

ALEJANDRO CHEHTMAN
ALBERTO DAVÉRÈDE
LEOPOLDO M. A. GODIO
HORTENSIA D.T. GUTIÉRREZ POSSE
N. GLADYS SABIA DE BARBERIS

LA JURISPRUDENCIA RECIENTE Y EL DERECHO INTERNACIONAL

CARI / CONSEJO ARGENTINO PARA LAS
RELACIONES INTERNACIONALES

LA JURISPRUDENCIA RECIENTE
Y EL DERECHO INTERNACIONAL

LA JURISPRUDENCIA RECIENTE
Y EL DERECHO INTERNACIONAL

ALEJANDRO CHEHTMAN / ALBERTO L. DAVÉRÈDE /
LEOPOLDO M. A. GODIO / HORTENSIA D. T. GUTIERREZ POSSE /
N. GLADYS SABIA DE BARBERIS

2013

La jurisprudencia reciente y el derecho internacional / 1a ed. - Buenos Aires : Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales-CARI, 2013.

155 p. ; 23x16 cm. ISBN 978-987-96830-02-7

1. Relaciones Internacionales. I. Chehtman, Alejandro, colab. II. Davèrède, Alberto, colab. III. Godio, Leopoldo, colab. IV. Gutiérrez Posse, Hortensia, colab. V.

Sabia de Barberis, Gladys, colab.

CDD 348

*Las opiniones de los autores son a título personal
y no comprometen a institución oficial alguna*

Impreso en Argentina

Hecho el depósito que marca la ley 11.723

© Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 2013

Uruguay 1037, piso primero

C1016ACA Buenos Aires, Argentina

Teléfono 4811-0071 al 74

Diseño de tapa: *María Lafage*

Diagramación y corrección: *Marcelo Iglesias*

Prohibida su reproducción total o parcial

Derechos reservados

INDICE

La Corte Penal Internacional y los nacionales de Estados no parte: en busca de las bases del derecho penal internacional. (<i>Alejandro Chehtman</i>)	9
Evolución y actualidad de la asistencia consular. La protección de la persona humana en los fallos de la Corte Internacional de Justicia. (<i>Alberto L. Davèrède y Leopoldo M. A. Godio</i>)	33
Apuntes sobre los principios generales de derecho, el <i>onus probandi</i> y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Ahmadou Sadio Diallo. (<i>Hortensia D. T. Gutierrez Posse</i>)	89
El objeto de la controversia y la admisibilidad de nuevas peticiones presentadas en el curso de una instancia ante la Corte Internacional de Justicia. (<i>N. Gladys Sabia de Barberis</i>)	107

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LOS NACIONALES DE ESTADOS NO PARTES: EN BUSCA DE LAS BASES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Alejandro Chehtman^{*}

1. La Corte Penal Internacional: algunos aspectos conceptuales y normativos

La Corte Penal Internacional (en adelante, la CPI) suele ser ubicada en la cúspide de un sistema naciente de derecho penal internacional. Se la considera un tribunal con vocación global y como el último guardián contra la impunidad por los crímenes más graves cometidos en el mundo. Pero esta interpretación es aún arbitraria en los hechos. La CPI quizá tenga mayor importancia simbólica que operativa, es todavía un experimento cuyos resultados deberemos evaluar con el correr del tiempo. Es más, muchos sostendrán que ni siquiera es esa su función; por el contrario, ven a este tribunal como un órgano más en una constelación de actores esencialmente autónomos (que incluye, por ejemplo, tribunales nacionales, híbridos e internacionalizados). Un tercer grupo considerará estas dos descripciones complementarias, más que excluyentes. En el centro de este debate acerca del lugar institucional de la CPI y su función se encuentra su régimen de competencia personal. Este régimen está, seguramente, entre los aspectos que generaron mayor debate en Roma y al momento de la entrada en vigor del Estatuto para la CPI.

Para abordar esta cuestión es necesario examinar cuidadosamente no ya sólo la naturaleza de la CPI, sino principalmente el fundamento de su competencia. Esta pregunta sobrepasa un examen técnico de las normas de derecho internacional aplicable. Exige además y quizá centralmente, detenerse en un problema teórico importante en derecho internacional público, a saber, el fundamento último de la autoridad de este tribunal. En

^{*} Profesor investigador de la Escuela de Derecho UTDT/Investigador del CONICET. Agradezco a Carlos Espósito por sus valiosos comentarios y sugerencias a una versión anterior de este artículo. Todas las traducciones son del autor, a menos que se indique lo contrario. La primera parte de este artículo retoma algunos puntos desarrollados en el capítulo 5 de mi libro *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment* (Oxford: Oxford University Press, 2010).

ese sentido, el presente trabajo no es puramente doctrinal: procura examinar el fundamento normativo que subyace a la CPI. En otras palabras, detrás del debate acerca de los alcances de la competencia personal de la CPI se encuentra un debate más profundo acerca del fundamento último del ordenamiento jurídico internacional. La presente contribución procura, entonces, por un lado echar luz sobre los alcances de la competencia personal de la CPI; por el otro, tomará esta cuestión para abordar una tensión subyacente en derecho internacional público: la que existe entre el principio de soberanía estatal y de los derechos humanos como fundamento último del sistema jurídico internacional.

Como se ha dicho y contra lo que habitualmente suele suponerse, la CPI no es un tribunal global en un sentido relevante del término. Es un tribunal creado en virtud de un tratado entre un grupo determinado, si bien muy amplio de Estados que se rige, a su vez, por el derecho internacional convencional. De ello se desprende que, como todo tratado, crea derechos y obligaciones únicamente para las partes¹. Ahora bien, con arreglo al Estatuto de Roma la CPI tendrá competencia sobre un individuo si el Estado en cuyo territorio se ha cometido el delito o el Estado del cual éste es nacional son partes del Estatuto, o si alguno de ellos explícitamente acepta la competencia de la CPI en un caso particular (de manera *ad hoc*)². A su vez, la CPI puede ejercer su competencia sobre un determinado hecho con independencia del territorio en el que fue cometido o la nacionalidad tanto del perpetrador como de la(s) víctima(s) si el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas remite la situación al Fiscal de la CPI con arreglo al Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas³. Por último, se entiende que la competencia de la CPI es “complementaria” de los sistemas de justicia nacionales⁴. Esto significa que sólo podrá considerar admisible una situación si el “Estado que tenga jurisdicción [competencia] sobre él y haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”⁵. En este contexto es dable señalar que sobre la enorme mayoría de los

¹ Véase el artículo 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

² Art 12 del Estatuto para la Corte Penal Internacional (en adelante, el Estatuto de Roma).

³ Art 13 del Estatuto de Roma. Véase también la Resolución del Consejo de Seguridad 1593 (2005) que remite la situación en Darfur, el Sudán, a la CPI. A su vez, el Consejo de Seguridad puede impedir temporariamente que el Fiscal de la CPI investigue una determinada situación (véase Art 16 del Estatuto de Roma).

⁴ Preámbulo y artículo 1 del Estatuto de Roma.

⁵ Véase el Art 17(1)(a), (b), y (c) del Estatuto de Roma.

crímenes contenidos en el Estatuto de Roma, la competencia de la CPI es más limitada que la de los distintos Estados actuando individualmente⁶.

La Sección siguiente, entonces, examinará el modelo dominante utilizado para dar cuenta de los alcances de la competencia de la CPI, es decir, el argumento que podemos llamar “de la delegación”. Así, analizará si es posible explicar la competencia de la CPI sobre nacionales o funcionarios de Estados no parte del Estatuto de Roma a partir de la delegación por los Estados partes de su competencia penal territorial o universal. En la Sección tercera, en cambio, se pondrá en duda el potencial de ese argumento como explicación teórica del régimen de competencia que la CPI tiene con arreglo al Estatuto. Se abogará, por el contrario, por un modelo de justificación alternativo, basado en última instancia en la importancia de la persona humana y sus derechos fundamentales. La Sección 4 rastreará la tensión entre estos dos paradigmas en el derecho internacional público a través de un breve análisis de dos decisiones fundamentales en la disciplina, la del Tribunal Militar Internacional en Nuremberg y la del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Tadic*. Como veremos, la discusión acerca del fundamento y de los alcances de la competencia personal de la CPI en gran medida replica esta tensión, pero nos puede llevar a adoptar el segundo modelo aquí defendido. En la última Sección se brindará una breve conclusión.

Pero antes de adentrarnos en el desarrollo del argumento es necesario introducir muy someramente el marco teórico relevante⁷. En primer lugar, utilizaré el lenguaje y el aparato conceptual de los derechos para analizar los alcances de la competencia de la CPI. Esta elección no resulta especialmente problemática. Esto significa simplemente que la forma de abordar la pregunta por los alcances de la competencia personal de la

⁶ Debe admitirse aquí que algunos de los delitos previstos en el Estatuto de Roma no están sujetos al régimen de competencia penal universal, conforme al derecho internacional convencional o consuetudinario. Al respecto, véase Bruce Broomhall, *International justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), 109 y Madeline Morris, ‘High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States’, *Law and Contemporary Problems* 64/1 (2001). El contrapunto a este desarrollo puede consultarse en Michael Scharf, ‘The ICC’s Jurisdiction over Nationals of Non-Party States: A Critique of the US Position’, *Law and Contemporary Problems* 64/1 (2001), 79–80.

⁷ Para un desarrollo más detallado de este marco conceptual, véase Alejandro Chehtman, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, cap. 1.

CPI se formulará en términos de si la CPI tiene el *derecho* de juzgar las conductas perpetradas por nacionales o funcionarios de Estados no parte en territorio de un Estado parte o que haya aceptado la competencia de manera *ad hoc*. Las teorías basadas en los derechos resultan en principio más atractivas que aquellas que toman como noción fundamental la idea de deberes o los enfoques puramente consecuencialistas. Pero asimismo el hablar en términos de derechos resulta especialmente afin al lenguaje del derecho internacional y particularmente a las discusiones en torno a la competencia penal, que es mayoritariamente conceptualizada en estos términos⁸. En segundo lugar, este trabajo presupone que la mejor forma de explicar la existencia de un derecho es identificar un interés, individual o colectivo, que posea la suficiente importancia como para justificar la protección normativa de un derecho⁹. Aquí radica tal vez el *quid* de la empresa. El propósito de este artículo es proporcionar una justificación a nivel normativo de la práctica jurídica existente. En ese sentido, se procurará dar cuenta del régimen de competencia personal de la CPI mediante el uso de razones extralegales. En este caso se partirá del supuesto que la competencia penal de la CPI, es decir sus derechos, deben explicarse a la luz de intereses relevantes.

2. La CPI y los nacionales de Estados no parte del Estatuto de Roma

De lo visto en la sección anterior, se sigue que la CPI posee competencia personal sobre nacionales de Estados no parte del Estatuto de Roma cuando los hechos en cuestión han sido cometidos en el territorio de un Estado parte, o de uno que hubiese aceptado la competencia de la CPI de forma *ad hoc*. El argumento dominante para explicar los alcances de la competencia personal de la CPI sostiene que la “[c]ompetencia le es otorgada a la CPI mediante la delegación de la jurisdicción tradicional

⁸ Ibid, cap. 1. En contra de este enfoque, véase Aeyal M. Gross, “Human Proportions: Are Human Rights the Emperor’s New Clothes of the International Law of Occupation”, *European Journal of International Law* 18(1) (2007), 7-9.

⁹ La teoría del interés se opone a la teoría de la elección en las discusiones analíticas sobre la mejor interpretación del concepto de derechos. No puedo aquí abordar el debate entre estas posiciones. Para una buena aproximación a la teoría del interés, véase M. Kramer, “Rights without Trimmings”, en M.H. Kramer, N.E. Simmonds, y H. Steiner (eds.) *A Debate over Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1998); y Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press, 1988).

Westphaliana por parte de los Estados partes”¹⁰. Con arreglo a este punto de vista, que hemos de llamar aquí el “argumento de la delegación”, la CPI no es un Estado y por lo tanto carece de “intereses propios”¹¹; lo que explica los alcances de su competencia es el consentimiento de los Estados partes que la han autorizado a ejercer su competencia en el territorio de ellos o sobre sus nacionales (es decir, en algunos de los supuestos en que ellos mismos poseen competencia sobre el delito en cuestión). Eso podría explicar, al menos *prima facie*, que la CPI tenga competencia personal sobre nacionales o agentes de Estados no parte cuando hayan cometido sus delitos en el territorio de un Estado que, en forma estable o *ad hoc*, ha reconocido la competencia de la CPI. Esto es, puesto que este argumento presupone la posibilidad de una delegación de competencia territorial (o incluso universal) en la CPI.

Ahora bien, el Estatuto no funciona en el vacío, sino que es solamente un tratado en el sistema más amplio del derecho internacional público. Por consiguiente, es necesario analizar si, en última instancia, el contenido del párrafo 2 del artículo 12 del Estatuto puede ser considerado válido a la luz del derecho internacional general. En esta contribución se sostiene que esta línea de argumentación resulta en última instancia insatisfactoria para explicar tanto la competencia que la CPI de hecho posee con arreglo al Estatuto de Roma, como la que debería tener con arreglo a un argumento normativo acerca de la justificación del fundamento y los alcances de la justicia penal internacional. Pero antes de adentrarnos en este asunto, es necesario considerar brevemente una objeción formulada, entre otros, por el gobierno de los Estados Unidos y defendida por académicos y algunos funcionarios de ese país¹².

¹⁰ Eugene Kontorovich, “The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction’s Hollow Foundation”, *Harvard International Law Journal* 45, no. 1 (2004), 200. Véase también Diane F Orentlicher, ‘The Future of Universal Jurisdiction in the New Architecture of Transnational Justice’ en Macedo, *Universal Jurisdiction*, 217; Diane F Orentlicher, ‘Politics by Other Means: The Law of the International Criminal Court’, *Cornell International LJ* 32 (1999); y Scharf, ‘The ICC’s Jurisdiction over Nationals of Non-Party States’. Morris, por su parte, acepta este marco conceptual pero sostiene que el argumento de la delegación no permite explicar el régimen de competencia personal previsto en el artículo 12 del Estatuto de Roma (en Morris, ‘High Crimes and Misconceptions’).

¹¹ Morris, *ibid*, 49.

¹² Véase *ibid* y David Scheffer, ‘Opening Address at the Universal Jurisdiction Conference at the New England School of Law’, *New England Law Rev* 35/2 (2001). Para una versión basada en consideraciones más políticas que jurídicas, véase William K Lietzau, ‘International Criminal Law after Rome: Concerns from a US Military Perspective’, *Law and Contemporary*

Así, se ha sostenido que los alcances de la competencia de la CPI, en los términos en que han quedado articulados en el Estatuto de Roma, son injustificadamente amplios. Más precisamente, se sostiene que la CPI carece con arreglo al derecho internacional público de competencia sobre nacionales de Estados no partes, aún si el delito en cuestión fue cometido en el territorio de un Estado parte o de un Estado que ha reconocido la competencia de la CPI¹³. Al menos en cuanto alcanza a nacionales u oficiales de Estados no parte, esta delegación resultaría incompatible con uno de los principios rectores del derecho de los tratados, según el cual éstos sólo crean obligaciones para las partes¹⁴.

Algunos simplemente rechazan esta proposición. El Estatuto de Roma, sostienen, no impone ninguna obligación a los Estados; sólo resulta vinculante para los individuos¹⁵. En última instancia son ellos los que están sujetos a la autoridad de la CPI y los que pueden ver su situación afectada en caso de una sentencia condenatoria (y aún durante el proceso). Pero

Problems 64/1 (2001). Sobre este punto, véase también, M. Danilenko, 'ICC and Third States' en Antonio Cassese, Paola Gaeta y J. Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. II (Oxford: Oxford University Press, 2002), 1871, J. Paust, "The Reach of ICC Jurisdiction Over Non-Signatory Nationals", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 11 (2000), 1; y David Scheffer, "Letter to the Editors", *American Journal of International Law* 95 (2001), 625. Cabe recordar aquí que han ido más lejos en su defensa política de esta proposición. Los Estados Unidos han adoptado una serie de estrategias para procurar asegurarse de que la CPI no pueda siquiera analizar si puede ejercer su competencia sobre nacionales estadounidenses. Entre ellas ha sancionado legislación que limita la cooperación de la CPI con Estados partes de la CPI (*American Servicemember's Protection Act*, 2002, Publ. L. No. 107-206.), ha celebrado acuerdos con otros Estados prohibiendo la remisión de sus nacionales a la CPI e incluso ha instado al Consejo de Seguridad a que adopte al menos dos resoluciones impidiendo el ejercicio de su competencia sobre nacionales de Estados no partes que participen en operaciones autorizadas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en los términos del artículo 16 del Estatuto de Roma (Véase Resolución 1422 (2002) y su extensión en la Resolución 1487 (2003). Es también dable notar que los nacionales de Estados no parte de la CPI también han quedado exentos de la competencia de la CPI en las situaciones correspondientes al Sudán y a Libia).

¹³ Este argumento técnico ha sido abordado en la literatura pertinente. Véase, por ejemplo, Orentlicher, 'Politics by Other Means' y Scharf, 'The ICC's Jurisdiction over Nationals of Non-Party States'. En este trabajo me centraré principalmente en el análisis de su fuerza normativa y su capacidad de persuasión teórica.

¹⁴ Artículo 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹⁵ Véase Orentlicher, 'Politics by Other Means', 490; Scharf, 'The ICC's Jurisdiction over Nationals of Non-Party States', 75; y Damir Arnaut, "When in Rome... The International Criminal Court and the Avenues for U.S. Participation", *Virginia Journal of International Law* 43 (2003), 541.

muchos no considerarán esta respuesta convincente. Al decidir acerca de una acusación por crímenes de guerra, genocidio o crímenes de lesa humanidad cometidos por un funcionario estatal la CPI no solamente evaluará la responsabilidad penal del imputado; a menudo tendrá que tomar decisiones que conllevan un juicio acerca de la legalidad o ilegalidad de actos oficiales del Estado¹⁶.

Esto no significa que, con arreglo al derecho internacional, exista un obstáculo formal frente al ejercicio de competencia por parte de la CPI. Cabe señalar aquí, como acertadamente sostiene Akande, que una determinación de la CPI de responsabilidad penal individual de un nacional o un funcionario de un Estado no parte no violará el estándar establecido en el caso *Monetary Gold* en cuanto a la exigencia de consentimiento de un Estado para ser sometido a una jurisdicción internacional¹⁷. Ello es así, por cuanto la doctrina del caso *Monetary Gold* no impide a un tribunal adoptar una decisión que afecte los intereses de un tercer Estado, en la medida en que esa decisión no conlleve necesariamente determinar los derechos y responsabilidades del tercer Estado¹⁸. Como se sugiere más adelante, una sentencia condenatoria de un individuo por crímenes de guerra, genocidio, o crímenes de lesa humanidad no implica una determinación de la responsabilidad del Estado al que ese individuo pertenece. Esta misma interpretación del estándar relevante fue aplicada por la CIJ en el caso de *Timor Oriental* al decidir no ejercer su competencia sobre el asunto¹⁹, y reiterada, aunque a los efectos inversos, en el caso *Ciertas tierras con fosfatos en Nauru*²⁰. Pero entonces, si no funciona como obstáculo formal al ejercicio de competencia, es necesario precisar exactamente qué función cumple esta presunta afectación de los intereses del tercer Estado.

¹⁶ Morris, 'High Crimes and Misconceptions', 14; y Ruth Wedgwood, "The Irresolution of Rome," *Law and Contemporary Problems* 64 (2001), 199.

¹⁷ *Caso Monetary Gold* (Italia v. Francia, el Reino Unido y los Estados Unidos), CIJ, 1954. Véase Dapo Akande, "The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits" *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003), 635-6.

¹⁸ Este será el caso en la CPI, al menos en la medida en que no sea una investigación por el crimen de agresión.

¹⁹ Portugal c Australia, CIJ Reports (1995), para. 35.

²⁰ Nauru c Australia, Objeciones Preliminares, CIJ Reports (1992), para. 261-2. En este mismo sentido véase el arbitraje de Larsen contra el reino de Hawái, publicado en 119 ILR (2001), párr. 11.23, entre otros.

Ello es especialmente importante puesto que, para el argumento de la delegación que aquí nos interesa, esta determinación podría parecer inmaterial. Es decir, los críticos de los alcances de la competencia de la CPI no ponen en tela de juicio la facultad de los Estados de perseguir penalmente a los individuos responsables por este tipo de delitos en sus tribunales internos. Únicamente objetan que éstos puedan delegar esta facultad *en la CPI*. Madeleine Morris responderá que la prohibición de la delegación a este tribunal en particular se basa, justamente, en la norma que considera inválidos los *pacta tertii* en derecho internacional²¹. Los Estados no pueden delegar a la CPI ni su competencia territorial ni su competencia universal. En defensa de esta proposición, Morris brindará dos argumentos principales.

En primer lugar, esto obedece a la inexistencia en derecho internacional público de una norma convencional o consuetudinaria que autorice este tipo de delegaciones²². Morris funda esta posición en un meticuloso análisis del carácter no obligatorio de toda jurisdicción internacional y en el fundamento de la competencia de los tribunales penales internacionales anteriores a la CPI. Con esta base, sostiene que la competencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, así como la de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda no se basaron en la delegación por parte de Estados nacionales de su competencia territorial o universal en tales instituciones. O cuanto menos, que éstos no constituyen precedentes claros de delegación de competencia sobre un Estado no parte.

Consideremos por un momento este argumento en sus propios términos. La enorme mayoría de los crímenes de competencia de la CPI están sujetos al régimen de competencia universal²³. De este modo, si el ejercicio de competencia por parte de un Estado sobre crímenes internacionales es en representación de la comunidad internacional, como

²¹ Morris, *ibid*, 14.

²² Omito aquí tratar una subvariante de este argumento según la cual no es posible crear un régimen de competencia universal en sentido estricto mediante un tratado. A lo sumo, se ha sostenido, este tratado podría contribuir al desarrollo de una norma de carácter consuetudinario, o cristalizarla (véase por ejemplo, Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International law and How We Use It* (Oxford: Oxford University Press, 1994), 63-5). Este paso, sin embargo, no es lógicamente necesario para defender el argumento principal (y teóricamente más sofisticado) en el que Morris se basa.

²³ Véase, al respecto, la nota 6.

habitualmente se sugiere, sería incoherente permitir a estos Estados actuar individualmente en dicha representación pero no de manera conjunta²⁴. En el mismo sentido, sugiere Dapo Akande, la regla que autoriza la delegación de competencia en un tribunal internacional debe interpretarse como una norma “estructural” de derecho internacional público. Esto significa que es de aquellas normas que “no exige el consentimiento de los Estados si no que se deduce de otras normas claramente establecidas”²⁵. El ejercicio de competencia del Tribunal Especial para Sierra Leona sobre Charles Taylor, nacional y ex jefe de Estado de Liberia, es una muestra de ello²⁶.

Pero Morris en última instancia defiende un argumento más elaborado. El núcleo de su argumentación es que del hecho de que los Estados parte de la CPI tengan efectivamente competencia sobre un hecho no se sigue automáticamente que tengan la facultad de delegar esa competencia en un tribunal internacional como la CPI²⁷. Lo que Morris necesita explicar, entonces, es por qué es que los Estados no pueden delegar un derecho que incuestionablemente poseen individualmente a la CPI. Para hacerlo, Morris echa mano a los principios relativos al instituto de la cesión de derechos. En pocas palabras, Morris sostiene que según las normas tradicionales en esta materia el Estado X sólo podrá delegar a la CPI un derecho que posee respecto del Estado Y si y sólo si esta delegación no perjudica la posición de Y²⁸. Pero, sostiene Morris, ocurre que en los hechos la delegación por parte de X de su competencia penal a Z sobre un agente del Estado Y perjudicaría la posición de Y, que ha decidido no ser parte del Estatuto de Roma.

Esta imposibilidad de delegar la competencia penal que los Estados poseen respecto de nacionales o agentes de terceros Estados se basa en el hecho de que existen diferencias significativas entre los tribunales de un Estado y un tribunal internacional como la CPI. En primer lugar, y a

²⁴ Akande, “The Jurisdiction of the ICC over Nationals of Non-Parties”, 626.

²⁵ Ibid. Para el concepto de normas estructurales, véase James Crawford, “International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions”, *British Yearbook of International Law* (1983), 85-6.

²⁶ Dapo Akande menciona como otros ejemplos posibles de este tipo de delegación, a la Convención de Manheim sobre navegación en el río Rin (1868), el artículo 234 del tratado de las Comunidades Europeas, y la Corte de Justicia para el Caribe (véase arts. XII(1)c y XIV del Tratado de 001 que la establece). Sobre este punto, ver Akande, *ibid*, 632-3.

²⁷ Morris, ‘High Crimes and Misconceptions’, 29 y ss.

²⁸ *Ibid*, 51.

diferencia de los tribunales nacionales, la CPI proporciona solamente “posibilidades muy bajas de soluciones consensuadas en casos de litigios interestatales”²⁹. Al menos desde una perspectiva formal, resulta inadmisibile que la Oficina del Fiscal o los jueces del tribunal negociasen con el Estado al que pertenece el individuo investigado una solución “política” o “diplomática” al asunto. En segundo lugar, sus veredictos tienen un impacto político mayor en el Estado al cual pertenece el condenado que si hubiera sido dictado por un tribunal nacional. Esto resulta indudable desde el punto de vista práctico si se los compara con una decisión de un tribunal nacional. Tercero, sus decisiones tendrán una influencia muy superior en cuanto al desarrollo del derecho internacional en el área en cuestión, ya sea respecto de los crímenes de guerra o los delitos de lesa humanidad. Y, por último, la CPI no permite ofrecer protección diplomática a los nacionales de un Estado. Sobre la base de estas consideraciones, Morris concluye que el Estado cedido se encontraría, de hecho, en peor situación si el caso es decidido por la CPI que si lo decidiera un tribunal interno. La cesión, en esa situación, sería inválida por perjudicar los derechos del cedido. Análogamente, los Estados carecen del derecho de delegar en la CPI su jurisdicción territorial o universal respecto de nacionales de Estados no partes³⁰.

Michael Scharf ha señalado que esta particularidad de la forma en que se regula la cesión de derechos en algunas o incluso muchas jurisdicciones nacionales no resulta fácilmente extrapolable a una norma de derecho internacional público. Esta respuesta, que bien puede ser correcta en términos estrictamente técnicos, requiere un argumento que la vuelva a su vez normativamente persuasiva. Scharf ha sostenido, en ese sentido, que los Estados simplemente carecen del derecho ante la CPI (u otros Estados actuando individualmente) de decidir respecto de la legalidad o ilegalidad de los actos cometidos por sus agentes fuera de su territorio³¹. Scharf no proporciona una explicación detallada acerca de las razones en las que se funda esta aseveración, pero su propuesta parece ir en el sentido correcto. Aquí es necesario avanzar con cautela.

²⁹ Ibid, 45.

³⁰ Desde un punto analítico, el argumento debería ser que los Estados no partes del Estatuto poseen una inmunidad frente al poder de los Estados partes de delegar ese derecho. La importancia de esta aclaración se verá en los párrafos siguientes.

³¹ Scharf, ‘The ICC’s Jurisdiction over Nationals of Non-Party States’, 75.

Desde una perspectiva analítica, para que el Estado X tenga un derecho frente a la CPI de que ésta no juzgue a agentes de X por presuntos delitos cometidos fuera de X, X debería tener un interés lo suficientemente importante para fundar una inmunidad frente a la CPI. Sin embargo, parecería que ocurre exactamente lo contrario. Es decir, X normalmente tendrá un interés en que las normas de derecho penal internacional, como los crímenes de guerra, el genocidio y los delitos de lesa humanidad, estén en vigor. Aún si uno sostuviese que X carece de ese interés (ya que, *arguendo*, la posición dominante de X en la comunidad internacional –una superpotencia– lo convierte en víctima improbable de tales hechos), los demás Estados que integran la comunidad internacional poseen un interés fundamental en que éstas normas tengan carácter vinculante para *todos* los Estados. Este interés, seguramente, resulta suficientemente importante para conferir a alguna autoridad competencia penal sobre este tipo de hechos³². Y esto ciertamente abarca a la CPI.

En otras palabras, las razones por las que Morris considera que la posición del Estado X se vería “perjudicada” por la actuación de la CPI en un caso contra sus nacionales bien podrían ser razones por las que afirmar que X y lo que es más importante, muchos otros Estados, poseen un interés en que sea la CPI (y no un Estado actuando individualmente) la que ejerza su competencia sobre el ilícito en cuestión. Al decir de Morris, la CPI no tiene, en primer lugar, entre su repertorio institucional la posibilidad de llegar a una solución negociada. Por el contrario, generalmente deberá decidir sobre la base de la culpabilidad o inocencia del imputado. Además, la CPI no aceptará la protección diplomática de los nacionales y probablemente su decisión tenga un impacto mayor en la arena política de X. Por último, una decisión de la CPI tendrá una influencia más notoria sobre el desarrollo de normas de derecho penal internacional. En definitiva, estas consideraciones parecen proporcionar a los distintos Estados de la comunidad internacional razones más convincentes para considerar que la norma cuya violación se

³² Esto podría parecer una proposición controversial. Sin embargo, no creo que sea tal. En última instancia esta situación entre Estados no difiere demasiado de lo que ocurre a nivel interpersonal. Es decir, el interés colectivo de los individuos que componen una sociedad en la vigencia de normas que prohíben el homicidio, la violación, etc. seguramente basta para conferir a alguna autoridad el derecho de castigar a quienes violen esas normas. Y ese derecho se ejercerá también sobre quienes, por sus capacidades físicas, o su poder sobre otros, no tengan un interés especialmente poderoso en gozar de la protección de esas normas.

imputara al agente de X se encuentra realmente en vigor, que si actuase un Estado individual. El régimen de complementariedad, según el cual esencialmente se otorga prioridad a los Estados individuales por sobre la CPI, no socava esta afirmación. Solamente refleja el hecho de que la CPI carece de la capacidad y de los recursos para llevar adelante todas las investigaciones en cuestión en tanto tribunal de primera “instancia”.

Alguien podría objetar que esta respuesta se basa en una petición de principios. ¿No podría acaso decirse que el Estado X, que no es parte del Estatuto de Roma y que está en plena campaña de bombardeo contra un grupo terrorista en el Estado T, posee un interés en que las conductas de sus pilotos estén exentas de la competencia de la CPI? Si concedemos que X tiene un interés fundamental en maximizar la seguridad nacional, por ejemplo, este interés podría ser compatible con el volver inmunes a sus funcionarios frente a la competencia de la CPI. Pero es evidente que el interés que una comunidad política pueda tener en su seguridad colectiva no basta para conferirle el derecho de, por ejemplo, bombardear intencionalmente a civiles o cometer otro tipo de crímenes de guerra o de lesa humanidad.

Es necesario aquí reconocer que quienes abogan por la tesis según la cual los funcionarios de X deben estar exentos de la autoridad de la CPI no defienden esta proposición. En general coinciden en la importancia de velar por la observancia de las normas de derecho penal internacional. Por el contrario, únicamente sostienen que la CPI carece del derecho de evaluar la conformidad de los actos de X o sus funcionarios con el derecho que rige los crímenes de guerra³³. Afirmar la inexistencia de un poder de segundo orden por parte de la CPI para juzgar la responsabilidad individual de sus agentes es, según este punto de vista, una cuestión analíticamente separada de afirmar la existencia de una libertad o de un derecho propiamente dicho de llevar adelante la conducta en cuestión.

El problema con este enfoque es que considera que estas son dos cuestiones independientes la una de la otra cuando, en realidad, esto no es así. Para que los agentes de X estén realmente obligados por las normas de derecho penal internacional que prohíben los crímenes de guerra o de lesa humanidad, es necesario que X carezca de competencia exclusiva sobre

³³ Morris, ‘High Crimes and Misconceptions’, 53.

ellos. Si X (así como, fundamentalmente, los Estados en cuyo territorio actúan los funcionarios de X) va a considerar que dichas normas son genuinamente vinculantes para los agentes de X, entonces alguna autoridad distinta de X debe poseer también competencia sobre tales crímenes. Como hemos señalado, la CPI estará en una posición privilegiada para ejercer esta facultad. Dicho en otras palabras, no es posible sostener consistentemente que los agentes de X están jurídicamente obligados con arreglo a las normas de derecho penal internacional y que X (o sus funcionarios) deben estar exentos de la competencia de la CPI. Si esta última proposición es correcta, de ella debe necesariamente seguirse que los Estados podrían delegar válidamente su competencia territorial (y eventualmente, universal) a la CPI.

Este enfoque resulta a primera vista compatible con varios de los rasgos que caracterizan la regulación tradicional de la competencia de los Estados y de los tribunales internacionales sobre los denominados crímenes internacionales. Por un lado y con arreglo a los tratados en materia de derecho penal transnacional, el hecho de que una comunidad política posea el derecho de enjuiciar a los responsables de actos de corrupción en su propio territorio conlleva a su vez el derecho de “delegar” (autorizar) a otros Estados a ejercer ese tipo de jurisdicción cuando, por ejemplo, esto es necesario para agilizar los procesos³⁴. Este tipo de autorizaciones podría recaer en un tribunal extranjero o en uno internacional. En esta misma línea, no resulta evidente qué problema podría haber con que los Estados delegasen en un tribunal como la CPI su competencia territorial o universal para enjuiciar ciertos delitos internacionales, que ellos indudablemente poseen con arreglo al derecho internacional general.

Por el otro lado, el enfoque basado en la delegación permite explicar la mayoría de los aspectos salientes de la forma en que el Estatuto de Roma regula, en particular, los alcances de la competencia de la CPI. Los Estados poseerían el derecho a delegar su competencia territorial en la CPI, y también podrían delegar su competencia universal. Más aún, puesto que es *su* derecho el que están delegando, pueden autorizar a la CPI a ejercer su competencia con alcances globales bajo ciertas condiciones. Esto podría explicar que la CPI tenga un cierto tipo de competencia global cuando la

³⁴ Al respecto véase, por ejemplo, Danielle Ireland-Piper, “Extraterritorial Criminal Jurisdiction: Does the Long Arm of the Law Undermine the Rule of Law?”, *Melbourne Journal of International Law* 13(1) (2012), 2-36.

situación es remitida al Fiscal por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, actuando con arreglo al Capítulo VII y que la competencia sea en general complementaria³⁵. En última instancia, se sugiere aquí, una lectura adecuada del argumento de la delegación nos permitiría no solamente refutar la “objeción americana” en sus propios términos, también nos permitiría dar cuenta del régimen jurisdiccional de la CPI.

3. Una explicación alternativa de la competencia de la CPI: la importancia de la persona humana

En la sección anterior he procurado evaluar los alcances de la competencia personal de la CPI a la luz del argumento dominante, aquí llamado de la “delegación”. Ahora bien, uno podría cuestionar este marco teórico en su conjunto. Dicho brevemente, este enfoque posee un serio problema descriptivo. El argumento de la delegación identifica erróneamente a los titulares del interés que da lugar al ejercicio de competencia penal sobre crímenes internacionales. Tomemos, por ejemplo, la facultad de la CPI de enjuiciar a un individuo imputado por un delito de lesa humanidad cometido en territorio de un Estado no parte del Estatuto de Roma, por el agente de un Estado no parte. Para que el esquema de la delegación cumpla alguna función, la competencia de la CPI debe estar basada en el derecho que poseen individualmente los Estados partes.

³⁵ Alguien podría objetar que esta lectura del Estatuto de Roma es incorrecta, o al menos minoritaria. El Consejo de Seguridad, se dirá, puede otorgar competencia a la CPI con independencia de una anterior delegación de jurisdicción universal por parte de sus Estados partes. Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda serían claros ejemplos de ello. El objetor probablemente tenga razón en cuanto a la centralidad de la delegación de jurisdicción universal a la CPI para explicar su régimen de competencia personal. No obstante, esta recaracterización del problema difícilmente se aleje del paradigma en cuestión. En definitiva, dicho poder en cabeza del Consejo de Seguridad seguramente estará basado en una delegación (si bien más amplia) de facultades por parte de los Estados en el Consejo de Seguridad en el marco de la Carta de Naciones Unidas. El contenido del párrafo 6 del artículo 2 de la Carta, según el cual “[l]a Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales”, no es óbice a esto. Sobre el asunto ver, por ejemplo, Hans Kelsen, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of its Fundamental Problems* (1959), 107-110; véase también Alfred Verdross, “Le Nazione Unite e I Terzi State”, *La Comunita Internazionale* 2 (1947), 455.

Esto es precisamente lo que ocurre en los distintos tratados internacionales que conforman el llamado derecho penal transnacional. La delegación en ese marco es imprescindible para conferir en un Estado extranjero competencia sobre un delito interno cometido en un Estado parte, puesto que la razón para conferir en el Estado parte el derecho de enjuiciar al imputado de que se trate no implica, por sí misma, conferir un derecho similar en una autoridad extraterritorial, como otro Estado o la CPI. Esto es, los individuos en Argentina carecen ellos mismos de un interés en que el derecho penal argentino castigue a un individuo por haber cometido, por ejemplo, un homicidio en Nepal. A la vez, los individuos en Nepal en esta situación carecen un interés en conferir directamente competencia a un Estado extranjero sobre el hecho en cuestión. De hecho, bien podríamos sugerir que normalmente tienen un interés en que los Estados extranjeros (al igual que los tribunales internacionales) queden *prima facie* al margen del juzgamiento de los delitos internos cometidos en su territorio. El argumento de la delegación, en este contexto, es esencial para explicar la competencia de una autoridad extraterritorial sobre delitos internos, como por ejemplo casos de corrupción, criminalidad organizada, etc.

Sin embargo, esto no ocurre con los llamados crímenes internacionales. En este tipo de caso el interés colectivo que justifica que cada Estado pueda individualmente ejercer su competencia universal sobre los crímenes de lesa humanidad, el genocidio o los crímenes de guerra, justifica a su vez que un tribunal de las características de la CPI posea competencia personal sobre tales hechos. Dicho en otras palabras, el argumento de la delegación depende fuertemente de la afirmación de que la CPI, a diferencia de los distintos Estados, carece de intereses propios³⁶. Pero este mismo razonamiento es aplicable a los propios Estados. Si ellos poseen el derecho a enjuiciar a un determinado individuo esto seguramente se debe al interés de sus nacionales, es decir de los miembros de la comunidad política entendidos como una sumatoria de individuos, más que a los del Estado mismo. Esto significa que, al igual que la CPI, los Estados tampoco poseen intereses propios en sentido estricto³⁷. Nos referimos habitualmente a los intereses del Reino Unido o Sri Lanka como un atajo para referirnos a los intereses (muchas veces intereses de naturaleza colectiva) de los individuos en el Reino Unido o Sri Lanka, respectivamente. En última

³⁶ Véase el texto correspondiente a la nota 11.

³⁷ Véase, entre otros, Allen Buchanan, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination: Moral Foundations for International Law* (New York: Oxford University Press, 2004).

instancia es el interés de estos individuos (tomado individual o colectivamente) y su bienestar aquello sobre lo que debe basarse cualquier argumento normativo en este contexto. El argumento de la delegación no hace otra cosa que oscurecer esta importante consideración.

Por el contrario, uno podría argumentar que el interés colectivo de un gran número de individuos en distintas partes del mundo en la existencia de un sistema de normas jurídicas de derecho penal internacional, como la prohibición del genocidio, de los crímenes de guerra o los delitos de lesa humanidad, justifica *per se* que la CPI esté facultada a velar por su observancia. Corresponde aquí detenernos brevemente para explicar en algún detalle esta posición. Se presupone aquí que es necesario proporcionar un argumento que justifique el ejercicio del poder de castigar en este tipo de casos. Parte del problema con el argumento de la delegación es que no procura dar cuenta de por qué los Estados poseen individualmente esa facultad. De ese modo, no se enfrenta a la necesidad de analizar si ese mismo argumento ya de por sí justifica también la asignación de ese derecho a la CPI.

He sostenido en otro contexto que la razón por la que esta facultad es generalmente conferida a cualquier autoridad, incluyendo los Estados nacionales, tiene que ver con la forma en que la vigencia de ciertas normas penales afecta positivamente la vida de los individuos que viven bajo ellas³⁸. Esta afirmación se basa en una proposición de carácter analítico y otra de carácter normativo. Desde el punto de vista analítico, se sugiere que hay una conexión necesaria entre la existencia de un sistema de normas jurídico-penales en vigor y la existencia de alguna autoridad encargada de velar por su cumplimiento y castigar a quienes las violen. Un sistema jurídico es distinto de otros bienes públicos como un sistema de agua potable o un sistema de salud pública. Su existencia dependerá, no de la posibilidad de abrir una canilla o acudir a una guardia, si no de la convicción de quienes están regulados por sus normas. Así, si en un determinado territorio los individuos no fuesen llamados a rendir cuentas por violar normas jurídico-penales y castigados en caso de ser hallados culpables, los individuos que allí vivan muy rápidamente perderán la confianza en la vigencia de esas normas³⁹. La situación en los Estados

³⁸ Chehtman, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, cap. 2.

³⁹ Para una defensa clásica de esta proposición, véase Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press, 1986).

fallidos o en muchas zonas bajo ocupación militar permite ilustrar esta afirmación.

Desde el punto de vista normativo, esta posición sugiere que la creencia en la vigencia de un cuerpo de normas que prohíben el homicidio, la violación y otros delitos en una sociedad determinada, contribuye a la sensación de seguridad y de dignidad de los individuos que habitan en ella. Considerar que estas normas están en vigor, es decir, que son vinculantes para las personas que los rodean contribuyen a la sensación de un individuo de ser titular de ciertos derechos jurídicos y de que esos derechos están respaldados por normas en vigor. Cabe reconocer que esta proposición es de carácter empírico y por lo tanto su demostración está fuera de los alcances del presente trabajo. Sin embargo, basta sugerir aquí que el interés colectivo de los individuos en la vigencia de normas jurídico-penales que protejan sus derechos fundamentales es lo suficientemente importante para conferir en un Estado la facultad de enjuiciar y castigar a quienes las violen.

Ahora bien, el sistema de normas que prohíben los delitos como los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra o el genocidio no puede estar en vigor si el único responsable de velar por su vigencia es el Estado cuyos agentes o en cuyo territorio se han cometido los hechos en cuestión. Ello es así, simplemente, puesto que ese Estado normalmente será responsable por su comisión, instigación o por asistir a los perpetradores o carecerá totalmente de la posibilidad de evitarlos. Los individuos que habitan en zonas en donde este tipo de hechos ocurren habitualmente o han ocurrido muy recientemente no tendrán razones para creer en la vigencia de las normas jurídico-penales en cuestión de no existir alguna autoridad distinta del Estado responsable de los hechos o completamente incapaz para prevenirlos, con competencia para enjuiciar a sus responsables.

Por consiguiente, para que este sistema exista es necesario que haya al menos alguna autoridad extraterritorial que posea competencia penal sobre este tipo de hechos. Esto explica, de manera sencilla, por qué los Estados poseen individualmente competencia universal sobre este tipo de crímenes. El interés colectivo de aquellos individuos que viven en zonas en las que se cometen o se han cometido este tipo de hechos posee la importancia normativa suficiente para conferir el derecho a todos ellos de enjuiciar a los presuntamente responsables, con independencia de en dónde fue perpetrado y de la nacionalidad del victimario y de la víctima. Ahora

bien, se sostiene aquí que este mismo interés también lleva a autorizar a la CPI a ejercer su competencia para enjuiciar penalmente este tipo de casos.

Esta explicación alternativa es, en definitiva, mucho menos novedosa de lo que podría parecer inicialmente. Por ejemplo, a pesar de que en líneas generales es un exponente del argumento de la delegación, Michael Scharf reconoce expresamente que “los redactores [en la Conferencia de Roma] no tomaron el consentimiento de los Estados como algo necesario... para conferir jurisdicción a la Corte. Por el contrario, adoptaron el régimen basado en el consentimiento como un límite al ejercicio de la jurisdicción inherente de la Corte como una concesión políticamente necesaria a la soberanía de los Estados a efectos de conseguir un apoyo más amplio”⁴⁰. Es posible que esta concesión haya sido y sea aún políticamente necesaria para el establecimiento de la CPI y para garantizar su supervivencia⁴¹. Sin embargo, esta concesión es totalmente compatible con la afirmación, teórica y normativamente más convincente, de que el argumento de la delegación no cumple función alguna en la justificación de los alcances de la competencia personal de la CPI.

Si la competencia de la CPI se basa, como aquí se sostiene, en el interés colectivo de un gran número de individuos en distintas partes del planeta, en la existencia de un conjunto de prohibiciones jurídico-penales que resulten vinculantes para los Estados y sus agentes (así como para ciertas organizaciones no estatales), entonces podríamos decir que los alcances de la competencia personal de la CPI resultan injustificadamente restrictivos desde el punto de vista normativo. Esto es, si tomamos seriamente los intereses de la persona humana y sus derechos fundamentales y aceptamos que en el mundo existen millones de individuos que comparten un interés colectivo en la existencia de un sistema de normas jurídico-penales que prohíban, *inter alia*, el genocidio, los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad, de ello debe seguirse que la CPI debería tener competencia global. Su competencia sobre estos hechos no debería depender de manera alguna de que el Consejo de Seguridad

⁴⁰ Scharf, ‘The ICC’s Jurisdiction over Nationals of Non-Party States’, 77, con citas a Philippe Kirsch y John T Holmes, ‘The Rome Conference of an International Criminal Court: The Negotiating Process’, *American Journal of International Law* 93/2 (1999).

⁴¹ See Elizabeth Wilmshurst, ‘Jurisdiction of the Court’ in Roy S Lee (ed), *The International Criminal Court, Issues, Negotiations, Results* (The Hague: Kluwer, 1999) 127, 132-3; and Claus Kress, ‘Jurisdiction and Cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Compromises’, *Yearbook of International Humanitarian Law* 2 (1999), 154-5.

remitiese la situación ante el Fiscal con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas ni del consentimiento del Estado territorial (o de nacionalidad)⁴². Ni este consentimiento ni la constatación por parte del Consejo de que una situación determinada constituye una amenaza contra la paz y la seguridad internacionales agregan absolutamente nada a esta simple afirmación⁴³. Darle un mayor peso significa recaer en el argumento de la delegación, con las dificultades teóricas que éste conlleva. Por consiguiente, este arreglo institucional debe explicarse únicamente como una concesión relativa a su institucionalización, pero totalmente desconectada de su fundamento último.

4. La necesidad de situar el cambio de paradigma propuesto en un contexto más amplio

En la sección anterior he abogado por el abandono del argumento de la delegación de jurisdicción por parte de los Estados como explicación de los alcances de la competencia personal de la CPI. Como alternativa, he sugerido la posibilidad de construir un argumento basado directamente en el concepto de derechos humanos. La tensión entre estas dos formas de fundamentación se encuentra implícita en el ordenamiento jurídico internacional en vigor. Se manifiesta, sin embargo, con particular claridad en el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional, objeto central de este artículo.

En efecto, David Luban ha cuestionado el lugar común habitualmente defendido del carácter de hito histórico que significaron los juicios de Nuremberg. Sugiere, en cambio, que en última instancia su legado ha sido equívoco. Esto se debe esencialmente a que el Tribunal Militar Internacional (TMI) de Nuremberg no hizo buena su promesa inicial de reivindicar los derechos más básicos de los seres humanos sin importar en qué contexto, ni por quién hubiesen sido violados. Así el TMI limitó los alcances de su

⁴² Esta posición fue defendida por algunos Estados en Roma, como por ejemplo Alemania (véase la propuesta alemana en A/AC.249/1998/DP.2).

⁴³ Este enfoque parece llevar a una concepción de los crímenes contra el derecho internacional basada en la noción de que éstos se caracterizan en última instancia por “cruzar fronteras nacionales”. Para críticas a esta posición ver, por ejemplo, A Chehtman, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, capítulo 4.

competencia a los hechos vinculados con el crimen de agresión, impidiendo así la persecución penal de los crímenes cometidos por el Nazismo en Alemania antes de la guerra o de los cometidos por las potencias vencedoras en el conflicto⁴⁴. Al respecto, Luban señala: “[l]a Carta criminalizaba la [guerra de] agresión; y a través de criminalizar la agresión, erigía un muro alrededor de la soberanía estatal y se comprometía con un modelo de la vieja Europa de Estados-nación inquebrantables”⁴⁵. En otras palabras, el talón de Aquiles de Nuremberg para Luban reside precisamente en no haber podido resolver la tensión entre estatismo y derechos humanos a favor de estos últimos. Por el contrario, sugiere, el tribunal quedó de algún modo preso del principio de soberanía estatal como concepto fundante del ordenamiento jurídico internacional. Pero esto resulta normativamente inaceptable. El énfasis debe ponerse en las “guerras que violan los derechos humanos” y no en aquellas “que violan la soberanía de los Estados”⁴⁶.

En esta misma línea, José Álvarez construye el legado de la célebre decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Tadic*⁴⁷. Dusko Tadic fue la primera persona en comparecer ante un Tribunal Penal Internacional desde Nuremberg y la primera en ser condenada. Estaba acusado de una serie de crímenes cometidos en la Región de Prijedor, en el noroeste de Bosnia, muchos de ellos en un campo en Omarska, incluyendo crímenes de guerra y de lesa humanidad⁴⁸. Pero la decisión que aquí nos importa es una decisión interlocutoria en la que la Sala de Apelaciones del TPIY tuvo que

⁴⁴ David Luban, *Legal modernism* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1997), 335-362.

⁴⁵ *Ibid*, 336-7. Luban reconoce que si bien el crimen de agresión no se vinculó explícitamente con la soberanía estatal hasta la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General en 1974, esto surge claramente del “espíritu” de Nuremberg (*id*).

⁴⁶ *Ibid*, 344.

⁴⁷ *Prosecutor v Tadic*, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber) (2 de octubre de 1995) [en adelante, simplemente *Tadic*]. Mucho se ha escrito sobre esta decisión. Véase, por ejemplo, Christopher Greenwood, “International Humanitarian Law and the Tadic Case,” *European Journal of International Law* 7 (1996), 265, Colin Warbrick y Peter Rowe, “The International Criminal Tribunal for Yugoslavia: The Decision of the Appeals Chamber on the Interlocutory Appeal on Jurisdiction in the Tadic Case,” *International and Comparative Law Quarterly* 45 (1996), 691; José Álvarez, “Nuremberg Revisited: The Tadic Case” *European Journal of International Law* 7 (1996), 245; y más recientemente Dino Kritsiotis, “The Tremors of Tadic,” *Israel Law Review* 43 (2010), 262.

⁴⁸ Tadic fue condenado en julio de 1997, tras ser hallado culpable de 12 de las 34 imputaciones que le fueron formuladas, entre ellas crímenes de guerra y de lesa humanidad. Fue liberado el 17 de julio de 2008.

resolver tres cuestiones centrales: la legalidad de la creación del Tribunal por el Consejo de Seguridad de la ONU mediante la Resolución 827 (1993), la primacía del TPIY sobre los tribunales internos y su competencia en razón de la materia para hechos ocurridos fuera de un conflicto armado internacional⁴⁹.

Tadic modificó el esquema básico del derecho penal internacional al reconocer que pueden surgir imputaciones penales por crímenes de guerra sobre la base de hechos cometidos dentro de un conflicto armado “interno”⁵⁰. Así, dejó de lado una firme línea anterior según la cual sólo podían cometerse crímenes de guerra en el marco de conflictos armados internacionales (y en buena medida también la letra expresa del Estatuto del TPIY), a efectos de incluir dentro de la protección de las normas de derecho penal internacional a individuos presos en conflictos armados no internacionales. Esto es, extendió la protección de las normas que proscriben ciertos crímenes de guerra a situaciones de conflicto armado en las que no había violación a los derechos de ningún Estado soberano. A su vez, la decisión terminó de consolidar la posición según la cual los crímenes de lesa humanidad son conceptual y jurídicamente independientes de la existencia de un crimen de agresión (y de la existencia de un conflicto armado)⁵¹. En este sentido, *Tadic* también parece ir en la dirección de un derecho internacional (penal) construido alrededor de la protección de la persona humana y sus derechos fundamentales. La sola violación de estos derechos bastaría para que la comunidad internacional tenga el derecho de reivindicarlos y de enjuiciar penalmente a los responsables por su violación. Es más, la propia Sala de Apelaciones parece reconocer explícitamente este punto de vista al sostener reiteradamente que el “enfoque orientado a la soberanía Estatal ha sido gradualmente reemplazado por un enfoque orientado hacia la persona humana”⁵².

No obstante, señala Álvarez, el legado de *Tadic* también resulta equívoco o cuanto menos mixto. Pues junto a esta línea que toma a los

⁴⁹ Un análisis pormenorizado de esta cuestión excede los marcos del presente trabajo. Baste aquí señalar que el Estatuto del TPIY no contenía disposiciones en materia de crímenes de guerra cometidos en conflictos de carácter no internacional y exigía para la perpetración de los crímenes de lesa humanidad un nexo con un conflicto armado internacional. Véase, respectivamente, los artículos 2, 3 y 5 del Estatuto del Tribunal.

⁵⁰ *Tadic*, párr. 65-142.

⁵¹ *Ibid*, párr. 138-142.

⁵² Véase, por ejemplo, *ibid*, párr. 97.

derechos humanos como fundamento último del ordenamiento jurídico internacional y objeto central de protección, la Sala de Apelaciones vuelve a echar mano a los aspectos más ligados al paradigma estatista. En efecto, para resolver el planteo acerca de la legitimidad de la creación del Tribunal, la Sala de Apelaciones se basó justamente en las potestades que el Consejo de Seguridad tiene con arreglo a la Carta de Naciones Unidas. Es así que la creación de este tipo de Tribunales depende, como argumento determinante, del consentimiento Estatal. Es éste el que, según el Tribunal, parece darle legitimidad jurídica al TPIY y no su función esencial de velar por la observancia de normas que prohíben muchas de las mayores atrocidades de que es capaz el ser humano. Álvarez parece condonar esta concesión estatista al reconocer que “[l]os jueces no pudieron superar adecuadamente esta brecha entre estatismo y derechos humanos porque el derecho internacional todavía no posee las herramientas adecuadas para hacerlo”⁵³. Pero esto debería llevarnos a buscar desarrollar tales herramientas y a no aceptar consideraciones basadas en última instancia en la soberanía estatal como fundamento último de las instituciones jurídicas internacionales⁵⁴.

En este artículo he procurado señalar que esta tensión vuelve a aparecer en el Estatuto de la CPI, al menos, en la forma en que éste regula su competencia personal⁵⁵. Por un lado la interpretación dominante parece volcarse puramente con el paradigma estatista. La CPI es un tribunal internacional creado mediante un tratado y sus competencias están estrictamente limitadas por aquellas que sus Estados partes han podido legítimamente conferirle. Así, éstos podrán decidir delegarle su competencia territorial o sobre sus nacionales. Del mismo modo es dable interpretar la competencia personal sobre nacionales de Estados no parte por hechos cometidos en territorio de un Estado no parte cuando medie una remisión de la situación por parte del Consejo de Seguridad al Fiscal de la CPI (como por ejemplo, en los casos del Sudán o de Libia) como *fiat* del Consejo de Seguridad o como delegación mediatizada por la Carta de las Naciones

⁵³ Álvarez, “Nuremberg Revisited: The Tadic Case”, 261.

⁵⁴ Para un avance interesante en este sentido, si bien es un área distinta de la aquí abordada, véase Odette Lienau, “Who is the ‘Sovereign’ in the Sovereign Debt?: Reinterpreting a Rule-of-Law Framework from the Early Twentieth Century”, *Yale Journal of International Law* 33 (2008), 63-111.

⁵⁵ Quizá no exclusivamente. Otro rasgo bien podría estar vinculado con algunas asimetrías en la forma de tratar los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales y aquellos cometidos en conflictos armados de carácter no internacional.

Unidas. Aquí también es el consentimiento estatal lo que lleva todo el peso de la argumentación.

Pero una lectura más atractiva podría situar a la CPI en el contexto de la preocupación por la persona humana y sus derechos fundamentales. Esto probablemente significaría que la competencia que el Estatuto le reconoce resulte excesivamente limitada. La CPI, con arreglo a este argumento, debería tener competencia global sobre crímenes internacionales. Aquí, una vez más, algunos podremos quejarnos, con José Álvarez, que el derecho internacional aún no haya desarrollado las herramientas técnicas para que esta pueda convertirse en la explicación técnica estándar. Esta contribución procura dar un pequeño paso en el sentido de subsanar este déficit. Por lo pronto, considero que sin dudas ésta es la única explicación teórica y normativamente convincente del fundamento de su competencia penal sobre este tipo de crímenes. Esta explicación, además, está íntimamente emparentada con los aspectos más progresivos e interesantes del legado de Nuremberg y de la decisión seminal del TIPY en *Tadic*.

5. Conclusión

La presente contribución examina críticamente los alcances de la competencia personal de la CPI. Se centra en las objeciones a su competencia sobre nacionales o agentes de Estados no partes. Parte de la literatura, así como algunos Estados, han sostenido que esta atribución es inválida a la luz del derecho internacional público general. Ello se debe a la regla según la cual los tratados internacionales sólo pueden generar obligaciones para las partes. Para evaluar adecuadamente esta aseveración, es necesario hacer foco en los fundamentos teóricos de la competencia de la CPI. El argumento dominante en la literatura consiste en asignar competencias a la CPI en función de las competencias propias que los Estados le hayan podido delegar. Así, distintos académicos han sostenido que los Estados parte del Estatuto de Roma carecen de la facultad de delegar su competencia territorial o universal a la CPI, en la medida que esto perjudica la posición de los de Estados no partes. He sostenido aquí que esta interpretación del argumento de la delegación es insatisfactoria. No existe ningún argumento técnico convincente para denegar a los Estados esta facultad. Pero lo que es más importante, todos los argumentos teóricos disponibles parecen favorecer esta delegación.

La segunda parte de este trabajo pone en tela de juicio el argumento de la delegación en cuanto marco teórico para explicar la competencia de la CPI. Sostiene que este enfoque posee un serio problema descriptivo: identifica erróneamente a los titulares del interés que da lugar al ejercicio de competencia penal sobre crímenes internacionales. Da por supuestas las razones por las que los Estados son los titulares de este derecho cuando esto es justamente lo que está en discusión. Incurre así en una clara petición de principios. Por el contrario, se sostiene aquí que la razón por la que asignar competencia penal a un órgano distinto del Estado en el que se han cometido o cuyos agentes han cometido los crímenes internacionales en cuestión, responde a los intereses de los individuos que viven en zonas de conflicto o en las que se están cometiendo crímenes contra el derecho internacional. Así, se sugiere que el argumento de la delegación es totalmente superfluo. Tomar en serio a la persona humana y sus derechos fundamentales permite de por sí dar cuenta del régimen jurisdiccional de la CPI, al menos de sus rasgos principales. Pero también nos permite criticarlo por resultar demasiado restrictivo.

La última parte del artículo sitúa este debate en un contexto más amplio. El artículo sugiere que esta tensión entre un derecho internacional basado en el principio de soberanía y un derecho internacional basado en la importancia de la persona humana ha estado presente en algunos momentos fundacionales del desarrollo del derecho penal internacional. Caracteriza el legado de Nuremberg que por un lado incorpora los delitos cometidos por los Alemanes contra sus propios nacionales dentro de la competencia del TMI. Así permite el enjuiciamiento de los jefes nazis por la Shoa, al menos como cuestión de principio. Y por el otro lado restringe esta competencia a los hechos vinculados con la guerra de agresión, excluyendo de la competencia del Tribunal los hechos cometidos antes del desencadenamiento de la guerra, así como los cometidos por los aliados. Caracteriza también el legado de *Tadic*, que amplía notablemente el ámbito de protección basándose en la necesidad de proteger a la persona humana pero termina legitimando la creación del TPIY en su creación por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. La presente discusión en torno al Estatuto de Roma se inscribe en esta tradición y busca recuperar el modelo normatividad internacional que toma como fundamento último a los derechos humanos frente al principio de soberanía estatal.

EVOLUCIÓN Y ACTUALIDAD DE LA ASISTENCIA CONSULAR. LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA HUMANA EN LOS FALLOS DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

*Alberto L. Davèrède y Leopoldo M. A. Godio**

I. Introducción

La función consular encuentra su origen en la atención a los mercaderes y a la navegación comercial¹. Desde entonces, ha sido motivo de un considerable desarrollo, a través tanto de la vía consuetudinaria como convencional y jurisprudencial, de modo tal que, en la actualidad, esta institución se encuentra debidamente definida y delimitada. El núcleo de la labor consular está referido a la asistencia y protección de los nacionales del Estado que envía en el Estado que recibe, pudiendo actuar de modo directo ante las autoridades locales de este último, en la medida permitida por el derecho internacional. No obstante, la naturaleza de la representación consular y la extensión que puede alcanzar no han estado exentas de debates doctrinarios y de controversias jurídicas.

El propio ejercicio de esta función ha sido históricamente motivo de abusos y de disputas entre sujetos de derecho internacional bajo el régimen conocido como de capitulaciones, en el que las potencias coloniales

* Alberto L. Davèrède fue Profesor Adjunto de Derecho Internacional Público de la UBA y del Instituto del Servicio Exterior de la Nación, y Pro Titular de Derecho Diplomático y Consular en la UCA.

Leopoldo M. A. Godio es docente de Derecho Internacional Público e investigador adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" (Facultad de Derecho, UBA).

¹ La existencia del denominado "cónsul corporativo" aparece concretamente en la *Tabla de Amalfi* (Siglo XI), las *Reglas de Olerón* (Siglo XII) y especialmente en el *Libro del Consulado del Mar* (Siglo XIV). Conf. VILARIÑO PINTO, Eduardo, *Curso de Derecho Diplomático y Consular*, 3º Ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 103 y ss. En similar sentido, SORENSEN, Max., *Manual de Derecho Internacional Público*, 5º Ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 404. La *Iliada* constituye una evidencia del inicio de la función consular en la Antigua Grecia, cuando los negociadores aqueos requirieron la devolución de Helena (Conf. HOMERO, *La Iliada*, Edicomunicación, Barcelona, 1999, Canto III, 121, 204; Canto IV, 370, entre otros).

imponían un trato privilegiado a sus súbditos en territorio extranjero². Como resultado de los denominados *tratados de capitulación* celebrados por los países europeos con el objeto de conferir a los cónsules jurisdicción civil y criminal sobre sus nacionales residentes en el extranjero, las responsabilidades del cónsul crecieron a la par del comercio internacional³. El régimen de capitulaciones fue analizado tangencialmente por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el Asunto referido a los derechos de los nacionales de Estados Unidos de América en Marruecos, al considerar sus aspectos particulares y la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida⁴.

Estas dificultades hicieron que, previo a su codificación, la institución se desarrollara principalmente como un medio de protección al comercio que establecía relaciones –recíprocas o no– sobre bases en condiciones no menos favorables a las otorgadas a otros Estados, adquiriendo en el Siglo XX un alto grado de uniformidad⁵.

² Rousseau considera que el régimen, ya desaparecido, era una limitación a la competencia territorial del Estado y se refería a la condición jurídica de los extranjeros en los países no cristianos en Medio y Extremo Oriente (Turquía, Egipto y China, y en menor medida Japón, Corea, Siam, Manchuria, Irán, Siria, Líbano, y partes de África como Madagascar, Tripolitania, Túnez, Marruecos, Etiopía), quienes quedaban excluidos, casi totalmente, de la competencia del Estado que recibe y eran sometidos, en gran parte, a la competencia de su Estado de origen. Conf. ROUSSEAU, Charles, *Derecho Internacional Público*, 3º Ed., Ariel, Barcelona, 1966, p. 233.

³ Conf. SORENSEN, Max. *op.cit.* p. 404. Agrega que los servicios consulares renovaron su importancia gracias a la expansión del comercio marítimo, la Revolución Industrial, la apertura de China y el Japón, junto al establecimiento de regímenes extraterritoriales en los Estados. En similar sentido, Podestá Costa y Ruda agregan que, en Constantinopla, los mercaderes italianos habían obtenido la facultad de ejercer ciertos derechos con magistrados propios. Conf. PODESTA COSTA, L. A. y RUDA, J. M., *Derecho Internacional Público*, 5º Ed., Tea, Buenos Aires, 1979, p. 414.

⁴ Se requirió en esa oportunidad el pronunciamiento de la CIJ sobre la extensión en Marruecos de privilegios a ciudadanos norteamericanos (inmunidad fiscal y exención de leyes locales) en base a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, y la controversia acerca del derecho del gobierno francés de reglamentar, sin acuerdo de EEUU, las importaciones sin divisas en dicho territorio. La Corte, en su sentencia del 27 de agosto de 1952, consideró que los únicos privilegios de los EEUU resultan de los artículos 20 y 21 del tratado de 1836 (competencia de jurisdicción consular en materia civil y penal entre norteamericanos), excluyendo la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. Conf. *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)*, Judgment of 27 August 1952, ICJ, 1952.

⁵ Conf. SORENSEN, Max. *op.cit.*, pp. 404 y ss. Podestá Costa sostiene que formaba parte del derecho aplicable a la persona extranjera y que pertenecen a este tipo los tratados bilaterales

Dentro del amplio haz de situaciones que presentan actualmente las relaciones diplomáticas y consulares⁶, la detención de extranjeros constituye una cuestión sensible en las relaciones internacionales. Aunque hechos de esta naturaleza siempre han existido, son ahora más frecuentes debido a que el fenómeno de la globalización y la facilitación del transporte, particularmente el aéreo, redundaron en un incremento del número de extranjeros en tránsito o con ánimo de permanencia en un Estado del cual no es nacional⁷ y algunos autores afirman que se trata de nuevas relaciones de fuerza internacionales⁸.

En virtud de la vigencia del principio de la soberanía sobre su territorio, los súbditos extranjeros se encuentran sometidos a las leyes y a los tribunales del Estado en que residen circunstancial o permanentemente. Ello no significa, sin embargo, que el extranjero quede totalmente desvinculado jurídicamente del Estado del que es nacional⁹.

celebrados por la República Argentina con Francia (1853), Brasil (1856), Alemania (1857), España (1863), Suecia y Noruega (1885) e Italia (1894); así como los multilaterales, entre los que se encuentran las convenciones interamericanas sobre derechos de extranjería (México, 1902), entre otros. Conf. PODESTA COSTA, L. A. y RUDA, J. M., *op. cit.*, pp. 411 y ss.

⁶ Estos términos no aparecen hasta mediados del Siglo XIX y finales del mismo o principios del Siglo XX. Conf. VILARIÑO PINTO, Eduardo. *op.cit.* p. 102.

⁷ Debido principalmente al turismo y los viajes de negocios, la migración internacional aumentó significativamente al final del Siglo XX, estimándose en 900 millones de arribos durante 2007, de los cuales 650 se produjeron en Europa y América del Norte (Fuente: Organización Internacional para las Migraciones www.iom.int, consulta realizada el 27/12/2011), llegándose a sostener que, actualmente, unas 200 millones de personas (alrededor del 3% de la población mundial) residen fuera de su país de nacimiento gracias a la accesibilidad en el transporte y las comunicaciones (Conf. GOLDIN, Ian; CAMERON, Geoffrey & BALARAJAN, Meera, *Exceptional People: How Migration Shaped Our World and Will Define Our Future*, Princeton University Press, 2011, pp. 5 y ss.). Más orientado a la globalización en el Siglo XX ver MUÑOZ JUMILLA, Alma Rosa "Efectos de la globalización en las migraciones internacionales", *Papeles de Población*, julio-septiembre, número 33, Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, 2002, p. 20 y ss., Disponible online en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/112/11203301.pdf> (Consulta realizada el 25/11/2011).

⁸ GRESH, Alain y otros, *El Atlas de Le Monde Diplomatique III*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2009, p. 16. Básicamente, sostienen que, luego de la Guerra Fría y la hegemonía estadounidense, se produjeron una gran cantidad de migraciones transfronterizas y migraciones étnicas, generando relaciones inéditas que impregnan y modifican el mapa de la geopolítica y las problemáticas internacionales.

⁹ Con relación a las normas consuetudinarias, tratados multilaterales y bilaterales que permiten a los Estados mantener vínculos jurídicos con sus nacionales en el extranjero, adquieren especial relevancia los supuestos de "doble nacionalidad". Esta última cuestión fue

La mayor presencia de personas en territorio extranjero ha significado un incremento proporcional de casos en los cuales tales personas quedan involucradas en episodios de carácter policial o judicial que pueden afectar sus derechos individuales, ya sea legal o ilegalmente. En tales ocasiones, su status de ciudadano extranjero le otorga una cierta especificidad a su situación jurídica, que lo distingue de los nacionales que se encuentran dentro de sus propios países. Si bien el principio general en la materia, como se expresó antes, es que los extranjeros se hallan en un pie de igualdad con los nacionales en cuanto a la obligación de respetar las leyes vigentes en el país en el que se encuentran o en el que residen permanentemente, el status de extranjero tiene un “valor agregado”, que es el de poder acceder eventualmente a la protección de su Estado de origen. Es en el ejercicio de esta protección que pueden surgir controversias entre el Estado de origen de la persona en cuestión y el Estado en el que reside o en el que se encuentra de paso.

No se trata en realidad de conceder un trato privilegiado al extranjero, como podía ocurrir en la época en que regían las capitulaciones, sino de asegurarse de que el hecho de ser extranjero no redunde en una *capitis diminutio* de quien, por no ser nacional, puede requerir una asistencia especial, con el objeto, precisamente, de colocarlo en pie de igualdad con los nacionales del Estado en que reside o en el que se encuentra circunstancialmente.

analizada en la República Argentina por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el caso “Padilla, Miguel M. s/ presentación” y cuya sentencia del 10 de abril de 2007 (realizada por conjueces) analizó la doble nacionalidad del Ministro Zaffaroni en aplicación del Tratado Internacional Italo-Argentino, aprobado por Ley 20.588, llegando a ponderar entre sus consideraciones el asunto Nottebohm (C.I.J., Reports, 1955) y la noción del llamado “vínculo efectivo” (effective link), así como los factores que deben ser tomados en consideración, tales como: la residencia habitual del individuo, el centro de sus intereses, sus lazos familiares, su participación en la vida pública, el apego demostrado por un país dado e inculcado a sus hijos, etc. La CSJN sostuvo que la condición de nativo argentino no puede perderse, ya que ésta deriva de la propia Constitución Nacional (actual art. 75 inc. 12). Asimismo, en la causa “Procurador Fiscal v. Pedro Ricardo Olmo y/o Walter Kutschman” (Fallos: 308:301), los jueces Petracchi y Baqué afirmaron que los conceptos de “nacionalidad” y “ciudadanía” no son sinónimos, permitiendo la renuncia al ejercicio de la ciudadanía sin desmedro de la nacionalidad (considerando 11 y ss.). Fallos disponibles en www.csjn.gov.ar. En idéntico sentido ver BIDART CAMPOS, Germán, “La pérdida de la nacionalidad argentina nativa es inconstitucional”, en *El Derecho*, Tomo 84, p. 895.

Tales controversias son, por lo general, consecuencia de la tensión entre el interés del Estado territorial en imponer su soberanía sobre todos los habitantes que se encuentran dentro de sus fronteras y el paralelo interés y derecho del Estado de origen por velar por el respeto de los derechos y libertades de sus nacionales, en cualquier lugar en que se encuentren. La forma de evitar estas controversias o de buscar solucionarlas, es justamente a través de la observancia de los principios y normas internacionales vigentes en la materia, tales como los antes identificados. Esta normativa internacional está llamada a establecer los alcances y los límites de la protección que un Estado puede otorgar a sus nacionales que se encuentran en el extranjero, creando un marco jurídico que evite las controversias internacionales y fomente las relaciones de amistad y cooperación entre las naciones, así como los derechos y las libertades individuales de los seres humanos y los derechos de las personas jurídicas. Los excesos ocurridos en algunos Estados, en particular provocados por las entonces potencias coloniales con relación a la protección de sus nacionales en el extranjero, han dado lugar a graves controversias entre las naciones, llegando incluso a provocar conflictos de carácter armado.

Lo anteriormente expuesto permite sostener que, potencialmente, a mayor número de controversias entre los Estados, la cooperación internacional es el medio idóneo para interactuar entre los distintos componentes de esta relación: connacionales, autoridades locales del Estado receptor, administración del Estado que envía y los ordenamientos jurídicos de ambos.

La codificación del Derecho Diplomático y Consular ha tenido un gran desarrollo en la segunda mitad del Siglo XX, fundamentalmente merced a la labor de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), que ha dado lugar a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 (y sus protocolos facultativos), la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 (CVRC), que también posee protocolos facultativos, la Convención sobre Misiones Especiales del año 1969 -y su protocolo facultativo del mismo año- y finalmente, la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de 1975. La eficacia de estos instrumentos internacionales queda de manifiesto en su aplicación práctica por los cuerpos diplomáticos y consulares de todos los países, de tal manera que su

labor transcurre, en la generalidad de los casos, sin sobresaltos ni controversias trascendentes¹⁰. La CVRC cuenta con 173 Estados parte (al 13 de abril de 2012), lo que demuestra su aceptación generalizada.

Por su parte, la CIJ ha contribuido al desarrollo del derecho internacional a través de la resolución de la gran cantidad de asuntos sobre los que fue llamada a expedirse, entre los cuales la asistencia y protección consular han tenido un lugar destacado en las últimas décadas.

Dentro de esta amplia disciplina, centraremos nuestro análisis en un aspecto particular que ha sido motivo de consideración por parte de la CIJ en distintos fallos relativamente recientes y que se refiere al papel que está llamado a desempeñar el cónsul frente a la detención de un nacional del Estado que envía. Esta cuestión, aparentemente singular y que no debería dar lugar a mayor debate, ha suscitado, sin embargo, cuestiones que ponen en juego la soberanía exclusiva del Estado en materia jurisdiccional, el carácter obligatorio de las medidas provisionales de la CIJ, la relación entre entes estatales de distinta jerarquía y la interpretación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en particular su artículo 36, entre otros temas.

II. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones Consulares

Celebrada en Viena del 4 de marzo al 22 de abril de 1963 con la asistencia de delegados de 95 Estados, la Conferencia formó parte de una serie de convocatorias formuladas por la Asamblea General de las Naciones Unidas con el fin de impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, de conformidad con el artículo 13.a (Capítulo IV) de la Carta de las Naciones Unidas.

¹⁰ El preámbulo de la Convención de 1963 establece el espíritu que guía a esta normativa. Allí se expresa que “(...) la finalidad de dichos privilegios e inmunidades no es beneficiar a particulares, sino garantizar a las oficinas consulares el eficaz desempeño de sus funciones en nombre de sus Estados respectivos...” y que “(...) las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las materias que no hayan sido expresamente reguladas por las disposiciones de la presente Convención”.

Llamada a establecer las bases firmes de las relaciones consulares, que en muchos aspectos ya eran parte del derecho consuetudinario o habían sido incorporadas en acuerdos bilaterales y regionales¹¹, la Conferencia comenzó su labor a partir de un proyecto elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, que había seguido, desde 1955, las etapas y situaciones usuales que se presentaban en la práctica del derecho consular.

Durante su desarrollo, la Conferencia misma se vio influida por las distintas fuentes que nutren al sistema (la costumbre y los acuerdos bilaterales), generando importantes debates que, en la cuestión que nos interesa, reflejan tres ejes centrales:

- a) La legislación y el procedimiento del Estado receptor considerando la igualdad soberana del Estado que envía. Al respecto, la CDI consideró que debían respetarse las leyes y reglamentos del Estado receptor, a fin de obtener un equilibrio entre el derecho del cónsul de proteger a los nacionales de su país y el respeto a la legislación nacional del Estado receptor;
- b) La libertad de comunicación de los funcionarios consulares con los nacionales del Estado que envía y de visitarlos; y el correspondiente derecho de los nacionales del Estado que envía a comunicarse, como consecuencia del artículo 36.1 de la Convención; y por último,
- c) La necesidad de que la oficina consular conozca las razones por las que se priva de su libertad a un nacional del Estado que envía y otros aspectos referidos al actual artículo 36.1.b.

Los debates suscitados respecto de esta última cuestión evidenciaron que el asunto central era determinar si la oficina consular del Estado que envía debía conocer o no, todos los casos en que sus nacionales fueran detenidos o privados de su libertad.

Varias delegaciones se pronunciaron a favor de un texto que obligara a las autoridades del Estado receptor a notificar al cónsul (de su nacionalidad) todos los casos en que un extranjero fuera detenido. Tal

¹¹ Pueden mencionarse en tal sentido los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación firmados por nuestro país desde los albores de nuestra vida independiente, con varios países, que contenían cláusulas sobre designación de diplomáticos y cónsules, con mención, en algunos casos, de sus privilegios e inmunidades.

obligación existiría independientemente de que el interesado lo solicitara¹². En apoyo de esta posición se expusieron argumentos como los siguientes: 1) podía ocurrir que el nacional detenido del Estado que envía no avisara a su consulado por ignorancia y que, en tal caso, corriera el riesgo de permanecer en la cárcel largo tiempo¹³; 2) la libertad es uno de los bienes más preciados del hombre, y no debe ser limitada sin asegurarse las máximas garantías¹⁴; 3) de no establecerse la obligatoriedad en todos los casos, puede dar lugar a abusos, ya que las autoridades del Estado receptor pueden abstenerse de informar al consulado la detención de los nacionales bajo el pretexto de que el interesado no ha solicitado la notificación¹⁵; 4) los cónsules deberían conocer las restricciones a la libertad personal de los nacionales que viven en el extranjero, ya que, de lo contrario, no podrían cumplir con su misión de proteger sus intereses y velar por el bienestar de éstos¹⁶; 5) si la persona se encuentra detenida, es imposible saber si ha pedido o no que se informe a su cónsul y ello generaría controversias entre Estados sobre si la persona ha efectuado o no dicha petición¹⁷; y, 6) si el interesado no desea comunicarse con su cónsul, no tiene obligación de hacerlo, dado que en los demás párrafos se le reconoce el derecho de negarse a ello¹⁸.

Merecen mención aparte los argumentos esgrimidos por la delegación del Reino Unido, la que sostuvo que las personas detenidas necesitan la ayuda de su cónsul y la notificación prevista en el apartado b) es, en muchos casos, condición indispensable para que aquél pueda prestarla y por ello la notificación debía efectuarse lo antes posible.

¹² Un ejemplo de ello es la tesis propuesta por la entonces Yugoslavia. Conf. United Nations Conference on Consular Relations Vienna, 4 March - 22 April 1963. Official Records, Volume I: Summary records of plenary meetings and of the meetings of the First and Second Committees (en adelante A/CONF.25/16), p. 37.

¹³ Ghana (A/CONF.25/16, p. 36 y ss.).

¹⁴ Túnez. (A/CONF.25/16, p. 37). Coincidió con lo expresado por el Sr. Konzhukov, delegado de la ex URSS, (*Ibidem*).

¹⁵ Congo, Leopoldville (A/CONF.25/16, p. 38). Con algunos matices particulares, la delegación de Noruega sostuvo que en los países donde la cooperación internacional no fuera una práctica general, podría ocurrir que esas personas fueran arrestadas y que el Estado de residencia manifestara que no se solicitó ayuda del cónsul, sin que el Estado que envía pudiera demostrar lo contrario. Al respecto, no es un dato menor que se trata de situaciones difíciles de probar jurídicamente (A/CONF.25/16, p. 340).

¹⁶ Italia (A/CONF.25/16, p. 338).

¹⁷ India (A/CONF.25/16, p. 339).

¹⁸ India. *Ibidem*.

Otro elemento destacado por la referida delegación fue el de posibles dificultades de comunicación entre el detenido y las autoridades locales por razones lingüísticas y citó como ejemplo los casos en que las autoridades del Estado de residencia argumentaron que la persona detenida no había pedido comunicarse con el cónsul, pero que el interesado, al recobrar la libertad días más tarde, expresó que lo había solicitado repetidas veces. En virtud de ello, conforme esta delegación, se estimaba preferible establecer una obligación clara y terminante al respecto, a fin de no dar lugar a equívocos¹⁹.

Asimismo, es necesario mencionar que algunas delegaciones proponían el desarrollo progresivo en algunos aspectos y propugnaban el establecimiento de una obligación para que el Estado receptor exponga al Estado que envía las razones por las que se privó de la libertad a un extranjero, con fundamento en el deseo de proteger los derechos individuales y promover los derechos humanos²⁰.

Por otro lado, los argumentos contrarios a la notificación obligatoria fueron impulsados principalmente por las delegaciones de EEUU y Japón, luego reflejadas en el inicio del artículo. 36.1 (b) de la Convención.

Concretamente, se sostuvo que la notificación obligatoria impone al Estado receptor una obligación o carga excesiva²¹, inaplicable por razones

¹⁹ Conf. A/CONF.25/16, p. 337. Asimismo, la delegación de Reino Unido reconoció la posibilidad de que se planteen problemas específicos, como el caso de países vecinos cuyas poblaciones cruzan frecuentemente las fronteras por razones de trabajo o recreo, pero que estas situaciones podrían resolverse fácilmente mediante tratados bilaterales para renunciar o limitar los derechos establecidos en el artículo 36.1 (b).

²⁰ Grecia. De hecho, sostuvo que a veces ocurre que la policía, por diversas razones de índole interna, detiene a extranjeros inocentes y los priva de su libertad durante mucho tiempo sin hacer nada para comunicar a los consulados el motivo de la detención. (A/CONF.25/16, p. 39).

²¹ Venezuela, Filipinas, EEUU y Francia. Este último país sostuvo que se impondría una tarea de imposible ejecución a las autoridades del Estado de residencia y no sería acertado ni razonable, ni siquiera correcto, aprobar un artículo si no puede darse cumplimiento a lo allí dispuesto. La delegación francesa agregó al respecto que, en su propia práctica (y siempre que resulte posible, en los convenios bilaterales), es obligación absoluta e incondicional notificar al cónsul del Estado que envía cuando un nacional de ese país ha sido encarcelado o puesto en prisión preventiva (A/CONF.25/16, p. 337).

materiales²², brindando –en consecuencia– a los nacionales del Estado que envía mayores ventajas que a los del Estado receptor²³. También se sostuvo que deben analizarse la práctica y la legislación de los Estados y que notificar obligatoriamente al cónsul es prescindir de la realidad en Estados que poseen gran número de inmigrantes²⁴; la notificación no tendría sentido cuando se trate de detenciones de corta duración²⁵; sólo debe notificarse cuando el interesado así lo solicite²⁶, salvo que no pueda hacerlo por incapacidad física o mental²⁷; obligaría a muchos Estados a formular reservas²⁸; los Estados con un territorio vasto o que cuentan con muchos nacionales extranjeros, o en Estados federales, es prácticamente inaplicable²⁹; el Estado receptor debe disponer de un tiempo para reunir los documentos necesarios, a fin de realizar una eventual notificación³⁰; el Estado receptor no tiene por qué facilitar periódicamente a la oficina consular del Estado que envía una lista de los nacionales de ese Estado que se encuentren detenidos en la circunscripción de la misma, ya que se trataría de una nueva norma y no de la codificación de un uso vigente³¹; y que es de dudosa utilidad obligar al Estado receptor a poner en

²² Japón (A/CONF.25/16, p. 37).

²³ Filipinas (A/CONF.25/16, p. 340).

²⁴ Nueva Zelanda (en igual sentido República Árabe Unida). Luego terminaría apoyando una propuesta de notificación realizada por la República Federal de Alemania (A/CONF.25/16, pp. 36 y ss.).

²⁵ República Árabe Unida. Se mencionaron los casos de embriaguez como un ejemplo. Al respecto, la delegación de Yugoslavia sostuvo que los ejemplos de detención durante una noche por embriaguez y cuestiones similares no son en realidad válidos, ya que la cláusula del 36.1.b en debate debe aplicarse a casos más importantes. Asimismo, la delegación de Túnez sostuvo que la proporción de arrestos o detenciones de turistas es demasiado pequeña como para constituir un argumento que limite al artículo en cuestión. La delegación noruega sostuvo que la Convención no debería referirse a casos especiales, sino establecer normas básicas y que la única forma de lograrlo era hacerlo sin referencia a la voluntad o deseo de la persona detenida (A/CONF.25/16, p. 338).

²⁶ Francia y otros países en idéntico tenor: Filipinas, URSS y la República Árabe Unida, entre otros (A/CONF.25/16, p. 337).

²⁷ EEUU (A/CONF.25/16, p. 340). Este país agregó que debe reconocerse la libertad de acción de los individuos detenidos, que quizá no deseen avisar a su consulado. Por su parte, Francia sostuvo que la libertad de opción del individuo es el pilar de sus derechos, y que incluye la elección de poner en aviso o no a su cónsul (Conf. (A/CONF.25/16, p. 38 y 338).

²⁸ Federación Malaya (A/CONF.25/16, p. 36).

²⁹ URSS (A/CONF.25/16, p. 36).

³⁰ URSS. *Ibidem*.

³¹ EEUU (A/CONF.25/16, p. 37).

conocimiento del consulado del Estado que envía las razones por las que ha privado de su libertad al individuo³².

En definitiva, las delegaciones advirtieron la importancia del papel del cónsul en la prestación de servicios a los nacionales del Estado que lo envía, especialmente en los casos de protección de sus intereses ante las autoridades del Estado receptor. El éxito de la Conferencia sólo fue posible gracias a la cooperación, la comprensión y el espíritu conciliador que las delegaciones pusieron de manifiesto, considerando las realidades de la vida internacional y la viabilidad de las obligaciones negociadas, a fin de obtener una mayor cantidad de ratificaciones³³.

III. El artículo 36 de la Convención. Descripción y análisis

Actualmente, la CVRC³⁴ es la principal fuente del derecho consular y los derechos de comunicación y acceso se encuentran reconocidos en su artículo 36, por cuanto dispone que el extranjero detenido por las autoridades del Estado que recibe debe ser notificado sin dilación sobre el derecho de informar libremente la situación a su cónsul.

Esta disposición, de especial interés para las personas físicas, establece algunas de las obligaciones que tienen las autoridades competentes del Estado que recibe en caso de detención o arresto de un ciudadano extranjero, a fin de garantizar su derecho a una asistencia jurídica y el respeto al debido proceso, mediante la notificación a su cónsul³⁵.

Transcribimos el inciso primero del artículo 36 con sus tres apartados, que expresan:

³² Rumania. Al respecto, sostuvo que tal notificación era innecesaria, toda vez que el consulado tiene derecho a comunicarse con el nacional respectivo y estimó que las disposiciones que se negociaban en la Conferencia no podían modificar la legislación penal o procesal del Estado receptor (A/CONF.25/16, p. 37).

³³ Finalmente, el 24 de abril de 1963 la Conferencia fue adoptada y la CVRC (junto a sus protocolos facultativos) se abrieron a la firma, entrando en vigor el 19 de marzo de 1967.

³⁴ Aprobada por la República Argentina mediante Ley 17.081.

³⁵ Conf. GÓMEZ ROBLEDO, Juan M., "The Vienna Convention on Consular Relations", *United Nations Audiovisual Library of International Law*, disponible online en http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/vccr/vccr_e.pdf

“Artículo 36.

1. 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 éste se oponga expresamente a ello³⁶.

En esencia, el apartado *a)* se refiere a la libertad de comunicación entre el funcionario y sus nacionales, derecho indispensable para el desarrollo de su función; el apartado *b)* especifica los derechos que deben respetarse en caso de detención, arresto o prisión preventiva de extranjeros disponiendo, a solicitud de éstos, el aviso sin demora a las autoridades consulares, labor a cargo de los funcionarios locales; finalmente, el apartado *c)* establece la libertad de comunicación y acceso con el objeto de brindar asistencia y procurar la defensa en juicio del detenido³⁷.

³⁶ Las cursivas no son del original.

³⁷ PROFFEN, Germán Edmundo, “Controversias ante la Corte Internacional de Justicia originadas en el incumplimiento del deber de notificación consular”, Tesis disponible en la biblioteca del Instituto del Servicio Exterior de la Nación (ubicación T/2002126), marzo de 2003, p. 20.

El segundo inciso indica que los derechos reconocidos deben sujetarse a las leyes y reglamentos del Estado que recibe, los que no deben obstruir la plena vigencia de aquellas prerrogativas³⁸.

Es así como el derecho internacional general impone el respeto de los derechos fundamentales de los extranjeros, al tiempo que reconoce al Estado que envía la facultad de asistirlos y protegerlos. La función de protección es la base de la función consular y consiste en hacer respetar los derechos de sus nacionales y asistirlos en materia administrativa ante los órganos o autoridades del Estado que recibe. Históricamente, durante el régimen de capitulaciones antes mencionado, los poderes de los cónsules comprendían (además de atribuciones de policía y reglamentación) amplia competencia jurisdiccional en materia penal, civil y comercial sobre ellos³⁹.

Las disposiciones materializadas en el artículo 36 de la CVRC se encuentran íntimamente vinculadas con el artículo 5 (a) de la misma Convención, por cuanto implementa ciertas disposiciones referidas a la protección de los intereses del Estado que envía, al mencionar entre las funciones del cónsul “(...) *proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional*”.

Podestá Costa y Ruda, al referirse a las facilidades en el ejercicio de la función consular, sostuvieron que “(...) *conforme con el artículo 36 de la Convención de 1963, podrán comunicarse libremente con sus nacionales, visitarlos y recíprocamente. El Estado receptor debe informar a la oficina consular, sin retraso, en caso de arresto, en cualquier forma, detenido o en prisión preventiva, de un nacional del Estado que envía, así como transmitir cualquier comunicación dirigida por dicha persona a la oficina consular. Los cónsules podrán visitar a sus nacionales en tales circunstancias, conversar con ellos y organizar su defensa ante los tribunales. También podrán visitar al nacional que se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Pero si el interesado se opone a estas gestiones el cónsul se*

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ La asistencia consular autoriza el ejercicio de funciones (por parte del cónsul o la oficina consular) con el objeto de aplacar o solucionar los problemas de los nacionales en el territorio del Estado receptor y no necesariamente interviene ante las autoridades locales (Ej.: proporcionar documentación e información puntual, expedir pasaportes de urgencia, facilitar intérpretes, entre otras).

*abstendrá de intervenir. Todas estas prerrogativas de los funcionarios consulares con relación a sus nacionales se ejercerán conforme con las leyes y reglamentos locales, pero estas disposiciones no impedirán el pleno efecto de los derechos reconocidos en el artículo 36*⁴⁰.

Por su parte, Maresca señala que “(...) *la norma más antigua y segura del ‘Derecho consular consuetudinario’ que se refiere a las funciones consulares es la que atribuye al cónsul el poder de ejercer a favor de sus nacionales la protección consular*”⁴¹.

Independientemente de los motivos por los que un ciudadano es detenido en el extranjero, la notificación sin demora al cónsul, por parte de las autoridades locales, permite no sólo conocer la situación de hecho y de derecho, las condiciones de su detención y el respeto del standard internacional, sino también procurarle un abogado o defensor de oficio.

En definitiva, el cónsul posee legitimación para actuar a favor de sus nacionales ante las autoridades administrativas o judiciales del Estado que recibe y verificar no sólo el cumplimiento de la legislación interna de éste, sino el cabal cumplimiento del derecho internacional.

IV Los casos decididos por la Corte Internacional de Justicia y la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Tanto la CIJ como la CIDH han tenido ocasión de considerar aspectos del incumplimiento del deber de notificación consular. La casuística de todos estos casos ha sido analizada detalladamente por la doctrina especializada, razón por la cual nos remitiremos a las mismas y se emplearán las referencias indispensables. Con relación al primer tribunal, sus primeros tres casos trataron de demandas incoadas por Paraguay, Alemania y México contra los EEUU de América, con fundamento en el Protocolo Opcional para la Solución de Controversias originadas por la interpretación o aplicación de la CVRC.

⁴⁰ PODESTA COSTA, L. A. y RUDA, J. M., *op. cit.*, p. 632.

⁴¹ MARESCA, Adolfo, “*Las Relaciones Consulares*”, Editorial Aguilar, Madrid, 1974, p. 215 (citado por PROFFEN, Germán Edmundo, *op. cit.*, p. 8).

En todos los casos, los nacionales habían sido condenados a muerte en los EEUU, sin que este Estado cumpliera con lo establecido en el artículo 36 de la Convención (notificar a los extranjeros de su derecho a la comunicación consular, y en consecuencia, impidiendo una protección y asistencia adecuada). Así es como Paraguay, Alemania y México sustentaron jurídicamente que la falta de notificación oportuna impidió el ejercicio de la protección y asistencia consular, solicitando asimismo la reparación por parte de EEUU.

Cronológicamente, el primer caso fue “Breard” en 1998 (retirado ese mismo año)⁴², luego siguió “LaGrand” en 1999 (con sentencia de la CIJ en 2001)⁴³ y posteriormente “Avena” en 2003 (con sentencia en 2004 y su sentencia de interpretación en 2009)⁴⁴. En estos asuntos, los Estados demandantes solicitaron a los EEUU la restauración de la situación anterior al incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el artículo 36.1.b de la CVRC.

IV.a) El artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares en los fallos de la CIJ

Además de los casos antes mencionados (Breard, LaGrand y Avena), la CIJ se refirió a la cuestión que nos ocupa en el caso Diallo⁴⁵, que es motivo de análisis en otros capítulos de la presente obra.

⁴² *Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Request for the indication of provisional measures, Order of 9 April 1998, ICJ, 1998.

⁴³ *Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Germany v. United States of America)*, Request for the indication of provisional measures, Order of 3 March 1999, ICJ, 1999.

⁴⁴ *Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 5 February 2003, ICJ, 2003; *Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment of 31 March 2004, ICJ, 2004; *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 16 July 2008, ICJ, 2008; y *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment of 19 January 2009, ICJ, 2009.

⁴⁵ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Judgment of 30 November 2010, ICJ, 2010.

La alegada violación de las disposiciones del artículo 36.1 (b) de la CVRC no constituyó, ni estuvo cerca de ello, un aspecto medular del fallo de la CIJ en el caso Diallo. La Corte, en efecto, solo dedicó 7 párrafos de su decisión a este aspecto de la cuestión (párr. 90 a 97), en los que recoge básicamente lo anteriormente decidido en su fallo sobre el caso Avena y otros Nacionales Mexicanos, al que hace expresa referencia (párr. 95)⁴⁶.

En el caso en cuestión, Guinea había sostenido que las disposiciones pertinentes del Art. 36 fueron violadas por la República Popular del Congo (RPC), porque el Sr. Diallo, en ocasión de sus arrestos en noviembre de 1995 y enero de 1996, no fue informado “sin dilación” de su derecho a requerir asistencia de las autoridades consulares de su país. La CIJ destacó que en ningún momento de los procedimientos escritos ni de la primera fase de los argumentos orales había la RPC puesto en duda la certeza de las alegaciones de Guinea al respecto; no intentó tampoco establecer, o aún sostener, que la información requerida en la última fase de las mencionadas disposiciones hubiera sido puesta en conocimiento del Sr. Diallo, o que le hubiera sido facilitada “sin dilación”, tal como lo requiere el texto.

La demandada contestó a la demandante con dos argumentos: que Guinea no había logrado probar que el Sr. Diallo hubiera requerido a las autoridades congoleesas que notificaran a la representación consular sin dilación de su situación, y que el Embajador de Guinea en Kinshasa conocía el arresto y la detención del Sr. Diallo, tal como lo pusieron en evidencia las medidas que adoptó en su favor.

La Corte hizo notar que fue solo en ocasión de su respuesta a una pregunta efectuada por uno de los jueces durante la audiencia del 26 de abril de 2010 que la RPC sostuvo por primera vez que “informó oralmente al Sr. Diallo inmediatamente después de su detención sobre la posibilidad de requerir asistencia de su Estado”. Al respecto, la Corte afirmó que los argumentos expuestos por la RPC antes de la segunda fase de los

⁴⁶ *Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment of 31 March 2004, ICJ, 2004, para.76. Allí la CIJ declara que: “The Court notes that the clear duty to provide consular information under Article 36, paragraph 1 (b), does not invite assumptions as to what the arrested person might prefer, as a ground for not informing him. It rather gives the arrested person, once informed, the right to say he nonetheless does not wish his consular post to be notified. It necessarily follows that in each of these 41 cases, the duty to inform “without delay” has been violated”.

argumentos orales carecían de toda relevancia. Son las autoridades del Estado que procedió al arresto las que deben informar, por su propia iniciativa, a la persona arrestada acerca de su derecho a solicitar que se notifique el arresto a su consulado. Agregó que el hecho de que tal persona no hubiera efectuado esa solicitud no solamente carecía de relevancia para justificar el no cumplimiento de la obligación de informar, la que corresponde al Estado que procede a la detención, sino que puede ser explicado en algunos casos precisamente por el hecho de que la persona no fue informada de sus derechos al respecto. A mayor abundamiento, sostuvo la Corte, el hecho de que las autoridades consulares del Estado del que la persona arrestada es nacional hubieran tomado conocimiento de su arresto por otros canales, no anula cualquier violación que pudiera haber sido cometida de la obligación de informar a esa persona de sus derechos “sin dilación”.

En cuanto a la afirmación de la RPC, hecha en las condiciones descritas más arriba, de que el Sr. Diallo fue “informado oralmente” de sus derechos al producirse su arresto, la Corte sostuvo que no podía sino concluir que fue hecha muy tarde en el curso de los procedimientos judiciales, no obstante que la cuestión fue planteada desde su comienzo, y que no existía la menor evidencia para corroborar esta afirmación. En consecuencia, la Corte descartó esta defensa.

La conclusión final de la Corte (par. 97) fue que la RPC había incurrido en una violación del Artículo 36, párrafo 1(b) de la CVRC.

A diferencia del caso Diallo, los casos en que Paraguay, Alemania y México demandaron a los EEUU de América estuvieron referidos a sentencias de muerte ordenadas por tribunales estatales de los EEUU de América.

La particularidad de estos tres casos es que en ninguno de ellos – salvo en algunos casos de personas de nacionalidad mexicana incluidas entre aquellas por las que ejerció su defensa México– los EEUU sostuvieron que hubieran dado cumplimiento a la obligación de informar al detenido de su derecho a recurrir a las autoridades consulares de su propio país o que hubieran puesto en conocimiento de tales autoridades el hecho de la detención de su nacional. Por el contrario, reconocieron que habían actuado en violación de la disposición del art. 36, párrafo 1 (b) de la CVRC, pero sin

aceptar las consecuencias jurídicas que las partes demandantes atribuían a esa omisión. Basados en esta circunstancia, los EEUU alegaron que la Corte carecía de jurisdicción en estos casos, ya que no existía una controversia sobre la interpretación del tratado en cuestión. Y que bastaba, para dar por terminada la controversia, una excusa formal ante el Estado reclamante. Como veremos, esta posición no fue convalidada por la Corte, a cuyo criterio la violación de la Convención debía dar lugar a otras reparaciones.

IV.b) Resumen de los casos sometidos ante la Corte Internacional de Justicia

Excedería los propósitos y la extensión prevista para este trabajo el efectuar una descripción detallada de cada uno de los casos presentados ante la Corte y referidos al art. 36 de la CVRC. El lector seguramente hallará más apropiado dirigirse directamente a la página web de la CIJ, en la que encontrará, en detalle o resumido, la relación de cada caso. No obstante, a fin de facilitar la comprensión de los temas que a continuación se suscitarán, efectuaremos una breve relación de las características de cada caso, en el orden cronológico en que fueron presentados.

IV.b.1) El caso Breard

Constituye el primer asunto de inobservancia del deber de notificación consular que llegó a la CIJ. En los hechos, EEUU no había notificado oportunamente a Ángel F. Breard sobre los derechos contemplados en el artículo 36.1 (b). Este ciudadano paraguayo fue luego condenado a la pena de muerte por las cortes del Estado de Virginia, el 24 de junio de 1993. Luego de sucesivas apelaciones que confirmaron la sentencia, Breard presentó una moción ante la Corte del Distrito de Virginia Oriental en la que planteó, por primera vez, la violación por parte de las autoridades estadounidenses del art. 36.1 (b) de la CVRC. Breard nunca había requerido que las autoridades informaran de su arresto a su representación consular, ni las autoridades le habían informado de tal derecho.

Los representantes diplomáticos y consulares de Paraguay en los EEUU iniciaron una acción separada, en setiembre de 1996, ante esa misma Corte de Virginia, solicitando que se decidiera que los EEUU habían

incurrido en una violación de la CVRC, que se estableciera un *vacatur* de la condena de Breard y una orden contra futuras violaciones de la Convención. La Corte de Virginia declinó su jurisdicción, sobre la base de que los demandantes no alegaban una “violación continuada de la ley federal” y, por lo tanto, no podían presentar sus reclamaciones bajo la excepción de la inmunidad de los Estados, según la Undécima Enmienda, que permite eventuales revisiones. El fallo fue confirmado por la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito, la que también rechazó una apelación de Breard en el mismo sentido. En síntesis, la Corte rechazó el recurso basándose en el “*procedural default*”, en base al cual, al no haber planteado la alegada violación de la Convención ante la Corte estadual, ya no podía hacerlo ante la Corte de Apelación.

Breard apeló ante la Suprema Corte de los EEUU, en tanto Paraguay, el 3 de abril de 1998, demandó a los EEUU ante la CIJ. Alegó que la parte demandada había violado ciertas disposiciones de la CVRC, en especial el art. 36.1 (b). Paraguay solicitó a la Corte que declarara y fallara que existió tal violación, así como la del art. 5 de la misma Convención (referido a las funciones consulares), y que declarara que “Paraguay tiene en consecuencia derecho a la *restitutio in integrum* (en el sentido de volver a juzgar a Breard) y que... los EEUU están obligados internacionalmente a no aplicar la doctrina del ‘*procedural default*’ o cualquier otra doctrina de su derecho interno que impida el ejercicio de los derechos reconocidos por el Artículo 36”⁴⁷.

La parte actora también requirió a la Corte que declarara que cualquier responsabilidad criminal impuesta a Breard en violación de las obligaciones internacionales de los EEUU era nula, que los EEUU debían restaurar el *status quo ante*, o sea, restablecer la situación preexistente a la detención, procesamiento y condena de Breard y que los EEUU deberían garantizar a Paraguay que los actos ilegales no se repetirían.

⁴⁷ Entre paréntesis nos pertenece. Al respecto, Charney sostuvo que Paraguay, en su solicitud de 1998, argumentó que los EEUU tenía la obligación de no aplicar la doctrina nacional del “*procedural default*”, o cualquier otra doctrina de su derecho interno, a fin de impedir el ejercicio de los derechos indicados en el artículo 36 de la Convención. Agrega que también solicitó que la CIJ declarara que la sentencia impuesta localmente a Breard debía ser anulada y que se reconociera como nulo lo realizado por las autoridades judiciales de los Estados Unidos, restaurando el *status quo ante*, y finalmente, que los EEUU garantizaran a Paraguay la no repetición de estos actos. Fuente: CHARNEY, Jonathan I. - REISMAN, W. Michael, “The Facts”, *American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 4 (Oct., 1998), p. 670.

Simultáneamente, Paraguay presentó un pedido de indicación de medidas provisionales de protección bajo el art. 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Solicitó que los EEUU tomaran todas las medidas necesarias para asegurar que Breard no sería ejecutado mientras se decidiera el caso, que los EEUU informaran a la CIJ de las acciones adoptadas en consecuencia de la solicitud y que su gobierno asegurara que no tomaría ninguna acción que pudiera perjudicar los derechos de Paraguay con respecto a cualquier decisión que adoptara la Corte sobre el fondo de la cuestión.

En las audiencias públicas convocadas de urgencia por el Presidente en ejercicio de la CIJ, los EEUU argumentaron que Breard había admitido su culpabilidad –cuestión no controvertida por Paraguay– y, aún admitiendo que no habían informado a Breard de sus derechos bajo la CVRC en la etapa judicial, insistieron en que la omisión no fue deliberada. Agregó este país que, a pesar de ello, Breard había tenido toda la asistencia necesaria, que entendía bien el idioma inglés y que la asistencia adicional de funcionarios consulares no hubiera cambiado el resultado de los procedimientos. También sostuvo que el no cumplimiento de la obligación de notificar del Artículo 36 solo puede dar lugar a un pedido de disculpas. A su juicio, ni el texto de la Convención ni los *travaux préparatoires*, como tampoco la práctica de los Estados, podían argumentarse en apoyo de la sanción de invalidación de los procedimientos y retorno al *status quo ante*. Además, tal solución no sería viable⁴⁸. En cuanto a las acciones de los EEUU, sostuvo que el Departamento de Estado había hecho todo lo posible, dentro de sus competencias, para ayudar al gobierno de Paraguay tan pronto como fue informado de la situación y que una postergación de la ejecución dependía exclusivamente de la Suprema Corte de los EEUU y del Gobernador de Virginia. En todo caso, alegó, en razón de que Breard no se vio perjudicado por la omisión y de que su caso probablemente no tendría éxito en cuanto al fondo de la cuestión, no se debían indicar medidas provisionales.

La CIJ, en contra de la posición de los EEUU, declaró que tenía jurisdicción *prima facie* y procedió a dictar las medidas provisionales, sobre la base de que la ejecución de Breard, programada para tener lugar esa misma semana, tornaría imposible hacer lugar a la demanda de Paraguay.

⁴⁸ Ibidem, p. 670.

Indicó al respecto que los EEUU deberían (“*should*”) tomar todas las medidas a su disposición para asegurarse que el Sr. Breard no fuera ejecutado hasta que se adoptara una decisión final sobre el caso y que debería informar a la Corte de todas las medidas que adoptara en implementación de esa Orden.

En la indicación de estas medidas provisionales, la CIJ fue al encuentro de un argumento que los EEUU hicieron valer, y al que recurrieron posteriormente las autoridades norteamericanas para hacer caso omiso de las medidas dispuestas por la Corte y proceder a la ejecución de Breard: que la CIJ no puede actuar como tribunal de apelación de decisiones internas de los Estados en materia criminal. La Corte, en primer lugar, dejó en claro que el caso en cuestión no se relacionaba con la capacidad de Estados federales, como los EEUU, de recurrir a la pena de muerte por los casos más aberrantes, sino que su función es la de resolver disputas legales internacionales entre Estados, *inter alia* cuando surgen de la interpretación o aplicación de convenciones internacionales y no de actuar como apelación criminal⁴⁹.

El *modus operandi* del gobierno federal norteamericano, en un pretendido acatamiento de las medidas provisionales indicadas por la CIJ, distó mucho de ser convincente.

Las medidas fueron indicadas por la CIJ el 9 de abril de 1998. El 13 de abril la Secretario de Estado envió una nota al Gobernador de Virginia solicitándole que suspendiera la ejecución de Breard⁵⁰. Al poner en su conocimiento la decisión de la Corte y hacerle notar al gobernador que los EEUU habían defendido vigorosamente el derecho de Virginia a seguir adelante con la sentencia impuesta a Breard, la Secretario de Estado destacó que la Corte usó una redacción no compulsoria (“*non binding language*”).

Aclaró, además, que efectuaba esa solicitud con grandes reservas (“*with great reluctance*”). No dejó por ello de poner de manifiesto su

⁴⁹ En ese sentido, la CIJ interpretó que poseía competencia toda vez que existía una disputa sobre la reparación adecuada.

⁵⁰ La nota expresaba que una ejecución inmediata de Breard podría ser vista como una negación de los EEUU a la importancia del derecho internacional y los procesos de la CIJ, y al mismo tiempo, limitar la capacidad de protección de los estadounidenses que viajen o vivan en el extranjero (Conf. Nota de Madeleine K. Albright, Secretaria de Estado de los EEUU, a James S. Gilmore III, Gobernador de Virginia, 13 de abril 1998).

preocupación por las posibles consecuencias negativas que la ejecución de Breard en esas circunstancias podría tener sobre los numerosos ciudadanos norteamericanos que viven o viajan al exterior, ya que ello podría ser interpretado por algunos países para concluir de manera incorrecta que los EEUU no asumen seriamente sus obligaciones bajo la Convención.

En abierta contradicción con la postura asumida en esta misiva, los Departamentos de Estado y de Justicia efectuaron una presentación ante la Corte Suprema de EEUU, en carácter de *amicus curiae*, en la que insisten en el carácter a su juicio no obligatorio de las medidas provisionales de la CIJ, argumentando *in extenso* a favor de tal posición. Estas dependencias afirmaron asimismo, en dicha presentación que las medidas que, conforme a la CIJ, el gobierno norteamericano debería adoptar para dar cumplimiento al mandato de la Corte, constituyen una cuestión de derecho interno de los EEUU y por lo tanto, conforme a la Constitución de ese país, ello puede consistir, en algunos casos, en intentar sólo la persuasión, tal como lo hiciera la Secretario de Estado ante el Gobernador de Virginia y no intentar una vía compulsoria a través del sistema judicial.

El 14 de abril de 1998, la Corte Suprema de EEUU, por 6 votos contra 3, denegó la petición de hábeas corpus y la de *certiorari*. Sustentó su fallo, como lo hiciera la Corte de Apelación, en que Breard carecía del recurso procesal para sustanciar su pedido (“*had procedurally defaulted his claim*”) sobre la violación de la Convención de Viena, al no haberlo interpuesto ante las cortes estatales.

Desechó así el argumento de Breard y de Paraguay en el sentido de que dicha Convención es ley suprema de la Nación y, como tal, debía prevalecer sobre la doctrina del *procedural default*.

El Gobernador de Virginia, por su parte, se negó a disponer una postergación de la ejecución de Breard.

En una declaración del 14 de abril de 1998, sustanciando su decisión, el Gobernador mencionó que el Departamento de Justicia sostuvo con vehemencia, ante la Corte Suprema de Justicia de su país, que la CIJ no tenía autoridad para intervenir en el sistema de justicia criminal del Estado de Virginia o de cualquier otro Estado, y que la Corte Suprema no debería tratar esta cuestión.

Afirmó el Gobernador que su primera obligación es asegurarse de que quienes residen dentro de sus fronteras, tanto ciudadanos norteamericanos como extranjeros, puedan transcurrir sus vidas libres del temor al crimen y que su sistema judicial criminal está diseñado a tal efecto, asegurando al mismo tiempo garantías procesales sustanciales a los acusados de un crimen. A su parecer, la postergación de la ejecución de Breard hasta que la CIJ pudiera rever la cuestión tendría como efecto práctico la transferencia de responsabilidad de las cortes estatales y de los EEUU a la CIJ.

Agregó que el Departamento de Justicia, junto con el Procurador General de Virginia, sostuvieron con convicción que la CIJ carece de autoridad para intervenir en su sistema judicial en materia criminal y que la seguridad de quienes residen en Virginia no es responsabilidad de la CIJ.

Por estas razones, el gobernador concluyó que no encontraba motivos para interferir con la sentencia condenatoria de Breard, por lo que declinaba hacerlo.

Finalmente, Breard fue ejecutado en Virginia el 14 de abril de 1998. El 9 de octubre del mismo año Paraguay presentó su memoria y el 2 de noviembre solicitó a la CIJ dar por terminado el procedimiento y remover su caso de la lista general, lo que así fue dispuesto por la Corte⁵¹.

IV.b.2) El caso LaGrand

En el presente caso, Alemania solicitó a la CIJ la indicación de medidas provisionales destinadas a que EEUU dispusiera los medios para que Walter LaGrand no fuera ejecutado hasta resolverse la cuestión de fondo, e informara a la misma Corte las medidas tomadas al respecto.

Si bien existen similitudes con el caso Breard, la sentencia de la CIJ posee sutiles pero importantes diferencias. Al indicar las medidas provisionales en este caso, la CIJ determinó que el Gobierno de los EEUU debía transmitir la orden al Gobernador del Estado de Arizona, haciendo responsable internacionalmente a los EEUU por la acción de los órganos

⁵¹ Conf. *Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Order of 10 November 1998, ICJ, 1998.

competentes y de sus autoridades internas ante los compromisos asumidos por el Estado.

No obstante lo anterior, LaGrand fue ejecutado por orden del Gobernador del Estado de Arizona, en un modo de obrar similar al caso “Breard”, a pesar de la alusión directa al Gobierno de Arizona en la orden de medidas provisionales.

A diferencia del caso anterior, en el que Paraguay retiró el caso luego de la ejecución de Breard, Alemania solicitó a la CIJ que resolviese el fondo del asunto, expidiéndose sobre la obligatoriedad de las medidas cautelares y sobre el incumplimiento en que incurrieron los EEUU. Al respecto, la CIJ, en su sentencia del 27 de junio de 2001, responsabilizó internacionalmente a los EEUU por la violación a la CVRC y por omitir tomar las medidas tendientes a asegurar la vida de Walter LaGrand, estando pendiente la resolución del fondo del asunto.

La Corte argumentó que el objeto y fin de su Estatuto era habilitarla para cumplir sus funciones de forma efectiva y que, por ende, las medidas provisionales revisten carácter obligatorio⁵². Su decisión se sustentó en el artículo 41 del Estatuto de la CIJ, interpretado en conjunto con los artículos 31 y 33.4 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

En lo que se refiere al objeto de nuestro análisis, la CIJ sostuvo que el artículo 36 es un régimen interrelacionado que facilita la protección consular, que se inicia estableciendo el derecho de comunicación y acceso; continúa con la notificación consular y culmina con las medidas que pueden adoptar los funcionarios consulares⁵³. También consideró que, en

⁵² González Napolitano sostiene que la medida provisional indicada por la CIJ el 03 de marzo de 1999 “(...) no se trataba de una mera exhortación a las partes, sino que había sido adoptada conforme al artículo 41 ECIJ, teniendo en consecuencia, carácter obligatorio y creando una obligación jurídica para Estados Unidos”. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *Las medidas provisionales en el derecho internacional ante las Cortes y Tribunales Internacionales*, UBA-La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 189.

⁵³ Conf. *Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Germany v. United States of America)*, Judgment, 27 June 2001, para. 74. Original en inglés, expresa: “Article 36, paragraph 1, establishes an interrelated régime designed to facilitate the implementation of the system of consular protection. It begins with the basic principle governing consular protection: the right of communication and access (Art. 36, para. 1 (uj)). This clause is

virtud de la violación de este artículo por parte de los EEUU, se debía permitir la revisión y reconsideración de las sentencias y las penas impuestas a los hermanos LaGrand, considerando los derechos contemplados en la CVRC⁵⁴.

IV.b.3) El caso Avena

Constituye el tercer caso sometido a la CIJ alegando violaciones por los EEUU a la CVRC. Allí el Tribunal resolvió por 14 votos a 1 que los EEUU habían violado el artículo 36.1 (b) de la Convención, al no proporcionar la información consular a los cincuenta y un nacionales mexicanos que habían sido declarados culpables y condenados a muerte en casos penales y por no notificar a los funcionarios consulares mexicanos en cuarenta y nueve de éstos. Asimismo, la CIJ declaró, por la misma mayoría, que en treinta y cuatro de los casos los EEUU habían violado el artículo 36.1 (a) y (c) al no permitir a los funcionarios consulares el acceso a los detenidos y disponer los medios para su representación legal. En tres casos en los que todos los procedimientos internos habían sido concluidos, la CIJ sostuvo que los EEUU habían violado el artículo 36.2 de la Convención al aplicar la doctrina del “*procedural default rule*” e impidieron la procedencia de recursos y garantías procesales ante la falta de notificación consular. Finalmente, determinó que los EEUU debían proporcionar a modo de reparación (mediante medios de su propia elección) la revisión y reconsideración de las sentencias que condenaran a los nacionales mexicanos en cuestión, teniendo en cuenta tanto la vulneración de los derechos establecidos en el artículo 36 de la Convención como lo dispuesto en los párrafos 138 a 141⁵⁵.

En este asunto, los EEUU reconocieron que la notificación consular no se había efectuado en muchos de los casos de estos condenados, proponiendo así a la CIJ dos temas principales de fondo: si la Convención de Viena de 1963 impone obligaciones a un Estado respecto de sus

followed by the provision which spells out the modalities of consular notification (Art. 36, para. I (6). Finally Article 36, paragraph 1 (c), sets out the measures consular officers may take in rendering consular assistance to their nationals in the custody of the receiving State”.

⁵⁴ Conf. GÓMEZ ROBLEDO, Juan M., “The Vienna Convention on Consular Relations”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*, disponible online en http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/vccr/vccr_e.pdf

⁵⁵ Conf. SHELTON, Dinah L. “Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States)”, *American Journal of International Law*, Vol. 98, No. 3 (Jul., 2004), pp. 559.

ciudadanos con doble nacionalidad y el significado de una notificación “sin demora”, a la que entendía como “no inmediatamente y previo al interrogatorio”, sino que debía realizarse tan pronto como fuera “razonablemente posible” (dadas las circunstancias y, normalmente, en un plazo de veinticuatro a setenta y dos horas del arresto o detención). Por su parte, México solicitó a la CIJ la restauración del *statu quo ante*, así como que declarara a los derechos consulares como derechos humanos y se estableciera un remedio para aquellas personas cuyos derechos fueron violados, garantizando la no repetición por parte de los EEUU⁵⁶.

México afirmó también que los EEUU violaron la CVRC al no proporcionar una justificación creíble y eficaz de las medidas *de su propia elección* con las que entendió dar cumplimiento al fallo de la Corte. Con relación a la reconsideración de las condenas y sus penas, México se opuso a la aplicación de la doctrina legal del *procedural default rule*, que impide a los tribunales estadounidenses considerar estos planteos.

La CIJ recordó que la norma del *procedural default* había sido analizada en el caso LaGrand y señaló que esta regla no fue revisada a fin de evitar nuevas violaciones a la CVRC. La Corte concluyó, sin embargo, que atento el estado de los procesos judiciales, que continuaban sin sentencia definitiva, sería prematuro sostener la existencia de una violación, excepto en los tres casos ya concluidos.

En sus consideraciones, la CIJ reforzó su preocupación sobre la aplicación de la doctrina del *procedural default*, que impide la revisión y reconsideración de las condenas y sentencias obtenidas sin la información y notificación consular estipulada en la CVRC.

El tema central en Avena fue la reparación solicitada por México. Recordemos que la Corte, en el caso LaGrand, sostuvo que a los procesados se les negaron sus derechos consulares, fueron objeto de una detención prolongada y condenados a penas graves “*correspondiendo a EEUU revisar y reconsiderar la condena con fundamento en la violación de los derechos enunciados en la CVRC*”⁵⁷.

⁵⁶ Ibidem, pp. 560 y ss.

⁵⁷ Conf. *Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Germany v. United States of America)*, Judgment of 27 June 2001, ICJ, 2001, para. 125.

Finalmente, la CIJ determinó que los EEUU debían proceder, por medios de su propia elección, a una revisión significativa y efectiva de las condenas y sentencias impuestas a los nacionales mexicanos y, asimismo, consideró que la declaración de EEUU garantizando la aplicación de medidas específicas para cumplir con la CVRC era suficiente para satisfacer la solicitud de México de las garantías de no repetición. No obstante, la CIJ destacó que su decisión no puede interpretarse en el sentido de que las conclusiones alcanzadas en el presente caso no se apliquen a otros extranjeros que se encuentran en situaciones similares en los Estados Unidos.

Por otra parte, es interesante destacar que la CIJ sugirió reiteradamente, en este caso, que informar a todos los extranjeros detenidos del derecho a la asistencia consular, junto a la lectura de la *Cláusula Miranda*⁵⁸, favorece en gran medida el cumplimiento de la CVRC.

Según la CIJ, la solución consiste en la revisión y reconsideración para determinar el perjuicio real de los nacionales mexicanos condenados, ya que no se trata de la corrección de cualquier condena o pena impuesta, sino, más bien, la conexión causal entre ésta y el incumplimiento de las disposiciones de la CVRC.

Por último, la Corte aclaró que los procedimientos internos deben ser eficaces al garantizar el resultado de la revisión y la reconsideración. A diferencia del caso LaGrand, en Avena la CIJ destacó que “(...) *esta libertad en la elección de los medios para dicha revisión y reconsideración no es sin reservas*”.

IV.b.4) La interpretación del fallo Avena

⁵⁸ En 1963, Ernesto Arturo Miranda fue detenido acusado de secuestrar y violar a una mujer de 18 años en Phoenix, Arizona. Una vez detenido, Miranda confesó el delito sin haber recibido ninguna advertencia de su derecho a guardar silencio y disponer de un abogado. Luego, fue condenado en juicio con su confesión como única prueba. Posteriormente, la Corte Suprema de los EEUU determinó que Miranda fue intimidado durante el interrogatorio y que no había comprendido sus derechos. Así las cosas, resolvió que “(...) *la persona en custodia debe, previo a su interrogatorio, ser claramente informada de su derecho a guardar silencio, y de que todo lo que diga será usado en su contra en un tribunal, debe ser claramente informada de que tiene el derecho de consultar con un abogado y tener a ese abogado presente durante todo el interrogatorio, y que, si es indigente, un abogado le será asignado sin costo para representarlo*” (Conf. Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

Con posterioridad a la sentencia, México solicitó a la CIJ una nueva medida provisional tendiente a proteger a sus nacionales y una interpretación de la sentencia de fondo, dictada en el año 2004, en el sentido de que la Corte aclarara si la obligación allí impuesta a EEUU en virtud del apartado 9 del párrafo 153 del fallo *Avena*, se trataba de una obligación de resultado (que indicaba la ‘revisión y reexamen de las sentencias condenatorias y las penas’) y el papel que debían adoptar los órganos y subdivisiones competentes de este Estado para cumplir con la referida disposición, incluyendo la adopción de medidas que aseguraran la no ejecución de nacionales mexicanos con derecho a revisión y reexamen de su proceso⁵⁹.

EEUU, por su parte, solicitó a la CIJ la desestimación de la solicitud mexicana y manifestó que, en caso de que la CIJ no desestimara la misma, estaría de acuerdo en el sentido de que el fallo *Avena* de 2004 impone una “obligación de resultado” por lo que, en consecuencia, no existía ninguna cuestión que requiriera un fallo de la Corte.

Luego de analizar la existencia o no de una controversia entre las Partes (párrs. 21 a 47), la CIJ concluyó que no existía la misma entre ellas, en cuanto a que el apartado 9 del párrafo 153 establece una obligación de resultado. Asimismo, la Corte interpretó que “(...) *esta obligación de resultado deberá cumplirse dentro de un período de tiempo razonable...*”. Sin embargo, la Corte encontró que existía una disputa a los fines de determinar “*a quiénes incumbe específicamente la obligación de resultado*” (párrs. 29 a 42) y consideró que al tener las Partes distintas opiniones, la cuestión podría enfocarse de dos maneras. Por un lado, según México, parecería

⁵⁹ Conf. *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 16 July 2008, ICJ, 2008. La razón que motivó esta última solicitud fue que EEUU llevó a cabo la ejecución del Sr. José Ernesto Medellín Rojas sin haber procedido a la revisión y reexamen de su caso de conformidad con las disposiciones del fallo *Avena*. Cabe destacar que, tras el fallo *Avena* de 2004, EEUU se retiró del Protocolo Facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares relativo a la solución obligatoria de controversias. Al respecto, la CIJ sostuvo que “(...) *ello no tiene efecto alguno en su competencia de la Corte de conformidad con el artículo 60 del Estatuto*” (ibíd., para. 44). La Corte observa que, en su providencia de 16 de julio de 2008, señaló en particular que “(...) *la Corte puede aceptar una petición de interpretación de cualquier fallo que haya emitido, siempre que exista una ‘controversia en cuanto al sentido o alcance del [mencionado] fallo’*” (ibíd., para. 46). El agregado entre corchetes no pertenece al original.

existir una diferencia de percepción que constituiría una controversia respecto a quiénes incumbe específicamente la obligación de resultado establecida en *Avena*, mientras que, por otro, aparecen factores que sugieren lo contrario. Finalmente, la CIJ sostuvo que, en virtud del artículo 98.2 del Reglamento del tribunal, “*México no especificó que la obligación de los EEUU en virtud del fallo Avena tuviera carácter directamente vinculante para sus órganos, subdivisiones o funcionarios, aunque ello podría inferirse de los argumentos que ha presentado*”.

El efecto directo de la obligación establecida en el caso *Avena* también fue analizado por la CIJ (párrafos 43 a 47). Al respecto, observa que el fallo “*(...) en modo alguno señala ni da a entender que los tribunales de los Estados Unidos estén obligados a dar efecto directo al apartado 9 del párrafo 153*”; y agrega que “*la cuestión en la que se basa la solicitud de interpretación presentada por México no está dentro de la competencia que le reconoce específicamente a la Corte el artículo 60 de su Estatuto. El hecho de que exista, o no, una controversia, no afecta la interpretación del fallo Avena, en particular del apartado 9 del párrafo 153*”.

Finalmente, la CIJ concluye que “*no puede acceder a la solicitud de interpretación de México*”. Aunque también observa que “*(...) las consideraciones sobre la legislación interna que hasta el momento han perjudicado el cumplimiento de la obligación que incumbe a los EEUU, no pueden eximirlos de su obligación*” y señala que el permitir a EEUU elegir los medios sin lograr su objetivo en un período de tiempo razonable, hace necesario el empleo de otros medios eficaces para alcanzar dicho resultado.

Por último, ante el incumplimiento de la sentencia del año 2004 por la ejecución de José Ernesto Medellín Rojas, uno de los nacionales mexicanos, la CIJ sostuvo que, en virtud del artículo 60 del Estatuto, el pedido de interpretación no permite analizar violaciones a las sentencias y finalmente establece que la causa *Avena* sigue teniendo carácter vinculante y que EEUU debe cumplir la misma íntegramente⁶⁰.

⁶⁰ El Juez Koroma, en su declaración adjunta, opinó que, ante las distintas perspectivas de las partes, podría considerarse la existencia de una “controversia” de conformidad con las disposiciones del artículo 60 del Estatuto. Asimismo, señala que el texto del apartado 9 del párrafo 153 del fallo *Avena* no es del todo claro, proponiendo un enfoque mediante el cual la Corte podría haber encontrado admisible la solicitud de interpretación, de conformidad con su jurisprudencia y concluir que EEUU podrían elegir los medios para cumplir el fallo, pero sus esfuerzos para llevar a cabo la revisión y reexamen debían ser eficaces para ajustar su

Claramente este caso, tanto en su cuestión de fondo como en su interpretación posterior, constituyó un punto de inflexión en la interpretación del artículo 36 de la CVRC, por cuanto la CIJ reconoció la interdependencia de los derechos individuales de las personas físicas y los del Estado. En su sentencia, la Corte afirmó que las violaciones a los derechos reconocidos a las personas en virtud del artículo debatido podían constituir una violación de los derechos del Estado que envía y, simultáneamente, violar los derechos de la persona. Asimismo, la CIJ aclaró que sus conclusiones en el caso podían aplicarse a otros extranjeros en idéntica situación⁶¹.

IV.c) La Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La demanda de México contra los Estados Unidos de América en el caso *Avena* y otros nacionales mexicanos fue presentada a la CIJ el 9 de enero de 2003. Pero años antes, el 17 de noviembre de 1997, México había solicitado una Opinión Consultiva a la Corte Interamericana de Derechos

conducta al párrafo en cuestión. Finalmente, señala que, de conformidad con el artículo 94 de la Carta, el derecho internacional exige el cumplimiento pleno y oportuno del fallo *Avena* en relación con todos los nacionales mexicanos que allí se mencionan.

En su voto en disidencia, el Juez Sepúlveda-Amor sostuvo que concuerda con la mayor parte de los argumentos de la CIJ, aunque no comparte todas sus conclusiones. Opina que la Corte perdió una oportunidad de solucionar cuestiones que requerían la interpretación en el sentido o alcance del fallo *Avena*. Se destacan los siguientes: 1) Al abstenerse de emitir un veredicto en relación con el incumplimiento por parte de EEUU de sus obligaciones de acatar el fallo *Avena*, la CIJ hizo caso omiso de la necesidad de juzgar las consecuencias de actos internacionalmente ilícitos de aquel Estado; 2) La Corte podría haber determinado las consecuencias jurídicas del incumplimiento de EEUU a las medidas provisionales y al fallo *Avena* sosteniendo que un Estado incurre en responsabilidad internacional por los actos de sus órganos y autoridades competentes, efectos sobre los que la CIJ decidió no pronunciarse; 3) La Corte podría haber despejado las dudas sobre la existencia de derechos individuales en virtud del artículo 36 de la CVRC, reafirmando asimismo, la fuerza vinculante de sus fallos en los asuntos *LaGrand* y *Avena*, con el fin de despejar todas las dudas planteadas por las autoridades federales y estatales (tanto ejecutivas como judiciales) del Gobierno de EEUU; y, 4) No es posible argumentar que las disposiciones del fallo *Avena* pierden eficacia jurídica en los tribunales de los Estados Unidos. La CIJ, al interpretar el sentido y alcance del párrafo 153 del fallo, debió sostener que ello representa un obstáculo judicial que invalida y anula los derechos establecidos en el artículo 36 de la CVRC.

⁶¹ Conf. GÓMEZ ROBLEDÓ, Juan M., "The Vienna Convention on Consular Relations", *United Nations Audiovisual Library of International Law*, disponible online en http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/vccr/vccr_e.pdf

Humanos para que se expidiera en relación con la interpretación de diversos instrumentos regionales y pactos internacionales de protección de los derechos humanos vinculados con la pena de muerte impuesta a extranjeros a quienes el Estado en que residen no les hubiera notificado de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad y a requerir su asistencia, conforme a lo previsto en el artículo 36 de la CVRC.

En su requisitoria, México hizo explícito que su solicitud estaba originada en la situación de 38 de sus nacionales condenados a la pena capital en diez Estados de los EEUU, a los que no se les había informado, en las condiciones establecidas en la referida norma internacional –o sea “sin dilación”– ni posteriormente, que gozaban del derecho de comunicarse con las autoridades consulares mexicanas, tal como está allí establecido. Agregó que, pese a las protestas efectuadas en razón de este incumplimiento, dos de esos nacionales habían sido ya ejecutados⁶².

México planteó diversas preguntas relacionando la cuestión suscitada con la CVRC, la Carta de la OEA, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos Humanos y un instrumento de las Naciones Unidas, las Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a pena de muerte. Básicamente, las preguntas de México se orientaban a determinar si el derecho del detenido a ser informado de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad es un derecho humano tal cual está definido en los referidos instrumentos internacionales, con las consecuencias que ello implica. También le solicitó a la Corte que aclarara si la expresión “sin demora”, contenida en la disposición del art. 36.1.b) de la CVRC debe interpretarse en el sentido de requerir que las autoridades del Estado receptor informen a todo extranjero detenido por delitos sancionables con la pena capital de los derechos que les confiere el referido artículo en el momento del arresto y, en cualquier caso, antes de que el detenido efectúe una declaración o confesión ante las autoridades policiales o judiciales.

⁶² Conf. LE MON, Christopher J., “Post-Avena application of the Vienna Convention on Consular Relations by US Courts”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, No. 2, 2005, pp. 225-226.

México también solicitó que la Corte se pronunciara acerca de las consecuencias jurídicas que tendría la imposición y ejecución de la pena de muerte ante la falta de notificación a que se refiere el art. 36.1.b) de la CVRC.

Durante la consideración del caso por parte de la Corte de la Opinión Consultiva, hicieron llegar sus observaciones la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y 24 Estados americanos (la Argentina no se contó entre ellos). También hicieron conocer sus puntos de vista, en carácter de *amicus curiae*, organizaciones no gubernamentales, juristas y otras a título individual.

La Corte debió resolver el tema de su competencia para expedirse en esta cuestión de carácter consultivo, dado que los EEUU, al contrario de la posición asumida por el resto de los Estados americanos que hicieron llegar su opinión, alegaron la incompetencia de la Corte. Sostuvieron, en tal sentido, entre otras razones, que se encontraba en trámite un caso ante la CIJ (Breard y luego LaGrand), que la opinión de la Corte podía afectar las posiciones legales de las partes y que, además, se podía producir una disparidad entre los conceptos de la Corte Interamericana y los de la CIJ. Agregó que la consulta constituía un caso contencioso encubierto contra los EEUU y que este país no era parte de la Convención Americana ni había aceptado la competencia obligatoria de la Corte. Negó asimismo que el deber de notificar conforme a la CVRC estuviera incluido en forma explícita en los principales instrumentos de derechos humanos.

La Corte no recogió estos argumentos de los EEUU y se declaró competente, sosteniendo, entre otras consideraciones, que:

- Está facultada para interpretar convenios distintos a la Convención Americana, y que ambos Estados son parte de la CVRC;
- Que la existencia de una controversia sobre la interpretación de una disposición no constituye, *per se*, un impedimento para el ejercicio de una función consultiva;
- Que el hecho de que existan casos contenciosos ante la CIJ no implica que se puedan afectar las posiciones legales de las partes por la emisión de una Opinión Consultiva; y,
- Que resulta normal que distintos tribunales que no tienen entre sí relación jerárquica mantengan posiciones distintas y hasta divergentes.

En cuanto al fondo de la cuestión, la Corte Interamericana concluyó que la disposición pertinente del artículo 36 de la CVRC y los derechos que reconoce al detenido extranjero “*conciérne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos*”. En otras palabras, la Corte Interamericana coincidió al respecto con la posición hecha valer por México en su presentación. Años más tarde, en el caso contra EEUU sobre Avena y otros nacionales mexicanos, decidido por la CIJ el 31 de marzo de 2004, México volvió a requerir, en este caso a la CIJ, que se pronunciara sobre el carácter de derecho humano del derecho del extranjero detenido a requerir la asistencia de las autoridades consulares. EEUU, como lo hiciera ante la Corte Interamericana, sostuvo que la jurisdicción de la Corte sobre la CVRC no se podía extender a una eventual conclusión de que los derechos consulares son derechos humanos. La CIJ concluyó que resultaba innecesario decidir si el derecho a la notificación consular y a la comunicación consular constituyen derechos humanos, porque, aun si lo fueran, ni el texto ni el propósito y fin de la CVRC, así como tampoco los *travaux préparatoires*, permiten concluir que la violación de esos derechos viciaría los procedimientos criminales.

El fallo de la CIJ en el caso Avena también dejó en evidencia que la Corte Interamericana había ido más lejos que la CIJ en su interpretación de la expresión “sin dilación” contenida en el inciso 1.b) del artículo 36 para calificar la forma en que las autoridades competentes deben informar al extranjero sobre su derecho a informar a la oficina consular acerca de su arresto, detención o puesta en prisión preventiva. En su Opinión Consultiva, la Corte concluyó que esta disposición “(...) *significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad*”. Afirmó al respecto que “(...) *para establecer el sentido que corresponde dar al concepto ‘sin dilación’, se debe considerar la finalidad a la que sirve la notificación que se hace al inculgado. Es evidente que dicha notificación atiende al propósito de que aquél disponga de una defensa eficaz. Para ello, la notificación debe ser oportuna, esto es, ocurrir en el momento procesal adecuado para tal objetivo. Por lo tanto, y a falta de precisión en el texto de la CVRC, la Corte interpreta que se debe hacer la notificación al momento de*

privar de la libertad al inculpado y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad”.

En el caso Avena, los EEUU sostuvieron ante la CIJ que “sin demora” no significa inmediatamente y antes del interrogatorio, sino que requiere que la acción sea llevada a cabo tan pronto como sea razonablemente posible bajo las circunstancias y normalmente dentro de las 24 a 72 horas del arresto o detención. En este caso, la CIJ estableció que la obligación de informar al detenido sobre sus derechos consulares surge “*una vez que se comprueba que la persona es un nacional extranjero, o una vez que existan razones para pensar que la persona es probablemente un nacional extranjero. Cuándo precisamente esto puede ocurrir varía con las circunstancias*”. Al comprobar que el tratado carece de una definición de estos términos -“sin demora”- y de que el diccionario contiene distintas acepciones de los mismos, la Corte indagó el objeto y fin de la Convención y los *travaux préparatoires*. Coincidió con los EEUU en que los términos en cuestión no deben ser necesariamente entendidos como requiriendo que la información deba ser provista tan pronto como las autoridades que procedieron al arresto se percataron o tuvieron razones para concluir que la persona era probablemente un extranjero. Sin embargo, dadas las circunstancias del caso, la Corte concluyó que los EEUU habían violado la obligación de informar al respecto a cada uno de los detenidos mexicanos, incluyendo el caso de un individuo al que se le informaron sus derechos 48 horas después de su arresto.

O sea que, mientras que la Corte Interamericana fue muy asertiva en cuanto a los plazos en los que se debe informar a los detenidos o arrestados sus derechos consulares, la CIJ evitó efectuar precisiones por carecer a su juicio de fundamentos legales para hacerlo. Actuó así, a nuestro juicio, con mayor rigor jurídico que la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva.

La consagración que efectúa la Corte Interamericana del carácter de derecho humano del derecho establecido en el artículo 36 de la CVRC la lleva a su vez a sostener que la garantía del debido proceso legal establecida en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos exige “*(...) que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables*”. De allí la importancia de que se respeten los derechos consulares consagrados en dicho artículo. Sobre la base de que la

inobservancia de esta obligación impuesta por el artículo 36 afecta las garantías del debido proceso legal, la Corte concluyó que la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”, en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos, con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación.

Corresponde destacar que el Juez Jackman disintió con esta conclusión de la Corte, en cuanto a que la omisión de respetar el derecho de información consular del detenido extranjero afectara las garantías del debido proceso y de que la imposición de la pena de muerte constituyera una violación del derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente. A su juicio, entre otras razones, resulta difícil ver cómo una disposición tal como la del art. 36 1.b) de la CVRC puede ser elevada al status de una garantía fundamental, exigible universalmente como una *conditio sine qua non* del debido proceso.

Finalmente, la Corte abordó en su Opinión Consultiva el tema del respeto del derecho internacional por parte de los Estados con una estructura federal. Amparándose en el artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece la obligatoriedad de los tratados en lo que respecta a la totalidad del territorio de cada una de las partes, la Corte concluyó que “(...) un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional”.

V. La Corte Internacional de Justicia como Tribunal de Alzada

Al respecto, se ha planteado en distintas oportunidades y especialmente en los últimos quince años, una posible función de este Tribunal como un “Tribunal de Apelación” e incluso Gilbert Guillaume (Juez de la CIJ entre 1987-2005, Presidente de la misma en el período 2000-2003), propuso evaluar la posibilidad de que se convirtiera en una jurisdicción superior a todos los tribunales internacionales⁶³. Al respecto,

⁶³ GUILLAUME, Gilbert, “La Cour internationale de Justice. Quelques propositions concrètes à l’occasion du Cinquantenaire”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1996-2, p. 331 (conf. DE FARAMIÑAN GILBERT, Juan Manuel “Las reformas pendientes del Estatuto del

Faramiñán Gilbert afirma que cabría la implementación de entre dos opciones posibles: la CIJ como tribunal de casación ante el cual recurrir las sentencias de otros tribunales o el establecimiento de un sistema parecido a la cuestión prejudicial existente en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁶⁴.

Durante el desarrollo del caso *Breard*, EEUU alegó que la CIJ no debía revisar procedimientos penales domésticos y convertirse en una “Corte de Apelaciones de última instancia” en menoscabo del funcionamiento normal de los tribunales nacionales e incluso, sostuvo que la indicación de medidas provisionales era contraria al interés de la comunidad internacional, podría llegar a afectar los sistemas judiciales internos de los Estados y tener como consecuencia la fragmentación de asuntos⁶⁵.

Shelton agrega que el caso *LaGrand* dejó abiertas varias cuestiones, destacando el alcance de la discrecionalidad otorgada a EEUU para decidir los medios “de su elección”, a fin de revisar y reconsiderar los casos en que se produjo la violación a la notificación consular. Esta cuestión fue nuevamente abordada en el caso *Avena*, en el que los EEUU argumentaron que, según el caso *LaGrand*, la revisión y reconsideración de los procedimientos era suficiente para responder por las violaciones al artículo 36 de la CVRC y que la restitución *in integrum* solicitada por México transformaría a la CIJ en un tribunal penal de apelación que resolvería *ultra vires*, y que “revisión y reconsideración” es una cuestión diferente a “revisión y reversión”⁶⁶.

Al respecto, recordando todo lo ya expresado con relación al caso *Avena*, Shelton señala que, según México, la notificación y comunicación consular son derechos humanos fundamentales cuya violación vicia completamente el proceso penal. Agrega que, en su opinión, mientras la CIDH resolvió que los derechos de la Convención son derechos humanos vinculados al debido proceso (en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos), la CIJ se negó a analizar la cuestión como lo realizara

Tribunal Internacional de Justicia a la luz de las transformaciones de la comunidad internacional”, en ARMAS BAREA, Calixto A. et al. (eds.), *Liber Amicorum ‘In Memoriam’ of Judge José María Ruda*, Kluwer Law International, The Hague, 2000. p. 420).

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Conf. PROFFEN, Germán Edmundo, *op. cit.*, p. 52.

⁶⁶ SHELTON, Dinah L., *op. cit.*, p. 565.

en LaGrand ya que, interpreta, la CVRC no es compatible con la anulación de las condenas y sentencias que requería México⁶⁷.

VI. La obligatoriedad de las medidas provisionales en la CIJ.
Consideraciones del Tribunal respecto de la asistencia consular

VI.a) Consideraciones acerca de la indicación de medidas provisionales por la CIJ

La CIJ posee la facultad de indicar medidas provisionales de *oficio* – lo que denota la importancia del instituto en cuestión, sin perjuicio de que su interposición pueda ser solicitada por las partes de la controversia–, debiendo comunicar las mismas en forma inmediata a las partes y al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas⁶⁸.

Concretamente, el Estatuto de la CIJ establece en su artículo 41 que este Tribunal tendrá la facultad de indicar medidas provisionales para resguardar los derechos de las partes, si considera que las circunstancias así lo exigen. Esta norma es concordante con el Reglamento de la CIJ que dispone el modo en que deberán interponerse las medidas provisionales, en otras palabras, dispone pautas procesales a seguir para una correcta interposición⁶⁹.

⁶⁷ Ibidem, p. 566.

⁶⁸ Cabe destacar que en el asunto LaGrand la CIJ indicó medidas provisionales de oficio por primera vez en la historia de su jurisprudencia. Fuente: *Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Germany v. United States of America)*, Request for the indication of provisional measures, ICJ, 1999, Order of 3 March 1999.

⁶⁹ Conf. artículo 75, inc. 1º que expresa: “*La Corte podrá en todo momento decidir examinar de oficio si las circunstancias del asunto exigen la indicación de medidas provisionales que deban adoptar o cumplir las partes o una de ellas*” y el artículo 73, inc. 1º que establece: “*Una demanda escrita solicitando que se indiquen medidas provisionales de resguardo puede ser presentada por una de las partes en cualquier momento en el curso del procedimiento concerniente al asunto con relación al cual se formula tal demanda*”. A diferencia de la CIJ, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (que crea al Tribunal Internacional del Derecho del Mar), emplea en su artículo 290.1 el término “decretar” (texto oficial en español) o “prescribir” (texto oficial en inglés y francés) y no el verbo “indicar” establecido en el Estatuto de la CIJ, lo que sin duda otorga mayor convicción sobre la naturaleza obligatoria de las medidas provisionales dictadas por el Tribunal de Hamburgo. Al respecto, González Napolitano explica que la redacción del artículo 290 evidencia la

De esta manera, la CIJ ha tenido ocasión de indicar medidas provisionales en numerosos casos, tal como últimamente lo hizo en el asunto de las plantas de celulosa (Argentina c. Uruguay / Uruguay c. Argentina) o más recientemente en el asunto sobre ciertas disputas territoriales (Costa Rica c. Nicaragua)⁷⁰.

El estudio y análisis de las medidas provisionales ha sido una de las cuestiones más controvertidas y comentadas por los internacionalistas – particularmente desde el caso *Anglo-Iranian Oil Company*⁷¹– adquiriendo cada vez mayor relevancia en los últimos años, especialmente luego de la jurisprudencia establecida por la CIJ en los casos *Lockerbie*⁷², *Breard*⁷³ y

obligatoriedad de éstas, ya que el empleo de los verbos “decretar” y “prescribir” adquieren más fuerza que el “indicar” empleado en el Estatuto de la CIJ con relación a las medidas provisionales (Conf. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., “La importancia de las medidas provisionales en las controversias relativas a la pesca” en *La gestión de los Recursos Marinos y la Cooperación Internacional: Actas del seminario, Santiago de Chile, 22-23 de marzo de 2004* [Ángela Del Vecchio, ed., Rome, Instituto Italo-Latino Americano, 2006], p. 172). En idéntico sentido, Juste Ruiz sostiene que ello permite deducir que las medidas provisionales adoptadas en virtud del artículo 290 tienen carácter obligatorio (Conf. JUSTE RUIZ, José., “La Solución de Controversias en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”, en *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución* [Coordinador: Valentín Bou Franch] Tirant, Valencia 2005, p. 356). Por último, a nuestro entender ambos Tribunales poseen otra interesante diferencia: la legitimación activa en el Tribunal de Hamburgo es más amplia que la establecida para la CIJ. No se trata del establecimiento de medidas provisionales *motu proprio*, sino del alcance que brinda el artículo 290 de la Convención al disponer la fórmula “*impedir que se causen daños graves al medio marino*”.

⁷⁰ *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* Request for the indication of provisional measures, ICJ, 2006; *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* Request for the indication of provisional measures, ICJ, 2007; *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, ICJ, 2011.

⁷¹ *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)*, ICJ, 1952. En el caso, la CIJ decidió que ambas partes debían asegurarse de no realizar acciones que pudiesen perjudicar los intereses en pugna. Sin perjuicio de lo anterior, González Napolitano advierte que la primera decisión internacional que dispusiera medidas provisionales fue realizada por un tribunal *ad hoc* –el Tribunal Arbitral de San Salvador– en 1907. Asimismo, González Napolitano agrega que el origen formal del instituto se encuentra en la Corte de Justicia Centroamericana (Conf. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., “*Las medidas...*” (*op. cit.*), pp. 7 y ss.).

⁷² *Case concerning questions of interpretation and application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)* ICJ, 1992 y *Case concerning questions of interpretation and application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)* ICJ, 1992.

LaGrand⁷⁴; cuyas sentencias han contribuido notablemente al afianzamiento del derecho internacional en general y al instituto de las medidas provisionales en particular.

Así, el concepto de las medidas provisionales en el ámbito del derecho internacional, junto a sus requisitos y su finalidad, han sido analizados por González Napolitano en los siguientes términos: “*Las medidas provisionales en la jurisdicción internacional son aquellas acciones o abstenciones dispuestas por los jueces y árbitros internacionales prima facie competentes en un asunto, en caso de urgencia, con el fin de preservar los derechos de las partes contendientes o los bienes en litigio, así como la eficacia del propio proceso, incluyendo la protección de los medios de prueba y las personas a él vinculadas, o de impedir que se agrave o extienda la controversia, estando pendiente la sentencia final*”⁷⁵.

La autora sostiene que los principales requisitos para el otorgamiento de medidas provisionales han sido analizados en los casos de la CIJ ya referidos y que consisten en “*(...) la existencia de un derecho a proteger en conexión con la causa principal, el peligro en la demora y la existencia prima facie de una base de jurisdicción*”⁷⁶.

En consecuencia, el objeto de las medidas provisionales radica generalmente en mantener un estado u orden del bien objeto de la controversia y su finalidad consiste en “*(...) asegurar el resultado de la sentencia final, garantizar su eficacia y efectividad, lo cual se logra, en líneas generales, manteniendo provisionalmente el statu quo existente entre las partes litigantes al momento de su dictado, o bien volviendo al statu quo existente al momento en que surgió la controversia o en que el derecho de alguna de las partes fue violado*”⁷⁷.

⁷³ *Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Request for the indication of provisional measures, ICJ, 1998.

⁷⁴ *Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Germany v. United States of America)*, Request for the indication of provisional measures, ICJ, 1999.

⁷⁵ GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., “*Las medidas...*” (*op. cit.*), p. 9.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 66. Además del Tribunal de Hamburgo, otros tribunales internacionales como el CIADI (con sus particularidades propias), permiten la adopción de medidas provisionales a pesar de no ser en definitiva el tribunal que entienda en el fondo del asunto.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 10.

VI.b) Indicación de medidas provisionales por la CIJ en asuntos de asistencia consular

Como ya hemos adelantado, en el caso *Breard* la CIJ sostuvo que existía una disputa ente EEUU y Paraguay sobre el remedio requerido a raíz del incumplimiento de sus obligaciones por parte del primero y que, en virtud de lo estipulado en el artículo 1 del Protocolo Opcional, era competente *prima facie* para tratar el caso. Asimismo, interpretó que, de conformidad con el artículo 41 del Estatuto, la inminente ejecución de *Breard* era un hecho de extrema gravedad que haría imposible el remedio solicitado por Paraguay y determinó por unanimidad que los EEUU debían tomar todas las medidas a su disposición para que *Breard* no fuera ejecutado indicando las siguientes medidas provisionales:

*“The United States should take all measures at its disposal to ensure that Angel Francisco Breard is not executed pending the final decision in these proceedings, and should inform the Court of all the measures which it has taken in implementation of this Order”*⁷⁸.

Como consecuencia de ello, el Secretario de Estado de EEUU requirió al Gobernador de Virginia el aplazamiento de la ejecución. Tal como mencionáramos anteriormente, el gobernador hizo caso omiso de dicha solicitud e incumplió con la medida provisional, generando así la segunda violación de EEUU al derecho internacional en el caso (más adelante nos referiremos a las características propias de un Estado republicano y federal)⁷⁹. Según Shelton, las medidas y sentencias en el caso *Avena* confirman las bases legales ya expuestas en *Breard* y ampliado en el caso *LaGrand*. Por ejemplo, los términos de las medidas provisionales indicadas

⁷⁸ *Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Germany v. United States of America)*, Request for the indication of provisional measures, Order of 3 March 1999, ICJ, 1999. para. 41.

⁷⁹ En la nota dirigida al Gobernador de Virginia, Madeleine Albright manifestó que las medidas provisionales indicadas por la CIJ no eran vinculantes, dejando así latente la ejecución de *Breard*. Esta conducta de las autoridades de los EEUU fue analizada por destacados internacionalistas como el Profesor Louis Henkin, de la Universidad de Columbia. Fuente: HIGHET, Keith “The Emperor’s New Clothes - Death Row Appeals to the World Court? The *Breard* Case as a Miscarriage of (International) Justice”, en ARMAS BAREA, Calixto A. et al. (eds.), *Liber Amicorum ‘In Memoriam’ of Judge José María Ruda*, Kluwer Law International, The Hague, 2000. pp. 443 y ss.

en Avena reflejan la determinación fijada en el caso LaGrand, en el que las medidas provisionales de la CIJ fueron declaradas jurídicamente vinculantes. Con cada caso basado en la CVRC, la CIJ ha analizado cada vez más el procedimiento penal de los EEUU y su práctica, como se refleja en sus repetidas críticas a la norma del *procedural default* y sus consideraciones a los *Miranda warnings*, sugiriendo la ampliación de las mismas para incluir una referencia a los derechos consulares⁸⁰.

VII. Consideraciones sobre la práctica de los Tribunales de los EEUU

En los últimos años, el derecho a la notificación consular y el acceso al cónsul han sido invocados con mayor asiduidad en procesos judiciales locales, regionales e internacionales. En los tribunales de EEUU, el primer asunto que debatió la aplicación del artículo 36 de la CVRC fue *Breard v. Greene*⁸¹ y sus interpretaciones han cambiado desde entonces, pasando de un no reconocimiento de los derechos allí contemplados, a la posibilidad de reclamar los mismos a título personal⁸².

Luego del caso Avena en 2004, los tribunales de EEUU han puesto de manifiesto un historial mixto en la aplicación del fallo a nivel local⁸³. Llegado a este punto, adquiere gran importancia la práctica interna de los EEUU con relación a las apelaciones que realiza el Estado del nacional que envía tendientes a obtener la anulación de las sentencias pronunciadas bajo el incumplimiento del artículo 36 de la CVRC.

Cabe destacar que, inicialmente, la normativa procesal y la práctica judicial en estos tribunales impiden retrotraer la situación procesal de los detenidos con fundamento en la doctrina del derecho interno norteamericano conocida como *procedural default rule*, antes referida, y que imposibilita la anulación de los procesos penales por reclamos a la violación

⁸⁰ SHELTON, Dinah L., *op. cit.*, p. 564.

⁸¹ United States Supreme Court, *Breard v. Greene*, 523 U.S. 371 (1998), 14 April 1998.

⁸² Conf. GÓMEZ ROBLEDÓ, Juan M., "The Vienna Convention on Consular Relations", *United Nations Audiovisual Library of International Law*, disponible online en http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/vccr/vccr_e.pdf

⁸³ Para un estudio detallado del tema véase LE MON, Christopher J., *op. cit.*, pp. 215-236.

de derechos que no hayan sido planteados en los procedimientos judiciales previos a la instancia federal.

Según Le Mon, la relación entre la CIJ y los tribunales nacionales de los EEUU han sido tensas debido al número cada vez mayor de extranjeros acusados en su sistema judicial, en casos en los que se había incurrido en incumplimientos a la CVRC. La mayoría de estas presentaciones se refieren a condenados a la pena de muerte, poniendo en evidencia las falencias en que han incurrido los tribunales de ese país en la observancia del derecho internacional.

El autor analizó el trato otorgado por los tribunales locales de EEUU a los reclamos efectuados en base a la violación del artículo 36 de la CVRC antes y después de la decisión de la CIJ en el caso *Avena* en 2004 para destacar (en esta última etapa) los dos casos más importantes: *Torres v. Oklahoma* y *Medellín v. Dretke*, sugiriendo que, en definitiva, la relación entre la sentencia de la CIJ y los tribunales locales podría ser, de hecho, más efectiva⁸⁴. El escenario previo al caso *Avena* fue analizado por la Corte Suprema de los EEUU, llegando a sostener en 1998 que los tribunales de Estados Unidos podrían negar, con fundamento en el *procedural default rule*, los reclamos basados en una violación al artículo 36 de la CVRC, por ser extremadamente dudoso conceder un recurso sin demostrar que dicha violación tuvo un efecto en el proceso⁸⁵.

En el asunto *Breard*, aunque el Tribunal de Apelaciones del Cuarto Circuito emitió una decisión unánime, el Juez Butzner enfatizó la importancia de la CVRC, al sostener que ésta otorga derechos a los individuos en lugar de limitarse a establecer obligaciones para los Estados signatarios. En otras palabras, observó que el derecho de notificación consular y la asistencia pertenecen a los ciudadanos con carácter obligatorio e inequívoco, por cuanto evidencian la importancia del acceso consular por los extranjeros detenidos. Así, Butzner sostuvo que las disposiciones de la CVRC son una Ley del Congreso (*Supremacy Clause*) que debe aplicarse antes de la etapa judicial y es vinculante para los estados de EEUU. También destaca en su voto que la protección otorgada por la CVRC va mucho más allá del caso *Breard*, considerando la situación de los ciudadanos de EEUU dispersos por el mundo, tales como misioneros, voluntarios, profesionales,

⁸⁴ Ibidem, p. 216.

⁸⁵ Conf. *Breard v. Greene*, 523 US 371 (1998). Ibidem, pp. 219-220.

estudiantes, turistas, etc. y que su libertad y seguridad peligrarían si los funcionarios no respetaran la CVRC, considerando el criterio de reciprocidad vigente entre los Estados⁸⁶.

Posteriormente, ante la confirmación de la Corte Federal de Apelaciones que rechazara la petición de *hábeas corpus*, el condenado y su asistencia consular solicitaron sin éxito la suspensión de la ejecución y la revisión de las sentencias anteriores a la Corte Suprema de los Estados Unidos (*writ of certiorari*)⁸⁷.

Le Mon aclara que, al rechazar el reclamo efectuado por Breard, la Suprema Corte de los Estados Unidos no estaba rechazando la aplicabilidad de la CVRC, sino que su sentencia fue una interpretación de su artículo 36.2 a la luz de sus normas internas de procedimiento penal. Así, los EEUU sostuvieron que las razones invocadas no permitían al tribunal apartarse de la doctrina *Teague*⁸⁸. No obstante, luego de analizar distintos puntos sobre la retroactividad de las normas internas y su rechazo en base al *procedural default rule*, la Suprema Corte sostuvo que el reclamo constituye un punto de inflexión que permitiría sortear el obstáculo impuesto por *Teague*⁸⁹, aunque finalmente resolvió por la negativa⁹⁰.

El 3 de marzo de 1999, apenas dos horas antes del momento previsto para su ejecución, Alemania solicitó (en el caso de Walter LaGrand al que ya nos hemos referido), ante la Suprema Corte de EEUU la suspensión

⁸⁶ Conf. CHARNEY, Jonathan I. - REISMAN, W. Michael, *op. cit.*, p. 669.

⁸⁷ El 14 de abril de 1998, la Suprema Corte de Estados Unidos, por una votación de 6-3, negó el recurso de *hábeas corpus* y las peticiones de *certiorari* intentadas por Breard, aplicando la doctrina del “*procedural default*”, ya que, para el Tribunal, Breard debió plantear oportunamente la violación a la Convención de Viena de 1963 ante los tribunales estatales. Cabe destacar que el Departamento de Estado de EEUU presentó un escrito como *amicus curiae* ante la misma instando al rechazo del recurso de *certiorari*. El Tribunal también resolvió que la Convención de Viena de 1963 no otorga a un Estado extranjero el derecho de accionar a fin de revocar una condena penal contra uno de sus nacionales por violación a la notificación consular (Conf. CHARNEY, Jonathan I. - REISMAN, W. Michael, *op. cit.*, pp. 672 y ss). Por su parte, Argentina, Brasil, Ecuador y México (también en carácter de *amicus curiae*) enviaron una nota a la Corte Suprema norteamericana en apoyo a la petición de revisión.

⁸⁸ Es un principio de economía procesal, que en esencia destaca el carácter definitivo de las sentencias y sus garantías.

⁸⁹ Conf. LE MON, Christopher J., *op. cit.*, pp. 219-220.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 221.

de la ejecución y el cumplimiento de las medidas provisionales indicadas ese mismo día por la CIJ para impedirlo.

La Suprema Corte rechazó la petición de Alemania, y el Sr. LaGrand fue ejecutado. Le Mon sostiene que LaGrand fue un caso decisivo en muchos aspectos, ya que ordenó a los EEUU –entre otras cuestiones de singular importancia– tomar todas las medidas a su alcance para asegurarse de que Walter LaGrand no fuera ejecutado en espera de la decisión final⁹¹.

Después de LaGrand, los tribunales federales y estatales de EEUU ignoraron gran parte de la doctrina sentada por la CIJ, sin modificar su interpretación con relación a la CVRC. Le Mon clasifica las decisiones de estos tribunales en cuatro categorías: 1) los que verificaban que la violación de los derechos constitucionales del acusado (generalmente, el derecho a un abogado o el derecho a no auto inculparse) fueran satisfactoriamente protegidos; 2) tribunales que sostenían que la CVRC no creaba derechos individuales y que, por ello, los individuos carecían de legitimación para demandar por violaciones a su artículo 36; 3) quienes continuaban aplicando la *procedural default rule*, ratificando lo resuelto por la Suprema Corte de EEUU en *Breard v. Greene*; y 4) tribunales que establecieron una base muy estricta y extrema en casos en que el acusado alegaba y demostraba el perjuicio causado por el incumplimiento de la CVRC durante el procedimiento y sentencia.

En las dos primeras categorías, la decisión del caso LaGrand ni siquiera fue citada, ni mucho menos discutida. El autor destaca que, sin embargo, un tribunal logró erróneamente referirse a la misma y discutir si los derechos individuales podrían ser planteados por un Estado durante el proceso⁹².

Los que se encontraban en el último grupo sostenían, básicamente, que el procesado debía demostrar que: 1) no sabía de su derecho; 2) se habría valido del mismo de haber sabido, y 3) que el contacto (con el consulado) habría dado lugar a su asistencia. Estas constancias, según esta doctrina, deberían haberse hecho valer en un estado preliminar de la causa, por lo que se establecía una barrera prácticamente imposible de superar⁹³.

⁹¹ Ibidem, pp. 222-223.

⁹² Ver *Bell v. Commonwealth*, 563 S.E. 2d 695, at 706 (Va. 2002). Ibidem, p. 224, nota 47.

⁹³ Ibidem, pp. 224-225.

Sin embargo, un tribunal federal de distrito consideró que en el caso LaGrand se analizó la aplicabilidad de la *procedural default rule* y la cuestión de los derechos individuales en virtud de la CVRC, concluyendo que el artículo 36 debatido creaba derechos individuales que debían ser respetados⁹⁴. Le Mon sostiene que aquel tribunal procuró ajustar su sentencia a Breard y LaGrand y que, al hacerlo, permitió establecer que, con base en una violación de la CVRC, la persona podía demostrar que sus derechos fueron violados y que dicha violación afectó al proceso o a la sentencia⁹⁵.

Asimismo, el autor interpreta que, luego de los seis años transcurridos entre las sentencias de Breard y Avena, la atención se ha desplazado hacia los tribunales internos de EEUU, que son los llamados a tener en cuenta los principios sentados por la CIJ en los referidos casos. Así, encuentra que varios tribunales de Estados Unidos se han negado a aplicar la doctrina *Avena*, llegando incluso a ignorar la existencia de la sentencia (y hasta el caso LaGrand). Asimismo, agrega que otros tribunales han señalado su conocimiento de la sentencia *Avena*, pero manifiestan que el acusado no pudo demostrar un perjuicio resultante de la violación al artículo 36 de la CVRC⁹⁶.

En el plano interno, la implementación de la doctrina *Avena* fue posteriormente analizada por la Corte de Oklahoma en el caso de Osbaldo Torres Aguilera Netzahualcóyod (uno de los ciudadanos mexicanos en el caso Avena), quien, detenido en julio de 1993 y acusado de cometer dos asesinatos durante un robo, no fue informado de sus derechos conforme al artículo 36 CVRC, fue declarado culpable y condenado a muerte. Los esfuerzos realizados en la Corte Federal para anular la condena y su sentencia por la violación de la CVRC no tuvieron éxito. Cabe destacar que, por otra parte, Torres había presentado una petición de clemencia ante la Junta de Perdón y Libertad Condicional de Oklahoma⁹⁷.

⁹⁴ Ver *United States ex rel. Madej v. Schomig*, 223 F. Supp. 2d 698 (N.D.III, 2002). *Ibidem*, p. 225, nota 53.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 225.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 226-227.

⁹⁷ MURPHY, Sean D., "Contemporary Practice of the United States relating to International Law" *American Journal of International Law*, Vol. 98, No. 3 (Jul., 2004), pp. 579-582.

El 8 de mayo de 2004, esta Junta recomendó el indulto para Torres y finalmente el 13 de mayo el Gobernador conmutó la pena de muerte a la que había sido condenado Torres por la de prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional. Ese mismo día, la Corte de Apelaciones en lo Criminal de Oklahoma ordenó (por un voto de 3 a 2) la suspensión de la ejecución y dispuso remitir el caso a una audiencia de pruebas para determinar si Torres se había visto perjudicado por la violación a la CVRC. Es interesante destacar que, al explicar la importancia del caso *Avena*, el Juez Charles S. Chapel sostuvo que la propia CVRC no especifica un mecanismo de aplicación en estos casos y que, por otra parte, todos los tribunales estatales o federales tienen en cuenta esta Convención, sosteniendo que es vinculante para todas las jurisdicciones dentro de los EE.UU, incluyendo a sus distritos y territorios. También agrega que EEUU debe respetar los términos de la CVRC y el Estado de Oklahoma se encuentra a su vez obligado en virtud de la *Supremacy Clause*⁹⁸.

El mismo magistrado interpretó que su Tribunal debía aplicar el tratado en sí, y que se encontraba compelido a dar entera fe y crédito a la decisión del caso *Avena*, pero aclaró que ello no implicaba, en modo alguno, sugerir que la CIJ poseyera jurisdicción sobre el mismo⁹⁹.

Posteriormente, y con base también en el caso *Avena*, en mayo de 2005 la Suprema Corte de Texas desestimó, en una sentencia dividida, la reconsideración del caso Medellín, quien, como antes se señaló, era un ciudadano mexicano condenado a muerte en Texas sin haber sido informado de su derecho a contactar a su cónsul en virtud de la CVRC¹⁰⁰. Lo interesante del caso es que, a partir de marzo de 2005, el entonces presidente George W. Bush (h) solicitó a las cortes estatales la implementación de la doctrina *Avena*. Ante la solicitud de *writ of certiorari*, el Tribunal desestimó el recurso, destacando la existencia de obstáculos en las leyes procesales de EEUU que impiden revisar los reclamos allí contenidos¹⁰¹.

⁹⁸ Ibidem, pp. 582-584.

⁹⁹ Ibidem, pp. 584.

¹⁰⁰ Medellín v. Dretke, 125, S. Ct. 2088 (2005).

¹⁰¹ CROOK, John R., "Contemporary Practice of the United States relating to International Law" *American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 4 (Oct., 2005), p. 889.

Por su parte, en disidencia, los Jueces Breyer y Stevens (cada uno por separado), sostuvieron que la Suprema Corte de Texas debería haber anulado la sentencia y devuelto el caso para su consideración por el tribunal de grado inferior. Breyer expresó que la solicitud del Poder Ejecutivo y la aplicación directa de la CVRC aceptada jurisdiccionalmente por EEUU en el fallo *Avena*, junto con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas para cumplir sentencias de la CIJ, permitirían sostener que Texas debe acatar la doctrina allí contenida y revisar el caso¹⁰².

Finalmente, en el asunto *Medellín v. Texas*, la Suprema Corte de los EEUU se pronunció el 25 de marzo de 2008, concluyendo que la sentencia de la CIJ no era una ley federal ni era aplicable automáticamente al derecho interno norteamericano, confirmando así la sentencia de la Corte Penal de Apelaciones de Texas, que había condenado a muerte a Medellín¹⁰³.

Ya en 2011, ante la solicitud de reconsideración en el caso *Leal*, la misma Suprema Corte de los EEUU¹⁰⁴ recibió un memorial del Gobierno Federal que solicitaba una prórroga en la ejecución de la pena de muerte, destacando las consecuencias que tendría la misma. Su fundamento no sólo se basaba en las consideraciones expresadas por la CIJ en el caso *Avena*, sino que agregaba las repercusiones que podrían sufrir los ciudadanos norteamericanos en el extranjero (cuestión ya analizada más arriba) y la existencia de un proyecto de ley en el Congreso¹⁰⁵.

El tribunal resolvió el planteo, por mayoría, el 7 de julio de 2011, confirmando la tesis sostenida en *Medellín* y argumentando, entre otras razones, “(...) que el Congreso había tenido suficiente tiempo para dictar una

¹⁰² Ibidem, p. 890.

¹⁰³ *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491 (August 5, 2008). El Sr. Medellín formaba parte de la lista de los 51 mexicanos condenados a muerte que México había presentado en el caso ante la CIJ. La ejecución finalmente se realizó el 5 de agosto de 2008.

¹⁰⁴ Según Sotelo, a diferencia del caso Medellín, dos cosas habían cambiado: el poder ejecutivo de los EEUU (la administración de Barack Obama se encontraba en funciones desde 2009), y se encontraba en tratamiento un proyecto en el Congreso para reglamentar precisamente los derechos de los extranjeros detenidos en los EEUU, considerando el caso “Avena”. Conf. SOTELO, Fernando “Los nuevos paradigmas de la asistencia consular”, *elDial.com*, publicado el 11/08/2011: *elDial.com* - DC167F.

¹⁰⁵ Presentado por el senador Patrick Leahy el 14 de junio de 2011. Su objeto de garantizar el cumplimiento del art. 36 de la CVRC.

ley, y que no prohibiría a un Estado continuar un proceso legal por una legislación no promulgada”¹⁰⁶.

Por su parte, el Departamento de Estado de EEUU, en su práctica posterior, ha aconsejado a las autoridades estatales que respeten su obligación de informar a los extranjeros detenidos sobre sus derechos conforme a la CVRC, facilitando el acceso consular. En síntesis, sostuvo que la Convención debe ser respetada por todas las naciones que han firmado el tratado y por todos los estados de esa nación¹⁰⁷.

Un gran interés despierta la interpretación dada por la Corte Suprema de los EEUU en el caso *Medellín v. Texas*, por cuanto sostuvo que las sentencias de la CIJ no son, en sí mismas, directamente aplicables en el ordenamiento jurídico nacional de los EEUU por ser “(...) incompatible la interpretación del fallo Avena que impone una obligación de resultado para todos los órganos constitutivos de los Estados Unidos, incluido el poder judicial”¹⁰⁸.

En síntesis, creemos que el conjunto de todos estos casos y su evolución no auguran, por lo general, un futuro prometedor en cuanto a la resolución de otros casos pendientes en tribunales de EEUU (con un estado procesal avanzado) y que versan sobre la revisión y reconsideración de situaciones en que se han presentado incumplimientos a la CVRC.

VIII. Conclusiones.

Lo expuesto hasta aquí nos permite sostener que los derechos de defensa en juicio (debido proceso), integridad física y la vida misma, constituyen valores esenciales del ser humano reconocidos ampliamente por el derecho internacional (incluso en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la

¹⁰⁶ La minoría por su parte, señaló el perjuicio que causaría la ejecución de Leal a la política exterior de EEUU, votando por aplazar la misma. Conf. SOTELO, Fernando *op. cit.* eDial.com - DC167F.

¹⁰⁷ Conf. CHARNEY, Jonathan I. - REISMAN, W. Michael, *op. cit.*, pp. 669.

¹⁰⁸ *Medellín v. Texas*, Supreme Court Reporter, vol. 128, 2008, p. 1346. Citado en *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment of 19 January 2009, ICJ, 2009, par. 29 y ss.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, entre otros) cuya protección es encomendada a los cónsules. Los casos analizados evidencian la importancia del cumplimiento del deber de notificación y las serias consecuencias que acarrea su violación cuando se trata de personas detenidas acusadas de delitos graves con posibilidad de ser sentenciadas a pena de muerte.

La vigencia misma de la CVRC depende de la reciprocidad de los Estados y la violación del artículo 36 quebranta la base misma de las funciones consulares, imprescindible para el tratamiento justo de los ciudadanos extranjeros arrestados o detenidos.

Los fallos de la CIJ referidos a la interpretación de las obligaciones contenidas en el artículo 36 de la CVRC, así como la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina de los publicistas, han contribuido notablemente a otorgar relevancia a las disposiciones allí contenidas y a destacar la importancia de que los Estados respeten su aplicación, a fin de garantizar el debido proceso, tal como está reflejado en las convenciones internacionales sobre derechos humanos. Aunque la CIJ, a diferencia de la Corte Interamericana, haya sido renuente a calificar los derechos consulares contenidos en la referida disposición como derechos humanos tal como están identificados en los mencionados tratados, ello no obsta a que haya concluido que la observancia de los deberes consagrados en la CVRC resulta necesaria para garantizar que los extranjeros detenidos puedan gozar de la protección jurídica a que tiene derecho todo individuo, independientemente de su nacionalidad.

El hecho de que todos los casos analizados estén referidos a personas condenadas a la pena capital no carece de significación. Es indudable que la inobservancia del deber de informar de sus derechos al detenido extranjero ha dado motivo a reclamaciones por parte del Estado que envía en otros casos en que la sanción no ha sido la pena de muerte. No obstante, en casos de menor gravedad, es claro que la posibilidad de reparar el daño causado al individuo por la inobservancia de esta obligación resulta más factible de ser reparada, mientras que en el caso de la pena capital la *restitutio in integrum* solicitada por los demandantes en los casos analizados resulta de imposible cumplimiento cuando la pena ya ha sido ejecutada.

Otra circunstancia que no puede dejar de mencionarse es la actitud de los EEUU frente a las demandas y, en particular, a las decisiones de la CIJ, ya sea como medidas provisionales o como sentencia definitiva. Esta posición del gobierno estadounidense ha sido motivo de severas críticas de la comunidad jurídica norteamericana, que ha interpretado que la negativa de ese gobierno a dar cumplimiento a los fallos de la Corte, representa una actitud desafiante del orden internacional, cuando no de desprecio de sus normas¹⁰⁹. Los analistas han llegado a preguntarse si las grandes potencias están exentas de la observancia del derecho internacional, que sería un orden dirigido exclusivamente a quienes carecen de la posibilidad de obviar el cumplimiento de sus normas. Han señalado, en tal sentido, que existe una tendencia en los EEUU, y aún dentro de su comunidad jurídica, a analizar el derecho internacional como un orden jurídico tal como lo interpretan las autoridades y las cortes norteamericanas y no como un sistema que trasciende a ese país y responde a instituciones internacionales específicas, con sus órganos o al menos con sus métodos legislativos y sus tribunales, que son los llamados a interpretar sus disposiciones y a vigilar su observancia.

Debe rescatarse al menos, en la actitud asumida por el gobierno de los EEUU frente a las demandas ante la CIJ, que ese país no ha negado que las obligaciones bajo el artículo 36 fueran precisas y vinculantes. Su divergencia con los actores y con la Corte misma ha consistido, en lo esencial, en una supuesta imposibilidad, conforme a su orden jurídico interno, a dar cumplimiento a las exigencias de la Corte. Su desavenencia también alcanzó a la extensión de la reparación debida por la violación del derecho internacional en que incurrió en los distintos casos planteados. En cuanto a lo primero, tanto la CIJ como la CIDH han sido concluyentes al afirmar que un Estado no puede alegar las disposiciones de su derecho interno para eximirse del cumplimiento del derecho internacional, conforme está consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Es oportuno que ambas Cortes hayan reiterado este concepto, de vital importancia para la vigencia del derecho internacional.

¹⁰⁹ ACEVES, William J., "Murphy v. Netherland" (116 F.3d 97), *American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 4 (Oct., 1998), pp. 87-91; Conf. CHARNEY, Jonathan I. - REISMAN, W. Michael, *op. cit.*, pp. 666-675; y SHELTON, Dinah L., *op. cit.*, pp. 559-566, entre otros.

Reviste igualmente importancia que la CIJ, en el caso LaGrand, se haya pronunciado por primera vez, de forma concluyente, sobre la obligatoriedad de las medidas provisionales, cuestión hasta entonces motivo de controversias doctrinales y jurisprudenciales. Esta clara posición de la Corte otorga jerarquía a sus decisiones provisionales y augura un mejor cumplimiento de las mismas por parte de los litigantes. Es indudable que la observancia de estas medidas por EEUU (indicando la suspensión de un condenado), resultaba esencial para la salvaguardia de los derechos de las partes en la litis. Lamentablemente, los EEUU optaron por ignorar el mandato de la Corte, aun cuando el Ejecutivo federal haya efectuado una tibia apelación a postergar la ejecución ante el gobernador del Estado en el que el individuo había sido condenado.

Actualmente, la CVRC constituye la clave de todo arreglo de controversias en materia consular y a lo largo de estas líneas hemos destacado –de entre las distintas regulaciones que brinda este tratado– la importancia de la notificación consular, toda vez que los funcionarios del Estado que envía no pueden efectuar la protección y la asistencia requerida por el nacional si las autoridades del Estado local no cumplen cabalmente con el referido artículo 36.

Por ello, destacamos no sólo como trascendente la notificación al extranjero de sus derechos, sino que, una vez solicitada por éste la comunicación con su cónsul, ésta debe realizarse sin demora por las autoridades del Estado que recibe.

Finalmente, este tipo de situaciones son apremiantes en sí mismas, haciendo de la situación de un extranjero privado de su libertad una cuestión de particular importancia, dado que el aviso por parte de las autoridades locales es esencial para el inicio de la asistencia y protección consular. Lo importante de este debate es que, a partir de 1998, la CVRC comenzó a ser analizada e interpretada con mayor profundidad por la doctrina especializada. Un renovado ímpetu se presentó en 2004 y 2009 con la doctrina *Avena*, con resultados –por el momento– poco alentadores en los tribunales norteamericanos, pero que empieza a generar grietas en sus argumentos basados en la *procedural default rule*.

En definitiva, la dialéctica entre los fallos de los tribunales de los EEUU y las decisiones de los tribunales internacionales, junto con la

doctrina de los publicistas, ha generado una dinámica en la correcta interpretación de la normativa de la CVRC, en cuanto al tema que nos ocupa, que se encuentra en pleno desarrollo y, a nuestro criterio, aún lejos de su culminación.

Bibliografía:

- ACEVES, William J., “Murphy v. Netherland” (116 F.3d 97), *American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 4 (Oct., 1998), pp. 87-91.
- BEKKER, Peter - HIGHET, Keith, “International Court of Justice Orders United States to Stay Execution of Paraguayan National in Virginia”, *American Society of International Law ASIL Insights*, April 1998.
- BIDART CAMPOS, Germán, “La pérdida de la nacionalidad argentina nativa es inconstitucional”, en *El Derecho*, Tomo 84, p. 895.
- CAHIER, Philippe, *Derecho Diplomático Contemporáneo*, Railp, Madrid, 1965.
- CROOK, John R., “Contemporary Practice of the United States relating to International Law” *American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 4 (Oct., 2005).
- CHARNEY, Jonathan I. - REISMAN, W. Michael, “The Facts”, *American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 4 (Oct., 1998), pp. 666-675.
- DE FARAMIÑAN GILBERT, Juan Manuel, “Las reformas pendientes del estatuto del Tribunal Internacional de Justicia a la luz de las transformaciones de la comunidad internacional,” en ARMAS BAREA, Calixto A. et al. (eds.), *Liber Amicorum ‘In Memoriam’ of Judge José María Ruda*, Kluwer Law International, The Hague, 2000. pp. 405-420.
- HIGHET, Keith, “The Emperor’s New Clothes - Death Row Appeals to the World Court? The Breard Case as a Miscarriage of (International) Justice”, en ARMAS BAREA, Calixto A. et al. (eds.), *Liber Amicorum ‘In Memoriam’ of Judge José María Ruda*, Kluwer Law International, The Hague, 2000. pp. 435-456.
- GOLDIN, Ian; CAMERON, Geoffrey & BALARAJAN, Meera “*Exceptional People: How Migration Shaped Our World and Will Define Our Future*”, Princeton University Press, 2011.
- GÓMEZ ROBLEDÓ, Juan M., “The Vienna Convention on Consular Relations”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*, disponible online en http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/vccr/vccr_e.pdf
 - “El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. V, 2005, pp. 173-220, disponible online en <http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/derint/cont/5/art/art6.htm>

- GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *Las medidas provisionales en el derecho internacional ante las Cortes y Tribunales Internacionales*, UBA-La Ley, Buenos Aires, 2004.
 - “¿Es la información sobre la asistencia consular un derecho humano? Los últimos pronunciamientos internacionales en relación con el artículo 36 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares”, *La Ley*, 2001-C, pp. 1041 y ss.
 - “La importancia de las medidas provisionales en las controversias relativas a la pesca” en *La gestión de los Recursos Marinos y la Cooperación Internacional: Actas del seminario*, Santiago de Chile, 22-23 de marzo de 2004 [Ángela Del Vecchio, (ed.), Rome, Instituto Italo-Latino Americano, 2006], pp. 169-175.
- GRESH, Alain y otros, *El Atlas de Le Monde Diplomatique III*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2009.
- JUSTE RUIZ, José, “La Solución de Controversias en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar” en *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución* [Coordinador: Valentín Bou Franch] Tirant, Valencia 2005.
- LE MON, Christopher J., “Post-Avena application of the Vienna Convention on Consular Relations by US Courts”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, No. 2, 2005, pp. 215-236.
- MUÑOZ JUMILLA, Alma Rosa, “Efectos de la globalización en las migraciones internacionales”, *Papeles de Población*, julio-septiembre, número 33, Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, 2002, Disponible online en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/112/11203301.pdf>
- MURPHY, Sean D., “Contemporary Practice of the United States relating to International Law” *American Journal of International Law*, Vol. 98, No. 3 (Jul., 2004), pp. 579-584.
- PROFFEN, Germán Edmundo, “Controversias ante la Corte Internacional de Justicia originadas en el incumplimiento del deber de notificación consular”, Tesis disponible en la biblioteca del Instituto del Servicio Exterior de la Nación (ubicación T/2002126), marzo de 2003.
- PODESTA COSTA, L. A. y RUDA, J. M., *Derecho Internacional Público*, 5º Ed., Tea, Buenos Aires, 1979.
- REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- ROUSSEAU, Charles, *Derecho Internacional Público*, 3º Ed., Ariel, Barcelona, 1966.

- SCHMALENBACH, Kristen, 'Ahmadou Sadio Diallo Case (Republic of Guinea V. Democratic Republic of the Congo)', en Wolfrum, R., Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford, 2012. Disponible online en <http://www.mpepil.com>
- SHELTON, Dinah L., "Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States)", *American Journal of International Law*, Vol. 98, No. 3 (Jul., 2004), pp. 559-566.
- SORENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, 5º Ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- SOTELO, Fernando, "Los nuevos paradigmas de la asistencia consular", *elDial.com*, publicado el 11/08/2011: elDial.com - DC167F.
- TURNER, James A., "The Post-Medellin Case for Legislative Standing", American University Washington College of Law. http://digitalcommons.wcl.american.edu/stusch_lawrev/20/
- VILARIÑO PINTO, Eduardo, *Curso de Derecho Diplomático y Consular*, 3º Ed., Tecnos, Madrid, 2007.

Jurisprudencia:

- *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)*, Judgment of 27 August 1952, ICJ, 1952.
- *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, Judgment of 6 April 1955, ICJ 1955.
- *Case concerning the Viena Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Request for the indication of provisional measures, Order of 9 April 1998, ICJ, 1998.
- *Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Order of 10 November 1998, ICJ, 1998.
- *Case concerning the Viena Convention on Consular Relations (Germany v. United States of America)*, Request for the indication of provisional measures, Order of 3 March 1999, ICJ, 1999.
- *Case concerning the Viena Convention on Consular Relations (Germany v. United States of America)*, Judgment of 27 June 2001, ICJ, 2001.
- *Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 5 February 2003, ICJ, 2003.

- *Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment of 31 March 2004, ICJ, 2004.
- *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 16 July 2008, ICJ, 2008.
- *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment of 19 January 2009, ICJ, 2009.
- *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Judgment of 30 November 2010, ICJ, 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal (OC-16/99), 1º de octubre de 1999.

Documentos:

- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, Viena, 24 de abril de 1963.
- Protocolo Facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares sobre la Adquisición de Nacionalidad, Viena, 24 de abril de 1963.
- Protocolo Facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares sobre la Jurisdicción Obligatoria para la Solución de Controversias, Viena, 24 de abril de 1963.
- United Nations Conference on Consular Relations Vienna, 4 March - 22 April 1963. Official Records, Volume I: Summary records of plenary meetings and of the meetings of the First and Second Committees (A/CONF.25/16).

Links consultados:

- <http://www.un.org/>
- <http://www.icj-cij.org/>
- <http://www.corteidh.or.cr/>
- <http://www.asil.org>
- <http://treaties.un.org>

APUNTES SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO, EL *ONUS
PROBANDI*, Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA
EN EL CASO AHMADOU SADIO DIALLO

*Hortensia D.T. Gutierrez Posse**

SUMARIO

Introducción. 1. Los principios generales de derecho. 2. El *onus probandi*. 3. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Algunas reflexiones finales

INTRODUCCIÓN

El 30 de noviembre de 2010 la Corte Internacional de Justicia dictó sentencia en el caso Ahmadou Sadio Diallo, iniciado por la República de Guinea contra la República Democrática del Congo. En la memoria la actora sostuvo que la accionada había incurrido en serias violaciones del derecho internacional contra un nacional suyo, residente en la República Democrática del Congo, alegando, entre otras conductas, el arresto arbitrario, la detención y la expulsión del país.

La Corte señaló que al no haber acuerdo entre las partes en relación con los hechos relativos a tales medidas, que se habrían tomado contra Diallo en 1995 – 1996, debía referirse en primer lugar a la cuestión de la carga de la prueba. En ese sentido sostuvo que la máxima *onus probandi incumbit actori* sería el fundamento de una regla general según la cual corresponde a quien invoca un hecho probar su existencia; regla -sostiene el Tribunal- que no es absoluta sino que varía según el tipo de hechos que es necesario establecer a los fines de la decisión del litigio.

Ahora bien, la Corte al decidir una controversia debe aplicar tratados, costumbres y principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. En consecuencia, ante esa afirmación, cabe interrogarse sobre la fuente de derecho a la que acudió para resolver una

* Profesor Emérito – U.B.A.

cuestión que si bien es del ámbito procesal, cual es la de determinar la existencia de un hecho, es sustancial en lo que hace al fondo del litigio puesto que en función de esa determinación corresponderá considerar si ese hecho es internacionalmente ilícito, si su comisión es atribuible al obligado y por ende, si se ha generado su responsabilidad internacional.

En la especie, la Corte, en su decisión sobre la carga de la prueba, sólo hace referencia a una regla y a una máxima. Sin embargo, desde que no se invoca ni un tratado ni una costumbre internacional, sería posible inferir que el sustento se encontraría en un principio general de derecho. Si así fuese, a la luz de la doctrina y de la propia jurisprudencia del Tribunal, quizás podría llegar a establecerse cuál sería ese principio -o principios- y cuál el contenido y alcance.

Con el objeto de encontrar respuestas a estos interrogantes las líneas que siguen han de dedicarse a la consideración de los principios generales de derecho en tanto que procesos autónomos creadores del derecho internacional, intentando determinar su existencia y contenido en materia de carga de la prueba, para analizar, luego, el tratamiento dado a esta cuestión en la jurisprudencia de la propia Corte Internacional de Justicia.

1. Los principios generales de derecho

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, un tratado vinculante para los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas que acudan ante el Tribunal para dirimir sus controversias, pero también para la Corte, establece que al decidir conforme al derecho internacional ésta debe aplicar -a más de los tratados y la costumbre- los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas¹. No obstante el contenido de esta norma, algún autor ha puesto en duda que principios comunes al orden jurídico de las naciones civilizadas realmente existan, teniendo en cuenta para ello antagonismos ideológicos que separarían un sistema legal comunista de uno capitalista o uno autocrático de uno democrático. Así, se argumentaría que, en realidad, la Corte sólo estaría autorizada a aplicarlos si son parte del derecho internacional ya que es conforme a este ordenamiento jurídico que ha de decidir un

¹ Estatuto C.I.J., art. 38. 1. c.).

diferendo; esto es, sin son parte del derecho convencional o consuetudinario². Sin embargo, desde una lectura que podría haberse considerado ‘soviética’ del derecho internacional, se ha afirmado que se trata de normas comunes para los sistemas jurídicos nacionales y para el derecho internacional. Según esta concepción, los principios generales de derecho serían los conceptos jurídicos generales, las reglas lógicas, los procedimientos de la técnica jurídica utilizados al interpretar y aplicar el derecho, tanto internacional como nacional, con abstracción de la estructura social de uno u otro sistema jurídico³.

Ahora bien, si se retraza la historia de esta disposición ha de recordarse que la Comisión redactora del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el que se basa el Estatuto de la Corte actual, entendía por principios generales de derecho los que ya habían sido reconocidos *in foro domestico* por los pueblos civilizados ya que no se quería conceder al tribunal plena libertad para determinar el derecho a aplicar. Se trataría, entonces, de principios fundados en ideas jurídicas generales, aplicables en relaciones entre Estados. La Comisión redactora, a título de ejemplo, mencionaba la buena fe, el abuso de derecho, la cosa juzgada o el principio según el cual *lex specialis derogat generali*. De todo ello resultaría que ni el derecho convencional ni el derecho consuetudinario agotarían el derecho internacional sino que ambos se encontrarían complementados por los principios generales de derecho⁴. Y, desde que en el Estatuto se exige que sean ‘reconocidos’, es indudable que han de formar parte del derecho positivo⁵.

² Kelsen, H., *Principios de derecho internacional público*, tr. H. Caminos, E. C. Hermida, Buenos Aires, El Ateneo 1965, pp. 259 y sigs. y 335 y sig. y la crítica a esta concepción, en función de su empleo como fuente directa de larga data, comportando una práctica antigua y constante al menos desde el siglo XVIII que tan sólo fue codificada en el Estatuto de la C.P.J.I, en Nguyen Quoc, D, Daillier, P. y Pellet, A., *Droit International Public*, 3ème. éd., Paris, L.G.D.J., 1987, pp. 316 y sigs.

³ Tunkin, G., *Curso de derecho internacional*, tr. F. Pitn, Moscú, Editorial Progreso, 1980, t. 1, pp. 78 y sigs. donde se ejemplifica afirmando que entre tales normas figuran, por ejemplo, las locuciones *lex specialis derogat generali*, *lex posterior derogat priori*, *nemo plus juris transfere potest quam ipse habet*, etc.

⁴ Verdross, A., *Derecho internacional público*, tr. de la 3ª. ed. Truyol y Serra, A., Madrid, Aguilar, 1961, pp. 123 y sigs.

⁵ Delbez, L., *Les principes généraux du droit international public*, 3ème. éd., Paris, L.G.D.J., 1964, pp. 48, donde el autor señala que a su juicio se originan en el derecho interno, son aceptados por la conciencia universal y representan un *jus gentium* en tanto que un derecho nacional uniforme para las naciones civilizadas.

Lo cierto es que estos principios comunes a la mayoría de las legislaciones, que constituyen un patrimonio jurídico común a todos los países civilizados, han sido aplicados de larga data, primero por tribunales arbitrales, buscando analogías con el derecho interno, y luego por la Corte Permanente de Justicia Internacional y aún por la Corte Internacional de Justicia que por esta vía admitió medios de prueba indirectos o afirmó la autoridad de la cosa juzgada. Se trataría, entonces, de principios reconocidos por la autoridad social lo que sería signo de un derecho positivo⁶.

A ese fundamento social se le ha agregado un carácter racional para concebir a los principios generales de derecho como una fuente independiente de los tratados y de la costumbre, constituyendo una base jurídica común que por su reconocimiento *in foro domestico* por las naciones civilizadas les otorga la naturaleza de derecho que no autorizaría a entender que se trataría de una simple aspiración hacia una organización, considerada deseable, del ordenamiento jurídico. La determinación de estos principios no se centraría en una transferencia de elementos del derecho interno al derecho internacional, sino que consistiría en extraer de la convergencia la existencia de un principio que explicaría necesidades sociales comunes con el objeto de verificar si esas necesidades se encuentran también en el orden internacional y por ende justifican la aplicación del mismo principio en función de aspectos destacables del ordenamiento jurídico tales como la justicia o la equidad⁷.

⁶ Cavaré, L., *Le droit International public positif*, Paris, Pedone, 1967, t. I., pp. 240 y sigs., donde se incluyen las citas de los tribunales que se mencionan; en particular, C.I.J., caso del *Canal de Corfú*, *Recueil*, 1949, p. 18 y opinión consultiva sobre los *Efectos de las sentencias del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas*, *Recueil* 1954, p. 53, y Abi-Saab, G., "Les sources du droit international: essai de déconstruction", en *El derecho internacional en un mundo en transformación, Liber Amicorum en homenaje al Profesor Eduardo Jimenez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, pp. 29 y sigs., quien sostiene que tanto los principios generales de derecho como los tratados o la costumbre no surgen en un vacío social ya que en la mayoría de los casos se trata de un crecimiento progresivo e imperceptible a través de un surgimiento de nuevos valores en la sociedad, de nuevas ideas, que cada vez son más imperativas en la conciencia social al extremo de dar lugar a un sentimiento social irresistible en el sentido de que han de ser sancionados y protegidos por la norma.

⁷ De Visscher, Ch., *Théories et réalités en droit international public*, 4ème. ed., Paris, Pedone, 1970, pp. 419 y sigs., en donde el autor ejemplifica con la aplicación de la máxima *in adimplenti non est adimplendum* en el caso de *Prises d'eau de la Meuse*, C.P.J.I., Série A/B,

La referencia a la existencia de estos principios en el ámbito interno de las 'naciones civilizadas' estaría directamente vinculada al hecho de que se trata de principios generales del derecho romano que pasaron a constituir un 'derecho común' para muchos países europeos hasta inicios del siglo XVIII como una especie de base jurídica uniforme entre los países y en sus ordenamientos nacionales. Así, muchas normas del derecho internacional general se plasmaron bajo la influencia de ciertos principios generales de la vida jurídica de las sociedades nacionales; en particular, las más directamente influenciadas por las tradiciones del derecho romano. Sin embargo, el hecho de que al presente muchos de ellos hayan pasado a tener la naturaleza de normas convencionales o consuetudinarias no les ha restado importancia en tanto que fuentes autónomas del derecho internacional⁸.

En este enfoque histórico de la inclusión de los principios generales de derecho como una de las fuentes a aplicar, primero por la Corte Permanente de Justicia Internacional y luego por la Corte Internacional de Justicia, se suele evocar a las figuras del representante americano Root y del barón belga Descamps, quienes consideraban que constituían la manifestación concreta en el derecho internacional de la idea de 'derecho natural'. De este modo, la expresión 'naciones civilizadas' reflejaría la idea de los fundadores del derecho internacional y de sus glosadores en el sentido de que este derecho sólo se aplicaría a ciertas colectividades estadales; las colectividades 'cristianas' u 'occidentales' o 'europeas'; esto es, en las relaciones entre estos países civilizados en tanto que por lo demás se regirían por la fuerza y no por el derecho. Sin embargo, aún desde este punto de vista, se agrega que al presente se admite que la referencia es a los principios reconocidos por los Estados en tanto que tales. Es decir, que se trataría de los principios comunes a los grandes sistemas de derecho contemporáneo aplicables al ordenamiento internacional, pudiendo referirse tanto al derecho de fondo como al procesal y en algún sentido podrían constituir una base para el desarrollo del derecho internacional, permitiendo

n° 70, pp.49-50 y pp.76-77 en razón de que la equidad no permite a una parte exigir la ejecución de un contrato que no está dispuesto a ejecutar o que ha violado.

⁸ Giuliano, M., Scovazzi, T., y Treves, T., *Diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè Editore, 1983, T. I, pp. 251 y sigs., en donde los autores citan a Lord Phillimore en el Comité consultivo de juristas que preparó el proyecto del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional al precisar que la expresión se refería a los principios generales reconocidos *in foro domestico* por las naciones civilizadas.

adaptarlo a nuevas necesidades de la sociedad internacional y quizás, también, llenar lagunas⁹.

Sin embargo, aún desde el enfoque histórico, ha de recordarse que la propuesta inicial del baron Descamps en el Comité de Juristas encargado de redactar el proyecto de Estatuto para la Corte Permanente de Justicia Internacional se refería a las reglas de derecho internacional reconocidas por la conciencia legal de los pueblos civilizados, lo que comportaba una clara referencia a un derecho natural. Root, en cambio, consideraba que los Gobiernos desconfiarían de un tribunal que se basase en el concepto subjetivo de principios de justicia. El Comité, como tal, habría percibido que la Corte debía tener una cierta capacidad de desarrollar y pulir principios de jurisprudencia internacional. A la luz de todo ello, una propuesta conjunta de Root y Lord Phillimore, quienes consideraban que se trataba de normas aceptadas en el derecho interno de los Estados civilizados, fue aceptada y el texto se adoptó tal como aparece al presente en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En un intento de explicar su aplicación por los tribunales internacionales se ha sostenido que éstos emplean elementos del razonamiento legal y analogías del derecho privado en modo a hacer del derecho internacional un sistema viable a ser aplicado en un procedimiento judicial, concluyéndose que quizás el uso más frecuente de los principios generales de derecho se dé en el ámbito de la prueba, el procedimiento y otras cuestiones jurisdiccionales¹⁰.

Lo cierto es que con la redacción dada al artículo 38 párrafo 1. c) del Estatuto no se habilita a los jueces a crear derecho puesto que sólo han de aplicar aquellos principios que ya han sido reconocidos, verificando su existencia en los ordenamientos internos. En ese sentido se ha sostenido que ciertos principios podrían llegar a tener un carácter transitorio, en cuanto una aplicación cumplida con conciencia de obligatoriedad les otorgaría -a más- el carácter de norma consuetudinaria, en tanto que en materias nuevas

⁹ Carreau, D., *Droit International*, Paris, Pedone, 1986, pp.265 y sigs., donde el autor ejemplifica expresando que los ámbitos a los que generalmente se aplican están referidos a las reglas de interpretación de los tratados -similares a las de interpretación de los contratos-, a la responsabilidad internacional -tanto en la obligación de reparar como en el alcance de la indemnización-, a la administración de justicia-el juez es juez de su propia competencia, no puede fallar *ultra petitia*, no puede ser juez y parte, el que afirma prueba -*actori incumbit probatio*-, las decisiones deben ser motivadas, los jueces han de ser independientes.

¹⁰ Brownlie, I., *Principles of Public International Law*, 2nd. ed., Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 15 y sigs.

del derecho internacional o en nuevos tipos de relaciones entre sujetos del derecho internacional los ámbitos internos darían respuestas aplicables por analogía desde que en general los sistemas jurídicos estaduales ya las habrían elaborado para problemas similares¹¹. En todo supuesto podría llegar a considerarse que la norma en cuestión brindaría una herramienta para decidir situaciones que, de otro modo, se presentarían como *non-liquet*, siendo el Tribunal quien goza de la capacidad de determinar los principios de derecho interno que fuesen aplicables en un caso dado¹². En esa línea de pensamiento también se ha sostenido que en realidad tienen el carácter de fuente subsidiaria o supletoria en el sentido de que sólo habrán de ser aplicados por la Corte si una solución específica al caso llevado a su conocimiento no puede encontrarse en las normas convencionales o consuetudinarias¹³. Sin embargo, tal carácter se ha rechazado con la sola invocación para ello del propio texto del artículo 38, cuya redacción no autorizaría dicha conclusión aún cuando hubiese estado en la mente de los redactores del proyecto de Estatuto para la Corte Permanente evitar el *non-liquet*, confiando a los jueces internacionales actuar como comparatistas para determinar la existencia de una suerte de sentido común a las normas internas que más allá de disparidades obedecería a una lógica o a exigencias de carácter universal¹⁴.

2. El *onus probandi*

Los principios generales de derecho, en tanto que procesos autónomos de creación del derecho internacional a ser aplicados por la

¹¹ Nguyen Quoc, D, Daillier, P. y Pellet, A., *Droit International Public*, 3ème. éd., Paris, L.G.D.J., 1987, pp. 316 y sigs.

¹² Shaw, M. N., *International Law*, 2nd. ed., Cambridge, Grotius Publications Limited, 1986, pp. 81 y sigs.

¹³ Abi-Saab, G., "Les sources du droit international: essai de déconstruction", en *El derecho internacional en un mundo en transformación, Liber Amicorum en homenaje al Profesor Eduardo Jimenez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, pp. 29 y sigs.

¹⁴ Dupuy, P-M., *Droit international public*, 2ème. éd., Paris, Dalloz, 1993, pp. 241 y sigs., donde se expresa que un examen de la jurisprudencia judicial y arbitral permite constatar que el recurso a estos principios, en general, se refiere a reglas propias de una sana administración de justicia; tales como determinación de los términos de la litis o de la función judicial -nadie puede ser juez y parte en causa propia-, distinción entre competencia y admisibilidad, igualdad de las partes en el proceso, carga de la prueba, empleo de la prueba y pruebas indirectas.

Corte Internacional de Justicia, serían, en función de lo sostenido por la mayoría de la doctrina, conceptos jurídicos generales de carácter universal que se reconocen *in foro domestico* y provienen de máximas del derecho romano¹⁵. Si se acepta que su uso más frecuente se da en cuestiones que hacen a una sana administración de justicia, tales como las referidas a la prueba¹⁶, resulta interesante detenerse en este aspecto en particular antes de considerar la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia desde que en el caso que da lugar a esta presentación -el caso *Diallo*- el Tribunal hace expresa referencia a la aplicación de lo que denomina 'regla' y a lo que en su opinión sería su fundamento, esto es -dice la Corte- la 'máxima' *onus probandi incumbit actori*.

Ahora bien, la finalidad de la actividad probatoria en el proceso en justicia -sea éste interno o internacional- consiste en crear la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de hechos conducentes que han sido afirmados puesto que un tribunal no puede en su sentencia referirse a otros que aquéllos que han sido alegados por las partes¹⁷, siendo su función evaluar las pruebas -en el respeto de la igualdad en el trato a actor y demandado- para llegar a una decisión. Es decir que lo referido a la prueba concierne tanto al derecho procesal como al de fondo puesto que una teoría de la prueba constituye un mero capítulo de la lógica aplicada en función de la cual la sentencia supone la determinación previa de la existencia o inexistencia de un hecho sobre el cual recae la aplicación de la ley.

Así, la prueba implica una confrontación o verificación; la verificación o confrontación de las afirmaciones de cada parte con los elementos de juicio suministrados por ella y su adversaria para acreditar o invalidar dichas afirmaciones¹⁸. En ese sentido, y a la luz de máximas del derecho romano, no sólo de la invocada en este caso por la Corte

¹⁵ Ripert, "Les règles du droit civil applicables aux rapport internationaux", *R.C.A.D.I.*, 1933-II, pp. 646 y sigs.

¹⁶ Brownlie, I., *Principles of Public International Law*, 2nd. ed., Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 15 y sigs.; Dupuy, P-M., *Droit international public*, 2ème. éd., Paris, Dalloz, 1993, pp. 241 y sigs; entre otros.

¹⁷ *Secundum allegata et proba*, máxima que en el Estatuto de la C.I.J. se codifica al establecer que los fallos han de ser motivados y fundados en derecho internacional al decidir la Corte las controversias que le sean sometidas; conf., arts. 38, 56 y concordantes.

¹⁸ Dellepiane, A., *Derecho Procesal - Nueva teoría general de la prueba*, Buenos Aires, 4ª. ed., Valerio Abeledo, Editor, 1939, pp.13, 20, 37 y sigs.

Internacional de Justicia, resultaría que el actor debería probar su pretensión en tanto que el demandado sus defensas. Si bien en ese ámbito se establecería *actor incumbit onus probandi* la máxima se completaría expresando *excipiendo reus fit acto*¹⁹ lo que implica que en realidad *neccesitas probandi incumbit ei qui agit* sin perjuicio de que *actore non probante, reus absolvitur*. En realidad, siempre al estar a todas estas máximas en una lectura armónica, la carga de la prueba no necesariamente recaería sobre el actor sino sobre la parte que afirma un hecho -y no sobre la que genéricamente se limita a negarlo- conclusión a la que se llegaría con sólo recurrir a la máxima que expresa *ei incumbit probatio ei qui dicit, non ei qui negat* o *negativa non sunt probanda*. Esto es, que la carga de probar la tiene quien afirme un hecho, presupuesto jurídico de la norma que invoque a su favor, independientemente de que se trate de quien tiene el papel de actor o de quien tiene el de demandado en el proceso²⁰.

De este modo se ha sostenido que si bien para el derecho clásico romano en general se expresaba *onus probandi incumbit actori*, ello era así porque es el actor quien comúnmente afirma pero que en realidad las leyes eran *Ei incumbit probatio, qui dicit; non qui negat* y *Factum adseverans, onus subiit probationis* en un sistema de perfecta igualdad civil, sea quien fuese el actor o quien el demandado²¹. En la edad media este derecho fue retomado en escuelas italianas, francesas y en España -en particular- en las *Siete Partidas* de Alfonso el Sabio.

En consecuencia, de todas estas máximas podría extraerse un concepto general, que tendría el carácter de una regla de lógica jurídica, según el cual las partes en un proceso han de tener la carga de probar los hechos afirmados, constitutivos del derecho cuyo reconocimiento se pretende o de las defensas que se alegan, siempre que no hayan sido

¹⁹ De Vicente y Caravantes, J., *Tratado Histórico, Crítico filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig, Editores, 1856, t. 2º, p.127.

²⁰ Palacio, L. E., *Derecho Procesal Civil – Actos Procesales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1977, t. IV, pp. 361 y sigs.

²¹ Ley 2, *de prob. et praes.* XXII, D. y ley 10, *de non num. pec.* IV, 30, C., respectivamente, citadas en Reynal O'Connor, N., *Tratado de la prueba-Notas teórico-prácticas sobre el juicio ordinario-De la prueba en general*, La Plata, Talleres gráficos "La popular", 1907, t. IV, pp. 68 y sigs., quien agrega que la norma se mantuvo salvo en un breve periodo de la República en el que se tuvo en consideración la moral de las partes para otorgar mayor o menor peso a las afirmaciones según fuese la de una u otra.

admitidos por la contraria²²; y ello, independientemente de que se trate de actor o de demandado. El principio general de derecho sería, así, el que afirma -y no quien niega- prueba, se trate de una u otra parte. De este modo, la carga de la prueba ha de ser un concepto común a ambas y su alcance estará dado por lo que hayan afirmado en sus presentaciones ante el Tribunal ya que el juez ha de decidir teniendo en cuenta los hechos invocados, considerándolos existentes o inexistentes según se hayan acreditado²³. Tan es así, que en lo que hace a la Corte Internacional de Justicia en el Estatuto se establece que el procedimiento tendrá dos fases: una escrita y otra oral, consistiendo esta última en la audiencia que la Corte otorgue a testigos, peritos, agentes, consejeros y abogados, sin hacer ninguna distinción o establecer *a priori* una precedencia entre las partes, sino sólo facultando al Tribunal a adoptar las medidas necesarias a la buena marcha del proceso; inclusive, las referidas a la práctica de la prueba²⁴. Y, si se acepta que el principio general de derecho establece que el que afirma prueba, también estaría recogido en el Estatuto al establecerse que aún en el caso de que una de las partes no comparezca o se abstenga de defender su caso, la Corte está obligada a examinar si la petición está bien fundada en cuanto a los hechos y al derecho.

En síntesis, con sustento en máximas del derecho romano reconocidas *in foro domestico* por los sistemas jurídicos de los Estados en tanto que reglas lógicas de carácter universal, la carga de la prueba recae sobre quien tiene el interés de afirmar un hecho constitutivo de su derecho así como también sobre quien tiene interés en acreditar el invocado como extintivo, impeditivo o modificativo de ese derecho. Ello porque *Iudex indicare debet juxta alligata et probata; quod non est in actis non est de hoc mundo*²⁵. La mera invocación de la máxima *onus probandi incumbit actori* no autoriza a ignorar otra máxima según la cual *reus in exceptione fit actor*, con lo que se corrobora que el principio establecería que la carga de la

²² Alsina, H., *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª. ed., Buenos Aires, Ediar Soc. Anon. Editores, 1961, t. III, pp. 253 y sigs.

²³ Carnelutti, F., *Sistema de derecho procesal civil - composición del proceso*, tr. Alcalá Zamora y Castillo, N. y Sentís Melendo, S., Buenos Aires, Uteha Argentina, 1944, t. II, pp. 94 y sigs., quien expresa que el interés en cuanto a la prueba es bilateral, ya que una vez afirmado un hecho una parte tiene interés en probar su existencia y la otra su inexistencia, siendo para el autor ejemplo de su afirmación la prueba testimonial al admitirse que a las preguntas sigan las repreguntas.

²⁴ Estatuto C.I.J., arts. 43, 48 y concordantes.

²⁵ *Ibid.*, art. 53.

prueba recaería sea sobre quien afirma la existencia de un hecho en el que funda su derecho, sea en el que invoca aquél que impida su constitución, sin que sea la posición de las partes en el proceso la que necesariamente determine a quien corresponde probar sino que -en realidad- habría de tomarse en cuenta lo que en derecho debiese ser probado²⁶. Esto es, que la norma impondría genéricamente a las partes la carga de probar los hechos afirmados en sus presentaciones con prescindencia de que se trate de hechos positivos o negativos y siempre que no hayan sido admitidos por la contraria²⁷.

3. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que su función es decidir conforme al derecho internacional, aplicando para ello, sean tratados, sean normas consuetudinarias, pero también principios generales de derecho. Esto es que, para este Tribunal, los principios generales de derecho -a condición de que hayan sido reconocidos *in foro domestico*- constituyen una de las fuentes del ordenamiento internacional que puede resultar pertinente para la decisión de una controversia que le fue sometida o para emitir una opinión que le ha sido solicitada.

Y así lo ha entendido el Tribunal, aplicando estos principios sea al emitir opinión, sea al dictar un fallo. En la opinión consultiva sobre los *Efectos de las sentencias del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas* expresó que, de conformidad con un bien establecido y generalmente reconocido principio de derecho, una sentencia de un cuerpo judicial es *res judicata* y tiene fuerza obligatoria entre las partes en disputa²⁸. En particular, en lo que hace a la prueba, en el caso del *Estrecho de Corfú*, al referirse a la evidencia circunstancial, señaló que esta evidencia indirecta se admite en todos los sistemas de derecho y su uso es reconocido en decisiones internacionales²⁹.

²⁶ Amerasinghe, Ch. F., *Evidence in International Litigation*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 61 y sigs.

²⁷ Palacio, L. E., *op.cit.*, p. 369.

²⁸ C.I.J., *Recueil 1954*, p. 53.

²⁹ C.I.J., *Recueil 1949*, pp. 4, 18.

Ahora bien, en lo que se refiere a la carga de la prueba, cuestión en la que se centra esta presentación, si bien también fue objeto de pronunciamiento por la Corte, el criterio seguido no parecería ser unívoco en cuanto al alcance que se otorgaría al principio general de derecho según el cual el que afirma prueba o, más bien, lo afirmado -si no reconocido- ha de ser probado, independientemente de que se trate de actor o de demandado y de que el hecho -en sí- sea positivo o negativo.

En efecto, en el caso relativo a las *Fábricas de pasta de papel sobre el Río Uruguay*, invocando anteriores decisiones suyas en las que ya había aplicado del criterio al que aquí se refiere, precisó que el principio *onus probandi incumbit actori* comporta el deber de la parte que afirma ciertos hechos de establecer su existencia, independientemente de que se trate de actor o demandado; y ello, aún cuando se espere que sea el actor quien en primer lugar produzca la prueba que apoye su pretensión, lo cual no implica que el demandado no deba cooperar proveyendo la que esté a su alcance en modo a asistir a la Corte a resolver el diferendo. Y el Tribunal agregó en esa sentencia que por esta vía estaría en condiciones de efectuar su propia determinación de los hechos sobre la base de la prueba presentada y les aplicaría las normas del derecho internacional que fuesen pertinentes³⁰.

Sin embargo, esta clara afirmación del principio general de derecho conforme al cual el que afirma prueba y de la capacidad del tribunal, en función de las evidencias aportadas por las partes al litigio, de tener por acreditados determinados hechos y decidir conforme el derecho que corresponde aplicarles, parecería inicialmente descartarse por la propia Corte en el caso *Diallo*.

En efecto, en esta sentencia, al iniciar las consideraciones referidas a la carga de la prueba, señaló que sería erróneo entender como absoluta y aplicable en toda circunstancia la regla general según la cual la parte que invoca un hecho en apoyo de su pretensión debe probarlo, tal como fue expuesta en su fallo en el caso de las *Fábricas de pasta de papel*. El tribunal sostiene, ahora, que la determinación de la carga de la prueba depende, en realidad, del objeto y de la naturaleza de cada diferendo y varía según el tipo de hechos que es necesario establecer para la solución del litigio. Y agrega que cuando, como es del caso en este litigio, se alega que a una

³⁰ C.I.J., *Recueil* 2010, pp. 50-52.

persona la autoridad pública no le ha dado las garantías procesales a las que tenía derecho, no se puede pretender como regla general que sea el actor quien pruebe el hecho negativo que invoca ya que una autoridad pública, en general, puede encontrarse en condiciones de demostrar que siguió los procedimientos que correspondían y aplicó las garantías debidas, produciendo -para ello- prueba documental. Sin embargo, sigue diciendo la sentencia, si el demandado no puede producir tal prueba, ello no da lugar a inferir que incumplió su obligación; tal conclusión depende en gran medida de la precisa naturaleza de la obligación en cuestión, algunas de las cuales implican la existencia de documentos escritos en tanto que con relación a otras tal no es el caso, debiéndose también tomar en cuenta el tiempo transcurrido desde los hechos en cuestión.

Ahora bien, no obstante la afirmación inicial en esta sentencia de la falta de pertinencia en todo diferendo llevado a su conocimiento de su jurisprudencia anterior sobre la carga de la prueba, la Corte concluye estos considerandos del caso *Diallo* reiterando la afirmación que ya había formulado en el caso de las *Fábricas de pasta de papel sobre el Río Uruguay* en el sentido de que a ella corresponde evaluar toda la prueba producida por las dos partes con el objeto de formar sus conclusiones. Pero expresa, además, que cuando se trata de establecer hechos como los de este proceso, no puede sostenerse que una sola de las partes deba llevar la carga de la prueba³¹.

Para tratar de discernir el alcance que intenta dar el Tribunal en uno y otro proceso a sus afirmaciones sobre la carga de la prueba, que en una y otra sentencia remiten a la regla basada en la máxima *onus probandi incumbit actori*³² -esto es, al principio general de derecho reconocido *in foro domestico*-, resulta interesante detenerse en el resultado al que conducen en uno y otro litigio.

En el caso de las *Fábricas de pasta de papel* la Corte se refirió a la carga de la prueba en relación con violaciones de obligaciones sustanciales impuestas en los artículos 1, 27, 35, 36 y 41 (a) del Estatuto del Río Uruguay y otras normas del derecho internacional alegadas por la

³¹ C.I.J., *Reports 2010*, pp. 21-22.

³² C.I.J., caso de las *Fábricas de pasta de papel sobre el Río Uruguay*, (*Argentina v. Uruguay*), *Reports 2010*, para. 162 y caso *Ahmadou Sadio Diallo*, (*Guinea v. República Democrática del Congo*), *Reports 2010*, paras. 54-56.

Argentina, la que sostenía que dicho tratado imponía, por igual, la carga de la prueba a ambas Partes en el sentido de que una de ellas debía acreditar que la fábrica producía un daño significativo al medio ambiente, en tanto que la otra debía probar que era inocua. La accionada -el Uruguay- rechazó estas alegaciones. La Corte, luego de remitirse a su jurisprudencia en el sentido de que se aplica a ambas partes el principio conforme al cual el que afirma hechos debe probarlos, sostiene que sin embargo en su opinión, del Estatuto mismo no surgía que la carga de la prueba correspondiese por igual a ambas. Sin embargo, el Tribunal agregó que, como en el caso una y otra habían presentado prueba de expertos, era su responsabilidad considerarla cuidadosamente para determinar cuáles hechos eran relevantes y extraer de ello conclusiones cuando fuese apropiado. Por ende, según su práctica, habría de hacer su propia determinación de los hechos sobre la base de la evidencia presentada para luego aplicar las normas pertinentes del derecho internacional a aquéllos que hubiese encontrado que habían existido³³. Efectuado tal análisis, en la sentencia, por 11 votos contra 3, sobre este aspecto de la litis se decidió que la accionada no había violado las obligaciones sustanciales contenidas en los artículos 35, 36 y 41 del Estatuto del Río Uruguay.

En el caso *Diallo* la actora había sostenido que, en lo que hacía a su nacional como individuo, éste había sido detenido el 5 de noviembre de 1995 y permanecido bajo arresto hasta el 10 de enero de 1996 en tanto que la accionada había afirmado que había sido puesto en libertad el 7 de noviembre de 1995 y nuevamente arrestado no antes del 2 de enero de 1996 y puesto en libertad el 10 de enero de 1996. Guinea había alegado, además, que fue re-arrestado el 14 de enero de 1996 hasta ser deportado el 31 de enero de ese año. Al respecto, la República Democrática del Congo había manifestado que permaneció en libertad hasta el 25 de enero de 1996, fecha en que fue detenido para ser expulsado el 31 de enero de ese año. A la luz de estos hechos, la actora sostuvo que la accionada había violado normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y la prohibición del derecho internacional de incurrir en tratos inhumanos y degradantes.

³³ C.I.J., *Reports 2010*, paras. 168-169.

La Corte señaló que aún cuando las partes habían concordado en algunos hechos, disentían en cuanto a la situación de Diallo entre el 5 de noviembre de 1995, cuando fue arrestado la primera vez, y su puesta en libertad el 10 de enero de 1996, y su situación entre esa última fecha y su expulsión el 31 de enero de 1996 así como en las condiciones de la detención. Estos desacuerdos son la razón -según expresó la sentencia- por la que entendió que debía, en primer lugar, ocuparse de la cuestión de la carga de la prueba.

Ahora bien, aún cuando inicialmente descartó una aplicación en toda circunstancia de su reiterada interpretación en casos anteriores del principio conforme al cual quien alega un hecho en apoyo de su pretensión debe probar su existencia, reiteró la afirmación de que corresponde a la Corte evaluar toda la prueba producida por las dos Partes y sometida al control de la contraria, con el objeto de formarse sus propias conclusiones. Y finalizó su razonamiento expresando que, cuando se deben establecer hechos como los de este caso, ninguna de las partes está sola en llevar la carga de la prueba. Sobre estas bases y a la luz de la obrante en el proceso sostuvo no estar convencida de que Diallo había sido puesto en libertad el 7 de noviembre de 1995, vuelto a arrestar a inicios de enero de 1996 y nuevamente puesto en libertad el 10 de enero, tal como lo había sostenido la República Democrática del Congo, sino que -en cambio- había permanecido detenido del 5 de noviembre de 1995 al 10 de enero de 1996. En cuanto a la segunda detención, al no haberse producido prueba sobre la fecha invocada por la actora, el tribunal entendió que había de estarse a la admitida por la accionada; esto es que estuvo detenido entre el 25 y el 31 de enero de 1996. En función de estos hechos y la prueba aportada al respecto por ambas partes el Tribunal examinó cada una de las pretensiones de la actora en cuanto al trato al nacional suyo como individuo para establecer si se encontraban fundadas en derecho, llegando a la decisión por unanimidad de que la República Democrática del Congo había violado los artículos 9. 1 y 2 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6 y 12. 4 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Es decir que, en sustancia, sea en el caso de las *Fábricas de pasta de papel* sea en el caso *Diallo* la decisión a la que llega la Corte, en lo que aquí interesa, se funda en la determinación que hace el propio Tribunal de la inexistencia o de la existencia de un hecho invocado por una y otra parte a

la luz de la prueba aportada por ambas; y ello, independientemente del papel que tengan en el proceso. Por ende, quien afirme un hecho -sea cual fuese su carácter, o el objeto o la naturaleza del diferendo- habría de producir prueba en apoyo de su pretensión a menos que una norma pertinente en el caso estableciese expresamente una presunción a favor de la posición sostenida por una de ellas.

ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia habilita al Tribunal a aplicar -en el ejercicio de su función judicial y según fuese pertinente- tratados, costumbre o principios generales de derecho, puesto que ha de decidir conforme al derecho internacional; esto es, conforme a lo establecido en estos procedimientos de creación del ordenamiento jurídico. Ahora bien, aún cuando cada uno de ellos constituya un mecanismo autónomo, nada impide que una misma pauta de conducta pueda estar contenida simultáneamente en más de una de estas fuentes y ser vinculante al mismo tiempo por cada una de ellas con relación al mismo sujeto. Asimismo, tampoco nada obsta a que un tratado codifique una norma originada en la costumbre o en un principio general de derecho o que una disposición convencional pueda dar lugar a la gestación de una costumbre o al reconocimiento de un principio en razón de ser un principio general de naturaleza jurídica en los ordenamientos internos. La posibilidad de la dualidad de fuentes es, precisamente, una de las características del derecho internacional general.

Por ende, a la luz de la disposición convencional contenida en el Estatuto de la Corte, sin perjuicio de argumentaciones en doctrina, todo indica que en términos de derecho positivo y, al menos en lo que se refiere a la Corte Internacional de Justicia, los principios generales de derecho son una de las fuentes formales del derecho internacional que el Tribunal está autorizado a aplicar al decidir; por cierto, a condición de que -en una suerte de labor comparatista- verifique que un determinado principio ha sido reconocido *in foro domestico* y resulte pertinente su aplicación en el ámbito internacional. Por cierto, nada impediría que el principio en cuestión pudiese encontrarse también codificado en un tratado internacional. A título de ejemplo valga recordar que el principio que establece la autoridad de la cosa juzgada -que, al decir de la propia Corte, es de conformidad con un

bien establecido y generalmente reconocido principio de derecho que una sentencia de un cuerpo judicial sea *res judicata* y tenga fuerza obligatoria entre las partes- está codificado en su Estatuto al establecerse que una decisión suya no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido; constituyendo simultáneamente norma convencional y principio, ambos vinculantes para quienes fuesen sus sujetos.

Admitida la autonomía de los principios generales de derecho como fuentes creadoras de derecho internacional nada obsta a admitir, también, que en su ámbito material pudiesen encontrarse reglas referidas al desarrollo del proceso en justicia y, entre ellas, en lo que aquí interesa, reglas referidas a la carga de la prueba, las que -al igual que muchos de estos principios-, llegan a los sistemas jurídicos de los Estados inspirados en una tradición de máximas del derecho romano.

Entre estas máximas, en el caso *Diallo*, la Corte menciona a la que expresaría *onus probandi incumbit actori* como el fundamento de una regla general según la cual corresponde a quien invoca un hecho probar su existencia. Sin embargo -se sostiene en la sentencia- la regla no sería absoluta sino que variaría según el tipo de hechos que fuese necesario establecer a los fines de la decisión del litigio. En virtud de ello, en la especie, se descartó una eventual aplicación en toda circunstancia de la interpretación del principio que reiteradamente había sostenido en casos anteriores.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que la máxima en cuestión se integra con la que expresa *reus in exceptione fit actor*, no se advierte cual sería la tipología de hechos que -a estar a lo expresado en esta sentencia- modificaría el criterio según el cual quien en un proceso en justicia formula una afirmación debe probarla; máxime, cuando quien valorará la prueba para determinar la existencia y alcance de hechos conducentes a la decisión del litigio será siempre el Tribunal. En la medida en que no se trate de una negativa genérica a afirmaciones de la contraria, todo lo expresado en justicia es susceptible de ser acreditado por los medios a los que una y otra parte pueden acudir, se trate de documentos, testigos, expertos u otros que fuesen pertinentes.

Resulta interesante señalar que en el caso *Diallo*, no obstante la afirmación inicial, al igual que en el caso de las *Fábricas de pasta de papel*, la Corte examina la prueba presentada por una y otra parte en función de sus afirmaciones y a la luz de ellas forma su convicción para determinar los hechos y aplicar el derecho en modo a llegar a una sentencia motivada y fundada en el ordenamiento vigente.

Quizás, a la luz de lo expuesto, sería interesante tomar en cuenta que no obstante la mención de *actori* en la máxima en cuestión, el principio que es regla de derecho positivo se refiere a que toda afirmación en justicia ha de ser probada ya que el Juez sólo puede pronunciarse sobre lo que ha sido sometido a su conocimiento y, por cierto, acreditado.

Buenos Aires, julio 2012.

**EL OBJETO DE LA CONTROVERSIA Y LA ADMISIBILIDAD DE NUEVAS PETICIONES
PRESENTADAS EN EL CURSO DE UNA INSTANCIA ANTE LA CORTE
INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

N. Gladys Sabia de Barberis

I. Introducción

La sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) del 30 de noviembre de 2010 en el caso República de Guinea c/República Democrática del Congo, relacionada con la protección diplomática brindada por la actora al Sr. Ahmadou Sadio Diallo y a las sociedades de las que era integrante, es muy interesante por la cantidad de temas de derecho internacional que aborda y que merecen un análisis como el propuesto en la publicación de la que forma parte el presente trabajo.

Además de las cuestiones de fondo vinculadas con la protección diplomática, la nacionalidad de las personas individuales y sociedades, incluso la protección por “sustitución”, el agotamiento de los recursos internos, el trato a extranjeros, existen otros temas en materia procesal que son muy importantes, como el principio “*onus probandi incumbit actori*”, y el que nos ocupa sobre la viabilidad de la presentación de nuevas peticiones en el curso de un proceso ante la CIJ. Se analizará la conexión de éstas con el objeto de la controversia y el objeto de la demanda incorporados en la demanda unilateral o en el compromiso celebrado entre las partes involucradas en el diferendo, que son los medios estatutariamente establecidos para introducir la instancia.

En el caso Diallo, la República de Guinea definió el objeto de la controversia, como es de rigor, en el escrito introductorio de instancia. Además se indicaron en el mismo escrito las peticiones a la Corte, por medio de las correspondientes conclusiones y luego se reiteraron en las conclusiones de la Memoria y de la Réplica pero, en esta última, dichas peticiones fueron presuntamente ampliadas, según los argumentos esgrimidos por la demandada, alejándose del objeto de la controversia así como de las peticiones primigeniamente expuestas.

Ante los planteos del Congo por esa situación, cabe preguntarse si, de acuerdo con los textos jurídicos y la práctica judicial, es posible ampliar o modificar las peticiones efectuadas a la Corte en el curso del procedimiento.

Para ello, indagaré en la práctica de la CIJ y de su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), ya que existen varios casos en que se presentó esta problemática.

El tema se relaciona con la oportunidad procesal para determinar en forma fehaciente el objeto de la controversia atento que el objeto de la demanda, que se explicita a través de las peticiones y conclusiones, como también las reconvencciones deben tener una estrecha conexión con ese objeto. Para ello es conducente hacer referencia al Estatuto y a los Reglamentos de ambos tribunales, ya que es en esos textos en los que se ha fijado dicha oportunidad.

De acuerdo con lo expresado es necesario aclarar desde un principio que el objeto de la controversia lo constituyen los diferentes puntos de vista que existen entre las partes sobre una cuestión que puede comenzar con una sutil tensión hasta desembocar en un conflicto capaz de atentar contra la paz y seguridad internacionales. En cambio el objeto de la demanda está constituido por la petición o peticiones que se le formulan al tribunal para resolver la controversia.

II. Antecedentes

A) El objeto de la controversia y el objeto de la demanda en el procedimiento ante la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI)

El primer Estatuto de la CPJI fue aprobado por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones el 13 de diciembre de 1920, entrando en vigor el 2 de setiembre de 1921, al recibir 22 ratificaciones. El artículo 40 expresaba en relación con el tema que nos ocupa:

“Les affaires sont portées devant la Cour, selon le cas, soit par notification du compromis, soit par une requête, adressés au Greffe; dans les deux cas, l’ objet du différend et les parties en cause doivent être indiqués....”¹.

A su vez, el primer Reglamento, fue adoptado por el citado tribunal el 24 de marzo de 1922, cuyo artículo 35 disponía:

“Lorsque la Cour est saisie d’une affaire par un compromis, celui-ci, ou l’acte par lequel il est notifié à la Cour ou les notifications et communications aux parties doivent être respectivement envoyées.

Dans tous autres cas où la Cour est compétente, la requête comprend, outre l’indication de l’objet du différend et des parties en cause, un exposé succinct des faits, la désignation de la chose demandée, ainsi que l’election au siège de la Cour d’un domicile où les notifications et communications sont envoyées...”².

Como puede apreciarse el Reglamento era más detallado que el Estatuto en lo relativo a la incoación del procedimiento por demanda, ya que además del objeto del diferendo debían especificarse, en forma resumida, los hechos y también cuáles eran las peticiones que se formulaban al tribunal.

Según el Estatuto, tanto la notificación del compromiso como la demanda introductoria de instancia debían contener dos requisitos esenciales que eran el objeto del diferendo y la indicación de las partes involucradas. En cambio, según el Reglamento, la demanda debía contener también un relato sucinto de los hechos, la cosa demandada que sería el objeto de la demanda y los domicilios para efectuar las notificaciones. Entonces, el objeto del diferendo y el objeto de la demanda no se hallaban exigidos por el mismo texto legal.

El Reglamento fue modificado y ampliado en 1926, entrando en vigor el 31 de julio de 1926. El artículo 35 del texto aprobado sólo tuvo cambios de redacción, pero no de fondo y prescribía:

¹ www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_01_1e_edition.pdf

² Idem.

“1. Lorsque la Cour saisie d’une affaire par un compromis, celui-ci, ou l’acte par lequel il est notifié à la Cour, mentionne:

a) le nom des agents désignés par les parties pour cette affaire;

b) les domiciles élus au siège de la Cour où les notifications et communications aux parties doivent être envoyées.

Dans tous autres cas où la Cour est compétente, la requête, outre l’indication de l’objet du différend et des parties en cause, ainsi qu’un exposé succinct des faits et la désignation de la chose demandée, comprend:

a) le nom du ou des agents désignés pour cette affaire;

*b) le domicile élu au siège de la Cour où les notifications et communications ultérieures relatives à l’affaire doivent être envoyées...”.*³

Respecto del tema que nos ocupa, el citado Reglamento también exige, como el anterior, que se explicita el objeto de la demanda, es decir, aquello que se peticiona al tribunal.

Posteriormente, se consideró necesario introducir cambios en el Estatuto, y a tal fin se adoptó un Protocolo el 14 de setiembre de 1929, el que contrariamente a sus prescripciones, no entró en vigor en la fecha propuesta que era el 1 de setiembre de 1930. Por tal motivo el 25 de setiembre de 1930, la Asamblea de la Sociedad de las Naciones adoptó una serie de resoluciones destinadas a poner en valor, en la medida de lo posible, las enmiendas aportadas por el mencionado Protocolo. De todos modos la redacción del artículo 40 del Estatuto, no sufrió ninguna modificación.⁴

Asimismo, la Corte introdujo enmiendas en un cierto número de artículos de su Reglamento, las que fueron adoptadas y entraron en vigor el 21 de febrero de 1931, pero esos artículos no se referían al tema de marras.

³ www.icj-cij.org/pcij/serieD/D_01_1e_edition.p.d.f., pp. 47-48.

⁴ www.icj-cij.org/pcij/serieD/D_02_3e_edition_addendu

No obstante ello, mientras examinaba el Reglamento para efectuar su revisión parcial, la Corte llegó a la conclusión de que era deseable una revisión general de ese instrumento, por lo que preparó un proyecto destinado a servir de base a las discusiones ulteriores. Luego de una breve sesión, en mayo de 1934, adoptó en primera lectura un nuevo texto sobre todo el Reglamento.

Es muy interesante destacar que, cuando se preparaba el nuevo texto, los jueces que discutían el proyecto elaborado a tal efecto, intercambiaron opiniones sobre el contenido que debía tener la demanda introductoria de instancia y la Memoria. Fromageot consideraba que la primera constituía un acto al cual un gobierno debería poder acceder rápidamente, a fin de incoar la instancia ante la Corte y tomar así posición para obtener la solución judicial de una controversia y agregó: *“Ensuite intervient le mémoire, qui, lui entre dans tous les développements nécessaires, et qui constitue l’instrument principal de la demande”*⁵. Sobre la salvedad hecha por Fromageot sobre los desarrollos a efectuar en la Memoria, Anzilotti consideró que debería establecerse que esa reserva no se refería al objeto de la demanda, la cual una vez presentada para la introducción de la instancia no debía cambiarse. Anzilotti recordó que las demandas introductorias de instancia que se habían presentado ante la Corte dejaban mucho que desear, pues parecía que algunos agentes no tenían una idea exacta de lo que era ese escrito inicial. Por ese motivo consideraba que al proponerse la revisión del Reglamento se presentaba el momento preciso para indicar claramente tal contenido. Agregó, asimismo, un comentario que se refiere al eje del tema que nos preocupa: *“Peut-être pourrait-on en même temps envisager résoudre la question, qui s’est déjà présentée à maintes reprises, des changements apportés à la demande en cours d’instance”*⁶.

En setiembre de 1935, la Asamblea de la Sociedad de las Naciones decidió que, bajo ciertas condiciones las enmiendas al Estatuto adoptadas en el Protocolo de 1929, entrarían en vigor el 1 de febrero de 1936. Esas condiciones se cumplieron y el 11 de marzo de 1936 se produjo la adopción del nuevo Reglamento cuyo artículo 32 que se refiere al tema expresa:

⁵ Ibidem, p. 67.

⁶ Idem.

“1. Lorsqu’une affaire est portée devant la Cour en vertu d’un compromis, il est fait application de l’article 40, alinea 1, du Statut de la Cour.

Lorsqu’une affaire est portée devant la Cour par une requête, celle-ci, conformément à l’article 40, alinea I, du Statut, doit indiquer la partie requérante et la partie contre laquelle la demande est formée, ainsi que l’objet du différend. Elle contiendra en outre, autant que possible, la mention de la disposition par laquelle le requérant prétend établir la compétence de la Cour, l’indication précise de l’objet de la demande, un exposé succinct des faits et des motifs par lesquelles la demande est prétendue justifiée, sous réserve des développements à fournir dans le mémoire et des preuves que y seront annexés...”⁷.

En este texto también se detalló el contenido de la demanda introductoria de instancia como en los textos aprobados anteriormente, pero sin perder su naturaleza, pues no debía convertirse en la Memoria que era lo que temían algunos de los jueces, según surge de los debates preparatorios. Aunque se introdujo la moción de Fromageot sin la aclaración que Anzilotti consideraba necesaria, estimo que quedó claro que tanto el objeto del diferendo como el objeto de la demanda debían estar contenidos en el escrito introductorio de instancia y que si bien posteriormente en la Memoria podría desarrollarse el objeto de la demanda ello parecía no incluir, en principio, la introducción de cambios.

B) Casos ante la Corte Permanente de Justicia Internacional en que se planteó la cuestión

-Asunto relativo a la Administración del Príncipe Von Pless (Alemania c/Polonia)

Este caso es importante ya que, en su análisis, la Corte aclara que tanto el objeto de la controversia como el de la demanda, es decir las peticiones que se formulan, deben incluirse en el escrito introductorio de instancia, si bien ambos se presentaron mezclados en las conclusiones.

⁷ www.cji-cij.org/pcij/serie_D/D_01-4e_edition.pdf

El 18 de mayo de 1932, el Gobierno del Reich alemán introdujo ante la CPJI una demanda contra el gobierno polaco, cuyo objeto constaba de cuatro puntos que presentó bajo la forma de conclusiones y que, resumidamente, eran los siguientes: 1º) Los actos del gobierno y autoridades polacas respecto de la Administración del Príncipe Von Pless, ciudadano polaco, perteneciente a la minoría alemana en la Alta Silesia, en relación a los impuestos a las ganancias durante los períodos fiscales 1925-1930, estaban en contradicción con los artículos 67 y 68 de la Convención de Ginebra del 15 de mayo de 1922; 2º) En virtud del artículo 65 de la citada Convención dichos actos eran nulos y no tenían ningún efecto; 3º) El gobierno polaco debía pagar por tales actos de las autoridades fiscales, una indemnización por el perjuicio causado, reservándose el gobierno requirente el derecho de indicar ulteriormente el monto de esa indemnización y 4º) La Administración del Príncipe Von Pless gozaba de plena libertad de nombrar a sus empleados y obreros sin distinción de raza o de lengua, sin verse expuesto a ese respecto a ninguna presión del Gobierno o autoridades polacas⁸.

El gobierno alemán presentó la Memoria el 22 de julio de 1932, remitiéndose a la demanda pero sin formular en esta pieza las conclusiones con sus correspondientes pretensiones.

Alemania, introdujo la demanda ante la CPJI basándose en el artículo 72, inciso 3 de la Convención de Ginebra, por el que Polonia acordó que las divergencias de opiniones por cuestiones de derecho o de hecho concernientes a dicha Convención, entre el Gobierno Polaco y una Potencia Aliada y Asociada o cualquier otra potencia miembro del Consejo, podían ser llevadas ante ese tribunal⁹.

El Gobierno polaco presentó el 8 de octubre de 1932 una Contramemoria preliminar y opuso excepciones, también preliminares, concluyendo que la Corte debía declarar inadmisibile la demanda alemana.¹⁰

Una de las excepciones se basaba en que el demandante no había agotado las instancias internas, pero respecto del tema de este trabajo es importante destacar la excepción por la que sostuvo que no había

⁸ CPJI, séries A/B, Fasc. 52, p. 12.

⁹ Ibidem, p. 13.

¹⁰ Idem, p. 12.

divergencias de opiniones entre ambos gobiernos en el sentido del artículo 72, inciso 3 de la Convención de Ginebra.

La Corte Permanente consideró que para saber si existían divergencias era necesario determinar el objeto del litigio aseverando que: *“le Mémoire, tout en pouvant éclaircir les termes de la requête, ne peut pas dépasser les limites de la demande qu’ elle contient...”*¹¹.

En la demanda introductoria de instancia el Gobierno Alemán enumeró ciertos actos que atribuía al Gobierno y a las autoridades polacas, que se resumieron más arriba, y que constituían un accionar de éstos en relación a la Administración del Príncipe Von Pless contraria a las prescripciones de los artículos 67 y 68 de la Convención de Ginebra. Manifestó que en el Punto 4 no se señaló ningún acto como violatorio de la citada Convención, por cuyo motivo la Corte consideró que cabía preguntarse cuál era la relación entre el punto cuatro y los tres primeros y especialmente si se formuló en relación a los mismos actos expresados en el primero.

El gobierno polaco sostuvo que los actos indicados en el primer punto concernían sólo a un diferendo entre el Fisco polaco y el contribuyente Von Pless, y estuvo de acuerdo con el Gobierno alemán con el principio formulado en el punto cuatro y consintió en que lo había violado o que lo había desconocido¹².

Por el contrario, el Gobierno alemán afirmó que los actos denunciados en el primer punto fueron el medio del que se sirvió Polonia para ejercer presión ilícita, por lo que la divergencia aparece indisolublemente ligada a los hechos alegados por el demandante y aseveró que se constatarían cuando se conociesen los hechos¹³. La Corte, en consecuencia, adjuntó la excepción preliminar al fondo del asunto a fin de establecer en una sola sentencia sobre la excepción y si la misma no fuera admitida, sólo sobre el fondo, lo que no ocurrió ya que el gobierno alemán desistió de la instancia por nota del 27 de octubre de 1933. Dicho desistimiento fue aceptado por el gobierno polaco por lo que la Corte, por Providencia del 2 de diciembre de 1933, dio por cerrado el caso.

¹¹ Ibidem, p. 14.

¹² Idem.

¹³ Idem, p. 14.

La Corte precisó que el objeto de la demanda también debía quedar establecido en el primer escrito. La Memoria podrá aclarar dicho objeto pero no cambiarlo. Este es el criterio que prevaleció en los debates de los jueces cuando preparaban la revisión total del Reglamento.

**-ASUNTO RELATIVO A LA SOCIEDAD COMERCIAL DE BÉLGICA.
(Bélgica c/Grecia)**

El Gobierno belga depositó una demanda introductoria de instancia contra el Gobierno helénico ante la Secretaría de la CPJI, el 5 de mayo de 1938, conforme al artículo 40 de su Estatuto. El requirente se dirigió a la Corte prevaliéndose del Tratado de Conciliación, Arbitraje y Arreglo Judicial suscripto entre ambos países el 25 de junio de 1909, en virtud del cual las cuestiones litigiosas habían sido llevadas a arbitraje.

Los hechos que provocaron la controversia derivaron de incumplimientos del Contrato que suscribieron el 27 de agosto de 1925 el Gobierno helénico y la Sociedad Comercial de Bélgica, cuyo objeto era la construcción, por parte de esta sociedad, de ciertas líneas de ferrocarril y de otros trabajos, como así también la provisión del material necesario para su explotación, todo ello financiado por la citada empresa. En el contrato se determinó que cualquier diferendo sería sometido a arbitraje¹⁴.

En ese escrito inicial, Bélgica estableció como objeto de la controversia el incumplimiento por parte de Grecia de lo ordenado en los laudos arbitrales y en el caso específico solicitaba a la Corte que declarase que Grecia, al rehusarse a ejecutar la sentencia arbitral a favor de la Sociedad Comercial de Bélgica, violó sus obligaciones internacionales y por lo tanto le requería que fijase el monto de las reparaciones debidas por ese incumplimiento¹⁵.

En la Memoria, además de la reparación, el demandante agregó que la Corte debía ordenar a Grecia pagar a Bélgica en favor de la Sociedad Comercial de Bélgica las sumas que se le debían en virtud de la sentencia arbitral.

¹⁴ CPJI, séries A/B, Fasc. N° 78, p. 166.

¹⁵ Ibidem, p. 161.

En todas las oportunidades, el Gobierno griego reconocía el valor de las sentencias arbitrales, pero aducía cuestiones presupuestarias para no pagar e incluso consideraba que los créditos debían ajustarse al reglamento existente para el pago de su deuda externa.

Bélgica en su Réplica, y bajo reserva de las conclusiones más amplias que formularía en el curso de la instancia, solicitó a la Corte que le extendiera una constancia de que Grecia declaró reconocer sin ninguna reserva el carácter definitivo y obligatorio de todas las disposiciones de las sentencias arbitrales dictadas en favor de la Sociedad Comercial de Bélgica. Asimismo, le pidió que se pronunciara acerca de que las condiciones del reglamento de pago de la deuda pública exterior de Grecia debía ser ajena a la ejecución de esas sentencias y que Grecia no tenía fundamento alguno para imponer a la Sociedad o al Gobierno belga su proposición del 31 de diciembre de 1936 para afrontar ese tipo de deuda.

Al principio de las actuaciones orales el agente del Gobierno belga reiteró las conclusiones de la Réplica pero sin retirar aquellas presentadas en la Memoria, y consagró una gran parte de sus exposiciones orales a demostrar a la Corte que hubo, de parte del Gobierno griego, un rechazo a ejecutar las sentencias arbitrales y un desconocimiento intencional de los términos de éstos.

Sin embargo, el 17 de mayo del siguiente año, en la Réplica oral, las conclusiones belgas fueron presentadas bajo una nueva forma. Las conclusiones del escrito introductorio y de la Memoria fueron suprimidas. Asimismo la conclusión de la Réplica escrita que pedía a la Corte una constancia de que Grecia había declarado reconocer sin ninguna reserva el carácter definitivo de las sentencias arbitrales también desapareció y fue reemplazada por el pedido de constatación de que Grecia declaraba reconocer el carácter obligatorio de las sentencias arbitrales, pero con reservas que destruían ese reconocimiento. El Gobierno belga solicitó, en consecuencia, a la Corte declarar que todas las disposiciones de las sentencias eran obligatorias sin reservas y agregó ciertas peticiones complementarias que, según su criterio, se desprendían de esa afirmación¹⁶.

¹⁶ CPJI, séries A/B, Fasc. N° 78, p. 172.

En el curso de una audiencia ulterior, Bélgica pidió a la Corte constatar que el Gobierno belga no había tenido jamás la intención de exigir en favor de la Sociedad Comercial Belga un pago integral y de una sola vez y para evitar toda interpretación errónea de sus conclusiones anteriores dejó sólo su conclusión final cuyo objeto era proclamar el carácter definitivo y obligatorio de las sentencias arbitrales, sin ninguna reserva¹⁷.

Grecia, a su vez, en las conclusiones finales, llamó la atención sobre la necesidad de entablar negociaciones entre las Partes, a fin de celebrar un acuerdo tendiente a la ejecución de las sentencias y esa forma de encarar la cuestión parecía compartida por Bélgica, ya que en la audiencia del 19 de mayo, afirmó que, si después de una sentencia favorable, debiera recibir los pagos por parte del gobierno griego, lo haría teniendo en cuenta los legítimos intereses de la Sociedad, de las posibilidades de Grecia y de la amistad tradicional entre ambos países. Con ese espíritu estaría dispuesta a concluir un compromiso en vista de resolver *ex aequo et bono* las dificultades que presupondrían las proposiciones griegas.¹⁸

Para la Corte, esa declaración realizada por Bélgica después de que Grecia presentara sus conclusiones finales demostraban, en general, la existencia de una concordancia entre las peticiones de ambos gobiernos y posibilitaba entablar negociaciones para llegar a un acuerdo amigable, el que tendría en cuenta, entre otras cosas, las posibilidades de pago de Grecia.

La Corte consideró que debía examinar la cuestión relativa a si el Estatuto y el Reglamento de la Corte autorizaban a las Partes a efectuar una transformación profunda del carácter del asunto llevado ante la Corte como lo hizo Bélgica. Sobre el particular expresó: *“Il y a lieu d’observer que la faculté laissée aux parties de modifier leurs conclusions jusqu’à la fin de la procédure orale doit être comprise d’une manière raisonnable et sans porter atteinte à l’article 40 du statut et à l’article 32, alinéa 2, du Règlement qui disposent que la requête doit indiquer l’objet du différend. La Cour n’a pas eu, jusqu’à présent, l’occasion de déterminer les limites de ladite faculté, mais il est évident que la Cour ne saurait admettre, en principe, qu’un différend porté devant elle par requête puisse être transformé, par voie de*

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem.

*modifications apportées aux conclusions, en un autre différend dont le caractère ne serait pas le même...*¹⁹.

De lo contrario, para la Corte se afectaría a terceros Estados ya que éstos tienen derecho a recibir comunicación de todas las demandas introductorias de instancia para posibilitarles ejercer su derecho de intervención de acuerdo con los artículos 62 y 63 del Estatuto. Por otra parte, consideró que un cambio completo de la base de la causa podría tener una incidencia directa sobre la competencia misma de la Corte.

Sin embargo, en este caso en el que hubo una importante transformación del carácter mismo del litigio, durante el procedimiento y en las conclusiones de la réplica oral, la Corte consideró que las circunstancias especiales de este asunto y particularmente la ausencia de objeciones por parte del agente griego, aconsejaban adoptar una interpretación amplia y no considerar irregular el procedimiento actuando, en consecuencia, con un gran pragmatismo²⁰.

La Corte realizó un profundo análisis de las peticiones de ambos países y no sólo descartó aquéllas que las mismas partes dejaron de lado, sino también aquéllas que eran sólo consecuencias del nudo de la cuestión. La Corte retuvo únicamente la petición de Bélgica referente a que las sentencias arbitrales del 3 de enero y 25 de julio de 1936 eran definitivas y obligatorias y la conclusión del gobierno griego cuando reconoció: “...*la chose jugée découlant des sentences arbitrales du 3 janvier et du 25 juillet 1936, rendues entre lui et la Société Commerciale de Belgique*” y no tuvo en cuenta las otras conclusiones²¹. Por tal motivo, al constatar la concordancia existente entre ambas partes, si bien no podía imponer un acuerdo consideró que tal acuerdo era deseable²². Sin embargo, cabe acotar que este asunto ha sido tratado por la Corte en forma muy excepcional.

III. El objeto de la controversia y el objeto de la demanda ante la Corte Internacional de Justicia

¹⁹ Ibidem, p. 173.

²⁰ Idem, p. 173.

²¹ Ibidem, p. 177.

²² Ibidem, p. 178.

A) El objeto en el procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia

El Estatuto de la CIJ en su artículo 40, inciso 1 establece en la parte pertinente lo siguiente:

“Los negocios serán incoados ante la Corte, según el caso, mediante notificación del compromiso o mediante solicitud escrita dirigida al secretario. En ambos casos se indicarán el objeto de la controversia y las partes...”.

El Reglamento adoptado el 6 de mayo de 1946 introdujo un artículo 35 con la misma redacción que el artículo 32 del Reglamento de la CPJI de 1936 y no tuvo ningún cambio en la modificación del Reglamento del 10 de mayo de 1972.

A su vez el Reglamento adoptado el 14 de abril de 1978, que entró en vigor el 1 de julio de 1978, tiene una redacción más detallada²³. Así, prescribe en su artículo 38:

1. Cuando el procedimiento sea incoado ante la Corte mediante una solicitud dirigida de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 1. del Artículo 40 del Estatuto, la solicitud deberá indicar la parte que la hace, el Estado contra quién se proponga la demanda y el objeto de la controversia.

2. La solicitud indicará, en la medida de lo posible, los fundamentos de derecho en que se basa el demandante para considerar competente a la Corte; indicará, además, la naturaleza precisa de lo demandado y contendrá una exposición sucinta de los hechos y fundamentos en que se basa la demanda...”

Cabe notar que desapareció el agregado en el artículo 38 de la moción que, en 1936, había efectuado Fromageot: *“sous réserve des développements à fournir dans le mémoire et des preuves que y seront annexés...”*. ¿Se le habrá dado la razón a la observación que hizo Anzilotti en esa oportunidad?

²³ www.icj-cij.org/homepage/sp/icjrules.php

A su vez el artículo 39 expresa:

1. *“Cuando el procedimiento sea incoado ante la Corte mediante notificación de un compromiso de acuerdo con lo dispuesto por el párrafo 1 del Artículo 40 del Estatuto, la notificación podrá ser efectuada conjuntamente por las partes o por una o más de ellas. Si la notificación no se hace conjuntamente, el Secretario transmitirá inmediatamente a la otra parte una copia certificada conforme de la notificación.*

2. *La notificación deberá ir siempre acompañada del original del compromiso o de una copia certificada conforme del mismo. La notificación indicará, asimismo, si ello no aparece en forma patente en el compromiso, el objeto preciso de la controversia y la identidad de las partes”.*

El artículo 49 del mismo Reglamento, que establece los requisitos que debe contener la Memoria, expresa:

“1. La memoria contendrá una exposición de los hechos en que se basa la demanda, los fundamentos de derecho y las conclusiones...”.

Si bien es en los requisitos de la Memoria que aparece, por primera vez, el término “conclusiones”, éstas no son otra cosa que la forma bajo las que se presentan en definitiva las peticiones a la Corte.

Tal como lo expresa Omar Asloui, en uno de los pocos trabajos que se refieren al tema del presente estudio, en relación a las condiciones de admisibilidad de las conclusiones: *“La conclusion doit exprimer une demande contestée et non une demande à l’appui de la demande contestée. La conclusion doit concerner directement l’objet du différend tel qu’il résulte de l’acte introductif d’instance...”*²⁴

También es pertinente señalar que el artículo 49, inciso 4, especifica que todas las piezas del procedimiento enuncian las conclusiones de la parte que la presenta, en el estado del procedimiento en que se encuentra. Las verdaderas conclusiones deben distinguirse de la argumentación o de los

²⁴ Omar Aslaoui, *“Les conclusions et leurs modifications en procédure judiciaire internationale”*, Librairie Droz, Genève, 1963, p. 44.

fundamentos que apoyan las peticiones. No obstante ello, como veremos más adelante, en muchos casos los actores confunden objeto de la controversia, objeto de la demanda, argumentaciones y fundamentos.

Los artículos mencionados precedentemente no fueron alcanzados por las enmiendas introducidas al Reglamento que entraron en vigor a partir del 14 de abril de 2005.

B) Casos ante la Corte Internacional de Justicia en los que se planteó la situación

-ASUNTO RELATIVO A LAS PESQUERÍAS (Reino Unido c/ Noruega)

El 28 de setiembre de 1949 el Gobierno de Gran Bretaña e Irlanda del Norte depositó en la Secretaría de la CIJ una demanda introductoria de instancia cuyo objeto consistía en determinar la validez o invalidez, en derecho internacional, de las líneas de delimitación de la zona de pesca en la parte septentrional de Noruega, al norte del círculo polar, reservada a sus nacionales, tal como fueron fijadas por el Decreto Real noruego del 12 de julio de 1935 enmendado por el Decreto del 10 de diciembre de 1937²⁵.

Ese objeto estaba claramente expresado en el primer escrito, en el que hacía referencia también a los desacuerdos que reiteradamente se producían sobre el espacio marítimo dentro del cual Noruega tenía derecho a reservar la pesca en forma exclusiva a sus nacionales. En 1934, las partes convinieron respetar, como una forma de *modus vivendi*, una cierta línea que denominaron línea roja, sin perjuicio de que cada una mantuviese mientras tanto sus respectivas pretensiones jurídicas.

Sin embargo, el citado Decreto Real noruego, enmendado por otro del 10 de diciembre de 1937, estableció una zona exclusiva mayor en razón de las líneas de base aplicadas por Noruega, a partir de las cuales se contaban cuatro millas reivindicadas. Gran Bretaña protestó

²⁵ CIJ, Recueil 1951, p. 118.

inmediatamente y se abrió un espacio de negociaciones que se vieron interrumpidas por la segunda guerra mundial.

El Reino Unido solicitó, en las conclusiones de dicha demanda que la Corte se pronunciara acerca de los principios de derecho internacional aplicables, a fin de poder contrastarlos con los criterios utilizados por Noruega para delimitar una zona de pesca exclusiva para sus nacionales, con una extensión de cuatro millas marinas y que fijase las líneas de base, cuando lo juzgase necesario, a fin de evitar nuevos desacuerdos jurídicos entre los Estados. Asimismo, solicitó que hiciera lugar a los daños e intereses que produjeron las intervenciones de las autoridades noruegas contra buques de pesca británicos fuera de las zonas reservadas a los nacionales noruegos, de conformidad con la decisión que tomase la Corte en relación con las citadas líneas de base²⁶.

Pero, al terminar la etapa oral, el Reino Unido amplió las conclusiones de la demanda, considerando que la Corte debía decidir que los límites a los que Noruega tenía derecho debían ser trazados de acuerdo a algunos principios que pasó a detallar en catorce puntos. Los dos primeros, se referían a la anchura de mar territorial, la que no podría extenderse más allá de cuatro millas a partir de la línea de base, otros se referían al método de fijación de tales líneas de base, a las condiciones que debían presentarse para reclamar aguas interiores por motivos históricos, o también a cuándo una escotadura conformaba una bahía y, en estos casos, cómo se tiraba la línea de base o cómo se definían los estrechos, entre otros criterios. También le pidió que se pronunciase acerca de que el Decreto Real noruego del 12 de julio de 1935 no podía ser objeto de ninguna medida de ejecución fuera de las aguas a las que tenía realmente derecho y que debería indemnizar al Reino Unido en los casos que hubiese sobrepasado los límites²⁷.

Además, según los términos de la conclusión catorce del Reino Unido, Noruega estaba obligada internacionalmente a indemnizar a ese país por toda detención de barcos de pesca británicos efectuada después del 16 de setiembre de 1948.

Para la Corte, las conclusiones referentes a la extensión de cuatro millas de mar territorial no podían ser parte del objeto de la demanda

²⁶ Ibidem, p. 119.

²⁷ Ibidem, pp. 119-122.

porque ambas partes reconocían esa anchura, es decir, que no existía controversia alguna. Para el tribunal la mayor parte del resto de las conclusiones se presentaban como un conjunto de proposiciones que, bajo la forma de definiciones, reglas, principios tendían a justificar las pretensiones y no constituían el enunciado preciso y directo de una demanda. En definitiva, eran elementos que, llegado el caso, podían proveer los fundamentos de la sentencia pero no constituir su objeto.²⁸

Finalmente, la señalada conclusión catorce tampoco debía ser tenida en cuenta porque las partes acordaron reenviar esa cuestión a un arreglo ulterior para el caso de que esa situación efectivamente se presentara.

Como la controversia tenía un objeto concreto la Corte afirmó que no seguiría la sugerencia del Reino Unido de estatuir sobre definiciones, reglas, enunciados que, por otra parte fueron contestados por el agente noruego. Por ello la Corte, en su sentencia del 18 de diciembre de 1951, se pronunció sobre el verdadero objeto de la demanda estableciendo que el método empleado para la delimitación de la zona de pesca por el Decreto Real noruego del 12 de julio de 1935 no era violatorio del derecho internacional. Ello significa, *contrario sensu* que en la medida que las nuevas conclusiones estuvieran insertas o se derivaran del objeto de la demanda, podrían aceptarse, pero en este caso la mayoría de las nuevas peticiones podrían sólo ser consideradas como fundamentos esgrimidos para apoyar las peticiones pero no como nuevas pues sobrepasaban su objeto.

-ASUNTO RELATIVO A LOS ISLOTES MINQUIERS Y ÉCREHOUS (Francia c/Reino Unido)

Por Nota del 5 de diciembre de 1951, el Embajador del Reino Unido ante los Países Bajos transmitió a la Secretaría de la CIJ copia certificada del Compromiso suscripto el 29 de diciembre de 1950 con Francia, en razón de la controversia que sobrevino a la reivindicación de soberanía por parte de ambos países sobre los islotes y rocas de los grupos de Minquiers y Écrehous.

²⁸ Ibidem, p. 126.

El artículo 1º de ese Compromiso establecía: *“La Cour est priée de déterminer si la souveraineté sur les îlots et rochers des groupes de Minquiers, d’une part, et des Écrehous, d’autre part, dans la mesure où ces îlots et rochers son susceptibles d’appropriation, appartient à la République française ou au Royaume-Uni”*²⁹. Las partes excluyeron la posibilidad de que fueran *terra nullius*.

Al término del procedimiento oral, las partes presentaron las respectivas conclusiones finales, pero al analizarlas la Corte consideró que de las tres conclusiones del Reino Unido, solamente había que considerar como conclusión final la siguiente: *“Que, selon le droit international, le Royaume Uni a droit à la souveraineté pleine et entière sur les îlots et rochers des groupes des Minquiers et des Écrehous”*³⁰. Las otras dos no eran conclusiones sino los fundamentos de la única proposición que debía ser considerada como tal.

Francia, por su parte, presentó quince conclusiones, sin embargo la Corte rescató como conclusión final solamente la que aparecía en décimo lugar que decía: *“Que, pour ces motifs, la souveraineté sur les îlots et rochers du groupe des Minquiers, d’une part, du groupe d’Écrehous d’autre part, appartient, dans la mesure où ces îlots et rochers sont susceptibles d’appropriation, à la République française”*³¹.

Es decir que, si bien algunas conclusiones podían aparecer como distintas al contenido del escrito inicial, en realidad no lo eran porque no constituían nuevas peticiones ni cambiaban el objeto, ya que simplemente se referían a los fundamentos de la demanda y no a la demanda misma.

La Corte se expidió favorablemente al Reino Unido por sentencia de 17 de noviembre de 1953.

-ASUNTO RELATIVO AL TEMPLO DE PRÉAH VIHÉAR (Camboya c/Tailandia)

²⁹ CIJ, Recueil 1953, p. 49.

³⁰ Ibidem, p. 52.

³¹ Idem.

El Templo de Préah Vihéar es un santuario y un lugar de culto muy antiguo, situado en los confines de Tailandia y de Camboya. Aún cuando ya en la época del litigio que se desarrolló ante la CIJ el templo estaba en ruinas, igualmente tenía interés artístico y de peregrinaje. La zona del templo, el sector de una cadena de montañas denominadas Dangrek, que estaba ocupado por el Reino de Camboya, fue ocupado por la fuerza por Tailandia³². Desde 1949, Tailandia continuaba ocupando el territorio en el que se encontraban las ruinas del Templo y además, a partir de 1954, según la demandante, Tailandia introdujo en esa parcela elementos de sus fuerzas armadas.

Si bien el asunto fue llevado a la CIJ por Camboya, en virtud de una demanda introductoria de instancia, el 6 de octubre de 1959, el asunto tiene su origen en los reglamentos de frontera de 1904 a 1908 entre Francia, en su carácter de Potencia protectora de la Indochina francesa (actualmente Camboya) y el Reino de Siam (actualmente Tailandia).

En el escrito introductorio y posteriormente en la Memoria, Camboya solicitó a la Corte que declarara que Tailandia debía retirar los elementos que fueron instalando las fuerzas armadas de Tailandia desde 1954 en las ruinas del templo y que la soberanía territorial sobre el templo pertenecía al Reino de Camboya³³.

La Corte, en su sentencia del 26 de mayo de 1961 sobre excepciones preliminares, reconoció su competencia para fallar sobre el diferendo describiendo su objeto en los términos siguientes: *“Dans le présente affaire, le Cambodge invoque la violation par la Thaïlande de la souveraineté territoriale du Cambodge sur la région du temple de Préah Vihéar et ses environs. La Thaïlande réponde en affirmant que ce territoire est situé du côté thaïlandaise. Il s’agit là d’ un différend portant sur la souveraineté territoriale”*³⁴.

La Corte consideró que debía determinar la frontera en el sector del templo y para ello tendría en cuenta los mapas y las consideraciones invocadas por las partes pero sólo en la medida en que se encontrasen en

³² CIJ, Recueil 1962 p. 15.

³³ Ibidem, p. 9.

³⁴ Ibidem, p. 14.

ellos los fundamentos de la decisión que debía tomar para solucionar únicamente el diferendo que le había sido sometido³⁵.

Es interesante destacar para este trabajo que Camboya presentó cinco conclusiones finales en la audiencia del 20 de marzo de 1962 sobre los puntos que debía dirimir el órgano judicial y que resumidamente son los siguientes: 1) El mapa del sector de Dangrek (Anexo I a la memoria), ha sido dirigido y publicado en nombre y por cuenta de la Comisión Mixta de Delimitación, creada por un Tratado del 13 de febrero de 1904, y enunciaba las decisiones tomadas por dicha Comisión y presentaba tanto por ese hecho, como por los acuerdos y comportamiento ulteriores de las partes, un carácter convencional; 2) La línea de frontera entre Camboya y Tailandia, en la región controvertida vecina al templo, era aquella marcada por la Comisión en la citada Carta; 3) El templo estaba situado en territorio que correspondía al Reino de Camboya; 4) El Reino de Tailandia debía retirar los elementos de las fuerzas armadas que instalaron, desde 1954, en territorio camboyano en las ruinas del templo de Préah Vihéar; y 5) Las esculturas, los monumentos conmemorativos, los fragmentos de monumentos, las maquetas de arenisca y las vasijas de barro antiguas que fueron llevadas después de 1954 por las autoridades tailandesas, debían ser devueltas a Camboya³⁶.

Con respecto a las conclusiones mencionadas precedentemente, la Corte constató que las dos primeras, consistentes en el pedido de que se pronuncie sobre el Estatuto jurídico del mapa del Anexo I de la Memoria y sobre la línea de frontera en la región controvertida, solamente las tendría en cuenta en la medida en que enunciaban los motivos, pero no eran requerimientos a considerar en el dispositivo de la sentencia. La Corte decidió en favor de Camboya en relación con la tercera petición, es decir que el templo estaba situado en territorio camboyano y también en cuanto al retiro de los elementos de las fuerzas armadas de Tailandia. En cuanto a la quinta petición referente a la devolución de ciertos objetos de valor que fueron sacados por Tailandia a partir de 1954, la Corte consideró que no se trataba de una ampliación de la demanda primitiva de Camboya, porque en el estado del procedimiento en el que fue presentada por primera vez hubiese sido considerada inadmisibile. Sobre el particular, manifestó: *“Elle est plutôt, comme la quatrième conclusion, implicite dans la revendication*

³⁵ Idem.

³⁶ Ibidem, p. 11.

*de souveraineté et en découle*³⁷. La Corte concluyó que no se demostró que los objetos hubiesen sido llevados del templo luego de la ocupación de Tailandia en 1954.

En esas condiciones, respecto de la cuestión de la restitución, la Corte falló solamente en principio en favor de Camboya, pero no en relación a objetos determinados.

Por lo tanto la Corte dictó sentencia en favor de Camboya no sólo en relación con lo solicitado expresamente en la demanda introductoria de instancia, sino también respecto del punto cinco de las conclusiones finales, ya que esa petición estaba implícita en las peticiones primitivas de Camboya. Ello, aún cuando la sentencia al respecto no fue totalmente coincidente con lo pedido pero, como se expresó más arriba, por cuestiones probatorias que no tienen nada que ver con el tema en estudio.

-ASUNTO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA DE F. NOTTEBOHM (Liechtenstein c/ Guatemala)

En la demanda introductoria de instancia interpuesta por el Principado de Liechtenstein contra la República de Guatemala el 17 de diciembre de 1951 el objeto de la demanda estaba definido en el punto a) que expresaba: "*Le gouvernement de Guatemala a agi contrairement au droit international et a engagé sa responsabilité internationale en procédant, sans justes motifs à la détention, à l'internation et à l'expulsion de M. Nottebhom, ainsi qu'au séquestre et à la confiscation de ses biens*"³⁸. Los otros puntos se relacionaban con las consecuencias de esos hechos atribuidos en la demanda a Guatemala, como la restitución de bienes retenidos, el pago de indemnizaciones, intereses, etc. En la sentencia del 18 de noviembre de 1953, la Corte rechazó la excepción preliminar de falta de competencia opuesta por Guatemala ya que, a la fecha de incoación de la demanda, la declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte efectuada por Guatemala estaba vigente³⁹.

³⁷ Ibidem, p. 36.

³⁸ CIJ, Recueil 1953, (Excéptions préliminaires), p. 112.

³⁹ Idem.

En la segunda fase de la Memoria se repitieron el objeto y las peticiones. En la Contrademanda, Guatemala opuso una excepción de inadmisibilidad por diversos motivos, como falta de negociaciones previas, ausencia de nacionalidad y falta de agotamiento de los recursos locales⁴⁰. Estos argumentos también los reiteró en la Dúplica⁴¹.

Liechtenstein en su Réplica expresó conclusiones referentes a la excepción formulada por Guatemala y en cuanto al fondo del asunto repitió las conclusiones finales de la Memoria⁴².

En las conclusiones finales, Liechtenstein pidió a la Corte pronunciarse primeramente acerca de que la naturalización obtenida el 13 de octubre de 1939 no era contraria al derecho internacional y en segundo lugar, que la reclamación de Liechtenstein por cuenta de Nottebhom, en tanto nacional de este país, era admisible ante la Corte⁴³.

Por otra parte, en las conclusiones finales Guatemala pidió a la Corte que se pronunciase sobre la inadmisibilidad de la demanda por varios motivos, uno de ellos, la irregularidad del otorgamiento de la nacionalidad de Liechtenstein a Nottebohm⁴⁴.

Así, para la Corte la verdadera cuestión que se le sometió se refería a la admisibilidad del reclamo de Liechtenstein respecto de Nottebhom y consideró a las demás conclusiones de ambos países como meros fundamentos de sus respectivos reclamos.

A mi entender, la posición de la Corte de definir primeramente la admisibilidad de la demanda no se contradice con el objeto y las peticiones del escrito introductorio de instancia ni con la Memoria, por cuanto la Corte siempre hubiera tenido que analizar en forma prioritaria si el otorgamiento de la nacionalidad por parte de Liechtenstein a Nottebhom, había sido regular desde el punto de vista internacional.

⁴⁰ CIJ, Recueil 1955, p. 9.

⁴¹ Ibidem, p. 10.

⁴² Ibidem, p. 18.

⁴³ Ibidem, p. 16.

⁴⁴ Idem.

-ASUNTO RELATIVO A LOS ENSAYOS NUCLEARES (Nueva Zelanda c/Francia)

Por nota del 9 de mayo de 1973, Nueva Zelanda depositó ante la Secretaría de la CIJ, una demanda introductoria de instancia contra Francia en relación a una controversia concerniente a la legalidad de los ensayos nucleares realizados por este último país en la región del Pacífico Sur.

Nueva Zelanda solicitó a la Corte decidir que los ensayos nucleares franceses que provocaban caída de material radioactivo en la región del Pacífico Sud constituían una violación de los derechos de ese país en relación con el derecho internacional y que esos derechos serían conculcados por todo nuevo ensayo.

En la primera fase del proceso la Corte abordó el tema de la competencia y de la admisibilidad de la demanda. Para ello, debía examinar una cuestión que estimó esencialmente preliminar y que consistía en establecer la existencia misma de una controversia. De acuerdo con el artículo 40 del Estatuto, es la demanda introductoria de instancia la que debe indicar el objeto del diferendo. Por tal motivo, la Corte consideró que debía examinar su existencia y naturaleza⁴⁵.

En ese sentido, la Corte constató que hubo un intercambio de correspondencia diplomática entre ambos países que demostraban preocupación por parte de Nueva Zelanda y cuyo objeto era conseguir la cesación de los ensayos. Puntualizó, además, que en la demanda Nueva Zelanda manifestó que en los encuentros del mes de abril de 1973 entre ambos gobiernos no se llegó a ningún acuerdo ya que Francia no podía dar certeza de la terminación del programa de ensayos nucleares⁴⁶.

La Corte consideró que, con posterioridad, se efectuaron varias declaraciones a nombre del gobierno francés, concernientes a la intención de este país en relación con las futuras experiencias nucleares en la región del Pacífico Sur⁴⁷.

⁴⁵ CIJ, Recueil, p. 463.

⁴⁶ Ibidem, p. 464.

⁴⁷ Idem.

Durante la primera fase del procedimiento, el Procurador General de Nueva Zelanda recordó la correspondencia diplomática intercambiada entre el 10 de junio y el 1º de julio de 1974, así como un comunicado de la presidencia francesa del 8 de junio de 1974 y una nota del 10 de junio de 1974 del Embajador de Francia en Washington, para ser transmitida al Gobierno de Nueva Zelanda y en la nota del Presidente de Francia del 1º de julio del mismo año. En sus observaciones el Fiscal indicó que notaba una evolución en la controversia pero que no era satisfactoria ya que nada de lo recibido podía considerarse como garantía firme de que el año 1974 vería el fin de los ensayos nucleares atmosféricos en el Pacífico Sud⁴⁸.

El 11 de junio el Primer Ministro de Nueva Zelanda remitió una nota al Presidente de Francia por vía diplomática en la que le pedía poner fin a una actividad de ensayos nucleares en la atmósfera.

Para la Corte surge de esas declaraciones que si Nueva Zelanda hubiera interpretado la nota del 10 de junio de 1974 como una promesa firme que en 1974 se pondría fin a los ensayos nucleares, hubiera considerado cumplido su objetivo.

La Corte consideró que la demanda introductoria de instancia de Nueva Zelanda debía interpretarse como aplicable únicamente a los ensayos nucleares en la atmósfera y no a otro tipo y como aplicable sólo a los ensayos atmosféricos realizados de manera que provocasen recaídas radioactivas sobre el territorio neocelandés⁴⁹.

Teniendo en cuenta las declaraciones más arriba reseñadas, la Corte consideró que era esencial examinar si Nueva Zelanda solicitaba a la Corte que dictase una sentencia que sólo precisase la existencia de un vínculo entre demandante y demandado o una sentencia que obligara a una o a las dos partes a tomar o abstenerse de tomar ciertas medidas. Para la Corte, su deber era circunscribir el verdadero problema en cuestión, como también precisar el objeto de la demanda e interpretar las conclusiones, ya que constituyen atributos de su función judicial⁵⁰.

⁴⁸ Ibidem, p. 465.

⁴⁹ Ibidem, p. 466.

⁵⁰ Idem.

Cuando la demanda no está bien formulada porque las conclusiones de las partes son inadecuadas, la Corte no tiene el poder de sustituir a éstas para formular nuevas sobre la base de tesis avanzadas y hechos alegados, pero no consideró que éste fuese el caso. La Corte expresó que ha ejercido varias veces la facultad que posee de descartar, si fuese necesario, ciertas tesis o ciertos argumentos presentados por una parte como elemento de sus conclusiones cuando ella los considere no como indicación de aquello que la parte le pide juzgar sino como los motivos invocados para que se pronuncie en el sentido deseado⁵¹.

En estas circunstancias, la Corte identificó el verdadero objeto de la controversia. Para ello, no sólo tuvo que tomar en consideración las conclusiones de la actora, sino el conjunto de la demanda, los argumentos que ésta desarrolló ante la Corte y los documentos que hacían fe. Si esos elementos delimitaban netamente el objeto de la demanda, debían influir consecuentemente en la interpretación de las conclusiones.

Es claro que la controversia tuvo su origen en los ensayos nucleares atmosféricos efectuados por Francia en la región del Pacífico Sur y que el demandante tuvo como objetivo inicial y que conservó durante el procedimiento, la cesación de esos ensayos. El propio demandante admitió implícitamente que los acontecimientos posteriores a la introducción de la instancia podían ser pertinentes cuando llamó la atención de la Corte sobre el comunicado del Presidente francés y la correspondencia diplomática subsiguiente, presentando observaciones al respecto ya que, como se dijo más arriba, en opinión de Nueva Zelanda no surgía de la misma que en 1974 los ensayos llegarían a su fin.

La Corte tomó en consideración todos esos hechos nuevos ya que las declaraciones iban siempre en el mismo sentido y la ayudaban a interpretar los documentos presentados por el demandante y que debían ser examinados para comprobar si existió un cambio en la intención de Francia respecto de esos ensayos⁵². Estimó, asimismo, que el comunicado del 8 de junio de 1974, la nota del Embajador de Francia del 10 de junio de 1974 y la nota del Presidente de Francia del 1º de julio del mismo año, anunciaron a Nueva Zelanda, que una vez terminada la campaña de ensayos de 1974, Francia cesaría las experiencias nucleares en la atmósfera. Esas

⁵¹ Ibidem, p. 467.

⁵² Ibidem, p. 468.

declaraciones constituían, en el plano internacional, actos jurídicos unilaterales.

El tribunal comparó el compromiso de Francia con la demanda formulada por Nueva Zelanda. Si bien este país le pidió que se pronunciara sobre derechos y obligaciones de las partes, Nueva Zelanda sostuvo todo a lo largo de la controversia que su objetivo último era la cesación de los ensayos, una promesa de que esos ensayos terminarían en 1974. Indicó en varias oportunidades que estaba dispuesto a aceptar tal promesa. Atento que Francia asumía ese compromiso, la Corte consideró que no existía razón alguna para pronunciarse sobre los derechos y obligaciones en el pasado⁵³. Por lo tanto, al constatar el tribunal que Francia había tomado el compromiso de no realizar ensayos atmosféricos en el Atlántico Sud estaba en presencia de una situación en la que el objetivo del demandante había sido efectivamente logrado⁵⁴.

La Corte concluyó que no era necesario ningún otro pronunciamiento en la especie, pues no entra en su función jurisdiccional tratar cuestiones en abstracto, una vez que llega a la conclusión que no hay que estatuir sobre el fondo. En efecto, la Corte indagó cuál era el verdadero objeto de la controversia a fin de comprobar si se había satisfecho con las declaraciones y notas de autoridades francesas, llegando a la conclusión de que no había nada que juzgar porque manifiestamente la demanda había perdido su objeto.

-ASUNTO RELATIVO A CIERTAS TIERRAS DE FOSFATO EN NAURU (Nauru c/Australia)

La isla de Naurú situada en el Océano Pacífico estuvo ocupada desde tiempo inmemorial por el pueblo originario y fue anexada en 1889 a Alemania e incorporada al Protectorado alemán sobre las Islas Marshall. Inmediatamente, en 1900 fueron descubiertos yacimientos de fosfatos lo que dio a las Islas una gran importancia estratégica. Después de la Primera Guerra Mundial, la Conferencia de Versalles le confió el mandato sobre la isla a Gran Bretaña pero el 2 de julio de 1919 Gran Bretaña, Australia y Nueva Zelanda concluyeron un acuerdo con la intención de reglamentar el

⁵³ Ibidem, p. 475.

⁵⁴ Idem.

ejercicio del mandato y la explotación de los yacimientos de fosfato, pero en los hechos el gobierno australiano tuvo preeminencia en su administración.

Luego de la Segunda Guerra Mundial la isla pasó al régimen de administración fiduciaria, siendo designados para ello, en forma conjunta, los gobiernos de Gran Bretaña, Australia y Nueva Zelanda, pero Australia continuó ejerciendo la autoridad efectiva.

Naurú accedió a la independencia en 1968 pero recién el 19 de mayo de 1989 presentó ante la CIJ una demanda introductoria de instancia en virtud del diferendo relativo a la recuperación de ciertas tierras de fosfatos explotadas con anterioridad a su independencia⁵⁵.

Posteriormente, depositó la Memoria el 20 de abril de 1990, solicitando en las conclusiones que Australia asumiese la responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones jurídicas, que ya habían sido detalladas en la demanda. Pero en este caso agregó que debía juzgar que Naurú tenía título jurídico sobre la parte asignada a Australia de los activos de ultramar de la British Phosphate Commissioners que fueron inventariados y liquidados en aplicación del acuerdo trilateral celebrado el 9 de febrero de 1987. Por tal motivo solicitó la reparación apropiada por todos los incumplimientos pero incluyendo también los citados activos de ultramar.

El 16 de enero de 1991, en el plazo fijado para el depósito de la Contramemoria, el gobierno australiano presentó excepciones preliminares, solicitando que se declarase la inadmisibilidad de la demanda.

La Corte rechazó las excepciones preliminares menos la relativa a los activos de ultramar, siendo éste el tema que interesa para este trabajo, ya que era una petición agregada en la Memoria que no estaba expresamente establecida en la demanda introductoria de instancia.

Por tal motivo, Australia afirmó que la petición de Naurú respecto a los activos de ultramar constituía una “demanda nueva” ya que apareció por primera vez en la Memoria y que Naurú no había demostrado la

⁵⁵ CIJ, Recueil, 1992, p. 265.

existencia de un vínculo real entre esa demanda y sus pretensiones referentes a la inobservancia del acuerdo de tutela y de la recuperación de las tierras de fosfatos. Para Naurú no constituía una nueva petición porque ésta tenía una estrecha relación con los elementos de hecho y de derecho relativos a la administración de la industria del fosfato desde 1919 hasta la independencia y aseveró que estaba implícita en las reclamaciones relativas a la violación de los acuerdos de tutela.

La Corte constató que en la demanda introductoria de instancia no hubo ninguna mención a la enajenación de los activos de la British Phosphate Commissioners ni en forma autónoma ni en relación con la petición de reparación presentada y que ninguna mención se hizo del acuerdo de 1987, no obstante la declaración contenida en una nota del 3 de julio de 1987 según la cual Nauru se reservaba evocar la cuestión en otra circunstancia⁵⁶.

Señaló también que Naurú agregó un párrafo separado para los activos de ultramar, por lo que, desde el punto de vista formal constituía una nueva petición. *“Il paraît à la Cour difficilement contestable que de liens puissent exister entre la demande formulée dans le mémoire et le contexte général dans lequel s’inscrit la requête”*⁵⁷. Pero la Corte fue de la opinión que para que la petición referente a los activos de ultramar pudiese considerarse incluida en la demanda original no era suficiente que existiesen vínculos de una manera general. La demanda adicional de la Memoria debía estar contenida implícitamente en la demanda original o debía derivarse directamente de la cuestión que era objeto de la demanda introductoria de instancia.

La Corte estimó que éste no era el caso. *“La Cour est convaincue que, si elle devait connaître d’un tel différend au fond, l’objet du différend sur lequel elle aurait en définitive à statuer serait nécessairement distinct de l’objet du différend qui lui a été originellement soumis dans la requête”*⁵⁸.

El párrafo 1 del artículo 40 del Estatuto estipula que el objeto de la controversia debe estar establecido en la demanda escrita al Secretario por la que se introduce la instancia y el artículo 38 del Reglamento requiere que

⁵⁶ Ibidem, p. 261.

⁵⁷ Ibidem, p. 266.

⁵⁸ Idem.

la naturaleza precisa de la demanda sea indicada en la misma. Para la Corte esas disposiciones son esenciales a la seguridad jurídica y a la buena fe y a la justicia.

Como corolario de lo expresado la Corte concluyó que la solicitud de Naurú referente a los activos de ultramar era inadmisibles ya que constituía, tanto formal como materialmente, una nueva demanda y que el objeto de la controversia que le fuera originalmente sometido se transformaría si la Corte acogiese esa demanda⁵⁹.

-ASUNTO RELATIVO A LA CONTROVERSIAS TERRITORIAL (Libia y Tchad)

El Gobierno de Libia notificó a la Secretaría de la CIJ, por Nota del 31 de agosto de 1990, un Acuerdo Marco entre Libia y Tchad sobre el arreglo pacífico de la controversia territorial suscripto por ambos países el 31 de agosto de 1989. En virtud del artículo primero ambos se comprometían a solucionar previamente dicha controversia por todos los medios políticos incluida la conciliación, dentro del plazo de un año, siempre que los respectivos Jefes de Estado no decidiesen otra cosa. En caso contrario, por el artículo 2, inciso a) del mismo instrumento legal, se comprometían a someterla a la CIJ⁶⁰.

Como en el plazo de un año, contado a partir de la celebración del Acuerdo Marco, no se llegó a ninguna solución, el Gobierno de Libia, efectuó su notificación a la Corte. En su demanda introductoria de instancia, Libia expresó lo siguiente: *“En vue de la poursuite de l’application de l’accord-cadre, et compte tenu du différend territorial entre les Parties, statuer sur les limites de leurs territoires respectifs conformément aux règles du droit international applicables en la matière”*⁶¹.

En ese escrito, se determinaba cuál era el objeto de la controversia desde el punto de vista de ese país. En efecto si bien se trataba de un conflicto territorial, al decir que la Corte debía estatuir los límites de

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ CIJ, Recueil 1994, p. 9.

⁶¹ Ibidem, p. 10.

acuerdo con el derecho internacional, se desprende que, desde su perspectiva, no existían límites e incumbía a la Corte determinarlos.

El 3 de setiembre de 1990, el Gobierno del Tchad depositó en la Secretaría de la Corte una demanda introductoria de instancia contra Libia. En esa presentación, Tchad indicó que los Jefes de Estado de las dos partes, en la Reunión Cumbre de Rabat del 22 y 23 de agosto de 1990, decidieron acudir a la CIJ y que su presentación era consecuencia de esa reunión y del artículo 2, inciso a) del Acuerdo Marco del 31 de agosto de 1989, que también notificó a la Corte. La petición a la Corte fue: *“déterminer le tracé de la frontière entre la République du Tchad et la Jamshiriya arabe libyenne, conformément aux principes et règles de droit international applicables en la matière entre les Parties”*⁶².

Es decir que, según Tchad no debían aplicarse los principios y reglas del derecho internacional en general sino las que estuvieran vigentes en el caso particular, algunas de las cuales se referían a los límites y eran de aplicación al caso concreto.

La Corte consideró que el Acuerdo Marco que se le notificó, señalaba el objeto de la controversia como de un diferendo territorial pero sin calificarlo, pero en los escritos y alegatos, las partes estuvieron en desacuerdo sobre su naturaleza. En su escrito inicial Libia definió la cuestión pidiendo a la Corte estatuir sobre los límites de sus territorios respectivos conforme a las reglas de derecho internacional. En cambio el Tchad, en su demanda inicial indicó que, en su opinión, había una frontera cuyo trazado no fue objeto de ninguna controversia hasta los años '70⁶³.

Por lo tanto, para Tchad el objeto del litigio consistía en definir la frontera existente, de manera definitiva, en aplicación de principios y reglas aplicables en la materia entre las partes.

Así Libia consideraba que no existían límites y pidió a la Corte determinarlos, en cambio, para Tchad existía una frontera y pedía a la Corte que declarase cuál era⁶⁴. En definitiva para Libia el asunto se trataba de una

⁶² Ibidem, p. 11.

⁶³ Ibidem, p. 14.

⁶⁴ Idem.

controversia concerniente a la atribución de territorio y para el Tchad se trataba de un diferendo sobre el trazado de un límite⁶⁵.

Cuando la Corte estudió los tratados existentes entre las partes encontró que la frontera estaba definida por el Tratado de Amistad y Buena Vecindad concluido entre las Partes el 10 de agosto, por lo tanto indicó el límite de acuerdo con ese Tratado⁶⁶.

En realidad el objeto de la controversia no era la existencia de un desacuerdo territorial, sino la calificación que cada una de las partes hacía de ese diferendo. Descubrir ese objeto fue clave para dictar la sentencia.

-ASUNTO RELATIVO A LA COMPETENCIA EN MATERIA DE PESQUERÍAS (España c/Canadá)

El 28 de marzo de 1995 el Reino de España depositó en la Secretaría de la CIJ una demanda introductoria de instancia contra Canadá en virtud de una controversia surgida por la modificación, el 12 de mayo de 1994, de la Ley canadiense sobre la protección de la pesca, y subsiguientemente de los reglamentos para la aplicación de dicha Ley. Como consecuencia de la legislación modificada, Canadá realizó ciertas acciones como la detención, inspección, aprehensión y captura en alta mar de un barco de pesca con pabellón español. España invocó como base para la competencia de la Corte, las declaraciones por las cuales ambos Estados aceptaron la jurisdicción obligatoria de conformidad con el artículo 36, parágrafo 2 de su Estatuto⁶⁷.

Por nota del 21 de abril de 1995 el Embajador de Canadá en los Países Bajos expresó que, en opinión de su país, la Corte no era competente en virtud de lo dispuesto por el inciso d) del párrafo 2 de la Declaración del 10 de mayo de 1994 por la que Canadá aceptó la competencia obligatoria de la Corte.

En efecto, la Declaración de Canadá del 10 de setiembre de 1985, estableció en el párrafo 2 algunas reservas que constituían excepciones a la

⁶⁵ Ibidem, p. 15.

⁶⁶ Ibidem, p. 40.

⁶⁷ CIJ, Compétence de la Cour, Recueil 1998, p. 435.

jurisdicción obligatoria, pero coincidentemente con la reforma de la legislación de pesca, dicho país formuló una nueva Declaración, el 10 de mayo de 1994, en la que agregó un inciso d) al párrafo 2, que expresa: *“les différends auxquels pourraient donner lieu les mesures de gestion et de conservation adoptées par le Canada pour les navires pêchant dans la zone de réglementation de l’OPAN, telle que définie dans la Convention sur la future coopération multilatérale dans les pêches de l’Atlantique Nord-Ouest, 1978, et l’exécution de telles mesures”*⁶⁸.

La Corte, mediante Resolución del 2 de mayo de 1995, luego de un acuerdo de partes, decidió que el procedimiento versaría primero sobre la cuestión de la competencia de la Corte para conocer la controversia.

En cuanto a los objetivos asignados a la reserva, la Corte constató el estrecho vínculo que existía entre la nueva Declaración y la modificación de la legislación de Canadá en materia de protección de pesca. La nueva Declaración fue depositada ante el Secretario General de la ONU el 10 de mayo de 1994, que era el mismo día en que el Proyecto de Ley modificatorio se presentaba al Parlamento canadiense. Para la Corte resultaba evidente de los debates parlamentarios y de las explicaciones dadas por las autoridades canadienses, que la nueva legislación estaba destinada a excluir de la jurisdicción de la Corte, las cuestiones que surgieran respecto de la licitud, desde el punto de vista del derecho internacional, de la legislación modificada y su puesta en marcha⁶⁹.

El tribunal se detuvo en el objeto de la controversia, pues si bien ambas partes consideraban que existía un diferendo entre ellas, no lo calificaban de la misma manera. Para España se centraba en la falta de título de Canadá para ejercer su jurisdicción en alta mar, así como en la inoponibilidad de su legislación interna a terceros, incluida España, motivo por el cual consideró que la conducta de Canadá era violatoria de sus derechos provenientes del derecho internacional y por ello se le debía una reparación⁷⁰.

Para Canadá, esa legislación lo único que hizo fue adoptar medidas de gestión y conservación de ciertos stocks para los buques que pescan en

⁶⁸ Ibidem, p. 439.

⁶⁹ Ibidem, p. 446.

⁷⁰ Idem.

la zona de reglamentación de la Organización Pesquera del Atlántico Norte (OPAN), así como la ejecución de esas medidas⁷¹. Sobre el particular, expresó: “*Les mesures de gestion et de conservation auxquels la réserve à l’examen se réfère sont celles qui sont adoptées par le Canada pour les navires pêchant dans la zone de réglementation de l’OPAN, telle que définie dans la Convention sur la future coopération multilatérale dans les pêches de l’Atlantique Nor-Ouest, 1978...*”⁷². Esa zona comprende una parte del alta mar.

España subrayó con insistencia que el demandante estaba calificado para presentar a la Corte el objeto de la controversia según su entender, de acuerdo con el artículo 40, párrafo 1 del Estatuto que exige que el objeto sea establecido en la demanda introductoria de instancia y el párrafo 2 del artículo 38 del Reglamento que requiere que en ésta figure la naturaleza precisa de las peticiones⁷³.

La Corte consideró que esas disposiciones eran esenciales para la seguridad jurídica y la buena administración de justicia. Por tal motivo debía siempre comenzar por examinar la demanda introductoria ya que a veces surgen dudas o puntos controvertidos en cuanto al objeto real de la controversia⁷⁴. En esos casos, la Corte no tiene que tener en cuenta sólo los términos de la demanda ni considerarse ligada por las afirmaciones del demandante.

El tribunal señaló que, si bien debía prestar particular atención a la controversia tal como se encontraba definida por el demandante, le correspondía a ella misma determinarla, sobre una base objetiva, examinando sus posiciones, los intercambios diplomáticos, las declaraciones públicas y otros elementos de prueba pertinentes.

Por ese motivo, para pronunciarse sobre la cuestión preliminar de competencia, la Corte debía definir cuál era la controversia entre las partes teniendo en cuenta la demanda española, así como las exposiciones orales y escritas presentadas por ambas partes ante la Corte⁷⁵.

⁷¹ Ibidem, p. 447.

⁷² Ibidem, p. 463.

⁷³ Ibidem, p. 448.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ Ibidem, p. 450.

Esencialmente, la controversia consistía en saber si las acciones de Canadá violaron los derechos de España en relación con el derecho internacional, surgiendo de ello su derecho a la reparación, pero le correspondía a la Corte decidir si las partes le habían conferido la facultad de conocer ese diferendo. Establecer o no la competencia de la Corte no es una cuestión que pertenece a las partes sino a la propia Corte, ya que consideró que no existe carga de la prueba para las partes en materia de competencia⁷⁶.

La Corte analizó las Declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria. Por nota del 21 de abril de 1995, Canadá le hizo saber que la demanda encuadraba en los términos de la reserva establecida en el inciso d) del párrafo 2 de la Declaración canadiense de 1994. En este punto la Corte recordó que la interpretación de las declaraciones efectuadas en razón del inciso 2 del artículo 36 del Estatuto y las reservas que ellas formulan, tienen por efecto establecer la existencia de un mutuo consentimiento para otorgarle competencia a ese tribunal. Pertenece a cada Estado cuando formula su declaración establecer los límites que asigna a su aceptación de la jurisdicción de la Corte. La jurisdicción existe en los términos en que ha sido aceptada⁷⁷.

La Corte destacó la diferencia fundamental existente entre la aceptación, por parte de un Estado de la jurisdicción de la Corte y la compatibilidad de sus actos con el derecho internacional. La aceptación necesita consentimiento. en cambio la compatibilidad sólo podrá establecerse cuando se examine el fondo del asunto La reserva del inciso d) de la Declaración del 10 de mayo de 1994 se agregó en consonancia con la modificación de la legislación canadiense sobre la protección de la pesca, por lo tanto quedaba sustraído ese conflicto de la jurisdicción de la Corte⁷⁸.

Según la parte demandante la expresión “medidas” del inciso d) del párrafo 2 de la Declaración de 1994, tenía que ser interpretada conforme al derecho internacional y por lo tanto quedaban excluidas aquellas medidas unilaterales adoptadas por un Estado en detrimento de los derechos de otros. El derecho internacional contempla las medidas que pueden tomarse

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Ibidem, p. 453.

⁷⁸ Ibidem, p. 456.

dentro de la Zona Económica Exclusiva, las que serán dirigidas contra navíos apátridas o las que se inscriban en un cuadro convencional. Por su parte, Canadá sostuvo que “medida” es un término genérico que en las convenciones internacionales engloba leyes, reglamentos y actos administrativos, y las medidas de gestión y conservación comprende todas las que toman los Estados en relación con los recursos biológicos del mar⁷⁹.

El tribunal observó que, en un sentido ordinario, esa palabra es amplia, implica un acto, un trámite, una forma de actuar, sin límite particular respecto de su contenido material. En derecho internacional para que una medida pueda ser considerada como de gestión y conservación, es suficiente que tenga por objeto gerenciar y conservar recursos biológicos y responde a diversas características técnicas. Así se ha utilizado en los tratados y en la práctica de los Estados y también de ese modo la utilizó Canadá en la reserva⁸⁰.

La Corte se pronunció en el sentido que, interpretando el texto de la reserva de una manera natural y razonable, nada permitía concluir que Canadá tuvo la intención de utilizar la expresión “medidas de gestión y administración” en un sentido diferente al comúnmente admitido en derecho y la práctica internacionales⁸¹.

El tribunal concluyó que la modificación por parte de Canadá de su legislación interna y la reglamentación de la ley de protección de pesca costera constituían medidas de gestión y conservación en su sentido ordinario. En relación a los buques, Canadá negó que las medidas se limitaran a los buques apátridas, como consideraba España. Para la Corte las medidas se referían a todos los navíos. Además, si bien Canadá no estaba autorizado para ejercer el uso de la fuerza contra los navíos para hacer cumplir las medidas, la Corte manifestó que la detención, inspección y la aprehensión de los buques siempre son realizadas con un mínimo de fuerza que está incluida en la noción de ejecución⁸².

Finalmente, tal como la Corte definió el objeto de la demanda, éste entraba en la excepción del inciso d) del artículo 2 de la Declaración de

⁷⁹ Ibidem, p. 460.

⁸⁰ Ibidem, p. 461.

⁸¹ Ibidem, p. 462.

⁸² Ibidem, p. 465.

1994, por lo cual, la Corte consideró que no era competente para entender en la demanda de España contra Canadá⁸³.

-ASUNTO RELATIVO AL DIFERENDO TERRITORIAL Y MARÍTIMO
ENTRE NICARAGUA Y HONDURAS EN EL MAR CARIBE
(Nicaragua c/ Honduras)

El 8 de diciembre de 1999, la República de Nicaragua presentó ante el Secretario de la CIJ una demanda introductoria de instancia contra la República de Honduras respecto de una controversia relativa a la delimitación de zonas marítimas entre ambos países en el Mar Caribe. Uno de los requerimientos de la demanda fue que la Corte determine: “...*le tracé d’ une frontière maritime unique entre les mers territoriales, les portions de plateau continental et les zones économiques exclusives relevant respectivement du Nicaragua et du Honduras, conformément aux principes équitables et aux circonstances pertinentes que le droit international général reconnaît comme s’ appliquant à une delimitation de cet ordre*”⁸⁴. Asimismo, se reservó el derecho de completar o modificar esa demanda.

Pero, posteriormente en la Memoria, si bien no formuló la reivindicación de la soberanía en el marco de una demanda formal, se reservó: “...*les droits souverains attachés à tous les îlots et rochers qu’ il revendique dans la zone contestée a savoir...*”, sin que la enumeración fuera exhaustiva, pero citó expresamente una lista⁸⁵.

En el curso de la primera ronda del procedimiento oral, el agente de Nicaragua declaró que a fin de que no hubiese ningún malentendido sobre la cuestión de la soberanía sobre las islas e islotes situados en la zona en litigio, Nicaragua indicaba desde ese momento que en las conclusiones finales del procedimiento oral solicitaría que esa cuestión fuese tratada por la Corte⁸⁶.

Efectivamente, en dichas conclusiones Nicaragua petitionó a la Corte, sin perjuicio del trazado final de la frontera marítima única tal como

⁸³ Ibidem, p. 467.

⁸⁴ CIJ, Recueil, 2007, p. 694.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Ibidem, p. 695.

está descrita en los escritos y en la audiencia, “*de trancher la question de la souveraineté sur les îles et cayes situées dans la zone en litige*”⁸⁷.

La Corte consideró que no cabía duda alguna que el demandante en su escrito introductorio de instancia debía identificar la controversia y exponer las peticiones que le sometía ya que, el párrafo 1 del Artículo 40 del Estatuto de la Corte exige que el objeto de la controversia debe estar indicado en ese escrito y el artículo 38 del Reglamento prescribe que ese escrito inicial debe establecer la naturaleza precisa de la demanda⁸⁸.

El tribunal observó que, desde un punto de vista formal, la demanda relativa a la soberanía sobre las islas situadas en la zona marítima en litigio formulada por Nicaragua en sus conclusiones finales, constituía una demanda nueva en relación con las que había presentado en el escrito introductorio de instancia y en los demás escritos⁸⁹.

Sin embargo el carácter de “nueva” de una demanda puede ser sólo aparente, por lo que no es decisoria en sí misma para decidir su admisibilidad. Para determinar si lo es o no, la Corte debe considerar si está materialmente incluida en la demanda original⁹⁰.

Pero agregó que para ello no es suficiente que existan entre ambas presentaciones un vínculo de naturaleza general, sino que hace falta que la demanda adicional esté implícitamente contenida en la demanda introductoria de instancia o que derive directamente de la cuestión que fue objeto de ella⁹¹. Por tal motivo, correspondía a la Corte determinar si la nueva demanda de Nicaragua relativa a la soberanía sobre las islas en la zona en litigio era admisible a tenor de los criterios enunciados.

La zona marítima a delimitar en el Mar Caribe incluía varias islas que podían generar un mar territorial, una zona económica exclusiva y una plataforma continental así como un cierto número de rocas que podían también generar un mar territorial. Las partes consensuaron que ninguna de las formaciones terrestres situadas en la zona marítima en litigio debían ser

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ Ibidem, p. 696.

reputadas *terra nullius*, pero ambas se disputaban la soberanía⁹². La Corte subrayó en repetidas oportunidades que la tierra domina el mar.

De ello se desprende que es la situación territorial que se debe tener en cuenta para determinar los derechos de un Estado costero. Del inciso 2 del Artículo 125 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, que refleja la costumbre existente, se desprende que las islas, cualquiera sea su denominación, generan los mismos derechos en el mar que los otros territorios que tienen calidad de tierra firme⁹³.

La Corte consideró que para trazar una frontera marítima única en una zona del Mar Caribe donde se encuentran muchas islas y rocas, debía examinar cómo esas formaciones marítimas podrían influir en la línea de frontera. Habría que comenzar por determinar a qué Estado pertenecen esas islas y rocas situadas en la zona en litigio. La Corte consideró que debía actuar de esa forma tanto si la demanda hubiera formulado o no una petición en ese sentido. En tales condiciones, la demanda relativa a la soberanía de las islas y rocas estaba implícitamente contenida en el objeto de la demanda introductoria de instancia de Nicaragua.

La Corte concluyó sobre este aspecto que la demanda de Nicaragua relativa a la soberanía sobre las islas situadas en la zona marítima en litigio era admisible ya que era inherente a la demanda inicial concerniente a la delimitación marítima entre ambos países en el Mar Caribe⁹⁴.

En la demanda introductoria de instancia Nicaragua no presentó la reivindicación de las islas situadas al Norte del paralelo 15° y fue recién en la Memoria que depositó el 21 de marzo de 2001 que mencionó esa pretensión, pero sin fundamentarla desde un punto de vista jurídico⁹⁵. Solamente la estableció, en forma expresa, en las conclusiones finales del proceso oral. Sin embargo, la Corte al estudiar el tema consideró que irremediamente hubiera tenido que estudiar en primer lugar a qué Estado correspondía la soberanía de las islas, para luego proceder a la de limitación marítima.

⁹² Idem.

⁹³ Idem.

⁹⁴ Ibidem, p. 697.

⁹⁵ Idem.

Como corolario cabe afirmar que, en este caso, la petición era viable, ya que si bien formalmente se la podía calificar de “nueva”, en realidad estaba implícita en lo peticionado en la demanda introductoria de instancia.

-ASUNTO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA DE AHMADOU SADIO DIALLO (República de Guinea c/República Democrática del Congo)

El 28 de diciembre de 1998, la República de Guinea presentó ante la Secretaría de la CIJ, una demanda introductoria de instancia contra la República Democrática del Congo (llamada Zaire entre 1971 y 1997), por una controversia relativa a supuestas violaciones graves de derecho internacional cometidas por la parte demandada contra el Sr. Diallo, nacional de Guinea.

Dicha demanda estaba constituida por dos partes, la primera contenía una exposición sucinta del objeto del diferendo, la competencia y la sustentación jurídica. En la segunda se especificaban los hechos, el origen de la controversia, se desarrollaba el derecho y se indicaban las peticiones⁹⁶.

En la primera parte, Guinea sostuvo que el Sr. Diallo era un hombre de negocios que vivió 32 años en el Congo y que fue injustamente detenido, encarcelado y expoliado de sus importantes inversiones, empresas, bienes, muebles, inmuebles, bancarios y luego expulsado. Estas acciones se realizaron en el período 1995-1996. Según Guinea, la expulsión ocurrió en un momento en el que Diallo perseguía el cobro de importantes créditos detentados por sus empresas contra el Estado o empresas petroleras protegidas por el Estado.

El arresto, la detención y la expulsión constituyeron, según Guinea, violaciones al principio del trato a extranjeros según el estándar mínimo de civilización, de la obligación de respeto a la libertad, a la propiedad de los extranjeros y al reconocimiento a los extranjeros inculminados del derecho a un juicio equitativo y contradictorio, por una jurisdicción imparcial⁹⁷.

⁹⁶ www.icj-cij.org/docket/files/103/16245.pdf, p. 7.

⁹⁷ *Idem*.

El 3 de octubre de 2002, el Congo planteó excepciones preliminares sobre la admisibilidad de la demanda y el 24 de mayo de 2007 la Corte declaró la demanda admisible sólo en lo que se refería a la protección de los derechos de Diallo en cuanto individuo y a la protección de sus derechos propios en tanto asociado a las sociedades Africom-Zaire y Africontainers-Zaire, pero no admisible en cuanto a las acciones alegadas contra derechos propios de las mencionadas sociedades⁹⁸.

Tanto en la demanda introductoria de instancia como en la memoria, Guinea se refirió a hechos acaecidos en el período 1995-1996, pero parecería que Diallo sufrió distintos tipos de encarcelamiento por causas diferentes. Primero fue arrestado el 25 de enero de 1988 y encarcelado hasta enero de 1989. Luego, el 31 de octubre de 1995 el Primer Ministro firmó un Decreto de expulsión, lo que motivó que fuera arrestado el 5 de noviembre de 1995, después fue puesto en libertad y arrestado nuevamente y finalmente expulsado el 31 de enero de 1996⁹⁹.

Durante sus conclusiones, Guinea sostuvo que Diallo fue víctima en 1988-1989 de medidas de arresto y detención por parte de autoridades del Congo y después de medidas de arresto, detención y expulsión en 1995-1996.

El Congo sostuvo que la demanda relativa a los hechos de 1988-1989 se presentó extemporáneamente y por lo tanto debía ser declarada inadmisibile.

La Corte advirtió que Guinea presentó por primera vez su demanda relativa a los hechos de 1988-1989 en su Réplica del 19 de noviembre de 2008, con posterioridad a la sentencia de la Corte sobre las excepciones preliminares. En la Dúplica, el Congo afirmó que Guinea introdujo una nueva petición por vía de la Réplica, cambiando subsecuentemente los términos de la demanda principal en un estadio inapropiado del procedimiento, agregando que de haberla presentado en tiempo, el Congo hubiera interpuesto la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos.

La Corte consideró que debía examinar en primer lugar si la

⁹⁸ Ibidem, p. 8.

⁹⁹ Ibidem, p. 13.

demanda de marras era efectivamente tardía y, por ende debía ser rechazada. Si por el contrario, se concluyese que no fue extemporánea, la Corte debería determinar si el Congo tenía derecho a oponer en ese estadio del procedimiento, la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos¹⁰⁰.

La Corte comprobó que las acciones del Congo, en ambos períodos, respondían a distintas situaciones y señaló que: “De façon significative, alors que dans les conclusions terminales de son mémoire, la Guinée priait la Cour de juger ‘ qu’en procédant a *l’arrestation arbitraire* et à la expulsion de M.Ahmadou Sadio Diallo....la RCD a commis des faits....qui engagent sa responsabilité ‘ (les italiques sont de la Cour), les conclusions de la réplique sont formulées à l’identique, à la différence près que les mots au singulier qui apparaissent en italique ci-dessus sont remplacés par le pluriel des arrestations arbitraires”¹⁰¹. Ello significa que se pasó del singular al plural, tratando de incluir, por vía de este artificio, las conductas de ambos períodos.

En lo relativo a las demandas adicionales la Corte desarrolló una jurisprudencia bien establecida sobre el artículo 40 párrafo 1 del Estatuto y artículo 38 inciso 2 y artículo 49 inciso 1 del Reglamento, que es la que revisamos en el presente trabajo.

Para la Corte, una nueva petición no es inadmisibile *ipso facto*, lo que es decisivo es la naturaleza del vínculo entre la nueva y las formuladas en la demanda principal. La nueva petición tiene que estar implícitamente contenida en la demanda introductoria de instancia o desprenderse directamente de la cuestión que hace al objeto de la demanda. Éstos constituyen los criterios que la Corte hubo de tener en cuenta para determinar si la demanda de Guinea relativa a los hechos de 1988-1989, era sólo formalmente nueva con relación a la demanda inicial o, por el contrario, no tenía ningún vínculo ni se desprendía de ella¹⁰².

En este caso concreto la demanda inicial se refería a las violaciones de los derechos individuales que resultaron de las medidas de arresto, detención y expulsión ocurridas en el período 1995-1996. La Corte

¹⁰⁰ Ibidem, p. 15.

¹⁰¹ Ibidem, p. 17.

¹⁰² Ibidem, p. 19.

consideró que las alegaciones referentes a otras medidas de arresto y detención tomadas en otro momento y en otro contexto, no podían ser consideradas como implícitamente contenidas en la demanda introductoria de instancia, incluso tenían bases jurídicas diferentes. Asimismo, según la Corte se perjudicaría el derecho de la parte demandada de presentar excepciones preliminares atento que, después de la Contramemoria ya no tendría posibilidad de hacerlo. En este caso de protección diplomática, la demanda adicional se relacionaba con hechos respecto de los cuales las vías de recursos disponibles en el orden interno eran diferentes de aquéllas que podrían oponerse en la demanda original, como ser el agotamiento de los recursos internos¹⁰³.

Por razones análogas no hay posibilidad que se la considere como proveniente directamente del objeto del escrito introductorio de instancia, ya que si bien los objetos de cada una pueden considerarse próximos, son de naturaleza diferente y causas también diferentes¹⁰⁴.

Atento a ello, consideró inadmisibile la demanda adicional referente a los hechos acaecidos en el período 1988-1989.

IV. Conclusiones

El análisis, tanto de los textos de los Estatutos de la CPJI y de la CIJ, como de sus respectivas y sucesivas reglamentaciones, así como de los casos que se plantearon ante ambos tribunales, permite extraer conclusiones muy precisas sobre la oportunidad en que se deben establecer el objeto de la controversia y el objeto de la demanda, esto último a través de las peticiones que se le formulan a la Corte para la solución de la controversia, insertas en las conclusiones. Ahora bien, es necesario tener en claro que las conclusiones, además de las peticiones a la Corte contienen frecuentemente los fundamentos o motivaciones de tales peticiones, por lo que el tribunal debe extraer de entre ellas cuáles son realmente las peticiones.

El requisito fundamental a tener en cuenta es que el objeto de la controversia en el proceso contencioso ante la CIJ, como lo fuera ante su antecesora la CPJI, debe establecerse en la demanda introductoria de

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 20.

instancia. En los casos que se presente vía compromiso, el objeto de la controversia debe incorporarse a ese instrumento o constar en el escrito de notificación a la Corte.

Como afirma Aslaoui, la función jurisdiccional internacional está ligada a la existencia de una controversia entre Estados. Este autor manifiesta que, en el orden jurídico interno, la existencia de una controversia no es inherente a la definición de la función jurisdiccional, el elemento esencial de la instancia en este caso lo constituye el objeto de la demanda, es decir de la pretensión. Al contrario, para el juez internacional el elemento esencial de la instancia es el desacuerdo sobre el que debe estatuir y fuera del cual no hay jurisdicción. Dice este autor: “*En résumé, on peut dire qu’il ne peut y avoir procès international sans différend, que la fonction juridictionnelle internationale consiste à trancher un différend, qu’au cours d’un procès déterminé seules les demandes (conclusions) qui expriment ce différend peuvent être examinées au fond*”¹⁰⁵. Así, como hemos visto a través de los textos y fallos analizados, la mención del objeto de la controversia debe efectuarse en la demanda introductoria de instancia. En cuanto a lo petitionado a la Corte, el inciso 2 del Artículo 38 del Reglamento vigente, establece que la demanda introductoria de instancia deberá indicar entre otros requisitos: “la naturaleza precisa de lo demandado”.

Es decir que en el escrito introductorio debe también constar lo que se petitiona a la Corte, además del objeto de la controversia. El término “conclusiones”, aparece recién en el artículo 42 del Reglamento, pues cuando éste se refiere al contenido de la Memoria expresa que debe constar de la exposición de los hechos, del derecho y las conclusiones. Sin embargo, las conclusiones que incluyen las peticiones ya deben estar contenidas en el primer escrito porque se refieren a la naturaleza precisa de lo demandado. Es más, según el inciso 4 del artículo 49 de ese texto legal las conclusiones pueden presentarse hasta el fin del procedimiento oral. Ello significa que las pretensiones pueden desarrollarse durante el procedimiento pero no que puedan cambiar alejándose del objeto de la controversia, como tampoco del objeto de la demanda primigeniamente planteados.

En efecto, ese desarrollo no puede transformar y ni siquiera corregir

¹⁰⁵ Omar Aslaoui, op. cit., p. 41.

el objeto de la controversia establecido en la demanda introductoria de instancia. Dicho objeto constituye un parámetro fijo e imprescindible que va a permitir contrastar la admisibilidad de las peticiones que presente la parte actora a lo largo del procedimiento hasta las conclusiones finales, pero involucra también a la parte demandada, porque incluso las reconvencciones deben atenerse al objeto de la controversia.

Por su parte, el objeto de la demanda, es decir la pretensión, lo que se solicita al juez, si bien debe estar en esa pieza introductoria, existe una diferencia en cuanto al origen de la obligatoriedad. Para el Estatuto de la Corte, en el inciso 1º de su artículo 40, el requisito está circunscripto al objeto del diferendo, en cambio, es recién el Reglamento en su artículo 38 el que incluye el objeto de la demanda. Es lógico que se exija claridad y precisión *ab-initio* tanto en el objeto de la controversia como en las pretensiones, porque es un principio fundamental consagrado por la jurisprudencia de los distintos tribunales, que un juez está ligado por las peticiones de las partes en el proceso y no puede, bajo pena de nulidad estatuir más allá de los puntos sobre los que es requerida su sentencia¹⁰⁶.

Por lo tanto, las conclusiones son muy importantes porque deben consistir en el estricto enunciado de los puntos a resolver por el fallo que emita el tribunal, su razón de ser es facilitar al Juez su tarea evitándole el riesgo de cometer errores en la determinación de esas cuestiones a resolver. Sobre el particular Aslaoui reitera lo que ya hemos visto que la Corte expresa muchas veces y es que las pretensiones deben estar despojadas de los motivos o fundamentos. Sobre este punto agrega: "*L'exposé y gagnera en clarté; de plus, le juge n' étant pas de tenu de motiver sa décision à l'aide de l'argumentation des parties et ne devant examiner que ce qui constitue ' l'énoncé précis et direct d'une demande', il serait vain d'insérer dans les conclusions des éléments qui devraient rester dans le motifs de la demande, dans le secret espoir de les retrouver incorporés au dispositif de la sentence et revêtus ainsi de l'autorité de la chose jugée*"¹⁰⁷. No obstante ello, es muy común, reitero, encontrar en las conclusiones peticiones mezcladas con fundamentos.

Cabe señalar, sin embargo, que en muchos casos el objeto de la controversia o de la demanda no han sido claros. Por ejemplo en el asunto

¹⁰⁶ Omar Aslaoui, op. cit., p. 32.

¹⁰⁷ Omar Asloui, op. cit., p. 34.

de Libia y Chad, ambas partes coincidían que existía entre ellas una controversia territorial pero, como hemos visto, cada una de ellas interpretaba en distinta forma cuál era la controversia territorial. Corresponde al Juez, entonces, clarificar cuál es el verdadero objeto de la controversia. En efecto, en algunas oportunidades, el objeto del litigio, aparece redactado de forma tal que resulta confuso o acompañado de motivaciones de la demanda pero que no comportan su verdadero objeto. La Corte, como se ha podido comprobar en el análisis de casos, en algunos de éstos ha debido abocarse a indagar el verdadero objeto de la controversia. Lógicamente si, luego de ese análisis, no apareciese el objeto en forma clara la demanda será considerada inadmisibile.

En este contexto, el Tribunal debe valorar la admisibilidad o inadmisibilidad de las nuevas peticiones que se van desarrollando en el curso de una instancia.

Como lo expresó el tribunal en el caso Diallo, una nueva petición en el curso del procedimiento, no es inadmisibile *ipso facto*, pero para ser admitida, la nueva petición tiene que estar materialmente contenida en la demanda introductoria de instancia, aunque sea en forma implícita o debe desprenderse de ella. Sobre el particular cabe afirmar que no es suficiente que exista entre la petición de la demanda y la petición formulada posteriormente, un vínculo de naturaleza general, sino que éste tiene que ser concreto.

Pero si existiese un vínculo de tal carácter, la petición en realidad no sería “nueva”, sino un simple desarrollo de las peticiones vinculadas al objeto de la controversia.

El ejemplo más ilustrativo de esa situación lo constituye el diferendo territorial marítimo entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe. Nicaragua, recién en las conclusiones finales, peticionó a la Corte que declarara su soberanía sobre ciertas islas y cayos en la zona litigiosa. Pero, como se ha señalado, la petición era aparentemente nueva, ya que estaba implícitamente incluida en la demanda original, pues, como la tierra domina al mar, es evidente que no podría trazar una frontera marítima sin examinar la soberanía de las islas y rocas que van a influir en la zona de frontera.

En otros casos, como el de Diallo, en cambio, la Corte consideró que

la petición de incluir en la controversia las acciones del Congo producidas en el período 1985-1986, fue presentada recién en la Réplica, por lo que resultaba extemporánea ya que no se relacionaba con el objeto de la demanda que se refería a las acciones atribuidas al Congo en contra de Diallo en el período 1995-1996.

Un tema que no se ha planteado en estos casos es el valor que se le debe otorgar a las reservas que hacen las partes en las conclusiones de alguna o de todas las piezas de las actuaciones, a fin de completar, corregir o modificar las conclusiones. Un buen ejemplo de ello lo constituye el asunto relativo a las fábricas de pasta de papel sobre el Río Uruguay entre Argentina y Uruguay. En las conclusiones de la demanda introductoria de instancia, Argentina manifestó: “...*Sur la base de l'exposé des faits et des moyens juridiques qui précèdent, l'Argentine, tout en se réservant le droit de compléter, d'amender ou de modifier la présente requête pendant la suite de la procédure...*”¹⁰⁸. A su vez, realizó reservas del mismo tipo para completar o enmendar, llegado el caso, las conclusiones de la Memoria y de la Réplica, especialmente en función de la evolución de la situación o en vista a desarrollos ulteriores de la controversia¹⁰⁹.

También pueden encontrarse reservas de ese tipo en otros casos, como se ha visto precedentemente en el análisis efectuado en el presente trabajo.

Cabe preguntarse si esas reservas pueden ser consideradas como una suerte de cláusula paraguas para introducir peticiones que no estén incluidas en la demanda expresa o tácitamente o no se desprendan de ella. Entiendo que no, el objeto no podría cambiarse por esa vía y si existiera una petición que sólo fuera aparentemente nueva, la cláusula sería innecesaria. De todos modos, en el caso de las pasteras, el objeto fue muy bien planteado ya que cubría cualquier situación que se produjera en el desarrollo del procedimiento, como ser la construcción y puesta en funcionamiento de las obras proyectadas.

De todo lo expresado puede concluirse que la demanda introductoria de instancia o la notificación del compromiso a la Corte, según el caso, constituyen piezas claves de la mayor importancia para el desarrollo de

¹⁰⁸ www.icj-cij.org/docket/files/135/10778.pdf, p. 13.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 14-15.

todo el procedimiento, porque es en esas piezas que aparecen el objeto de la controversia y el objeto de la demanda y son las que constituyen el marco dentro del cual deberá pronunciarse el Juez.

Durante el procedimiento no pueden modificarse ni el objeto de la controversia ni las peticiones. Ello no significa que no puedan desarrollarse a través de las conclusiones de las distintas etapas del procedimiento oral o escrito, o que sean inadmisibles todas las modificaciones, sino sólo lo serán aquéllas que transformen, verdaderamente, la esencia del diferendo.

Si bien estos serían los parámetros generales utilizados por la CIJ, no podemos olvidar el caso de Bélgica c/ Grecia en la protección diplomática de la Sociedad Comercial de Bélgica, en que la CPJI tomó una actitud más pragmática, dándole importancia a la no objeción de Grecia para adoptar una interpretación más amplia y no considerar el procedimiento como irregular.

Del análisis que se ha efectuado de los casos surge que, si bien el frío texto del Estatuto y del Reglamento no permitiría a la Corte aceptar modificación alguna, en la práctica se ha abocado caso por caso a interpretar si existía o no una verdadera transformación del objeto de la controversia o de la demanda que le impidiera estatuir sobre el asunto en cuestión.

Según Aslaoui, la jurisprudencia de la Corte, al permitir a las partes profundizar y completar la exposición de la materia litigiosa en las piezas del procedimiento subsiguientes a la demanda introductoria de instancia, demuestra que está de acuerdo con el principio de la integridad intangible del diferendo. Cuando se trata de determinar cuál modificación está prohibida, conviene tomar como elemento de referencia no las conclusiones enunciadas antes de la modificación, o las cuestiones meneadas largamente entre las partes, sino el diferendo establecido en la demanda introductoria de instancia y ello no puede resultar más que de la interpretación del contenido de ese acto introductorio o del compromiso y por el análisis de los hechos de la cuestión litigiosa. El cambio del objeto de la pretensión no implica, necesariamente, la transformación del objeto de la controversia en otra. El autor expresa: "Aussi courante que soit la confusion entre l'objet du différend et l'objet de la demande, elle n'en est pas moins inexacte: l'objet de la demande ne devient objet ou élément du différend que lorsqu'il est

contesté...”¹¹⁰.

Sin embargo, finalmente este autor manifiesta que es la interpretación de la Corte quien da a las reglas de procedimiento su real significación. La Corte siempre se negó a hacer depender la solución de un litigio internacional a una simple regla de procedimiento y ha declarado que no se le puede dar tanta importancia, como en los procedimientos internos de los Estados, a las cuestiones de forma, teniendo en consideración que quienes litigan internacionalmente son los Estados mismos. Sin embargo, los acomodamientos que la Corte acuerda a las partes responden a objetivos de simplificación y eficacia pero no pueden servir para romper la estricta igualdad de las partes ni romper reglas establecidas. Es cierto que la Corte dispone de un poder discrecional amplio para tomar en consideración las circunstancias de cada caso, pero uno de los criterios decisivos retenidos por ésta consiste en el carácter razonable de la manera de proceder de las partes¹¹¹.

Las conclusiones del autor mencionado en realidad no difieren de las que he llegado a través del estudio de la jurisprudencia que se ha visto enriquecida por muchos casos posteriores al libro comentado. Estimo que la Corte se ha atenido al texto del Estatuto y del Reglamento. El objeto del diferendo debe estar indefectiblemente en la demanda introductoria de la instancia o en la notificación del compromiso o en el compromiso mismo. Es verdad que el Estatuto no dispone que se incorpore el objeto de la demanda, pero lo exige el reglamento. A todo lo largo del procedimiento se podrán desarrollar las peticiones pero no cambiarlas de modo tal que no respondan al objeto del diferendo. La Corte podrá también interpretar dicho objeto cuando no sea claro, pero no podrá transformarlo.

Todo ello en el contexto del respeto de la igualdad de las partes en el proceso y del carácter razonable de su manera de proceder. Sin embargo, considero que ese marco no es solamente aplicable a este tema sino a la actuación de la Corte en todos los casos.

¹¹⁰ Omar Aslaoui, op. cit., p. 124.

¹¹¹ Omar Aslaoui, op. cit., p. 126.