/Níger)</b>	
Fallo de 16 de abril de 2013	ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 6
<b>Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)</b>	
Providencia de 8 de marzo de 2011 (medidas provisionales)	ST/LEG/SER.F/1/Add.5, pág. 169
Providencia de 17 de abril de 2013 (acumulación de procedimientos)	ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 20
Providencia de 18 de abril de 2013 (demandas reconventionales)	ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 26
Providencia de 16 de julio de 2013 (medidas provisionales)	ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 28
Providencia de 22 de noviembre de 2013 (medidas provisionales)	ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 44

Providencia de 13 de diciembre de 2013 (medidas provisionales) ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 50

Fallo de 16 de diciembre de 2015 ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 138

**Solicitud de interpretación del fallo de 15 de junio de 1962 en la causa relativa al Templo de Preah Vihear (Camboya c. Tailandia)**

Providencia de 18 de julio de 2011 (medidas provisionales) ST/LEG/SER.F/1/Add.5, pág. 221

Fallo de 11 de noviembre de 2013 ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 36

**Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)**

Providencia de 17 de abril de 2013 (acumulación de procedimientos) ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 23

Providencia de 18 de abril de 2013 (demandas reconventionales) ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 26

Providencia de 16 de julio de 2013 (medidas provisionales) ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 28

Providencia de 22 de noviembre de 2013 (medidas provisionales) ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 44

Providencia de 13 de diciembre de 2013 (medidas provisionales) ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 50

Fallo de 16 de diciembre de 2015 ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 138

**Obligación de negociar el acceso al océano Pacífico (Bolivia c. Chile)**

Fallo de 24 de septiembre de 2015 (excepción preliminar) ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 131

**Cuestión de la delimitación de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia más allá de las 200 millas marinas contadas desde la costa de Nicaragua (Nicaragua c. Colombia)**

Fallo de 17 de marzo de 2016 (excepciones preliminares) ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 155

**Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)**

Fallo de 17 de marzo de 2016 (excepciones preliminares) ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 167

Providencia de 15 de noviembre de 2017 (demandas reconventionales) ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 269

**Cuestiones relacionadas con la incautación y retención de ciertos documentos y datos (Timor-Leste c. Australia)**

Providencia de 3 de marzo de 2014 (medidas provisionales) ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 71

Providencia de 22 de abril de 2015 (medidas provisionales) ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 127

Providencia de 11 de junio de 2015 (desistimiento) ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 129

**Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. India)**

Fallo de 5 de octubre de 2016 (competencia y admisibilidad) ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 177

**Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. Pakistán)**

Fallo de 5 de octubre de 2016 (competencia y admisibilidad) ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 198

**Obligaciones respecto de las negociaciones relativas a la cesación de la carrera de armamentos nucleares y al desarme nuclear (Islas Marshall c. Reino Unido)**

Fallo de 5 de octubre de 2016 (excepciones preliminares) ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 218

**Delimitación marítima en el océano Índico (Somalia c. Kenya)**

Fallo de 2 de febrero de 2017 (excepciones preliminares) ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 245

**Inmunidades y actuaciones penales (Guinea Ecuatorial c. Francia)**

Providencia de 7 de diciembre de 2016 (medidas provisionales) ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 240

**Aplicación del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Ucrania c. Federación de Rusia)**

Providencia de 19 de abril de 2017 (medidas provisionales) ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 252

**Jadhav (India c. Pakistán)**

Providencia de 18 de mayo de 2017 (medidas provisionales) ST/LEG/SER.F/1/Add.6, pág. 263

**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, pág. 4

**Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas**

Opinión consultiva de 11 de abril de 1949 ST/LEG/SER.F/1, pág. 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, pág. 11

Opinión consultiva de 18 de julio de 1950 (segunda fase) ST/LEG/SER.F/1, pág. 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, pág. 10

**Situación jurídica internacional del África Sudoccidental**

Opinión consultiva de 11 de julio de 1950 ST/LEG/SER.F/1, pág. 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, pág. 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, pág. 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, pág. 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 de 1956 ST/LEG/SER.F/1, pág. 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, pág. 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, pág. 54

**Ciertos gastos de las Naciones Unidas (Artículo 17, párrafo 2, de la Carta)**  
Opinión consultiva de 20 de julio de 1962 ST/LEG/SER.F/1, pág. 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, pág. 78

**Petición de revisión del fallo No. 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas**  
Opinión consultiva de 12 de julio de 1973 ST/LEG/SER.F/1, pág. 89

**Sáhara Occidental**  
Opinión consultiva de 16 de octubre de 1975 ST/LEG/SER.F/1, pág. 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, pág. 110

**Petición de revisión del fallo No. 273 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas**  
Opinión consultiva de 20 de julio de 1982 ST/LEG/SER.F/1, pág. 118

**Petición de revisión del fallo No. 333 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas**  
Opinión consultiva de 27 de mayo de 1987 ST/LEG/SER.F/1, pág. 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, pág. 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, pág. 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, pág. 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,  
pág. 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,  
pág. 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,  
pág. 47

**Conformidad con el derecho internacional de la declaración  
unilateral de independencia relativa a Kosovo  
(solicitud de opinión consultiva)**

Opinión consultiva de 22 de julio de 2010

ST/LEG/SER.F/1/Add.5,  
pág. 128

**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 (solicitud de opinión consultiva)**

Opinión consultiva de 1 de febrero de 2012

ST/LEG/SER.F/1/Add.5,  
pág. 242