

RICARDO ARREDONDO / MARÍA DEL ROSARIO DE
LA FUENTE / SILVINA GONZÁLEZ NAPOLITANO /
HORTENSIA GUTIÉRREZ POSSE / MARCOS NELIO
MOLLAR / GLADYS SABIA DE BARBERIS / PAULA
VERNET

JOSÉ ALEJANDRO CONSIGLI (COORD.)

EL GENOCIDIO ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Reflexiones en torno al caso de Bosnia
contra Serbia sobre la aplicación de la
Convención para la Prevención y la
Sanción del Delito de Genocidio

EL GENOCIDIO ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Reflexiones en torno al caso de Bosnia
contra Serbia sobre la aplicación de la
Convención para la Prevención y la
Sanción del Delito de Genocidio

EL GENOCIDIO ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Reflexiones en torno al caso de Bosnia
contra Serbia sobre la aplicación de la
Convención para la Prevención y la
Sanción del Delito de Genocidio

JOSÉ ALEJANDRO CONSIGLI (COORDINADOR)

RICARDO ARREDONDO / MARIA DEL ROSARIO DE LA FUENTE /
SILVINA S. GONZÁLEZ NAPOLITANO /
HORTENSIA D. T. GUTIERREZ POSSE / MARCOS NELIO MOLLAR /
N. GLADYS SABIA DE BARBERIS / PAULA M. VERNET

2009

El genocidio ante la corte internacional de justicia: reflexiones en torno al caso de Bosnia contra Serbia sobre la aplicación de la convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio / Coordinado por José Alejandro Consigli. - 1a ed. - Buenos Aires : Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales-CARI, 2010.

268 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-1558-01-8

1. Derecho Internacional. I. Consigli, José Alejandro, coord.
CDD 340.9

*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, 2005
Uruguay 1037, piso primero
C1016ACA Buenos Aires, Argentina
Teléfono 4811-0071 al 74

Diseño de tapa: *Florencia Montal*
Diagramación y corrección: *Marcelo Iglesias*

Prohibida su reproducción total o parcial
Derechos reservados

INDICE

Presentación (<i>José Alejandro Consigli</i>)	9
El estatus de la República Federativa de Yugoslavia entre 1992 y 2000: “Una cuestión no libre de dificultades jurídicas” (<i>Maria del Rosario de la Fuente</i>)	13
El desistimiento de la instancia ante la CPJI y la CIJ (<i>N. Gladys Sabia de Barberis</i>)	57
¿Jurisdicción personal o capacidad para comparecer ante el tribunal? (<i>Hortensia D. T. Gutierrez Posse</i>)	135
El principio de cosa juzgada y su aplicación por la CIJ en el caso sobre Convención de genocidio (<i>Silvina S. González Napolitano</i>)	165
El concepto de genocidio en el derecho internacional actual a la luz de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Bosnia y Herzegovina c/ Serbia y Montenegro (<i>Paula M. Vernet y Marcos Nelio Mollar</i>)	201
La prevención del genocidio y la responsabilidad de proteger (<i>Ricardo Arredondo</i>)	231

PRESENTACIÓN

El vocablo “genocidio” fue creado en 1944, tomando como raíz el término griego *genos* –tribu, familia, o raza– y el latino *cidere* –matar–. Las tremendas realidades que el concepto invoca no son nuevas en la historia de la humanidad, pero en el siglo pasado tuvieron crueles y extendidas manifestaciones. Tantas fueron que en 1946, finalizada la Segunda Guerra Mundial, la Asamblea General de Naciones Unidas a través de una resolución declaró al genocidio como delito de derecho internacional, y en 1948 adoptó la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, que entró en vigor en 1951.

Quedó así configurado un crimen internacional, cuya prevención y persecución penal fue atribuida a los Estados. El establecimiento de la figura criminal no fue óbice para que en diversos sitios del mundo se continuaran realizando acciones con el objeto de “destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”. La comunidad internacional tomó cartas en muchas de esas ocasiones –a veces con excesivo retraso– a través de diversos foros; en 1998 el genocidio fue incluido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional como uno de los crímenes de su competencia, lo que otorga mayores garantías de la persecución y castigo de sus ejecutores, cómplices e instigadores.

Con el transcurso de los años, en algunos ambientes el uso del vocablo “genocidio” fue ampliándose más allá de la estricta definición dada por la Convención de 1948 y por el Estatuto de 1998. Tanto es así, que en muchas ocasiones la palabra genocidio se utiliza abusivamente, incluso por parte de altos tribunales estatales que parecen ignorar su preciso alcance en derecho. Y ese abuso hace correr el riesgo de que el término genocidio se banalice, y que por lo tanto la caracterización de este enorme crimen pueda perder trascendencia.

Por la repercusión pública de las atrocidades cometidas y porque anteriormente no se habían planteado procesos contenciosos respecto del genocidio ante la CIJ –únicamente en 1951 emitió una opinión consultiva– cuando en 1993 el Gobierno de Bosnia-Herzegovina presentó una demanda contra la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), se suscitaron grandes expectativas respecto de los contenidos de la futura sentencia.

Bosnia demandó a la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) por violación de varios artículos de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, así como de otros instrumentos internacionales y normas consuetudinarias, tales como los Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo Adicional I de 1977 y otros principios del derecho internacional humanitario, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Carta de las Naciones Unidas.

La demandante acusó a Serbia y Montenegro de la comisión de una serie de actos que constituían genocidio, ejecutados a partir de abril de 1992 por antiguos miembros del Ejército Popular Yugoslavo y por fuerzas militares y paramilitares serbias, bajo la dirección, instigación y asistencia de la demandada. Asimismo, inculpó a la parte demandada de haber sido responsable por el uso de la fuerza y amenazas contra Bosnia-Herzegovina, y de haber intervenido en sus asuntos internos, violando así los principios contenidos en la Carta de la ONU.

El proceso en sí fue largo, y se caracterizó por el planteamiento de excepciones preliminares y pedido de medidas provisionales, que llevaron a sucesivas decisiones de la CIJ y pedidos de revisión por parte de la demandada. La CIJ se pronunció sobre el fondo de la cuestión recién en febrero de 2007, en un fallo con varias opiniones disidentes.

El Instituto de Derecho Internacional del CARI –entonces bajo la dirección de la doctora Gladys Sabia de Barberis– entendió que dicho fallo contenía una rica variedad de temas jurídicos de alto interés para su estudio y análisis, y encaró el trabajo que hoy damos a conocer. Lo hizo también con la intención de continuar realizando un seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, que –presente desde la creación del Instituto en 1993– se ha concretado en varios seminarios y publicaciones.

La ubicación de las contribuciones en el libro intenta seguir un orden progresivo en el abordaje del asunto. En primer lugar el análisis de Maria del Rosario de la Fuente se orienta a discernir el status que la CIJ considera que tuvo la República Federal de Yugoslavia entre 1992 y 2000. Como es sabido, dicho Estado estaba integrado por seis Repúblicas y dos regiones autónomas, que sufrieron un complicado proceso de desintegración. Por lo

tanto, los asuntos relativos a la continuidad de la personería jurídica internacional, y la pertenencia a las Naciones Unidas —y por ende la sujeción al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la participación en los organismos especializados y las cuestiones relativas a la sucesión de tratados-, debieron ser abordados en el fallo de la CIJ, para poder determinar su propia competencia y definir las normas de aplicación al caso.

Por su parte, al tratar el desestimiento, la doctora Gladys Sabia de Barberis no se limitó a los contenidos de este proceso ante la CIJ, sino que —en un encomiable esfuerzo— abarcó todos los antecedentes de dicha institución en la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la misma CIJ. Nos encontramos por tanto, frente a un interesante trabajo, que va más allá de los límites que el Instituto se impuso al definir su investigación, y que viene a constituir un valioso y detallado aporte para todos quienes deseen profundizar en la cuestión del desestimiento, instituto que, en definitiva, se ha mostrado útil para permitir arreglos amigables a partir de la negociación entre las partes.

La bien reconocida suficiencia jurídica de la doctora Hortensia Gutierrez Posse, la lleva a abordar la sutil diferencia entre la capacidad de un Estado para comparecer ante la CIJ, del ejercicio de la jurisdicción por parte de ésta. Esta cuestión tuvo que ser motivo de decisión por parte de la Corte, ante la compleja situación planteada por la disolución de la República Federativa Socialista de Yugoslavia. La sentencia de fondo del 2007 resuelve este asunto, y soluciona las cuestiones interpretativas que se plantearon a raíz de otras decisiones dentro del mismo proceso entre 1992 y 2004.

La doctora Silvina González Napolitano realiza un detenido análisis doctrinal y jurisprudencial del principio de cosa juzgada y su aplicación en esta controversia, concluyendo con una consideración crítica, puesto que aprecia que no puede aplicarse dicho principio tocante a un asunto que no fue formalmente razonado en un fallo precedente de la misma CIJ, cuya autoridad de cosa juzgada se invoca.

Paula Vernet y Marcos Mollar examinan el concepto de genocidio en el derecho internacional actual y cuál ha sido su evolución a través de los distintos instrumentos jurídicos adoptados desde la creación de Naciones Unidas, para, seguidamente, analizar la interpretación que hace la CIJ a la

hora de aplicar la Convención de Genocidio a este caso concreto. La jurisprudencia anterior sobre genocidio siempre se había referido a la responsabilidad internacional individual, mientras que en este proceso la responsabilidad pretendía atribuirse a un Estado. Los autores traen a colación las opiniones controvertidas que en la doctrina ha suscitado este fallo, y a partir de todos estos elementos intentan precisar el concepto de genocidio en el derecho internacional actual.

Finalmente, Ricardo Arredondo aborda la interesante cuestión de la prevención del genocidio, analizando primero qué se entiende por prevención y los tipos de prevención. Luego revisa los aspectos relacionados a la violación de la obligación de prevención en el fallo *sub examine*, para reflexionar luego sobre la obligación de prevenir en el marco de la responsabilidad de proteger, lo que lleva a una explicación previa de este concepto. Sus conclusiones, se focalizan en la necesidad de llevar adelante medidas concretas para la prevención del genocidio, procurando evitar la repetición de este crimen en el futuro.

Por cierto que esta publicación no llega a abarcar todo el amplio abanico de temas que están incluidos de un modo u otro en el fallo de la CIJ. Asuntos como los criterios de admisibilidad, la reparación por responsabilidad, el incumplimiento de las medidas provisionales, etc. hubieran también podido ser examinados y profundizados; otros seguramente lo han hecho o lo harán.

Además del trabajo de los autores, esta publicación refleja la tarea general de todos los miembros del Instituto, a quienes quiero agradecer su esfuerzo y colaboración. Un especial agradecimiento merece en esta ocasión el trabajo de corrección, compilación y edición realizado por la doctora Silvina González Napolitano. El Instituto de Derecho Internacional del CARI aspira a realizar a través de este libro un aporte acotado pero concreto a la ciencia del derecho internacional. Pero más allá del plano científico, desea también poner algo de su parte para lograr que el aberrante crimen del genocidio no lesione nunca más a la humanidad.

José Alejandro Consigli
Instituto de Derecho Internacional
Director

EL ESTATUS DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE YUGOSLAVIA ENTRE 1992 Y 2000: "UNA CUESTIÓN NO LIBRE DE DIFICULTADES JURÍDICAS"*

*Maria del Rosario de la Fuente***

SUMARIO: I. Introducción; II. La disolución de la República Federativa Socialista de Yugoslavia según la Comisión Badinter; III. El estatus de la República Federativa de Yugoslavia según la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia; IV. El estatus de la República Federativa de Yugoslavia en las Naciones Unidas; V. El estatus de la República Federativa de Yugoslavia en los organismos especializados; A. Organización Marítima Internacional (IMO); B. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO); C. Agencia Internacional de Energía Atómica (IAEA); D. Fondo Monetario Internacional (IMF); E. Fondo de las Naciones Unidas para el Desarrollo de la Agricultura (FAO); F. Organización Mundial de la Salud (WHO); VI. La sucesión de la República Federativa Socialista de Yugoslavia en materia de tratados: República Federativa de Yugoslavia, ¿Estado continuador de la personalidad jurídica de la República Federativa Socialista de Yugoslavia en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio?; VII. La sucesión de la República Federativa Socialista de Yugoslavia en materia de bienes, archivos y deudas; VIII. Conclusión.

I. Introducción

Este trabajo tiene por objeto analizar el estatus que la República Federativa de Yugoslavia (en adelante, RFY) ostentó entre 1992 y 2000, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.

El tema bajo análisis se enmarca en el proceso de desintegración de la República Federativa Socialista de Yugoslavia (en adelante, RFSY). Ese

* Dejo constancia que el presente trabajo ha sido reelaborado sobre la base del trabajo de investigación que presentara para la aprobación del Seminario de Derecho Público I, a cargo del Dr. Ángel E. Molinari, correspondiente al segundo año del Doctorado en Ciencias Jurídicas. La copia de ese trabajo de investigación se encuentra archivada en la Secretaría de ese Doctorado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

** Profesora de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). LL.M. in International Law, The Fletcher School of Law and Diplomacy (Tufts University), 2009. Becaria UCA - Fulbright 2008-2009.

Estado estaba conformado por seis repúblicas (Bosnia-Herzegovina, Croacia, Eslovenia, Macedonia, Montenegro y Serbia) y dos regiones autónomas (Kosovo y Vojvodina). Su proceso de desintegración se inició, desde el punto de vista jurídico, el 27 de septiembre de 1990 cuando el Parlamento esloveno adoptó la supremacía de su legislación nacional sobre la legislación federal yugoslava. El 25 de junio de 1991, Croacia y Eslovenia declararon su independencia. La ex República Yugoslava de Macedonia lo hizo el 17 de septiembre de 1991; Bosnia-Herzegovina, el 6 de marzo de 1992. La República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) existió desde la adopción de su Constitución (27 de abril de 1992) hasta el 3 de febrero de 2003; el 4 de febrero, ese Estado adoptó el nombre de Serbia y Montenegro. El 3 de junio de 2006, Montenegro declaró su independencia de Serbia.

El 27 de abril de 1992, la República Federativa de Yugoslavia emitió una declaración formal en la que afirmaba su carácter de continuadora de la personalidad jurídica de la República Federativa Socialista de Yugoslavia y, en consecuencia, su condición de Miembro de las Naciones Unidas. El debate en la comunidad internacional se centró en precisar si la RFY, en su carácter de Estado sucesor de la RFSY, además, continuaba su personalidad jurídica.

La circunstancia de que la RFY continuara o no la personalidad jurídica de la RFSY incidía directamente sobre su estatus en las Naciones Unidas. A su vez, la definición sobre dicho estatus, determinaba si ella era o no Parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, al tiempo en que Bosnia-Herzegovina inició el procedimiento ante el Tribunal contra Yugoslavia (Serbia y Montenegro) sobre Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio el 20 de marzo de 1993.

Este análisis se propone precisar, desde un punto de vista jurídico, el estatus de la RFY entre el 27 de abril de 1992 y el 1º de noviembre de 2000. Para ello, abordaremos la cuestión conforme el siguiente esquema: la disolución de la RFSY según la Comisión Badinter (II), el estatus de la RFY según la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (III), el estatus de la RFY en las Naciones Unidas (IV), el estatus de la RFY en los organismos especializados (V), la sucesión de la RFSY en materia de tratados: RFY, ¿Estado continuador de la personalidad jurídica de la RFSY

en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio? (VI), la sucesión de la RFSY en materia de bienes, archivos y deudas (VII).

II. La disolución de la República Federativa Socialista de Yugoslavia según la Comisión Badinter

Durante el proceso de desintegración de la República Federativa Socialista de Yugoslavia y el conflicto armado que se desarrollaba en los Balcanes¹, la Comunidad Europea y sus Estados Miembros en la Conferencia de Paz sobre Yugoslavia el 27 de agosto de 1991² instituyeron una Comisión de Arbitraje³ (en adelante, Comisión Badinter).

Dicha Comisión debió pronunciarse⁴, en su primera opinión, sobre si el proceso de desintegración de la RFSY constituía un caso de separación de parte de un territorio de un Estado (hipótesis que conlleva la continuidad de la personalidad jurídica del Estado predecesor) como argumentaba la RFY, o si era un caso de disolución de un Estado (hipótesis que implica el cese de la existencia de la RFSY sin continuación de su personalidad jurídica).

Dicho pronunciamiento fue solicitado por el Presidente de la Conferencia de Paz⁵, Lord Carrington, el 20 de noviembre de 1991 ante la

¹ Para un análisis histórico-político del proceso de desintegración y el desarrollo del conflicto armado, *cf.* Marc Weller, "The International Response to the Dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia", 86 *AJIL* 569 (1992).

² Reunión extraordinaria de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Europea, Bruselas, 16 de diciembre de 1991. V. Declaración sobre Yugoslavia, 31 *I.L.M.* 1485 (1992).

³ La Comisión fue presidida por el Sr. Robert Badinter, Presidente del Consejo Constitucional de Francia e integrada por los Presidentes de las Cortes Constitucionales de Alemania e Italia, la Corte de Arbitraje de Bélgica y el Tribunal Constitucional de España.

⁴ Para un análisis de las opiniones emitidas por la Comisión Badinter en relación con el principio de libre determinación de los pueblos, *cf.* Alain Pellet, "The Opinions of the Badinter Arbitration Committee: A Second Breath for the Self-Determination of Peoples", 3 *EJIL* 178 (1992).

⁵ La Comisión de Arbitraje Badinter fue creada por la Comunidad Europea para decidir aquellas cuestiones jurídicas relativas al conflicto en Yugoslavia sobre las cuales, las partes en conflicto no llegaban a un acuerdo. Corresponde señalar que no estaba previsto, en el marco jurídico que establece la Comisión, la facultad del Presidente de la Conferencia de Paz de someter cuestiones jurídicas a la Comisión. V. *International Conference on the Former Yugoslavia Documentation on the Arbitration under the UN/EC (Geneva) Conference: Terms of Reference, Reconstitution of the Arbitration Commission, and Rules of Procedure*, 32 *I.L.M.* 1572 (1993).

divergencia de posiciones de las seis repúblicas que integraban la RFSY (Bosnia-Herzegovina, Croacia, Eslovenia, Macedonia, Montenegro y Serbia).

A la Comisión Badinter se le requirió que se pronunciara sobre si las seis repúblicas sucedían en pie de igualdad a la República Federativa Socialista de Yugoslavia y ese Estado predecesor cesaba en su existencia, sin posibilidad de que alguna de ellas reclamara continuar la personalidad jurídica de aquella. En su opinión No. 1 de 29 de noviembre de 1991, la Comisión estableció que la RFSY se hallaba en proceso de disolución. Señaló que correspondía a las repúblicas que la integraban acordar las cuestiones relativas a la sucesión de Estados conforme los principios y normas del derecho internacional, con particular consideración de las normas relativas a la protección internacional de los derechos humanos, derechos de los pueblos y las minorías⁶.

En este contexto, merece señalarse que se entiende por sucesión de Estados, la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio⁷.

A pesar de que la Comisión Badinter les señalara el camino, las seis repúblicas no suscribieron un acuerdo relativo a la sucesión de Estados en esa oportunidad⁸. El 4 de julio de 1992, la Comisión en su opinión No. 8 estableció que el proceso de disolución de la RFSY había concluido y ese Estado ya no existía, agregando que ninguno de los Estados sucesores podía

⁶ 31 I.L.M. 1494, 1497 (1992) §3 [...] “the Arbitration Committee is of the opinion that the Socialist Federal Republic of Yugoslavia is in the process of dissolution”.

⁷ Cf. artículo 2 (b) de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, adoptada el 23 de agosto de 1978. En vigor, el 6 de noviembre de 1996. Veintidós Estados son Parte en la Convención. 1946 U.N.T.S. 3. Asimismo, v. artículo 2 (b) de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas, adoptada el 8 de abril de 1983. No entró en vigor. Siete Estados Signatarios. *Official Records of the United Nations Conference on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts, vol. II*. También, cf. artículo 2 (a) del Proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional. UN Doc. A/RES/55/153 (2000).

⁸ Recién el 29 de junio de 2001, Bosnia-Herzegovina, Croacia, la ex República Yugoslava de Macedonia, Eslovenia y la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), suscribieron un acuerdo relativo a la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas. En vigor, 2 de junio de 2004. Fuente: Secretaría General de las Naciones Unidas en su carácter de depositario. Tratado registrado bajo No. 40.296.

reclamar la continuación de su personalidad jurídica⁹. En su decisión No. 9 de igual fecha, señaló que nuevos Estados habían sido creados en el territorio de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, la habían reemplazado; todos ellos eran sus sucesores¹⁰. Asimismo, indicó que la membresía de la RFSY en los organismos internacionales debía cesar según los instrumentos constitutivos de cada organización¹¹. En su opinión No. 10, emitida ese mismo día, afirmó que la RFY era un nuevo Estado¹².

Nótese que las opiniones de la Comisión Badinter constituyen un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho conforme lo establecido por el artículo 38 (1) (d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Como se analizará en la sección IV, ni el Consejo de Seguridad como tampoco la Asamblea General de las Naciones Unidas se refirieron expresamente a ellas.

También la Corte Internacional de Justicia conocía aquellas opiniones al momento de pronunciarse en el caso *sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia (Serbia y Montenegro)). El Tribunal se encontraba ante el proceso de desintegración de un Estado: la RFSY. Proceso que había concluido el 4 de julio de 1992 según la Comisión Badinter. Un Estado sucesor (la RFY) afirmaba continuar la personalidad jurídica de aquel Estado inexistente mientras los demás Estados sucesores y la comunidad internacional le negaban tal carácter.

⁹ 31 I.L.M. 1521, 1523 (1992) §4 “*The Arbitration Commission is therefore of the opinion that the process of dissolution of the SFRY referred to in Opinion No. 1 of 29 November 1991 is now complete and that the SFRY no longer exists.*”

¹⁰ *Ibidem* 1523, 1524 (1992) §1 “*New states have been created on the territory of the former SFRY and replaced it. All are successor states to the former SFRY.*”

¹¹ *Ibidem*, §4 “*the SFRY’s membership of international organizations must be terminated according to their statutes and that none of the successor states may thereupon claim for itself alone membership rights previously enjoyed by the former SFRY.*”

¹² *Ibidem*, 1525 (1992) §5 “*Consequently, the opinion of the Arbitration Commission is that the FRY (Serbia y Montenegro) is a new state which cannot be considered the sole successor to the SFRY.*”

III. El estatus de la República Federativa de Yugoslavia según la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia

La Corte se pronunció en diversas oportunidades sobre la condición de Miembro de la RFY en las Naciones Unidas y si ese Estado era o no Parte en su Estatuto durante los quince años transcurridos desde que Bosnia-Herzegovina inició, el 20 de marzo de 1993, el procedimiento ante el Tribunal en el *caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* hasta su sentencia de 18 de noviembre de 2008 en el *caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Croacia c. Serbia). En ese período, treinta y cuatro jueces –en distintas composiciones de la CIJ– se pronunciaron sobre el estatus de la RFY en las Naciones Unidas¹³.

Dichos pronunciamientos son: *a) caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia (Serbia y Montenegro)): *i)* Medidas provisionales, Providencia de 8 de abril de 1993; *ii)* Excepciones preliminares, Fallo de 11 de julio de 1996, *iii)* Excepciones Preliminares, Decisión de 3 de febrero de 2003 sobre el pedido de revisión de la decisión de 11 de julio de 1996 y *iv)* Fallo de 26 de febrero de 2007, *b) casos sobre la Legalidad del Uso de la Fuerza*: (Yugoslavia c. Alemania), (Yugoslavia c. Bélgica), (Yugoslavia c. Canadá), (Yugoslavia c. Francia), (Yugoslavia c. Italia), (Yugoslavia c. Países Bajos), (Yugoslavia c. Portugal), y (Yugoslavia c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte): Excepciones preliminares, Fallo de 15 de diciembre de 2004, y *c) caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Croacia c. Serbia): Excepciones preliminares, Fallo de 18 de noviembre de 2008.

¹³ Sólo el Juez Ranjeva ha participado, desde 1993, en todos los pronunciamientos de la CIJ que se han referido a la condición de la RFY en las Naciones Unidas entre 1992 y 2000. Los magistrados Shi y Koroma participaron en los mismos a partir de 1996. A la participación de esos treinta y cuatro jueces, debe sumársele la de los jueces *ad hoc* designados por Bosnia-Herzegovina –Elihu Lauterpacht y Ahmed Mahiou–, por la RFY –Vojin Dimitrijević y Milenko Kreća–, y por Croacia –Budislav Vukas–.

Esta jurisprudencia permite rescatar ciertas consideraciones que no están “libres de dificultades jurídicas”¹⁴ a la luz del principio lógico de no contradicción.

Recuérdese que, el 27 de abril de 1992, la RFY declaró formal y unilateralmente que ese Estado continuaba la personalidad estatal jurídica y política internacional de la RFSY y cumpliría estrictamente todos los compromisos que ella hubiera asumido internacionalmente¹⁵.

En 1993, la Corte determinó que era, *prima facie*, competente para dictar medidas provisionales en el *caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia) en virtud de que ambos Estados eran Parte en la Convención y con fundamento en el artículo IX de ese tratado¹⁶.

En su providencia de 8 de abril de 1993¹⁷, la Corte señaló que la solución adoptada en las Naciones Unidas respecto de la RFY no ha estado libre de dificultades de carácter jurídico¹⁸. Sostuvo que la cuestión acerca de si la RFY era o no Estado Miembro de la Organización y, como tal, Parte en su Estatuto, no era una cuestión que necesitara determinar en esa etapa del procedimiento¹⁹. Con fundamento en el artículo 35 (2) de su Estatuto²⁰, el

¹⁴ La expresión pertenece a la CIJ y ella la empleó para calificar el tratamiento que la cuestión tuvo por parte de otros dos órganos principales –Asamblea General y Consejo de Seguridad– de las Naciones Unidas.

¹⁵ UN Doc. S/23877 (1992). Carta de fecha 27 de abril de 1992 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Encargado de Negocios interino de la Misión Permanente de Yugoslavia ante las Naciones Unidas.

¹⁶ 78 U.N.T.S. 277. En vigor, el 12 de enero de 1951. Ciento cuarenta Estados son Parte. Artículo IX: “*Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia*”.

¹⁷ Para un análisis sobre esa decisión, v. Christine Gray, “Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Orders of Provisional Measures of 8 April 1993 and 13 September 1993”, 43 *Int'l & Comp. L. Q.* 704 (1994).

¹⁸ CIJ, *caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia (Serbia y Montenegro)), Medidas provisionales, Providencia de 8 de abril de 1993, *Recueil* 1993, p. 14, § 18.

¹⁹ *Ibidem*.

Tribunal determinó que la cláusula compromisoria de un tratado multilateral —el artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio— en la que se basaba Bosnia-Herzegovina para incoar actuaciones contra la RFY, podía considerarse, *prima facie*, como una de las “disposiciones especiales” mencionadas en su Estatuto. Por ello, las controversias a las que se refiere el artículo IX de aquella Convención estaban incluidas en su competencia *ratione personae*.

En aquella oportunidad, la Corte omitió pronunciarse sobre si el proceso de desintegración de la RFSY constituía un caso de separación de parte de un territorio de un Estado (hipótesis que conlleva la continuidad de la personalidad jurídica del Estado predecesor) como argumentaba la RFY, o si era un caso de disolución de un Estado (hipótesis que implica el cese de la existencia de la RFSY sin continuación de su personalidad jurídica) como opinaba la Comisión Badinter.

En su fallo de 11 de julio de 1996, el Tribunal no tuvo que analizar si la RFY era Miembro de las Naciones Unidas en ese momento ya que ninguna de las Partes en la controversia había planteado la cuestión. Bosnia-Herzegovina carecía de interés porque su posición en las Naciones Unidas era que la RFY no continuaba la personalidad jurídica de la RFSY y, por ello, la RFY no era Miembro de la Organización. Por su parte, la RFY aún mantenía que ella continuaba la personalidad jurídica de la RFSY, era Miembro de la Organización y como tal, Parte en el Estatuto de la Corte²¹. El Tribunal señaló que ejercía jurisdicción conforme el artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio²².

En 1996, la declaración unilateral de la RFY como Estado continuador de la RFSY en sus derechos y obligaciones bastó para considerar que era

²⁰ Estatuto de la CIJ, artículo 35. “2. *Las condiciones bajo las cuales la Corte estará abierta a otros Estados serán fijadas por el Consejo de Seguridad con sujeción a las disposiciones especiales de los tratados vigentes, pero tales condiciones no podrán en manera alguna colocar a las partes en situación de desigualdad ante la Corte*”. [El empleo de la negrita es nuestro].

²¹ Carta de las Naciones Unidas, artículo 93. “1. *Todos los Miembros de las Naciones Unidas son ipso facto partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*”. Estatuto de la CIJ, artículo 35. “1. *La Corte estará abierta a Estados partes en este Estatuto*”.

²² CIJ, caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia (Serbia y Montenegro)), Excepciones preliminares, Fallo de 11 de julio de 1996, *Recueil* 1996, p. 623.

Parte en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio²³. A partir de esta declaración, la Corte entendió que la RFY sucedía a la RFSY en ese tratado ya que esa declaración no había sido cuestionada por la comunidad internacional²⁴.

El hecho de que algunos Estados sucesores de la RFSY (Eslovenia, Croacia y Bosnia-Herzegovina) rechazaran el carácter de Estado continuador que la RFY se atribuía, sirvió para privar a esa declaración de efectos jurídicos en relación con la continuación de la personalidad jurídica de la RFSY en las Naciones Unidas pero ese acto unilateral tuvo eficacia jurídica para que fuera considerada Estado Parte en la Convención. Como en los *casos de los ensayos nucleares*²⁵, la Corte asignó a la declaración unilateral de la RFY efectos vinculantes.

El 29 de abril de 1999, la RFY incoó actuaciones contra los Estados Miembros de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) que habían participado en los bombardeos a territorio yugoslavo en Kosovo.

Tras las elecciones nacionales de 24 de septiembre de 2000²⁶, el 27 de octubre de ese año, el Presidente Vojislav Koštunica solicitó la admisión de la RFY como Miembro a las Naciones Unidas, abandonando la posición yugoslava de continuar la personalidad jurídica de la RFSY. La RFY fue admitida por Resolución 55/12 de la Asamblea General, el 1º de noviembre de 2000.

El 24 de abril de 2001, la RFY solicitó la revisión del fallo de 1996 a la Corte, argumentando que el hecho de haber sido ese Estado admitido como

²³ *Ibidem*, p. 610, §17.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ CIJ, *caso de los ensayos nucleares* (Nueva Zelanda c. Francia), Fallo de 20 de diciembre de 1974, *Recueil* 1974, p. 472-473, §46-49. “*Se reconoce en general que las declaraciones hechas mediante actos unilaterales, respecto a situaciones jurídicas o de hecho, pueden tener el efecto de crear obligaciones jurídicas [...] Para que esas declaraciones tengan validez no se requiere nada con la naturaleza de un quid pro quo ni ninguna aceptación subsiguiente, ni siquiera una reacción por parte de otros Estados [...] Tampoco es decisiva la cuestión de la forma [...] La intención de obligarse ha de determinarse mediante una interpretación del acto. El carácter obligatorio del compromiso resulta de los términos del acto y se basa en la buena fe [...] los Estados interesados tienen derecho a exigir que la obligación se respete*”.

²⁶ Colum Lynch, *Yugoslavia May Regain U.N. Membership*, *Washington Post*, 7 October 2000, A19.

Miembro de las Naciones Unidas constituía un hecho nuevo conforme el artículo 61 del Estatuto de la CIJ.

El Tribunal rechazó la pretensión yugoslava en su sentencia de 3 de febrero de 2003. Señaló que la Resolución 47/1 de la Asamblea General no afectó, entre otros, el derecho de la RFY de presentarse ante la CIJ ni su condición de parte en una controversia sometida al Tribunal bajo las condiciones impuestas en el Estatuto de la Corte; así como tampoco afectó su condición de Parte en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio²⁷. Asimismo, expresó que la Resolución 55/12 de la Asamblea General no cambió retroactivamente la posición “*sui generis*” que la RFY mantuvo con respecto a las Naciones Unidas durante el período 1992-2000, o su posición con relación al Estatuto de la CIJ y la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio²⁸.

El 15 de diciembre de 2004, en los *casos sobre la Legalidad del Uso de la Fuerza*²⁹, la Corte tomó nota de que la RFY había abandonado su posición de ser Estado continuador de la RFSY y, en consecuencia, había solicitado su admisión como Miembro a las Naciones Unidas. Ello llevó al Tribunal a sostener que la RFY (a partir de 4 de febrero de 2003, Serbia y Montenegro) no era Miembro de la Organización ni Parte en el Estatuto de la Corte el 29 de abril de 1999 cuando presentó su demanda³⁰. Asimismo, la Corte

²⁷ CIJ, *caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia (Serbia y Montenegro)), Excepciones Preliminares, Decisión de 3 de febrero de 2003 sobre el pedido de revisión de la decisión de 11 de julio de 1996, *Recueil* 2003, p. 31, §70.

²⁸ *Ibidem*, §71.

²⁹ Para un análisis de estos casos, cf. Maria Chiara Vitucci, “Has Pandora’s Box Been Closed? The Decisions on the Legality of Use of Force. Cases in Relation to the Status of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) within the United Nations”, 19 *LJIL* 105 (2006); Peter H. F. Bekker, “Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium) (Yugoslavia v. Canada) (Yugoslavia v. France) (Yugoslavia v. Germany) (Yugoslavia v. Italy) (Yugoslavia v. The Netherlands) (Yugoslavia v. Portugal) (Yugoslavia v. Spain) (Yugoslavia v. United Kingdom) (Yugoslavia v. United States)”, 93 *AJIL* 928 (1999) y Christine Gray, “Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium) (Yugoslavia v. Canada) (Yugoslavia v. France) (Yugoslavia v. Germany) (Yugoslavia v. Italy) (Yugoslavia v. Netherlands) (Yugoslavia v. Portugal) (Yugoslavia v. Spain) (Yugoslavia v. United Kingdom) (Yugoslavia v. United States of America): Provisional Measures”, 49 *Int’l & Comp. L. Q.* 730 (2000).

³⁰ CIJ, *casos sobre la Legalidad del Uso de la Fuerza* (Serbia y Montenegro c. Bélgica), Excepciones Preliminares, Fallo de 15 de diciembre de 2004, *Recueil* 2004, p. 311, §79 [...] “*in the light of the legal consequences of the new development since 1 November 2000 [the Federal Republic of Yugoslavia’s admission to the United Nations], the Court is led to the*

manifestó que la posición “*sui generis*” que la RFY ostentó en las Naciones Unidas en el período 1992–2000 no equivalió a la condición de Miembro en la Organización³¹. Esta decisión fue criticada por siete jueces que emitieron una declaración conjunta³².

En su fallo de 26 de febrero de 2007 en el caso *sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, la Corte concluyó que, en relación con el argumento de que la RFY —a la fecha de iniciarse el procedimiento— no era un Estado con capacidad de presentarse ante la Corte conforme su Estatuto, la aplicación del *principio de cosa juzgada* impedía que la decisión de 11 de julio de 1996 fuera nuevamente examinada³³.

conclusion that Serbia and Montenegro was not a Member of the United Nations, and in that capacity a State party to the Statute of the International Court of Justice, at the time of filing its Application to institute the present proceedings before the Court on 29 April 1999”.

³¹ *Ibidem*, p. 310, §78.

³² CIJ, *casos sobre la Legalidad del Uso de la Fuerza* (Serbia y Montenegro c. Bélgica), Excepciones Preliminares, Fallo de 15 de diciembre de 2004. Declaración conjunta del Vicepresidente Ranjeva y los Jueces Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal y Elaraby, *Recueil* 2004, p. 332 y 334, §9 “*This change of position is all the more surprising as the reasoning now adopted by the Court is at odds with judgments or orders previously rendered by the Court*” y §12 “*We find this proposition far from self-evident and we cannot trace the steps of the reasoning. Such grounds seem to us to be less legally compelling and therefore less certain, and more open to different points of view, than the grounds relied upon by the Court thus far and which are now set aside by the Court*”.

³³ CIJ, *caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia (Serbia y Montenegro)), Fallo de 26 de febrero de 2007. (Disponible en <http://www.icj-cij.org>, el 29 de junio de 2009) §135 “*That the FRY had the capacity to appear before the Court in accordance with the Statute was an element in the reasoning of the 1996 Judgment which can -and indeed must- be read into the Judgment as a matter of logical construction. That element is not one which can at any time be reopened and re-examined*” y §140 “*The Court accordingly concludes that, in respect of the contention that the Respondent was not, on the date of filing of the Application instituting proceedings, a State having the capacity to come before the Court under the Statute, the principle of res judicata precludes any reopening of the decision embodied in the 1996 Judgment. [...] The Court thus concludes that, as stated in the 1996 Judgment, it has jurisdiction, under Article IX of the Genocide Convention, to adjudicate upon the dispute brought before it by the Application filed on 20 March 1993. It follows from the above that the Court does not find it necessary to consider the questions, extensively addressed by the Parties, of the status of the Respondent under the Charter of the United Nations and the Statute of the Court, and its position in relation to the Genocide Convention at the time of the filing of the Application*”.

El 18 de noviembre de 2008, el Tribunal estableció que la RFY adquirió la condición de Parte en el Estatuto de la CIJ el 1º de noviembre de 2000 y que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio –incluyendo su artículo IX– vinculaba jurídicamente a ese Estado a la fecha en que Croacia inició el procedimiento en el *caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (2 de julio de 1999)³⁴. De este manera, el Tribunal evitó analizar las decisiones contradictorias a las que había arribado en los *casos sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia (Serbia y Montenegro)) y *sobre la Legalidad del Uso de la Fuerza*.

Corresponde señalar que los pronunciamientos judiciales referidos al estatus de la República Federativa de Yugoslavia en los casos bajo análisis deben ser vistos a la luz de la situación política en los Balcanes junto a las decisiones políticas adoptadas en el seno de los órganos competentes de las Naciones Unidas³⁵.

³⁴ CIJ, *caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Croacia c. Serbia), Excepciones Preliminares, Fallo de 18 de noviembre de 2008. (Disponible en <http://www.icj-cij.org>, el 29 de junio de 2009) §118 “*The Court recalls that [...] the Respondent acquired the status of party to the Statute of the Court on 1 November 2000. The Court further held that if it could be established that the Respondent was also a party to the Genocide Convention, including Article IX, on the date of the institution of the proceedings*”.

³⁵ Cf. Shabtai Rosenne, *The law and practice of the International Court 1920-2005*. Volume II. Jurisdiction, Leiden (The Netherlands), Martinus Nijhoff, 2006, 607- 609 [2º edición]. “II.167.A. *The termination of the existence of a State*. Obviously, if a State member of the UN should cease to exist as a State (within the UN definition of a State) that entity is no longer a party to the Statute. The dissolution of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia, an original member of the UN, and the replacement of the federal State by several of its former units which asserted their independence and were accepted as such as members of the UN under article 4 of the Charter. Yugoslavia, later renamed Serbia and Montenegro, at first claimed to have continued the international personality of the former Socialist Federal Republic. This was not accepted by either the Security Council or the General Assembly, which decided that the Federal Republic should not participate in the work of the General Assembly and in other named organs of the Organization (without mentioning either the Security Council or the Court). After a change of government Yugoslavia decided to request admission into the UN as a new member. On that date the Application of the Genocide Convention (Bosnia and Herzegovina) case and the Application of the Genocide Convention case (Croatia) were pending, the first against the Socialist Federal Republic and the second against the Federal Republic. The last word has not yet been said about this, since both of those cases are still on the Court’s General List at the time of writing. *The long series of judicial pronouncements regarding the status of Yugoslavia in these cases have to be read*

La Corte, en una actitud de extrema prudencia política, dejó que fueran los demás órganos principales de las Naciones Unidas quienes decidieran la cuestión sobre la continuidad de la personalidad jurídica de Yugoslavia; cuestión que conjugó aspectos jurídicos y políticos, en los que primó la decisión de discrecionalidad política por sobre el precedente jurídico³⁶. Sin embargo, el silencio de la Corte contribuyó a que la cuestión no esté exenta de dificultades jurídicas.

En su declaración a la prensa de 26 de febrero de 2007, la Presidente de la CIJ manifestó que la Corte había aplicado, meticulosamente, el derecho a cada una de las cuestiones planteadas y su decisión no era fruto de un compromiso político³⁷. Sin embargo, coincidimos con la opinión del juez Elaraby en el sentido de que la Corte debería haberse pronunciado sobre el estatus de la RFY en las Naciones Unidas³⁸.

with due regard to the overall political situation in the Balkans, together with the particular decisions of competent organs of the UN on the standing of the different entities in the different organs of the Organization at the time of the judicial pronouncement". [El empleo de la negrita es nuestro].

³⁶ Cf. Yehuda Z. Blum, "Was Yugoslavia a Member of the United Nations in the Years 1992-2000?", 101 *AJIL* 800 (2007); Stephan Wittich, "Permissible Derogation from Mandatory Rules? The Problem of Party Status in the Genocide Case", 18 *EJIL* 591 (2007); Richard Graving, "The International Court of Justice Muddles Jurisdiction in Yugoslav Genocide Case", 14 *Tulsa J. Comp. & Int'l L.* 29 (2007); Vojin Dimitrijević *et al.*, "The Strange Story of the Genocide Case", 21 *LJIL* 65 (2008); y Nicolas Rajkovi, "On 'Bad Law' and 'Good Politics': The Politics of the ICJ Genocide Case and Its Interpretation", 21 *LJIL* 885 (2008).

³⁷ CIJ, Statement to the Press by H.E. Judge Rosalyn Higgins, President of the International Court of Justice. 26 February 2007. "This is the first legal case in which allegations of genocide have been made by one State against another. The International Court of Justice has been acutely sensitive to the responsibilities that have fallen on it. The Court - as it always does - has meticulously applied the law to each and every one of the issues before it. These judicial considerations have led, in the event, to mixed findings so far as the Parties are concerned. That does not mean, of course, that the Court has been seeking a political compromise, still less any predetermined outcome".

³⁸ CIJ, *casos sobre la Legalidad del Uso de la Fuerza* (Serbia y Montenegro c. Bélgica), Excepciones Preliminares, Fallo de 15 de diciembre de 2004. Opinión del Juez Elaraby, *Recueil* 2004, p. 357, §13 "Whereas the Security Council and General Assembly were acting in a political capacity when the relevant resolutions were adopted, the Court, throughout the various phases of the cases related to the former Yugoslavia, should have consistently stated and applied the applicable law. This approach would have yielded an outcome consistent with the law of the Charter and the established practice of the United Nations and, I believe, would have led the Court to find that the FRY was a member of the United Nations when, in 1999, it filed its application in the instant case".

IV. El estatus de la República Federativa de Yugoslavia en las Naciones Unidas³⁹

La RFSY fue uno de los Miembros originarios de las Naciones Unidas. Firmó la Carta de San Francisco el 26 de junio de 1945 y la ratificó el 19 de octubre de ese año. Su condición de Miembro originario se mantuvo hasta su disolución tras el establecimiento y posterior admisión como nuevos miembros de Bosnia-Herzegovina, Croacia, Eslovenia, la ex República Yugoslava de Macedonia y la RFY.

El 22 de mayo de 1992, Bosnia-Herzegovina, Croacia y Eslovenia fueron admitidas como Miembros de las Naciones Unidas en virtud de las Resoluciones 46/237, 46/238 y 46/236 de la Asamblea General, respectivamente.

Mediante la Resolución 47/225, de 8 de abril de 1993, la Asamblea General admitió como Miembro a la ex República Yugoslava de Macedonia⁴⁰.

La RFY fue admitida como Miembro de las Naciones Unidas en virtud de la Resolución 55/12 de la Asamblea General, de 1º de noviembre de 2000. Tras la aprobación y promulgación de la Carta Constitucional de Serbia y Montenegro por la Asamblea de la RFY el 4 de febrero de 2003, el nombre del Estado de la RFY pasó a ser Serbia y Montenegro. Serbia ocupa el lugar de la Unión Estatal de Serbia y Montenegro en las Naciones Unidas, incluidos todos los órganos y organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 60 de la Carta Constitucional de Serbia y Montenegro, activada por la Declaración de

³⁹ Analizan esta cuestión, entre otros, Michael P. Scharf, "Musical Chairs: The Dissolution of States and Membership in the United Nations", 28 *Cornell Int'l L.J.* 29 (1995); David O. Lloyd, "Succession, Secession and State Membership in the United Nations", 26 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 761 (1993-1994); Yehuda Z. Blum, "UN Membership of the 'New' Yugoslavia: Continuity or Break?", 86 *AJIL* 830 (1992); Vladimir-Djuro Degan *et. al.*, "Correspondent's Agora: UN Membership of the Former Yugoslavia", 87 *AJIL* 240 (1993); Vladislav Jovanovic, "The Status of the Federal Republic of Yugoslavia in the United Nations," 21 *Fordham Int'l L.J.* 1719 (1998); y Hubert Beemelmans, "State Succession in International Law: Remarks on Recent Theory and Practice", 15 *B. U. Int'l L. J.* 71 (1997).

⁴⁰ La denominación de dicho Estado es provisional hasta tanto se llegue a un arreglo sobre la diferencia que ha surgido con respecto a su nombre.

Independencia que la Asamblea Nacional de Montenegro aprobó el 3 de junio de 2006. A su vez, la República de Montenegro fue admitida como Miembro de la organización mediante la Resolución 60/264 de la Asamblea General, de 28 de junio de 2006.

Merece destacarse que la desintegración de Yugoslavia se diferenció del proceso sufrido por la U.R.S.S.⁴¹. En este último, la Federación de Rusia se declaró continuadora de la personalidad jurídica de su Estado predecesor y no contó con objeción alguna por parte de los demás Estados sucesores⁴² ni de otros miembros de la comunidad internacional. La pretensión de la RFY de continuar la personalidad jurídica de la RFSY no contó con igual aceptación.

Como ya hemos mencionado, el 27 de abril de 1992, la RFY emitió una declaración formal en la que afirmaba su carácter de continuadora de la personalidad jurídica de la RFSY y, en consecuencia, su carácter de Miembro de las Naciones Unidas⁴³. Esa semana, la Secretaría General notificó la declaración de la RFY a los Estados Miembros. Pronto, se hicieron oír las declaraciones de los Representantes de Australia⁴⁴, la Comunidad Europea y sus Estados Miembros⁴⁵, los Estados Unidos de

⁴¹ Para una comparación de ambos procesos, *cf.* Rein Mullerson, "The Continuity and Succession of States, by reference to the former USSR and Yugoslavia", 42 *Int'l & Comp. L. Q.* 473 (1993); Roland Rich, "Recognition of States: The Collapse of Yugoslavia and the Soviet Union", 4 *EJIL* 36 (1993); y Juan Miguel Ortega Terol, "Aspectos teóricos y prácticos de la continuidad en la identidad del Estado", 15 *Anuario de Derecho Internacional* 273 (1999).

⁴² Declaración de los Jefes de Estado de la Comunidad de Estados Independientes (CIS) de 21 de diciembre de 1991, 31 *I.L.M.* 138 (1992).

⁴³ *V. supra* 15.

⁴⁴ UN Doc. A/46/907 (1992). "Australia wishes to place on record its view that the current participation of representatives of the Federal Republic of Yugoslavia in meetings of international organizations is without prejudice to the eventual resolution of the question of the status of the Federal Republic of Yugoslavia".

⁴⁵ UN Doc. A/46/905 (1992). "The European Community and its member States have not accepted the automatic continuity of the Federal Republic of Yugoslavia in international organizations including the United Nations. At this stage, they reserve their position on this question".

América⁴⁶, Canadá⁴⁷ y Austria⁴⁸, quienes se manifestaron en contra de la posición serbia. El 22 de mayo con la admisión de Eslovenia, Croacia y Bosnia-Herzegovina, la RFY reiteró su posición⁴⁹. El Representante Permanente de los Estados Unidos de América ante las Naciones Unidas respondió en un comunicado a la Asamblea General. En dicha declaración se señalaba que si Serbia y Montenegro deseaban ser Miembros de la Organización, debían solicitar su admisión al igual que Eslovenia, Croacia y Bosnia-Herzegovina⁵⁰.

Se inició, entonces, una serie de consultas entre aquellos Miembros que se oponían a la posición serbia, evaluándose distintos cursos de acción: suspensión o expulsión conforme los artículos 5⁵¹ y 6⁵² de la Carta de las Naciones Unidas, respectivamente. Ambos procedimientos implicaban el reconocimiento tácito como Miembro a la República Federativa de Yugoslavia. Otras opciones evaluadas fueron: rechazar las credenciales de

⁴⁶ UN Doc. A/46/906 (1992). Para un análisis de la posición adoptada por los Estados Unidos de América con relación a la sucesión de Estados en la U.R.S.S. y la RFSY, cf. Edwin D. Williamson *et al.*, "A U.S. Perspective on Treaty Succession and Relating Issues in the Wake of the Breakup of the USSR and Yugoslavia (Views of former State Department Legal Adviser and his Special Assistant)", 33 *Va. J. Int'l L.* 261 (1992-1993).

⁴⁷ UN Doc. A/46/909, UN Doc. S/23883 (1992).

⁴⁸ UN Doc. A/47/201, UN Doc. S/23876 (1992). [...] "*there is no legal basis for an automatic continuation of the legal existence of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia by the Federal Republic of Yugoslavia, which therefore cannot be considered to continue Yugoslav membership in the United Nations*".

⁴⁹ UN Doc. A/46/927 (1992). [...] "*the fact that the Republic of Slovenia, the Republic of Croatia and the Republic of Bosnia and Herzegovina have become Member States of the United Nations in no way challenges the international legal personality and continuity of membership of the Federal Republic of Yugoslavia in the United Nations and its specialized agencies*".

⁵⁰ UN Doc. A/46/PV.86 (1992). Declaración del Representante Permanente de los Estados Unidos de América ante las Naciones Unidas, Embajador Edward J. Perkins, en la Asamblea General, sobre la Admisión de Bosnia-Herzegovina, Croacia y Eslovenia de fecha 22 de mayo de 1992. [...] "*if Serbia and Montenegro desire to sit in the U.N., they should be required to apply for membership and be held to the same standards as all other applicants*".

⁵¹ Carta de las Naciones Unidas, artículo 5. "*Todo Miembro de las Naciones Unidas que haya sido objeto de una acción preventiva o coercitiva por parte del Consejo de Seguridad podrá ser suspendido por la Asamblea General, a recomendación del Consejo de Seguridad, del ejercicio de los derechos y privilegios inherentes a su calidad de Miembro. El ejercicio de tales derechos y privilegios podrá ser restituido por el Consejo de Seguridad*".

⁵² *Ibidem*, artículo 6. "*Todo Miembro de las Naciones Unidas que haya violado repetidamente los Principios contenidos en esta Carta podrá ser expulsado de la Organización por la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad*".

los representantes de la RFY⁵³; la adopción de una resolución por la Asamblea General expulsando a los representantes de la RFY por ocupar ilegalmente el puesto de la RFSY en las Naciones Unidas⁵⁴ y, por último, que la Asamblea actuara por recomendación del Consejo de Seguridad, siendo esta, la opción elegida como curso de acción a adoptar.

Frente al debate suscitado entre los Estados Miembros en la Asamblea General, el 30 de mayo de 1992, el Consejo de Seguridad observó que “*la reivindicación de la República Federativa de Yugoslavia de asumir automáticamente el lugar de la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia como Miembro de las Naciones Unidas no ha tenido aceptación general*”⁵⁵. Al respecto, algunos Estados claramente rechazaron la posición serbia⁵⁶ mientras otros, en alguna medida, la aceptaron⁵⁷.

En consonancia con la opinión No. 10 de la Comisión Badinter⁵⁸, Bélgica, Francia, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte promovieron el texto de la Resolución 777 ante los Miembros del Consejo de Seguridad.

⁵³ Esta opción se equiparaba como una suspensión *de facto* de un Miembro en el ejercicio de sus derechos y privilegios sin observar el procedimiento del artículo 5 de la Carta de las Naciones Unidas, a través del rechazo de las credenciales de la Delegación de la RFY ante la Asamblea General. Tal opción encontraba su fundamento en la interpretación que la Asamblea General y su Comisión de Verificación de Poderes (que informa a la Asamblea sobre las credenciales de los representantes) hicieron del artículo 27 del Reglamento de la Asamblea General en el precedente del rechazo de las credenciales de la Delegación de Sudáfrica. V. Resolución 3206 (XXIX) de la Asamblea General, de 30 de septiembre de 1974. Para un análisis sobre la práctica de las Naciones Unidas en materia de rechazo de credenciales de Delegaciones ante la Asamblea General, cf. Simon Chesterman *et al.*, *Law and Practice of the United Nations: Documents and Commentary*, New York, Oxford University Press, 2008, 191-199.

⁵⁴ En clara referencia a la Resolución 2758 (XXVI) de la Asamblea General, de 25 de octubre de 1971: Restitución de los legítimos derechos de la República Popular de China en las Naciones Unidas. Sin embargo, esta opción no resultaba adecuada en el contexto de la RFY ya que no existían dos gobiernos de signo contrario (en el caso chino, el Gobierno de la República Popular de China y el Gobierno de Chiang Kia-shek) que se adjudicaran la representación de un mismo Estado, la RFY.

⁵⁵ UN Doc. S/RES/757 (1992). Aprobada en la 3082ª sesión por 12 votos a favor contra ninguno y 3 abstenciones (China, India y Zimbabwe).

⁵⁶ Estados Unidos de América; Egipto y demás miembros de la Conferencia Islámica así como los Estados Miembro de la Comunidad Europea.

⁵⁷ Rusia, China y Bulgaria.

⁵⁸ V. *supra* 12.

El 19 de septiembre de 1992, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 777 en la que consideró que la RFY no podía asumir automáticamente el lugar de la RFSY en las Naciones Unidas; y, por lo tanto, recomendó que la Asamblea General decidiera que la RFY debería solicitar su admisión como Miembro de la Organización y no participaría en los trabajos de la Asamblea⁵⁹.

El debate en la sesión 3116^a del Consejo de Seguridad, echa luz sobre las dificultades jurídicas que la CIJ señala en el tratamiento de la cuestión por parte de dos de los órganos principales de la Organización (Asamblea General y Consejo de Seguridad).

En este contexto, corresponde señalar la posición de la Federación de Rusia en el sentido de que la no participación de la RFY en la Asamblea General no afectaba en modo alguno su posible participación en otros órganos, en particular el Consejo de Seguridad, ni afectaba la recepción ni circulación de documentos como así tampoco el funcionamiento de su Misión Permanente ante las Naciones Unidas y la placa con su nombre en el recinto de la Asamblea General y sus órganos⁶⁰. A su vez, la India expresó que el borrador de la resolución no se ajustaba a las normas contenidas en los artículos 5 o 6 de la Carta, las únicas normas relativas a la cuestión puesta a consideración del Consejo. Asimismo, agregó que el Consejo no era competente para recomendar que la participación de un Estado Miembro en la Asamblea General fuera suspendida⁶¹ en tanto que Zimbabwe declaró que

⁵⁹ UN Doc. S/RES/777 (1992). Aprobada en la 3116^a sesión por 12 votos a favor contra ninguno y 3 abstenciones (China, India y Zimbabwe).

⁶⁰ UN Doc. S/PV.3116 (1992) § 2-4. *“The compromise that has been reached -that the Federal Republic of Yugoslavia should not participate in the work of the General Assembly- may seem unsatisfactory to some [...] At the same time, the decision to suspend the participation by the Federal Republic of Yugoslavia in the work of the General Assembly will in no way affect the possibility of participation by the Federal Republic of Yugoslavia in the work of other organs of the United Nations, in particular the Security Council, nor will it affect the issuance of documents to it, the functioning of the Permanent Mission of the Federal Republic of Yugoslavia to the United Nations or the keeping of the nameplate with the name Yugoslavia in the General Assembly Hall and the other rooms in which the Assembly’s organs meet”.*

⁶¹ *Ibidem*, §5-7. *“Regarding the constitutional aspect [...] any action by the Council should be in strict conformity with the provisions of the Charter. That is the only way in which the prestige and credibility of this important organ can be preserved. There are specific provisions in the Charter regarding membership in the Organisation. Questions of membership or rights and privileges of participation are matters of fundamental importance. This makes it all more essential to adhere to the provisions of the Charter. The draft*

era significativo que el texto del borrador de la resolución no hiciera referencia a cláusula alguna de la Carta bajo la cual se encuadrara la decisión que se estaba adoptando⁶².

Por su parte, Francia expresó que el texto presentado respondía tanto a los requisitos de la Carta como a la necesidad de los tiempos⁶³ mientras que los Estados Unidos de América manifestó que un Estado que no era Miembro de las Naciones Unidas no podía participar en el trabajo de la Asamblea General⁶⁴. Estas posiciones contrapuestas sobre el alcance de este instrumento jurídico impidieron que la interpretación sobre el alcance jurídico de las decisiones del Consejo de Seguridad y la Asamblea General fuera uniforme.

resolution [...] does not conform to either Article 5 or Article 6 of the Charter, the only two Articles that deal with the issue it is attempting to address. The Security Council, under the Charter, is competent to recommend either suspension or expulsion of a State. Nowhere in the Charter has the Security Council been given the authority to recommend to the General Assembly that a country's participation in the Assembly be withdrawn or suspended. That authority belongs to the General Assembly, which does not need any recommendation to that effect from the Security Council. Indeed, the General Assembly is under no legal obligation to act on any such recommendation, just as the Security Council is under no legal obligation to comply with the General Assembly's recommendations. For these reasons, my delegation will not be in a position to support the draft resolution".

⁶² *Ibidem*, §8-9. "It is significant that the text of the draft resolution before us makes no reference to any provisions of the Charter under which this action is being taken. Strict adherence to the provisions of the Charter has always been a source of protection for small States, and the increasing disregard for, or mutation of, Charter provisions causes us great concern. It would seem that the Charter's provisions are consistently ignored or applied selectively in the deliberations of our Council. My delegation has on previous occasions cautioned against the tendency to equate a majority vote in this Council as constituting international law. This tendency is bound to undermine the prestige and moral authority of the Security Council [...]. For these reasons, my delegation will not be able to support the draft resolution before us [...]"

⁶³ *Ibidem*, §10. "This text responds both to the requirements of the Charter and the needs of the moment. [...] In this respect, it confirms and translates into reality the international community's rejection of the automatic continuation in the United Nations of the former SFRY by the FRY [...]"

⁶⁴ *Ibidem*, §12-13. "This provision [Serbia and Montenegro shall not participate in the work of the General Assembly] flows inevitably from the determination by the Council and the General Assembly that Serbia and Montenegro is not the continuation of the former Yugoslavia and must apply for membership in the United Nations. To state the obvious, a country which is not a member of the United Nations cannot participate in the work of the General Assembly".

Consecuentemente, el 22 de septiembre, la Asamblea adoptó la Resolución 47/1⁶⁵ por 127 votos afirmativos contra 6 votos negativos, y 26 abstenciones, con 19 Miembros ausentes, implementando la recomendación del Consejo de Seguridad. Mientras que la Resolución 777 del Consejo de Seguridad aludió a que la RFSY había dejado de existir, la Asamblea General en su Resolución 47/1 omitió esa referencia. Asimismo, ninguna de las resoluciones tuvo fundamento en artículo alguno de la Carta de las Naciones Unidas.

La declaración formulada por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte⁶⁶, en nombre de la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, al proponer el texto de la Resolución 47/1 ante la Asamblea General el 15 de septiembre de 1992, complicó aún más la cuestión. Se aclaraba que el texto de la resolución presentada no constituía una medida punitiva⁶⁷ sino una medida que había sido forzada por el reclamo injustificado de la RFY de continuar la personalidad jurídica de la RFSY⁶⁸.

Al día siguiente, la bandera de la RFY⁶⁹ no fue izada junto a las pertenecientes a los demás Miembros. En la conferencia de prensa diaria, le preguntaron al vocero del Presidente de la Asamblea General sobre el significado de esa omisión. Respondió que había sido consecuencia de un error mecánico y que la bandera sería izada en treinta minutos, agregando que había aún 179 Estados Miembros de las Naciones Unidas⁷⁰.

Esta declaración suscitó que el 25 de septiembre de 1992 Croacia y Bosnia-Herzegovina solicitaran al Secretario General la interpretación sobre

⁶⁵ UN Doc. A/RES/47/1 (1992).

⁶⁶ Para un análisis de la práctica del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, v. Colin Warbrick, "Recognition of States", 41 *Int'l & Comp. L. Q.* 473 (1992).

⁶⁷ Yehuda Z. Blum sostiene que la Resolución 47/1 (1992) de la Asamblea General constituye la suspensión de un Estado Miembro de la Organización en violación al artículo 5 de la Carta de las Naciones Unidas, cf. *op. cit.* 39. Sostiene una posición contraria el Subsecretario de Asuntos Legales de las Naciones Unidas, v. *infra* 73.

⁶⁸ UN Doc. A/47/PV.7 (1992). "*In no sense is this draft resolution a punitive measure, nor one designed to undermine the peace process. Quite the contrary. it is a measure that we have been forced to take by the completely unjustified claim by the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) to represent the continuity of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia*".

⁶⁹ Nótese que la RFY conservó la bandera de la RFSY.

⁷⁰ Statement of Mr. Alexander Taukatch, spokesman for the President of the General Assembly. United Nations, Daily Press Briefing, September 23, 1992.

el alcance jurídico de la Resolución 47/1 de la Asamblea General⁷¹. A su vez, la RFY argumentó una interpretación restrictiva de ese instrumento jurídico⁷².

El 29 de septiembre de 1992, circuló entre los Estados Miembros el dictamen legal respecto del alcance jurídico de la Resolución 47/1 de la Asamblea General elaborado por el Subsecretario de Asuntos Legales de las Naciones Unidas⁷³. En ese documento se señalaba que esa resolución no terminaba ni suspendía la membresía de Yugoslavia en la Organización. Asimismo, determinaba que la admisión de una “nueva” Yugoslavia terminaría con la situación creada por la Resolución 47/1. Proseguía indicando que los representantes de la RFY no podían ocupar el asiento identificado con el nombre de Yugoslavia en los órganos de la Asamblea General. Aclaraba que dicha resolución no era vinculante para los organismos especializados de las Naciones Unidas.

Los Estados Miembros de la Organización no estuvieron de acuerdo con la interpretación brindada por el Subsecretario de Asuntos Legales de las Naciones Unidas. Dicho funcionario evitó otorgarle a la Resolución 47/1 de

⁷¹ UN Doc. A/47/474 (1992). *“If a country has to apply for membership in the United Nations -as stated in paragraph 1 of General Assembly resolution 47/1- it is our understanding that the country in question is not a member until when the application has been accepted by the General Assembly, upon recommendation of the Security Council”.*

⁷² UN Doc. A/47/478 (1992), UN Doc. S/24599 (1992). *“Resolution 47/1 stipulates Yugoslavia’s non-participation in the work of the General Assembly. This decision does not affect its membership in the United Nations and therefore the question of the flag and the nameplate of Yugoslavia in the General Assembly should not be brought up”.*

⁷³ UN Doc. A/47/485 (1992). [...] *“the resolution neither terminates nor suspends Yugoslavia’s membership in the Organization. Consequently, the seat and the nameplate remain as before, but in Assembly bodies representatives of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) cannot sit behind the sign “Yugoslavia”. Yugoslav missions at United Nations Headquarters and offices may continue to function and may receive and circulate documents. At Headquarters, the Secretariat will continue to fly the flag of the old Yugoslavia as it is the last flag of Yugoslavia used by the Secretariat. The resolution does not take away the right of Yugoslavia to participate in the work of organs other than Assembly bodies. The admission to the United Nations of a new Yugoslavia under article 4 of the Charter will terminate the situation created by resolution 47/1. The above represents the considered view of the United Nations Secretariat regarding the practical consequences of the adoption by the General Assembly of resolution 47/1”.*

la Asamblea General el efecto jurídico de una suspensión *de facto* en violación al artículo 5 de la Carta de las Naciones Unidas⁷⁴.

El 28 de abril de 1993, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 821⁷⁵ y recomendó a la Asamblea General que decidiera la no participación de la RFY en los trabajos del Consejo Económico y Social. En consecuencia, el 29 de abril, la Asamblea General aprobó la Resolución 47/229⁷⁶. De esta forma y a partir de esta fecha, la RFY no tuvo participación en dos de los órganos principales de la Organización⁷⁷, conservando aún la facultad de recibir y circular documentos.

Por 109 votos afirmativos contra ninguno y 57 abstenciones, con 18 Miembros ausentes, la Asamblea General adoptó la Resolución 48/88 de fecha 20 de diciembre de 1993⁷⁸. En ella, reafirmó la Resolución 47/1 e instó a los Estados Miembros y a la Secretaría General a que pusieran fin a la participación *de facto* de la RFY en los trabajos de la Asamblea General.

En cumplimiento de esa resolución, el Secretario General presentó un informe por el cual recordaba su opinión sobre las consecuencias prácticas de la Resolución 47/1 de la Asamblea General y señalaba que la Resolución 48/88 de la Asamblea no modificaba dicha opinión. Asimismo, ponía en evidencia que la Asamblea no definió qué se entiende por régimen de participación *de facto* y estableció que la Secretaría no podía adoptar medidas relativas a la condición de los Estados Miembros si los órganos competentes de la Organización no han adoptado las medidas pertinentes con anterioridad⁷⁹. Consecuentemente, la RFY figuró en todas las listas oficiales de Estados Miembros de la organización y su Misión Permanente estuvo incluida en la guía diplomática de Misiones Permanentes acreditadas

⁷⁴ The Charter of the United Nations: A Commentary. Vol. I; Bruno Simma editor, New York, Oxford University Press, 2002, 205 [2° edición].

⁷⁵ UN Doc. S/RES/821 (1993). Aprobada en la 3204ª sesión por 13 votos a favor contra ninguno y 2 abstenciones (China y la Federación de Rusia).

⁷⁶ UN Doc. A/RES/47/229 (1993). Adoptada por 107 votos a favor contra ninguno y 11 abstenciones, con 63 Miembros ausentes.

⁷⁷ Téngase presente que en 1993 la RFY no integraba el Consejo de Administración Fiduciaria así como tampoco Miembro alguno de la Corte Internacional de Justicia poseía su nacionalidad.

⁷⁸ UN Doc. A/RES/48/88 (1993).

⁷⁹ UN Doc. A/48/847 (1994). Informe del Secretario General presentado en cumplimiento del párrafo 29 de la Resolución 48/88 de la Asamblea General de 7 de enero de 1994.

ante las Naciones Unidas. Los privilegios e inmunidades de los funcionarios acreditados por la RFY ante las Naciones Unidas fueron respetados y la Secretaría General publicó y circuló regularmente todos los documentos presentados por la Misión Permanente de la RFY.

El representante de la RFY fue invitado a participar por el Presidente del Consejo de Seguridad (Marruecos) a la 3174ª reunión del Consejo de Seguridad el 19 de febrero de 1993, en relación con el ítem de la agenda “La situación en Bosnia-Herzegovina”. En dicha oportunidad, el representante de la RFY ocupó el asiento identificado con el nombre de “Yugoslavia”⁸⁰. Recuérdese que el Subsecretario de Asuntos Legales de las Naciones Unidas había dictaminado que no podían ocupar ese asiento en la Asamblea General conforme lo establecido por la Resolución 47/1 de ese órgano principal.

Las invitaciones al Ministro de Relaciones Exteriores de la RFY, Sr. Vladislav Jovanovic, y al Embajador Dragomir Djokic, durante 1992-1999 fueron cursadas por el Consejo de Seguridad sin hacer referencia alguna al artículo 37⁸¹ ni al artículo 39⁸² del Reglamento Provisional del Consejo. En varias ocasiones, los representantes de Bosnia-Herzegovina y Croacia expresaron sus dudas y su descontento por la participación de la RFY en dichas reuniones⁸³. El 23 de junio de 2000, el Representante Permanente de los Estados Unidos logró que el Representante Permanente de la RFY fuera excluido de las reuniones del Consejo de Seguridad⁸⁴ tras nueve meses de

⁸⁰ Repertoire of the Practice of the Security Council. Supplement 1993-1995, Chapter III, p. 7.

⁸¹ Reglamento Provisional del Consejo de Seguridad, artículo 37. “*Todo Estado Miembro de las Naciones Unidas que no sea miembro del Consejo de Seguridad podrá ser invitado, como consecuencia de una decisión del Consejo de Seguridad, a participar, sin voto, en la discusión de toda cuestión sometida al Consejo de Seguridad, cuando el Consejo de Seguridad considere que los intereses de ese Estado Miembro están afectados de manera especial o cuando un Estado Miembro lleve a la atención del Consejo de Seguridad un asunto, con arreglo al párrafo 1 del Artículo 35 de la Carta*”.

⁸² *Ibidem*, artículo 39. “*El Consejo de Seguridad podrá invitar a que le proporcionen información o le presten ayuda en el examen de los asuntos de su competencia a miembros de la Secretaría o a otras personas a quienes considere calificadas para este objeto*”.

⁸³ V. *supra* 80, p. 6.

⁸⁴ UN Doc. S/PV.4164 de 23 de junio de 2000. En la 4164ª sesión del Consejo de Seguridad de 23 de junio de 2000, el Representante Permanente de la Federación de Rusia propone que se adopte una decisión positiva a la solicitud del Sr. Jovanovic de participar de esa reunión. El Presidente (Francia) lo somete a votación. El resultado de la votación fue 4 votos a favor (China, Namibia, Federación de Rusia y Ucrania), 7 en contra (Bangladesh, Canadá, Francia, Malasia, Países Bajos, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Estados Unidos de

gestiones⁸⁵. De este modo, se abandonó una práctica de ocho años de permitir la participación de la RFY en las reuniones del Consejo de Seguridad referidas a la situación en los Balcanes. El Presidente del Consejo de Seguridad, en su calidad de Representante Permanente de Francia, manifestó en dicha oportunidad que la decisión adoptada “*no guarda relación ni influye en la condición de la República Federativa de Yugoslavia en las Naciones Unidas, que constituye una cuestión de fondo que está regida por las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad y la Asamblea General*”⁸⁶.

El tratamiento de la cuestión relativa a la continuación de la personalidad jurídica de la RFSY por parte de la RFY en el seno de las Naciones Unidas resultó, como mínimo, ambiguo. Sin embargo, debe señalarse que la Organización fue fiel a sus directrices: no se apartó de las reglas jurídicas a las que debe estar sometido, para su admisión en las Naciones Unidas, el Estado o los Estados que se inicien en la vida internacional a raíz de la división de un Estado Miembro de las Naciones Unidas, aprobadas por la Sexta Comisión el 8 de octubre de 1947⁸⁷. En aquella oportunidad, la Sexta Comisión estableció que se presume que un Estado que es Miembro de la Organización no deja de serlo porque su constitución o sus fronteras hayan sufrido cambios, y que la extinción del Estado como persona jurídica reconocida en el orden internacional debe ser demostrada antes que sus derechos y obligaciones se consideren como desaparecidos.

La práctica de las Naciones Unidas en cuanto a la sucesión de Estados y la admisión de nuevos Miembros se ha regido en cada caso por sus circunstancias y la discrecionalidad política de los Estados Miembros de la

América) y 4 abstenciones (Argentina, Jamaica, Malí y Túnez). De este modo, la solicitud de participación del Representante de la RFY no consiguió la cantidad de votos necesarios para ser aprobada (es decir, 9 votos por ser una cuestión de procedimiento, *v.* artículo 27 (2) de la Carta de las Naciones Unidas).

⁸⁵ Colum Lynch, *US Seeks Envoy's Ouster. Serbia Represents Nonexistent Country in the United Nations*, Washington Post, 24 June 2000, A18.

⁸⁶ *V. supra* 84, p. 5.

⁸⁷ UN Doc. A/C.1/212 de 11 de octubre de 1947. Recuérdese que la Sexta Comisión aborda esta cuestión a instancias del planteo realizado por el Representante de la Argentina en la Primera Comisión durante la discusión general referida a la admisión de Pakistán. *Cf.* UN Doc. A/C.6/145 de 26 de septiembre de 1947.

Organización⁸⁸. Esa práctica, nos permite señalar claramente dos circunstancias que deben estar presentes: a) que el ente reúna los elementos del Estado (territorio, población, gobierno y soberanía) y b) que tenga capacidad y voluntad de asumir las obligaciones que impone la Carta de las Naciones Unidas⁸⁹. Como ejemplo del segundo elemento y en este caso en particular, merece señalarse la Declaración sobre las directrices para el reconocimiento de nuevos Estados en Europa del Este y la Unión Soviética⁹⁰, que requería como condición para el reconocimiento de nuevos Estados el respeto a las obligaciones que impone la Carta de Naciones Unidas, el Acta Final de Helsinki⁹¹ y la Carta de París⁹², en particular el respeto del principio del Estado de Derecho, la legitimidad democrática⁹³ y los derechos humanos⁹⁴.

En el caso de la RFY, el rechazo por parte de los demás Estados sucesores de RFSY en cuanto a la continuación de la personalidad jurídica de la República Federativa Socialista de Yugoslavia por la RFY así como el rechazo de los Estados Miembros de la Comunidad Europea impidió que su pretensión prosperase. La práctica seguida en este caso, sugiere que la continuación de la membresía de un Estado predecesor en las Naciones Unidas por parte de un Estado sucesor, no procede automáticamente. Para que dicha pretensión sea eficaz, se necesita el acuerdo de los Estados

⁸⁸ Conforme el artículo 4 de la Carta de las Naciones Unidas. Cf. CIJ, *opinión consultiva sobre las Condiciones de Admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas (artículo 4 de la Carta)* de 28 de mayo de 1948, *Recueil* 1948, p. 63. “El artículo 4 no prohíbe tener en cuenta cualquier factor que, razonablemente y de buena fe, se pueda relacionar con las condiciones establecidas por ese artículo. La consideración de tales factores está implícita en el carácter amplio y flexible de las condiciones prescriptas. Ningún factor político pertinente —es decir, ninguno que esté relacionado con las condiciones de admisión— es excluido”.

⁸⁹ David O. Lloyd, *op. cit.* 39, 794. Cf. Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States §201 (1986): “Under international law, a state is an entity that has a defined territory and a permanent population, under the control of its own government, and that engages in, or has capacity to engage in, formal relations with other such entities”.

⁹⁰ European Community, Declaration on the Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and the Soviet Union, 16 December 1991. 31 *I.L.M.* 1487 (1992).

⁹¹ Acta Final de Helsinki adoptada el 1 de agosto de 1975 en el marco de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa.

⁹² Carta de París para una nueva Europa adoptada el 21 de noviembre de 1990 en el marco de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa.

⁹³ Sobre este requisito, v. Sean D. Murphy, “Democratic Legitimacy and the Recognition of States and Governments”, 48 *Int'l & Comp. L. Q.* 545 (1999), en particular 565.

⁹⁴ Para un análisis del reconocimiento a nuevos Estados por la Comunidad Europea, cf. Colin Warbrick, *op. cit.* 66, 478.

sucesores, la comunidad internacional –en particular, en el seno del Consejo de Seguridad y la Asamblea General– además de la preponderancia relativa de aquel Estado sucesor en relación al territorio y la población del Estado predecesor⁹⁵.

Sin embargo, merece destacarse que tanto la ex República Yugoslava de Macedonia⁹⁶ como Croacia⁹⁷ y, también, Bosnia-Herzegovina⁹⁸ aceptaron la pretensión yugoslava de continuar la personalidad de la RFSY al momento de normalizar sus relaciones diplomáticas con la RFY mediante distintos instrumentos jurídicos bilaterales.

Entre 1992 y 2000, la RFY mantuvo relaciones diplomáticas con ciento setenta Estados. Ello constituyó un reconocimiento tácito de la RFY como continuadora de la RFSY⁹⁹ ya que ochenta Estados mantuvieron acreditados a sus Representantes diplomáticos en Belgrado¹⁰⁰ mientras que la RFY mantuvo acreditadas cien misiones diplomáticas y oficinas consulares.

El 27 de octubre de 2000, en cumplimiento de la Resolución 777 (1992) del Consejo de Seguridad, la RFY solicitó su admisión como Miembro a las Naciones Unidas y abandonó su pretensión de continuar la personalidad

⁹⁵ V. *supra* 74, 193-194.

⁹⁶ Acuerdo entre la República de Macedonia y la República Federativa de Yugoslavia sobre la Normalización de las Relaciones y la Promoción de Cooperación (Belgrado, 8 de abril de 1996). UN Doc. S/1996/291, Anexo (1996). Article 4: “*In the light of the fact that Serbia and Montenegro had existed as independent States before the creation of Yugoslavia, and in view of the fact that Yugoslavia continued the international legal personality of these States, the Republic of Macedonia respects the state continuity of the Federal Republic of Yugoslavia*”.

⁹⁷ Acuerdo sobre la Normalización de las Relaciones entre la República Federativa de Yugoslavia y la República de Croacia (Belgrado, 23 de agosto de 1996). UN Doc. A/51/318 S/1996/706, Anexo (1996). “*Proceeding from the historical fact that Serbia and Montenegro existed as independent States before the creation of Yugoslavia, and bearing in mind the fact that Yugoslavia has continued the international legal personality of these States, the Republic of Croatia notes the existence of the State continuity of the Federal Republic of Yugoslavia*”.

⁹⁸ Declaración Conjunta suscripta por los Presidentes de la República Federativa de Yugoslavia y de Bosnia-Herzegovina (Paris, 3 de octubre de 1996), §4: ‘*Bosnia and Herzegovina accepts the State continuity of the FRY*’.

⁹⁹ Cf. Julio Barboza, Derecho Público Internacional, Buenos Aires, Zavalía, 2008, 187 [2° edición].

¹⁰⁰ Entre 1992 y 2000, cuarenta y tres Estados acreditaron Embajadores ante la RFY, otros tres acreditaron Encargados de Negocios, y veinte acreditaron Encargados de Negocios *ad interim*.

jurídica de la RFSY¹⁰¹. En consecuencia, el 1º de noviembre, la República Federativa de Yugoslavia fue admitida como Miembro¹⁰².

Del análisis del tratamiento de la cuestión sobre la sucesión de la RFY en el seno de las Naciones Unidas y desde un punto de vista jurídico, el estatus que ese Estado ostentó entre 1992 y 2000 no resulta claro. En este contexto, merece destacarse que la RFY contribuyó económicamente al sostenimiento de la Organización hasta 1998¹⁰³.

A pesar de las dificultades jurídicas que presenta su estatus en la Organización, entendemos que, entre el 27 de abril de 1992 y el 1º de noviembre de 2000, la RFY mantuvo su condición de Miembro aunque no se permitiera su participación en el trabajo de la Asamblea y el Consejo Económico y Social, y a partir del 23 de junio de 2000, en las reuniones del Consejo de Seguridad. Dicho estatus jurídico no le fue reconocido por los demás Estados sucesores de Yugoslavia ni algunos de los demás Estados Miembros en el seno de las Naciones Unidas. Sin embargo y en consonancia con el dictamen del Subsecretario de Asuntos Legales de las Naciones Unidas, afirmamos que la Resolución 47/1 de la Asamblea General no suspendió en sus derechos a la RFY, tampoco la expulsó¹⁰⁴.

¹⁰¹ UN Doc. A/55/528, UN Doc. S/2000/1043 (2000). Carta de fecha 27 de octubre de 2000 dirigida al Secretario General por el Presidente de la República Federativa de Yugoslavia.

¹⁰² UN Doc. A/RES/55/12 (2000).

¹⁰³ Como ejemplo de ello, véase la Escala de cuotas para el prorrateo de los gastos de las Naciones Unidas para 1993 y 1994 donde se estableció que: a) las cuotas de la ex República Yugoslava de Macedonia para 1993 se deducirían de las cuotas de Yugoslavia para ese año, b) la tasa de prorrateo de la ex República Yugoslava de Macedonia se deduciría de la tasa de Yugoslavia para 1994 y c) el anticipo de la ex República Yugoslava de Macedonia al Fondo de Operaciones se traspasaría del de Yugoslavia de conformidad con su tasa de prorrateo. UN Doc. A/RES/48/223 (1994).

¹⁰⁴ En igual sentido, v. CIJ, *caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia (Serbia y Montenegro)), Fallo de 26 de febrero de 2007. Disidencia del Vice-Presidente Al-Khasawneh. (Disponible en <http://www.icj-cij.org>, el 29 de junio de 2009) §11 “*Curiously, the fact of FRY admission to the United Nations in 2000 was viewed as retroactively clarifying the Respondent’s hitherto amorphous status vis-à-vis the United Nations in favour of the conclusion that in the period 1992 to 2000 it was not a United Nations Member. It was also argued that the FRY’s admission “revealed” a lack of United Nations membership and toppled the assumption which was based on the existence of an amorphous situation, making it now impossible to ignore the question of the FRY’s access to the Court. Nothing could be more debatable. The logic of the argument seems at first glance to be straightforward: admission as a new Member means that the FRY was not a Member before the date of admission. But here we are not*

V. El estatus de la República Federativa de Yugoslavia en los organismos especializados

Algunos Estados Miembros de las Naciones Unidas iniciaron gestiones para excluir la participación de la RFY en los organismos especializados de las Naciones Unidas. Allí tampoco las posiciones adoptadas fueron uniformes. Como ejemplo de ello, véanse las decisiones adoptadas en el seno de la Organización Marítima Internacional (IMO), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Agencia Internacional de Energía Atómica (IAEA), el Fondo Monetario Internacional (IMF), el Fondo de las Naciones Unidas para el Desarrollo de la Agricultura (FAO), y la Organización Mundial de la Salud (WHO). Por otra parte, la RFY siguió apareciendo como Miembro e incluso se fijó su contribución financiera al sostenimiento de los siguientes organismos: UNESCO, IMO, e IAEA. La RFY continuó su participación en los trabajos en el seno de la Organización Meteorológica Mundial (WMO)¹⁰⁵ y la Unión Postal Universal (UPU)¹⁰⁶.

dealing with a State that had never been a United Nations Member. Rather we are faced with a State that assiduously maintained it was the continuator of an original United Nations Member and which had to relinquish a strong claim to continuity and apply as a new Member in the sense of a successor State. The distinction therefore is not between a “new Member” and a “non-Member”, but between a “new Member” and an “old Member”. Seen from this angle, the act of admission does not lead to the conclusion that the FRY was not a United Nations Member. Rather, the act of admission confirms that it had been an old member by way of continuity until it abandoned that claim and took on the status of a successor. Therefore the FRY was a continuator in 1992 to 2000 and a successor after its admission in 2000. Furthermore, to argue that the SFRY was extinguished in 1992 and that the FRY was a successor of the SFRY in 2000 without first being its continuator in the intervening period creates a legal void in the intervening period of eight years, which is absurd”. [El empleo de la negrita es nuestro].

¹⁰⁵ Según informa la WMO actualmente, la RFSY ratificó el Convenio de la Organización Meteorológica Mundial el 7 de diciembre de 1948. La RFY depositó su instrumento de adhesión al Convenio de la WMO el 21 de febrero de 2001. El nombre de “Serbia y Montenegro” sustituyó al de RFY desde el 4 de febrero de 2003. Montenegro es Miembro de la organización desde el 28 de junio de 2006. No se indica que la RFY haya dejado de ser Miembro de la organización.

¹⁰⁶ La UPU consigna, actualmente, que Serbia es Miembro de la organización desde el 1º de julio de 1875, el 24 de diciembre de 1921 y el 18 de junio de 2001. No se indica que la RFY haya dejado de ser Miembro de la organización. Montenegro fue admitido como Miembro el 26 de julio de 2006.

A. Organización Marítima Internacional (IMO)

El 18 de junio de 1993, el Consejo de la IMO adoptó la Resolución C.72 (70) referida a la participación de la RFY en los órganos principales y subsidiarios de ese organismo. Con fundamento en las resoluciones 47/1 y 47/229 de la Asamblea General, y 777 (1992) y 821 (1993) del Consejo de la Seguridad de las Naciones Unidas, el Consejo de la IMO estableció que la RFY no podía continuar la personalidad jurídica de la RFSY en la organización¹⁰⁷. Por lo tanto, la RFY debía solicitar su admisión al organismo conforme el artículo 5 o 7, según fuera aplicable, de la Convención relativa a la Organización Consultiva Marítima Internacional (IMCO) y sus enmiendas. Hasta tanto ello no ocurriera, la RFY no podría participar en el trabajo de sus órganos principales o subsidiarios.

Luego que la RFY depositó el instrumento de aceptación a la Convención relativa a la IMCO y sus enmiendas, ante el Secretario General de las Naciones Unidas, el 11 de diciembre de 2000¹⁰⁸, fue admitida como Miembro de la IMO. Dicha admisión fue posterior a la adopción de la Resolución 55/12 de la Asamblea General de las Naciones Unidas¹⁰⁹.

B. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)

La RFSY fue admitida como Estado Miembro el 31 de marzo de 1950. La participación de RFY en las reuniones de los órganos rectores y conferencias de la UNESCO fue suspendida luego de la adopción de la Resolución 47/1 por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 22 de septiembre de 1992. El 20 de diciembre de 2000, la RFY ingresó al organismo como Estado Miembro¹¹⁰.

¹⁰⁷ IMO Doc. Resolution C.72 (70) de 18 de junio de 1993.

¹⁰⁸ 2131 U.N.T.S. A-4214 (2003).

¹⁰⁹ IMO Doc. Press Briefing 03/2001 de 21 de febrero de 2001 (Disponible en http://www.imo.org/About/mainframe.asp?topic_id=67&doc_id=596, el 29 de junio de 2009).

¹¹⁰ Fuente: UNESCO.

C. Agencia Internacional de Energía Atómica (IAEA)

La RFSY fue admitida como Miembro de la IAEA el 17 de septiembre de 1957. La RFY fue admitida como Miembro el 31 de octubre de 2001¹¹¹. Sin embargo, continuó contribuyendo al presupuesto de la agencia y participando de ciertas reuniones en el campo de la energía nuclear. El organismo incluía a la RFY en las contribuciones presupuestarias y contribuciones voluntarias para el Fondo de Cooperación Técnica, aclarando que su inclusión no prejuzgaba sobre su condición de Miembro de la IAEA en el futuro¹¹².

El 24 de septiembre de 1992, la Conferencia General de la IAEA adoptó la Resolución GC (XXXVI)/RES/576 indicando que la RFY no podía continuar automáticamente la personalidad jurídica de la RFSY en la organización y, consecuentemente, debía solicitar su admisión como Miembro¹¹³. La única consecuencia práctica de dicha resolución, según la interpretación del Director General de la IAEA en consonancia con la Resolución 47/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y el dictamen solicitado al Subsecretario de Asuntos Legales de la Secretaría General de las Naciones Unidas de 29 de septiembre de 1992, era que la RFY no podía participar en los trabajos de la Junta de Gobernadores y la Conferencia General de la IAEA¹¹⁴.

El 10 de marzo de 1994, la Representación Permanente de la RFY ante la IAEA presentó un *aide-mémoire* objetando el estatus de observador otorgado al experto yugoslavo en la Séptima Reunión del Grupo de

¹¹¹ IAEA Doc. INFCIRC/2/Rev.55 de 23 de noviembre de 2001. Information Circular: The Members of the Agency as of 1 November 2001. Nótese que la fecha discrepa con la correspondiente a la Resolución de la Conferencia General de la AIEA que aprueba la admisión de la RFY como Miembro el 17 de septiembre de 2001.

¹¹² IAEA Docs. GC(39)/RES/12 de 22 de septiembre de 1995, GC(40)/21 de 16 de septiembre de 1996, GC(42)/RES/9 de 25 de septiembre de 1998, GC(43)/25/REV.1 de 28 de septiembre de 1999, y GC(44)/20/Rev.4 de 22 de septiembre de 2000. La leyenda reza: “*The inclusion of Yugoslavia does not prejudice future developments concerning the membership of Yugoslavia*”.

¹¹³ IAEA Doc. GC(XXXVI)/RES/576 de 24 de septiembre de 1992.

¹¹⁴ IAEA Doc. INFCIRC/529 de 20 de noviembre de 1996, Anexo 1: [...] “*The only practical consequence the resolution draws is that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) ‘shall not take any further part in the work of the Board and the General Conference’. The resolution does not terminate or suspend Yugoslavia’s membership in the Agency. This interpretation is consistent with the interpretation and implementation by the United Nations of the above-mentioned General Assembly resolution [47/1]*”.

Expertos de la Convención de Seguridad Nuclear. Asimismo, advirtió que la RFY reconsideraría su posición de cooperar en el campo de la energía nuclear si se prevenía su participación en las negociaciones de futuras convenciones¹¹⁵.

El 30 de septiembre de 1995, la IAEA, en su carácter de depositario, listaba a Yugoslavia (RFY) como Parte en la Convención sobre Protección Física de Material Nuclear¹¹⁶ y el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Agencia¹¹⁷ como sucesora de la RFSY a partir de la notificación formulada por la RFY de fecha de 28 de abril de 1992. En 1996, esta inclusión fue protestada por los representantes de Bosnia-Herzegovina, Croacia, la ex República Yugoslava de Macedonia y Eslovenia¹¹⁸. El Director General de la IAEA señaló, respecto de la mención de Yugoslavia (RFY) en los tratados multilaterales, que tanto la Resolución GC (XXXVI)/RES/576 de la Conferencia General de la IAEA como la Resolución 47/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas no definían la cuestión¹¹⁹. En este contexto, la práctica seguida por la IAEA, en su carácter de depositario de ciertos tratados multilaterales, era consistente con la práctica adoptada respecto de la RFY por la Secretaría General de las Naciones Unidas y la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (WIPO).

Desde 1996, los representantes de Bosnia-Herzegovina, Croacia, la ex República Yugoslava de Macedonia y Eslovenia ante la IAEA objetaron las referencias a “Yugoslavia” (RFY) como miembro del organismo con fundamento en las opiniones Nos. 8, 9 y 10 de la Comisión Badinter y las resoluciones 777 (1992) del Consejo de Seguridad y 47/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas¹²⁰. El representante de Albania acompañó tal objeción en 1996¹²¹.

Durante la Conferencia General de 1996, la inclusión de la RFY en el grupo regional de Europa del Este del organismo fue objetada. Ello motivó que el Presidente de la Junta de Gobernadores emitiera un informe en el que

¹¹⁵ IAEA Doc. INFCIRC/441 de 19 de abril de 1994.

¹¹⁶ IAEA Doc. INFCIRC/274/Rev.1/Add.5 de octubre de 1995.

¹¹⁷ IAEA Doc. INFCIRC/9/Rev.2/Add.10 de octubre de 1995.

¹¹⁸ *V. supra* 113, Anexo 2.

¹¹⁹ *Ibidem*, Anexo 1.

¹²⁰ IAEA Doc. GC(40)/INF/10 de 16 de septiembre de 1996, IAEA Doc. GC(41)/INF/19 de 1 de octubre de 1997.

¹²¹ IAEA Doc. GC(40)/INF/14 de 17 de septiembre de 1996.

aclaraba que la inclusión de la RFY no prejuzgaba sobre la cuestión referida a su carácter de Estado sucesor¹²².

El 8 de diciembre de 2000, la RFY solicita su admisión como Miembro a la IAEA¹²³. El 19 de marzo de 2001, la Junta de Gobernadores recomendó a la Conferencia General que aprobara su admisión¹²⁴. En consecuencia, la RFY fue admitida como Miembro en virtud de la Resolución GC(45)/RES/1 el 17 de septiembre de 2001¹²⁵.

D. Fondo Monetario Internacional (IMF)

Mientras las Naciones Unidas definía si la RFY era la continuadora de la personalidad jurídica de la RFSY, el Fondo Monetario Internacional optó por considerar a Bosnia-Herzegovina, Croacia, Eslovenia, la ex República Socialista de Macedonia y la República Federativa de Yugoslavia como sucesores de la RFSY¹²⁶. Su Directorio Ejecutivo estableció las condiciones que cada uno de los Estados sucesores debía cumplir, el 14 de diciembre de 1992. La RFY sucedía en el 36.52% de su activo y pasivo a la RFSY. El 20 de diciembre de 2000, el Directorio Ejecutivo comprobó que la RFY había cumplido con las condiciones impuestas por el organismo y aprobó, con retroactividad al 14 de diciembre de 1992, su sucesión como Miembro¹²⁷.

E. Fondo de las Naciones Unidas para el Desarrollo de la Agricultura (FAO)

La RFSY era Estado Miembro de la FAO desde el 16 de octubre de 1946. En asuntos referidos a la sucesión de Estados, la FAO siempre ha seguido la práctica de las Naciones Unidas. Por ello, en su 102º periodo de sesiones en

¹²² IAEA Doc. GC(41)/24 de 25 de septiembre de 1997, §7 “*There were also some objections to the inclusion of Yugoslavia in the list [of regional groups]. I stressed, however, that the inclusion of Yugoslavia was not intended to prejudge in any way the ‘successor state’ question*”.

¹²³ IAEA Doc. INFCIRC/594 de 14 de diciembre de 2000.

¹²⁴ IAEA Doc. GC(45)/2 de 25 de junio de 2001.

¹²⁵ IAEA Doc. GC(45)/RES/1 de 17 de septiembre de 2001.

¹²⁶ Este enfoque recuerda la propuesta argentina ante la cuestión de la sucesión de India y Pakistán. UN Doc. A/345 de 21 de agosto de 1947. Dicha propuesta fue retirada el 22 de septiembre de 1947. UN Doc. A/392 de 22 de septiembre de 1947.

¹²⁷ IMF Doc. Press Release No. 00/75 de 20 de diciembre de 2000: IMF Approves Membership of the Federal Republic of Yugoslavia and U\$S 151 Million in Emergency Post-Conflict Assistance.

noviembre de 1992, el Consejo de la FAO “*decidió que, en adelante, la RFY (Serbia y Montenegro) no participará en los trabajos del Consejo ni de sus órganos auxiliares*” luego de tomar nota de la Resolución 47/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas¹²⁸.

El 21 de noviembre de 2000, el Director General de la FAO recibió del Gobierno de la RFY una solicitud oficial de admisión como Miembro. Paralelamente, el Consejo de la FAO, en su 119° período de sesiones, celebrado en noviembre de 2000, acordó invitar a la RFY a enviar observadores a las reuniones del Consejo, a las reuniones regionales y técnicas que resultaran de su interés así como a designar participantes en seminarios, talleres y cursos de capacitación, hasta tanto la Conferencia de la FAO se expidiera sobre su admisión. Esa solicitud fue examinada por la Conferencia en su 31° período de sesiones. El 2 de noviembre de 2001 la RFY fue admitida como Miembro del organismo.

F. Organización Mundial de la Salud (WHO)

La WHO señaló, en su Reporte Mundial de 1998, que Yugoslavia (cuya representación ejercía la RFY) era Miembro del organismo desde el 19 de noviembre de 1947¹²⁹. Asimismo, indicó que Bosnia-Herzegovina era Miembro desde el 10 de septiembre de 1992; Croacia lo era desde el 11 de junio de 1992; Eslovenia ingresó a la organización el 7 de mayo de 1992; y la ex Republica Yugoslava de Macedonia lo hizo el 22 de abril de 1993. La RFY continuó, en los hechos, la personalidad jurídica de la RFSY hasta el 2003. Recién ese año, el organismo sustituyó en su listado de Estados Miembros a Yugoslavia por Serbia y Montenegro sin ninguna aclaración al respecto¹³⁰.

Como se puede comprobar a través de los casos analizados, el estatus de la RFY en los organismos especializados también estuvo signado por enfoques contrapuestos.

¹²⁸ FAO Doc. CCLM 72/4. Comité de Asuntos Constitucionales y Jurídicos: Atrasos de la ex República Federativa Socialista de Yugoslavia. Nota Informativa. Roma, 8-9 de octubre de 2001.

¹²⁹ WHO, The World Health Report 1998, 13 y Anexo I.

¹³⁰ WHO, The World Health Report 2003, Anexo I.

VI. La sucesión de la República Federativa Socialista de Yugoslavia en materia de tratados: República Federativa de Yugoslavia, ¿Estado continuador de la personalidad jurídica de la República Federativa Socialista de Yugoslavia¹³¹ en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio?

Si la práctica de los Estados Miembros en el seno de las Naciones Unidas resultó ambigua; no menos confusa resultó la situación de la RFY en relación con la sucesión de Estados en materia de tratados¹³².

Recuérdese que, en su sentencia de 11 de julio de 1996, la CIJ sostuvo que la declaración formal de la RFY por la cual manifestó su consentimiento en continuar obligada por los tratados internacionales en los que la RFSY era Parte, no había sido cuestionada por la comunidad internacional y, en consecuencia, aquella República era Parte en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio al momento en que Bosnia-Herzegovina iniciaba el procedimiento ante la CIJ¹³³.

Como señalamos en la sección III, cuesta comprender cómo este acto unilateral serbio puede ser eficaz en relación con la asunción de las obligaciones internacionales de la República Federativa Socialista de Yugoslavia mientras se lo priva de efectos jurídicos en lo relativo a la continuación de la personalidad jurídica de ese Estado predecesor con relación a la condición de Miembro en las Naciones Unidas, siendo esta última la cláusula principal de la declaración y la primera, la accesoria.

De dos cláusulas, una es la principal y la otra accesoria, cuando la segunda no puede existir sin la primera. Una cláusula es accesoria respecto de su objeto (cumplir las obligaciones asumidas internacionalmente por la RFSY, entre ellas, las impuestas por la Carta de las Naciones Unidas), cuando es contraída para asegurar el cumplimiento de una cláusula principal (continuar la personalidad jurídica de la RFSY). Rechazada la cláusula principal (por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad),

¹³¹ La República Federativa Socialista de Yugoslavia ratificó la Convención el 29 de agosto de 1950.

¹³² Cf. Matthew Craven, "The Bosnia Case Revisited and the 'New' Yugoslavia", 15 *LJIL* 323 (2002).

¹³³ V. *supra* 23.

queda extinguida la cláusula accesoria (cumplir estrictamente todos los compromisos que internacionalmente hubiese asumido la RFSY).

La Corte no logró, en este punto, sortear las objeciones que el juez *ad hoc* Kreća formula a su razonamiento respecto de que el contenido de un acto unilateral eficaz no puede ser arbitrariamente escindido en el sentido de otorgarle efectos jurídicos a la asunción por parte de la RFY de las obligaciones internacionales de la RFSY y negarle, al mismo tiempo, eficacia en cuanto a la continuidad en la personalidad jurídica del Estado predecesor¹³⁴.

En el caso bajo estudio, el Tribunal se apartó de lo establecido en los *casos de los ensayos nucleares* y no interpretó el acto unilateral serbio conforme sus términos. Recuértese que, en 1974, la Corte había sostenido que la intención de obligarse manifestada por un Estado a través de declaraciones hechas mediante actos unilaterales, ha de interpretarse mediante los términos del acto¹³⁵.

De la declaración de 27 de abril de 1992 surge claramente que la RFY se obligaba a cumplir los compromisos asumidos internacionalmente por la RFSY en tanto continuaba su personalidad jurídica. Aún cuando se interpretara que se trataba de dos cláusulas de igual tenor e independientes la una de la otra, los actos unilaterales creadores de derecho no deben contener una manifestación de voluntad vinculada a un acto convencional. Por ello, la declaración de la RFY no hubiera bastado para que ese Estado

¹³⁴ CIJ, *caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia (Serbia y Montenegro)), Fallo de 26 de febrero de 2007. Opinión del juez *ad hoc* Kreća. (Disponible en <http://www.icj-cij.org>, el 29 de junio de 2009) §72 “*If, on the other hand, legal identity and continuity was a condition on which depended the status of the Federal Republic of Yugoslavia as a party to multilateral conventions, including the Genocide Convention, another highly relevant question emerges: namely, is the Declaration as such capable of producing legal effects without having been accepted, expressly or tacitly, by other international subjects, including the United Nations? Obviously not, because declarations, like other unilateral acts, used to carry out obligations in relation to treaties, are governed by the law of treaties as applied to the particular convention. In general, unilateral legal acts as such, being self-contained, are not in the nature of synallagmatic obligations which form the substance of treaties.*”

¹³⁵ V. *supra* 25. §46 “*When it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking, the State being thenceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration.*”

fuera parte en la Convención ya que no depositó ningún instrumento de adhesión a ese tratado en esa oportunidad, así como tampoco notificó a la Secretaría General en su carácter de depositario, que sucedía en esa convención a la RFSY.

La debilidad del argumento de la Corte radica en escindir la continuidad de la personalidad jurídica de la RFSY por parte de la RFY. A la luz del principio lógico de no contradicción, resulta imposible que la RFY no continuara la personalidad jurídica de la RFSY en las Naciones Unidas pero sí lo hiciera en su carácter de Parte en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, al mismo tiempo.

Con relación a la Convención de Viena de 1978 sobre sucesión de Estados en materia de tratados¹³⁶, la RFSY era Parte en ella, habiéndola suscripto el 6 de febrero de 1979 y ratificado el 28 de febrero de 1980. Ese tratado entró en vigor el 6 de noviembre de 1996. Bosnia-Herzegovina y la RFY suceden a la RFSY respecto de sus obligaciones el 22 de julio de 1993 y el 12 de marzo de 2001, respectivamente.

Considerando que la RFY declaró unilateralmente que asumía las obligaciones impuestas por los tratados en los que la RFSY era Parte (y sólo si se considerara a esa cláusula de igual tenor e independiente de la relativa a la condición de Miembro en las Naciones Unidas), la CIJ podría haber señalado que aplicaba el artículo 34 (1) (a) de la Convención de Viena de 1978¹³⁷ y así, afirmar que los tratados multilaterales en vigor a la fecha de la sucesión de Estados respecto de la totalidad del territorio del Estado predecesor (RFSY) continuaban en vigor respecto de cada Estado sucesor así formado (Bosnia-Herzegovina y la RFY). Según este argumento, la

¹³⁶ Merece destacarse, en relación con las Convenciones de Viena de 1978 y 1983 sobre sucesión de Estados en materia de tratados y bienes, archivos y deudas de Estado, respectivamente, que sus cláusulas reflejan más el desarrollo progresivo que la codificación de las costumbres existentes y se concentran demasiado en la práctica de los Estados nacidos del proceso de descolonización. Rein Mullerson, *op. cit.* 41, 473.

¹³⁷ 1946 U.N.T.S. 3. Artículo 34. “1. Cuando una parte o partes del territorio de un Estado se separen para formar uno o varios Estados, continúe o no existiendo el Estado predecesor: a) Todo tratado que estuviera en vigor en la fecha de sucesión de Estados respecto de la totalidad del territorio del Estado predecesor continuará en vigor respecto de cada Estado sucesor así formado”. Esta cláusula no constituye una norma consuetudinaria codificada sino que refleja el desarrollo progresivo. La práctica de los Estados en relación a la sucesión de dichos entes jurídicos en estos casos no resulta uniforme.

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio era un instrumento jurídico vinculante tanto para Bosnia-Herzegovina como para la RFY.

Según la Secretaría General de las Naciones Unidas en su carácter de depositario de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Bosnia sucedió a la RFSY en sus obligaciones el 29 de diciembre de 1992 mientras que la RFY adhirió a la Convención el 12 de marzo de 2001¹³⁸. Cuando la Corte definió que la RFY era Parte en la Convención, ese Estado no había obtenido el reconocimiento de otros Estados como continuador de la personalidad jurídica de la RFSY.

Una mención aparte merecen los distintos informes elaborados por el Secretario General en su carácter de depositario de tratados multilaterales. Esos documentos suscitaron que los Estados sucesores de la RFSY¹³⁹ objetaran el estatus consignado para Yugoslavia¹⁴⁰. La interpretación del alcance legal de la Resolución 47/1 de la Asamblea General formulada por la Secretaría General¹⁴¹ y su práctica como depositario, reflejó que Yugoslavia continuaba siendo Parte en los tratados multilaterales a pesar de que la Comisión Badinter la había considerado extinta. Destáquese que la Resolución 47/1 no contempló la cuestión relativa a la sucesión de Estados en materia de tratados por parte de la RFY¹⁴². Esta circunstancia contribuyó a la confusión sobre el estatus jurídico de la RFY en la Organización.

¹³⁸ La RFY depositó su instrumento de adhesión el 12 de marzo de 2001. Esa adhesión entró en vigor el 21 de marzo de 2001. Fuente: Nota del Secretario General de las Naciones Unidas en su carácter de depositario de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de fecha 21 de marzo de 2001. Asimismo, a ese instrumento de adhesión la RFY acompaña la reserva que formula al artículo IX de la Convención. Croacia objeta tal reserva el 18 de mayo de 2001. Bosnia-Herzegovina y Suecia la objetan el 27 de diciembre de 2001 y el 2 de abril de 2002, respectivamente.

¹³⁹ UN Doc. A/50/910, UN Doc. S/1996/231 (1996). Carta de fecha 1 de abril de 1996 de los Representantes Permanentes de Bosnia-Herzegovina, Croacia, Eslovenia y la ex República Yugoslava de Macedonia ante las Naciones Unidas dirigida al Secretario General.

¹⁴⁰ UN Doc. ST/LEG/8 (1994). Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Treaties.

¹⁴¹ *V. supra* 79.

¹⁴² UN Doc. ST/LEG/8 (1999). Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Treaties, p. 24, §89 “A special difficulty arose upon the adoption of resolution 47/1 of 22 September 1992, by which the General Assembly considered that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) could not continue automatically the membership of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia in the United Nations and therefore decided that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) should apply for

Como ejemplo de ello, señalamos el informe del Secretario General sobre la situación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos: la sucesión de Estados en los tratados internacionales de derechos humanos de fecha 4 de enero de 1996¹⁴³. En ese informe, se indicó, en relación con la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que Yugoslavia depositó el instrumento de ratificación el 29 de agosto de 1950 mientras que los otros Estados sucesores distintos de la RFY habían sucedido a la RFSY en la Convención¹⁴⁴.

En 2001 la situación había cambiado, la RFY había sido admitida como “nuevo” Miembro de la Organización. El Informe sobre la situación de la

membership in the United Nations and that it should not participate in the work of the General Assembly; the resolution was interpreted by the Secretariat to apply to subsidiary organs of the General Assembly, as well as conferences and meetings convened by it. Consequently, the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), was not invited to participate in conferences convened by the Assembly (e.g., the World Conference on Human Rights). However, this is without effect on the capacity of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) to participate in treaties deposited with the Secretary-General subject to any decision taken by a competent organ representing the international community of States as a whole or by a competent treaty organ with regard to a particular treaty or convention” y p. 88, §297 “In the absence of provisions which set specific conditions for succession or which otherwise restrict succession, the Secretary-General is guided by the participation clauses of the treaties as well as by the general principles governing the participation of States (see chap. V). The independence of the new successor State, which then exercises its sovereignty on its territory, is of course without effect as concerns the treaty rights and obligations of the predecessor State as concerns its own (remaining) territory. [...] The same applies to the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), which remains as the predecessor State upon separation of parts of the territory of the former Yugoslavia. General Assembly resolution 47/1 of 22 September 1992, to the effect that the Federal Republic of Yugoslavia could not automatically continue the membership of the former Yugoslavia in the United Nations (see para. 89 above), was adopted within the framework of the United Nations and the context of the Charter of the United Nations, and not as an indication that the Federal Republic of Yugoslavia was not to be considered a predecessor State”.

¹⁴³ UN Doc. E/CN.4/1996/76 (1996).

¹⁴⁴ Fechas de depósito del instrumento de sucesión en ese tratado: Bosnia-Herzegovina, 29 de diciembre de 1992; Croacia, 12 de octubre de 1992; Eslovenia, 6 de julio de 1992; y la ex República Yugoslava de Macedonia, 18 de enero de 1994.

Convención¹⁴⁵ de fecha 15 de agosto de 2001¹⁴⁶ consignó que Yugoslavia adhirió a la Convención el 12 de marzo de 2001¹⁴⁷.

El caso de la RFY resultó confuso hasta 2000 cuando ese Estado abandonó su posición inicial y asumió que sucedería a la RFSY en pie de igualdad con los demás Estados sucesores y obró en consecuencia, manifestando su consentimiento en obligarse por los distintos tratados multilaterales y solicitando su admisión como Miembro.

Recuérdese que, para la CIJ, la RFY era Parte en la Convención desde el 27 de abril de 1992, fecha en que formuló su declaración unilateral como Estado sucesor continuador en la identidad de la RFSY¹⁴⁸. Sin embargo, el fundamento para sostener que, entre el 27 de marzo de 1992 y el 1º de noviembre de 2000, la RFY continuó en la personalidad jurídica a la RFSY en las obligaciones impuestas por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio se basa en que la RFY continuó la personalidad jurídica de ese Estado predecesor en las Naciones Unidas aunque la CIJ no lo haya consignado por escrito.

El 12 de marzo de 2001, la Secretaría General de las Naciones Unidas recibió una notificación de la RFY de fecha 8 de marzo junto al listado de tratados multilaterales en los que ese Estado sucedería a la RFSY. En esa declaración, se estableció que era Parte en esos tratados a partir del 27 de abril de 1992, fecha en que la RFY asumió sus relaciones internacionales¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Al 1 de junio de 2001.

¹⁴⁶ UN Doc. A/56/177 (2001).

¹⁴⁷ Nótese que en este informe se modifican los datos referidos a Bosnia-Herzegovina, señalándose que depositó el instrumento de sucesión el 1 de septiembre de 1993.

¹⁴⁸ V. *supra* 23.

¹⁴⁹ La Secretaría General informó que “By a notification dated 8 March 2001, received by the Secretary-General on 12 March 2001, the Government of the Federal Republic of Yugoslavia lodged an instrument, inter alia, advising its intent to succeed to various multilateral treaties deposited with the Secretary-General, and confirming certain actions relating to such treaties. The notification stated the following: ‘[T]he Government of the Federal Republic of Yugoslavia, having considered the treaties listed in the attached annex 1, succeeds to the same and undertakes faithfully to perform and carry out the stipulations therein contained as from April 27, 1992, the date upon which the Federal Republic of Yugoslavia assumed responsibility for its international relations [Ed. note: Annex 1 attached to the notification contains a list of treaties to which the Socialist Federal Republic of Yugoslavia was a signatory or party], ...[T]he Government of the Federal Republic of Yugoslavia maintains the signatures, reservations, declarations and objections made by the Socialist Federal Republic of Yugoslavia to the treaties listed in the attached annex 1, prior to the date on which the

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no era uno de los tratados multilaterales enunciados en los anexos.

En la misma fecha, la RFY adhirió a la Convención, aceptando la invitación a regularizar su situación como Estado sucesor de la RFSY en relación con los tratados multilaterales, formulada por el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas el 8 de diciembre de 2000¹⁵⁰.

Si la declaración unilateral de 1992 basta como declaración del consentimiento para obligarse por el tratado, ¿qué valor jurídico tiene el depósito del instrumento de adhesión al tratado de 12 de marzo de 2001? Ambos actos jurídicos han obligado a la RFY. Desde el 27 de abril de 1992 hasta el 1º de noviembre de 2000, la declaración unilateral formal serbia la obligó en tanto que continuó la personalidad jurídica de la RFSY como Estado Miembro de las Naciones Unidas y como Parte en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Con posterioridad, la RFY unilateralmente abandonó su pretensión jurídica, solicitó su admisión como Miembro a las Naciones Unidas y adhirió a la Convención el 12 de marzo de 2001. Con fundamento en distintos actos jurídicos, la RFY estuvo vinculada por las obligaciones impuestas por la Convención entre el 27 de abril de 1992 y el 1º de noviembre de 2000 en tanto Estado continuador de la personalidad jurídica de la RFSY en las Naciones Unidas; y luego, a partir de 21 de marzo de 2001, fecha en que entró en vigor su adhesión a ese tratado.

Federal Republic of Yugoslavia assumed responsibility for its international relations. ... [T]he Government of the Federal Republic of Yugoslavia confirms those treaty actions and declarations made by the Federal Republic of Yugoslavia which are listed in the attached annex 2. [Ed. note: Annex 2 attached to the notification contains a list of certain treaty actions undertaken by the Federal Republic of Yugoslavia between 27 April 1992 and 1 November 2000].’ Entries in status tables relating to treaty actions undertaken by Yugoslavia between the date of the dissolution of the former Yugoslavia and the date of admission of Yugoslavia to membership in the United Nations, which were not dependent on prior treaty actions by the former Yugoslavia or other conditions, had been maintained against the designation Yugoslavia”.

¹⁵⁰ Letter of Legal Counsel of the United Nations of 8 December 2000. “It is the Legal Counsel’s view that the Federal Republic of Yugoslavia should now undertake treaty actions, as appropriate, in relation to the treaties concerned, if its intention is to assume the relevant legal rights and obligations as a successor State”.

¿Podría la RFY haber argumentado *el principio de tabula rasa*¹⁵¹ del artículo 17 de la Convención de Viena de 1978? No, dado que ese principio se aplica a la situación de Estados de reciente independencia¹⁵².

Por otra parte, se ha esgrimido como argumento jurídico que en materia de tratados de derechos humanos, la sucesión de Estados con relación a ellos se produce en forma automática¹⁵³. Sin embargo, no existe una norma de derecho internacional consuetudinaria o convencional que así lo establezca.

En materia de tratados de derechos humanos, una mención especial merece el debate suscitado en la Conferencia de los Estados Parte en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes¹⁵⁴ de 29 de noviembre de 1995¹⁵⁵. En oportunidad de su quinta sesión, el representante de Camerún cuestionó la participación y el voto de la delegación de la RFY en la sesión anterior, durante el procedimiento de votación sobre la propuesta presentada por la delegación de Marruecos de excluir a la RFY de la Conferencia de Estados Parte en ese tratado¹⁵⁶. En dicha oportunidad, el representante de la Secretaría General señaló que, según el dictamen del Subsecretario de Asuntos Legales de las Naciones Unidas, las Resoluciones 47/1 y 47/229 de la Asamblea General no afectaban la condición de Miembro de la RFY en las Naciones Unidas ni su participación en los tratados multilaterales depositados ante la Secretaría

¹⁵¹ Cf. YBILC 1974 vol. II (1), p. 169. “Accordingly, the so-called clean slate principle, as it operates in the modern law of succession of States, is very far from normally bringing about a total rupture in treaty relations of a territory which emerges as a newly independent State. The modern law, while leaving the newly independent State free under the clean slate principle to determine its own treaty relations, holds out to it the means of achieving the maximum continuity in those relations consistent with the interests of itself and of other States parties to its predecessor’s treaties. In addition, the clean slate principle does not, in any event, relieve a newly independent State of the obligation to respect a boundary settlement and certain other situations of a territorial character established by treaty”.

¹⁵² 1946 U.N.T.S. 3. Convención de Viena de 1978, artículo 2 (f): “Se entiende por Estado de reciente independencia un Estado sucesor cuyo territorio, inmediatamente antes de la fecha de sucesión de Estados, era un territorio dependiente de cuyas relaciones internacionales era responsable el Estado predecesor”.

¹⁵³ Cf. Matthew Craven, “The Genocide Case, The Law of Treaties and State Succession”, 68 BYIL 127 (1997) y Akbar Rasolov, “Revisiting State Succession to Humanitarian Treaties: Is There a Case for Automaticity?”, 14 EJIL 141 (2003).

¹⁵⁴ 1465 U.N.T.S. 85.

¹⁵⁵ UN Doc. CAT/SP/SR.8 de 12 de diciembre de 1995.

¹⁵⁶ *Ibidem*, §14.

General¹⁵⁷. Por lo tanto, la RFY pudo votar en la moción relativa a su exclusión porque hasta tanto fuera excluida, tenía derecho a actuar como Miembro y votar¹⁵⁸.

Como se ha apreciado, no hubo un criterio uniforme relativo a la condición de Parte de la RFY en los tratados multilaterales depositados ante la Secretaría General de las Naciones Unidas. La RFY continuó la personalidad jurídica de la RFSY en las Naciones Unidas y por ello, fue Parte en aquellos tratados en los que la RFSY era Parte, cuyos órganos no excluyeron su participación. Respecto de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, fue Parte en tanto continuadora de la RFSY desde el 27 de abril de 1992 hasta el 1º de noviembre de 2000, y con posterioridad, la RFY (en la actualidad, Serbia) es Parte desde el 21 de marzo de 2001, fecha en que entró en vigor su adhesión a ese tratado.

VII. La sucesión de la República Federativa Socialista de Yugoslavia en materia de bienes, archivos y deudas

La RFY sucedió a la RFSY¹⁵⁹ en la firma de la Convención de Viena de 1983 el 12 de marzo de 2001. Este tratado no ha reunido el número de ratificaciones necesarias para su entrada en vigor.

La RFY sucedió en pie de igualdad¹⁶⁰ con los demás Estados sucesores a la RFSY en sus bienes, archivos y deudas conforme lo establecido por el Acuerdo de Viena de fecha 29 de junio de 2001¹⁶¹. Ese acuerdo implementó la recomendación de la Comisión *Badinter* a las repúblicas yugoslavas de celebrar acuerdos relativos a los distintos aspectos de la sucesión. Asimismo, en su primer considerando rechazó la pretensión serbia de continuar la personalidad jurídica de la RFSY¹⁶².

¹⁵⁷ *Ibidem*, §17.

¹⁵⁸ *Ibidem*, §18.

¹⁵⁹ La RFSY suscribió la Convención el 24 de octubre de 1983.

¹⁶⁰ En su primer considerando, el acuerdo reza: “*Bosnia Herzegovina, the Republic of Croatia, the Republic of Macedonia, the Republic of Slovenia and the Federal Republic of Yugoslavia, being in sovereign equality the five successor States to the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia*”.

¹⁶¹ *V. supra* 8.

¹⁶² Para un análisis de la sucesión en materia de bienes, archivos y deudas de las repúblicas yugoslavas, *conf.* Carsten Stahn, “The Agreement on Succession Issues of the Former Socialist Federal Republic of Yugoslavia”, 96 *AJIL* 379 (2002).

VIII. Conclusión

Como señala la Corte, la cuestión de la RFY presenta varias dificultades jurídicas. Mantuvo su condición de Miembro de las Naciones Unidas aunque no se permitiera su participación en: a) el trabajo de la Asamblea General, sus órganos subsidiarios y conferencias internacionales por ella convocadas desde el 22 de septiembre de 1992; b) el Consejo Económico y Social a partir del 29 de abril de 1993, y c) las reuniones del Consejo de Seguridad desde el 23 de junio de 2000.

En este contexto, corresponde destacar que la RFY ejerció plenamente sus derechos como Miembro de la Organización, sin ser cuestionada su carácter de continuadora de la RFSY, desde el 27 de abril al 22 de septiembre de 1992.

Asimismo, entre 1992 y 2000, recibió y circuló documentos, siendo estos publicados por la Secretaría General; figuró en todas las listas oficiales de Miembros de la Organización y en la guía diplomática de Misiones Permanentes acreditadas ante ella. Se respetaron las inmunidades y privilegios de los funcionarios acreditados por su Misión Permanente ante las Naciones Unidas e inclusive contribuyó al mantenimiento de la Organización hasta 1998. Participó en los organismos especializados y en las conferencias de los Estados Parte de los tratados multilaterales depositados ante la Secretaría General de las Naciones Unidas, hasta tanto los órganos de dichos entes y de esas conferencias decidieron su exclusión.

En su carácter de sucesor continuó a la RFSY en las obligaciones impuestas por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio hasta el 1º de noviembre de 2000. Este estatus jurídico no le fue reconocido por los demás Estados sucesores y algunos terceros Estados, sin embargo, se prolongó en el tiempo hasta que la RFY decidió abandonar su postura y solicitar su admisión como Miembro a las Naciones Unidas.

Políticamente, en el seno de las Naciones Unidas, se decidió no definir el estatus jurídico que la RFY ostentó en los hechos. Coincidimos con el dictamen del Subsecretario para los Asuntos Legales de las Naciones Unidas: la Resolución 47/1 de la Asamblea General no suspendió en sus derechos a la RFY, tampoco la expulsó y no afectó su estatus en los tratados

multilaterales ni en los organismos especializados de las Naciones Unidas. La Corte, en su carácter de órgano principal de la Organización, debió haberse pronunciado sobre la cuestión.

Si el Tribunal hubiera determinado que la Asamblea General y el Consejo de Seguridad actuaron *ultra vires* al suspender en sus derechos a la RFY en las Naciones Unidas sin observar el procedimiento establecido por el artículo 5 de la Carta de San Francisco, esa decisión hubiera cambiado fundamentalmente el modelo de gobierno (*governance*) del sistema de las Naciones Unidas así como el rol de la Corte¹⁶³. La prudencia de la decisión del Tribunal al no señalar que la práctica de los otros órganos principales de la organización no encontraba fundamento jurídico en la Carta, no sorteó las contradicciones intrínsecas del argumento jurídico que proponía a la luz del principio lógico de no contradicción.

¹⁶³ Para un análisis sobre si la CIJ puede revisar judicialmente las decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad, cf. Jose E. Alvarez, "Judging the Security Council", 90 *AJIL* 1 (1996).

EL DESISTIMIENTO DE LA INSTANCIA ANTE LA CPJI Y LA CIJ

*N. Gladys Sabia de Barberis**

SUMARIO: I. Introducción; II. El desistimiento ante la Corte Permanente de Justicia Internacional; a) El desistimiento en el Estatuto de 1920 y Reglamentos de dicho Estatuto; b) Casos sobre desistimiento tramitados según el artículo 61 de Reglamentos de 1922 y 1926; c) Estatuto de 1936 y Reglamento de 1936; d) Casos sobre desistimiento tramitados según el Reglamento de 1936; III. El desistimiento ante la Corte Internacional de Justicia; a) Estatuto y Reglamentos de 1946 y 1972; b) Casos sobre desistimiento tramitados según los Reglamentos de 1946 y 1972; c) Reglamento de la Corte Internacional de Justicia de 1978; d) Casos sobre desistimiento tramitados de acuerdo con el Reglamento de 1978; IV. Desistimiento de común acuerdo y desistimiento unilateral; V. Desistimiento parcial o a actos de procedimiento; VI. Desistimiento de la instancia, de la acción o del derecho; VII. Conclusiones.

I. Introducción

El tema relativo al desistimiento de una instancia incoada ante la Corte Internacional de Justicia y ante su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, ha sido planteado en diferentes casos que merecen ser analizados a efectos de encontrar aquellas características comunes que permitan formular los principios que lo rigen, para poder aplicarlos tanto ante ese tribunal como extrapolarlos, de ser posible, ante otros tribunales ya sean judiciales o arbitrales.

El desistimiento planteado en el caso de Bosnia-Herzegovina c/Yugoslavia-Serbia y Montenegro-Serbia, ante la Corte Internacional de Justicia no cobró la relevancia que tuvo en otros ya que, por su particularidad, no fue analizado a fondo por la Corte.

El 20 de mayo de 1993, el Gobierno de la República de Bosnia-Herzegovina, que a partir del 14 de diciembre de 1995 se denominó

* Miembro Consejero del CARI.

“Bosnia-Herzegovina”, introdujo una demanda ante la Corte Internacional de Justicia, contra la República Federal de Yugoslavia, devenida en “Serbia y Montenegro”, a partir del 4 de febrero de 2003 y, con posterioridad al 3 de junio de 2006, en la República de Serbia, por violación a la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio de 1948. Dicha demanda fue notificada al Gobierno de la entonces República Federal de Yugoslavia e informada a todos los Estados admitidos a comparecer ante la Corte. A su vez, en contestación a la Memoria depositada por la Parte demandante, la Contramemoria presentada oportunamente por la demandada, contenía reconveniones.

Cabe señalar que el Gobierno de Bosnia-Herzegovina es ejercido por una presidencia colegiada, compuesta por presidentes representantes de tres grupos: croata, serbio y bosnio, con un Presidente de la presidencia, de carácter rotativo.

Es importante destacar este aspecto relativo a la forma de gobierno, para comprender la situación que se planteó en la Corte en virtud de una nota de fecha 9 de junio de 1999, por la que el Presidente de la presidencia de turno, M.Zivko Radisic, le notificó la designación de un coagente, M.Zvetozar Miletic, y un día después ese coagente informó a la Corte que la parte demandante deseaba desistir de la instancia. Sin embargo, por una nota del 14 de junio de 1999, el agente de Bosnia-Herzegovina afirmó que ese país no había tomado ninguna medida para designar a un coagente o poner fin al procedimiento ante la Corte¹.

Prontamente, el 15 de junio de 1999, el agente de la entonces República Federal de Yugoslavia declaró que su gobierno aceptaba el desistimiento de la instancia. No obstante ello, el 21 de junio del mismo año, el agente de Bosnia-Herzegovina repitió que la presidencia, es decir la institución colegiada, no había decidido desistir de la instancia y transmitió a la Corte dos notas de los miembros croata y bosnio, respectivamente, uno de los cuales era el nuevo Presidente de la presidencia, confirmando que ninguna decisión en ese sentido había sido tomada².

Para mayor seguridad, a pesar de lo manifestado por el agente de la demandante, el Presidente de la Corte requirió al Presidente de la

¹ <http://www.icj-cij.org/>..., p. 7.

² Ibidem, p. 7.

presidencia, por notas del 30 de junio y del 2 de setiembre de 1999, precisar la posición de su país sobre el punto de saber si el asunto estaba pendiente. El 3 de setiembre el agente de la entonces República Federal de Yugoslavia presentó observaciones sobre la cuestión, concluyendo que las dos Partes habían convenido poner fin al procedimiento.

Sin embargo, el Presidente de la presidencia de Bosnia-Herzegovina, por nota del 15 de setiembre, informó a la Corte que la presidencia, como órgano colegiado, en su quincuagésima octava reunión concluyó que no había tomado la decisión de desistir de la instancia ni tampoco la de designar un coagente en el caso³.

Por nota del 20 de setiembre, el Presidente de la Corte informó a las Partes que las audiencias se fijarían para fines de febrero de 2000 y pidió nuevamente al Presidente de la presidencia de Bosnia-Herzegovina la confirmación de que su gobierno estimaba que el procedimiento debía continuar, quién contestó afirmativamente. Pero el miembro de la presidencia representante del grupo serbio, invocando la Constitución del país, informó a la Corte que la nota del 15 de setiembre de 1999 enviada por el entonces Presidente de la presidencia, carecía de sustento jurídico porque la Asamblea Nacional de la República Serbia declaró que esa decisión atentaba gravemente contra un interés vital de esa República⁴.

En virtud de la existencia de una correspondencia controvertida sobre la cuestión del desistimiento, la Corte decidió no convocar a las audiencias fijadas para el mes de febrero de 2000.

Nuevamente, por nota del 23 de marzo de 2000, el agente de la demandante, transmitió una nota del Presidente de la presidencia, reafirmando que la designación de un coagente por el anterior Presidente estaba desprovista de sustento jurídico y que las comunicaciones del coagente no reflejaban la posición del país en su conjunto. Afirmó también que, contrariamente a los dichos del miembro de la presidencia que representaba a la República Serbia, la mencionada nota del 15 de setiembre de 1999 no podía ser objeto del procedimiento de veto previsto por la

³ Ibidem, p. 7.

⁴ Ibidem, p. 7.

Constitución de Bosnia-Herzegovina. Asimismo, solicitaba que se estableciera el comienzo del proceso oral⁵.

El 11 de abril de 2000, el agente de la entonces República Federal de Yugoslavia, presentó a la Corte un documento titulado: “Requête en interprétation de la décision de la Cour sur la question de savoir si l’affaire relative à l’application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Hérzégovine c/Yougoslavie) est toujours pendante”⁶.

En dicho documento solicitaba una interpretación de la decisión a la que el Presidente de la Corte se refirió en su nota del 22 de octubre de 1999, cuando informó que la Corte había decidido no realizar las audiencias en febrero de 2000.

Sobre el particular, el Secretario de la Corte señaló a la República Federal de Yugoslavia que, de acuerdo con el artículo 60 del Estatuto, sólo se puede presentar un pedido de interpretación, respecto de una sentencia de la Corte. Expresó, asimismo, que esa decisión tenía simplemente por objeto no realizar las audiencias en febrero de 2000⁷.

El coagente designado por el entonces Presidente de la presidencia y que por turno era el miembro serbio, Svetozar Miletić, por nota del 29 de setiembre de 2000 ratificó que, según su opinión, existió desistimiento del asunto. Por nota del 6 de octubre de 2000, el agente de Bosnia-Herzegovina, aseguró que esa comunicación ni ninguna de las otras comunicaciones del miembro serbio ni del titulado coagente, ni del agente de la República Federal de Yugoslavia, modificaban la resolución del Gobierno de Bosnia-Herzegovina de proseguir la instancia⁸.

Por notas del 16 de octubre de 2000, el Presidente y el Secretario de la Corte informaron a las Partes que, habiendo examinado toda la correspondencia recibida sobre esa cuestión, la Corte en su sesión del 19 de octubre de 2000 había constatado que Bosnia-Herzegovina “*n’avait manifesté de manière non équivoque sa volonté de retirer sa requête et avait*

⁵ Ibidem, p. 8.

⁶ Ibidem, p. 8.

⁷ Ibidem, p. 8.

⁸ Ibidem, p. 8.

*donc conclu qu'il n'y avait pas eu en l'espèce desistement de la Bosnie-Hérzégovine*⁹. Por lo tanto, la Corte consideró procedente, de acuerdo con el artículo 54 del Reglamento, y después de consultar a las Partes fijar, llegado el momento, la fecha de apertura del proceso oral¹⁰.

Como se puede apreciar, la Corte no analizó la Constitución del Estado demandante, no se involucró en el estudio de su derecho interno, sino que tomó el atajo de fijar su posición a la vista de las distintas notas intercambiadas para expresar que no surgía de ellas con claridad el desistimiento de la instancia. Sin embargo un principio surge de este asunto y es que el desistimiento debe ser claro y no debe dar lugar a dudas como las que se presentan en el caso planteado.

Por último, cabe consignar que el desistimiento constituye un tema incidental en el caso de marras, que no se dictó ninguna Ordenanza al respecto como se hizo en todos los demás casos, pero como este último es objeto de estudio en sus diversos aspectos por otros autores en el presente libro, me referiré a esa institución que ha sido poco abordada por la doctrina.

II. El desistimiento ante la Corte Permanente de Justicia Internacional

La Corte Permanente de Justicia Internacional brinda muchos ejemplos de desistimiento y ha desarrollado una práctica, sobre todo durante la vigencia de su primer y segundo Reglamento adoptados, respectivamente, en 1920 y 1926, que la llevó a una reforma de su articulado a fin de incorporar las distintas variables que podían presentarse.

a) El desistimiento en el Estatuto de 1920 y Reglamentos de dicho Estatuto

El artículo 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones estableció que el Consejo era el encargado de preparar un proyecto de Corte Permanente de Justicia Internacional y de someterlo a los miembros de la Sociedad. Esa Corte tendría por cometido conocer los diferendos de carácter internacional

⁹ Ibidem, p. 8.

¹⁰ Ibidem, p. 8.

que las Partes le sometieran y también brindar Opiniones Consultivas sobre toda diferencia o todo punto que le planteara el Consejo o la Asamblea¹¹.

El Consejo elaboró el proyecto, el que fue aprobado por la Asamblea con enmiendas el 1º de diciembre de 1920, y sometido posteriormente a los miembros de la Sociedad de las Naciones para su adopción en forma de Protocolo y su aprobación por la mayoría de los miembros. Cabe destacar que el citado Estatuto no contenía normas expresas sobre el desistimiento del proceso.

El Reglamento adoptado por la Corte el 24 de marzo de 1922 y también el texto enmendado y adoptado por la Corte el 31 de julio de 1926 y que entró en vigor en las mismas fechas, tenían en ambos casos un artículo 61 que expresaba:

Si les parties tombent d'accord sur la solution à donner au litige, et notifient cet accord par écrit à la Cour avant la clôture de la procédure, la Cour donne acte de l'accord intervenu.

Si, d'un commun accord, les parties notifient par écrit à la Cour qu'elles renoncent à poursuivre la procédure, la Cour prend acte de cette renonciation et la procédure prend fin.

El artículo 61 que, como dije, tuvo la misma redacción en ambos Reglamentos planteó de inmediato dudas. En primer lugar debía preguntarse cuando las Partes en litigio llegaban a un acuerdo, si debían notificar a la Corte el texto del acuerdo o si simplemente le debían hacer conocer su existencia. En el primer caso la voluntad de las Partes podría no consistir en un desistimiento sino en que el acuerdo fuese tenido en cuenta por la Corte al dictar sentencia.

Por otra parte, el segundo párrafo hacía referencia simplemente a un desistimiento de común acuerdo, pero sin especificar si era o no fruto a un acuerdo de fondo, prescribiendo que debía ser notificado a la Corte por escrito, aunque sin distinguir si debía formularse en un mismo acto o en actos separados, como tampoco si podía presentarse inicialmente en forma unilateral.

¹¹ “Article 14. Le Conseil est chargé de préparer un projet de Cour permanente de justice internationale et de la soumettre aux Membres de la Société. Cette Cour connaîtra de tous différends d'un caractère international que les Parties lui soumettront. Elle donnera aussi des avis consultatifs sur tout différend ou tout point dont le saisira le Conseil ou l'Assemblée”.

Es interesante destacar que durante el tratamiento del texto que se convertiría en el Reglamento de 1922, se redactó un cuestionario para ser considerado por los Jueces. Una de las preguntas era la siguiente: “*Les parties, peuvent-elles dessaisir la Cour après l’avoir saisie?*”¹².

El presidente de la Corte consideró respecto de esa pregunta que si las Partes no solicitaban una sentencia y desistían de la instancia, el procedimiento debía terminar. A su vez, el Juez Huber, propuso una distinción entre los casos en que el desistimiento se producía en virtud de un acuerdo entre las Partes y el caso en que sólo la Parte que introdujo la instancia mediante una demanda, quería desistir de ésta. En realidad hubiera sido acertado hacer tal distinción en el texto, pero no prosperó; luego fue incorporada en Reglamentos posteriores. El Juez Finlay indicó que en ciertos casos, aunque muy raros, sería deseable dictar una sentencia aún cuando las Partes quisieran desistir de la instancia, por lo que consideró necesario que los casos sólo pudieran ser retirados con el consentimiento de la Corte¹³. Esta moción fue dejada de lado por el Juez Finlay atento que no tuvo el acompañamiento de los otros Jueces que entendían que la jurisdicción de la Corte Permanente reposaba enteramente sobre la voluntad de las Partes, como lo aseguraron los Jueces, M. Anzilotti y M. Beichmann. Se dio por acordado que las Partes debían tener el derecho de renunciar a la instancia de la Corte, de común acuerdo, después de haberla incoado¹⁴ y esto fue lo que se incorporó finalmente al texto adoptado.

Por tal motivo, considero indispensable analizar aquellos asuntos de la Corte Permanente que se han desarrollado en el marco de la normativa descrita, es decir, según los Reglamentos de 1922 y 1926, y posteriormente, de acuerdo con el Reglamento adoptado en 1936, a fin de determinar cuál ha sido la práctica de este tribunal en la materia.

b) Casos sobre desistimiento tramitados según el artículo 61 de los Reglamentos de 1922 y 1926

- Asunto relativo a la fábrica de Chorzów (Alemania c/Polonia)

¹² C.P.J.I., Recueil, Série D, n° 2, 1922, p. 83.

¹³ Ibidem, p. 83.

¹⁴ Ibidem, p. 84.

El 5 de marzo de 1915, se suscribió un contrato entre el Reich alemán y la sociedad Bayerische, según el cual esta última se comprometía a instalar para el Reich y comenzar inmediatamente la construcción de una fábrica de azote de *chour* en Chorzów, en la Alta Silesia. Los terrenos necesarios serían adquiridos por cuenta del Reich e inscritos a su nombre en los registros correspondientes. Las instalaciones mecánicas debían ser establecidas conforme los *brevets*, licencias y a la experiencia de la citada sociedad que, a su vez, se comprometía a dirigir la explotación hasta el 31 de marzo de 1941. El Reich conservaba siempre el derecho de efectuar ciertas ingerencias. A su vez, el 24 de diciembre de 1919 se formalizaron en Berlín diversos actos jurídicos, con constancia notarial, tendientes a la creación de una nueva sociedad denominada Oberschlesische, procediéndose a formalizar la venta a esa Sociedad de la fábrica de Chorzów. La dirección y explotación de la fábrica quedaba en cabeza de Bayerische y se inscribió a ésta en el libro *foncier* de Chorzów como propietaria de los *biens-fonds* que constituían la fábrica mencionada.

Se plantearon problemas entre el Reich y Polonia en relación con la fábrica de Chorzów, lo que dio lugar al dictado de fallos de la Corte Permanente de Justicia Internacional de gran importancia ya que se determinaron en forma sistematizada gran parte de aquellos principios fundamentales que rigen las consecuencias jurídicas de la violación de obligaciones internacionales. En este sentido hay que citar en forma primigenia el fallo N° 7 del 25 de mayo de 1926 correspondiente al asunto relativo a ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia Polaca por demanda interpuesta por Alemania contra Polonia. En efecto, Polonia dictó una Ley el 14 de julio de 1920, concerniente a la transferencia de derechos del Tesoro alemán y de los miembros de las casas reinantes alemanas al Tesoro del Estado polaco. En virtud de dicha ley, Polonia excluyó de los registros como propietarios de ciertos bienes, por un lado a Oberchlesische, poniendo en su lugar como propietario al Tesoro polaco, procediendo también a la toma de posesión y gestión por un delegado polaco y, por otro lado, ordenó la toma de posesión de bienes muebles, *brevets* y licencias de la empresa Bayerische. La medida se extendió además a grandes fundos rurales a cuyos propietarios se les había notificado la intención del gobierno polaco de expropiarlos¹⁵. En estos casos la Corte Permanente de Justicia Internacional se pronunció en el sentido que la actitud del Gobierno polaco no se

¹⁵ C.P.J.I., Séries A, vol. I, Arrêt n° 7, p. 5.

conformaba a la Convención de Ginebra suscripta entre Alemania y Polonia el 25 de mayo de 1926, referente a la citada región de Silesia¹⁶.

Atento lo dispuesto por el mencionado fallo, Alemania introdujo una instancia ante la misma Corte Permanente de Justicia Internacional el 8 de febrero de 1927, para determinar la reparación debida por Polonia a las empresas Oberschlesische y Bayerische. A su vez el Tribunal, en el fallo N° 13 del 13 de setiembre de 1928 estableció que el Gobierno polaco debía pagar una indemnización y se reservó el derecho de fijar en una sentencia futura el monto, condiciones y modalidades de pago, para lo cual se habían designado peritos¹⁷.

Por nota del 6 de diciembre de 1928, el agente del Gobierno alemán informó al Secretario de la Corte que en el asunto concerniente a la fábrica de Chorzów, las Partes llegaron a un acuerdo sobre la solución que debía brindarse al litigio. Por su parte el agente del Gobierno polaco, mediante nota del 13 de diciembre de 1928, envió una comunicación a la Corte en los mismos términos. El agente alemán presentó también una copia del acuerdo celebrado el 12 de noviembre de 1928 entre el Fisco polaco y ambas sociedades, como así también copia de las notas intercambiadas entre el Ministro de Relaciones Exteriores de Polonia y el Ministro alemán en Varsovia del 27 de noviembre de 1928. En ese canje de notas el Gobierno alemán declaró que en el caso de Chorzów no había divergencia entre ambos Gobiernos y que fue convenido entre las Partes que la instancia que estaba pendiente ante la Corte Permanente fuera retirada por devenir sin objeto. A su vez el agente Polaco, a pedido del Secretario de la Corte comunicó el texto del acuerdo con las empresas que hacía fe. La Corte Permanente por Providencia del 25 de mayo de 1929, entendió que el acuerdo comportaba la solución del conjunto del litigio llevado ante ella y que al haberse celebrado antes del cierre del procedimiento de los expertos designados, se daban las condiciones del artículo 61, primer párrafo del Reglamento de la Corte Permanente, ya que de acuerdo con ese artículo la notificación a la Corte en ese estadio del procedimiento era una de las condiciones para su aplicación. La Corte constató que en el asunto de las indemnizaciones en el caso de la fábrica de Chorzów se llegó a un acuerdo

¹⁶ Ibidem, p. 81.

¹⁷ *C.P.J.I.*, Séries A, vol. III, Arrêt n° 13, p. 63/64.

para la solución del litigio el 27 de noviembre de 1928 y consideró que, en consecuencia, el procedimiento había llegado a su fin¹⁸.

- *Denuncia del tratado chino-belga del 2 de noviembre de 1865 (Bélgica c/China)*

El artículo 46 del tratado de amistad, comercio y navegación suscripto en Pekín el 2 de noviembre de 1865 por los Gobiernos chino y belga, establecía las condiciones que debían reunirse para que Bélgica estuviera habilitada a impulsar modificaciones a él, debiendo en tal caso notificar tal circunstancia a China con determinada antelación. Caso contrario, el Tratado seguiría vigente por otro decenio y así sucesivamente¹⁹.

El Gobierno chino pretendió denunciar el Tratado a la expiración de un decenio y notificó su intención a Bélgica el 16 de abril de 1926, considerando que el Tratado cesaría de producir efectos a partir del 27 de octubre de 1926.

El Gobierno belga si bien discutió el derecho del Gobierno chino de realizar una denuncia unilateral, se mostró dispuesto a consensuar una solución amigable. Como las negociaciones no llegaron a un buen término, el Gobierno belga propuso acudir a la Corte Permanente de Justicia Internacional, por vía de un compromiso.

El Gobierno chino rechazó la propuesta y mediante un decreto abrogó el Tratado de 1865 y tomó medidas presuntamente en violación de los derechos que ese Tratado confería a Bélgica y a sus nacionales. Bélgica entonces demandó a China ante ese mismo Tribunal pidiendo que se pronunciara acerca de que el demandado no tenía derecho a denunciar unilateralmente el Tratado de 1865²⁰. Solicitó también medidas provisionales para la salvaguarda de sus derechos y efectivamente la Corte mediante Providencia del 8 de enero de 1927, indicó esas medidas hasta tanto se dictase la sentencia definitiva²¹.

¹⁸ C.P.J.I., Séries A, vol. III, Ordonnance, 25 mai 1929, pp. 12 y 13.

¹⁹ C.P.J.I., Séries A, vol. I, n° 8, p. 4.

²⁰ Ibidem, p. 5.

²¹ Ibidem, p. 6.

Sin embargo, por una comunicación del 3 de febrero de 1927 los agentes del gobierno belga hicieron conocer a la Corte que el Ministro de Relaciones Exteriores de China expresó que su país estaba dispuesto a aplicar a Bélgica, a título provisorio, un régimen que fue comunicado al Ministro belga en Pekín, quién lo aceptó en nombre de su Gobierno. Como todavía no se había notificado China del proceso, por Providencia del 15 de febrero de ese año, la Corte dejó sin efecto la Providencia anterior que establecía medidas provisionales.

La demandante continuó impulsando el procedimiento, presentó la Memoria y la Corte fijó las fechas para la continuación del contencioso, pero por una nota del 13 de febrero de 1929, el agente belga solicitó al Secretario que hiciera conocer a la Corte que el litigio entre Bélgica y China se encontraba allanado por la conclusión de un tratado preliminar suscripto en Nanking el 22 de noviembre de 1928 y que estaba próximo a ratificarse. Por lo tanto el Gobierno de su Majestad el Rey de los belgas desistía de la acción introducida y pedía que fuera cancelada del Registro. Por una nueva nota, del 4 de marzo del mismo año el agente belga hizo conocer al Secretario de la Corte que el Tratado fue ratificado.

Las notas del 13 de febrero y del 4 de marzo de 1929 fueron trasladadas al Gobierno chino por medio de la legación china en la Haya que acusó recibo. La Corte Permanente de Justicia Internacional, consideró que China nunca intervino en el procedimiento ni se dio por notificada por lo que nada se oponía al desistimiento unilateral de Bélgica. Al constatar que el procedimiento abierto por Bélgica había llegado a su fin, la Corte dictó el 25 de mayo de 1929 una Providencia instando al Secretario cancelar el asunto del Registro²².

- Asunto relativo a la delimitación de las aguas territoriales entre la isla de Castellorizo y las costas de Anatolia (Turquía c/Italia)

Los Gobiernos turco e italiano, suscribieron un compromiso en Ankara, el 30 de mayo de 1929, para solicitar a la Corte Permanente de Justicia Internacional que se pronunciara sobre ciertas cuestiones surgidas en la delimitación de las aguas territoriales entre la Isla de Castellorizo y Anatolia. Desde la entrada en vigor del compromiso si cualquiera de las

²² C.P.J.I., Série A, vol. III, Ordonnance du 25 mai 1929, pp. 6 y 7.

Partes notificaba esa circunstancia a la Secretaría de la Corte, ésta estaría habilitada para entender en el caso²³.

El compromiso entró en vigor el 3 de agosto de 1931 y fue notificado al Secretario de la Corte por el Encargado de Negocios de Turquía en La Haya, mediante nota del 18 de noviembre de 1931. La Corte fijó plazos para presentar la Memoria, Contramemoria y Réplica, prorrogándolos luego a pedido de las Partes. Finalmente el plazo para presentación de la Memoria expiraba el 3 de enero de 1933.

Sin embargo, por nota de esa misma fecha el Encargado de Negocios de Turquía en la Haya, por mandato de su gobierno y fundado en el artículo 61 del Reglamento de la Corte hizo saber al Secretario, que de común acuerdo con el gobierno de Italia, desistía de la acción interpuesta el 18 de noviembre de 1931 y solicitó al Secretario de la Corte tomar nota de la comunicación a fin de cancelarlo del Registro. El mismo día hizo la comunicación el ministro de Italia, por orden de su gobierno, pidiendo a la Corte que tomase nota del desistimiento efectuado por Turquía, con el objeto de poner fin al procedimiento²⁴.

La Corte, por Providencia del 26 de enero de 1933 tomó nota de que las partes renunciaron a proseguir el procedimiento previsto por el compromiso de Ankara del 30 de mayo de 1929, antes citado, decidiendo cancelarlo del registro de la Corte, atento que el procedimiento oportunamente abierto había finalizado²⁵.

- *Asunto relativo al Estatuto del Sudeste de Groenlandia (Noruega c/Dinamarca y Dinamarca c/Noruega)*

El Encargado de Negocios de Noruega en La Haya, presentó una demanda ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, el 18 de julio de 1932, contra el Gobierno danés en relación con el Estatuto jurídico de ciertas partes del territorio del Sudeste de Groenlandia. Por decreto real del 12 de julio de 1932 el Gobierno noruego sometió a la soberanía de ese país la parte sudeste del Groenlandia situada entre los 63° 40' y 60° 30' de

²³ C.P.J.I., Série A/B, vol. II, fasc. N° 51, p. 4.

²⁴ Ibidem, p. 5.

²⁵ Ibidem, p. 6.

Latitud Norte²⁶. Por su parte, el mismo día el Ministro de Dinamarca en la Haya introdujo una demanda aduciendo que la proclama noruega se refería a un territorio sometido a la soberanía de la corona danesa²⁷.

Por Providencia del 2 de agosto de 1932 la Corte acumuló las dos instancias y por Providencia del 24 de marzo de 1933, luego de varias prórrogas fijó las fechas para la presentación de las respectivas Memorias y Contramemorias.

No obstante ello, por nota del 18 de abril de 1933, el agente noruego hizo saber a la Corte que por decreto real del 7 de abril de 1933, su Gobierno había revocado la proclama y que por lo tanto retiraba su demanda introductoria de instancia del 18 de julio de 1932. A su vez, en la misma fecha el agente danés hizo saber a la Corte que atento que Noruega había revocado la proclama y en virtud del artículo 61 del Reglamento de la Corte, retiraba también su demanda²⁸.

La Corte tomó nota de ambas declaraciones de desistimiento de sus demandas introductorias de instancia, y declaró cerrado el procedimiento, dictando una Providencia el 11 de mayo de 1933 a fin de que se cancelaran los asuntos del Registro²⁹.

- *Asunto relativo a las apelaciones contra ciertos laudos del Tribunal Arbitral Mixto Húngaro-Cecoslovaco (Checoslovaquia c/ Hungría)*

La República Checoslovaca introdujo una instancia ante la Secretaría de la Corte Permanente de Justicia Internacional el 7 de julio de 1932, por apelación en materia de competencia en los asuntos N° 321 (*Alexander Semsey et Const. c/Etat tchécoslovaque*) y N° 752 (*Wilhelem Foder c/Etat tchécoslovaque*) del Tribunal Arbitral Mixto y una apelación del 20 de julio del mismo año contra el fallo sobre el fondo del asunto en el caso N° 127 (*Ungarische Hanf-und Flachsindustrie c/1. Etat tchécoslovaque, 2. Union des filateurs du lin*). El procedimiento continuó con la presentación de

²⁶ C.P.J.I., Séries A/B, vol. I, fasc. 48, p. 278.

²⁷ Ibidem, p. 279.

²⁸ C.P.J.I., Séries A/B, vol. II, fasc. 55, p. 158.

²⁹ Ibidem, p. 159.

excepciones preliminares por parte de Hungría y la Corte llegó a fijar fechas para la presentación de memorias y contramemorias³⁰.

Por nota del 8 de abril de 1933 registrada en la Secretaría el 11 del mismo mes, el agente del Gobierno checoslovaco informó que su Gobierno desistió de las instancias de apelación introducidas el 7 y 20 de julio de 1932 y pidió a la Corte tener a bien tomar las medidas apropiadas para cancelar esos asuntos del Registro de la Corte. Debidamente informado de la presentación del 8 de abril de 1933 del agente checo, el agente húngaro tomó nota con agrado en nombre de su Gobierno del desistimiento que le fue notificado y de la circunstancia que los asuntos que fueron llevados ante la Corte se encontraban felizmente terminados y eliminados de las relaciones entre ambas Partes. Por Providencia del 12 de mayo de 1933, la Corte Permanente constató que el desistimiento debidamente aceptado por Hungría fue notificado a la Corte, por lo que puso fin al procedimiento y canceló los casos del Registro³¹.

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

El 18 de mayo de 1932, el Gobierno del Reich alemán introdujo ante la Corte Permanente de Justicia Internacional una demanda contra el gobierno polaco, alegando la violación por parte de éste de ciertas obligaciones que le imponía la Convención de Ginebra del 15 de mayo de 1922, en materia impositiva en la Alta Silesia, respecto de la administración del Príncipe Von Pless, ciudadano polaco perteneciente a la minoría alemana en la Alta Silesia polaca. Según la demanda, el gobierno polaco debía indemnizar por tal motivo al mencionado príncipe, en virtud del perjuicio que esa violación le causara³².

El Gobierno polaco opuso preliminarmente una excepción de inadmisibilidad de la demanda, basado en que el Gobierno alemán inició la instancia en el marco del artículo 72.3 de la Convención de Ginebra, según el cual Polonia acordó que, en caso de divergencia de opiniones sobre cuestiones de hecho o de derecho concerniente a los artículos involucrados, entre el Gobierno polaco y cualquiera de las potencias aliadas y asociadas, o

³⁰ Ibidem, fasc. 56, p. 163.

³¹ Ibidem, p. 164.

³² C.P.J.I., ibidem, fasc. 52, p. 12.

de toda otra potencia miembro del Consejo de la Sociedad de las Naciones, esa divergencia sería considerada como un diferendo de carácter internacional y podría ser interpuesta ante la Corte Permanente de Justicia Internacional³³.

El mismo Gobierno sostuvo, en primer lugar que no había una divergencia de opiniones entre ambos gobiernos en el sentido del artículo citado, en segundo lugar alegó que el Príncipe Von Pless no había agotado los recursos internos establecidos en el orden jurídico polaco³⁴. La Corte consideró que la excepción preliminar debía tratarse conjuntamente con el fondo del asunto³⁵. El procedimiento continuó y así la Corte fijó las fechas para la presentación de la Contrademanda, la Réplica y la Dúplica.

Pero, así las cosas, el 27 de octubre de 1933, el Secretario de la Corte recibió del Ministro de Alemania en La Haya, una nota expresando que el gobierno alemán no tenía intención de continuar con el asunto que había sometido ante la Corte. Esta remitió copia de la documentación al agente del Gobierno polaco, quién, a su vez, informó a la Corte por nota del 15 de noviembre del mismo año que en presencia de la actitud del gobierno alemán, no haría ninguna objeción respecto de que el procedimiento en el asunto sobre la administración del Príncipe Von Pless no prosiguiera, considerándolo cerrado³⁶.

La Corte, en virtud del desistimiento del Gobierno alemán y la aceptación de ese desistimiento por parte del Gobierno polaco, dictó una Providencia el 2 de diciembre de 1933, constatando las circunstancias antedichas y dando por cerrado el caso, por lo que ordenó cancelarlo del Registro.

- *Asunto concerniente a la reforma agraria polaca y la minoría alemana (Alemania c/Polonia)*

El Gobierno alemán presentó ante la Secretaría de la Corte Permanente de Justicia Internacional, el 3 de julio de 1933 una demanda contra Polonia, por considerar que el gobierno de este país actuó contrariamente a las

³³ Ibidem, p. 13.

³⁴ Ibidem, p. 15.

³⁵ Ibidem, p. 16.

³⁶ Ibidem, fasc. 59, pp. 195 y 196.

obligaciones asumidas por los artículos 7 y 8 del Tratado del 28 de junio de 1919, imponiendo un trato diferencial en perjuicio de nacionales polacos de raza alemana en las voivodias de Posnania y Pomerania, al poner en ejecución su reforma agraria, especialmente en la aplicación de la ley agraria polaca de diciembre de 1925 y sus actos complementarios³⁷.

El demandante solicitó a la Corte constatar las infracciones al Tratado y ordenar la reparación. Con la presentación de la demanda introductoria de instancia también presentó una demanda solicitando medidas provisionales conforme al artículo 41 del Estatuto de la Corte y al artículo 57 del Reglamento, para mantener el *statu quo*³⁸, las que fueron rechazadas³⁹. No obstante ello, el 27 de octubre de 1933, el Secretario de la Corte recibió del Ministro alemán en La Haya una nota expresando que su gobierno no tenía intención de proseguir el asunto. Copia de dicha presentación fue transmitida al agente polaco conforme a las disposiciones del Reglamento.

El Gobierno polaco, a su vez, no formuló ninguna objeción a que el procedimiento no prosiguiese, considerándolo cerrado y pidió a la Corte que le extendiera una constancia.

Considerando el desistimiento y su aceptación, la Corte por Providencia del 2 de diciembre de 1933, tomó nota de éste y declaró cerrado el procedimiento abierto por la demanda del Gobierno alemán, ordenando en consecuencia que ese asunto fuera cancelado del Registro⁴⁰.

c) Estatuto de 1936 y Reglamento de 1936

El Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional fue enmendado de acuerdo al Protocolo del 14 de setiembre de 1929 que entró en vigor el 1º de setiembre de 1936. Tampoco este Estatuto se ocupó de la institución del desistimiento.

Por su parte, la Corte constituyó en mayo de 1931, es decir una vez adoptada la enmienda, y de entre sus miembros, cuatro Comités encargados del análisis de las disposiciones del Reglamento vigente y su relación con la

³⁷ Ibidem, fasc. 58, p. 176.

³⁸ Ibidem, p. 176.

³⁹ Ibidem, p. 179.

⁴⁰ Ibidem, fasc.60, pp. 202 y 203.

práctica de la Corte. Los informantes de cada uno de esos Comités reunidos bajo la Presidencia de la Corte, formarían una Comisión de Coordinación cuya tarea consistiría en armonizar el trabajo de los cuatro Comités, los que presentaron sus trabajos entre fines de 1933 y principios de 1934.

A partir de allí los miembros de la Corte se abocaron a analizar esas presentaciones. En la vigésimo segunda sesión de los miembros de la Corte, bajo la presidencia de Sir Cecil Hurst, se trató el artículo 61 del Reglamento vigente y sus proyectos de reforma⁴¹. El proyecto presentado por la Comisión de Coordinación y que seguía los lineamientos del Tercer Comité que debió analizarlo, dividía el artículo en tres, previendo distintas situaciones de desistimiento. Todos los jueces estuvieron de acuerdo en considerar que el texto del artículo 61 vigente, tenía varias lagunas que era indispensable llenar. M. Fromageot, por empezar expresó que debía determinarse la vía por la cual la Corte debía constatar la existencia de un acuerdo entre las Partes y que de conformidad con la práctica de la Corte sería, a su criterio, mediante una Providencia, ya que así había procedido en todos los casos⁴².

El Barón de Rolin-Jacquemyns observó que si el Reglamento considerase que en los casos previstos por el artículo materia de modificación, la Corte debía pronunciarse a través de una Providencia, no podría hacerlo mediante un fallo cuando la ocasión así lo requiriese, por lo que era preferible dejarla actuar con libertad de una manera u otra, según las circunstancias⁴³.

Sin embargo Fromageot subrayó que los casos previstos por el artículo 61, eran enteramente diferentes a lo que se llama “jugement d’accord”. En este último, habrá un fallo, pero se trata de una cuestión completamente distinta. El mismo Juez pidió precisiones sobre un punto cuya ambigüedad, a mi criterio, salta a la vista. En efecto, cuando el artículo 61 del Reglamento vigente a esa época, se refería a la hipótesis de que las Partes llegaban a un acuerdo sobre la solución a dar al litigio decía: “...*les parties notifient cet accord...*”. No resultaba claro al citado Juez si las Partes que llegaban a un acuerdo debían comunicar a la Corte el texto mismo del acuerdo o si debían notificar simplemente la existencia de un acuerdo sin

⁴¹ C.P.J.I., série D, troisième addendum, au N° 2, 1936, p. 313.

⁴² Ibidem, p. 313.

⁴³ Ibidem, p. 314.

indicar específicamente sus términos⁴⁴. Es la misma duda que asalta a quién actualmente lee el texto del artículo 61 señalado como he expresado en otra parte de este trabajo.

El Secretario de la Corte recordó que esa disposición fue examinada en el caso de la fábrica de Chorzów en el que las Partes se pusieron de acuerdo sobre la solución a dar al litigio. La Partes notificaron primero la existencia de un acuerdo entre ellas pero sin comunicar su texto. La Corte salió del paso considerando en su Providencia que se le había comunicado el canje de notas constatando la conclusión del acuerdo pero sin reproducir sus términos, y que ello constituía un acuerdo en el sentido del artículo 61. En el caso de Castellorizo también las Partes cuando notificaron a la Corte que arribaron a un acuerdo, primero dieron a conocer la conclusión del acuerdo, luego su sentido general, pero sus términos fueron transmitidos más tarde, cuando la Providencia había sido emitida y se hizo al sólo título informativo⁴⁵.

Anzilotti, consideraba decisivo que en el “*jugement d'accord*”, el acuerdo fuera parte del fallo mientras que en el caso del artículo 61 sólo se debía dejar constancia de la existencia de un acuerdo que no hacía parte del cuerpo de la decisión⁴⁶.

Fromageot sugirió que a fin de evitar dar la impresión de que el texto mismo del acuerdo debía ser comunicado a la Corte, en lugar de decir como el artículo 61 que las Partes notificaban el acuerdo, era mejor que dijese simplemente que debían hacer conocer que arribaron a un acuerdo. Este Juez constató también que en todos los casos en materia de desistimiento la Corte estatuyó siempre por medio de una Providencia⁴⁷. Además estuvo de acuerdo que en la nueva redacción se tuviera en cuenta el desistimiento unilateral, ya que éste existía en la práctica de la Corte y la mejor prueba de ello consistía en que se manifestó varias veces.

Finalmente el Reglamento adoptado por la Corte el 11 de marzo de 1936 y que entró en vigor en esa misma fecha, era mucho más detallado porque

⁴⁴ Ibidem, p. 314.

⁴⁵ Ibidem, p. 315.

⁴⁶ Ibidem, p. 315.

⁴⁷ Ibidem, p. 315.

tuvo en cuenta las observaciones antes descritas y ocupó los dos artículos siguientes:

Article 68: Avant le prononcé de l'arrêt, si les parties tombent d'accord sur la solution à donner au litige et le font connaître par écrit à la Cour ou si d'un commun accord, elles lui font connaître par écrit qu'elles renoncent à poursuivre l'instance, la Cour rend une ordonnance leur donnant acte de leur arrangement amiable ou prenant acte de leur désistement et dans chaque cas prescrivant la radiation de l'affaire sur le rôle.

La redacción de este artículo, que preveía las mismas situaciones que el anterior artículo 61, agregaba las consecuencias que se producirían tanto si las Partes acordaban la solución a imprimir al litigio, o si desistían simplemente y de común acuerdo de la instancia. En tales casos, una vez puestas en conocimiento de la Corte tales circunstancias, el procedimiento se detendría, debiéndose cancelar el asunto del Registro, con los agregados de que se determinó exactamente hasta qué momento podían efectuarse las notificaciones y además se estableció expresamente que la Corte debía expedirse mediante una Providencia.

Article 69: 1. Si, au cours d'une instance introduite par requête, la partie demanderesse fait connaître à la Cour qu'elle renonce à poursuivre la procédure, et si, à la date de la réception par le Greffe de ce désisté, la partie défenderesse n'a pas encore fait acte de procédure, la Cour rend une ordonnance prenant acte du désistement et prescrivant la radiation de l'affaire sur le rôle. Copie de ladite ordonnance est adressée par le Greffier à la partie défenderesse.

2. Si, à la date de la réception du désistement, la partie défenderesse a déjà fait acte de procédure, la Cour ou, si elle ne siège pas, le Président fix un délai dans lequel ladite partie doit déclarer si elle s'oppose au désistement. Si dans le délai fixé, il n'est pas fait opposition au désistement, celui-ci est réputé acquis et la Cour rend une ordonnance en prenant acte et prescrivant la radiation de l'affaire sur le rôle. S'il est fait opposition l'instance se poursuit.

El nuevo artículo, distinguía entre el desistimiento que era *ab initio* de común acuerdo de aquél que era unilateral. En este último caso también se diferenciaban dos situaciones, según que la demandada se hubiera constituido o no en parte del procedimiento. En la primera alternativa, la Corte por su cuenta debía prescribir la cancelación del asunto del Registro, mediante una Ordenanza cuya copia se la notificaba al demandado. Si, en

cambio, era ya parte en el procedimiento se necesitaba su aprobación expresa o tácita. Si no se presentaba dentro de un plazo que la Corte debía fijar a tal efecto el procedimiento continuaba, pero se le otorgaba al demandado la posibilidad de continuar con el proceso si se oponía al desistimiento dentro del plazo fijado. Podía ocurrir que el proceso estuviera avanzado y que la demandante percibiese que iba a perder el juicio, y que entonces desistiese de la instancia, pero que, a su vez el demandado, hubiese efectuado muchos gastos y dispendiado esfuerzos queriendo llegar hasta el final de un contencioso que le sería beneficioso. De allí que se le reconociese esa posibilidad.

d) Casos sobre desistimiento tramitados según el Reglamento de 1936

- *Asunto Losinger & Cie. SA (Suiza c/Yugoslavia)*

La Sociedad denominada Orient-Construct, American Oriental Construction Syndicate, registrada en Delaware, Estados Unidos de América y la Administración Autónoma del Distrito de Pozarevac, perteneciente al entonces Reino de Serbios, Croatas y Eslovenos, concluyeron el 12 de marzo de 1929, un contrato para la construcción y financiamiento de ferrocarriles en el Distrito. En ese acuerdo se insertó una cláusula compromisoria para el caso de diferendos que no pudieran solucionarse amigablemente, mediante la cual las Partes tenían un recurso al arbitraje. Para ello, cada Parte, en un término perentorio, debía designar un árbitro y si éstos no se pusiesen de acuerdo, o alguna de las Partes no lo designara, el litigio se llevaría ante el Presidente del Tribunal Federal de Suiza o ante la personalidad neutral que éste designase. Igual procedimiento estaba previsto para el caso que el tribunal arbitral no dictara el correspondiente laudo, en un plazo también establecido, el que podía ser prorrogado. La sentencia debía ser pronunciada en Yugoslavia y sería irrecurrible⁴⁸.

Posteriormente, la casa Losinger & Cie. S.A. subrogó a Orient-Construct y el Reino de Yugoslavia subrogó al Distrito de Pozarevac. La cuestión del financiamiento se arregló a través de un acuerdo directo entre el Ministro de Finanzas de Yugoslavia y el Banco Compass en Viena, en base a un contrato concluido entre el Banco y Losinger & Cie. S.A. El conjunto de los acuerdos que novaban el contrato del 2 de marzo de 1929, fue autorizado

⁴⁸ C.P.J.I., Séries A/B, vol. III, Fasc. 67, p. 19.

por una ley yugoslava que entró en vigor el 26 de junio de 1931. Al plantearse un problema entre las Partes, se llevó el caso a arbitraje, pero los árbitros dieron por terminada su misión al no llegar a un acuerdo. El presidente del Tribunal Federal de Suiza aceptó constituirse en sub-árbitro y el 3 de octubre de 1934 dictó su sentencia.

Entretanto, el Gobierno yugoslavo rescindió el contrato con la nueva empresa y el 19 de octubre de 1934 entró en vigor una Ley cuyo artículo 34 prescribía que los procesos contra el Estado podían intentarse solamente contra los tribunales regulares del Estado⁴⁹.

Losinger & Cie. S.A. recurrió nuevamente al procedimiento arbitral pero como el gobierno yugoslavo no designó árbitro, el asunto recayó en el citado Tribunal Federal de Suiza, ante el cual Yugoslavia planteó excepciones preliminares, atendiendo su posición que debía instaurarse la demanda ante sus tribunales internos. Para dirimir esta última cuestión el sub-árbitro se consideró incompetente, dejando que las Partes la sometieran a las autoridades competentes y suspendió el procedimiento arbitral hasta aclararla jurídicamente⁵⁰.

A tal efecto, el 23 de noviembre de 1935 la Confederación Suiza introdujo una demanda contra el Reino de Yugoslavia ante la Corte Permanente de Justicia Internacional para que declarase que el Gobierno de este país no podía, sobre la base de un acto legislativo de fecha posterior a un contrato, liberarse de la cláusula compromisoria estipulada en él. Si bien, la parte demandada presentó una excepción preliminar, la Corte consideró que la excepción debía juntarse al fondo de la instancia incoada.

El procedimiento continuó, pero las Partes iniciaron negociaciones. Por nota registrada ante la Secretaría de la Corte el 25 de noviembre de 1936, el agente del gobierno yugoslavo hizo saber que hubo un entendimiento definitivo entre las Partes para no continuar el juicio por lo que, de acuerdo al artículo 68 del Reglamento de la Corte, notificaba al Tribunal que las dos Partes renunciaban a proseguir la instancia y le solicitaba tomar nota del acuerdo amigable. La Corte remitió la nota a la Confederación Suiza y, a su vez, por nota registrada ante Secretaría el 30 de noviembre de 1936 el agente suizo hizo saber que ambas Partes se pusieron definitivamente de

⁴⁹ Ibidem, p. 20.

⁵⁰ Ibidem, p. 21.

acuerdo para renunciar a la instancia y solicitó a la Corte que emitiera una Providencia dando cuenta del arreglo amigable. La Corte consideró que, de acuerdo con el artículo 68 del Reglamento, si antes de la sentencia las partes hacen conocer por escrito a la Corte que ellas renunciaban a proseguir la instancia, correspondía a la Corte emitir una Providencia tomar nota del desistimiento y prescribir la cancelación del caso de la lista de casos pendientes, por lo que obró en consecuencia, mediante el dictado de una Providencia⁵¹.

- *Asunto Borchgrave (Bélgica c/España)*

El 20 de diciembre de 1936, el barón Jacques de Borchgrave, ciudadano belga que residía en Madrid y colaboraba con los servicios de la embajada belga en esa ciudad salió de la embajada en automóvil y desapareció. El mismo día la embajada avisó su desaparición a las autoridades civiles y militares españolas, pero sólo se encontró su cadáver dos días después, a cinco kilómetros de Madrid. Unos días después se halló el auto en el que viajaba, en la misma ciudad de Madrid⁵².

El asunto fue llevado a la CPJI, en virtud de un compromiso celebrado el 20 de febrero de 1937, por los gobiernos belga y español, solicitando a ese Tribunal que se pronunciara acerca de si se encontraba comprometida la responsabilidad del Gobierno español, atento las circunstancias de hecho y de derecho concernientes al caso⁵³.

Una vez presentada la Memoria por parte de Bélgica, España opuso dos excepciones preliminares considerando en primer lugar que la petición belga excedía los términos del compromiso, pero luego retiró la otra excepción, así que ésta fue la única que quedó pendiente. Sobre el particular, la Corte consideró que el compromiso del 20 de febrero de 1937 estaba redactado en términos muy generales, estableciendo que existía una controversia entre las Partes a propósito de la muerte del barón Jacques de Borchgrave, pero que no determinaba los puntos litigiosos ni limitaba el objeto del diferendo, por lo que las peticiones de la demanda no excedían lo establecido en el compromiso.

⁵¹ C.P.J.I., Série A/B, vol. III, fasc. 69, p. 101.

⁵² C.P.J.I., Série A/B, vol. IV, fasc.72, p. 162.

⁵³ Ibidem, p. 159.

Para Bélgica ese objeto consistía no sólo en la responsabilidad del gobierno español por el crimen cometido contra el occiso sino también por no haber buscado y perseguido a los culpables con la suficiente negligencia⁵⁴. A esto último se oponía España.

Asimismo, la Corte revisó la correspondencia diplomática entre la fecha de la desaparición de la víctima hasta la fecha del compromiso y tampoco encontró límites al objeto del litigio.

Por tal motivo, en la sentencia del 6 de noviembre de 1937, la Corte rechazó la excepción preliminar interpuesta por el Gobierno español, tomando nota del retiro de la otra excepción⁵⁵.

Con posterioridad, y en relación con el tema que nos interesa, por notas registradas ante la Secretaría el 4 de enero de 1938, ambas Partes solicitaban al Secretario, llevar a conocimiento de la Corte que “...*de comun accord, les gouvernements belge et espagnol renoncent à poursuivre l’instance, concernant l’affaire Borchgrave*”⁵⁶.

Sobre el particular, la Corte dictó una Providencia el 30 de abril de 1938 estableciendo que, de acuerdo con el artículo 68 del Reglamento de la Corte, si las Partes hacen conocer que renuncian a proseguir la instancia, corresponde al Tribunal tomar nota del desistimiento y prescribir la cancelación del asunto del Registro de la Corte, por lo que así lo dispuso la mencionada Providencia⁵⁷.

III. El desistimiento ante la Corte Internacional de Justicia

a) Estatuto y Reglamentos de 1946 y 1972

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia tampoco contiene disposiciones que se refieran al desistimiento de la instancia incoada, por tal motivo es necesario indagar en los Reglamentos que se adoptaron sucesivamente.

⁵⁴ Ibidem, p. 160.

⁵⁵ Ibidem, p. 170.

⁵⁶ C.P.J.I., Séries A/B, vol. IV, fasc. N° 73, p. 5.

⁵⁷ Ibidem, p. 5.

El Reglamento adoptado por la Corte el 6 de mayo de 1946, se refirió al tema en sus artículos 68 y 69 los que no sufrieron modificación alguna en cuanto a su contenido, en la enmienda adoptada el 10 de mayo de 1972, pero varió su numeración ya que pasaron a ser los artículos 73 y 74, respectivamente. Por tal motivo, analizaré los casos citando uno u otro texto, según corresponda, de acuerdo al periodo en que se han producido dichos desistimientos, pero en forma conjunta dado la identidad de los contenidos de las normas de ambos Reglamentos.

Respecto de los artículos 68 y 69 del Reglamento de 1946, sólo se agregó respecto de la redacción del Reglamento de 1936, que en caso de que la Corte estuviese en receso, su Presidente podía dictar las Ordenanzas que tratan los citados artículos. Los citados artículos del Reglamento de 1946 expresaban:

Article 68

Avant la prononcé de l'arrêt, si les parties, tombent d'accord sur la solution à donner au litige et le font connaître par écrit à la Cour ou si, d'un commun accord, elles lui font connaître par écrit qu'elles renoncent à poursuivre l'instance, la Cour, ou le Président si la Cour ne siège pas, rend une ordonnance leur donnant acte de leur arrangement amiable ou prenant acte de leur désistement et dans chaque cas prescrivant la radiation de l'affaire sur le rôle.

Article 69

1. Si, au cours d'une instance introduite par requête, la partie demanderesse fait connaître par écrit à la Cour qu'elle renonce à poursuivre la procédure, et si, à la date de la réception par le Greffe de ce désistement, la partie défenderesse n'a pas encore fait acte de procédure, la Cour, ou le Président si la Cour ne siège pas, rend une ordonnance prenant acte du désistement et prescrivant la radiation de l'affaire sur le rôle. Copie de ladite ordonnance est adressée par le Greffier à la partie défenderesse.

2. Si, à la date de la réception du désistement, la partie défenderesse a déjà fait acte de procédure, la Cour, ou si elle ne siège pas, le Président fixe un délai dans lequel ladite partie doit déclarer s'il s'oppose au désistement. Si, dans le délai fixé, il n'est pas fait objection au désistement, celui-ci est réputé acquis et la Cour ou, si elle ne siège pas, le Président rend une ordonnance en prenant acte et prescrivant la radiation de l'affaire sur le rôle. S'il est fait opposition, l'instance se poursuit.

b) Casos sobre desistimiento tramitados según los Reglamentos de 1946 y 1972

- *Asunto relativo a la protección de los nacionales y protegidos franceses en Egipto (Francia c/Egipto)*

El 13 de octubre de 1949, la República francesa, invocando la Convención de Montreux del 8 de mayo de 1937, concerniente a la abrogación de las capitulaciones en Egipto, presentó una demanda introductoria de instancia ante la Corte Internacional de Justicia, contra ese país, en relación con el mencionado asunto, la que fue notificada a la demandada, a otros miembros de las Naciones Unidas y Estados admitidos a comparecer ante la Corte y a otros Estados Partes de la citada Convención de Montreux⁵⁸.

Posteriormente, por nota del 21 de febrero de 1950, el agente francés hizo saber a la Corte que el Gobierno egipcio había adoptado medidas respecto de las personas, bienes, derechos e intereses de los nacionales y protegidos franceses que eran satisfactorias, por lo que el litigio se hallaba “*virtuellement aplani*”. Por lo tanto, la República francesa renunciaba a proseguir el procedimiento y solicitaba que se cancelara el asunto del Registro de la Corte de acuerdo con el artículo 69 de su Reglamento. Como ya había sido notificado el Gobierno egipcio, conforme al artículo 69, párrafo 2 era necesario fijar un plazo para darle oportunidad a éste de oponerse al desistimiento. Así lo hizo el Secretario por nota del 2 de marzo de 1950 fijando un plazo que vencía el 22 de marzo del mismo año, bajo apercibimiento de que si no existía oposición hasta esa fecha, el desistimiento sería reputado como producido. Atento a que no hubo respuesta, por Providencia del 29 de marzo de 1950, la Corte tomó nota del desistimiento francés de la instancia y ordenó la cancelación del asunto del Registro⁵⁹.

- *Asunto relativo a la Sociedad de Electricidad de Beirut (Francia c/El Líbano)*

El Gobierno francés presentó una demanda introductoria de instancia ante la Corte Internacional de Justicia, el 14 de agosto de 1953, por el

⁵⁸ C.I.J., Recueil 1950, p. 59.

⁵⁹ Ibidem, p. 60.

diferendo que mantenía contra la República del Líbano, concerniente a diferentes concesiones para la explotación de servicios públicos otorgadas a la Sociedad de Electricidad de Beirut⁶⁰.

El 24 de enero de 1948, ambos gobiernos celebraron un acuerdo que tenía por objeto reglar el conjunto de problemas financieros resultantes de la liquidación del mandato francés que había existido en el pasado y sus relaciones monetarias y financieras del futuro. Entre las obligaciones de ambas Partes, había un compromiso del Gobierno libanés, en la nota individualizada como Anexo N° 12, relativa a las concesiones a sociedades francesas o de capital francés en el Líbano. Al respecto se estableció que se debían entablar conversaciones con cada una de esas empresas. Pero el Gobierno francés consideró que el Líbano había violado sus obligaciones respecto de cuatro concesiones pertenecientes a la Sociedad de Electricidad de Beirut, ya que en lugar de actuar por vía contractual tomó medidas unilaterales a partir de fines de 1951.

La Corte fijó las fechas para la presentación de la Memoria y Contramemoria. Francia depositó la Memoria en el término previsto y el plazo para la Contramemoria se prorrogó a pedido del agente del Líbano.

Pero, por nota del 13 de julio de 1954, recibida en la Secretaría de la Corte el 17 de julio siguiente, el agente libanés puso en conocimiento de ésta que la presentación de la Contrademanda, así como la continuación del proceso, no tenía más objeto dado el arreglo amigable del litigio celebrado entre las Partes y ratificado por el Gobierno libanés el 30 de junio de 1954 y que una vez ratificado ese acuerdo, el Gobierno francés desistiría de la acción que había incoado contra el Gobierno libanés ante la Corte Internacional de Justicia⁶¹.

El 20 de julio de 1954, el Secretario de la Corte transmitió la nota al agente francés y éste por nota del 23 de julio y recibida en la Secretaría el 26 de julio de 1954, expresó que habiendo sido ratificado el acuerdo celebrado entre ambos países, y conforme al artículo 69, parágrafo 2 del Reglamento y el intercambio de notas entre el Presidente de la República del Líbano y el embajador de Francia en Beirut, el Gobierno de la República

⁶⁰ C.I.J., Recueil 1954, p. 107.

⁶¹ Ibidem, p. 108.

francesa renunciaba a proseguir el procedimiento y solicitó que el caso fuera cancelado del Registro⁶².

La Corte, por Providencia del 29 de julio de 1954, tomó nota del desistimiento francés de la demanda contra el Líbano del 14 de agosto de 1953, y ordenó su cancelación del Registro⁶³.

- *Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Ltd. (Bélgica c/España)*

El 23 de setiembre de 1958, el Reino de Bélgica presentó en la Corte Internacional de Justicia una demanda introductoria de instancia contra España, por un problema planteado en relación con la empresa Barcelona Traction, Light and Power Ltd. La demanda tenía por objeto la reparación del perjuicio que se causó a un número de ciudadanos belgas, presentados como accionistas de la citada sociedad de derecho canadiense, por comportamientos pretendidamente contrarios al derecho de gentes, por parte de diversos órganos del Estado español. El procedimiento continuó con la presentación de la Memoria por parte del demandante y de excepciones preliminares por parte del demandado. Pero luego se produjo un desistimiento fundado en el artículo 69, parágrafo 2 del Reglamento de la Corte, mediante nota del agente belga del 23 de marzo de 1961, y al cual el demandado respondió el 2 de abril de 1961 en los términos del mismo artículo, expresando que no formulaba oposición al desistimiento. La Corte tomó nota del desistimiento por Providencia del 10 de abril de 1961, y ordenó cancelar el asunto del Registro de la Corte⁶⁴.

Sin embargo, el 19 de junio de 1962, el Embajador de Bélgica ante los Países Bajos presentó ante la Corte Internacional de Justicia la demanda introductoria "*d'une nouvelle instance relative au différend opposant le Gouvernement belge au Gouvernement espagnol, au sujet de la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*"⁶⁵. Respecto de esta demanda Bélgica depositó, en el plazo fijado por la Corte, la Memoria, mientras que España presentó excepciones preliminares referentes, unas a la incompetencia de la Corte y otras, a la inadmisibilidad de la demanda. A su

⁶² Ibidem, p. 108.

⁶³ Ibidem, p. 108.

⁶⁴ C.I.J., Recueil 1961, p. 10.

⁶⁵ C.I.J., Recueil 1964, p. 8.

vez, Bélgica presentó en tiempo un escrito con sus observaciones y conclusiones sobre las excepciones⁶⁶.

A los efectos del presente trabajo corresponde analizar la primera excepción opuesta por el Gobierno español en el sentido de que la Corte era incompetente para recibir y juzgar la reclamación formulada en la nueva demanda, ya que la jurisdicción de la Corte para decidir cuestiones relativas a esta reclamación, fuera en materia de competencia, de admisibilidad o en relación al fondo del asunto, concluyó en virtud de las notas del Gobierno belga del 23 de marzo y del Gobierno español del 5 de abril de 1961 y sobre la cual, como dije más arriba, tomó nota la Corte en su Providencia del 10 de abril de 1961⁶⁷.

El agente belga en nombre de su Gobierno contestó esa excepción expresando que el desistimiento de la instancia incoada el 15 de setiembre de 1958, no constituía un obstáculo a la introducción de una nueva demanda atento que el diferendo entre las Partes no fue objeto de ningún arreglo amigable y subsistía hasta ese momento.

Cabe aclarar que antes de que Bélgica presentara las observaciones y conclusiones sobre las excepciones, los representantes de los intereses privados belgas y españoles decidieron emprender negociaciones en vista de un arreglo. Por ello, y a pedido de los nacionales belgas es que el gobierno de ese país efectuó el desistimiento a proseguir la instancia. Sin embargo, acotó la Corte, la nota de desistimiento nada decía en cuanto a los motivos del desistimiento ni en cuanto a las intenciones del demandante para el futuro⁶⁸. Posteriormente, como las discusiones entre esos representantes no arribaron a un acuerdo, el Gobierno belga introdujo una nueva instancia⁶⁹.

Se planteó entonces la cuestión de saber si un desistimiento de acuerdo con el artículo 69, parágrafo 2 consistía en un simple desistimiento de la instancia o, si por el contrario también incluía el desistimiento de la acción lo que imposibilitaría iniciar otro procedimiento. El Gobierno belga adhería a la primera posición, que fue contestada por el Gobierno español ya que estuvo de acuerdo con la posición mencionada en segundo término. Por tal

⁶⁶ Ibidem, p. 14.

⁶⁷ Ibidem, p. 11.

⁶⁸ Ibidem, p. 17.

⁶⁹ Ibidem, p. 17.

motivo, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, ese desistimiento, para España, impedía al Gobierno belga introducir una nueva demanda referente a los mismos hechos⁷⁰. Entre los argumentos de la parte demandada se encuentran los siguientes: 1) Un desistimiento en aplicación del artículo 69 del Reglamento es en sí un acto puramente de procedimiento por lo cual su verdadera característica debe ser establecida con referencia a las circunstancias del caso. El hecho de que no contenga una renuncia expresa a toda acción para el futuro no es concluyente; 2) en principio es necesario admitir que un desistimiento importa renuncia, a menos que no se explique lo contrario o que el derecho del actor sea expresamente reservado para el futuro; 3) en el presente caso hubo un entendimiento entre las Partes del que resulta que el desistimiento implicó una renuncia definitiva no sólo para la instancia en curso sino también para el futuro. Aun en ausencia de un entendimiento el Gobierno demandante se comportó de manera tal que indujo al demandado a creer que el desistimiento era definitivo, caso contrario este último no hubiera dado su consentimiento y por ende, no hubiera sufrido perjuicio.

Asimismo España arguyó que la introducción de una nueva instancia por los mismos hechos sería incompatible con el espíritu y la economía del tratado en virtud del cual el demandante pretendió establecer la competencia de la Corte⁷¹.

La Corte consideró que debía tratar algunas cuestiones previas, ya que fue llamada a examinar por primera vez el efecto de un desistimiento seguido de la introducción de una nueva instancia. Ello era así porque, de ordinario, los desistimientos fueron definitivos ya sea porque, aún siendo unilateral en la forma, el desistimiento resultaba del arreglo de un litigio, o en otros casos el demandante tenía razones que le parecían presentarse con un carácter definitivo como para no persistir en su tentativa de hacer valer sus derechos ante la Corte y en otros casos no existía más una base jurisdiccional sobre la cual fundar una nueva instancia.

Según la opinión de la Corte, esas consideraciones tenían un carácter esencialmente fortuito y no porque en el pasado los desistimientos hubiesen sido definitivos en la práctica, era dable concluir *a priori* que son en sí mismos definitivos.

⁷⁰ Ibidem, p. 15.

⁷¹ Ibidem, p. 18.

Existen casos en que la Corte consideró que el derecho a introducir una nueva instancia después de un desistimiento no era dudoso, independientemente de la cuestión de saber si ha sido motivado o si el derecho de actuar fue reservado para el futuro. Podría ocurrir que el actor hubiese incurrido en un error en el procedimiento, y al darse cuenta del error desista, pero que tenga la intención de instaurar una nueva instancia.

Otras eventualidades podrían presentarse cuando el demandante se aperceba luego de incoada la instancia, que no ha dado preavisos previos exigidos en un tratado o que no había agotado recursos internos y luego de removido los obstáculos, vuelva a intentar un nuevo procedimiento. La naturaleza de un desistimiento es una cuestión que no se puede determinar *a priori*, hay que examinarla conjuntamente con las demás circunstancias propias de cada caso para poder ponderar su carácter real⁷².

Los artículos 68 y 69 del Reglamento no se referían a los motivos que causaban el desistimiento, sino a circunstancias distintas. El artículo 68 del Reglamento vigente en esa época se refería a un desistimiento que no sólo en los hechos se realizaba de común acuerdo sino que tomaba la forma de una comunicación común a la Corte. En cambio, el artículo 69 consistía en una comunicación unilateral, sea que resultase de un acuerdo sobre la solución a dar al litigio, o de otra causa. Esa comunicación tenía efecto inmediato si el demandado no se había presentado en la causa pero, caso contrario, tomaba efecto por falta de oposición del demandado en el término fijado por la Corte para presentarla. Todas las notificaciones del artículo 69 debían ser remitidas a la Corte y no de Parte a Parte. Si hubo un entendimiento éste debía preceder al acto de desistimiento y ser buscado fuera de ese acto⁷³. Por su parte, el derecho de oposición al desistimiento otorgado al demandado que era parte en el proceso implicaba una protección que le permitía insistir para que el asunto prosiguiese en vista a llegar a una situación de cosa juzgada⁷⁴.

En ausencia de oposición al desistimiento la sola tarea de la Corte consistía en tomar nota y cancelar el asunto del Registro, pues de acuerdo con los citados artículos no tenía el cometido de buscar los motivos que

⁷² Ibidem, p. 19.

⁷³ Ibidem, p. 20.

⁷⁴ Ibidem, p. 20.

animaron a las Partes y tampoco éstas tenían la obligación de establecer un motivo ni para desistir ni para no oponerse⁷⁵.

Al contrario, la Corte estimó que si fuera aplicable una presunción ésta jugaría en el sentido contrario y que un desistimiento no debía ser considerado como un obstáculo a una nueva acción, a menos que lo contrario fuera establecido o apareciera claramente en la documentación. En este caso la nota de desistimiento del Gobierno belga no contenía ningún motivo, fuera de la indicación de que el desistimiento era hecho a petición de los nacionales belgas cuya protección había motivado el depósito de la demanda inicial. El desistimiento estaba ligado y limitado a esa demanda cuya fecha y carácter eran precisos. Dadas esas condiciones, la Corte consideró que la nota de desistimiento de por sí no precisaba que el desistimiento suponía o tenía por objeto la renuncia a todo derecho a accionar en el futuro. La nota no estaba redactada de manera de imponer al Gobierno demandado la carga de establecer que el desistimiento tenía un sentido o un fundamento mayor del que parecía tener y que tenía otro objeto que el de poner fin a la instancia pendiente ante la Corte, bajo reserva del consentimiento de la otra parte⁷⁶.

El demandado, para probar en el caso concreto que estamos analizando, que la intención del demandante consistía en desistir de la acción para el futuro y no sólo de la instancia, y que fue el fruto de un entendimiento, presentó algunos elementos que confirmarían esa posición. Consideró que, luego de la instauración de la instancia en 1958, los representantes de los intereses belgas y españoles tomaron contacto para emprender negociaciones pero los españoles se oponían a negociar si no se ponía definitivamente punto final al asunto llevado ante la Corte. Un ofrecimiento belga de suspender el procedimiento o de prorrogar la presentación de las observaciones y conclusiones respecto de las excepciones preliminares presentadas por el demandado fue considerado como insuficiente, exigiéndose "*le retrait définitif de la demande*"⁷⁷. Para España, los representantes belgas se comprometieron a solicitar a su Gobierno un desistimiento definitivo de la instancia y afirmó que, del lado belga, se entendía que los españoles consideraban que el desistimiento tenía por objeto poner punto final a la reclamación, o en todo caso, al derecho de

⁷⁵ Ibidem, p. 20.

⁷⁶ Ibidem, pp. 21 y 22.

⁷⁷ Ibidem, p. 22.

accionar en el futuro. De otra forma, los representantes de los intereses españoles no hubiesen aceptado negociar sobre otra base y España se hubiese abstenido de prestar su consentimiento a dicho desistimiento, Bélgica consideró, a su vez, que esa suposición no se desprendía de las declaraciones belgas ni de la nota de desistimiento.

La Corte constató que si bien hubo contactos gubernamentales, en general los intercambios fueron casi exclusivamente entre representantes de los intereses privados y habría que demostrar que las personas privadas actuaron de manera de obligar a sus gobiernos de lo cual, según la Corte, no existían pruebas como tampoco las hubo de un entendimiento entre los Gobiernos, como alegaba el demandado⁷⁸.

La Corte estimó que los intercambios de puntos de vista no tuvieron un carácter concluyente. Parecería que el desistimiento respondía plenamente al deseo español de no negociar mientras hubiese un proceso pendiente en el cual existían acusaciones injuriosas formuladas contra autoridades y nacionales españoles, no necesitándose nada más a ese fin. Además no consideró razonable suponer que en la víspera de negociaciones difíciles, en el que el éxito era aleatorio, pudiese existir de parte de Bélgica la intención de renunciar a la ventaja que ofrecía la posibilidad de reintroducir una nueva instancia. Según la Corte, era a España a la que le hubiera correspondido oponerse al desistimiento, porque nada le impedía poner condiciones cuando, por el contrario, se abstuvo de hacerlo⁷⁹.

Además el demandado avanzó en un segundo argumento para probar su posición, fundándose en la noción de *estoppel*. Según España, el demandante, en virtud de su comportamiento indujo a error al demandado en cuanto al carácter de su desistimiento, porque de otra manera no lo hubiese consentido⁸⁰. Para la Corte esa circunstancia no fue probada ni respecto de las personas privadas ni del Gobierno. La cuestión, según la Corte, se centraba en que si el demandado no aceptaba el desistimiento de la instancia anterior para facilitar las negociaciones el procedimiento hubiera continuado. En cambio las negociaciones ofrecían la oportunidad de llegar a un acuerdo. La Corte no avizoraba el riesgo para el demandado de aceptar negociaciones sobre la base de un simple desistimiento de instancia porque

⁷⁸ Ibidem, p. 22.

⁷⁹ Ibidem, p. 23.

⁸⁰ Ibidem, p. 24.

podía, ante un nuevo procedimiento, oponer las excepciones y continuar con su situación anterior⁸¹. Respecto de la ventaja para el demandante de conocer las excepciones e incluso tenerlas en cuenta en una nueva demanda, la Corte consideró que el procedimiento ante la Corte está organizado de tal manera que toda ventaja que una parte pueda tener en el origen respecto de otra, queda neutralizada. La Corte opinó que si bien el demandante hubiese podido modificar la demanda conociendo las excepciones, podría haber actuado de la misma manera en sus conclusiones definitivas en el curso del primer procedimiento que hubiese proseguido. Por lo tanto estimó que el demandado no había sufrido ningún perjuicio.

En virtud de tales argumentos, la primera excepción preliminar atinente a la problemática que interesa a este trabajo, fue rechazada por la Corte⁸², y la segunda instancia incoada por Bélgica prosiguió.

- Asunto relativo al incidente aéreo del 27 de julio de 1955 (Reino Unido c/Bulgaria)

El Gobierno de Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte presentó una demanda introductoria de instancia ante la Secretaría de la Corte Internacional de Justicia que fue registrada el 22 de noviembre de 1957, a fin de que interviniese en el diferendo con la República Popular de Bulgaria, en relación con las pérdidas sufridas por los nacionales del Reino Unido y de sus colonias, por la destrucción ocurrida el 27 de julio de 1955 de un avión que pertenecía a la Compañía El Al Israel Airlines Ltd., por las fuerzas antiaéreas búlgaras. Se trataba de un vuelo comercial regular que efectuaba dicha compañía y que unía Londres con Tel-Aviv⁸³.

La Corte fijó los plazos para el depósito de la demanda y contrademanda, así como de las prórrogas de dichos términos.

Sin embargo, por nota del 8 de julio de 1959, remitida al Secretario, el agente del Reino Unido declaró que por instrucción del Secretario de Estado principal de su Majestad en las Relaciones Exteriores y conforme al artículo 69 del Reglamento de la Corte, le solicitaba que hiciera conocer a ésta que

⁸¹ Ibidem, p. 25.

⁸² Ibidem, p. 26.

⁸³ C.I.J., Recueil, 1959, p. 264.

su gobierno renunciaba a proseguir la instancia incoada por la demanda del 19 de noviembre de 1957⁸⁴.

El Secretario informó tal desistimiento al agente búlgaro, como también que el Presidente de la Corte había fijado un plazo, conforme al artículo 69, parágrafo 2 del Reglamento, en el cual el Gobierno búlgaro debía declarar si se oponía al desistimiento. Si no se oponía en dicho término, el desistimiento sería reputado como ocurrido.

Por nota del 25 de julio de 1959, el agente búlgaro hizo conocer al Secretario, que su Gobierno no se oponía al citado desistimiento.

La Corte estatuyó en la Providencia del 3 de agosto de 1959, que tomaba nota del desistimiento del Reino Unido a la instancia incoada, el que fuera aceptado por la contraparte, y ordenó la cancelación del asunto del Registro de la Corte⁸⁵.

- Asunto relativo al incidente aéreo del 27 de julio de 1955 (EE.UU. c/Bulgaria)

Los Estados Unidos de América depositaron, el 28 de octubre de 1957, una demanda introductoria de instancia ante la Corte Internacional de Justicia, contra la República Popular de Bulgaria, en virtud del perjuicio sufrido por sus nacionales, pasajeros del avión de El Al Israel Airlines, destruido el 27 de julio de 1955 por la aviación de caza búlgara⁸⁶. En la demanda, sobre el mismo caso que el anteriormente analizado, se dejó constancia que el Gobierno Búlgaro hizo atacar y abatir voluntaria e ilegalmente un avión civil que debió modificar su ruta por vientos violentos e imprevistos en condiciones súbitas de mal tiempo y baja visibilidad y fue atacado cuando trataba de retomar su ruta y salir de Bulgaria.

En el término establecido por la Corte después de ser prorrogado, el Gobierno de los EE.UU. depositó la Memoria, y Bulgaria opuso excepciones preliminares. A su vez los EE.UU. presentaron oportunamente sus observaciones y conclusiones sobre las excepciones preliminares. Luego de que se fijaran las fechas para la apertura del procedimiento oral relativo a

⁸⁴ Ibidem, p. 265.

⁸⁵ Ibidem, p. 265.

⁸⁶ C.I.J., Recueil, 1960, p. 147.

las excepciones preliminares, el 16 de mayo de 1960 el Secretario de la Corte recibió una nota del agente de los EE.UU. en la que le comunicaba que, de acuerdo con el artículo 69 del Reglamento solicitaba que la Corte pusiera fin al procedimiento y que el asunto fuera cancelado del Registro, cuya copia fue transmitida al Gobierno de la República Popular de Bulgaria el 17 de mayo de 1960⁸⁷.

El 18 de mayo de 1960, el agente búlgaro comunicó a la Corte que no se oponía al desistimiento y que no tenía objeciones que formular. La Corte, por Providencia del 30 de mayo de 1960, tomó nota de las comunicaciones recibidas de los dos Gobiernos Partes en la instancia y en consecuencia, ordenó cancelar el asunto del Registro⁸⁸.

- Asunto relativo a la Compañía del Puerto, de los muelles y des entrepôts de Beirut y de la Sociedad Radio Oriente (Francia c/El Líbano)

Este caso se inscribe también en los diferendos surgidos entre Francia y el Líbano en virtud de lo dispuesto por el acuerdo suscripto entre ambos países el 24 de enero de 1948, y específicamente los compromisos asumidos por el Líbano mediante nota anexa N° 12 concernientes a sociedades francesas o de capital francés en el Líbano. En virtud de la finalización del mandato, el Líbano demostraba interés en introducir modificaciones en las concesiones. Para ello debía entablar con cada una de las sociedades, conversaciones que tuvieran por objeto buscar una solución consensuada en el marco de la legislación existente.

El Gobierno francés instauró una demanda ante la Corte Internacional de Justicia contra el Líbano, el 13 de febrero de 1959, alegando que ciertas medidas que había tomado este último país eran contrarias a los compromisos asumidos en el citado acuerdo⁸⁹.

El proceso siguió su curso y Francia depositó la Memoria el 24 de enero de 1948. A su vez, el Líbano planteó excepciones preliminares, por lo que la Corte fijó el plazo para que el Gobierno francés presentara el escrito conteniendo las observaciones y conclusiones sobre las excepciones, lo que hizo dentro del plazo establecido.

⁸⁷ Ibidem, p. 147.

⁸⁸ Ibidem, p. 148.

⁸⁹ Ibidem, p. 186.

El 4 de junio de 1960, el Gobierno francés presentó una nota en la Secretaría de la Corte informando que, como resultado de conversaciones entre el Gobierno libanés y el Embajador de Francia en Beirut, se concluyeron acuerdos satisfactorios y que el Gobierno francés consideraba que los nuevos compromisos del Líbano ponían fin a los diferendos por los cuales se había iniciado la instancia.

Por nota del 22 de agosto, recibida en la Secretaría de la Corte el 23 de agosto, ambas de 1960, el Encargado de Negocios *ad interim* del Líbano en Londres hizo conocer a la Corte, que luego de conversaciones entabladas entre el Gobierno libanés y el Embajador de Francia en Beirut, se arribó a la conclusión y ejecución de nuevos acuerdos poniendo fin a los diferendos por los que se incoado la instancia el 13 de febrero de 1959. En efecto, el asunto relativo a la Sociedad Radio-Oriente fue objeto de un acuerdo en fecha 11 de mayo de 1960 y el referente al Puerto, Muelles y Entrepôts de Beirut, el 13 de abril de 1960. Mediante nota del 26 de agosto de 1960 y recibida en Secretaría el 29 de agosto, el Encargado de Negocios *ad interim* del Líbano en Londres transmitió al Secretario de la Corte el texto del acuerdo celebrado entre el Gobierno del Líbano y la Compañía de Puertos, Muelles y Entrepôts de Beirut, el 13 de abril de 1960 y una copia de la notificación oficial de la decisión del 11 de mayo de 1960 del Consejo de Ministros libaneses, relativo a la Sociedad Radio-Oriente que materializaba los acuerdos celebrados entre ambos países. Por Providencia del 31 de agosto de 1960, la Corte tomó nota de las comunicaciones de las Partes y ordenó que el asunto fuera cancelado del Registro de la Corte⁹⁰.

- *Asunto relativo a los procesos a los prisioneros de guerra paquistaníes (Paquistán c/ India)*

El Gobierno de Paquistán presentó una demanda introductoria de instancia ante la Secretaría de la Corte Internacional de Justicia, que fue registrada el 11 de mayo de 1973, contra la India, por un diferendo concerniente a las acusaciones de genocidio ejercido contra 195 paquistaníes, prisioneros de guerra y civiles internados, que fueron detenidos en la India⁹¹. La Secretaría efectuó las notificaciones y comunicaciones de rigor y fijó las fechas para la presentación de la

⁹⁰ Ibidem, p. 187.

⁹¹ C.I.J., Recueil, 1973, p. 328.

Memoria y Contramemoria. Dichos plazos fueron prorrogados y se establecieron finalmente, para el 15 de diciembre de 1973, la presentación de la memoria y para el 17 de mayo de 1974, la fecha de expiración de la Contramemoria.

Por Ordenanza del 13 de julio de 1973, la Corte decidió que las piezas escritas deberían referirse primero a la cuestión de la competencia de la Corte para conocer el diferendo⁹².

Mediante nota del 14 de diciembre de 1973, es decir un día antes de expirar el plazo para la presentación de la Memoria, el agente paquistaní informó al Secretario de la Corte que las negociaciones entre ambos Gobiernos concluyeron con un acuerdo suscripto en Nueva Delhi el 28 de agosto de 1973. Por tal motivo y a fin de facilitar negociaciones ulteriores, solicitó a la Corte dictar una ordenanza, tomando nota del desistimiento de su gobierno y de su renuncia a proseguir el procedimiento.

La Corte dictó la respectiva Providencia el 15 de diciembre de 1973 y consideró que si bien dirigió ciertas comunicaciones, por intermedio de su Embajador en la Haya, al Gobierno de la India, éste no devino Parte del procedimiento. Por tal motivo, tomó nota del desistimiento de la instancia incoada en la demanda del 11 de mayo de 1973, y ordenó que el asunto fuera cancelado del Registro de la Corte⁹³.

c) Reglamento de la Corte Internacional de Justicia de 1978

El 14 de abril de 1978 fue adoptado por la Corte un nuevo Reglamento, que entró en vigor el 1º de julio de 1978 y cuyas disposiciones sobre el desistimiento son las siguientes:

Artículo 88

1. Si en cualquier momento antes de que el fallo definitivo sobre el fondo sea pronunciado, las partes, conjunta o separadamente, notificaran por escrito a la Corte que están de acuerdo en desistir del procedimiento, la Corte dictará una providencia tomando nota del desistimiento y ordenando la cancelación del asunto de que se trate del Registro General.

⁹² Ibidem, p. 330.

⁹³ Ibidem, p. 348.

2. Si las partes hubieran convenido en desistir del procedimiento por haber llegado a un arreglo amistoso, la Corte, si las partes así lo desean, podrá hacer constar este hecho en la providencia ordenando la cancelación del asunto del registro General o podrá indicar los términos del arreglo en la providencia o en un anexo a la misma.

3. Si la Corte no estuviese reunida, el Presidente podrá dictar cualquier providencia tomada de conformidad con este Artículo.

Artículo 89

1. Si, en el curso de un procedimiento incoado mediante una solicitud, el demandante informará por escrito a la Corte que renuncia a continuar el procedimiento y si, en la fecha de la recepción en la Secretaría de la Corte de este desistimiento, la Corte dictará una providencia tomando nota del desistimiento y ordenando la cancelación del asunto de que se trate del Registro General. El Secretario enviará copia de dicha providencia al demandado.

2. Si, en la fecha de la recepción del desistimiento, el demandado hubiera ya efectuado algún acto de procedimiento, la Corte fijará un plazo dentro del cual el demandado podrá declarar si se opone al desistimiento. Si en el plazo fijado no hubiera objetado al desistimiento, éste se considerará aceptado y la Corte dictará una providencia tomando nota del desistimiento y ordenando la cancelación del asunto del que se trate del Registro General. Si hubiese objetado se continuará el procedimiento.

3. Si la Corte no estuviese reunida, las facultades que le confiere este Artículo podrán ser ejercidas por el Presidente.

Como puede apreciarse en esta redacción se ha mejorado el texto y el punto más relevante es que cuando las Partes han llegado a un arreglo y por ello acuerdan desistir de la instancia, la Corte puede, si las Partes así lo desean, mencionar esa circunstancia en la Providencia que prescribe la cancelación del asunto del Registro o indicar los términos del arreglo, en la misma Providencia o en un anexo a ésta. Pero ello no significa que la Corte deba dictar una sentencia con los términos del acuerdo y asegurar su ejecución si las Partes no solicitan un “*jugement d'accord*”.

d) Casos de desistimiento tramitados de acuerdo con el Reglamento de 1978

- Asunto relativo a las acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c/Costa Rica)

La República de Nicaragua presentó en la Secretaría de la Corte Internacional de Justicia, el 28 de julio de 1986, una demanda introductoria de instancia contra la República de Costa Rica⁹⁴. De acuerdo con la presentación de Nicaragua, a fines de 1981, llegaron a ese país las primeras informaciones confidenciales de que se estaban organizando en Costa Rica bandas armadas con el objeto de efectuar ataques armados contra Nicaragua. El 12 de enero de 1982 hubo reuniones entre funcionarios de ambos países, pero el 15 de abril de ese mismo año el líder de los “contras”, dio una Conferencia de Prensa en la que anunció ataques a Nicaragua.

Por tal motivo, Nicaragua remitió una nota a Costa Rica advirtiendo la posibilidad de que se organizaran grupos para atacar a Nicaragua en el territorio de Costa Rica y le recordaba la obligación emanada del derecho internacional de no permitir la utilización de su territorio para organizar e implementar tales acciones y le solicitaba, asimismo, información acerca de las medidas que se adoptarían o se habían adoptado para prevenirlos⁹⁵.

Según la demanda, el 10 de mayo de 1982 un avión de línea nicaragüense fue secuestrado y llevado hacia Costa Rica, y el 20 de mayo un grupo de desertores de la Armada nicaragüense asesinó a un oficial que comandaba un puesto fronterizo y entró en Costa Rica. Nicaragua solicitó la extradición pero ésta no se concretó. Las Partes, para evitar una escalada, se encontraron en San José y decidieron crear una Comisión Mixta. No obstante ello, Nicaragua alegó que continuaron los incidentes transfronterizos y manifestó que intereses ajenos a las buenas relaciones entre ambos países provocaron conflictos y tensiones con el objetivo de crear las condiciones necesarias para un ataque militar a Nicaragua, en los que estarían involucrados EE.UU y Honduras. Pero luego Nicaragua endureció su posición con Costa Rica, ya que consideró que no tomaba las medidas necesarias para impedir los ataques, agregando que altos oficiales del Gobierno costarricense colaboraban con los “contras” de varias maneras. En 1982 los ataques contra Nicaragua crecían en frecuencia y en intensidad, por lo que, a criterio de Nicaragua, Costa Rica incurría en responsabilidad internacional. En su demanda expresó que el 28 de setiembre de 1983 un numeroso grupo de “contras” atacó ciudades y la oficina de la Aduana en Peñas Blancas y que si bien retornaron a Costa Rica, siguieron atacando desde allí. En definitiva, consideró que se violaron en forma seria y

⁹⁴ C.I.J., Recueil, 1986, p. 548.

⁹⁵ <http://www.icj-cij.org/docket/files/73/10703.pdf>, p.3

permanente el artículo 2, párrafo 4 de la Carta de las Naciones Unidas, los artículos 18 y 20 de la Carta de la OEA y el artículo I del Pacto de Bogotá del 30 de abril de 1948⁹⁶.

Una vez notificada la demanda, incluyendo a las Partes del citado Pacto de Bogotá, la Corte fijó los plazos para la presentación de la Memoria y de la Contramemoria y posteriormente sus respectivas prórrogas.

Nicaragua presentó en término la Memoria, pero por nota del 11 de agosto de 1987, dirigida al Presidente de la Corte por el Ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua, remitió una copia del texto original del acuerdo Esquipulas II, firmado el 7 de agosto de 1987 en Guatemala por los Presidentes de cinco países de América Central, que fijaba el “Procedimiento para establecer una paz firme y duradera en Centroamérica”.

En una comunicación a la Corte del 12 de agosto de 1987, el agente de Nicaragua se refirió a ese acuerdo y declaró que su país desistía de la instancia incoada contra Costa Rica. El Secretario de la Corte transmitió a este país el desistimiento y estableció un plazo dentro del cual Costa Rica podía oponerse, pero el agente de Costa Rica por nota del 18 de agosto de 1987 declaró expresamente que su gobierno no formularía objeción al desistimiento de Nicaragua.

Por Providencia del 19 de agosto de 1987, el Presidente de la Corte tomó nota del desistimiento del Gobierno de Nicaragua de la instancia incoada y ordenó que el asunto fuera cancelado del Registro⁹⁷.

- Asunto relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (EE.UU c/Irán)

El 29 de noviembre de 1979, el Consejero Jurídico del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, presentó una demanda introductoria de instancia ante la Corte Internacional de Justicia, contra la República Islámica de Irán, en virtud de un diferendo surgido por la toma y detención como rehenes en la Embajada de aquél país en Irán, de personal diplomático y consular y de otros ciudadanos estadounidenses⁹⁸. El mismo

⁹⁶ Ibidem, p. 6.

⁹⁷ C.I.J., Recueil, 1987, p. 183.

⁹⁸ C.I.J., Recueil, 1980, p. 4.

día, el Gobierno de los EE.UU depositó una demanda solicitando la adopción de medidas provisionales que fueron admitidas por la Corte, por una Ordenanza del 15 de diciembre de 1979⁹⁹.

Como antecedente de toma de rehenes de estas características puede citarse que el 14 de febrero de 1979 un grupo armado atacó la Embajada de los EE.UU. en Irán, tomando como rehenes al Embajador y a setenta personas, resultando dos personas muertas y graves daños en la Embajada y en la residencia del Embajador. Pero en esta ocasión el Gobierno iraní intervino, puso fin al desorden y presentó excusas, asegurando que tomaría precauciones para que no ocurrieran hechos similares como, asimismo, manifestó su voluntad de reparar los daños¹⁰⁰.

Posteriormente EE.UU. informó a Irán su decisión de admitir en su territorio al ex-Sha, para someterse a un tratamiento médico, circunstancia que recibió la oposición de Irán que solicitó, a su vez, que se autorizara a dos médicos iraníes para que verificara la enfermedad alegada y reclamó su retorno a Irán. No obstante ello, el Sha ingresó en los Estados Unidos el 22 de octubre de 1979¹⁰¹.

Las dificultades entre ambos países se fueron agravando, y el 4 de noviembre de 1979, durante una manifestación, centenas de personas armadas irrumpieron en la Embajada ante la desaparición de las fuerzas de seguridad iraníes y tomaron como rehenes a las personas que estaban en el lugar. También algunos funcionarios y un ciudadano estadounidense fueron tomados en otros lugares y llevados a la Embajada. Asimismo fueron ocupados los consulados de Tabriz y Chiraz¹⁰².

En este caso, sin la colaboración del Gobierno iraní para solucionar el caso, contrariamente a lo que había hecho anteriormente, intervino el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, dictando la Resolución 457 (1979) que reclamó la inmediata liberación de los rehenes, la adopción de medidas para asegurar su protección y permitirles abandonar el país. En la misma línea el Consejo de Seguridad adoptó posteriormente la Resolución

⁹⁹ Ibidem, p. 5.

¹⁰⁰ Ibidem, pp. 10 y 11.

¹⁰¹ Ibidem, p. 11.

¹⁰² Ibidem, p. 12.

461 (1979). Por su parte los EE.UU. tomaron varias medidas unilaterales, principalmente económicas contra Irán¹⁰³.

Una vez el caso en la Corte, y en la fecha indicada para presentar la Memoria, los EE.UU. dieron cumplimiento a tal etapa del proceso, pero notificada Irán no presentó la Contramemoria ni designó agente ni tampoco compareció a las audiencias orales. Solamente presentó dos notas, el 9 de diciembre de 1979 y el 16 de marzo de 1980, aportando razones eminentemente de orden político para justificar el motivo por el cual el caso no debía ser llevado a la Corte, entre ellas la ingerencia por más de veinticinco años de Estados Unidos en Irán¹⁰⁴.

Los EE.UU expresaron en su Memoria que al permitir, tolerar o apoyar los hechos ocurridos en la Embajada violó obligaciones jurídicas internacionales a su respecto, provenientes de las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares de 1961 y 1963, respectivamente, la Convención sobre la prevención y represión de las infracciones contra las personas que gozan de una protección internacional incluidos los agentes diplomáticos de 1973 y del Tratado de Amistad, Comercio y de los derechos consulares entre EE.UU. e Irán del 15 de agosto de 1955.

La Corte debió determinar, en primer lugar, en qué medida los comportamientos en cuestión podían ser atribuidos jurídicamente al Gobierno iraní. Si bien el ataque del 4 de noviembre de 1979 en su etapa inicial no podía ser considerado como atribuible a Irán siempre existiría responsabilidad de ese país por no haber tomado las medidas de protección correspondientes. Pero en la segunda fase, en que el Ayatollah Khomeini y otros órganos del Estado iraní dieron su aprobación a esos hechos y la decisión de perpetuarlos que adoptaron, los convirtieron en actos de Estado¹⁰⁵. Los “militantes”, como se llamó al grupo armado, pasaron a ser considerados agentes del Estado iraní y por sus actos pasó a ser internacionalmente responsable el Estado como tal.

En tal sentido, la Corte falló a favor de los EE.UU., ordenando a Irán hacer cesar la retención ilícita de los rehenes, asegurar su liberación

¹⁰³ Ibidem, p. 16.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 18.

¹⁰⁵ Ibidem, pp. 33 a 35.

inmediata y entregarlos a la potencia protectora designada incluyendo los medios de transporte. Además falló determinando que el Gobierno iraní tenía la obligación de reparar y que las modalidades y montos de la reparación serían fijados por la Corte en el caso de que las Partes no pudiesen ponerse de acuerdo, por lo que se reservaba a tal fin la continuación del procedimiento. Las Partes no demandaron a la Corte determinar la forma y el monto de la reparación¹⁰⁶.

Por nota del 6 de abril de 1981, el agente adjunto de los EE.UU. comunicó a la Corte que ambos países concluyeron, el 19 de enero de 1981, ciertos compromisos mutuos en vista a resolver la crisis originada por la retención de cincuenta y dos ciudadanos americanos y de solucionar las cuestiones pendientes, como se expresa en las dos declaraciones publicadas en esa fecha por el Gobierno de la República Democrática y Popular de Argelia. Esas declaraciones preveían que después de la comprobación por parte del Gobierno argelino que dichas personas dejaron Irán sanas y salvas, “...les Etats-Unis se désisteront aussitôt de toutes les instances qu’ils ont introduites contre l’Iran devant la Cour Internationale de Justice...” y presentó copia certificada de las declaraciones cuyos originales fueron inicialados por los representantes de ambas Partes¹⁰⁷.

En esa nota el agente adjunto de los EE.UU. solicitó a la Corte, en nombre de su Gobierno y de acuerdo con el artículo 88, parágrafo 1 del Reglamento, que se pudiese fin a todas las instancias pendientes en el tema de las reparaciones reclamadas por los EE.UU. Sin embargo en esa nota, se expresa: “*Les Etats-Unis se réservent toutefois le droit de réintroduire susdites instances au cas où le Gouvernement de l’Iran ne remplirait pas les obligations auxquelles il a souscrit en vertu des déclarations susdites. Indépendamment de ce qui précède, les Etats-Unies se réservent le droit de recourir à la Cour au cas où l’Iran ne restituerait pas promptement les locaux, biens, archives et documents de l’ambassade des Etats-Unies à Téhéran et de leurs consulats en Iran*”¹⁰⁸.

Por nota del 15 de abril de 1981, el Presidente de la Corte observó que un desistimiento subordinado al derecho de reintroducir y proseguir la instancia, no puede ser considerado como fundado en el artículo invocado

¹⁰⁶ Ibidem, p. 44.

¹⁰⁷ C.I.J., Recueil, 1981, p. 46.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 46.

del Reglamento. En respuesta, el agente adjunto de los EE.UU. en la nota del 1 de mayo de 1981, suministró ciertas explicaciones. En efecto expresó que el desistimiento consistía en poner fin a todas las instancias y que el asunto fuera cancelado del Registro, y que la declaración observada no tenía por objeto sustraer al desistimiento sus efectos normales.

Las notas de los EE.UU. del 6 y 15 de abril y del 1º de mayo de 1981 fueron transmitidas por la Corte a Irán sin respuesta alguna de este Gobierno¹⁰⁹.

La Corte consideró que si bien fue anunciada en forma unilateral por la demandante del compromiso tomado por ella de desistir de la instancia, en el marco de un arreglo entre las Partes, la otra Parte informada de esa circunstancia, no formuló ninguna objeción al respecto ante la Corte.

Por tal motivo, la Corte, convencida de la intención común de las Partes de poner fin por su desistimiento incondicional a las instancias ante la Corte, tomó nota del desistimiento de la instancia por acuerdo entre las Partes y ordenó que el asunto fuera cancelado del Registro¹¹⁰.

- Asunto relativo a ciertas tierras con fosfatos en Naurú (Naurú c/Australia)

El 19 de mayo de 1989, el Gobierno de la República de Naurú depositó en la Secretaría de la Corte Internacional de Justicia, una demanda con el objeto de instaurar la instancia contra Australia, respecto de un diferendo sobre la rehabilitación de ciertas tierras con fosfatos en Naurú, explotadas con anterioridad a su independencia ocurrida el 31 de enero de 1968. La Corte fijó los plazos para la presentación de la Memoria y Contramemoria. Naurú depositó su Memoria en término, pero Australia en el plazo establecido para la presentación de la Contramemoria, opuso excepciones preliminares, por lo que se suspendieron los procedimientos atinentes al fondo del asunto y se fijó la fecha para que Naurú presentase sus observaciones y conclusiones respecto de la citadas excepciones que finalmente fueron rechazadas por sentencia del 26 de junio de 1992¹¹¹. La Corte declaró que tenía competencia para entender en la demanda

¹⁰⁹ Ibidem, p. 46.

¹¹⁰ Ibidem, p. 47.

¹¹¹ C.I.J., Recueil, 1993, p. 322.

presentada por la República de Naurú el 19 de mayo de 1989 y que dicha demanda era admisible.

Cabe consignar que en la demanda Nauru expresó que su pueblo ocupó la isla del Pacífico Central, como pueblo independiente, desde tiempo inmemorial. En 1888 Naurú fue anexada a Alemania como parte integrante del protectorado alemán sobre las islas Marshall. En el año 1900 fueron descubiertos yacimientos de fosfato que se otorgaron en concesión a empresas alemanas. El 12 de diciembre de 1905, el Imperio alemán consintió su transferencia a la Pacific Phosphate Company, consorcio angloalemán. El 6 de diciembre de 1914, la armada australiana ocupó Naurú con intenciones de anexar la isla, pero la Conferencia de Versailles decidió que la isla sería sometida al régimen de mandatos y en este carácter fue conferida al Imperio Británico. Poco después, el 2 de julio de 1919, el Gobierno Australiano concluyó un acuerdo con el Reino Unido y Nueva Zelanda, con la clara intención de reglamentar el ejercicio del mandato y la explotación de los yacimientos de fosfato en la isla. En virtud del acuerdo, la administración sería conferida a un administrador que sería designado por los gobiernos, correspondiendo a Australia designar al primero de ellos. Sin embargo, el Gobierno Australiano designó a todos los administradores hasta la independencia de la isla¹¹².

Finalizada la segunda guerra mundial, la isla que había estado bajo ocupación japonesa, fue puesta bajo el régimen de administración fiduciaria previsto por el artículo 77, párrafo 1 de la Carta de las Naciones Unidas. En el acuerdo respectivo del 1º de noviembre de 1947, los Gobiernos de Australia, Nueva Zelanda y Reino Unido fueron conjuntamente designados como la autoridad para la administración del territorio, pero dispuso también que la autoridad efectiva la ejerciera Australia, salvo que los tres gobiernos decidieran otra cosa, situación que nunca ocurrió¹¹³.

Naurú accedió a la independencia y devino una república el 31 de enero de 1968.

Según el demandante el diferendo se centraba en el problema que desde 1919 al 1º de julio de 1967, fecha de entrada en vigor del acuerdo sobre la industria de los fosfatos, Naurú, estuvo administrada de manera tal que los

¹¹² <http://www.icj-cij.org/docket/files/80/6652.pdf>, p. 7.

¹¹³ Ibidem, p. 11.

beneficios se repartían entre los sectores agrícolas de los tres países, sobre todo de Australia y quedaba una parte muy pequeña para el pueblo de Naurú. Las tierras con fosfatos fueron explotadas de forma que quedaron completamente inutilizadas y Naurú se agraviaba de que el Gobierno de Australia no tomó ninguna medida adecuada y razonable para atender las necesidades a largo plazo del pueblo de Nauru para que pudiese, llegado el momento, vivir como Nación soberana¹¹⁴.

Naurú solicitó a la Corte que sentencie y declare que Australia ha comprometido su responsabilidad jurídica internacional y estaba obligada a rehabilitar las tierras o a cualquier otra clase de reparación apropiada respecto de Naurú por los daños y perjuicios sufridos. Solicitaba que la naturaleza y monto de la indemnización fueran evaluados y determinados por la Corte¹¹⁵.

Con posterioridad al rechazo de las excepciones preliminares, por notificación conjunta depositada en la Secretaría de la Corte el 9 de setiembre de 1993, la República de Naurú y Australia informaron a la Corte que convinieron desistir de la instancia instaurada por la demanda del 19 de mayo de 1989 ya que habían arribado a un acuerdo amigable. El Presidente de la Corte, tomó nota del desistimiento por acuerdo de Partes y mediante Providencia, ordenó que el asunto fuera cancelado del Registro¹¹⁶.

- *Asunto relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c/EE.UU.)*

La República de Nicaragua presentó el 9 de abril de 1984, una demanda introductoria de instancia ante la Corte Internacional de Justicia contra los Estados Unidos de América, respecto de un diferendo relativo a la responsabilidad en que, según su criterio, incurriera este último país por las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua. La demanda fue inmediatamente notificada al Gobierno de los EE.UU. y los otros Estados admitidos a comparecer ante la Corte fueron informados. Al mismo tiempo Nicaragua depositó una demanda en indicación de medidas provisionales. En una nota del 13 de abril de 1984 dirigida a la Corte por el Embajador de los EE.UU. en la Haya, éste sostuvo que la Corte no tenía

¹¹⁴ Ibidem, p. 31.

¹¹⁵ Ibidem, p. 33.

¹¹⁶ C.I.J., Recueil, 1993, p. 323.

competencia para conocer de la demanda y solicitó que se pusiera fin al procedimiento, cancelando el asunto del Registro. Por Providencia del 10 de mayo de 1984 la Corte rechazó el pedido de cancelación e indicó ciertas medidas provisionales, mientras se dictaba la decisión definitiva y también determinó que las piezas escritas debían referirse a la competencia de la Corte para conocer el diferendo y a la admisibilidad de la demanda, cuestionadas por los EE.UU. y fijó las fechas para la presentación de la demanda y de la contrademanda relativas a esta fase del procedimiento¹¹⁷.

Respecto de los hechos, Nicaragua relató que los EE.UU. hicieron uso de la fuerza militar contra ese país, e intervinieron en sus asuntos internos, en violación de su soberanía, de su integridad territorial y de su independencia política, así como de los principios más fundamentales y los más universalmente reconocidos del derecho internacional. Después de la caída de Anastasio Somoza, ocupó el poder una junta de reconstrucción nacional y un gobierno de dieciocho miembros de coalición nacional, del cual el Frente Sandinista de Liberación Nacional tenía una posición importante que se fue transformando en casi exclusiva. Si bien los EE.UU., al principio cooperaron, cambiaron su actitud en virtud de que parecía que el gobierno de Nicaragua había acordado un apoyo logístico y provisto de armas a la guerrilla de El Salvador (¹¹⁸). Los EE.UU. crearon, según Nicaragua, un ejército de diez mil mercenarios y lo instalaron en diez campamentos en Honduras, a lo largo del límite con Nicaragua. Esos hombres, afirmó Nicaragua fueron entrenados, pagados, armados, provistos de municiones, de alimentos y de medicamentos por los EE.UU. que, además, dirigieron los ataques contra objetivos humanos y económicos en el interior del país. Se incendiaron reservorios de petróleo, se destruyeron explotaciones agrícolas, puentes, aeropuertos, oleoductos, centrales eléctricas, establecimientos escolares y hospitales. Describió las cuantiosas pérdidas de vidas y los heridos que dejaron los ataques.

Afirmó también que a partir de marzo de 1984 existió una escalada de las actividades militares y paramilitares. Nicaragua afirmó que los EE.UU. violaron obligaciones expresas de la Carta de las Naciones Unidas, de la Carta de la OEA y de otros tratados multilaterales, así como las reglas fundamentales del derecho internacional general y consuetudinario comprometiendo su responsabilidad jurídica por sus actos ilícitos, por lo que

¹¹⁷ *C.I.J.*, Recueil, 1986, p. 16.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 21

debía cesar en sus actividades y otorgar reparaciones a Nicaragua por los daños sufridos. Asimismo consideró que los EE.UU. violaron el Tratado de Amistad, de Comercio y de Navegación, suscripto por las dos Partes el 21 de enero de 1956¹¹⁹.

La Corte Internacional de Justicia en su fallo del 26 de noviembre de 1984 se declaró competente para entender en el asunto y además consideró que la demanda era admisible, por lo que continuó el procedimiento sobre el fondo, dictando su fallo el 27 de junio de 1986, sin la comparecencia de los EE.UU. en esta fase del proceso.

En dicha sentencia la Corte rechazó una justificación de legítima defensa colectiva invocada por los EE.UU. en relación con las actividades objeto de litigio y por el contrario, y consideró que con tales actitudes violaron frente a Nicaragua la obligación que impone el derecho internacional consuetudinario de no intervenir en los asuntos internos de otro Estado y de no recurrir al uso de la fuerza contra otro Estado; de no violar la soberanía de otro Estado como ocurrió al ordenar o autorizar el sobrevuelo del territorio nicaragüense. Asimismo decidió que los EE.UU. tenían la obligación de poner fin inmediatamente y de renunciar a todo acto que constituya una violación de las obligaciones precedentemente mencionadas. Decidió también que los EE.UU. tenían la obligación de reparar todo perjuicio causado por violación de obligaciones del derecho internacional consuetudinario, como asimismo, por violación del Tratado de Amistad, de Comercio y de Navegación de 1956¹²⁰.

Sin entrar a analizar este importantísimo fallo que marca un hito en el tratamiento de las relaciones entre el derecho internacional consuetudinario y los tratados, en la parte que incumbe a este trabajo, es importante señalar que la Corte decidió que las modalidades y el monto de tal reparación serían determinados por la Corte en caso de que las Partes no pudiesen llegar a un acuerdo sobre la cuestión y se reservó, a tal efecto, la facultad de continuar el proceso, no sin dejar de recordar a las Partes la obligación de buscar solucionar sus diferendos recurriendo a medios pacíficos, de conformidad con el derecho internacional¹²¹.

¹¹⁹ Ibidem, p. 18.

¹²⁰ Ibidem, p. 146.

¹²¹ Ibidem, p. 149.

Con posterioridad al fallo de 1986, mediante una Providencia del 18 de noviembre de 1987, la Corte fijó los plazos para desarrollar el procedimiento escrito para fijar las formas y el monto de la reparación ordenada. Nicaragua cumplió en tiempo con la presentación de la Memoria y los EE.UU. no se presentaron, tal como lo hizo en la fase que trató el fondo del asunto. El 15 de junio de 1990 el Secretario envió una nota a cada una de las Partes para requerir su opinión en cuanto a la fecha de apertura del procedimiento oral concerniente a la cuestión de la reparación.

La Corte no recibió ninguna respuesta de los EE.UU., y por su parte, el agente de Nicaragua en su contestación indicó las circunstancias particulares en razón de las cuales sería extremadamente difícil a su gobierno tomar una decisión sobre el procedimiento a seguir en la especie, en el curso de los próximos meses.

Por nota del 12 de setiembre de 1991, el agente de Nicaragua informó a la Corte que su gobierno había decidido renunciar a hacer valer cualquier otro derecho fundado en este caso y que no deseaba proseguir con el procedimiento, por lo que solicitaba que la Corte, mediante una Providencia tomase nota del desistimiento y ordenase la cancelación del asunto del registro. Copia de esa nota fue comunicada al Gobierno de los EE.UU. estableciendo, de acuerdo con el artículo 89, parágrafo 2, un plazo perentorio para oponerse a ese desistimiento. El 25 de setiembre de 1991 el Consejero Jurídico del Departamento de Estado de ese país comunicó a la Corte que se congratulaba del desistimiento efectuado por Nicaragua.

Finalmente la Corte, por Ordenanza del 26 de setiembre de 1991, tomó nota del desistimiento de la instancia incoada el 9 de abril de 1984 y ordenó que el asunto fuera cancelado del Registro¹²².

- *Asunto relativo a las acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c/Honduras)*

El 28 de julio de 1986, la República de Nicaragua introdujo una instancia contra la República de Honduras por acciones y omisiones de este país que importaban el uso de la fuerza contra su integridad territorial y que eran violatorias de derecho internacional consuetudinario y de diversos

¹²² <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6482.pdf>, p. 47.

tratados, por lo que debía cesar en su conducta y reparar los daños y perjuicios ocasionados. El relato de los hechos efectuado por Nicaragua en su demanda explicaba que caído el régimen de Anastasio Somoza, en julio de 1979 se instaló un nuevo Gobierno. Muchos de los militares y paramilitares del régimen ingresaron en países vecinos y atacaban, primero esporádicamente y luego, desde 1980, con más asiduidad, contra objetivos políticos y militares. Dichas acciones fueron comunicadas a Honduras por vía diplomática, pero las acciones continuaron, adquiriendo desde 1981, un carácter más profesional, lo que daba la pauta de que las fuerzas que incursionaban en territorio de Nicaragua estaban apoyadas por el Gobierno de Honduras¹²³.

Por tal motivo, Nicaragua introdujo la demanda y presentó oportunamente la correspondiente Memoria. El plazo para el depósito de la Contramemoria primero se prorrogó y luego las Partes informaron a la Corte que iban a solicitar la fijación del plazo, lo que no ocurrió.

Finalmente, por una nota del agente de Nicaragua presentada en Secretaría el 12 de mayo de 1992 el agente de Nicaragua informó a la Corte que, teniendo en cuenta que las Partes habían arribado a un acuerdo extrajudicial tendiente a favorecer las relaciones de buena vecindad, el Gobierno de Nicaragua decidió a renunciar “*à faire valoir tous autres droits fondés sur cette affaire et qu’il ne souhaitait pas poursuivre la procédure*”¹²⁴.

Comunicado el desistimiento al agente de Honduras, así como el plazo para formular oposición, el agente del demandado comunicó que su Gobierno no se oponía al desistimiento. Por Providencia del 27 de mayo de 1992, la Corte tomó nota del desistimiento de Nicaragua a la instancia introducida el 28 de julio de 1986 y ordenó a cancelar el asunto del Registro¹²⁵.

- *Asunto relativo al Incidente aéreo del 3 de julio de 1988 (Irán c/EE.UU.)*

El 17 de mayo de 1989, la República Islámica de Irán depositó en la Secretaría de la Corte Internacional de Justicia una demanda introductoria de instancia contra los Estados Unidos de América, en virtud de una

¹²³ <http://www.icj-cij.org/docket/files/74/9662.pdf>, p. 3.

¹²⁴ C.I.J., Recueil, 1992, p. 223.

¹²⁵ Ibidem, p. 223.

controversia sobre la interpretación y aplicación de la Convención de Chicago de 1944, relativa a la aviación Civil Internacional y a la Convención de Montreal de 1971 referente a la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la aviación civil¹²⁶.

De acuerdo con la demanda, la controversia surgió por la destrucción de un avión iraní, un Air-bus A-300 B de la Compañía Iran Air y la muerte de sus doscientos noventa pasajeros y miembros de la tripulación, causados por dos misiles, el 3 de julio de 1988.

Aseguró la demandante que dichos misiles fueron lanzados desde un crucero lanza misiles, USS Vincennes, perteneciente a las fuerzas militares de los Estados Unidos, que operaba en el Golfo Pérsico y en Medio Oriente. Mientras el avión hacía un vuelo comercial internacional regular en un horario y en una ruta previamente fijados, fue interceptado y destruido en su propio espacio aéreo, sobre sus propias aguas territoriales, y el barco para hacer tal lanzamiento se había posicionado en aguas territoriales iraníes¹²⁷.

La República Islámica de Irán se dirigió a la OACI a fin de requerirle que condenara el accionar de los Estados Unidos reconociendo que la destrucción del avión por las fuerzas militares norteamericanas constituía un crimen de carácter internacional por lo que ese país era responsable y debía reparar como también cesar en tales acciones militares en el Golfo Pérsico. En su decisión del 17 de marzo de 1989, el Consejo de la OACI rechazó de hecho todas las demandas iraníes y formuló ciertas observaciones generales marcando que el trágico incidente se debió a un error en la identificación del avión¹²⁸.

En su presentación a la Corte, la demandante no sólo se fundó en las Convenciones de Chicago y de Montreal, sino que calificó de errónea la decisión de la OACI y solicitó indemnizaciones cuyo monto sería determinado por la Corte, en virtud del perjuicio sufrido por la República Islámica de Irán y por los familiares de las víctimas¹²⁹.

¹²⁶ C.I.J., Recueil, 1996 (I), p. 9.

¹²⁷ <http://icj-cij.org/docket/files/79/6622.pdf>, p. 4

¹²⁸ Ibidem, p. 7.

¹²⁹ Ibidem, pp. 10 y 11.

La Corte comunicó la demanda a los EE.UU. y también a la OACI y a las Partes de las Convenciones citadas más arriba. La Corte continuó con el procedimiento fijando las fechas para la presentación de la Memoria y de la Contramemoria, las que posteriormente sufrieron prórrogas. En las fechas finalmente fijadas la demandante presentó la Memoria y, a su vez, los Estados Unidos opusieron excepciones preliminares a la competencia de la Corte. En este estadio, la Corte fijó un plazo para que la demandante presentara sus observaciones y conclusiones sobre las excepciones preliminares, las que depositó en término una vez prorrogado el plazo. A su vez, la OACI presentó sus observaciones el 4 de diciembre de 1992.

Por nota del 8 de agosto de 1994, los agentes de las dos Partes informaron conjuntamente a la Corte que sus respectivos Gobiernos habían entablado negociaciones y que podían llegar a un arreglo total y definitivo, por lo que pidieron prorrogar *sine die* la apertura del procedimiento oral¹³⁰.

Finalmente, por nota del 22 de febrero de 1996, depositada en Secretaría el mismo día, los agentes de las dos Partes notificaron conjuntamente a la Corte que sus Gobiernos convinieron en desistir de la instancia porque habían arribado a un acuerdo amigable, completo y definitivo de todas las diferencias, divergencias de opiniones, demandas, reconveniones y cuestiones que suscitan o pueden suscitar, directa o indirectamente, la instancia incoada o que estén directa o indirectamente vinculadas o asociadas a ésta¹³¹.

La Corte, mediante la Providencia del 22 de febrero de 1996, tomó nota del desistimiento por acuerdo de partes de la instancia introducida el 17 de mayo de 1989 por la República Islámica de Irán contra los Estados Unidos de América y prescribió que el asunto fuera cancelado del Registro de la Corte¹³².

- *Asunto relativo al paso por el estrecho del Grand-Belt (Finlandia c/ Dinamarca)*

La República de Finlandia presentó una demanda introductoria de instancia contra el Reino de Dinamarca, registrada ante la Secretaría de la

¹³⁰ C.I.J., Recueil, 1996(I), p. 10.

¹³¹ Ibidem, p. 10.

¹³² Ibidem, p. 5.

Corte Internacional de Justicia el 17 de mayo de 1991, por un diferendo concerniente al paso por el estrecho del Grand-Belt.

El diferendo planteado surgió por un proyecto aprobado por el Parlamento danés para la construcción de una vía de comunicación fija, tanto para el tráfico vehicular como ferroviario a través del estrecho de Grand-Belt que podían ser puentes o túneles. Según una circular remitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores a los jefes de misión se expresó que se proyectaba construir un puente de una altura de sesenta y cinco metros sobre el nivel de mar que se extendería por el Canal principal del Grand-Belt y otro puente para la circulación tanto vehicular como ferroviaria sobre el Canal Oeste.

Finlandia se consideró muy afectada por el proyecto sobre todo por el puente sobre el canal principal, ya que sólo tiene litoral sobre el Báltico y un puente de esas características le impediría a las plataformas petroleras y a los barcos de *forage*, que se construyen en Finlandia desde 1972, el paso por esa ruta. Para Finlandia, también su industria naval se vería afectada porque la construcción de barcos de mayor altura en sus astilleros era ya en esa época una posibilidad cercana. Finlandia aún antes de que se optara por el puente hizo saber a las autoridades danesas cuáles eran sus preocupaciones¹³³.

Los contactos entre autoridades de ambos países dieron lugar a un canje de notas entre los Primeros Ministros respectivos. Finlandia alegaba que el derecho internacional garantizaba el derecho del libre paso de los navíos, comprendidas las plataformas petroleras y los navíos de *forage*. Por su parte, Dinamarca afirmaba que todos los navíos gozaban del derecho de libre paso, pero no se extendía ese derecho al mencionado tipo de construcciones producidas por Finlandia para la explotación petrolera y en todo caso se aplicaba a los navíos existentes y no para aquéllos que en el futuro pudieran construirse¹³⁴.

En definitiva no se llegó a un arreglo y en una nota del Primer Ministro danés del 20 de febrero de 1991, éste explicitó que en el estado de avance del proyecto no se podía cambiar ni buscar otra solución, por lo que proseguiría con el proyecto. Ante esas condiciones y ante la inminencia de

¹³³ C.I.J., Recueil, 1991, p. 13.

¹³⁴ <http://ijc-cij.org/docket/files/86/6860.pdf>, p. 5.

un *fait accompli* Finlandia consideró que no tenía otra opción que recurrir a la Corte, como lo hizo finalmente en su demanda del 17 de mayo de 1991¹³⁵.

Finlandia consideró que existía un derecho de paso por el estrecho de Grand-Belt que se debía aplicar también a las plataformas semisumergibles que tienen sus propios medios de propulsión y que sólo se los remolca para apurar su traslado y se debería también asegurar el paso de los barcos de más de sesenta y cinco metros, ya que la tendencia era de construir barcos que sobrepasen esa altura. En su demanda Finlandia solicitaba a la Corte que juzgase en ese sentido, es decir que dijera que existe un derecho al libre paso por el Grand-Belt. Ese derecho incluía a los navíos que entraban y salían de los puertos y astilleros finlandeses y se extendía a los navíos de forage, a las plataformas petroleras y a los navíos que se puedan razonablemente prever que existirán en un futuro. La construcción de un puente fijo como el proyectado sería incompatible con esa libertad de paso por lo que ambos países deberían realizar negociaciones de buena fe, sobre la manera de garantizar ese paso. También se reservó el derecho de solicitar las reparaciones que surgiesen del proyecto y depositar una demanda en indicación de medidas provisionales¹³⁶.

El derecho alegado se fundaba, según Finlandia en el Tratado de Copenhague de 1857, en la Convención de Ginebra de 1958 sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, en el derecho internacional consuetudinario y que incluso es tenido en cuenta en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, que aún en esa época no estaba en vigor¹³⁷.

Finlandia presentó también a la Corte, el 23 de mayo de 1991, una petición de que se indicaran medidas provisionales mientras se esperaba el fallo, para que Dinamarca se abstuviese de continuar los trabajos de construcción del puente de marras. Dinamarca, a su vez, solicitó que se rechazara la demanda de medidas provisionales.

En su Providencia del 29 de julio de 1991, la Corte no hizo lugar a las medidas provisionales y dijo que una decisión tomada en ese procedimiento no prejulgaba en nada toda cuestión relativa al fondo del asunto y que

¹³⁵ Ibidem, p. 5.

¹³⁶ Ibidem, p. 16.

¹³⁷ Ibidem, p. 13.

dejaba intacto el derecho de ambos gobiernos de hacer valer sus derechos. En la misma Ordenanza la Corte declaró especialmente que en espera de una decisión de la Corte sobre el fondo, toda negociación entre las Partes en vista de un arreglo directo y amigable sería bienvenido¹³⁸.

Asimismo se fijaron las fechas para la presentación de la Memoria y la Contramemoria que fueron cumplimentadas por ambas Partes.

Por nota del 3 de setiembre de 1992 remitida a la Corte, el agente de Finlandia declaró que ambas Partes habían llegado a un arreglo en esa fecha y habían acordado de conformidad con el artículo 89 del Reglamento de la Corte a desistir del caso. Por nota del 4 de setiembre de 1992, el agente de Dinamarca, a quién le fue notificado dicho desistimiento, expresó que no tenía objeciones que formular.

Por tal motivo, mediante Providencia del 10 de setiembre de 1992, la Corte tomó nota del desistimiento del procedimiento incoado el 17 de mayo de 1991 y ordenó cancelar el asunto del Registro¹³⁹.

- *Asunto relativo a la delimitación marítima entre Guinea Bissau y Senegal.*

La República de Guinea-Bissau inició una demanda introductoria de instancia ante la Corte Internacional de Justicia, registrada el 12 de marzo de 1991, contra la República de Senegal, respecto a un diferendo por la delimitación marítima entre ambos países que fue comunicada inmediatamente al Gobierno senegalés, siendo informados también los miembros de las Naciones Unidas y los Estados admitidos a comparecer ante la Corte¹⁴⁰.

Dicha demanda tenía un objeto diferente al de aquella incoada el 23 de agosto de 1989, cuyo procedimiento estaba en curso y que se trataba del “Asunto relativo a la sentencia arbitral del 31 de julio de 1989”, entre las mismas Partes¹⁴¹. En esta nueva demanda la República de Guinea Bissau, refiriéndose al procedimiento pendiente que atacaba la validez e incluso la existencia misma del laudo, expresó que cualquiera fuese el resultado de la

¹³⁸ <http://www.icj-cij.org/docket/files/86/6968.pdf>, p.19.

¹³⁹ Ibidem, p. 348.

¹⁴⁰ <http://www.icj-cij.org/docket/files/85/6841.pdf>, p. 3.

¹⁴¹ C.I.J., Recueil, 1991, p. 55.

primera demanda, la delimitación del conjunto del territorio marítimo no se vería afectada. Fundamentó la presentación de la nueva demanda en la necesidad de iniciar sin retardo un procedimiento que permitiese obtener bajo la autoridad de la Corte una solución integral al diferendo del conjunto de los límites marítimos que contraponen a los dos Estados. Según Guinea-Bissau, la cuestión marítima iba más allá de la validez de la sentencia arbitral, su reglamento dependía del derecho internacional general y en particular de las tendencias del derecho del mar, tal como se hallan insertos en la Convención de 1982, que si bien no estaba en vigor a esa fecha, había sido firmada y ratificada por ambas Partes. Por tal motivo solicitó a la Corte que fijara la delimitación del conjunto de sus territorios marítimos¹⁴².

Atento que el caso de la sentencia arbitral tuvo sentencia a favor de la validez del laudo, el 12 de noviembre de 1991, esta indicó en el parágrafo 68 que es “*éminemment souhaitable que les éléments du différend non réglés para la sentence arbitrale du 31 juillet de 1989 puissent l’être dans les meilleurs délais, ainsi les deux parties en ont exprimé le désir*”¹⁴³.

El Presidente del Tribunal mantuvo una reunión con los representantes de las Partes el 28 de febrero de 1992, y éstos pidieron que no se fijaran fechas para el depósito de las piezas escritas hasta la finalización del plazo de seis meses fijados para las negociaciones. En otra reunión celebrada el 6 de octubre de 1992, las Partes indicaron que se habían hecho progresos para un acuerdo y pidieron conjuntamente un plazo suplementario para continuar las negociaciones, el que fue nuevamente prorrogado. El Presidente de la Corte recibió a los representantes de los dos países el 10 de marzo de 1994 y en esa ocasión ambos presentaron un “Acuerdo de Gestión y de Cooperación entre el Gobierno de la República de Guinea-Bissau y el Gobierno de la República de Senegal”, celebrado en Dakar el 14 de octubre de 1993 y suscripto por los respectivos Jefes de Estado.

A su vez, en la reunión del 1º de noviembre de 1995, las Partes entregaron un Protocolo adicional referente a la organización y funcionamiento de una Agencia de gestión y cooperación entre ambos países instituido por el citado Acuerdo. Al mismo tiempo le hicieron saber al Presidente de la Corte su decisión de poner fin a la instancia y el Presidente les solicitó que hicieran conocer tal circunstancia por escrito. Por una nota

¹⁴² <http://www.icj-cij.org/docket/files/85/6842.pdf>, p. 7.

¹⁴³ C.I.J., Recueil 1991, pp. 75 y 76.

del 2 de noviembre el agente de Guinea-Bissau refiriéndose al artículo 89 del Reglamento confirmó que su Gobierno solicitaba poner fin a la instancia en virtud del acuerdo a que habían arribado sobre la zona en litigio, desistiendo de proseguir el procedimiento que había incoado con su demanda del 12 de marzo de 1991¹⁴⁴.

Una copia de esa nota le fue comunicada al agente de Senegal quien confirmó que prestaba aquiescencia a ese desistimiento.

La Corte, por Providencia del 8 de noviembre de 1995 tomó nota del desistimiento de la instancia de la República de Guinea-Bissau y ordenó su cancelación del Registro¹⁴⁵.

- *Asunto relativo a la Convención de Viena sobre relaciones consulares (Paraguay c/EE.UU.)*

La República del Paraguay registró el 3 de abril de 1998 una demanda ante la Secretaría de la Corte Internacional de Justicia, contra los Estados Unidos de América, en relación con las violaciones a la Convención de Viena del 24 de abril de 1963 sobre las relaciones consulares, que se habrían cometido respecto del ciudadano paraguayo Angel Francisco Breard. Paraguay solicitó al mismo tiempo medidas provisionales que fueron indicadas por Providencia del 9 de abril de 1998.

En efecto, en la citada Providencia la Corte indicó que los EE.UU. debían tomar todas las medidas de que dispusieran para que Breard no fuera ejecutado en tanto no se dictase la decisión definitiva y que debían elevar al conocimiento de la Corte todas las medidas que adoptasen a tal efecto. A su vez, la Corte quedaría abocada al caso hasta esa decisión definitiva¹⁴⁶.

Asimismo la Corte fijó las fechas de expiración para el depósito de las piezas correspondientes al procedimiento sobre el fondo, presentando el Paraguay la Memoria el 9 de octubre de de 1998.

Los hechos que dieron lugar a la demanda se produjeron porque las autoridades del Estado de Virginia detuvieron en 1992 a Breard por

¹⁴⁴ <http://www.icj-cij.org/docket/files/85/6964.pdf>, p. 426.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 427.

¹⁴⁶ <http://www.icj-cij.org/docket/files/99/7598.pdf>, p. 258.

sospecha de homicidio voluntario, sin informarle su derecho a tener asistencia consular y sin notificar a los funcionarios consulares del Paraguay, como lo exige la Convención de Viena. Sin dicha asistencia Breard fue juzgado y condenado a la pena capital. En la demanda se hizo constar que si Breard hubiera sido informado de sus derechos habría entrado en contacto con el Consulado que de esa forma le hubiera prestado asistencia. En cambio Paraguay estuvo imposibilitado de proteger a su ciudadano. Así Breard tomó decisiones de un carácter que objetivamente no eran razonables, por ejemplo rechazar una proposición a ser condenado a la pena de reclusión perpetua si aceptaba reconocerse culpable. Al no aceptarlo y a su vez reconocer antecedentes penales se expuso a ser condenado a muerte¹⁴⁷. Efectivamente, el 24 de junio de 1993 Breard fue declarado culpable de homicidio voluntario y el 22 de agosto de 1993 el Tribunal que lo juzgó lo condenó a la pena capital. En 1996 el Paraguay recién conoció el caso, comenzando desde ese momento a prestarle asistencia jurídica y petitionó el *habeas corpus* ante el Tribunal Federal de Primera Instancia. El Tribunal lo desestimó por defecto de procedimiento en su alegación relativa a la Convención de Viena ya que nunca denunció la violación ante los Tribunales de Virginia e hizo lo propio la Corte de Apelaciones Federal que era la última instancia¹⁴⁸. Por tal motivo, la jurisdicción de Virginia que condenó a Breard fijó la fecha de ejecución para el 14 de abril de 1998.

También Breard recurrió a la Corte Suprema de los Estados Unidos pidiéndole ejercer su poder discrecional de volver a examinar la decisión de los jueces federales inferiores y de decidir que no se aplicara la pena capital durante ese examen. Esa demanda, al momento de iniciar la instancia ante la Corte Internacional de Justicia, continuaba ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, pero desde ya se consideraba dudoso que procediese¹⁴⁹.

A pesar de las medidas provisionales tomadas por la Corte, Breard fue ejecutado.

El agente del Paraguay presentó en la Secretaría de la Corte el día 2 de noviembre de 1998, una nota haciéndole saber que su gobierno deseaba desistir de la instancia y renunciar a toda acción que emanara de este

¹⁴⁷ <http://www.icj-cij.org/docket/files/99/7182.pdf>, p. 3.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 4.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 5.

asunto y solicitaba que el caso fuera cancelado del Registro. Copia de esa nota fue transmitida inmediatamente al agente de los EE.UU., y en virtud de lo dispuesto por el artículo 89, párrafos 2 y 3 del Reglamento, fijó hasta el 30 de noviembre de 1998 el plazo de expiración para oponerse dicho desistimiento y renuncia.

El agente de los EE.UU. informó a la Corte el mismo día 3 de noviembre que su Gobierno aceptaba el desistimiento de la instancia y la renuncia de su parte a toda acción en el caso, así como al requerimiento de que el asunto fuera cancelado del Registro.

Por tal motivo la Corte, por Providencia del 10 de noviembre de 1998, tomó nota del desistimiento de la República del Paraguay a la instancia instaurada el 3 de abril de 1998 y ordenó que el caso fuera cancelado del Registro¹⁵⁰.

- *Asunto relativo a cuestiones de interpretación y aplicación de la Convención de Montreal de 1971 resultante del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya Arabe Libia c/Estados Unidos de América)*

La Jamahiriya Arabe Libia depositó ante la Corte Internacional de Justicia una demanda introductoria de instancia el 3 de marzo de 1992, contra los Estados Unidos de América, sobre un diferendo surgido entre ambos países en relación con la interpretación y aplicación de la Convención de Montreal de 1971 para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la aviación civil. Mediante documentos presentados separadamente Libia solicitó la indicación de medidas provisionales.

Los hechos que dieron lugar a la demanda se originan el 21 de diciembre de 1988 cuando un aparato perteneciente al vuelo 103 de Pan Am, se estrelló en Lockerbie, Escocia. El 14 de noviembre de 1991, un jury de acusación del tribunal federal de distrito del Distrito de Columbia acusó a dos nacionales libios por hacer poner una bomba a bordo del avión cuya explosión causó la destrucción del aparato¹⁵¹. Las alegaciones que figuraban en el acta de acusación constituían una infracción penal de acuerdo con la Convención de Montreal. Dicha Acta fue notificada a Libia, y al parecer en ese momento o un poco más tarde los acusados se encontraban en territorio

¹⁵⁰ <http://www.icj-cij.org/docket/files/99/7614.pdf>, p. 427.

¹⁵¹ C.I.J., Recueil, 1992, p. 115.

Libia¹⁵². Libia tomó una serie de medidas para establecer su competencia a los fines de conocer las infracciones alegadas. Comenzó una investigación y solicitó la colaboración de las autoridades estadounidenses y británicas que no accedieron a su iniciativa. Según Libia, de acuerdo con la Convención de Montreal, tenía derecho a ejercer la jurisdicción penal y tenía la obligación de hacerlo y en cambio, no tenía la obligación de extraditar a sus dos nacionales. Mediante el recurso a la Corte Libia pretendía frenar las presiones norteamericanas, entre ellas las incursiones aéreas a su territorio, solicitando a la Corte que juzgara que había satisfecho todas sus obligaciones respecto de la Convención y que el país que las había violado eran los Estados Unidos, por lo que debía poner fin y renunciar inmediatamente a sus violaciones y a toda otra forma de recurso a la fuerza o a las amenazas del uso de la fuerza contra Libia, como a toda otra violación a la soberanía e integridad territorial y a la independencia política de ese país¹⁵³.

La Corte fijó las fechas para la presentación de la Memoria y de la Contramemoria, depositando Libia la Memoria respectiva. Por su parte, los EE.UU. presentaron excepciones preliminares sobre las que estatuyó la Corte en su sentencia del 27 de febrero de 1998. Posteriormente, los EE.UU. presentaron la Contrademanda y ambas partes depositaron respectivamente la réplica y la dúplica.

Por nota del 9 de setiembre de 2003, el agente de Libia y el coagente de los Estados Unidos notificaron conjuntamente a la Corte que, tanto Libia como los Estados Unidos convinieron desistir de la instancia incoada por la demanda de Libia del 3 de marzo de 1992 y de renunciar a toda acción en el caso.

La Corte tomo nota del desistimiento por acuerdo de Partes, de la instancia abierta el 3 de marzo de 1992 por Libia: “*ainsi que de toute action en l’affaire*” y prescribió que el asunto fuera cancelado del Registro¹⁵⁴.

- *Asunto relativo al status respecto del Estado sede de un enviado diplomático ante la Organización de las Naciones Unidas (Commonwealth de Dominica/Confederación Suiza)*

¹⁵² Ibidem, p. 116.

¹⁵³ Ibidem, pp. 117 y 118.

¹⁵⁴ <http://www.icj-cij.org/docket/files/89/7246.pdf>, p. 2.

Dominica presentó el 26 de abril de 2006 ante la Corte Internacional de Justicia, una demanda introductoria de instancia contra la Confederación Suiza, por violación de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas del 18 de abril de 1961, del acuerdo de sede concluido entre Suiza y la Organización de las Naciones Unidas el 11 de junio y el 1º de julio de 1946, el Acuerdo sobre privilegios e inmunidades de la Organización de las Naciones Unidas celebrado entre Suiza y la ONU el 11 de abril de 1946; la Convención del 13 de febrero de 1946 sobre privilegios e inmunidades de la ONU, así como de las reglas y principios generales bien establecidos del derecho internacional concerniente a la acreditación y retiro de la acreditación diplomática, de la inmunidad diplomática, de la igualdad entre los Estados y los derechos de legación pasiva de la ONU¹⁵⁵.

La Confederación Suiza invocó el derecho de retirar unilateralmente la acreditación de un enviado diplomático de Dominica ante la ONU en Ginebra, argumentando que era un hombre de negocios y por lo tanto no tenía derecho de ser diplomático y así lo hizo a fines de 1996. Según Dominica, en ningún momento Suiza sostuvo que el enviado había violado una ley o reglamentación del Estado huésped o había amenazado de alguna manera su seguridad nacional, ni que ejercía una actividad comercial en Suiza. Después de ese retiro, Dominica renovó la designación del mismo diplomático en el nivel de Encargado de Negocios, a partir del 12 de marzo de 1997 ante las mismas organizaciones pero no ante Suiza y el 15 de mayo lo designó Representante Permanente Adjunto con rango de Embajador¹⁵⁶.

En virtud de ello, Suiza decidió retirar nuevamente en forma unilateral el status diplomático con el mismo argumento basado en la interpretación del artículo 42 de la Convención de Viena. Por tal motivo se planteó el diferendo llevado por Dominica ante la Corte que se centró en el cuestionamiento del derecho invocado por la demandada de poner fin a las funciones del Jefe de Misión del demandante que era un diplomático acreditado ante la ONU, los organismos especializados y ante la OMC, pero no ante la Confederación Suiza.

Sin embargo, por nota del 15 de mayo de 2006, recibida ante la Secretaría de la Corte el 24 de mayo de 2006, el primer Ministro de

¹⁵⁵ <http://www.icj-cij.org/docket/files/134/10734.pdf>, p. 3.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 4.

Dominica, de acuerdo con el artículo 89 del Reglamento de la Corte, hizo saber a ésta que su Gobierno no deseaba proseguir con la instancia incoada contra Suiza y solicitó a la Corte que dictase una Providencia tomando nota de su desistimiento incondicional y prescribir la cancelación del asunto del Registro. Copia de esa nota fue transmitida inmediatamente al Gobierno suizo.

A su vez, el Embajador de Suiza en la Haya hizo saber a la Corte que había informado a las autoridades suizas competentes sobre ese desistimiento.

La Corte Internacional de Justicia, considerando que Suiza no era aún parte en el procedimiento, tomó nota del desistimiento efectuado por Dominica respecto de la instancia incoada contra Suiza y registrada el 26 de abril de 2006 y ordenó, mediante una Providencia que el asunto fuera cancelado del Registro de la Corte¹⁵⁷.

- Asunto relativo a las actividades armadas sobre el territorio del Congo (Congo c/ Ruanda)

La República Democrática del Congo introdujo una instancia en la Corte Internacional de Justicia, mediante demanda depositada en la Secretaría el 23 de junio de 1999, contra la República de Ruanda, en virtud de los actos de agresión armada perpetrados por este último país en territorio congolés en violación flagrante de la Carta de las Naciones Unidas, y de la Carta de la Organización de la Unidad Africana.

Según el Congo, la agresión armada de las tropas ruandesas produjo la violación de su soberanía e integridad territorial, como así también violaciones de derecho internacional humanitario y violaciones masivas de los derechos humanos. La demanda tenía por objeto requerir el cese de tales actos de agresión de los que el Congo era víctima, y que constituían una grave amenaza para la paz y seguridad del Africa central en general y en particular de la región de los grandes lagos, como así también solicitar las reparaciones por los actos de destrucción intencional y pillaje y la restitución de los bienes incautados¹⁵⁸.

¹⁵⁷ <http://www.icj-cij.org/docket/files/134/11036.pdf>, p. 2.

¹⁵⁸ <http://www.icj-cij.org/docket/files/117/7070.pdf>, p. 4.

En su demanda, el Congo dice que se violaron además las reglas enunciadas en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948; del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966; de las Convenciones de Ginebra de 1949 y de los Protocolos adicionales de 1977; de la Convención de New York contra la tortura y otras penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes de 1984 y de la Convención de Montreal de 1971 para la represión de los actos ilícitos dirigidos contra la aviación civil¹⁵⁹.

Por Providencia del 21 de octubre de 1999, la Corte decidió que las piezas correspondientes al procedimiento escrito abordarían primero la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda. La república de Ruanda presentó la Memoria respecto de estas cuestiones planteadas, debiendo la República Democrática del Congo presentar la Contramemoria. Sin embargo, dentro de la fecha fijada por la Corte a tal efecto, el 15 de enero de 2001, el demandante, refiriéndose al artículo 82, parágrafo 2 del Reglamento, hizo saber a la Corte que su Gobierno deseaba desistir de la instancia incoada. Asimismo en el desistimiento precisó que “celui-ci se réservant la possibilité de faire valoir ultérieurement de nouveaux chefs de compétence de la Cour”¹⁶⁰. Inmediatamente el Secretario comunicó tal desistimiento a la parte demandada determinando un plazo para formular oposición. Sin embargo, por su parte el Gobierno ruandés informó a la Corte que aceptaba el desistimiento de la instancia iniciada por el Congo.

La Corte tomó nota del desistimiento de la demanda registrada el 23 de junio de 1999 y ordenó la cancelación del asunto del Registro¹⁶¹.

- *Asunto relativo a las actividades armadas sobre el territorio del Congo (Congo c/ Burundi)*

La República Democrática del Congo depositó una demanda introductoria de instancia contra la República de Burundi, el 23 de junio de 1999 por actos de agresión armada perpetrados en territorio congolés, en violación flagrante de la Carta de las Naciones Unidas y de la Carta de la Organización de la Unidad Africana.

¹⁵⁹ Ibidem, pp. 16 a 18.

¹⁶⁰ <http://www.icj-cij.org/docket/files/117/10575.pdf>.

¹⁶¹ <http://www.icj-cij.org/docket/files/115/7126.pdf>.

Tanto esta demanda como el procedimiento estuvieron en línea con lo ocurrido en la demanda descrita anteriormente, intentada por el mismo actor contra la República de Ruanda. También la Corte consideró que las piezas del procedimiento escrito debían referirse primero, a la competencia y admisibilidad de la demanda, presentando Burundi la correspondiente Memoria. Antes de presentar la Contramemoria sobre estas cuestiones, por nota del 15 de enero de 2001, el Congo desistió de la instancia, planteando la misma reserva más arriba descrita, que también fue aceptada por Burundi.

La Corte tomó nota del desistimiento de la demanda incoada por la República Democrática del Congo el 23 de junio de 1999 y ordenó que el asunto fuera cancelado del Registro¹⁶².

IV. Desistimiento de común acuerdo y desistimiento unilateral

Los Reglamentos de 1920 y 1926 preveían en el artículo 61, de idéntica redacción en ambos, que si las Partes llegaban a un acuerdo sobre la solución a dar a un litigio debían notificar ese acuerdo por escrito a la Corte Permanente para que tomara nota y además prescribía que si las Partes, por común acuerdo, notificaban por escrito a la Corte que renunciaban a proseguir el procedimiento, ésta debía tomar nota y el procedimiento tocaba a su fin.

Con respecto a los acuerdos de Partes, el artículo distinguía entre aquéllos relativos al fondo del asunto y los acuerdos referentes al desistimiento del proceso. En cuanto a los primeros, aunque el artículo no decía que la Corte debía clausurar la instancia, así se hizo en todos los casos. Cabe consignar que las partes solo mencionaban la existencia de un acuerdo sobre el fondo del asunto pero, ocasionalmente, presentaban el texto sin que por ello se le pidiera a la Corte un pronunciamiento basado en ese texto.

Por otra parte, también existieron desistimientos unilaterales que fueron notificados a la Parte demandada y que requirieron su aquiescencia expresa o tácita cuando era parte de la litis, pudiendo prescindirse de esa aceptación si el demandado no fuera aún parte del proceso.

¹⁶² <http://www.icj-cij.org/docket/files/115/8053.pdf>, p. 4.

Este punto fue debatido por los jueces cuando en la sesión veintidós del 22 de febrero de 1935, bajo la Presidencia de Sir Cécil Hurst, se revisó el artículo 61 del Reglamento en esa época vigente. El Presidente observó, cuando puso a discusión ese artículo, que la Comisión de Coordinación que se ocupó del tema estimó que el artículo 61 tenía lagunas que era necesario llenar, por lo cual dividió el artículo 61 en tres párrafos, uno de ellos se ocupó del desistimiento de una sola de las Partes, y constituyó una proposición nueva de la Comisión de Coordinación. Sin embargo el Juez Fromageot opinó que la fórmula propuesta de introducir el desistimiento unilateral no parecía acordar una posibilidad que antes no existiera. La mejor prueba para su opinión es que en distintos casos de la Corte Permanente se hizo uso del desistimiento unilateral¹⁶³. También hubo acuerdo en que se debían tener en cuenta dos circunstancias, según que la demandada fuera o no parte en el procedimiento. En el primer caso era posible que el demandado se opusiese, por lo que debía otorgársele un plazo para hacerlo. En el segundo, directamente la Corte podía cancelar el asunto del Registro.

Sobre el particular, Gilbert Guillaume repasa las opiniones que se vertieron en esa época. En efecto, algunos consideraban que no existía razón alguna de brindar el derecho al demandado de oponerse al desistimiento mientras que otros deseaban dar el derecho a la Corte de estatuir o no en tales circunstancias. Otros afirmaban que existía un principio general de derecho según el cual una vez que se introduce una instancia, si la demandada deviene parte del procedimiento, tiene igual interés que la actora en que el procedimiento arribe al estadio final, conforme a la práctica seguida por numerosas legislaciones nacionales. Sólo estableciendo ese procedimiento se evitaría que ciertos Estados presenten demandas abusivas a fines propagandísticos para luego retirarlas rápidamente¹⁶⁴.

Todas estas cuestiones, que no estaban previstas en el citado artículo 61 de ambos Reglamentos, fueron incorporadas por los artículos 68 y 69 del Reglamento de 1936, al que se llegó después de un extenso debate en el seno de la Corte y al que nos hemos referido más arriba.

¹⁶³ C.P.J.I., Série D. Troisième addendum au N° 2, 1936, p. 319.

¹⁶⁴ Gilbert GUILLAUME, *La Cour Internationale de Justice à l' aube du XXIème siècle. Le regard d'un juge. "Le désistement devant la C.I.J."*, p. 150.

Los artículos 68 y 69 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia de 1946, que en el Reglamento de 1972 se convirtieron, respectivamente, en los artículos 73 y 74, preveían las mismas situaciones que las de la Corte Permanente en su Reglamento de 1936. El único cambio de la redacción del Reglamento de 1972 se refería a la facultad del Presidente de la Corte, cuando ésta estuviera en receso, de tomar nota de lo peticionado y mediante Ordenanza cancelar el asunto del Registro.

El artículo 89 del Reglamento de 1978, al igual que los anteriores, desde el Reglamento de 1936 de la Corte Permanente de Justicia Internacional, permite que el demandado, una vez que devenga parte del procedimiento, pueda oponerse al desistimiento unilateral del demandante.

Como hemos podido apreciar a través de todos los casos estudiados, algunos de los desistimientos unilaterales tuvieron su razón de ser en acuerdos, arreglos amigables, o en una mejora en las relaciones entre los países o aún como en el asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, para favorecer una negociación¹⁶⁵.

Debe aclararse desde cuando se considera que el demandado puede oponerse. Para ello, según Guillaume es necesario distinguir entre “*acte de procédure*” y “*pièce de procédure*”. Por ejemplo este autor considera que el nombramiento de un juez *ad-hoc* es simplemente una pieza de procedimiento pero, en cambio, la designación de un agente es un acto de procedimiento a partir del cual debería solicitarse la aprobación del demandado y, en caso de oponerse, debe continuarse con el procedimiento.

En cuanto al desistimiento conjunto ya estuvo previsto desde el artículo 61 del Reglamento de 1922 y pudimos apreciar que siempre hubo un trasfondo de arreglo amigable que llevó a las Partes a ese desistimiento pero jurídicamente esto no sería necesario, las Partes podrían desistir conjuntamente sin haber llegado a un arreglo sobre el fondo del asunto. Cuando se dice conjunto no es necesario que ambos presenten el desistimiento en un mismo escrito solo escrito.

¹⁶⁵ Conf. Gilbert Guillaume, *op. cit.*, p. 148.

Guillaume considera que es necesario ese desistimiento por ambas partes si el asunto llegó a la Corte a través de un compromiso en el que no existe ni actor ni demandado sino que ambas Partes presentan sus propias conclusiones y también cuando la instancia es incoada por una demanda pero luego se presenta una reconvención¹⁶⁶.

En definitiva, en todos los casos que he analizado, la parte demandada ha aceptado siempre el desistimiento.

V. Desistimiento parcial o actos de procedimiento

En este apartado consideraré el caso en que el desistimiento es parcial, es decir circunscrito a algún acto de procedimiento y no a la totalidad de la instancia.

Si bien los distintos Reglamentos no se han referido específicamente al desistimiento de actos de procedimiento, como por ejemplo, a la solicitud de medidas provisionales o al planteamiento de excepciones preliminares, en la práctica se han presentado casos y la Corte ha ordenado que ese procedimiento sea cancelado del Registro, sin que ello fuera obstáculo para la continuación de la causa principal. Así, en el Asunto referente a las acciones fronterizas y transfronterizas, que planteó Nicaragua contra Honduras el 28 de julio de 1986, Nicaragua, el 21 de marzo de 1988, solicitó a la Corte que indicara medidas provisionales apropiadas a las circunstancias creadas por las acciones que en esa época el Gobierno de Honduras dirigía contra las fuerzas armadas y la soberanía territorial de su país. Esta solicitud fue transmitida por el Secretario al agente de Honduras, y les comunicó también a ambos Estados que el Presidente de la Corte se reuniría con sus agentes. Sin embargo, por una nota del 31 de marzo de 1988, cuya copia fue transmitida, asimismo, al agente de Honduras, el agente de Nicaragua informó a la Corte que su Gobierno le había dado instrucciones de retirar la demanda de indicación de medidas provisionales. La Corte, por Ordenanza del 31 de marzo de 1988, es decir inmediatamente, dio a Nicaragua la pertinente constancia del retiro de la petición de medidas provisionales y ordenó la cancelación de dicha petición del Registro de la Corte, continuando el procedimiento de la demanda principal, según su estado¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Gilbert GUILLAUME, *op. cit.*, p. 159.

¹⁶⁷ <http://www.icj-cij.org/docket/files/74/6576.pdf>, p. 10.

También se puede renunciar a desarrollar una excepción preliminar como en el asunto relativo a los Derechos de los nacionales de los EE.UU. en Marruecos, en que la Corte Internacional de Justicia, actuando de acuerdo con el artículo 69 del Reglamento de 1946, dictó una Ordenanza el 31 de octubre de 1951, tomando nota del desistimiento de la excepción preliminar presentada el 21 de junio de 1953 y ordenó que ese procedimiento fuera cancelado del Registro de la Corte¹⁶⁸.

VI. Desistimiento de la instancia, de la acción o del derecho

Como hemos podido apreciar en nuestro análisis, los Reglamentos que se fueron sucediendo tanto en la Corte Permanente de Justicia Internacional como en la Corte Internacional de Justicia, siempre se refirieron al desistimiento de la instancia y nada prescribieron expresamente sobre el desistimiento a plantear de nuevo la acción en el futuro, reintroduciendo otra instancia o sobre el desistimiento del derecho.

En el período de actuación de la Corte Permanente no se planteó el tema porque en ningún caso de los que se desistió de la instancia se reintentó promover una nueva acción por el mismo diferendo entre las mismas Partes.

En todos los casos que se tramitaron en el período de vigencia del citado artículo 61, ya sea del Reglamento de 1920 como de 1926, cuando hubo desistimiento de instancia no se especificó nunca que la renuncia comprendiera la acción o el derecho, pero también es cierto que nunca se reintentó una nueva acción por la misma causa. Sin embargo, cabe acotar también que en algunos casos, por la forma de redacción del desistimiento, se daba a entender que era definitivo.

En la Corte Internacional de Justicia tampoco se cuestionó la mecánica del desistimiento usualmente utilizada ni los efectos de éste, hasta el caso de la Barcelona Traction, Light and Power Limited. En este asunto, como ya he explicado, hubo una primera demanda de Bélgica contra España el 23 de setiembre de 1958 con el objeto de que este país reparara los perjuicios presuntamente sufridos por los accionistas belgas, originados por el

¹⁶⁸ C.I.J., Recueil 1951, p. 111.

comportamiento contrario al derecho de gentes de algunos órganos del Gobierno español respecto de dicha sociedad de derecho canadiense.

Sin embargo, posteriormente hubo un desistimiento del Gobierno belga, fundado en el artículo 69, parágrafo 2 del Reglamento de la Corte de 1946, mediante nota del agente belga del 23 de marzo de 1961 que informaba al Secretario de la Corte que su Gobierno: “*renonçait à poursuivre l’instance*” y, a su vez, el agente del Gobierno español hizo conocer al Secretario, mediante nota del 5 de abril que su Gobierno “*ne formulait pas opposition à ce désistement*”, de lo que tomó nota la Corte y por ello canceló el asunto del Registro, mediante Ordenanza del 10 de abril de 1961¹⁶⁹.

Como se desprende del texto de ambas notas no es posible extraer otra conclusión que no sea la del simple desistimiento de la instancia incoada.

El Gobierno belga reintrodujo una nueva instancia por el mismo asunto y contra el mismo demandado el 19 de junio de 1962, por lo que España opuso excepciones, la primera de las cuales se refería al desistimiento anterior belga que, para el demandado, importaba no solo la instancia sino también la acción.

Como hemos analizado en la parte pertinente, la Corte consideró que ese desistimiento al primer proceso se refería sólo a esa instancia, ya que ello se desprendía textualmente de las notas de ambas Partes y que la presunción, en todo caso, tenía que ir en sentido contrario al sostenido por España, puesto que no se evidenciaba el motivo por el cual la actora iba a renunciar a un derecho cuando las condiciones de negociación eran poco sólidas.

En este caso el Juez Bustamante consideró, en su opinión individual, que no existía ninguna norma relativa a la naturaleza del desistimiento que caracterizase y distinguiese entre la renuncia del derecho o de la acción, respecto del desistimiento de la instancia. Frente a esta situación era necesario, a su criterio, promover una investigación, para cada caso particular, de los motivos y circunstancias del desistimiento sometido al Tribunal a fin de establecer su propia naturaleza y de definir las consecuencias jurídicas.

¹⁶⁹ C.I.J., Recueil, 1961, p. 10.

Consideró que la carga de la prueba recaía sobre una sola de las Partes pero que, por los intereses superiores de la justicia, el tribunal poseía la facultad de hacer todo lo posible para llevar a las Partes a precisar los hechos no suficientemente claros¹⁷⁰. Según el Juez Bustamante, esa primera excepción no podía ser solucionada en el estadio preliminar del proceso, por lo que la Corte podría haber reenviado el tratamiento de la excepción al fondo del asunto, es decir, a la segunda parte del proceso. A su criterio, en el momento de la sentencia final se podría resolver la primera excepción con pleno conocimiento de causa.

Por su parte, el juez Armand-Ugon consideró, en su opinión disidente, que hubiera correspondido hacer lugar a la primera excepción. Para este Juez las dos Partes diferían acerca de la naturaleza del desistimiento, por lo que pertenecía a la Corte interpretar ese acto jurídico, ya que es correcto que el acto sea interpretado por el órgano del que emana. Para Ugon, el desistimiento constituye un contrato judicial que vincula a las dos Partes y cuyo objeto debe ser determinado con precisión. Su naturaleza debe quedar limitada a la voluntad de las Partes. Es decir que la cuestión debía consistir en fijar la naturaleza, extensión y efectos, ya que el artículo 69 no especificaba si preveía un desistimiento de la acción o simplemente un desistimiento de la instancia incoada, distinción que es recurrente en el derecho interno de los Estados. Según Ugon, el Gobierno belga apoyó su tesis sobre una posición dogmática del desistimiento que extrajo, por analogía del derecho interno, sosteniendo que un desistimiento supone el abandono de la instancia y que para que ésta incluya el abandono de la acción, debe existir una renuncia a ésta.

En su opinión, la vulnerabilidad de esta tesis reside precisamente en el hecho que se fundaba en una analogía en tanto que pretendía aplicar en el procedimiento ante la Corte principios de derecho procesal interno¹⁷¹.

Para el citado Juez el Reglamento estableció sobre el desistimiento un régimen propio, independiente de los órdenes jurídicos internos los cuales no podían completar ni interpretar el régimen del Reglamento. A este asunto lo rigen el derecho reglamentario y el procedimiento aplicable ante la Corte Internacional de Justicia y no los derechos internos de los Estados. Cuando se revisó el Reglamento para su adopción en 1936 por la Corte

¹⁷⁰ *C.I.J.*, Recueil, 1964, p. 80.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 120.

Permanente de Justicia Internacional, que es antecedente de los Reglamentos de la Corte Internacional de Justicia, los Jueces no hicieron ninguna alusión a esa distinción¹⁷².

Según Ugon, no había ningún antecedente en la Corte favorable a la reintroducción de la demanda. La primera vez que se planteó ante la Corte tal pretensión, fue justamente en el caso de la Barcelona Traction y ese derecho no encontró apoyo ni en la práctica de la Corte ni en la práctica de los Estados en materia arbitral, a su vez que las legislaciones internas son divergentes. Ese derecho podría resultar de una reserva expresa contenida en el desistimiento y aceptada por las partes, lo que no existía en el citado caso¹⁷³.

Sin embargo, para Ugon el desistimiento homologado ante la Corte obtuvo el acuerdo de las Partes en forma expresa. Los grupos privados habían negociado un acuerdo el cual implicaba un desistimiento previo. El objeto de ese acuerdo consistía en que se entablarían negociaciones, previo el retiro definitivo de la demanda, para que ambos grupos privados pudiesen encontrar una solución a su diferendo, siendo ese acuerdo reconocido por el Gobierno belga. El desistimiento según el artículo 69, parágrafo 2 del Reglamento no constituía por sí mismo un desistimiento de instancia. Si la Parte que lo presentó quiso darle ese solo efecto, debió indicarlo claramente, ya que la jurisdicción internacional no debe ser equívoca, y las relaciones entre los Estados no debe ser imprecisa ni prestarse a chicanas. El Gobierno español entendió que el desistimiento propuesto por el Gobierno belga contenía alguna cosa más que un simple desistimiento de instancia¹⁷⁴.

Por otra parte, para el citado Juez debía aplicarse al caso el principio de igualdad entre las Partes en el proceso, consagrado en el artículo 35 del Estatuto de la Corte, el Reglamento y la jurisprudencia de la Corte, como asimismo la Opinión Consultiva sobre los fallos del Tribunal administrativo de la Organización Internacional del Trabajo¹⁷⁵ que expresa: “*Le principe de l'égalité entre les parties découle des exigences d'une bonne administration de justice*”¹⁷⁶. Sobre el particular, manifiesta que el desistimiento de la

¹⁷² Ibidem, p. 120.

¹⁷³ Ibidem, p. 120.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 168.

¹⁷⁵ C.I.J., Recueil 1956, p. 86.

¹⁷⁶ C.I.J., Recueil 1956, p. 86.

instancia favorecía al actor porque le permitiría corregir los errores de la primera demanda.

Para el Gobierno belga, si el Gobierno español incurrió en un error en cuanto a la interpretación de su nota de desistimiento debía hacerse cargo de ese error y soportar las consecuencias, pero para el Juez Ugon para saber si existió un “*error juris*” debía conocerse primero cuál era el derecho, la que era precisamente la cuestión que debía dirimir la Corte. Si bien la práctica ante la Corte autorizaba introducir modificaciones de las condiciones primigenias, no permitía un cambio de las condiciones de la demanda que debía permanecer igual durante toda la instancia.

En opinión de Ugon, según el artículo 69, párrafo 2, todo desistimiento que no incorpore una reserva, debe ser considerado como un desistimiento del derecho a presentar una nueva demanda. Del citado artículo no surgía el derecho de reintroducción, pero debe surgir del texto del desistimiento¹⁷⁷. Corresponde a la Corte interpretar el contrato judicial de desistimiento y para ello tomar en consideración las pruebas presentadas por los dos Gobiernos que han determinado su adopción y revisar toda la historia de las conversaciones entre los negociadores de ambos grupos. Debieron ser tomados también en consideración todos los documentos intercambiados entre los negociadores para conocer cuál fue la verdadera intención de las Partes, la cual según Ugon, debía prevalecer sobre el sentido literal de los términos. Todo acto jurídico debe estar ligado a la voluntad real de las Partes¹⁷⁸.

Cabe acotar sobre el particular, que éste no es el método de interpretación que prima en el derecho internacional contemporáneo. A tal efecto se recuerda que, por ejemplo, la Comisión franco-mexicana de reclamaciones, en el caso George Pinson, en su sentencia del 19 de octubre de 1928, en relación a los principios generales de interpretación formuló como tesis, que si el texto de la convención es por sí mismo claro, no hay lugar a apelar a pretendidas intenciones contrarias de sus autores, salvo el caso excepcional en que ambos contratantes reconozcan que el texto no corresponde a su intención común. Si el texto no es suficientemente claro es procedente recurrir a la intención de las Partes contratantes¹⁷⁹. En el caso del

¹⁷⁷ C.I.J., Recueil 1964, p. 122.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 123.

¹⁷⁹ Reports, UN, vol. V, p. 422.

Servicio Postal Polaco en Dantzig, la Corte Permanente de Justicia Internacional en su sentencia del 16 de mayo de 1925 expresó: “*Une fois qu’une décision a été rendue, seul son contenu fait autorité, quel qu’ait pu être le point de vue de son auteur*”¹⁸⁰. El mismo criterio se tuvo en cuenta en el caso Lotus, en la sentencia del 7 de setiembre de 1927 que expresó: “*La Cour doit rappeler dans cet ordre d’idées ce qu’elle a dit dans certains de ces arrêts et avis précédents, savoir qu’il n’y a pas lieu de tenir compte des travaux préparatoires si le texte d’une convention est en lui même suffisamment clair*”¹⁸¹. En la Opinión Consultiva sobre las condiciones de admisión de un Estado como miembro de las Naciones Unidas del 28 de mayo de 1949 la Corte dijo: “*La Cour considère, comme suffisamment clair: partant, elle estime ne pas devoir se départir de la jurisprudence constante de la Cour permanente de justice internationale d’après laquelle il n’y a pas lieu de recourir aux travaux préparatoires si le texte d’une Convention est en lui-même suffisamment clair*”¹⁸². Asimismo, en el caso Ambatielos la Corte dijo: “*En tous cas, quand le texte à interpreter est clair, comme en l’espèce, il n’a pas lieu de recourir aux travaux préparatoires*”¹⁸³.

Todos estos casos no hacen más que reafirmar que ya se consideraba que el método textual era el principal en materia de interpretación, criterio que luego fue incorporado a la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, que en ese tema no fue de desarrollo progresivo sino de codificación de derecho consuetudinario.

Ugon consideró como prueba de su argumentación, que para entablar negociaciones la parte privada española exigía como condición previa el retiro definitivo de la demanda, no admitiendo ni la suspensión del procedimiento ni la prórroga del plazo para la presentación de las observaciones y conclusiones belgas a las excepciones preliminares opuestas por España. El citado Juez se preguntaba cuál era el contenido jurídico de la retirada definitiva de la demanda. Consideró que el grupo belga sabía que consistía en una renuncia definitiva a volver a incoar la instancia de la Corte por el mismo tema. Esa condición fue reiterada en muchas ocasiones por el grupo de negociadores privados españoles que hizo de ese retiro definitivo de la demanda una “*conditio sine qua non*” de toda negociación.

¹⁸⁰ C.P.J.I., .Série A/B N° 15/B II, p. 289.

¹⁸¹ C.P.J.I., Série A/B N° 22/A 10, p.16.

¹⁸² C.I.J., Recueil 1947-8, p. 63.

¹⁸³ C.I.J., Recueil 1952, p. 45.

Según Ugon esa exigencia también era conocida por el Ministro español de Comercio Exterior. Al momento de dar su consentimiento al desistimiento de la demanda por parte de Bélgica, el Gobierno español estaba en presencia de una carta del Conde de Montrico, que era el intermediario elegido por los dos grupos de negociadores privados, en la que anunciaba que el retiro definitivo de la demanda incluiría la misma reserva efectuada por el Gobierno británico en el caso del incidente aéreo del 27 de julio de 1955 que hizo reserva de *“tous les droits en connexion avec la réclamation du Royaume-Unie contre la Bulgarie”*. Sin embargo, el desistimiento ofrecido al Gobierno español no tenía ninguna reserva de este tipo. El Gobierno español, visto el texto del desistimiento, no pudo dudar de darle la característica de un desistimiento definitivo, sin ninguna reserva y no de un desistimiento de instancia¹⁸⁴. Además, una parte que induce a creer a otra que toma una decisión de derecho determinada, en el caso, el retiro definitivo de la demanda, no puede revenir de su actitud y sostener que quiso decir algo distinto, un simple desistimiento de la instancia. Esa actitud sería contraria a la aplicación del principio de buena fe ya que, observando cierto comportamiento, se creó un título a favor del adversario¹⁸⁵.

La opinión disidente consideró que, según el Gobierno español éste se hubiera opuesto al desistimiento si no hubiese tenido la certeza de que implicaba una renuncia completa de parte del Gobierno de Bélgica a las acusaciones difamatorias e injustas respecto de las autoridades judiciales, administrativas y de gobierno del Estado español. Un desistimiento temporario iría en contra de la posición moral del Gobierno español. Bélgica tuvo la posibilidad de revisar, a la luz de los argumentos de España, toda su tesis respecto de las excepciones preliminares.

La posición de la Corte fue completamente diferente, ya que, de acuerdo con la costumbre internacional, privilegió el texto de las notas de desistimiento a la intención de las partes, que además no estaba probada, y como se desprende del análisis del caso que efectué en este trabajo, la Corte consideró que de presuponerse algo, debió ser que el desistimiento no involucraba la acción porque si en realidad hubiese querido desistir de la acción, tendría que haberlo hecho en forma clara. Por ello el juicio prosiguió su curso.

¹⁸⁴ C.I.J., Recueil 1964, p. 132.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 132.

En los últimos años, existieron varios casos en que además del desistimiento de la instancia, se renunció a la acción o al derecho, confirmándose la conveniencia de enunciar expresamente tal situación. Por ejemplo en el asunto Breard, el agente de la República del Paraguay desistió de la instancia pero también renunció a toda acción en el caso. En el asunto del incidente aéreo de Lockerbie, Libia y los EE.UU. notificaron conjuntamente a la Corte no sólo que desistían de la instancia incoada por Libia, sino también que renunciaban a toda acción en el caso. En el asunto relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, el agente de Nicaragua, luego de dictado el fallo, pero mientras continuaba el procedimiento para fijar las modalidades y el monto de la reparación debida a ese país, notificó a la Corte que su Gobierno había decidido renunciar a hacer valer cualquier otro derecho fundado en ese caso y que no deseaba proseguir el procedimiento. En el asunto relativo a las acciones armadas fronterizas y transfronterizas entre Nicaragua y Honduras, el demandante renunció a la instancia pero también a hacer valer cualquier otro derecho fundado sobre ese caso.

En los asuntos relativos a las actividades armadas sobre el territorio del Congo por los que este país demandó a Ruanda y a Burundi, la demandante desistió de la instancia pero dejando, en ambos caso, constancia de la reserva de hacer valer de nuevo, ulteriormente, la competencia de la Corte.

En otros casos, si bien no se lo dice expresamente, la redacción de las notas de desistimiento podría dar lugar a interpretar que se renuncia a la acción, como en el asunto de la interpretación y aplicación de la Convención de Chicago de 1944 y de Montreal de 1971 entre Irán y los EE.UU. en que ambas Partes notificaron a la Corte que convenían en desistir de la instancia porque habían arribado a un acuerdo amigable, completo y definitivo de todas las diferencias, divergencias de opiniones, demandas, reconveniones y cuestiones que susciten o puedan suscitar, directa o indirectamente la instancia incoada o que estén directa o indirectamente vinculadas o asociadas a ésta. Esta última frase lleva a pensar que no podría intentarse otra acción por el mismo caso.

Distinto fue, a mi entender, el caso de la renuncia a todas las instancias efectuadas por los EE.UU., en su diferendo con Irán en el asunto relativo al personal diplomático y consular, en el que los EE.UU. se reservaban el derecho a reintroducir dichas instancias si Irán no cumplía las obligaciones

convenidas. Era un desistimiento condicional, pero la Corte expresó que el desistimiento subordinado a reintroducir y proseguir la instancia no podía fundamentarse en el artículo 88 párrafo 1 del Reglamento de 1978. Ello no significa que denunciada la instancia no se pudiera reabrir otra pero evidentemente en este caso el objetivo sería diferente al de la primera, ya que si no se cumpliera el acuerdo, las Partes tendrían la posibilidad de solicitar judicialmente ese cumplimiento. Pero en el caso de la Barcelona Traction, Light and Power Ltd. la segunda demanda se refería al mismo asunto y era entre las mismas Partes y la Corte la aceptó porque consideró que el desistimiento de Bélgica se refirió sólo a la instancia.

VII. Conclusiones

Luego del análisis efectuado cabría preguntarse cuál es en la práctica la importancia de haber redactado artículos sobre el desistimiento en los distintos Reglamentos. Muchas veces, después de haber incoado una instancia judicial, las Partes se sienten impulsadas a entablar negociaciones o a retomarlas en caso de que con anterioridad se hubiesen frustrado. De allí que puedan presentarse distintas situaciones, de acuerdo con el articulado incorporado. Una de ellas, que se llegue a un acuerdo y que una vez puesto tal circunstancia en conocimiento de la Corte con el agregado o no del texto, la Corte tome nota y cancele el asunto del Registro. En ninguno de estos casos se pediría un “*jugement d'accord*”, si así lo fuera ya no estaríamos en el caso del desistimiento previsto por los artículos estudiados. Pero otra situación muy interesante que se presenta a veces no es que se arribe a un acuerdo, sino que se llega al desistimiento como una *conditio sine qua non* para iniciar negociaciones, como ocurrió en el caso de la Barcelona Traction. De esta manera la Corte está también promoviendo que las Partes traten de consensuar la resolución del conflicto.

Guillaume, desde su experiencia como Juez, termina su trabajo sobre el desistimiento expresando que éste consiste en un procedimiento que tiene como objetivo principal, aunque no exclusivo, permitir un arreglo amigable, por lo que la Corte debe facilitar su ejercicio¹⁸⁶.

De los casos analizados, pueden extraerse algunas consecuencias útiles, en especial al cómo debe efectuarse el desistimiento. En este sentido

¹⁸⁶ Gilbert GUILLAUME, *op. cit.*, p. 159.

considero que aún existiendo la presunción que un desistimiento de instancia implica solamente a una renuncia a proseguir la instancia, es importante especificarlo expresamente, como también si lo que las Partes pretenden es desistir del derecho o a una futura acción, deben hacerlo constar expresamente, porque de otro modo, tendrán que estar a la interpretación que se haga en el caso concreto.

En el supuesto de que nada se diga, la presunción sigue siendo que se trata de una renuncia de la instancia incoada, pero podría ocurrir que de la forma de redacción de la nota de desistimiento, pueda surgir la interpretación contraria. De todos modos siempre ha de estarse primigeniamente a la interpretación textual. Los casos de desistimiento posteriores a la Barcelona Traction han sido más cuidadosos en esta materia.

Por otra parte la misma Corte expresó, en el caso del Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, que el desistimiento no puede ser condicionado. Si se desiste de la instancia, se lo hace definitivamente, lo que no significa que en el futuro no pueda reintroducirse otra acción por el mismo asunto y con las mismas Partes, como ocurrió en el caso de la Barcelona Traction.

La cantidad de asuntos en que se utilizó el procedimiento del desistimiento tanto ante la Corte Permanente de Justicia Internacional como ante la Corte Internacional de Justicia, y la casi inexistencia de una instauración de una nueva instancia, indica que la institución ha demostrado con creces que cumplió con los objetivos señalados por el Juez Guillaume. La negociación seguida de acuerdo sigue siendo uno de los más importantes métodos de solución pacífica de controversias.

¿JURISDICCIÓN PERSONAL O CAPACIDAD PARA COMPARECER ANTE EL TRIBUNAL?

*Hortensia D.T. Gutierrez Posse**

SUMARIO: Introducción. I. Los hechos; II. La capacidad. A modo de colofón.

Introducción

La Corte Internacional de Justicia es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas que funciona de conformidad con el Estatuto anexo a la Carta de la Organización y que forma parte integrante de dicho tratado. Los Miembros de las Naciones Unidas son *ipso facto* partes en el Estatuto de la Corte por lo que esta instancia internacional está abierta a todos ellos. Sin embargo, el sólo hecho de ser partes no implica que el Tribunal pueda ejercer su jurisdicción. Para que entienda en un caso que se le someta es necesario que tanto el demandante como el demandado expresen su consentimiento ya que en el ámbito internacional la jurisdicción es voluntaria.

Es decir que para que la Corte conozca deben reunirse dos recaudos; en primer lugar que los Estados gocen de la capacidad de comparecer ante el Tribunal y, si este requisito se cumple, que además se haya reconocido la obligatoriedad de su jurisdicción.

La capacidad de comparecer ante la Corte la tienen, entonces, todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas pero también –según se establece en el Estatuto del Tribunal– podrían tenerla otros Estados, bajo las condiciones que fije el Consejo de Seguridad, con sujeción a las disposiciones especiales de tratados vigentes. Por cierto que la redacción de esta norma podría plantear un problema de interpretación, cual es de determinar el momento en que deberían estar vigentes tratados que remitiesen a la jurisdicción internacional como método de solución de controversias entre las Partes. Otro aspecto a considerar estaría dado por la

* Profesor Emérito (UBA).

determinación de si un Estado goza de esta capacidad y, en tal supuesto, la de establecer si es una cuestión a la que el Tribunal sólo pueda abocarse cuando es llevada a su conocimiento o si cabe entender en ella aún de oficio. Y, en este caso, cuáles serían los elementos que habría de valorar.

Estas compleja temática que hace tanto a la capacidad del Estado de comparecer ante el Tribunal como al ejercicio por éste de su jurisdicción, diferenciando una de otra, fueron motivo de decisión con relación a la situación planteada por la disolución de la República Federativa Socialista de Yugoslavia. Para analizar la respuesta —o respuestas— de la Corte a esta problemática parece conveniente no sólo referirse al razonamiento jurídico sino también evocar los hechos que se sucedieron en el escenario europeo a partir de 1991 a la luz del derecho que el Tribunal ha de aplicar en sus decisiones; esto es, las convenciones internacionales, la costumbre internacional, y los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. De este modo, en una primera parte de este trabajo se evocarán los hechos que dieron lugar a esa disolución en tanto que en una segunda parte se intentará considerar la decisión a la luz de esos hechos y de las normas pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas y del Estatuto anexo del Tribunal.

I. Los hechos

La disolución de la República Federativa Socialista de Yugoslavia y su vinculación con la capacidad de un Estado para comparecer ante la Corte Internacional de Justicia es motivo de consideración por el Tribunal en la sentencia dictada en el caso sobre la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*. El alcance que se asigna en esta oportunidad a los hechos en los que se enmarcó esa disolución parecería diferir en alguna medida del que les había otorgado en sus decisiones anteriores sobre la *Legalidad del Uso de la Fuerza* en las que también había debido considerarlos. Bueno es, entonces, intentar evocar esos hechos en tanto pudiesen constituir una vía adecuada para una mejor comprensión del razonamiento del Tribunal.

En ese enfoque, ha de tenerse presente que la República Federativa Socialista de Yugoslavia fue un miembro originario de la Organización de las Naciones Unidas, estructurada en la Constitución de 1974 sobre la base de seis repúblicas y dos provincias autónomas. La muerte del Mariscal Tito

—que había sido su inspirador—, los vientos de cambio que soplaban en Europa, a la par que el renacer de viejas rivalidades, convergieron en la gestación de un conflicto armado particularmente cruento en la región de los Balcanes cuyo punto de partida fue un incidente menor entre nacionalistas serbios y la Guardia Nacional croata en mayo de 1991. En junio de ese año dos de las repúblicas que integraban la Federación — Croacia y Eslovenia— declararon unilateralmente su independencia al rechazar otras dos —Serbia y Montenegro— un proyecto que habían presentado tendiente a la creación de una Confederación de Repúblicas Independientes. En septiembre fue el turno de Macedonia de declarar, también unilateralmente, su independencia. Ese mismo mes, ante el agravamiento de la situación, el Consejo de Seguridad decidió incorporar el tema en su agenda. El 25, luego de oír una declaración del Ministro de Relaciones Exteriores de Yugoslavia, adoptó una resolución en la que el órgano expresó la profunda preocupación por los combates en ese país y decidió con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas un embargo general de armamentos que estaría en vigor hasta que decidiese lo contrario tras la celebración de consultas entre el Secretario General y el Gobierno de Yugoslavia¹. El 27 de noviembre de 1991, en una nueva resolución, se dejó constancia de que se habría de considerar la solicitud del Gobierno de Yugoslavia para el establecimiento de una operación de mantenimiento de la paz²; operación a la que nuevamente se hizo referencia en la resolución adoptada el 15 de diciembre de ese año en la que —a más— se alentaba al Secretario General a adoptar con urgencia medidas prácticas para atender las necesidades de las personas desplazadas³. La situación en Yugoslavia y los esfuerzos humanitarios del Secretario General son motivo de la resolución adoptada el 8 de enero de 1992, en la sesión 3028, a la que se había invitado a participar con voz pero sin voto al representante de Yugoslavia⁴. La presencia de éste, en los mismos términos, también tuvo lugar en la sesión 3049, del 7 de febrero, cuando fueron motivo de decisión las fuerzas de Naciones Unidas que se desplegarían en la región⁵ así como también en la sesión 3055, del 21 de febrero, al decidirse el establecimiento de la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas⁶. El Consejo de Seguridad

¹ Consejo de Seguridad, Resolución 713 (1991).

² *Ibid.*, Resolución 721(1991).

³ *Ibid.*, Resolución 724(1991).

⁴ *Ibid.*, Resolución 727(1992).

⁵ *Ibid.*, Resolución 740(1992).

⁶ *Ibid.*, Resolución 743 (1992).

cursó por última vez igual invitación para la sesión 3066, celebrada el 7 de abril, en la que se decidió autorizar el despliegue de la fuerza a la par que hacer un llamamiento a todas las partes en Bosnia y Herzegovina para que cooperasen en la búsqueda de una solución política negociada⁷; Bosnia y Herzegovina, que el 3 de marzo de 1992 también había declarado unilateralmente su independencia⁸. En ese escenario, las dificultades del órgano para considerar la existencia de un Estado yugoslavo que contase con un representante que pudiese seguir siendo invitado a participar de las sesiones parecerían evidentes; máxime, cuando ya a mediados de enero de 1992 alrededor de 40 Estados habían reconocido la independencia de Croacia y Eslovenia, entre los cuales se encontraban los 12 Estados que a ese momento integraban la —entonces— Comunidad Económica Europea⁹. Es decir que todo parecería indicar que al menos para el 7 de abril de 1992 el órgano político había dejado de considerar que uno de los Miembros originarios de la Organización estuviese en condiciones de tener una representación unívoca de lo que pudiese ser una voluntad estadual. El interrogante que se sigue de ello está vinculado a los efectos de esa percepción, pudiendo quizás llegar a interpretarse que la República Federativa Socialista de Yugoslavia había dejado de existir.

Sin embargo, las Repúblicas de Serbia y de Montenegro, pocos días después, el 27 de abril, en una Conferencia de sus Asambleas conjuntamente con la Asamblea de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, decidieron crear un nuevo Estado yugoslavo —la República Federativa de Yugoslavia— declarando que continuaba la personalidad jurídica de la República Federativa Socialista de Yugoslavia y comunicándolo así al Secretario General de la Organización¹⁰.

La siguiente resolución del Consejo de Seguridad, adoptada el 15 de mayo, al expresar la profunda preocupación por la grave situación, se

⁷ *Ibid.*, Resolución 749 (1992).

⁸ La independencia de Bosnia y Herzegovina fue reconocida el 6 de abril por los 12 Estados miembros de la CEE, el 7 por los Estados Unidos y el 8 por Suiza.

⁹ Charpentier, Jean, “Les déclarations des douze sur la reconnaissance des nouveaux Etats”, *RGDIP*, 1992-96, pp. 343 y sigs.; Kherad, Rahim, “La reconnaissance des Etats issus de la dissolution de la République Socialiste Fédérative de Yougoslavie par les Membres de l’Union Européenne”, *RGDIP*, 1997-101, pp. 663 y sigs.

¹⁰ Esta federación fue reconocida en su momento sólo por Rusia y China; Roux, M., “La décomposition de la Yougoslavie: la Serbie et le front Sud”, *Politique étrangère*, 1992, pp. 287 y sigs.

refirió —ya— a la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia¹¹. El órgano político de la organización había asumido la imposibilidad de hecho de seguir mencionando a Yugoslavia como la entidad que se había formado al término de la Primera Guerra Mundial, había sido miembro de la Sociedad de Naciones y, una vez liberada de la ocupación, había participado de la Conferencia de San Francisco en la que se estableció la Organización de las Naciones Unidas. Acorde con esta realidad el 22 de mayo fueron admitidas Bosnia y Herzegovina, Croacia y Eslovenia como nuevos Miembros de la Organización y el 1 de junio el Consejo de Seguridad, recordando el principio de la inadmisibilidad de la adquisición de territorio o los cambios territoriales obtenidos por violencia, observó que la reivindicación de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) de asumir automáticamente el lugar de la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia en las Naciones Unidas, tal como lo había hecho saber en la nota dirigida al Secretario General, no había tenido aceptación general¹². Ante esta decisión, parecerían no ser pertinentes eventuales dudas interpretativas referidas a la situación sea de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, sea de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) en las Naciones Unidas o con relación a la Organización; máxime cuando el Consejo de Seguridad es el órgano competente para recomendar a la Asamblea General la admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas¹³. Consecuente con ello, el 19 de septiembre consideró que el Estado conocido anteriormente como República Federativa Socialista de Yugoslavia había dejado de existir y que la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) no podía asumir automáticamente su lugar en las Naciones Unidas por lo que recomendó a la Asamblea General decidir que este Estado debería solicitar su admisión como Miembro y, por ende, no participar en sus trabajos¹⁴. La

¹¹ Consejo de Seguridad, Resolución 752 (1992).

¹² *Ibid.*, Resolución 757 (1992).

¹³ Carta O.N.U., art. 4; sobre la inexcusable intervención del Consejo de Seguridad en el mecanismo de admisión de un Estado como miembro de las Naciones Unidas, véase C.I.J., opinión consultiva sobre la *Competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado a las Naciones Unidas*, *Recueil*, 1950.

¹⁴ Consejo de Seguridad, Resolución 777 (1992); la Comisión de arbitraje, instituida por la Conferencia de la Paz para Yugoslavia establecida por los Miembros de la CEE el 7-IX-1991, en su opinión n.8 del 4-VII-1992 ya había considerado que el proceso de disolución de la RFSY había llegado a su término, constatando que ese Estado había dejado de existir. En la opinión n.9 del mismo día sostuvo que se habían creado nuevos Estados en el territorio de la antigua RFSY, los que se habían sustituido a ella como sus sucesores, entendiendo en la opinión n.10 que la afirmación de la RFY según la cual continuaba automáticamente a la

Asamblea General, habiendo recibido esta recomendación, consideró que la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) no podía asumir automáticamente la continuidad en calidad de Miembro como lo pretendía por lo que debía presentar un pedido de admisión a la Organización, no pudiendo participar en los trabajos de este órgano¹⁵.

Mientras tanto, el conflicto armado en la ex-Yugoslavia continuaba agravándose, particularmente en Bosnia y Herzegovina, no obstante las medidas que en el marco del Capítulo VII de la Carta adoptaba el Consejo de Seguridad, la declaración como zonas seguras –en las que deberían cesar inmediatamente los ataques armados– de las ciudades de Sarajevo, Tuzla, Zepa, Gorazde, Bihac, Srebrenica y sus alrededores¹⁶, y la advertencia de que quienes cometiesen u ordenasen la comisión de violaciones graves del derecho internacional humanitario serían considerados personalmente responsables¹⁷. A mediados de julio de 1995 Srebrenica y Zepa habían caído ante el accionar de las fuerzas serbio-bosnias y en Gorazde las fuerzas gubernamentales habían sido intimadas a rendirse¹⁸. El desastre humanitario impulsó un cambio en el alcance de las decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad y la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas fue autorizada a valerse del apoyo aéreo de la Organización del Tratado del Atlántico Norte en modo a llevar al General Serbio-bosnio Ratko Mladic y a

RFSY no había tenido aceptación general por lo que no se beneficiaba *ipso facto* del reconocimiento.

¹⁵ Asamblea General, Resolución 47/1, 22-IX-1992; el 15 de diciembre fue excluida del Fondo Monetario Internacional, un organismo especializado del sistema de Naciones Unidas; el Consejo de Europa retiró el estatuto de invitado especial a la RFY el 30-VI-1992 y la Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa, suspendió su participación en sus actividades el 8-VII-1992; Petrovic D. y Condorelli, Luigi, “L’ONU et la crise yougoslave”, *AFDI*, 1992, pp. 32 y sigs.

¹⁶ Consejo de Seguridad, Resoluciones 819 (1993), 824 (1993); 836 (1993); 844 (1993); Torelli, Maurice, “Les zones de sécurité”, *RGDIP.*, 1995-99, pp. 787 y sigs.

¹⁷ El Consejo de Seguridad decidió por la Resolución 808 (1993), del 22-II-1993, el establecimiento de un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991 al que, conforme a su Estatuto contenido en la Resolución 827 (1993) del 25-V-1993, se le confirió competencia para entender en las violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, violaciones de las leyes o costumbres de la guerra, genocidio, y crímenes de lesa humanidad.

¹⁸ Sobre la caída de Srebrenica véase el informe crítico presentado por el Secretario General en el que se señala que no se hizo lo necesario para salvar al pueblo de Srebrenica de la campaña serbia de asesinatos masivos; A/ 54/549, 15-XI-1999, y las Resoluciones del Consejo de Seguridad 1004 (1995) del 12-VII-1995 y 1010 (1995) del 10-VIII-1995.

las autoridades Serbio-bosnias de Pale a la mesa de negociación¹⁹. El 14 de diciembre de 1995, finalmente, se firmaron en París, entre Croacia, Bosnia y Herzegovina y Yugoslavia –en su nombre y en el de los serbio-bosnios de Pale–, los Acuerdos negociados en Dayton que pretendían traer la paz a la región²⁰. En uno de esos acuerdos se previó que la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas fuese reemplazada por una Fuerza Multinacional de Aplicación, bajo la autoridad, dirección y control político de la OTAN, a la que el Consejo de Seguridad autorizó a tomar todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de lo convenido²¹. El Consejo de Seguridad, en la resolución en la que acogió positivamente este Acuerdo Marco General de Paz en Bosnia y Herzegovina y sus anexos, reafirmó sus resoluciones relativas al cumplimiento de las normas de derecho internacional humanitario en la ex-Yugoslavia y reafirmó también que todos los Estados estaban obligados a cooperar plenamente con el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia que había establecido.

Las normas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos habían constituido el núcleo del procedimiento que el 20 de marzo de 1993 había iniciado el Gobierno de la República de Bosnia y Herzegovina ante la Corte Internacional de Justicia contra la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) por violaciones a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de

¹⁹ El empleo del poder aéreo se consideró en la reunión celebrada en Londres el 21-VII-1995 de la que participaron los Secretarios Generales de la ONU y de la OTAN y los representantes de los países miembros del grupo de contacto para Bosnia; esto es, Francia, Estados Unidos, Gran Bretaña, Alemania y Rusia. El Consejo de la OTAN se reunió el 1-VIII-1995 para evaluar las medidas que debían tomarse; Torelli, Maurice, “Ex-Yougoslavie, L’ échec de l ONU”, *RGDIP*, 1995-99, pp. 1004-1007; el Gral. Mladic fue acusado por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia el 16-XI-1995 por el genocidio que siguió a la toma de Srebrenica.

²⁰ Consejo de Seguridad, Resolución 1031 (1995); Sore, Jean-Marc, “L’accord de Paix sur la Bosnie-Herzégovine du 14 décembre 1995: un traité sous bénéfice d’inventaire”, *AFDI*, 1995, pp. 65 y sigs.

²¹ Anexo 1-A del Acuerdo de Paz; Torelli, Maurice, “Ex-Yougoslavie, La guerre ou la paix?”, *RGDIP*, 1996-100, pp. 256 y sigs.; la Fuerza Multinacional de Aplicación del Acuerdo de Paz fue reemplazada el 12 de diciembre de 1996 por una Fuerza Multinacional de Estabilización, siempre en el marco de la OTAN, bajo comando de un general americano, conforme a la autorización otorgada por el Consejo de Seguridad en la Resolución 1088 (1996) en la que el órgano celebró el reconocimiento mutuo de todos los Estados sucesores de la ex República Federativa Socialista de Yugoslavia y recordó que la plena cooperación de los Estados y las entidades con el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia incluía, entre otras cosas, presentar para su procesamiento a todas las personas acusadas por el Tribunal.

Genocidio, solicitando la indicación de medidas provisionales. Luego de oír a las Partes, el 8 de abril, la Corte indicó medidas para resguardar sus derechos en el marco de la Convención. El 27 de julio la actora presentó un nuevo pedido de medidas provisionales y el 13 de septiembre el Tribunal, después de haber oído nuevamente a las Partes, reafirmó las medidas que había indicado y decidió que debían ser implementadas inmediata y efectivamente. En 1995 la accionada dedujo objeciones preliminares a la jurisdicción de la Corte y a la admisibilidad de la demanda que el Tribunal desestimó el 11 de julio de 1996, decidiendo que la solicitud era admisible y que tenía jurisdicción para entender en el caso sobre la base del artículo 9 de la Convención sobre Genocidio.

En el terreno, los acuerdos de 1995 parecían comenzar a dar frutos y, paso a paso, una paz en los Estados que habían conformado la República Federativa Socialista de Yugoslavia, tenuemente, se insinuaba. Bosnia y Herzegovina, la federación croato-musulmana y la República serbia de Pale –República Srpska– habían firmado en Viena el 26 de enero de 1996 un acuerdo sobre medidas de confianza y de seguridad y poco a poco las partes comenzaban a liberar prisioneros, con excepción de aquéllos sospechados de crímenes de guerra que –confome a lo pactado en los acuerdos de Dayton– debían ser entregados a la jurisdicción internacional para ser juzgados en un plazo razonable.

Sin embargo, una cuestión se presentaba aún como de difícil solución; el reconocimiento de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia-Montenegro). En el Consejo de Ministros de la Unión Europea, a fines de enero de 1996, se había declarado que ese reconocimiento estaba condicionado al respeto por Belgrado de los derechos humanos y de las minorías, así como a progresos en la cuestión de Kosovo; región autónoma en la Constitución de 1974 que en 1989 había sido anexada a Serbia no obstante ser de origen albanés el 90 % de su población²². Los consejos, sugerencias y advertencias se desoyeron y la situación en Kosovo se agravó, siendo motivo de un embargo de armas impuesto en marzo de 1998 por el

²² Estados Unidos había hecho saber al Presidente Milosevic que Serbia y la República Federativa de Yugoslavia no se podrían reintegrar plenamente a la comunidad internacional hasta tanto no restituyesen a Kosovo un estatuto jurídico en el que se garantizase a la población sus derechos políticos y humanos; Torelli, Maurice, “Ex-Yougoslavie, Les clés de la paix”, *RGDIP*, 1996-100, pp. 480 y sigs. La presidencia de la Unión Europea, el 9 de abril, declaró que –entre otras condiciones para esa reinserción– se debía reconocer a Kosovo una amplia autonomía al interior de la República Federativa de Yugoslavia; *ibid.*, pp. 864-865.

Consejo de Seguridad a la República Federativa de Yugoslavia (Serbia-Montenegro)²³. El Presidente de este órgano, a fines de agosto, expresó la preocupación por las violaciones del derecho internacional humanitario en Kosovo, el impacto devastador en la población civil y el creciente número de desplazados y refugiados²⁴. No obstante los llamamientos de la comunidad internacional, la situación continuó agravándose hasta que el 23 marzo de 1999 la Organización del Tratado del Atlántico Norte inició una ofensiva aérea contra la República Federativa de Yugoslavia (Serbia-Montenegro) en la que participaron catorce países miembros de la Alianza con el objeto de presionar a este Estado para que aceptase las resoluciones del Consejo de Seguridad²⁵. El 10 de junio, al tiempo que la OTAN anunciaba la suspensión de las operaciones, se reunía el Consejo de Seguridad para establecer una Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo²⁶. Y, una vez más, ante la Corte Internacional de Justicia se habían incoado acciones vinculadas a la situación en los Balcanes pero en esta oportunidad quien había presentado una solicitud directamente vinculada con la ofensiva de la OTAN era la República Federativa de Yugoslavia (Serbia-Montenegro)²⁷.

²³ Consejo de Seguridad, Resolución 1160 (1998).

²⁴ S/PRST/1998/25, 24-VIII-1998 y Consejo de Seguridad, Resoluciones 1199 (1998) y 1203 (1998) y 1239 (1999).

²⁵ Declaraciones del Consejo del Atlántico Norte del 30 de enero y del 23 de marzo de 1999; sobre las negociaciones que habían tenido lugar –sin éxito– desde inicios de 1999, en las que se enfrentaban quienes sostenían la integridad territorial de Serbia y quienes sostenían la independencia de Kosovo, así como los argumentos invocados para legitimar la intervención armada de la OTAN; véase entre otros “Organisation du Traité de l’Atlantique Nord/République Fédérale de Yougoslavie, Opération ‘Force déterminée’, 23 mars 1999”, *Chronique des Faits Internationaux, RGDIP*, 1999-103, pp. 486 y sigs. y 733 y sigs.; Valticos, Nicolas, “Les droits de l’homme, le droit international et l’intervention militaire en Yougoslavie”, *RGDIP*, 2000-104, pp. 5 y sigs., Weckel, Philippe, “L’emploi de la force contre la Yougoslavie ou la Charte fissurée”, *RGDIP*, 2000-104, pp. 19 y sigs.; Corten, Olivier et Dubuisson, Francois, “L’hypothèse d’une règle émergente fondant une intervention militaire sur une ‘autorisation implicite’ du Conseil de Sécurité”, *RGDIP*, 2000-104, pp. 872 y sigs.

²⁶ Consejo de Seguridad, Resolución 1244 (1999); Garcia, Thierry, “La Mission d’Administration Intérimaire des Nations Unies au Kosovo (MINUK)”, *RGDIP*, 2000-104, pp. 61 y sigs.

²⁷ CIJ., casos sobre *Legalidad del uso de la fuerza*, iniciados contra los países miembros de la OTAN que participaron en los bombardeos; esto es, Alemania, Bélgica, Canadá, Francia, Italia, Países Bajos, Portugal, España, Reino Unido, y Estados Unidos de América, habiendo sido retirados de la Agenda de la Corte los casos contra España y Estados Unidos por carecer de jurisdicción el Tribunal; Weckel, Philippe, “Cour Internationale de Justice, affaires relatives à l’emploi de la force (Yougoslavie c. Allemagne et autres), ordonnances du 2 juin 1999”, *RGDIP*, 1999-103, pp. 697 y sigs.

El 31 de octubre de 2000, el Consejo de Seguridad, habiendo examinado la solicitud presentada ese año por la República Federativa de Yugoslavia, finalmente, recomendó a la Asamblea General que fuese admitida como Miembro de las Naciones Unidas²⁸; lo que así decidió por consenso este órgano²⁹.

La República Federativa de Yugoslavia era –así– un nuevo Estado Miembro desde el 1º de Noviembre de 2000 y, por ende, era *ipso facto* parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia³⁰, la que –sin lugar a dudas– también a partir de ese momento estaba abierta a los casos que este Estado quisiese presentar³¹.

Pero la cuestión que aquí interesa es la de considerar si este derecho de acceso al Tribunal de todo Estado Miembro de la Organización está contenido, de algún modo, en el reconocimiento de su jurisdicción –en una suerte de aceptación de una jurisdicción personal– independientemente de la situación del Estado en las Naciones Unidas o de su relación con la Organización; máxime, cuando en este caso el 1 de junio de 1992 el Consejo de Seguridad había observado que la pretensión de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) de asumir automáticamente el lugar de la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia en las Naciones Unidas no había tenido aceptación general³² y el 19 de septiembre había considerado que el Estado conocido anteriormente como República Federativa Socialista de Yugoslavia había dejado de existir por lo que la República Federativa de Yugoslavia no podía pretender asumir su lugar³³, debiendo presentar un pedido de admisión, tal como lo decidió la Asamblea General el 22 de septiembre de 1992.

La disolución de un Estado, en la especie la de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, indudablemente produce efectos pero esos efectos estarán condicionados por la forma o las vías que conduzcan a la disolución³⁴. En efecto, en derecho nada impediría que los Estados miembros

²⁸ Consejo de Seguridad, Resolución 1326 (2000).

²⁹ Asamblea General, Resolución 55/12.

³⁰ Carta O.N.U., art. 93. 1.

³¹ Estatuto C.I.J., arts. 35. 1 y 34. 1.

³² Consejo de Seguridad, Resolución 757 (1992).

³³ *Ibid.*, Resolución 777 (1992).

³⁴ Bothe, Michael y Schmidt Christinan, “Sur quelques questions de succession posées par la dissolution de l’URSS et celle de la Yougoslavie”, *RGDIP.*, 1992-96, pp. 811 y sigs.

de la Federación hubiesen acordado que uno de ellos sucediese en la personalidad jurídica al predecesor en tanto que los demás fuesen sujetos nuevos del derecho internacional o bien que el predecesor desapareciese y todos los Estados que nacen en lo que fue su territorio sean Estados nuevos. Pero en el caso, la continuación de la personalidad jurídica del predecesor por el nuevo Estado –República Federativa de Yugoslavia– sólo fue motivo del acuerdo el 27 de abril de 1992 de dos de las seis Repúblicas que integraban la federación en tanto que a ese momento las demás habían declarado unilateralmente su independencia y tres de ellas habían pedido su admisión a las Naciones Unidas, ingresando a la Organización el 22 de mayo. En lo que concierne a la Organización, los dos órganos políticos con competencia para decidir sobre la admisión de nuevos Miembros –Consejo de Seguridad y Asamblea General– en septiembre rechazaron la pretensión de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia Montenegro) y claramente le hicieron saber que si quería integrar la Organización debía presentar su pedido de admisión. Todo parecería indicar, entonces, que los Estados surgidos de la reorganización territorial en Yugoslavia, incluida la República Federativa de Yugoslavia, son sujetos nuevos del derecho internacional y – como tales– si desearan ser Miembros de una organización internacional deberían cumplir los recaudos que su estatuto constitutivo estableciese; en la especie, ser Estados amantes de la paz y aceptar las obligaciones consignadas en la Carta. Sin embargo, la expresión de tal voluntad no sería suficiente puesto que la Organización habría de ser quien evaluase si están capacitados para cumplir dichas obligaciones y, a más, habría de considerar si se encuentran dispuestos a hacerlo³⁵.

II. La capacidad

La admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas, por decisión de la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad³⁶, implica que ese Estado es Estado parte en el tratado constitutivo de la Organización que se integra con la Carta y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, anexo a ella³⁷, siendo –por ende– *ipso facto* parte en el Estatuto del Tribunal³⁸. Esta condición de parte en el Estatuto conlleva la posibilidad de que la Corte esté abierta a los litigios que

³⁵ Carta O.N.U., art. 4. 1.

³⁶ *Ibid.*, art. 4. 2.

³⁷ *Ibid.*, art. 92.

³⁸ *Ibid.*, art. 93. 1.

voluntariamente le someta³⁹. Por cierto, el Tribunal puede estar abierto también a presentaciones de otros Estados, pero en tal caso lo será bajo las condiciones que fije el Consejo de Seguridad con sujeción a las disposiciones especiales de los tratados vigentes⁴⁰. Estas normas parecerían referirse a la capacidad de un Estado para comparecer ante el Tribunal como una cuestión distinta del carácter voluntario de la jurisdicción internacional y, por ende, de la capacidad de éste de decidir. Así, sólo si el Estado gozase de la capacidad de presentarse ante la Corte, ésta habría de examinar si con relación a él está habilitada a juzgar. Por cierto, el análisis de una y otra capacidad —la del Estado y la del Tribunal— sólo correspondería a este último porque conforme a un principio general de derecho codificado en el Estatuto, que debe aplicar al decidir, todo juez es juez de su propia competencia⁴¹.

La Corte Internacional de Justicia tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta doble capacidad en la sentencia dictada el 26 de febrero de 2007 en el caso sobre la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, iniciado el 29 de marzo de 1993 por Bosnia y Herzegovina contra la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro). Sin embargo, ésta no fue la primera ocasión en la que —de algún modo— debió detenerse en la capacidad de un Estado de comparecer ante sus estrados y en la naturaleza voluntaria de su jurisdicción. En efecto, las decisiones sobre medidas provisionales, dictadas en ese mismo proceso el 8 de abril y el 13 de septiembre de 1993, así como la referida a las objeciones preliminares, adoptada el 11 de julio de 1996, y a su eventual revisión, se vinculan a esta cuestión. Asimismo, en los casos sobre la *Legalidad del uso de la Fuerza*, iniciados en abril de 1999 por Serbia y Montenegro contra Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, Portugal y Reino Unido, en los que la Corte Internacional de Justicia dictó sentencia el 15 de diciembre de 2004, el Tribunal también debió abocarse a esta problemática, considerando que debía pronunciarse sobre la cuestión del acceso al Tribunal de Serbia y Montenegro antes de examinar si gozaba

³⁹ Estatuto Corte Internacional de Justicia, art. 35. 1.

⁴⁰ *Ibid.*, art. 35. 2; Carta O.N.U., art. 93.2; el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 9 (1946) en la que estableció las condiciones por las que la Corte puede estar abierta a un Estado no Miembro, disponiendo que el Estado habrá debido presentar previamente al Secretario del Tribunal una declaración, de carácter general o particular, en la que exprese aceptar su jurisdicción.

⁴¹ *Ibid.*, arts. 36. 6 y 38. 1 c); C.I.J., caso *Nottebohm* (excepciones preliminares), *Recueil*, 1953, p. 119.

de jurisdicción; esto es, que conocería sobre la capacidad del Estado de estar en justicia como previa a la de su capacidad para decidir sobre el asunto que había sido llevado a su conocimiento.

En lo que hace a las medidas provisionales indicadas en 1993 en el caso sobre la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, conforme a su jurisprudencia y en razón de la naturaleza de este tipo de medidas, la Corte se consideró habilitada a dictarlas porque las razones indicadas por el accionante para fundar su presentación permitían considerar que *prima facie* gozaba de jurisdicción y competencia pero señaló que con ello en nada prejuzgaba sobre su capacidad para conocer sobre el fondo, dejando intacto el derecho del demandado de hacer valer sus medios para discutirla. En ese sentido, aún cuando en la segunda decisión examinó argumentos de la actora para fundar su jurisdicción que no había planteado inicialmente, los desestimó, reiterando lo resuelto en la primera de estas resoluciones en la que había entendido que el artículo 9 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio constituía título suficiente para ejercer su poder de indicar medidas provisionales⁴². Valga recordar que la norma en cuestión establece que “Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia”; es decir, que admite el recurso unilateral ante el Tribunal por lo que éste, en principio, gozaría de capacidad para indicar medidas si quienes lo requieren son Estados parte en este tratado y si entiende que se dan los supuestos que tornan necesario resguardar los derechos de cada una de ellas.

⁴² C.I.J., caso sobre la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, (Bosnia y Herzegovina v. República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), medidas provisionales, *Recueil*, 1993, para. 26; Daniele, Luigi, “La prima ordinanza sulle misure cautelari nell’affare tra Bosnia-Erzegovina e Iugoslavia (Serbia e Montenegro)”, *Rivista di diritto internazionale*, 1993, pp. 373 y sigs., del autor “L’apport de la deuxième ordonnance de la Cour Internationale de Justice sur les mesures conservatoires dans l’affaire Bosnie-Herzegovine contre Yougoslavie (Serbie et Montenegro)”, *RGDIP.*, 1994-98, pp. 931 y sigs.; Boisson de Chazournes, L., “Les ordonnances en indication de mesures conservatoires dans l’affaire relative à l’application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide”, *AFDI.*, 1993, pp. 514 y sigs.

En rigor de verdad, cuando la Corte toma una decisión provisional, habitualmente, la dicta sobre la base de que *a priori* se considera competente para hacerlo⁴³. Si así no fuese, las medidas provisionales, que tienen por esencia un carácter urgente, podrían llegar demasiado tarde⁴⁴.

Sin perjuicio de que el Tribunal tenga la facultad de indicar medidas tendientes a resguardar los derechos de cada una de las partes cuando la demora inherente a la tramitación de todo litigio los hiciese peligrar, razones de economía procesal indican la conveniencia de que si también se planteasen cuestiones referidas a la admisibilidad de la demanda y a la capacidad de la Corte para decir el derecho —esto es, a su jurisdicción— éstas sean resueltas en modo previo a conocer sobre el fondo. La diferencia con las decisiones sobre medidas provisionales radica en que éstas tienen, precisamente, el carácter de provisorias; es decir, que pueden ser modificadas o derogadas cuando el Tribunal lo estimase pertinente. En cambio, las resoluciones estableciendo la jurisdicción o considerando admisible un litigio son vinculantes para las partes y han de tener el carácter de definitivas.

En el caso sobre la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, el 11 de julio de 1996, la Corte volvió sobre la cuestión de su jurisdicción al rechazar las objeciones preliminares que había planteado la República Federativa de Yugoslavia, sosteniendo que su capacidad para entender en el litigio se fundaba en el artículo 9 de la Convención sobre Genocidio⁴⁵. En ese sentido, y en lo que el Tribunal denominó jurisdicción personal, señaló que las partes en el procedimiento eran dos Estados y que al tiempo de proclamarse la República Federativa de Yugoslavia, el 27 de abril de 1992, se había adoptado una formal declaración en la que se expresaba la intención de permanecer vinculada por los tratados internacionales de los que era parte la ex-Yugoslavia, entre

⁴³ Podestá Costa, L.A.-Ruda, José María, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, TEA, 1984, t. 2, pp. 455-456 y jurisprudencia allí citada.

⁴⁴ Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *Derecho Internacional Público*, Montevideo, fundación de cultura universitaria, 2ª ed., 1991, t. IV., pp. 225-227; Daniele, Luigi, *Le misure cautelari nel processo, davanti alla Corte Internazionale di Giustizia*, Milan, Giuffrè, 1993.

⁴⁵ C.I.J., caso sobre la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, (Bosnia y Herzegovina v. República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), objeciones preliminares, *Recueil*, 1996 (II); Maljean-Dubois, "L'affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide", *AFDI*, 1996, pp. 357 y sigs.

los que se encontraba la Convención sobre Genocidio. Por ende, el Tribunal entendió que Yugoslavia estaba obligada por sus disposiciones a la fecha de iniciación de este caso; esto es, el 20 de marzo de 1993. En lo que hace a Bosnia y Herzegovina, el 29 de diciembre de 1992 había transmitido al Secretario General de las Naciones Unidas, como depositario de la Convención, una notificación de sucesión cuya validez y efectos jurídicos habían sido objetados por Yugoslavia. Sin embargo, en razón de que este tratado está abierto a todo Estado Miembro de las Naciones Unidas y que Bosnia y Herzegovina había sido admitida como Miembro el 22 de mayo de 1992, la Corte entendió que a partir de ese momento este Estado podía ser parte en la Convención a través del mecanismo de sucesión de Estados y, por ende, que lo era al momento de incoar los procedimientos. A mayor abundamiento el Tribunal señaló que el argumento de la demandada según el cual a marzo de 1993 no se reconocían recíprocamente como Estados, por lo que mal podrían haber estado vinculados por un tratado, tampoco resultaba procedente al momento de este pronunciamiento ya que en el Acuerdo de Dayton, de diciembre de 1995, habían dejado sentado ese reconocimiento. El Tribunal agregó que una distinta interpretación comportaría un exceso formal manifiesto. En consecuencia, desestimó las objeciones de la accionada, centradas en lo substancial en desconocer el carácter de Estado independiente de la accionante, decidiendo que gozaba de capacidad de decir el derecho en el caso con sustento en el artículo 9 de la Convención sobre Genocidio puesto que se encontraba pendiente una controversia entre dos entidades que eran Estados y que, como tales, eran partes en ese tratado. Nada se expresó, en cambio, en lo que hace a determinar si esas partes, eran –también– partes en el Estatuto del Tribunal o si por otra vía se encontraban habilitadas –ambas– a presentar casos ante sus estrados.

La decisión de la Corte del 11 de julio de 1996, si bien referida a cuestiones de tipo preliminar, no por ello ha de ser considerada provisoria ni ha de tener una naturaleza distinta de una decisión sobre el fondo. La eventual división de un proceso por razones de economía procesal –por un lado, admisibilidad y jurisdicción y por el otro, fondo– en nada incide en el carácter definitivo y obligatorio para las partes y para el caso que decide de lo que en una y otra etapa se resuelva⁴⁶; ello, sin perjuicio de que al considerarse el fondo del litigio el Tribunal pudiese volver sobre aspectos

⁴⁶ Estatuto CIJ., arts. 59 y 60; normas que no distinguen entre decisiones sobre objeciones preliminares y decisiones sobre el fondo.

que hubiesen sido tratados en la etapa preliminar con el sólo objeto de considerarlos en lo que hubiese sido pertinente para decidir sobre las objeciones deducidas y sin que implicase prejuzgamiento⁴⁷. Es decir que otro principio general de derecho, también codificado en el Estatuto⁴⁸, el principio de la relatividad de la cosa juzgada, ampararía la decisión del 11 de julio de 1996 en todos aquellos puntos que hubiesen conducido a su adopción.

Ahora bien, no obstante ese carácter definitivo de la decisión de la Corte, el 24 de abril de 2001 la República Federativa de Yugoslavia planteó su revisión en razón del descubrimiento de hechos de tal naturaleza que serían decisivos para considerar admisible su pedido. Al pronunciarse sobre este recurso el 3 de febrero de 2003 el Tribunal recordó que conforme a lo establecido en su Estatuto⁴⁹ para que una solicitud de revisión fuese admisible debía cumplir todos los requisitos allí fijados; esto es, basarse en el descubrimiento de un hecho; ese hecho habría de ser de tal naturaleza que pudiese ser factor decisivo; ese hecho debía haber sido desconocido para la Corte y para la parte que pedía la revisión; el desconocimiento del hecho no habría de deberse a negligencia; y la solicitud de revisión habría de formularse dentro del término de seis meses de descubierto el hecho nuevo y antes de transcurridos diez años de la fecha del fallo contra el que se deducía el recurso. En su solicitud la República Federativa de Yugoslavia había invocado como hecho nuevo su admisión a las Naciones Unidas el 1º de noviembre de 2000, considerándolo un factor decisivo en relación con la jurisdicción *ratione personae* del Tribunal. Por otra parte entendía que con ello quedaba claro que no continuaba la personalidad jurídica de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, no era Miembro de la Organización antes de esa fecha, no era Estado parte al Estatuto y no era Estado parte a la Convención sobre Genocidio. Por ende, no era parte al Estatuto al momento de la decisión y no se encontraba obligada por el artículo 9 de la Convención.

La Corte, con el objeto de considerar la presentación en su contexto, recapituló los hechos que desde inicios de los años 90 llevaron a la

⁴⁷ Wyler, Eric, "Les rapports entre exceptions préliminaires et fond du litige à la lumière de l'arrêt de la CIJ du 11 juillet 1996 dans l'affaire du génocide", *RGDIP.*, 2001-105, pp. 25 y sigs.

⁴⁸ Estatuto CIJ., art. 59.

⁴⁹ *Ibid.*, art. 61.

desintegración de la República Federativa Socialista de Yugoslavia a partir de la independencia de Croacia, Eslovenia, Macedonia, y Bosnia y Herzegovina y la admisión de estos Estados como Miembros de las Naciones Unidas. Así, el Tribunal evocó la declaración del 27 de abril de 1992 por la que Serbia y Montenegro habían establecido que la República Federativa de Yugoslavia continuaba la personalidad jurídica y política de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, permanecía obligada por los compromisos internacionales que ella había asumido y por los contraídos con las organizaciones internacionales e instituciones de las que había sido miembro. Asimismo, se refirió a la nota enviada en la misma fecha a la Secretaría de las Naciones Unidas por la que se hacía saber esa declaración y a la Resolución 47/1 de la Asamblea General –adoptada conforme a la recomendación del Consejo de Seguridad contenida en la Resolución 777 (1992)– por la que se había considerado que la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) no continuaba automáticamente la condición de Miembro de la Organización que tenía la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia, debiendo –en su caso– solicitar la admisión. Señaló que en la nota dirigida por el Consejero Legal de Naciones Unidas el 29 de septiembre de 1992 a los Representantes de Bosnia y Herzegovina y Croacia, respondiendo a un pedido de aclaraciones que éstos habían formulado, se había considerado que la única consecuencia práctica de la resolución de la Asamblea General era la de que la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) no participaría en los trabajos de ese órgano, sus organismos subsidiarios, y las conferencias o reuniones que pudiese convocar pero que la resolución en cuestión no daba por terminada ni suspendía la condición de miembro de Yugoslavia en la Organización ni le quitaba el derecho de participar en los trabajos de otros órganos que no fuesen la Asamblea General. Ello no obstante, al año siguiente, el 29 de abril de 1993, la Asamblea General decidió que la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) tampoco participaría en los trabajos del Consejo Económico y Social.

A la luz de estos antecedentes la Corte opinó que, entre la Resolución de la Asamblea General 47/1 de 1992 y la admisión de la República Federativa de Yugoslavia el 1º de noviembre de 2000 conforme a la solicitud presentada por el nuevo Presidente de este país, la posición en derecho de este Estado fue particularmente compleja, agregando en relación con la nota que había enviado el Consejero Legal de la Organización al Ministro de Relaciones Exteriores el 8 de diciembre de 2000 que por ella sólo se había

hecho saber la opinión de este funcionario en cuanto a que la República Federativa de Yugoslavia debería llevar a cabo adecuadas acciones en lo que hacía a los tratados depositados en la Secretaría General con relación a los cuales tuviese la intención de asumir derechos y obligaciones como Estado sucesor. En ese sentido, precisó el Tribunal, la República Federativa de Yugoslavia había depositado una notificación de adhesión a la Convención sobre Genocidio y el Secretario General, actuando como depositario, había notificado que la Convención entraría en vigor para la República Federativa de Yugoslavia el 10 de junio de 2001.

Por último la Corte recordó que al indicar medidas provisionales 1993 ya había señalado que la cuestión de si Yugoslavia era o no un Miembro de las Naciones Unidas y como tal parte a su Estatuto no necesitaba determinarse en modo definitivo en esa etapa del procedimiento, considerando que gozaba *prima facie* de jurisdicción en razón de lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención sobre Genocidio por la que estaban vinculados actor y demandado. El Tribunal observó que en su decisión del 11 de julio de 1996 sobre las objeciones preliminares deducidas por la accionada había llegado a la conclusión de que ambas partes estaban obligadas por la Convención cuando se inició la acción por lo que gozaba de jurisdicción en virtud del artículo 9 y que la demanda de la República de Bosnia y Herzegovina era admisible.

El Tribunal entendió, entonces, que no podía considerar como fundamento del pedido de revisión un hecho que no había existido al momento en que se había dictado la resolución contra la cual se interponía el recurso puesto que la admisión de la República Federativa de Yugoslavia en las Naciones Unidas el 1º de noviembre de 2000 era posterior a la decisión de 1996. En el momento de su adopción la situación era la creada por la Resolución 47/1 de la Asamblea General y las precisas consecuencias de esa resolución se determinaban caso por caso, tal como ocurrió con la participación en los trabajos del Consejo Económico y Social. Por ende, la resolución en cuestión no había afectado el derecho de la República Federativa de Yugoslavia de comparecer ante la Corte y de ser parte en una controversia ante el Tribunal. Si la accionada hubiese deseado terminar con esa situación, hubiese debido pedir su admisión a las Naciones Unidas como lo hicieron las otras Repúblicas que integraban la República Federativa Socialista de Yugoslavia. La Corte señaló que todos los elementos evocados en esta decisión eran del conocimiento del Tribunal y de la accionada

cuando se resolvió en julio de 1996 y que la Resolución 55/12 de la Asamblea General del 1º de noviembre de 2000 no pudo haber cambiado retroactivamente la posición *sui generis* en la que se había colocado la República Federativa de Yugoslavia con relación a las Naciones Unidas. Más aún, agregó el Tribunal, la nota del Consejero Legal de diciembre de 2000 no pudo haber afectado su posición con relación a tratados ya que no comportaba una invitación para acceder a las convenciones sino para llevar a cabo acciones con relación a los tratados, cuando fuese apropiado, como Estado sucesor.

La recopilación de los hechos referidos a la disolución de la República Federativa Socialista de Yugoslavia que efectuó la Corte en esta resolución parecería haber tenido como único objeto determinar la inadmisibilidad del recurso de revisión al no darse los requisitos de forma fijados en su Estatuto, puesto que el hecho alegado no era anterior a la decisión, pero sin que ello implicase abocarse a la cuestión de si la accionada era o no Miembro de la Organización al iniciarse la demanda y por ende si era Estado parte al Estatuto antes del 1º de noviembre de 2000; cuestión que el propio Tribunal había entendido en 1996 que comportaba una posición en derecho particularmente compleja.

Distinto fue el panorama que se presentó cuando al año siguiente, el 15 de diciembre de 2004, la Corte dictó sentencia en los asuntos sobre la *Legalidad del uso de la Fuerza*, iniciados en abril de 1999 por Serbia y Montenegro. En efecto, en esta ocasión la Corte observó que determinar si Serbia y Montenegro era parte a su Estatuto al tiempo en que se instituyeron estos procedimientos era fundamental porque si así no hubiese sido no hubiera estado abierta su instancia para este Estado. En tal caso, Serbia y Montenegro no hubiese podido iniciar la demanda, sea cual fuese el título invocado como fundamento de la jurisdicción, porque no habría tenido derecho de comparecer ante la Corte. En ese sentido señaló que aun cuando no hubiesen dudas de que Serbia y Montenegro era un Estado en los términos del artículo 34, parágrafo 1, del Estatuto —conforme al cual sólo los Estados pueden ser partes en casos ante la Corte— las objeciones planteadas por los demandados estaban referidas al hecho de que a juicio de éstos la República Federativa de Yugoslavia no era, ni nunca había sido, un Miembro de las Naciones Unidas por lo que no podía pretender ser parte en el Estatuto de la Corte.

Con el objeto de considerar estas objeciones, el Tribunal volvió a recapitular los hechos referidos a la posición en derecho de la accionante con relación a las Naciones Unidas durante el período 1992-2000, tal como lo había hecho en la decisión sobre el pedido de revisión, adoptada en 2003. Así, se refirió a la disolución de la República Federativa Socialista de Yugoslavia en 1991-1992; la declaración del 27 de abril de 1992 de la Asamblea de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, la Asamblea Nacional de la República de Serbia y la Asamblea de la República de Montenegro; la nota fechada ese mismo día de Yugoslavia al Secretario General de las Naciones Unidas; la Resolución 777 del Consejo de Seguridad de 1992; la Resolución 47/1 de la Asamblea General, de 1992; y la nota del 29 de septiembre de 1992 del Consejero Legal de las Naciones Unidas sobre las consecuencias prácticas de la Resolución 47/1 de la Asamblea General.

A la luz de todo ello la Corte concluyó que la situación jurídica de la República Federativa de Yugoslavia en las Naciones Unidas durante el período 1992-2000 había sido ambigua y abierta a diferentes evaluaciones en razón de la ausencia de una determinación por los órganos competentes de las Naciones Unidas, definiendo claramente su situación jurídica en relación con la Organización. En ese sentido, el Tribunal señaló que se tomaron tres posiciones diferentes.

En primer lugar, la adoptada por los dos órganos políticos en las Resoluciones 777 (1992) y 47/1 (1992) que no constituyeron una determinación del estatuto jurídico de la República Federativa de Yugoslavia en la Organización o con relación a ella. La incertidumbre que rodeó la cuestión se evidenció en la práctica de la Asamblea General en materia presupuestaria durante los años que siguieron a la disolución de la República Federativa Socialista de Yugoslavia.

En segundo lugar, la asumida por la República Federativa de Yugoslavia, manteniendo su reclamación de ser la continuadora de la personalidad jurídica de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, inclusive en su carácter de miembro en todas las organizaciones internacionales y de parte en los tratados internacionales ratificados por Yugoslavia. Esta posición había sido establecida con total claridad en la nota oficial del 27 de abril de 1992 de la Misión Permanente de Yugoslavia ante las Naciones Unidas dirigida al Secretario General de la Organización y fue la que sostuvo la actora a todo lo largo del período 1992-2000.

En tercer lugar, otro órgano involucrado en este problema fue la Secretaría de las Naciones Unidas. A falta de una determinación autorizada, la Secretaría, como órgano administrativo de la Organización, simplemente continuó con la práctica del *status quo ante* que había prevalecido antes de la disolución de la República Federativa de Yugoslavia en 1992.

La Corte señaló que fue en este contexto que en su decisión del 3 de febrero de 2003 sobre el pedido de revisión de la decisión del 11 de julio de 1996 en el caso sobre *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Bosnia y Herzegovina v. Yugoslavia), Objeciones Preliminares, se había referido a la posición *sui generis* en que se encontraba la propia República Federativa de Yugoslavia durante el período relevante. Sin embargo, recordó que en ese caso no había llegado a ninguna conclusión definitiva en función de la descripción del estatuto amorfo de la República Federativa de Yugoslavia en relación con las Naciones Unidas, situación que había concluido cuando el 27 de octubre de 2000 ese Estado había solicitado su admisión como Miembro de las Naciones Unidas y el 1º de noviembre la Asamblea General había acogió su pedido en la Resolución 55/12. Es decir que Serbia y Montenegro era miembro de la Organización desde el 1º de Noviembre de 2000 pero su admisión no había tenido un efecto retroactivo, siendo claro ahora a juicio del Tribunal que su posición *sui generis* no podía equipararse a su membresía en la Organización. En opinión de la Corte el significado de esa resolución fue el de clarificar la amorfa situación legal referida al estatuto de la República Federativa de Yugoslavia en su relación con las Naciones Unidas.

En consecuencia, la Corte concluyó que, a la luz de los efectos jurídicos de los nuevos hechos producidos desde el 1º de noviembre de 2000, al tiempo en que se iniciaron los procedimientos sobre la *Legalidad del Uso de la Fuerza*, Serbia y Montenegro no era un Miembro de las Naciones Unidas y, por ende, no era un Estado parte en el Estatuto de la Corte. Al no ser parte, no tenía abierto el Tribunal a sus presentaciones con sustento en el artículo 35, parágrafo 1, del Estatuto.

Sin perjuicio de ello, también analizó si en la especie podría resultar aplicable el parágrafo 2 del artículo 35 que dispone que “las condiciones bajo las cuales la Corte estará abierta a otros Estados (i.e. Estados no partes en el Estatuto) serán fijadas por el Consejo de Seguridad con sujeción a las

disposiciones especiales de los tratados vigentes, pero tales condiciones no podrán en manera alguna colocar a las partes en situación de desigualdad ante la Corte”. En función de las objeciones de los accionados en estos procedimientos, teniendo en cuenta las normas en materia de interpretación de los tratados, el hecho de que el objeto del artículo 35 sea el de fijar las condiciones de acceso al Tribunal, así como los trabajos preparatorios de esa disposición del Estatuto, llegó a la conclusión de que sólo era aplicable a los tratados que se encontraban vigentes al momento de entrar en vigor el propio Estatuto; lo que no era del caso con relación a la Convención sobre Genocidio invocada por la actora en apoyo de la jurisdicción del Tribunal. Por ende, entendió que –en ese sentido– debía modificar el enfoque que *prima facie* había adoptado en la decisión sobre medidas provisionales del 8 de abril de 1993 en el caso sobre la Convención de Genocidio, iniciado contra un Estado cuya condición de Miembro de las Naciones Unidas y su situación como parte en el Estatuto no era clara. La Corte puntualizó que no cabe interpretar a la disposición en cuestión como confiriendo acceso a la Corte a Estados no parte al Estatuto sin otra condición que la existencia de un tratado que le confiera jurisdicción, concluido en cualquier momento ulterior a la entrada en vigor del Estatuto, puesto que ello conduciría a un resultado incompatible con el objeto y el fin del parágrafo 2 del artículo 35 cual es regular el acceso al Tribunal de Estados no partes del Estatuto.

En virtud de todo ello la Corte llegó a la conclusión de que aun asumiendo que Serbia y Montenegro fuese parte a la Convención de Genocidio al momento de incoar este caso ante el Tribunal, el artículo 35, parágrafo 2 del Estatuto, no constituía base suficiente para acceder a su jurisdicción bajo el artículo 9 de esa Convención, ya que había entrado en vigor el 12 de enero de 1951; esto es, con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto.

A la luz de todo ello, en las decisiones adoptadas el 15 de diciembre de 2004 la Corte resolvió unánimemente que no tenía jurisdicción para entender en las demandas presentadas por Serbia y Montenegro el 29 de abril de 1999; aún cuando todavía quepa preguntarse si este pronunciamiento estaba referido a la capacidad de decir el derecho del tribunal –a su jurisdicción– o, en realidad, si se vinculaba, más bien, con la capacidad de la aquí accionante de comparecer ante sus estrados y si, a diferencia de lo sostenido en 2003, ahora se entendía que la Resolución 55/12 de la Asamblea General del 1º de noviembre de 2000 había cambiado

retroactivamente la posición *sui generis* en la que se había colocado la República Federativa de Yugoslavia con relación a las Naciones Unidas. Sobre estas cuestiones habría de volver en la sentencia dictada el 26 de febrero de 2007.

En efecto, no obstante haber rechazado el Tribunal el 3 de febrero de 2003 el pedido de revisión de la decisión del 11 de julio de 1996, en las audiencias orales del 9 de mayo de 2006 en el caso sobre la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro), la accionada nuevamente pidió a la Corte que declarase carecer de jurisdicción porque no había tenido en su momento acceso al Tribunal así como que tampoco tenía jurisdicción porque nunca había estado obligada por el artículo 9 de la Convención sobre Genocidio.

La Corte puntualizó que la cuestión central planteada por la accionada era la de determinar si al tiempo en que se iniciaron estos procedimientos era, o no, continuadora de la República Federativa Socialista de Yugoslavia. En realidad, agregó el Tribunal, luego de sostener que desde la disolución de ese Estado en 1992 era el Estado continuador y como tal mantenía su carácter de Miembro de las Naciones Unidas, el 27 de octubre de 2000 solicitó su admisión a la Organización con lo que dejó de lado su anterior planteo y, en lo que respecta a este caso, sostuvo entender que la Corte carecía de jurisdicción *ratione personae*.

Luego de evocar una vez más el historial de la situación jurídica de la República Federativa de Yugoslavia con relación a las Naciones Unidas⁵⁰, la Corte reiteró la distinción que había efectuado en las decisiones adoptadas el 15 de diciembre de 2004 en los casos sobre la *Legalidad del Uso de la Fuerza* entre el consentimiento del Estado a su jurisdicción y la capacidad de iniciar un procedimiento en razón de su condición de parte en el Estatuto; cuestión, esta última, sobre la que en virtud de su naturaleza —a juicio del Tribunal— no caben consideraciones vinculadas al eventual consentimiento o a la aquiescencia del Estado⁵¹. Al respecto señaló que en este procedimiento recién al decidir en 1996 sobre las objeciones preliminares había establecido que su jurisdicción se basaba en lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención sobre Genocidio. Pero, puntualizó, en

⁵⁰ *Ibid.*, para. 88-99.

⁵¹ *Ibid.*, para. 103.

aquel momento no había entendido en la capacidad de la demandada para comparecer ante sus estrados, ya que esta cuestión no había sido planteada ni por esa Parte, ni por la actora. Al introducirse la por primera vez en el pedido de revisión de 2001, consideró en 2003 que ese recurso era formalmente inadmisibile puesto que no se trataba de un hecho nuevo que cumplierse las condiciones establecidas en el Estatuto para plantearlo. Por ende, la Corte señaló que a los fines del presente caso era claro que aquella decisión, aún cuando obligatoria entre las partes, definitiva e inapelable, no contuvo ninguna consideración sobre la cuestión de determinar si la República Federativa de Yugoslavia era un Miembro de las Naciones Unidas en 1993⁵².

A la luz de ello, la Corte se abocó a la consideración del principio de la cosa juzgada, invocado por la actora con relación a la decisión de 1996, señalando que está directamente vinculado con la necesaria estabilidad de las relaciones jurídicas y con el interés de las partes en que una cuestión que ha sido resuelta no se reabra⁵³. Y este principio, codificado en el Estatuto del Tribunal, ampara toda decisión; se refiera al fondo, o a cuestiones preliminares incluidas las referidas a la jurisdicción. En función de ello, agregó el Tribunal, el principio implica que las conclusiones de una resolución, a los fines del caso y entre las partes, ha de asumirse que son correctas y que no pueden reabrirse sobre la base de dudas que pudiesen surgir en virtud de ulteriores acontecimientos⁵⁴.

La decisión de 1996 en materia de jurisdicción estuvo vinculada a la Convención sobre Genocidio –en particular, a la declaración de la República Federativa de Yugoslavia expresando continuar las obligaciones asumidas en tratados internacionales por la República Federativa Socialista de Yugoslavia– pero nada resolvía en cuanto a la relación de este Estado con las Naciones Unidas. Ahora bien, la cuestión de si un Estado tiene capacidad para comparecer ante sus estrados es previa a entender sobre la jurisdicción, pudiendo conocerse en ella aún de oficio⁵⁵. En el caso, si bien la accionada había sostenido que nada se había decidido sobre su acceso a la Corte por lo que el principio de la cosa juzgada no impediría su examen⁵⁶,

⁵² *Ibid.*, para. 113.

⁵³ *Ibid.*, para. 116.

⁵⁴ *Ibid.*, para. 120.

⁵⁵ *Ibid.*, para. 122.

⁵⁶ *Ibid.*, para. 129.

el Tribunal puso de relieve que al tiempo de los procedimientos que culminaron en la decisión de 1996, dicha Parte sostenía que continuaba a la República Federativa Socialista de Yugoslavia⁵⁷. Esa situación, a la época falta de claridad, lo llevó a percibir que la accionada estaba en condiciones de participar en un caso ante sus estrados. En efecto, si así no hubiese sido, debió haberse planteado esta cuestión como previa a establecer que tenía jurisdicción para entender ya que, en razón de su naturaleza, es algo que – aun de oficio– ha de considerar⁵⁸. Así, la decisión de 1996 estableciendo que tenía jurisdicción *ratione materiae* sobre la base del artículo 9 de la Convención sobre Genocidio sólo es consistente con el derecho y la lógica si, con relación a ambas Partes, tenía jurisdicción *ratione personae*; es decir, si cada una de ellas reunía los recaudos del Estatuto referidos a la capacidad de los Estados de comparecer ante el Tribunal. Por ende, la decisión en el sentido de que tenía jurisdicción en virtud de la Convención sobre Genocidio ha de ser interpretada como incorporando la decisión de que todas las condiciones referidas a la capacidad de las Partes de comparecer ante sus estrados se encontraban cumplidas⁵⁹. La capacidad de la República Federativa de Yugoslavia de comparecer ante la Corte de conformidad con su Estatuto fue un elemento en el razonamiento de la decisión de 1996, la que debe ser leída como una cuestión de lógica que de ningún modo podría ser reabierta y reexaminada. Por otra parte, señaló el Tribunal, lo resuelto en 2004 en nada se vio influido por aquella decisión desde que los efectos de la cosa juzgada en modo alguno pueden hacerse extensivos a otros procedimientos entre Partes diferentes⁶⁰. En lo que a este caso concierne, no existe posibilidad de que adopte una decisión respecto a una Parte sobre la que no ejerce su función judicial puesto que la cuestión de si un Estado es o no parte sujeta a su jurisdicción es una cuestión reservada a su sola decisión⁶¹. Una vez determinado con la fuerza de la cosa juzgada que tiene jurisdicción, a los fines de ese caso no cabe considerar un ejercicio *ultra vires* de la función judicial ya que, conforme a su Estatuto, es la única competente para determinar ese tipo de cuestiones.

En esta decisión la Corte no duda en afirmar que *res judicata pro veritate habetur* y la verdad judicial en el contexto de un caso es tal como la

⁵⁷ *Ibid.*, para. 130.

⁵⁸ *Ibid.*, para. 132.

⁵⁹ *Ibid.*, para. 133.

⁶⁰ *Ibid.*, para. 135.

⁶¹ *Ibid.*, para. 138.

ha determinado, sujeta sólo a revisión en los términos fijados por el Estatuto. Y ello es así en razón de la naturaleza de la función judicial y la necesidad de estabilidad en las relaciones jurídicas, universalmente reconocida⁶².

En virtud de estas consideraciones, por diez votos contra cinco –entre los cuales cabe contar al juez *ad hoc* por la accionada– la Corte resolvió rechazar la objeción efectuada por la demandada en el sentido de que carecía de capacidad para comparecer ante el Tribunal cuando se instituyeron estos procedimientos y afirmó que tenía jurisdicción sobre la base del artículo 9 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, tal como había decidido en 1996 puesto que el principio de *res judicata*, a juicio del Tribunal, le impedía reabrir lo juzgado en aquella oportunidad. Por ende consideró que no era necesario entender en la cuestión a la que reiteradamente se habían referido ambas Partes referida a la situación jurídica de la demandada de conformidad con la Carta de Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte y su posición en lo que hace a la Convención sobre Genocidio al momento de iniciarse el procedimiento⁶³.

Es decir que, en substancia, cabría interpretar que el Tribunal resuelve sobre la base de una percepción de la realidad tenida en 1996 a la que aplicaría dos principios generales de derecho codificados en su Estatuto; esto es, el principio conforme al cual el Juez es Juez de su propia competencia y el principio de la cosa juzgada; aún cuando pareciera otorgar a una resolución de la Asamblea General un efecto distinto del que le había atribuido en anterior oportunidad.

A modo de colofón

La Corte Internacional de Justicia es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas que funciona de conformidad con el Estatuto anexo a la Carta y los Miembros de la Organización pueden llevar a su conocimiento los litigios en que fuesen partes. Sin embargo, en razón del carácter descentralizado del derecho internacional –con excepción de los poderes delegados en el Consejo de Seguridad– sea la facultad del Tribunal de

⁶² *Ibid.*, para. 139.

⁶³ *Ibid.*, para. 140 y parte dispositiva para. 471 (1).

conocer en un litigio, sea la de un Estado de presentarse ante esta instancia, no operan ante la sola voluntad del uno o del otro.

En efecto, en el tratado en el que se estableció la Corte –la Carta y el Estatuto anexo– los Estados quisieron ser muy precisos y, por ende, acordaron que para el ejercicio de la función jurisdiccional debían concurrir dos recaudos. El Estado debía tener la capacidad de comparecer ante los estrados de este Tribunal y el Tribunal debía tener la capacidad de decir el derecho con relación a él en la materia que llevaba a su conocimiento. El Estado debía ser capaz de estar en justicia y la Corte debía tener jurisdicción. Si ambas condiciones se cumpliesen, sólo entonces correspondería considerar la competencia en razón de la materia y del tiempo. Las respuestas afirmativas a todas estas cuestiones abrirían el camino al análisis del fondo de la cuestión debatida a la luz de los argumentos de las Partes y las pruebas aportadas y darían lugar a la decisión obligatoria y definitiva para ellas.

Ahora bien, la determinación del cumplimiento de cada uno de los recaudos que la habilitan a entender es de la competencia de la Corte y, como ella misma se ocupa en poner de relieve en el caso que se comenta, aún puede dar lugar a un examen de oficio; al menos, en lo que hace a la capacidad de un Estado de comparecer ante sus estrados. Pero este examen, podría basarse en una percepción de los hechos; percepción que aún podría encontrarse implícita en una decisión sobre jurisdicción y que podría no coincidir con la de otros órganos de la Organización aún cuando se tratase de aquéllos que tienen la capacidad de decidir sobre la condición de un Estado en tanto que Miembro; esto es, en tanto que parte al tratado que instituye el Tribunal.

En tales condiciones, y aún cuando el principio de la cosa juzgada afirme su vigencia relativa –sólo para las Partes y para el caso en que se decide– merecerían reflexión las diferentes percepciones en 1996-2003 y en 2004 de la situación de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), cuando ambas están referidas a la época en que se iniciaron los procedimientos –1993 y 1999– y cuando parecerían no coincidir plenamente con la de los órganos políticos de la Organización.

En efecto, el Consejo de Seguridad había cursado por última vez invitación al Representante de Yugoslavia para asistir a su sesión el 7 de

abril de 1992 y el 19 de septiembre de ese año entendía que el Estado conocido anteriormente como República Federativa Socialista de Yugoslavia había dejado de existir y que la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) no podía asumir automáticamente su lugar en la Organización, recomendando a la Asamblea General decidir que ese Estado debería solicitar su admisión como Miembro. Así lo hizo la Asamblea el 22 de septiembre de 1992 en la Resolución 47/1 y en virtud de ello y de la presentación que finalmente efectuara en 2000 resolvió favorablemente su admisión en la Resolución 55/12 del 1º de noviembre de ese año.

Pero no es sólo la percepción por la Corte de la situación de la República Federativa de Yugoslavia al tiempo en que se inician los procedimientos que parecería no coincidir en los casos sobre la Convención de Genocidio y sobre la Legalidad del Uso de la Fuerza, sino que también parecería no haber coincidencia en cuanto a los efectos que se atribuirían a la Resolución 55/12 de la Asamblea General del 1º de noviembre de 2000. Esto es, si la resolución habría cambiado retroactivamente —a 1993 o a 1999— la posición *sui generis*, al decir de la Corte, en la que se había colocado la República Federativa de Yugoslavia con relación a las Naciones Unidas. En efecto, en tanto que en la decisión adoptada en 2003 sobre el recurso de revisión presentado en el caso de la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* se afirma que ese cambio no pudo haberse producido y, por ende, que las consecuencias de la Resolución de la Asamblea 47/1 de 1992 se determinaban caso por caso por lo que no había afectado el derecho de la República Federativa de Yugoslavia de comparecer ante la Corte, sólo un año después en las decisiones adoptadas en 2004 en los casos sobre la *Legalidad del Uso de la Fuerza*, si bien se menciona la situación ambigua de la allí actora que había dado lugar a diferentes interpretaciones, se resuelve que esa situación concluyó el 1º de noviembre de 2000 con la adopción de la Resolución 55/12, la que clarificó la posición amorfa al tiempo de iniciarse los procedimientos. Es decir que ahora parecería no entenderse que los efectos de la Resolución 47/1 debían determinarse caso por caso, sino que se había visto afectado el derecho de la República Federativa de Yugoslavia de comparecer ante la Corte en 1999.

La sentencia sobre el fondo, dictada en 2007, no puede ignorar estos antecedentes y resuelve las dudas interpretativas que suscitan las decisiones de 1996-2003 y 2004 por la aplicación de dos principios generales de

derecho codificados en el Estatuto: el juez es juez de su propia competencia y el valor de la cosa juzgada. El resultado parecería reflejar más la antinomia entre dos máximas –*summum jus summa injuria, dura lex sed lex*– que la habilidad del juez que, como buen titiritero, aplica la norma positiva que intenta dar respuesta a un ideal de justicia; quizás, en la especie, una norma de la Carta de las Naciones Unidas que, precisamente, contempla la legalidad del uso de la fuerza.

En definitiva, si se acepta que la Corte puede entender en un caso sólo si goza de jurisdicción y si las partes están habilitadas para comparecer ante sus estrados, y no se considera que la exigencia de estos recaudos comporte un rigorismo formal manifiesto sino que son inherentes a la administración de justicia en el ámbito internacional, todo parecería indicar que el derecho a aplicar para decidir un litigio –sea cual fuese la fuente formal de la que provenga– debería posibilitar una adecuada administración de justicia. En la especie, si la situación en la que se había colocado la República Federativa de Yugoslavia era compleja en 1993, los hechos indicarían que no lo era menos en 1999.

Por cierto, la Corte sólo puede entender si las Partes están habilitadas para comparecer ante sus estrados y si ella goza de jurisdicción, pero en todo supuesto su labor consiste en decidir conforme al derecho internacional aplicando las convenciones internacionales, la costumbre internacional y los principios generales de derecho; tres fuentes a las que puede acudir para buscar la justicia del caso.

EL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA Y SU APLICACIÓN POR LA CIJ EN EL CASO SOBRE LA CONVENCION DE GENOCIDIO

*Silvina S. González Napolitano**

SUMARIO: I. Introducción; II. La cosa juzgada en el derecho internacional; 1. Origen; 2. Requisitos y límites; III. Caso sobre la Convención de genocidio; 1. Síntesis del procedimiento ante la CIJ; 2. Invocación de la cosa juzgada en el fondo del asunto; 3. Consideraciones de la CIJ acerca de la cosa juzgada; IV. Conclusiones.

I. Introducción

La cosa juzgada (*res judicata*) es un principio general del derecho aceptado por todos los sistemas jurídicos del mundo. En virtud ello, constituye también una fuente de derecho internacional público. Los tribunales internacionales se han referido a este principio y lo han aplicado desde antaño.

En la sentencia de fondo del *caso concerniente a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)* (en adelante, caso sobre la Convención de genocidio) la Corte Internacional de Justicia (CIJ) le ha dedicado un considerable espacio a la invocación de la cosa juzgada, lo que amerita hacer un repaso del contenido de dicho principio, a la luz de la jurisprudencia y la doctrina internacionales, así como un análisis de su aplicación en el mencionado asunto y las críticas que ha recibido la decisión de la Corte en este punto.

II. La cosa juzgada en el derecho internacional

En derecho internacional, el principio de la cosa juzgada implica el reconocimiento de que una sentencia emitida por un tribunal arbitral o judicial en un caso determinado es definitiva –o final– y obligatoria para las

* Doctora en Derecho (UBA). Profesora de Derecho Internacional Público de la UBA, UCA, UTDT y ESGN. Miembro consultor del CARI.

partes litigantes¹. Se encuentra reflejado en disposiciones tales como los artículos 59 y 60 del Estatuto de la CIJ, los cuales expresan que “(l)a decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido” y que “el fallo será definitivo e inapelable”.

En ese sentido, el tribunal arbitral que dirimió la controversia sobre la *Laguna del Desierto* entre Argentina y Chile², sostuvo lo siguiente:

68. Una sentencia con autoridad de cosa juzgada (*res judicata*), es jurídicamente vinculante para las Partes en el litigio. Este es un principio fundamental del derecho de gentes invocado reiteradamente por la jurisprudencia, que considera la autoridad de cosa juzgada como un principio de derecho internacional, universal y absoluto [...]

69. En el presente caso, las Partes no han objetado la autoridad de cosa juzgada del Laudo de 1902 y han reconocido, en consecuencia, que sus disposiciones son jurídicamente vinculantes para ellas.

El efecto negativo del principio de la cosa juzgada se expresa por la máxima latina *non bis in idem*³, de modo que una misma controversia no puede ser juzgada por más de un tribunal. También se relaciona con otro principio, el de *lis pendens*, que impide que un tribunal entienda en una causa que se encuentra pendiente ante otro tribunal⁴.

1. Origen

¹ B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Grotius Publications, Cambridge (1987), p. 337.

² *Controversia sobre el recorrido de la traza del límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy (Argentina/Chile)*, sentencia del 21/10/1994.

³ B. Cheng, *op. cit.*, p. 337.

⁴ Reinisch considera que “(t)he existence of an international *lis pendens* rule also follows from the applicability of *res judicata*. As a matter of legal logic it would be inconsistent to permit parallel proceedings between the same parties in the same dispute before different dispute settlement organs up to the point where one of them has decided the case and then prevent the other (“slower”) one from proceeding as a result of *res judicata*”; A. Reinisch, “The use and limits of *res judicata* and *lis pendens* as procedural tools to avoid conflicting dispute settlement outcomes”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, v. 3, n. 1 (2004), p. 50.

La cosa juzgada en el derecho internacional es un principio importado de los ordenamientos internos⁵. Por ende, su origen debemos buscarlo en los sistemas jurídicos estatales.

El artículo 38, inciso 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se refiere entre las fuentes que la Corte deberá aplicar, en el punto “c”, a “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Esta disposición tiene su origen en el homónimo artículo contenido en el Estatuto de su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional. Cuando los redactores de este último discutían sobre el contenido de los principios generales de derecho citaban, entre otros ejemplos, al principio de la cosa juzgada⁶.

Se trata de un principio de validez universal prácticamente indiscutible⁷. Sin embargo, ello no significa que en derecho internacional la cosa juzgada se aplique exactamente como lo hace cada ordenamiento interno⁸, puesto que sus requisitos y límites pueden variar de un sistema jurídico a otro⁹. De hecho, pueden incluso observarse algunas diferencias en la aplicación por parte de diferentes órganos jurisdiccionales internacionales.

2. Requisitos y límites

La jurisprudencia y la doctrina internacionales señalan tres requisitos (o elementos materiales¹⁰) para la aplicación de la cosa juzgada: identidad de partes, identidad de objeto (*petitum*) y de causa (*causa petendi*)¹¹. En algunos supuestos los dos últimos han sido tratados de manera unificada¹².

⁵ I. Scobbie, “*Res judicata*, precedent and the International Court: A Preliminary Sketch”, *The Australian Yearbook of International Law*, v. 20 (1999), p. 299.

⁶ B. Cheng, *op. cit.*, pp. 25-26.

⁷ *Ibid.*, p. 336; A. Reinisch, *op. cit.*, p. 50.

⁸ I. Scobbie, *op. cit.*, p. 301.

⁹ Ver S. Brekoulakis, “The effect of an arbitral award and third parties in international arbitration: *Res judicata* revisited”, *American Review of International Arbitration*, v. 16 (2005), pp. 182-183. Este autor describe las diferencias entre los sistemas de “*common-law*” y “*civil-law*” respecto del régimen legal de la cosa juzgada.

¹⁰ B. Cheng, *op. cit.*, p. 340.

¹¹ *Trail Smelter case* (EE.UU. v. Canadá), sentencia arbitral, 11/03/1941, *R.I.A.A.*, v. III, p. 1952.

¹² En el caso *The Newchwang*, un tribunal arbitral británico-estadounidense sostuvo en 1921 lo siguiente: “It is a well established rule of law that the doctrine of *res judicata* applies only

En cuanto a la **identidad de partes**, cabe aclarar que si dos personas actúan en un litigio en calidades diferentes de las que actuaron en otro, es la falta de identidad de objeto o de causa la que permite descartar la objeción de cosa juzgada¹³. En cuanto a la **identidad de objeto** (*petitum*)¹⁴, se ha señalado que un asunto no es el mismo si las partes no demandan lo mismo¹⁵. En cuanto a la **identidad de causa** (*causa petendi*), puede advertirse que supone dos aspectos: la causa jurídica y la causa fáctica, de modo que no habría identidad de causa jurídica si el fundamento jurídico de los reclamos sucesivos es distinto, al igual que no habría identidad de causa fáctica si los hechos invocados son diferentes¹⁶.

En el caso del *Canal de Corfú* la Corte aceptó la aplicación de la cosa juzgada invocada por Reino Unido frente a la pretensión del Gobierno albaniano de cuestionar la jurisdicción después del fallo de fondo, en el procedimiento en donde se discutía la reparación (fase que había sido diferida por la propia Corte en la sentencia de fondo). La Corte sostuvo que debía constreñirse a lo decidido en el fallo de jurisdicción dictado previamente, el cual era final y obligatorio, por lo que la cuestión jurisdiccional alegada era cosa juzgada¹⁷.

En el caso *Haya de la Torre* la CIJ comparó las cuestiones allí planteadas con las que fueron objeto del fallo dictado previamente en el caso sobre *Derecho de asilo*, entre las mismas partes (Colombia y Perú). Al respecto, la Corte sostuvo:

As mentioned above, the question of the surrender of the refugee was not decided by the Judgment of November 20th. This question is new; it was raised by Peru in its Note to Colombia of November 28th, 1950, and was submitted to the Court by the Application of Colombia of December 13th, 1950. There is consequently no *res judicata* upon the question of surrender¹⁸.

where there is identity of the parties and of the question at issue..."; citado en B. Cheng, *op. cit.*, pp. 339-340.

¹³ C. Santulli, *Droit du contentieux international*, Montchrestien, París (2005), p. 475.

¹⁴ Para Reinisch, este requisito se refiere a los remedios buscados a través del arbitraje o litigio, como por ejemplo si se presenta el mismo petitório en diferentes procedimientos; A. Reinisch, *op. cit.*, p. 62.

¹⁵ C. Santulli, *op. cit.*, p. 476.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *The Corfu Channel case, Judgment* (Reino Unido c. Albania), *judgment*, 15/12/1949, *ICJ Reports 1949*, p. 248.

¹⁸ *Haya de la Torre case, ICJ Reports 1951* (Colombia/Perú), *Judgment*, 13/06/1951, p. 80.

El caso de la *Barcelona Traction* iniciado en 1958, que culminó en 1961 cuando fue removido de la lista de la Corte a solicitud de Bélgica¹⁹, no fue obstáculo para que en 1962 Bélgica iniciara otra acción contra España ante la CIJ, en relación con la misma compañía, aunque actuando en distinta calidad²⁰ (en el primer caso ejerciendo la protección de la sociedad canadiense y, en el segundo, de los accionistas belgas de dicha compañía)²¹.

En el asunto relativo a la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, Bahrein sostenía que la CIJ no podía revisar una decisión arbitral previa por constituir cosa juzgada²². La Corte concluyó que la decisión en cuestión no era un laudo de un tribunal arbitral internacional sino una decisión del Gobierno británico, por lo tanto no estaba obligada a analizar el argumento alegado²³.

Los litigios entre el Reino Unido e Irlanda relativos a la *Planta Mox* constituyen un interesante caso de estudio a los efectos de evaluar la identidad de objeto y de causa respecto de varios procedimientos jurisdiccionales planteados ante diversos órganos internacionales²⁴, aunque no se refieran directamente a la aplicación de la cosa juzgada. En el 2001 Irlanda instituyó un procedimiento arbitral bajo el Anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR), por considerar que el funcionamiento de la planta nuclear Mox violaba varios artículos de dicho tratado. Mientras se constituía el tribunal arbitral, solicitó medidas provisionales al Tribunal Internacional del Derecho del Mar (en virtud del art. 290, inc. 5 de la CONVEMAR)²⁵, que se declaró *prima facie* competente en el caso²⁶. A su vez, el objeto de la disputa que debía

¹⁹ *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Bélgica v. España), *Order*, 10/04/1961, *ICJ Reports 1961*, p. 9.

²⁰ *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New application: 1962)* (Bélgica v. España), *Preliminary Objections, Judgment*, 24/07/1964, *ICJ Reports 1964*, p. 6.

²¹ Ver C. Santulli, *op. cit.*, p. 475.

²² *Case concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrein* (Qatar v. Bahrein), *Merits, Judgment*, 16/03/2001, *ICJ Reports 2001*, p. 76, parág. 111.

²³ *Ibid.*, p. 77, parágs. 114-115.

²⁴ Ver A. Reinisch, *op. cit.*, pp. 68-70.

²⁵ *ITLOS, The Mox Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, *Order*, 03/12/2001, disponible en http://www.itlos.org/start2_en.html.

²⁶ *Ibid.*, parág. 62.

dirimir el tribunal arbitral presentaba aspectos que se relacionaban con el derecho de la Comunidad Europea²⁷. De hecho la Comisión Europea había remitido un escrito al Parlamento Europeo en el cual se informaba que dicho órgano estaba examinando la cuestión acerca de si iniciaría un procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bajo el artículo 226 del Tratado de la Comunidad Europea²⁸. Si bien el tribunal arbitral actuante decidió suspender la continuación del proceso hasta que los órganos de la Unión Europea se expidieran, por considerar que existía una posibilidad real de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tuviera que expedirse sobre la cuestión de si las disposiciones de la CONVEMAR, en las cuales Irlanda se basaba, caían bajo una competencia que había sido transferida a la Unión Europea²⁹, no obstante ello no le impidió confirmar la medida provisional que había indicado el Tribunal Internacional del Derecho del Mar³⁰. Cabe señalar que si bien la parte demandada sostenía que los principales elementos de esta disputa estaban regidos por otros tratados, tales como la Convención de 1992 para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico Noreste, el Tratado de la Comunidad Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de Energía Atómica, no obstante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar efectuó las siguientes consideraciones: los mecanismos de solución de disputas previstos en estos tres tratados concernían a controversias sobre la interpretación o aplicación de tales instrumentos y no con disputas originadas en la CONVEMAR; los derechos y obligaciones bajo tales acuerdos tenían una existencia separada de aquellos bajo la CONVEMAR; tales acuerdos presentaban diferencias en sus contextos, objetos y fines, así como diferentes prácticas posteriores y trabajos preparatorios, en lo que respecta a la operación de interpretación³¹.

²⁷ *The MOX Plant case (Ireland v. United Kingdom)*, Permanent Court of Arbitration (Tribunal arbitral constituido en virtud del Anexo VII de la CONVEMAR), Order N° 3, 24/04/2003, disponible en http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1148, parág. 20.

²⁸ *Ibidem*, parág. 21.

²⁹ Al respecto, el Tribunal Arbitral afirmó: “*In the circumstances, and bearing in mind considerations of mutual respect and comity which should prevail between judicial institutions both of which may be called upon to determine rights and obligations as between two States, the Tribunal considers that it would be inappropriate for it to proceed further with hearing the Parties on the merits of the dispute in the absence of a resolution of the problems referred to. Moreover, a procedure that might result in two conflicting decisions on the same issue would not be helpful to the resolution of the dispute between the Parties*”; *ibidem*, parág. 28.

³⁰ *Ibidem*, parte resolutive.

³¹ *ITLOS, The Mox Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, Order, 03/12/2001, parágs. 49-51.

En el arbitraje de inversiones extranjeras se han planteado bastantes conflictos en torno a la identidad de partes, de objeto y de causa a los efectos de determinar la aplicación del principio de cosa juzgada.

En el caso *AMCO c. Indonesia*, ante un tribunal arbitral del CIADI, se planteó la cuestión de dos procedimientos —uno internacional y el otro nacional— relativos a un mismo conjunto de hechos. El tribunal sostuvo que “*an international tribunal is not bound to follow the result of a national court*”³².

En el caso *Waste Management v. México*, otro tribunal del CIADI si bien reconoció que la cosa juzgada era un principio del derecho internacional y también un principio general del derecho en el sentido del artículo 38(1)(c) del ECIJ, rechazó la alegación de México respecto de su aplicación en el caso concreto por considerar que no había identidad de la cuestión planteada ante el tribunal respecto de que había sido planteada ante otro procedimiento³³.

En el caso *CME c. República Checa*, un tribunal arbitral constituido bajo las Reglas de la UNCITRAL determinó que la cosa juzgada no era aplicable por varios motivos: las partes no eran las mismas en ambos arbitrajes (uno de ellos iniciado por Lauder, accionista controlante de CME Media Ltd., y el otro iniciado por una compañía subsidiaria holandesa que era parte del grupo CME Media Ltd)³⁴. Además, aunque los dos arbitrajes se referían a las interferencias causadas por la República Checa en una misma inversión, se basaban en tratados bilaterales de inversiones distintos³⁵. Para el tribunal, como dichos tratados creaban derechos que no eran iguales en todos los

³² *Amco Asia Corporation, Pan American Development y Amco Indonesia c. República de Indonesia* (caso CIADI N° ARB/81/1), *Award*, 20/11/1984, *ICSID Reports*, v. 1 (1993), p. 460; *ibid.*, *Decision on the Application for Annulment*, 16/05/1986, *ICSID Reports*, v. 1 (1993), pp. 526-527.

³³ *Waste Management v. United Mexican States* (caso CIADI N° ARB(AF)/00/3), *Mexico's Preliminary Objection concerning the Previous Proceedings, Decision*, 26/06/2002, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/WastMgmt2-Jurisdiction.pdf>, parágs. 41-43.

³⁴ *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. République Tchèque, Final award*, 14/03/2003, disponible en http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2003-Final_001.pdf, parág. 432.

³⁵ El tribunal aclaró que no podía juzgar si los hechos sometidos a cada uno de los tribunales arbitrales eran idénticos. *Ibid.*

aspectos, entonces entendió que necesariamente se habían iniciado diferentes reclamos en ambos arbitrajes³⁶.

En el caso *Enron c. República Argentina*, un tribunal arbitral del CIADI sostuvo que las acciones emprendidas ante la justicia local argentina eran acciones distintas y separadas de la causa sometida al arbitraje ante el CIADI, por cuanto aquéllas habían sido iniciadas por TGS, una compañía en la cual tenían participación las demandantes, por lo que no se daba el requisito de la identidad de partes³⁷. Asimismo, el tribunal se refirió a las diferencias entre la violación de un contrato y la de un tratado, concluyendo que los recursos locales por violación de un contrato no pueden impedir el recurso al tribunal arbitral del CIADI por violación de derechos contenidos en un tratado³⁸, en este caso un tratado bilateral de inversiones.

En virtud de ello, algunos juristas también se refieren a otro requisito para que se aplique la cosa juzgada en el derecho internacional: que la cuestión se vincule con la acción de distintos tribunales internacionales (judiciales o arbitrales)³⁹, pero no con relación a procesos ante un tribunal local y un tribunal internacional⁴⁰. Sin embargo, esta condición únicamente regiría en el ámbito de algunas jurisdicciones internacionales, como por ejemplo aquellas que exigen el agotamiento previo de los recursos internos para acceder al tribunal internacional⁴¹, o el sometimiento previo de la controversia a los tribunales internos durante un tiempo determinado⁴². Resulta obvio que en tales casos si para acudir al tribunal internacional es

³⁶ *Ibid.*, parág. 433.

³⁷ *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina* (caso CIADI N° ARB/01/3), Decisión sobre jurisdicción, 14/01/2004, disponible en inglés en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Enron-Jurisdiction.pdf>, parág. 98.

³⁸ *Ibid.*, parág. 97.

³⁹ A. Reinisch, *op. cit.*, p. 50.

⁴⁰ Para Ian Brownlie, “*There is no effect of res judicata from the decision of a municipal court so far as an international jurisdiction is concerned...*”; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5ª ed. (1998), p. 52.

⁴¹ Por ejemplo, para someter una controversia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos o al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁴² Este es el caso de algunos tratados bilaterales de inversiones celebrados por la República Argentina (por ejemplo los tratados con Italia, Alemania, España, etc.) en donde se exige el sometimiento de la controversia entre un inversor extranjero y un Estado contratante a la jurisdicción interna (por lo menos durante 18 meses en caso de no llegarse a una sentencia definitiva antes de esa fecha) antes de acudir al tribunal arbitral internacional.

condición previa acudir a la jurisdicción doméstica, no podrá luego invocarse la calidad de definitiva de la sentencia allí obtenida para evitar que el caso se someta a la instancia internacional⁴³. Lo mismo ocurre si los órganos internacionales están facultados para revisar las decisiones definitivas de los tribunales internos. Pero en determinados ámbitos existen cláusulas que otorgan a los litigantes la opción, en caso de surgir una controversia, para acudir a la instancia doméstica o a la internacional pero con la limitación de que una vez ejercida la opción debe continuarse con esa vía⁴⁴. En tal caso, de haberse optado por la jurisdicción interna, la sentencia allí obtenida hace cosa juzgada, la que puede ser invocada ante el tribunal internacional, en caso que la contraparte pretenda llevar el asunto también a dicha instancia.

Como uno de los límites de la cosa juzgada puede señalarse el principio *res inter alios judicata aliis neque nocet neque prodest*, de modo que una sentencia sólo será obligatoria para las partes litigantes y no obligará a terceros⁴⁵. En tal sentido, por ejemplo, este principio ha sido recogido en el artículo 59 del ECIJ, al disponer que “(l)a decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”.

Cabe preguntarse si la cosa juzgada se limita a la parte dispositiva del fallo o si abarca también a sus fundamentos. La Corte Permanente de Justicia Internacional, en la *Opinión Consultiva sobre el servicio postal polaco en Danzig*, consideró que no todo lo que estaba contenido en una decisión adquiriría fuerza de cosa juzgada:

⁴³ Se ha sostenido que “the local remedies rule seemed to require a rule that declined to give *res judicata* effect to the decisions of domestic courts, because if a claimant were required to exhaust local remedies and the decision of the local courts were then binding on a subsequent international tribunal, the claimant would be denied meaningful access to an international forum”; W. Dodge, “National courts and international arbitration: exhaustion of remedies and *res judicata* under Chapter eleven of Nafta”, *Hastings International and Comparative Law Review*, n. 23 (2000), p. 370.

⁴⁴ La denominada cláusula de bifurcación de vías (en inglés, *fork-in-the-road*) se encuentra en varios de los tratados bilaterales de inversión celebrados por la República Argentina (por ejemplo el tratado con Chile, art. 10(2)).

⁴⁵ B. Cheng, *op. cit.*, p. 340. Respecto de los efectos de la cosa juzgada en los casos de intervención de terceros ver M. Al-Qhatani, “The status of would-be intervening States before the international Court of Justice and the application of *res judicata*”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, v. 2, n. 2 (2003), pp. 269-294.

Now it is certain that the reasons contained in a decision, at least in so far they go beyond the scope of the operative part, have no binding force as between the parties concerned.

It is perfectly true that all the parts of a judgment concerning the points in dispute explain and complete each other and are to be taken into account in order to determine the precise meaning and scope of the operative portion. This is clearly stated in the award of the Permanent Court of Arbitration of October 14th, 1902, concerning the Pious Funds of the Californias, which has been repeatedly invoked by Danzig. The Court agrees with this statement. But it by no means follow that every reason given in a decision constitutes a decision; and it must be remembered that the Court of Arbitration applied the doctrine of *res judicata* because not only the Parties but also the matter in dispute was the same (*il y a non seulement identité des Parties en litige, mais également identité de la matière*)⁴⁶.

Por su parte, el ya citado tribunal arbitral del caso de la *Laguna del Desierto*, sostuvo que:

70. El valor de *res judicata* de una sentencia internacional se refiere, primeramente, a la parte dispositiva de ésta, o sea aquélla en la cual el tribunal decide el litigio y determina los derechos y las obligaciones de las Partes. La jurisprudencia ha entendido también que aquellas proposiciones contenidas en los considerandos, que son los antecedentes lógicamente necesarios del dispositivo, tienen la misma obligatoriedad que éste (Cfr. *Interprétation des arrêts N^{os} 7 et 8 - Usine de Chorzów, C.P.J.I., Série A, N^o 13*, pp. 20 y 21; *Affaire de la délimitation du Plateau continental entre le Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord et la République française*, Décision du 10 mars 1978, *R.I.A.A.*, vol. XVIII, p. 366). Según se analiza más adelante (*Infra*, § 122), el sentido de los conceptos utilizados por una sentencia arbitral se halla cubierto también por la *res judicata* y ninguna de las Partes puede modificarlo⁴⁷.

Por último, una cuestión muy importante, sobre todo porque fue discutida en el caso que se analiza a continuación, es la de si las cuestiones preliminares o incidentales decididas a través de un fallo poseen fuerza de cosa juzgada. De acuerdo con Bin Cheng:

⁴⁶ *Polish Postal Service in Danzig, Advisory Opinion*, 16/05/1925, *PCIJ Series B*, N^o 11, pp. 29-30.

⁴⁷ *Controversia sobre el recorrido de la traza del límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy (Argentina/Chile)*, sentencia del 21/10/1994, parág. 70.

... when preliminary and incidental questions, which do not normally come within the competence of a tribunal, fall within its competence because they are necessary for the determination of the principal question, decisions on these questions are not conclusive and binding unless they are an essential condition to the judgment on the principal suit. Such binding force is, however, limited to that judgment. The same question may be the subject of dispute between the same parties again either as an incidental question in another suit, or as a principal question before the competent tribunal. But whatever the outcome of these subsequent proceedings, the force of *res judicata* of the previous decision can in no way be affected⁴⁸.

En el caso *Tiedermann*, un tribunal arbitral mixto germano-polaco se refirió en 1926 a la regla generalmente aceptada por los sistemas legales continentales en cuanto a que un juez estaba obligado por las decisiones que había tomado antes del fallo final. Sin embargo, dicho tribunal reconoció una excepción:

... the question appears in a very special Light when the preliminary judgment is a judgment affirming the competency of the Tribunal and when the latter recognises subsequently, but before the judgment on the merits, that it is in fact incompetent. In such a case, if it is obliged to consider itself bound by its first decision, it would be led to pass judgment on a matter which it acknowledges to be beyond its jurisdiction... In other words, to remain faithful to the principle of respect for *res judicata*, it would have to commit a manifest abuse of its power⁴⁹.

En virtud de ello, Bin Cheng se refiere a las acciones de nulidad o de revisión (por ejemplo, por incompetencia) como excepciones al principio de la cosa juzgada⁵⁰.

III. Caso sobre la Convención de genocidio

1. Síntesis del procedimiento ante la CIJ

⁴⁸ B. Cheng, *op. cit.*, p. 353 (notas al pie omitidas).

⁴⁹ Citado en B. Cheng, *op. cit.*, p. 356.

⁵⁰ B. Cheng, *op. cit.*, p. 357. Este jurista se refiere a las acciones de nulidad o revisión de la sentencia incoadas por causales de incompetencia del tribunal, violación del principio "nadie puede ser juez en causa propia" o del principio *audiatur et altera pars*, fraude o corrupción, error esencial y manifiesto, descubrimiento de nueva evidencia. *Ibid.*, pp. 357-372.

En 1993 el Gobierno de Bosnia-Herzegovina presentó una demanda contra la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro)⁵¹ ante la CIJ por violación de varios artículos de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (en adelante, la Convención de genocidio), así como de otros instrumentos internacionales y normas consuetudinarias, tales como los Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo Adicional I de 1977 y otros principios del derecho internacional humanitario, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Carta de las Naciones Unidas, entre otros.

La parte demandante acusó a Serbia y Montenegro de la comisión de una serie de actos que constituían genocidio, cometidos a partir de abril de 1992 por antiguos miembros del Ejército Popular Yugoslavo y por fuerzas militares y paramilitares serbias, bajo la dirección, instigación y asistencia de la demandada (matanza, asesinato, violación, tortura, secuestro, detención ilegal, exterminación, entre otros crímenes, de ciudadanos de Bosnia-Herzegovina). Asimismo, consideró que la parte demandada era responsable de haber hecho uso de la fuerza y amenazas contra Bosnia-Herzegovina, y de haber intervenido en sus asuntos internos, violando así los principios contenidos en la Carta de la ONU.

En este caso se solicitaron medidas provisionales en dos oportunidades⁵², e irónicamente también requirió medidas provisionales la parte demandada, que había cuestionado la jurisdicción de la Corte⁵³.

⁵¹ En febrero de 2003, la parte demandada cambió su nombre de “República Federal de Yugoslavia” (*Federal Republic of Yugoslavia*) a “Serbia y Montenegro”, cambio que se trasladó al nombre del caso ante la CIJ. Luego de la declaración de independencia de Montenegro adoptada en junio de 2006, la República de Serbia ocupó el lugar de la unión de Serbia y Montenegro, tanto en las Naciones Unidas como en los tratados internacionales, sin embargo en el caso ante la CIJ siguió figurando como parte demandada “Serbia y Montenegro”. Si bien la Corte consideró que Serbia era el único Estado demandado y por lo tanto, sólo se iba a dirigir a él en la parte operativa del fallo, sin embargo cualquier responsabilidad que determinara por hechos pasados involucraba al Estado de Serbia y Montenegro. Cfr. *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), *Judgment*, 26/02/2007 [en adelante Caso sobre la Convención de Genocidio (fondo)], parágs. 77-78.

⁵² El mismo día en que interpuso la demanda, Bosnia-Herzegovina solicitó medidas provisionales: que se pusiera fin inmediatamente a los actos de genocidio, entre otros actos, tales como el bombardeo de centros de población civil, la destrucción indiscriminada de aldeas, etc.; que la República Federal de Yugoslavia dejara de apoyar (con suministros, asistencia, dirección, etc.) a cualquier nación, grupo o particular que tenga la intención de

La parte demandante invocó, en primer término, como base de jurisdicción de la Corte, el artículo IX de la Convención de genocidio⁵⁴. Posteriormente agregó una carta de fecha 8 de junio de 1992, como base adicional.

La demandada presentó una objeción preliminar: falta de legitimidad de la demandante, por considerar que ni el Presidente de Bosnia-Herzegovina, ni su Gobierno habían sido legalmente electos (puesto que eran disputados por el pueblo serbio y el croata) y que, por otra parte, el mandato de Izetbegovic había expirado en diciembre de 1992. Por su parte, la demandante rechazó este argumento por considerar que su Presidente había sido reconocido por las Naciones Unidas como legítimo Jefe de Estado, posición que fue finalmente aceptada por la Corte.

Al resolver el primer pedido de medidas provisionales, la CIJ afirmó que a los efectos de indicar dichas medidas la jurisdicción debía ser establecida *prima facie*, no sólo *ratione materiae* sino también *ratione personae*.

La parte demandante expresó que tanto Bosnia-Herzegovina como la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) eran miembros de

realizar actividades militares o paramilitares contra el pueblo, el Estado y el Gobierno de Bosnia-Herzegovina y que el Estado demandante tenía derecho a pedir y recibir apoyo y asistencia inmediata de otros Estados para defender a su población. En 1993 la Corte indicó a ambas partes medidas provisionales. Ver *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), *Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 8 April 1993, ICJ Reports 1993*, p. 3. Meses más tarde, la CIJ se expidió frente a un nuevo pedido de medidas provisionales (*ibid.*, *Further Requests for the Indication of Provisional Measures, Order of 13 September 1993, ICJ Reports 1993*, p. 325).

⁵³ En efecto, el 01/04/1993, la República Federal de Yugoslavia solicitó que la Corte indicara medidas dirigidas a las autoridades bajo el control de Izetbegovic (en ese entonces Presidente de Bosnia-Herzegovina), tal como que se cumpliera estrictamente con el último acuerdo de cese de fuego y que se respetaran los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977, por estar cometiéndose en el territorio de Bosnia-Herzegovina genocidio contra los serbios, así como crímenes de guerra. También requirió que se cerraran los campos y prisiones donde los serbios eran detenidos y torturados, entre otras medidas.

⁵⁴ El artículo IX dispone: "Las controversias entre Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad del Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia".

las Naciones Unidas y, por lo tanto, partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ). No obstante reconoció que la continuidad de Serbia y Montenegro con la República Federal Socialista de Yugoslavia (ex Yugoslavia) como miembro de las Naciones Unidas había sido fuertemente objetada por la comunidad internacional, incluyendo al Consejo de Seguridad y a la Asamblea General. En efecto, el mencionado Consejo mediante Resolución 777 (1992) había considerado que la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) no podía continuar automáticamente, sino que recomendaba a la Asamblea General que dicho Estado solicitara la membresía. La Asamblea, mediante Resolución 47/1, confirmó la recomendación del Consejo de Seguridad. Como consecuencia de ello, en una nota enviada por la Secretaría, se consideró que los representantes de la República Federal de Yugoslavia no podían participar en las reuniones de los órganos de las Naciones Unidas ni tampoco en conferencias o encuentros reunidos por dicha organización. Sin embargo, también se reconoció que la resolución de la Asamblea General no terminaba o suspendía a Yugoslavia como miembro de la ONU. El asiento y el nombre permanecían como hasta ese entonces, pero la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) no podía ocupar ese sitio, entendiéndose que con la admisión de una “nueva Yugoslavia” terminaría dicha situación.

La Corte entendió que no podía determinar definitivamente en esa etapa del proceso (procedimiento de medidas provisionales) si demandada era o no miembro de la ONU y parte en el ECIJ. Independientemente de ello, recordó que el artículo 35 del ECIJ establecía las condiciones bajo las cuales la Corte estaba abierta a otros Estados (no partes en el Estatuto)⁵⁵. La Corte también agregó que un procedimiento podía ser válidamente instituido por un Estado contra otro que era parte en una disposición de un tratado en vigor, según indicaba el artículo 35, inciso 2 del ECIJ, pero que no era parte en el

⁵⁵ El artículo 35 del Estatuto dispone lo siguiente:

1. La Corte estará abierta a los Estados partes en este Estatuto.
2. Las condiciones bajo las cuales la Corte estará abierta a otros Estados serán fijadas por el Consejo de Seguridad con sujeción a las disposiciones especiales de los tratados vigentes, pero tales condiciones no podrán en manera alguna colocar a las partes en situación de desigualdad ante la Corte.
3. Cuando un Estado que no es Miembro de las Naciones Unidas sea parte en un negocio, la Corte fijará la cantidad con que dicha parte debe contribuir a los gastos de la Corte. Esta disposición no es aplicable cuando dicho Estado contribuye a los gastos de la Corte.

Estatuto, independientemente de las condiciones establecidas por el Consejo de Seguridad en su Resolución 9 de 1946⁵⁶.

Como tanto Bosnia-Herzegovina como la demandada eran partes en la Convención de genocidio, en virtud de la cláusula compromisoria contenida en el artículo IX, la CIJ afirmó que *prima facie* tenía jurisdicción “*ratione personae*”.

La Corte consideró que ambas partes en este caso eran partes del territorio de la ex Yugoslavia, que había depositado el instrumento de ratificación (sin reservas) respecto de la Convención de genocidio en 1950. En consecuencia analizó una nota enviada por la parte demandada en abril de 1992 a la Secretaría General de las Naciones Unidas, en la que manifestaba su voluntad de continuar la personalidad de la ex Yugoslavia respecto de los compromisos internacionales asumidos. Asimismo, a fines de 1992, Bosnia-Herzegovina transmitió al Secretario General –como depositario de la Convención de genocidio– una “Notificación de Sucesión”, con efecto retroactivo (al 06/07/1992) a la fecha de su independencia, instrumento que el Depositario transmitió al resto de los Estados partes. La parte demandada cuestionó la validez de esta Declaración, porque la “declaración de sucesión” en materia de tratados sería aplicable sólo en casos de descolonización. Por otra parte, si dicha Declaración era tomada como un instrumento de adhesión, recién sería efectiva a los noventa días de su depósito (de acuerdo con el art. XI de la Convención de genocidio⁵⁷).

⁵⁶ *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), *Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 8 April 1993, ICJ Reports 1993*, p. 14, parág. 19.

El Consejo de Seguridad estableció a través de la Resolución 9 (1946) que un Estado no parte en el Estatuto puede tener acceso a la Corte si hace una declaración aceptando la jurisdicción de la Corte bajo la Carta de la ONU, el Estatuto de la Corte y sus Reglas, comprometiéndose a cumplir de buena fe con las decisiones de la Corte y aceptando todas las obligaciones de un Estado miembro de la ONU en virtud del artículo 94 de la Carta.

⁵⁷ El artículo XI dispone: “La presente Convención estará abierta hasta el 31 de diciembre de 1949 a la firma de todos los Miembros de las Naciones Unidas y de todos los Estados no miembros a quienes la Asamblea General haya dirigido una invitación a este efecto. La presente Convención será ratificada y los instrumentos de ratificación serán depositados en la Secretaría General de las Naciones Unidas. A partir del 1º de enero de 1950, será posible adherir a la presente Convención en nombre de todo Miembro de las Naciones Unidas y de todo Estado no miembro que haya recibido la invitación arriba mencionada. Los instrumentos de adhesión serán depositados en la Secretaría de las Naciones Unidas”.

Sin embargo, la Corte observó que Bosnia-Herzegovina había sido tratada como sucesora en la Convención mencionada, y no como un nuevo Estado que se adhería. Aunque hubiese sido tratado como un caso de adhesión, a la fecha en que se presentó la demanda, ya habían transcurrido los noventa días requeridos. Por lo tanto, según la Corte no había una limitación temporal, puesto que las medidas provisionales concernían al presente y al futuro, pero no al pasado.

En consecuencia, la Corte también determinó que tenía jurisdicción *ratione materiae* respecto de dicha Convención. Con relación a la base adicional de jurisdicción presentada por la demandante, consideró que el hecho de que dicho instrumento no había sido presentado junto con la demanda no impedía que se le hiciera lugar en el curso del proceso, y decidió que dicha carta también constituía *prima facie* una base de jurisdicción. No obstante la CIJ concluyó que las medidas provisionales a indicar sólo debían tomarse en relación con la Convención de genocidio.

En una etapa posterior, mediante un fallo emitido en 1996⁵⁸, la Corte decidió definitivamente que tenía jurisdicción para entender en este caso sobre la base del artículo IX de la Convención de genocidio (descalificándose a los otros instrumentos invocados como base adicional de jurisdicción), al rechazar las excepciones preliminares planteadas por la demandada y encontrar que la demanda era admisible.

El 24/04/2001 la parte demandada presentó un pedido de revisión de este último fallo⁵⁹ dado que el 01/11/2000 el Estado de Serbia y Montenegro había sido admitido como miembro de las Naciones Unidas (según su opinión, se trataba de un “hecho nuevo” en el sentido del artículo 61 del ECIJ, el cual no era conocido ni por Serbia y Montenegro ni por la Corte en 1996). Este hecho tenía fundamental importancia para la parte demandada, ya que consideraba que antes de dicha fecha no era continuadora de la personalidad internacional legal y política de la ex Yugoslavia (no era miembro de la ONU, ni parte en el ECIJ, como así tampoco parte en la Convención de genocidio). Con respecto a la Convención de genocidio, aclaraba que dicho tratado sólo estaba abierto a miembros de las Naciones

⁵⁸ *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), *Preliminary Objections, Judgment*, 11/07/1996, *ICJ Reports 1996*, p. 595.

⁵⁹ *ICJ Press Release 2001/12*.

Unidas, o Estados no miembros que fueran “invitados” por la Asamblea General a firmar o adherirse a él. Por otra parte, el 08/03/2001 la demandada presentó una nota ante el Secretario General, solicitando la adhesión a la Convención pero con una “reserva” al artículo IX. Según la demandada, la adhesión no tenía efecto retroactivo, así como tampoco lo tenía la cláusula compromisoria, puesto que el Estado de Serbia y Montenegro nunca había aceptado el artículo IX. En virtud de ello, solicitó que la Corte suspendiera el proceso sobre el fondo del asunto hasta que se decidiera la demanda de revisión.

Con fecha 3 de febrero de 2003, la CIJ —por diez votos contra tres— falló que la solicitud de revisión de Serbia y Montenegro era inadmisibles⁶⁰. De acuerdo con la Corte, el pedido de revisión no se había fundado en un hecho existente al momento de pronunciarse el fallo y desconocido por el tribunal y por dicho Estado, requisitos exigidos por el artículo 61 del ECIJ para la revisión prospere. Puntualmente, se señaló:

70. ... the Court notes that the admission of the FRY to membership of the United Nations took place more than four years after the Judgment which it is seeking to have revised. At the time when that Judgment was given, the situation obtaining was that created by General Assembly resolution 47/1. In this regard the Court observes that the difficulties which arose regarding the FRY's status between the adoption of that resolution and its admission to the United Nations on 1 November 2000 resulted from the fact that, although the FRY's claim to continue the international legal personality of the Former Yugoslavia was not “generally accepted” (see paragraph 28 above), the precise consequences of this situation were determined on a case-by-case basis (for example, non-participation in the work of the General Assembly and ECOSOC and in the meetings of States parties to the International Covenant on Civil and Political Rights, etc.). Resolution 47/1 did not *inter alia* affect the FRY's right to appear before the Court or to be a party to a dispute before the Court under the conditions laid down by the Statute. Nor did it affect the position of the FRY in relation to the Genocide Convention. To “terminate the situation created by resolution 47/1”, the FRY had to submit a request for admission to the United Nations as had been done by the other Republics composing the SFRY. All these elements were known to the Court and to the FRY at the time when the Judgment was given.

⁶⁰ *Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections* [Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina] *Judgment*, 03/02/2003, *ICJ Reports 2003*, p. 7.

Nevertheless, what remained unknown in July 1996 was if and when the FRY would apply for membership in the United Nations and if and when that application would be accepted, thus terminating the situation created by General Assembly resolution 47/1.

71. The Court wishes to emphasize that General Assembly resolution 55/12 of 1 November 2000 cannot have changed retroactively the *sui generis* position which the FRY found itself in vis-à-vis the United Nations over the period 1992 to 2000, or its position in relation to the Statute of the Court and the Genocide Convention. Furthermore, the letter of the Legal Counsel of the United Nations dated 8 December 2000, cannot have affected the FRY's position in relation to treaties.

The Court also observes that, in any event, the said letter did not contain an invitation to the FRY to accede to the relevant conventions, but rather to "undertake treaty actions, as appropriate, as a successor State".

Por último, el 27 de febrero de 2007 la Corte emitió su fallo sobre el fondo del asunto, en el cual se resuelven cuestiones jurisdiccionales que se plantearon en el transcurso del procedimiento de fondo y que involucran al principio de cosa juzgada, como se analizará a continuación.

2. Invocación de la cosa juzgada en el fondo del asunto

Si bien la CIJ determinó en su fallo de 1996 que tenía jurisdicción en virtud del artículo IX de la Convención de genocidio, en el procedimiento de fondo se presentó un nuevo planteo jurisdiccional. La parte demandada presentó la cuestión de si al momento de la interposición de la demanda dicho Estado era o no continuador de la ex Yugoslavia. Para la demandada no lo era, así como tampoco era parte en la Convención de genocidio ni parte en el ECIJ en virtud de la membresía en las Naciones Unidas, por lo que no tenía acceso a la Corte. En consecuencia, la CIJ no tenía jurisdicción *ratione personae* sobre dicho Estado.

Paralelamente a este caso, la Corte había emitido fallo en ocho casos iniciados en 1999 por Serbia y Montenegro contra Estados miembros de la OTAN⁶¹, es decir antes de la admisión de Serbia y Montenegro a las Naciones Unidas. En dichos casos la CIJ falló en el 2004 que no tenía

⁶¹ Casos sobre la Legalidad del Uso de la Fuerza. Ver *Legality of Use of Force cases*, disponibles en <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&tp2=3>, fallos de fecha 15/12/2004.

jurisdicción sobre la base de que al momento del sometimiento de los casos a la Corte, Serbia y Montenegro no tenía acceso a la Corte en virtud del artículo 35 del Estatuto, lo que se supo recién el 1º de noviembre de 2000 oportunidad de la admisión en las Naciones Unidas como nuevo miembro⁶².

Ambas partes reconocieron que dichos fallos tenían fuerza de cosa juzgada en tales procedimientos, pero que como no habían sido rendidos en este caso en particular e involucraban a distintas partes, no constituían cosa juzgada para los propósitos del caso de la Convención de genocidio.

La parte demandante consideraba que la Corte no debía tratar cuestiones de jurisdicción en esta etapa del procedimiento, entre otras razones porque tales cuestiones ya habían sido resueltas en el fallo de 1996, con autoridad de cosa juzgada⁶³. La Corte no encontró ningún impedimento para que una parte sometiera una cuestión jurisdiccional en un procedimiento de fondo en lugar de hacerlo por vía de una objeción preliminar bajo el artículo 79 del Reglamento de la CIJ⁶⁴. De hecho en 1995 la demandada había interpuesto siete excepciones preliminares, ninguna de las cuales estaba basada en que la República Federal de Yugoslavia no era parte del ECIJ al momento relevante. Incluso la demandante había sostenido que si bien la demandada no era continuadora de la ex Yugoslavia, era parte del ECIJ⁶⁵.

Según la Corte, en el fallo de 2003 sobre revisión del fallo de jurisdicción, el cual es obligatorio para las partes y final, sin posibilidad de apelación, no contiene ninguna determinación respecto de la cuestión de si el Estado había sido o no miembro de las Naciones Unidas en 1993, puesto que la cuestión del *status* de la República Federal de Yugoslavia en 1993 no formó parte de los puntos sobre los que la Corte pronunció su fallo cuando rechazó la solicitud de revisión⁶⁶.

3. Consideraciones de la CIJ acerca de la cosa juzgada

Bosnia-Herzegovina sostuvo que los fallos de jurisdicción constituían cosa juzgada, no susceptible de apelación y, por lo tanto, su reversión por

⁶² Caso sobre la Convención de Genocidio (fondo), parág. 83.

⁶³ *Ibid.*, párgs. 85, 100.

⁶⁴ *Ibid.*, parág. 101.

⁶⁵ *Ibid.*, parág. 106.

⁶⁶ *Ibid.*, parág. 113.

parte de la Corte era incompatible con el principio de cosa juzgada y con los artículos 59 a 61 del ECIJ.

Por el contrario, la parte demandada adujo que la jurisdicción establecida podía ser cuestionada por nuevas objeciones sin contradecir el principio de cosa juzgada⁶⁷.

De acuerdo con la CIJ, “(e)ste principio significa que las decisiones de la Corte no son sólo obligatorias para las partes sino también finales, en el sentido que ellas no pueden ser reabiertas por las partes en lo que respecta a las cuestiones que han sido determinadas, salvo por procedimientos, de naturaleza excepcional, especialmente establecidos para tal propósito”⁶⁸.

Para la Corte, el principio de cosa juzgada –tanto en el ámbito internacional como nacional– tiene dos propósitos: uno general, la estabilidad en las relaciones jurídicas que requiere que el litigio llegue a su fin, y otro específico, el interés de las partes litigantes de que no se argumente sobre lo que ya fue adjudicado a una de ellas, privando así del beneficio de un fallo rendido⁶⁹.

La demandada sostenía que los fallos sobre excepciones preliminares no tenían las mismas consecuencias que los fallos de fondo, en lo que hace al principio de la cosa juzgada. Al respecto, la CIJ afirmó que el artículo 60 ECIJ cuando dice que el fallo es final no distingue entre fallos de fondo y de jurisdicción. Por lo tanto, el fallo sobre jurisdicción constituye cosa juzgada y por ello incluso puede dar lugar a un pedido de revisión bajo el artículo 61 del ECIJ⁷⁰.

Asimismo, la Corte rechazó la aplicación de las reglas de otros tribunales internacionales (tal como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Penal Internacional) que contenían autorizaciones específicas para reabrir o tratar cuestiones de jurisdicción, al considerar que tales reglas no poseían suficiente generalidad y peso como para invalidar las disposiciones claras del ECIJ y el principio de *res judicata*⁷¹.

⁶⁷ *Ibid.*, parág. 114.

⁶⁸ *Ibid.*, parág. 115.

⁶⁹ *Ibid.*, parág. 116.

⁷⁰ *Ibid.*, parág. 117.

⁷¹ *Ibid.*, parág. 119.

En cuanto a la aplicación del principio de la cosa juzgada al fallo de 1996, la Corte en primer lugar considera que dicho fallo se dirigió a resolver cuestiones vinculadas a la Convención de genocidio. Respecto de la República Federal de Yugoslavia, la Corte en dicho fallo tuvo en cuenta la intención expresada al proclamarse como Estado en el sentido de seguir obligado por todas las obligaciones de la ex Yugoslavia. La República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) ya era parte en la Convención de genocidio a la fecha de la solicitud de demanda⁷².

Pero en dicho fallo no se estableció nada acerca del *status* de la República Federal de Yugoslavia en relación con las Naciones Unidas o sobre la cuestión de si podía participar en un proceso ante la Corte⁷³. Sin embargo, la Corte aclara lo siguiente:

122. ... The Court however considers it necessary to emphasize that the question whether a State may properly come before the Court, on the basis of the provisions of the Statute, whether it be classified as a matter of capacity to be a party to the proceedings or as an aspect of jurisdiction *ratione personae*, is a matter which precedes that of jurisdiction *ratione materiae*, that is, whether that State has consented to the settlement by the Court of the specific dispute brought before it. The question is in fact one which the Court is bound to raise and examine, if necessary, *ex officio*, and if appropriate after notification to the parties. Thus if the Court considers that, in a particular case, the conditions concerning the capacity of the parties to appear before it are not satisfied, while the conditions of its jurisdiction *ratione materiae* are, it should, even if the question has not been raised by the parties, find that the former conditions are not met, and conclude that, for that reason, it could not have jurisdiction to decide the merits.

La Corte puntualiza que en el párrafo 47(2)(a) del fallo de 1996, encontró que sobre la base del artículo IX de la Convención de genocidio tenía jurisdicción para decidir la disputa. En consecuencia, dicha jurisdicción se estableció con el pleno peso de la autoridad judicial de la Corte y posee la fuerza de cosa juzgada⁷⁴.

⁷² *Ibid.*, parág. 121.

⁷³ *Ibid.*, parág. 122.

⁷⁴ *Ibid.*, parág. 123.

Sin embargo, la demandada sostuvo que para los propósitos de aplicar el principio de cosa juzgada a un fallo sobre excepciones preliminares, la parte operativa o dispositiva del fallo a ser tomada en cuenta a los efectos de la cosa juzgada es la decisión que rechaza las excepciones preliminares específicas, pero no la decisión por la que la Corte retiene la jurisdicción. Es decir que sólo las cláusulas de un fallo sobre excepciones preliminares que están dirigidas a poner fin a esas excepciones poseen la fuerza de cosa juzgada, lo cual es consistente con la opinión de que pueden presentarse más adelante nuevas excepciones a la jurisdicción⁷⁵.

De acuerdo con la Corte, el propósito del artículo 79 de su Reglamento no es limitar la fuerza de cosa juzgada de un fallo sobre excepciones preliminares ni tampoco, en dicho fallo, la fuerza se limita necesariamente a las cláusulas de la parte dispositiva que rechaza las excepciones en particular. Las cuestiones sobre los límites de la cosa juzgada de un fallo deben determinarse en cada caso concreto, teniendo en cuenta el contexto en el cual el fallo fue rendido⁷⁶. La Corte agrega que:

126. For this purpose, in respect of a particular judgment it may be necessary to distinguish between, first, the issues which have been decided with the force of *res judicata*, or which are necessarily entailed in the decision of those issues; secondly any peripheral or subsidiary matters, or *obiter dicta*; and finally matters which have not been ruled upon at all. Thus an application for interpretation of a judgment under Article 60 of the Statute may well require the Court to settle “[a] difference of opinion [between the parties] as to whether a particular point has or has not been decided with binding force” (*Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów)*, Judgment No. 11, 1927, P.C.I.J. Series A, No. 13, pp. 11-12). If a matter has not in fact been determined, expressly or by necessary implication, then no force of *res judicata* attaches to it; and a general finding may have to be read in context in order to ascertain whether a particular matter is or is not contained in it.

Sin embargo, según la Corte, el hecho de que un fallo pueda, además de rechazar excepciones preliminares específicas, contener una determinación acerca de que “la Corte tiene jurisdicción” en el caso no impide

⁷⁵ *Ibid.*, parág. 124.

⁷⁶ *Ibid.*, parág. 125.

necesariamente el examen subsiguiente de cuestiones jurisdiccionales no resueltas en aquel fallo con carácter de cosa juzgada⁷⁷.

En este procedimiento se citaron varios casos previos de la CIJ donde en la etapa del fondo del asunto se trataron cuestiones de jurisdicción (casos del *Canal de Corfú*, de la *Jurisdicción en materia de pesquerías*, entre otros). Pero la Corte diferencia dichos asuntos del *caso sobre la Convención de genocidio*. En aquellos casos, la decisión sobre cuestiones jurisdiccionales que se podía tomar en la etapa de fondo no contradecía las cuestiones ya resueltas en el fallo previo⁷⁸. En cambio, en el *caso sobre la Convención de genocidio* de hacerse lugar al nuevo planteo de jurisdicción se estaría revirtiendo el fallo de 1996.

Para la demandada, la cosa juzgada no impedía a la Corte examinar en esta instancia si la República Federal de Yugoslavia había tenido acceso a la Corte bajo el artículo 35 ECIJ, puesto que esa cuestión nunca había sido decidida en este caso⁷⁹. Sin embargo para la CIJ, el hecho de que no hubiera tomado posición definitiva sobre el *status* jurídico de la República Federal de Yugoslavia respecto de la Carta de las Naciones Unidas y el ECIJ no significaba que la Corte no fuera conciente en 1996 de las dificultades jurídicas en torno a la solución que se adoptó en las Naciones Unidas sobre la continuación de la membresía de la ex Yugoslavia⁸⁰. De hecho en enero de 2000, Serbia y Montenegro alegaba ser un Estado miembro de las Naciones Unidas y, por ende, parte en el Estatuto de la Corte. No obstante, para la Corte las dificultades se disiparon cuando la demandada abandonó su posición de que era continuadora de la ex Yugoslavia en la ONU y solicitó su admisión como nuevo miembro en las Naciones Unidas⁸¹.

⁷⁷ *Ibid.*, parág. 127.

⁷⁸ *Ibid.*, parág. 128. Según la Corte: “In the *Fisheries Jurisdiction* cases, the issues raised related to the extent of the jurisdiction already established in principle with the force of *res judicata*; in the *Military and Paramilitary Activities* case, the Court had clearly indicated in the 1984 Judgment that its finding in favour of jurisdiction did not extend to a definitive ruling on the interpretation of the United States reservation to its optional clause declaration”.

⁷⁹ *Ibid.*, parág. 129. De hecho se señaló que la propia Corte en fallos posteriores dictados en los casos sobre la *Legalidad del uso de la fuerza* sostuvo que “[t]he question of the status of the Federal Republic of Yugoslavia in relation to Article 35 of the Statute was not raised and the Court saw no reason to examine it” (por ejemplo ver *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *ICJ Reports 2004*, p. 311, parág. 82).

⁸⁰ *Ibid.*, parág. 130.

⁸¹ *Ibid.*, parág. 131.

Al respecto, la Corte afirmó lo siguiente:

133. In the view of the Court, the express finding in the 1996 Judgment that the Court had jurisdiction in the case *ratione materiae*, on the basis of Article IX of the Genocide Convention, seen in its context, is a finding which is only consistent, in law and logic, with the proposition that, in relation to both Parties, it had jurisdiction *ratione personae* in its comprehensive sense, that is to say, that the status of each of them was such as to comply with the provisions of the Statute concerning the capacity of States to be parties before the Court.

.....

135. That the FRY had the capacity to appear before the Court in accordance with the Statute was an element in the reasoning of the 1996 Judgment which can -and indeed must- be read into the Judgment as a matter of logical construction. That element is not one which can at any time be reopened and re-examined, for the reasons already stated above. As regards the passages in the 2004 Judgments relied on by the Respondent, it should be borne in mind that the concern of the Court was not then with the scope of *res judicata* of the 1996 Judgment, since in any event such *res judicata* could not extend to the proceedings in the cases that were then before it, between different parties. It was simply appropriate in 2004 for the Court to consider whether there was an expressly stated finding in another case that would throw light on the matters before it. No such express finding having been shown to exist, the Court in 2004 did not, as it has in the present case, have to go on to consider what might be the unstated foundations of a judgment given in another case, between different parties.

De acuerdo con la Corte, el fallo de 1996 contenía una conclusión –sea considerada como de jurisdicción *ratione personae* o como previa a las cuestiones de jurisdicción– que se deriva de la lógica de su razonamiento, referida a la capacidad de la República Federal de Yugoslavia para presentarse ante la Corte de acuerdo con su Estatuto. La fuerza de cosa juzgada que posee el fallo se extiende también a este razonamiento en particular⁸².

Para la demandada, sin embargo, el acceso de un Estado a la Corte era algo tan fundamental que desplazaba al principio de la cosa juzgada. Una conclusión respecto del acceso a la Corte no se tornaba en definitiva sino hasta el fallo final a dictarse en el procedimiento, puesto que no podía

⁸² *Ibid.*, parág. 136.

concebirse que la Corte emitiera un fallo con relación a un Estado sobre el cual no puede ejercer su función judicial⁸³. Además, de acuerdo con la demandada, la jurisdicción de la Corte deriva de un tratado, que es el Estatuto, el cual no pudo haber dotado al fallo de 1996 de ningún efecto ya que el Estado demandado no era parte del Estatuto a esta fecha. En conclusión, los artículos 36(6), 59 y 60 del ECIJ no representaban una disposición convencional obligatoria que proveyera de una base posible para que la Corte decidiera su jurisdicción con fuerza de cosa juzgada⁸⁴.

La Corte no estuvo de acuerdo con la postura de la demandada por considerar que era inconsistente con la naturaleza del principio de *res judicata*. Al respecto, afirmó:

138. ...That principle signifies that once the Court has made a determination, whether on a matter of the merits of a dispute brought before it, or on a question of its own jurisdiction, that determination is definitive both for the parties to the case, in respect of the case (Article 59 of the Statute), and for the Court itself in the context of that case. However fundamental the question of the capacity of States to be parties in cases before the Court may be, it remains a question to be determined by the Court, in accordance with Article 36, paragraph 6, of the Statute, and once a finding in favour of jurisdiction has been pronounced with the force of *res judicata*, it is not open to question or re-examination, except by way of revision under Article 61 of the Statute. There is thus, *as a matter of law*, no possibility that the Court might render “its final decision with respect to a party over which it cannot exercise its judicial function”, because the question whether a State is or is not a party subject to the jurisdiction of the Court is one which is reserved for the sole and authoritative decision of the Court.

Según la Corte “*res judicata pro veritate habetur*” y la verdad judicial en el contexto de un caso está solamente sujeta al mecanismo de revisión de fallos establecido en su Estatuto. Esto es una exigencia de la naturaleza de la función judicial y la necesidad universalmente reconocida de la estabilidad de las relaciones jurídicas⁸⁵.

En conclusión, como el principio de cosa juzgada impide reabrir la decisión adoptada en el fallo de 1996, la Corte reafirma su jurisdicción en

⁸³ *Ibid.*, parág. 137.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*, parág. 139.

este caso. Esta conclusión se aplica tanto respecto de la cuestión de si la demandada era a la fecha del inicio del procedimiento un Estado con capacidad para estar ante la Corte de acuerdo con su Estatuto, como a la cuestión de si era parte en la Convención de genocidio, ya que sobre este último punto el fallo de 1996, según aclara la Corte, fue explícito⁸⁶.

Cabe aclarar que la CIJ no estimó necesario tratar las alegaciones de *estoppel* o *forum prorogatum* planteadas por la demandante, vinculadas a las cuestiones de jurisdicción que se analizaron *supra*⁸⁷.

La decisión de la Corte respecto de la aplicación del principio de cosa juzgada fue adoptada por mayoría, ya que cinco magistrados votaron en contra, incluyendo uno de los jueces *ad hoc*.

Las referencias hechas por la Corte al determinar la fuerza de cosa juzgada de las nuevas cuestiones jurisdiccionales planteadas por “logical construction” o por “necessary implication” resultan sumamente cuestionables y han sido objeto de opiniones adversas en el seno del propio tribunal.

Los jueces Ranjeva, Shi y Koroma, en su opinión disidente, consideraron que la Corte en este fallo, apoyándose en el principio de cosa juzgada, había dejado de lado dos cuestiones que eran centrales para la determinación de la jurisdicción de la Corte: 1) si Serbia y Montenegro era un Estado miembro de las Naciones Unidas al momento en que el caso fue llevado ante la Corte y 2) si era parte o estaba obligado por la Convención de genocidio. Estos magistrados resaltan la importancia de la determinación de la cuestión de la membresía de la ONU en este caso ya que es una de las formas bajo la cual un Estado puede acceder a la Corte, de acuerdo con el artículo 35 ECIJ, y tener asimismo derecho a ser parte en la Convención de genocidio, en virtud del artículo XI⁸⁸.

Según su posición, la Corte consideró que el fallo de 1996 hacía cosa juzgada en lo referido a la jurisdicción *ratione personae* cuando la cuestión del acceso a la Corte ni siquiera había sido tratada o decidida en dicha

⁸⁶ *Ibid.*, parág. 140.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Caso sobre la Convención de Genocidio (fondo), *Joint Dissenting Opinion of Judges Ranjeva, Shi and Koroma*, parág. 2.

sentencia: dicha cuestión no fue planteada en ese momento por las partes ni discutida directa o indirectamente en el fallo de 1996. Estos magistrados consideran que la Corte no podía rehusarse a considerar en su fallo de fondo requisitos exigidos constitucional y estatutariamente basándose en la cosa juzgada, puesto que la *res judicata* sólo se aplica a materias que hayan sido adjudicadas y decididas por el tribunal de manera razonada (el artículo 56 del ECIJ requiere que el fallo sea “motivado”). En efecto, en palabras de estos jueces, el fallo de 1996 no estipuló los principios jurídicos sobre los cuales se decidió la cuestión del acceso a la Corte ni cómo tales principios eran aplicados⁸⁹, por lo tanto la Corte no podía alegar cosa juzgada para dejar de considerar la jurisdicción *ratione personae* en este caso. La cosa juzgada se aplica cuando hay identidad de partes, de causa y de objeto en relación con los procesos anterior y subsecuente en el mismo caso. Sin embargo, estos magistrados aclaran que la cosa juzgada “no es un principio absoluto” y no impide el tratamiento de cuestiones que pueden ser apropiadas en las circunstancias del caso, ya que las cuestiones jurisdiccionales pueden ser llevadas ante el tribunal en cualquier momento. Además, una parte puede invocar cuestiones jurídicamente distintas pero que se originan en los mismos hechos, sin que la cosa juzgada constituya un obstáculo para ello⁹⁰.

Los magistrados Ranjeva, Shi y Koroma también llaman la atención al hecho de que en los fallos sobre jurisdicción de 2004 de los casos sobre la *Legalidad del uso de la fuerza*, la Corte señaló que la cuestión del *status* de la República Federal de Yugoslavia en relación con el artículo 35 ECIJ no había sido planteada en ese caso y, por lo tanto, no había razón para examinarla⁹¹. Por lo tanto, según su opinión, la decisión tomada en el fallo de fondo de la Convención de genocidio por “construcción lógica” de un razonamiento que debió ser leído en el fallo de 1996 resultaba totalmente inconsistente con la conclusión del fallo de 2004. Por otra parte, el objeto y efecto de la cosa juzgada a los fines de la jurisdicción *ratione personae* debió ser determinado con referencia al derecho del caso en cuestión, es

⁸⁹ *Ibid.*, parág. 3.

⁹⁰ *Ibid.*, parág. 4.

⁹¹ Ver, por ejemplo, *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, ICJ Reports 2004, p. 311, parág. 82.

decir si las partes tenían acceso a la Corte y si los requisitos de la Carta de la ONU y el ECIJ se habían cumplido⁹².

La propia Corte ha dicho en los casos sobre la *Legalidad del uso de la fuerza* que la cuestión del acceso a la Corte no era una cuestión de consentimiento sino un requisito estatutario⁹³. De hecho, en ese caso la Corte sostuvo que Serbia y Montenegro no era miembro de las Naciones Unidas en 1999, momento en que se inició dicho asunto, y reconoció que hasta la admisión como nuevo miembro en la Organización, el *status* de dicho Estado en relación con la Carta y el Estatuto no había sido claro. Por lo tanto, no podía ahora la Corte considerar que la cuestión había sido decidida en 1996, cuando ella misma se había referido a la incertidumbre de la membresía de Serbia y Montenegro durante ese “periodo anómalo”⁹⁴. Si Serbia y Montenegro no era miembro de la ONU en 1999 tampoco podía serlo en 1993, cuando se presentó el caso sobre la Convención de genocidio a la Corte. En consecuencia, la demandada no encuadraba en uno de los dos métodos por los que podía acceder a la Convención de genocidio en virtud de su artículo XI (el otro método requería la invitación de la Asamblea General)⁹⁵.

La Corte en su fallo de 1996, como ya se mencionó *supra*, consideró que la demandada era parte en la Convención de genocidio en 1993 por la proclamación que había hecho en cuanto a que se respetarían todos los compromisos asumidos internacionalmente por la ex Yugoslavia, advirtiendo que su carácter de parte en dicho tratado no había sido objetado. Para Ranjeva, Shi y Koroma, entonces, la Corte habría actuado sobre la base del *estoppel* más que de la cosa juzgada; siendo que el *estoppel* es un principio que tiene una función distinta del de cosa juzgada sobre la cuestión de la jurisdicción, no puede ser reemplazado por la cosa juzgada ni suplir a los requisitos de la Carta de la ONU ni del ECIJ⁹⁶.

⁹² Caso sobre la Convención de Genocidio (fondo), *Joint Dissenting Opinion of Judges Ranjeva, Shi and Koroma*, parág. 6.

⁹³ *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, ICJ Reports 2004, p. 295, parág. 36.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 309, parág. 74. Ver caso sobre la Convención de Genocidio (fondo), *Joint Dissenting Opinion of Judges Ranjeva, Shi and Koroma*, parágs. 12-13.

⁹⁵ *Ibid.*, parág. 13.

⁹⁶ *Ibid.*, parág. 14.

Respecto de la cuestión de si la cláusula compromisoria contenida en la Convención de genocidio podía encuadrar en lo dispuesto por el artículo 35, inciso 2 del ECIJ, los magistrados disidentes sostuvieron:

15...[En la providencia de 1993 sobre medidas provisionales] (t)he Court considered that Article IX of the Genocide Convention could be regarded prima facie as a special provision in a treaty in force within the meaning of Article 35, paragraph 2. However, following comprehensive consideration of the matter the Court, in its Judgment in the *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)* case, concluded that “the special provisions contained in treaties in force” (*I.C.J. Reports 2004*, p. 324, para. 113) to which Article 35, paragraph 2, applies are those “in force at the date of the entry into force of the new Statute” (*ibid.*)- a condition which would exclude the Genocide Convention (entry into force 12 January 1951).

16. It is against this background that the Court found in its Judgment in the *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)* case that the FRY was not a Member of the United Nations in 1999 and that the Genocide Convention did not contain any of “the special provisions contained in treaties in force” (*ibid.*, para. 114)⁹⁷.

En efecto, en los casos sobre la *Legalidad del uso de la fuerza*, la CIJ interpretó el artículo 35, inciso 2 del Estatuto a la luz del homónimo artículo contenido en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, donde la expresión “las disposiciones especiales de los tratados vigentes” se refería a los tratados en vigor a la fecha de la adopción de aquel Estatuto⁹⁸. Como para la Corte no existía ninguna circunstancia o consideración (objeto y fin del texto, trabajos preparatorios) que diera sostén a una interpretación alternativa de que dicha disposición pudiera ser aplicada para otorgar jurisdicción a Estados no partes en el Estatuto sin otra condición más que la existencia del tratado, entonces concluyó que no se aplica a tratados suscriptos con posterioridad, como era el caso de la Convención de genocidio⁹⁹.

Los magistrados disidentes se refieren además a otro factor que consideran que atenta contra la consistencia de la jurisprudencia de la CIJ respecto de la cosa juzgada. En el fallo de fondo del caso sobre la

⁹⁷ *Ibid.*, parágs. 15-16.

⁹⁸ *Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, ICJ Reports 2004, p. 295, parág. 113.

⁹⁹ *Ibid.*, parágs. 113-114.

Convención de genocidio la Corte decidió que las consideraciones de derecho que hiciera estarían dirigidas sólo a Serbia, aunque la demanda se hubiera presentado contra Serbia y Montenegro. Pero el fallo de 1996 sobre objeciones a la jurisdicción, que constituyó la base de la cosa juzgada, se dirigió a la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro). Por lo tanto, estos magistrados consideran que si las conclusiones de la Corte no pueden ser reabiertas por hechos posteriores, resulta dificultoso reconciliar el *dictum* de la Corte con la posición de *res judicata* que había tomado sobre el fallo de 1996¹⁰⁰.

En la misma línea, el juez Skotnikov tampoco compartió que la Corte se amparara en el principio de cosa juzgada para crear “realidades paralelas”, haciendo referencia al fallo de 2004 emitido en los casos sobre la *Legalidad del uso de la fuerza*, donde la Corte reconoció que Serbia y Montenegro no había sido miembro de las Naciones Unidas al momento de la interposición de la demanda y, consecuentemente, no era un Estado parte en el ECIJ ni podía tener acceso a la Corte. Según este magistrado, el fallo de fondo podía traer conflicto con hechos jurídicos determinados por entidades distintas de la Corte e incluso con sus propias conclusiones alcanzadas en un caso diferente sobre hechos similares. Además, la posición de la Corte se basa en la interpretación del principio de cosa juzgada en procedimientos incidentales como absoluto y exhaustivo –interpretación que se aparta de la propia jurisprudencia de la Corte respecto del carácter no exhaustivo del procedimiento sobre objeciones preliminares– y limita el deber del tribunal de actuar *motu proprio* para asegurarse en todas las etapas del procedimiento que tiene jurisdicción para entender en el caso. Asimismo, el juez Skotnikov advierte que la Corte se contradijo cuando en la etapa del fondo del asunto autorizó al Secretario a informarle a la demandada que si Serbia y Montenegro lo deseaban podían interponer argumentos sobre cuestiones jurisdiccionales durante las audiencias orales, agregando que la propia Corte tenía derecho a considerar *motu proprio* cuestiones de jurisdicción ya que era su deber determinar que poseía jurisdicción para entender en el caso¹⁰¹.

Al respecto, el juez *ad hoc* Kreća, previo a manifestar su desacuerdo con la decisión de la mayoría de la Corte, efectuó consideraciones teóricas

¹⁰⁰ Caso sobre la Convención de Genocidio (fondo), *Joint Dissenting Opinion of Judges Ranjeva, Shi and Koroma*, parág. 18.

¹⁰¹ Caso sobre la Convención de Genocidio (fondo), *Declaration of Judge Skotnikov*.

respecto del principio de cosa juzgada. Así expresó que de acuerdo con el ECIJ, en la sustancia de la cosa juzgada pueden distinguirse dos componentes: uno procesal –el fallo es definitivo e inapelable (art. 60 ECIJ)– y el otro sustantivo –el fallo sólo es obligatorio para las partes y respecto del caso particular (art. 59 ECIJ)–¹⁰². El efecto primario del primero es la preclusión del reclamo, lo que significa que no se permite una acción judicial futura sobre la misma causa (*non bis in idem*), mientras que el efecto del segundo está vinculado a la validez jurídica de la decisión de la Corte “como una individualización del derecho objetivo en un asunto concreto” (*pro veritate accipitur*) y también la exclusión de la aplicación del principio del *stare decisis*¹⁰³. El componente procesal se funda en consideraciones de seguridad jurídica y predictibilidad, sumado a cuestiones de economía procesal. En cambio el componente sustantivo protege esencialmente la autoridad de la Corte como corte de derecho y la legitimidad de sus decisiones: “la fuerza obligatoria de las decisiones de la Corte deriva de la naturaleza de la función judicial independientemente de la naturaleza y del contenido de la decisión de la Corte”¹⁰⁴. Sin embargo, Kreća puntualiza que al igual que la cosa juzgada existen otras reglas fundamentales de naturaleza objetiva que rigen la actividad judicial de la Corte. Entonces, para Kreća el carácter final o definitivo de un fallo es más bien un término elástico que no prohíbe necesariamente su re-examen, puesto que la revisión en virtud del artículo 61 ECIJ constituye una excepción al principio de cosa juzga, que afecta la validez de un fallo final, del mismo modo que el principio *compétence de la compétence* y la presentación de objeciones no preliminares a la jurisdicción ya afirmada por la Corte mediante un fallo sobre objeciones preliminares¹⁰⁵. Según el juez *ad hoc*:

6. ... As the effects of *res judicata* attach only to decisions brought *lege artis*, in accordance with the rules, procedural and substantive, of the law applied by the Court, it could be said that the exceptions to the finality of a Court judgment constitute a part of the substance of *res judicata*.

¹⁰² Caso sobre la Convención de Genocidio (fondo), *Separate Opinion of Judge ad hoc Kreća*, parág. 2.

¹⁰³ *Ibid.*, parág. 3.

¹⁰⁴ *Ibid.*, parág. 4.

¹⁰⁵ *Ibid.*, parág. 5.

Consequently, finality of the Court's judgments within the law applied by the Court may be relative or absolute. Only for the latter can it be said that finality is tantamount to *res judicata* in terms of irrevocability.

The judgment (*sententia*) and *res judicata* in the sense of a final and irrevocable decision of the Court obviously are not identical notions. The judgment as such is *res judicans* while *res judicata est causa sine finem controversiae accepit*.

De acuerdo con el juez *ad hoc* Kreća, cuando se caracteriza a un fallo sobre objeciones preliminares como definitivo (o final), ello significa que después de ser pronunciado ninguna de las partes puede presentar nuevas objeciones preliminares con el objeto de revivir ese procedimiento, tal como dispone el artículo 79 del ECIJ¹⁰⁶. Los efectos de la cosa juzgada, como los que caracterizan al proceso de fondo, sólo se presentan en el fallo de excepciones preliminares cuando la objeción es aceptada¹⁰⁷, lo que no ocurre en este caso bajo análisis.

Kreća opina que el fallo de la mayoría de la Corte se basó en una percepción muy restringida de la cosa juzgada ya que se limitó a reducir la estructura de esta regla sólo a un elemento, el de la fuerza obligatoria (aspecto sustantivo), mientras que la cuestión crucial en este caso giraba en torno al carácter definitivo del fallo de 1996. La Corte no tuvo en cuenta otros medios jurídicos disponibles que le permitían reconsiderar la cuestión de la jurisdicción¹⁰⁸ ni dio respuesta a la cuestión de si la demandada tenía derecho de aparecer ante la Corte o no bajo el artículo 35 del Estatuto¹⁰⁹.

¹⁰⁶ *Ibid.*, parág. 8.

¹⁰⁷ *Ibid.*, parág. 10.

¹⁰⁸ *Ibid.*, parágs. 21-22.

¹⁰⁹ *Ibid.*, parág. 28. Según Kreća, la Corte evitó tratar claramente la cuestión en el fallo de 1996: "The majority simply closed their eyes to the relevant issue, as if it did not exist at all. A characteristic feature of the second position, elaborated in the Judgment in *Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 (2001)*, is the attempt to construct a *sui generis* position of the Respondent vis-à-vis the United Nations in the period 1992-2000. It is some type of explanation for the tacit treatment of the Respondent as a State having *jus standi* before the Court". *Ibid.*

Asimismo, según el juez *ad hoc*, en el fallo de fondo la mayoría de la Corte formuló una tercera posición modificada: "Specifically, the third position accepts the incontestable fact that the Respondent was admitted, by decision of the competent political organs of the United Nations, to membership of the world Organization on 1 November 2000 (paragraph 99) as a new member, but it avoids accepting the necessary consequences of that fact as regards the Respondent's *jus standi* relying on an erroneous perception of the *res judicata*

Asimismo, el juez *ad hoc* Kreća, luego de describir su teoría acerca de las diferencias entre *jus standi* y jurisdicción *ratione personae*, considera que la mayoría de la Corte incurrió en confusiones al respecto¹¹⁰ y no resolvió la cuestión determinante del *jus standi* de la parte demandada.

Fuera de la Corte, el fallo de 2007 tampoco estuvo libre de críticas, en lo que respecta a la aplicación del principio de cosa juzgada¹¹¹. Los juristas se plantean cómo pudo tener fuerza de cosa juzgada un argumento que las partes nunca plantearon ante la Corte¹¹² –ni fue analizado de oficio–, por lo que, a la luz de los elementos del principio de cosa juzgada, tal argumento no podría integrar el *petitum* ni la causa *petendi* de un litigio¹¹³. Fundamentos no jurídicos han sido esbozados para tratar de entender o explicar la conclusión de la Corte¹¹⁴.

rule. However, in another dispute in which Serbia and Montenegro was involved, namely, the *Legality of Use of Force* cases, the Court decided that the act of admission of Serbia and Montenegro to United Nations membership was determinative as regards *jus standi*. This sharp contradiction in determining the legal consequences of the admission of Serbia and Montenegro as regards its *jus standi* before the Court perhaps vindicates, Honoré de Balzac’s cynicism in observing that ‘Les lois sont des toiles d’araignées à travers lesquelles passent les grosses mouches et où restent les petites’” [notas al pie omitidas]. *Ibid.*

¹¹⁰ Ver caso sobre la Convención de Genocidio (fondo), *Separate Opinion of Judge ad hoc Kreća*, parág. 35. Kreća afirma que “*Jus standi* can be perceived as an element of jurisdiction *ratione personae* only if in a descriptive sense or if jurisdiction *ratione personae* is understood *lato sensu* to comprise different legal concepts set out in Articles 35 and 36 of the Statute. *Jus standi* can be perceived as an element of jurisdiction *ratione personae* only if in a descriptive sense or if jurisdiction *ratione personae* is understood *lato sensu* to comprise different legal concepts set out in Articles 35 and 36 of the Statute”. *Ibid.*

¹¹¹ Ver F. Graving, “The International Court of Justice muddles jurisdiction in Yugoslav Genocide Case”, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, v. 15 (2007), pp. 29-59. Este jurista ejercita cuál podría haber sido la respuesta de la Corte en lugar de basarse en la cosa juzgada que, según su opinión, “was an unnecessary embarrassment” (pp. 56-57). Ver también Y. Blum, “Was Yugoslavia a Member of The United Nations in the years 1992-2000?”, *A.J.I.L.*, v.101 (2007), pp. 811-818.

¹¹² S. Wittich, “Permissible derogation from mandatory rules? The problem of party status in the Genocide case”, *European Journal of International Law*, v. 18 (2007), p. 605.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Para Wittich, “(t)he ambiguous practice of the political organs of the United Nations with regard to the status of Yugoslavia produced a legally absurd result that did not lend itself to an easy solution by the ICJ [...] while from the strictly legal point of view, it would have been tenable for the Court to annul its 1996 preliminary objections judgment and decline jurisdiction in 2007, such a decision would not have been a realistic alternative in terms of legal policy [...] no doubt would have caused a decline in the Court’s credibility not just within the community of international lawyers but also in the general public”. *Ibid.*, p. 618.

IV. Conclusiones

La decisión de la Corte respecto de la afirmación de su jurisdicción *ratione personae* en este caso con fundamento en el principio de cosa juzgada no resulta del todo convincente en el fallo de 2007. Más aún cuando se conocen los fundamentos dados por los jueces disidentes en este punto.

Si bien en teoría la Corte no se aparta de las consideraciones generales sobre el principio de *res judicata* reconocidas por la doctrina y la jurisprudencia internacionales, en la práctica resulta dificultoso comprender cómo puede aplicarse dicho principio respecto de una cuestión que no fue debidamente analizada o fundamentada en el fallo cuya autoridad de cosa juzgada se invoca.

La Corte reafirmó su posición sobre la existencia de *jus standi* de la demandada “por inferencia” de las conclusiones del fallo de 1996 (que en virtud del principio de cosa juzgada no podía rever), donde había concluido que como la demandada era parte en la Convención de genocidio tenía jurisdicción en la disputa.

Para determinar si la Corte posee jurisdicción *ratione personae* es necesario evaluar el requisito del *jus standi* del Estado demandado a la luz de las disposiciones contenidas en la Carta de las Naciones Unidas y el ECIJ. El artículo 35 del Estatuto dispone en su inciso 1 que la Corte estará abierta a los Estados partes en el Estatuto; en su inciso 2 que las condiciones bajo las cuales la Corte estará abierta a otros Estados serán fijadas por el Consejo de Seguridad con sujeción a las disposiciones especiales de los tratados vigentes y en su inciso 3 que cuando un Estado no miembro de las Naciones Unidas sea parte en un asunto, la Corte fijará la cantidad con que dicha parte debe contribuir a los gastos de la Corte. Ahora –desde su admisión como nuevo miembro en la ONU– sabemos que la demandada no era miembro de las Naciones Unidas ni parte en el ECIJ al momento de la interposición de la demanda, por lo tanto no se daría el supuesto previsto en el artículo 35, inciso 1 del ECIJ. Resta evaluar si la demandada puede tener *jus standi* a la luz del inciso 2. El Consejo de Seguridad estableció a través de la Resolución 9 (1946) que un Estado no parte en el Estatuto puede tener acceso a la Corte si hace una declaración aceptando la jurisdicción de la

Corte bajo la Carta de la ONU, el Estatuto de la Corte y sus Reglas, comprometiéndose a cumplir de buena fe con las decisiones de la Corte y aceptando todas las obligaciones de un Estado miembro de la ONU en virtud del artículo 94 de la Carta. Esta circunstancia no se dio ni fue evaluada por la Corte en su fallo de 1996.

Los jueces disidentes han hecho un esfuerzo por reconstruir el razonamiento de la Corte por el que concluyera con autoridad de cosa juzgada que la República Federal de Yugoslavia poseía *jus standi*. Como vimos, en la decisión sobre medidas provisionales la Corte sostuvo *prima facie*, porque se trataba de un procedimiento sobre medidas provisionales – por lo tanto no puede hacer cosa juzgada–, que en virtud del artículo 35, inciso 2 ECIJ, un procedimiento podía ser válidamente instituido por un Estado contra otro que no fuera parte en el Estatuto pero que fuera parte en una disposición de un tratado en vigor, independientemente de las condiciones establecidas por el Consejo de Seguridad en su Resolución 9 de 1946. Sin embargo, esta cuestión no fue retomada ni analizada en el fallo de 1996. No sólo eso, sino que en los casos de la *Legalidad del uso de la fuerza*, la misma Corte concluyó que incluso asumiendo que Serbia y Montenegro hubieran sido partes en la Convención de genocidio en la fecha relevante, el artículo 35, inciso 2 del Estatuto no proveía de una base para acceder a la Corte por el artículo IX de aquella Convención, ya que ésta había entrado en vigor en 1951, es decir después de la entrada en vigor del Estatuto.

Tal vez habría sido más conveniente, desde el punto de vista jurídico, en lugar de aplicar el principio de cosa juzgada, que la Corte considerara la cuestión en el fallo de fondo y la analizara, sin perjuicio de llegar a las mismas conclusiones a las que llegó provisionalmente en la primera decisión sobre medidas provisionales de 1993 sobre la interpretación del artículo 35, inciso 2 del Estatuto y en el fallo de 1996 respecto de la afirmación de la jurisdicción en este caso. Porque queda claro que después de 14 años de proceso la Corte no podía –al menos sin afectar su credibilidad– manifestarse a favor de la falta de jurisdicción en este asunto.

EL CONCEPTO DE GENOCIDIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL A LA LUZ DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL CASO BOSNIA Y HERZEGOVINA C/ SERBIA Y MONTENEGRO

*Paula M. Vernet y Marcos Nelio Mollar**

SUMARIO: I. Introducción; II. Concepto de genocidio; A) Antecedentes jurídicos; B) Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; C) Evolución posterior del concepto de genocidio; D) Elementos del Crimen de Genocidio; III. El genocidio como crimen de Estado a la luz de la sentencia de la CIJ sobre la “Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de genocidio” (26/2/07); A) La obligación del Estado de no cometer genocidio; B) La obligación de no cometer genocidio: ¿responsabilidad penal o responsabilidad internacional del Estado?; C) La intención de cometer genocidio; D) La atribución del crimen de genocidio al Estado; E) Obligación de prevenir y sancionar el crimen de genocidio; IV. Conclusión.

I. Introducción

En febrero de 2007 la Corte Internacional de Justicia (CIJ) tuvo oportunidad de analizar y expedirse sobre el concepto de genocidio en el caso *sobre la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio - Bosnia y Herzegovina c/ Serbia y Montenegro*¹.

El presente trabajo tiene por objeto examinar el concepto de genocidio en el derecho internacional actual. A tal fin se estudiará en primer lugar el mencionado crimen y su evolución en el derecho internacional a través de

* Paula M. Vernet es profesora de Derecho Internacional Público en la Universidad Católica Argentina, Universidad Austral, y jefe de trabajos prácticos en la Universidad de Buenos Aires. Se desempeña además como consultor jurista internacional en la Comisión Nacional del Límite Exterior de la Plataforma Continental y es miembro consultor del CARI.

Marcos Nelio Mollar es profesor asistente de Organismos Internacionales en la Universidad Católica Argentina y jefe de trabajos prácticos de Derecho Internacional Público en la Universidad de Buenos Aires. Es además miembro del Instituto de Derecho Internacional del CARI.

¹ Ver texto completo en <http://www.icj-cij.org>.

los distintos instrumentos jurídicos adoptados desde la creación de Naciones Unidas. Ello permitirá luego, analizar la interpretación que hace la Corte Internacional de Justicia a la hora de aplicar la Convención de Genocidio a un caso concreto en el que se señala a un Estado como responsable del crimen.

El ejercicio resulta sumamente interesante, pues la jurisprudencia anterior sobre genocidio se refiere a cuestiones de responsabilidad internacional individual, mientras que en este caso la responsabilidad pretende atribuirse a un Estado y por primera vez un tribunal internacional debe fallar sobre esta cuestión.

La Doctrina no se ha mostrado indiferente ante este fallo, que ha recibido tanto elogios como duras críticas. Pretendemos entonces resaltar las cuestiones controvertidas y exponer las distintas opiniones de los juristas, a fin de intentar precisar el sentido y alcance del concepto de genocidio en el derecho internacional.

II. Concepto de genocidio

A) Antecedentes jurídicos

Durante la Segunda Guerra Mundial comenzó a crearse una conciencia sobre la necesidad de entablar juicios por violaciones graves a las leyes de la guerra, teniendo en cuenta tanto la responsabilidad de los Estados como la responsabilidad individual. Así, al finalizar la guerra, el Estatuto de Londres del 8 de agosto de 1945 para el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, clasificó los delitos objeto de juzgamiento en: crímenes contra la paz; conspiración y complot; crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad; es precisamente la aparición de esta última categoría delictiva el antecedente inmediato y primero de una medida efectiva para la represión del genocidio². A diferencia del concepto de genocidio dado en la Convención específica, como veremos más adelante, el Estatuto de Londres sólo preveía este delito exclusivamente como crimen cometido durante la guerra.³ Los procesos de Núremberg y Tokio contribuyeron a la formación

² GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., *Genocidio, su Prevención y Represión*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aries, 1961, p. 16.

³ Con anterioridad habían existido algunos proyectos y propuestas tendientes a condenar y sancionar el genocidio pero ninguno de ellos se llegó a concretar. Así, Lemkin en la V

de jurisprudencia con respecto a la responsabilidad penal individual en el derecho internacional. “La experiencia jurisdiccional de Nüremberg y Tokio marcó el inicio de un proceso gradual de formulación precisa y de consolidación de principios y normas, durante el cual algunos Estados y organizaciones internacionales [...] lanzaron iniciativas para conseguir la codificación mediante la aprobación de tratados”⁴. En diciembre de 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas (AG) aprobó por Resolución 95 (I) la confirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nüremberg y tomó nota del Acuerdo de Londres de agosto de 1945, reafirmando así que el Tribunal había tenido en cuenta principios vigentes del derecho internacional⁵.

En 1947 la Asamblea General, por Resolución 177 (II), ordenó a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) la elaboración de los principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto de Nüremberg y la preparación de un proyecto de código crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, estableciendo que existían una serie de principios generales de derecho consuetudinario y que parecía importante incorporarlos a un instrumento de codificación⁶.

Así el principio VI del texto del informe de la CDI, sobre “Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg” codifica tres categorías de crímenes, establecidas en

Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal (Madrid, 1933), propuso se condenara un tipo que denominó “delito de barbarie”, con grandes similitudes con lo que hoy conocemos por genocidio. Antes que él, Quintiliano Saldaña (Madrid, 1924-25) había propuesto la redacción de los Derechos del Hombre.

⁴ DIEZ de VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid 1997, p. 707.

⁵ Asimismo la Resolución dio instrucciones al Comité de codificación de derecho internacional, creado por Resolución AG 94 (I) para que tratara como un asunto de vital importancia los planes para la formulación de una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad o de un código criminal internacional, que incluyera los principios reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y las sentencias de dicho Tribunal.

⁶ Aunque en 1954 la CDI había terminado el proyecto, la Asamblea General decidió posponer la cuestión hasta tanto estuviera definida la “agresión”, que por esa época era analizada por un comité especial. Tal tarea culminó con la adopción de la Resolución 3314 (XXIX), momento en el cual se renovó el mandato a la CDI para que trabajara sobre el proyecto de Código de Crímenes (Res. AG 36/10, del 10 de diciembre de 1981). El trabajo fue comenzado en 1982 y terminado en 1996 al mismo tiempo que se finalizó la elaboración del proyecto de Estatuto para una corte penal permanente.

el artículo 6 del estatuto de Núremberg: Delitos contra la paz, Delitos de guerra, y Delitos contra la humanidad. Dentro de esta última categoría se incluyen entre otros: el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes de la guerra o durante ella. Como vemos aún no aparece mencionado el término “genocidio”, pero podría considerarse, por el carácter de los crímenes que se mencionaba, que estaría vinculado a esta categoría. Es interesante apuntar que en el Acuerdo de Londres los crímenes contra la humanidad, como dijimos anteriormente, debían necesariamente estar conectados a crímenes de guerra, posteriormente esto evolucionó y se considera que pueden cometerse también en tiempos de paz⁷.

No fue si no hasta la Resolución AG 96 (I), que la Asamblea General, dada la preocupación internacional del castigo del crimen de genocidio, afirmó que “el genocidio es un crimen del derecho internacional que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y sus cómplices deberán ser castigados, ya sean éstos individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas”⁸ y solicitó que el Consejo Económico y Social emprendiera los estudios necesarios para redactar un proyecto de convención sobre genocidio a fin de someterlo a la Asamblea en el próximo período de sesiones⁹. Se crea entonces un nuevo crimen de derecho internacional bajo

⁷ BARBOZA, Julio, “Internacional Criminal Law”, *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, Tomo 278, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999, p. 41.

⁸ La Resolución considera que el crimen de genocidio es aquel que sea cometido por motivos religiosos, raciales o políticos, o de cualquier otra naturaleza. Nótese que se trata de un concepto sumamente amplio, que incluye expresamente los motivos políticos, criterio que posteriormente no fue recogido por el derecho internacional.

⁹ Inicialmente un grupo de expertos organizado por la Secretaría de Naciones Unidas, conformado por Raphael Lemkin, Henri Donnedieu de Vabres y Vespasian V. Pella, elaboraron un proyecto de convención, que adoptó una aproximación amplia del concepto de genocidio reconociendo tres categorías: físico, biológico y cultural. Dicho proyecto sirvió de base para los trabajos posteriores del Comité *ad hoc* establecido por el ECOSOC, integrado por China, Francia, Líbano, Polonia, URSS, EE.UU y Venezuela. (Ver Schabas, William A, “Genocide”, in R. Wolfrum (Ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com]. Al año siguiente el ECOSOC presentó un proyecto de convención sobre el crimen de genocidio que luego fue aprobado en la Segunda Sesión Regular de la Asamblea General, que reafirmó su anterior Resolución sobre genocidio y solicitó al Consejo Económico y Social que continuara los trabajos sobre el tema. El 26 de agosto de 1948 en la reunión del Consejo Económico y Social y después de someter el proyecto de convención a debate general en su seno, lo presentó junto con sus propios puntos de vista sobre la materia a la Tercera Sesión de la Asamblea General, donde el proyecto se examinó durante la reunión de París.

el título específico de genocidio, separado pero relacionado estrechamente con los crímenes contra la humanidad¹⁰. Es a partir de este momento que el crimen de genocidio comienza un desarrollo autónomo.

El 9 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas votó y aprobó, mediante la Resolución 260 “III” (A), la “Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio”, la cual entró en vigencia el 12 de enero de 1951¹¹. “Como parte del paquete la Asamblea General adoptó al mismo tiempo, sobre la base de las propuestas realizadas por Irán y Holanda, la Resolución 260 “III” (B) por la cual requería a la Comisión de Derecho Internacional estudiar la posibilidad del establecimiento de un órgano judicial internacional para el crimen de genocidio y otros crímenes”¹².

B) Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio

A diferencia de los crímenes de lesa humanidad, el concepto de genocidio se ha codificado y su definición no suele prestarse a controversias¹³. Al aprobar el texto de la Convención las Naciones Unidas se declara que “delito de genocidio es un delito internacional que entraña responsabilidades de orden nacional e internacional para los individuos y para los Estados”.

De acuerdo con el artículo I de la Convención “las Partes Contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempos de paz o en tiempos de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar”.

La Convención pretende servir de molde a las legislaciones de los Estados Parte, los cuales se comprometieron a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la Convención y especialmente a

¹⁰ BARBOZA Julio, *op. cit.*, p. 41.

¹¹ La Convención de Genocidio fue adoptada por 56 votos a favor, sin votos en contra ni abstenciones.

¹² VON HEBEL, Herman, *An International Criminal Court. A Historical Perspective*, T.M. Asser Press. 1999, p. 24.

¹³ ROBERGE, Marie Claude, “Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 144, Nov. 1997, p. 705.

establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.

El artículo II de la Convención define el concepto de genocidio en los siguientes términos:

[...] cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial, o religioso, como tal:

- a) matanza de miembros del grupo;
- b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Como vemos, el artículo II de la Convención de 1948 contiene una definición *stricto sensu* de genocidio y establece una enumeración taxativa, a diferencia de la Resolución 96 (I) que hablaba de negación de grupos enteros. Si bien una definición de las características de ésta última podría resultar útil, puede llevar a varias interpretaciones, dando lugar a la inclusión de una cantidad de actos establecidos en las leyes de la guerra, tal como la protección de minorías. Para evitar estas posibilidades, el artículo II enumera los cinco actos considerados Genocidio a efectos de la Convención¹⁴.

La construcción del concepto de genocidio, tal como fue concebido en el artículo II, fue el resultado de intensas controversias respecto del alcance que debía tener. En efecto, sólo los cinco actos enumerados configuran el crimen de genocidio; otros actos como la limpieza étnica, que había sido propuesto como el sexto acto de genocidio, fueron deliberadamente excluidos del artículo II de la Convención. En febrero de 2007 en el caso Bosnia c/ Serbia, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) confirmó la distinción entre genocidio y limpieza étnica definiendo a esta última como la conversión de una área en étnicamente homogénea a través del uso de la fuerza o intimidación a fin de trasladar personas pertenecientes a

¹⁴ ROBINSON, Nehemiah, *The Genocide Convention. A commentary*, Institute of Jewish Affairs, World Jewish Congress, NY, 1960, p. 57.

determinados grupos de dicha área (párrafo 190)¹⁵.

Asimismo gran parte de las discusiones se centraron en la determinación de los grupos objeto de protección. Finalmente se incluyeron los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos¹⁶.

El artículo III de la Convención, por su parte, establece los actos punibles:

Serán castigados los actos siguientes:

- a) El genocidio;
- b) La asociación para cometer genocidio;
- c) La instigación directa y pública a cometer genocidio;
- d) La tentativa de genocidio;
- e) La complicidad en el genocidio.

Cabe destacar que la Convención “no contempla que para cometer genocidio deba existir un ‘plan concertado’, como se discutió con motivo del acta de inculpación ante el Tribunal de Nüremberg”¹⁷, tema sobre el que volveremos más adelante.

Con motivo de la entrada en vigor de la Convención, la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva relativa a *las Reservas a la Convención* puntualizó: “Los orígenes de la Convención evidencian la intención de las Naciones Unidas de condenar y reprimir el genocidio como ‘crimen de derecho internacional’, que implica una negación del derecho a

¹⁵ SCHABAS, William A, “Genocide”, in R. Wolfrum (Ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com] p. 20.

¹⁶ Respecto a los grupos políticos su exclusión se fundó en el argumento de que carecen de la cohesión y permanencia de los grupos caracterizados, pues sólo dependen de la voluntad de sus miembros para constituirse como tal, y lo mismo se dijo con relación a los grupos económicos. Para una opinión contraria ver: GONZÁLEZ, César Daniel, “El Genocidio: su necesaria ampliación conceptual”, *Revista Lecciones y Ensayos*, N° 69/10/71. Buenos Aires, 1997/8, p. 183-198.

¹⁷ GUTIERREZ POSSE, *Elementos de Derecho Internacional Penal*, Editorial de los Cuatro Vientos, Buenos Aires 2006, pág. 141; ver también GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T., “La Contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario –los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio– la responsabilidad penal individual”, 1-02-2001, en <http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html/5TDPFN> (visitado el 4 de junio de 2009), Apartado 2.b).

la existencia de grupos humanos enteros, negación que conmociona la conciencia de la humanidad, conlleva grandes pérdidas para la humanidad y es contraria a la ley moral y al espíritu y a los objetivos de las Naciones Unidas”¹⁸.

De la anterior afirmación parecería desprenderse que los principios en que se funda la Convención han sido reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados, incluso sin necesidad de una obligación convencional. En consecuencia, tanto la condena del genocidio como la cooperación internacional necesaria “para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso”, como se establece en el preámbulo de la Convención, son de carácter universal¹⁹.

C) Evolución posterior del concepto de genocidio

El proyecto de Código de Crímenes elaborado por la CDI y finalizado en 1996, contiene una primera parte con disposiciones generales y una segunda parte que se refiere a crímenes específicos, es en esta última donde se trata el crimen de genocidio. El artículo 17 del mencionado Código, reproduce la definición enunciada en el artículo II de la Convención de 1948, y reitera en los subparrafos a) a e) los mismos actos prohibidos. En el proyecto de 1954 la CDI utilizaba el término “incluyendo” para referirse a una lista de actos meramente ilustrativos, en cambio en el proyecto de 1996 prefirió enumerar los actos exhaustivamente, de manera de adecuarse a un texto ampliamente aceptado por la comunidad internacional²⁰.

Corresponde también mencionar los aportes de los Tribunales Penales Internacionales de la ex Yugoslavia y Ruanda al concepto de genocidio²¹.

¹⁸ *Opinión consultiva sobre las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio*, CIJ, Recueil 1951, p. 20, la Corte hace referencia a la Resolución 96 (I) de la Asamblea General, 11 de diciembre de 1946.

¹⁹ ROBERGE, Marie-Claude, “Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y genocidio”, *Revista Internacional de la Cruz Roja* N° 144, Nov. 1997, (www.icrc.org/icrcspa). Apartado 2 “Crimen de Genocidio”.

²⁰ BARBOZA, Julio, op. cit., p. 59.

²¹ El Consejo de Seguridad prestó particular atención a las violaciones a las normas de derecho humanitario internacional en la ex Yugoslavia y, finalmente, por Resolución 808 del 19 de febrero de 1993 decidió establecer un tribunal *ad hoc*. Los asuntos sujetos a la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) incluyeron: violaciones graves a las Convenciones de Ginebra de 1949 (art. 2), violaciones al derecho

Los artículos 4 y 2 de los Estatutos de los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda, respectivamente, retoman en términos similares los artículos I y II de la Convención de 1948, pero en estos casos, para enjuiciar a las personas que cometan, hayan planeado, instigado, ordenado o ayudado en cualquier forma a planear, preparar o ejecutar el crimen de genocidio.

En el caso *Jeliscic*²² –a quien entre otros cargos se lo acusaba de genocidio– el Tribunal para la ex Yugoslavia entendió que no existía duda alguna en cuanto a que los principios de la Convención de 1948 integran el derecho internacional consuetudinario y que la prohibición de cometer tal crimen tiene la naturaleza de *ius cogens* en razón de su extrema gravedad.

En los casos *Akayesu*²³ y *Kayishema*²⁴ el Tribunal Penal Internacional para Ruanda reiteró que el crimen de genocidio integra el derecho consuetudinario y tiene el carácter de *ius cogens*.

Por último, el Estatuto de Roma, aprobado el 17 de julio de 1998 que crea la Corte Penal Internacional (CPI), 50 años después de la adopción de la Convención de genocidio, adopta literalmente en su artículo 6 la definición de 1948²⁵.

Durante la elaboración del estatuto, se argumentó que modificar la definición establecida en la Convención de 1948 habría implicado cuestionar su carácter de derecho internacional consuetudinario. Además habría producido un conflicto de obligaciones entre los Estados partes del Estatuto de Roma cuando incorporaran el crimen a sus legislaciones nacionales. Unas pocas propuestas, entre las cuales se encontraba la de

consuetudinario de guerra (art. 3), el genocidio (art. 4) y crímenes contra la humanidad (art. 5). Asimismo, el Consejo de Seguridad, alarmado también por el desastre humanitario en Ruanda, creó un nuevo tribunal *ad hoc* el 8 de noviembre de 1994 por Resolución 955, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), con una jurisdicción temporal limitada al año 1994. Los asuntos sometidos a su jurisdicción son: el crimen de genocidio (art. 2), crímenes contra la humanidad (art. 3) y violaciones al artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra y del Protocolo adicional II (art. 4).

²² *The Prosecutor v. Goran Jeliscic*, Case N° IT-95-10-T, Judgement, 14-XII-1999.

²³ *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgement 2/9/98.

²⁴ *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Judgement, 21/05/99.

²⁵ Ver BROOMHALL, Bruce, “La Corte penal Internacional: Visión general y la Cooperación con los Estados”, *13 Quater Nouvelles Etudes Penales 1999*, p. 58.

Egipto, sostenían la ampliación de la definición del crimen de genocidio durante las sesiones del comité preparatorio en 1996²⁶.

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia, recientemente en el *caso concerniente a actividades armadas en el territorio del Congo*, ha afirmado que la prohibición de cometer genocidio pertenece al *ius cogens*²⁷.

De lo expuesto hasta aquí se desprende que no existe indeterminación alguna respecto a la definición de genocidio, sus parámetros exactos fueron ya definidos en 1948. Sin embargo veremos que la ambigüedad de su alcance radica en los elementos constitutivos del crimen y su prueba en los procesos penales.

D) Elementos del Crimen de Genocidio

Del análisis de la Convención surge que el crimen de genocidio consta de tres elementos esenciales: 1) la identificación de un grupo nacional, étnico, racial o religioso; 2) la intención de destruir, total o parcialmente, a este grupo (*mens rea*) y 3) la comisión de cualquiera de los actos mencionados contra un grupo susceptible de ser identificado (el acto prohibido, *actus reus*).

1) Los actos de genocidio pueden cometerse sólo contra los grupos mencionados. La definición no incluye los actos perpetuados con la intención de destruir un grupo político como tal, como lo establecía el Estatuto del Tribunal de Nüremberg para los crímenes de lesa humanidad²⁸.

Se incluye en la definición a grupos que se consideraron estables, cuya pertenencia está determinada por el nacimiento, a diferencia de grupos más móviles a los que una persona puede adherirse por su propia voluntad, tal como los políticos.

²⁶ ROBINSON, Darryl and VON HEBEL, Herman. "Crimes within the jurisdiction of the Court". The International Criminal Court. The making of the Rome Statute. Editorial Roy S. Lee. The Hague/London/Boston 1999, p. 89.

²⁷ *Caso concerniente a Actividades armadas en el Territorio del Congo*, CIJ, Sentencia del 3 de febrero de 2006, p. 64. Consultar texto en <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&tp2=3&tk=19&case=126&code=crw&tp3=4>.

²⁸ GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T., op. cit. *Elementos de Derecho...*, p. 141 y ss.

Los grupos que en definitiva resultaron protegidos por la Convención – definidos posteriormente en el caso Akayesu²⁹ – son:

Basado en la decisión del caso Nottebohm tomada por la CIJ, la Cámara de Apelaciones del TPIR sostuvo que un “grupo nacional” es definido como un grupo de personas que se perciben como compartiendo un vínculo legal de ciudadanía, acompañada con la reciprocidad de derechos y deberes.

Un “grupo étnico” es generalmente definido como un grupo cuyos miembros comparten un lenguaje o cultura común.

La definición convencional de “grupo racial” está basada en rasgos físicos hereditarios, generalmente identificados con una región geográfica, independientemente de factores lingüísticos, culturales, nacionales o religiosos.

“Grupo religioso” es aquél cuyos miembros comparten la misma religión, denominación o modo de rendir culto.

2) Se exige una determinada intención (*dolus specialis*) una idea particular: destruir en todo o en parte determinado grupo. La intención debe referirse al grupo y no meramente a uno o más individuos que casualmente pertenecen a un grupo en particular. El acto debe cometerse contra el individuo porque es parte del grupo, independientemente de su identidad. El grupo en definitiva es el blanco de la conducta criminal³⁰.

El establecimiento por parte del fiscal del requisito del estado mental del acusado, o la intención delictiva, dificulta el enjuiciamiento por crímenes de genocidio. La CDI en sus comentarios al Proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad sostiene que “La intención general de cometer alguno de los actos enumerados combinada con la conciencia general de las consecuencias probables de tal acto con respecto a la víctima o las víctimas no basta para que exista un crimen de genocidio.

²⁹ *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, Judgement 2/9/98*, p. 511/515.

³⁰ BARBOZA, op. cit., pag. 58. Estados Unidos al hacerse parte de la Convención de 1948 depositó una declaración interpretativa según la cual la intención de cometer genocidio ha de entenderse como una intención expresa. Esto no significa que se trata de actos de individuo a individuo sino que los actos que tipifican esta figura delictiva deben realizarse como parte de la ejecución de un plan concertado para destruir total o parcialmente al grupo. GUTIERREZ POSEE, op. cit. *Elementos*, p. 141.

La definición de este crimen requiere [...] una intención específica con respecto a las consecuencias generales del acto prohibido”³¹. Así, constituye genocidio el acto de matar a una persona con esa intención, pero no así la matanza de mil personas desprovista de tal intención, lo que sería solamente homicidio³².

Por su parte, el Tribunal internacional para Ruanda entiende que la intención expresa, el elemento psicológico, “es el que caracteriza al crimen de genocidio y lo distingue de cualquier otro, puesto que el bien tutelado por la norma jurídica es la protección de grupos estables a los que los individuos pertenezcan independientemente de que lo deseen o no, siendo estos grupos identificables sobre la base de un criterio subjetivo” [...] Asimismo, “ha precisado que el *dolus specialis* de cometer genocidio debe ser anterior a la comisión de los actos genocidas, pero cada acto en particular no requiere premeditación; lo único necesario es que el acto en cuestión se lleve a cabo en el marco de un intento genocida. Por otra parte entiende que la intención de cometer genocidio puede inferirse de palabras o hechos y puede demostrarse a través de un patrón que indique proponerse tal tipo de acción, siendo también importante el número de víctimas”³³.

3) El tercer elemento requiere que el crimen figure en la lista de actos prohibidos. No obstante, el alcance exacto de algunos actos es vago, por ejemplo: el inciso b) se refiere a “lesión grave de la integridad corporal o la salud física o mental de los miembros del grupo”, no queda claro qué se entiende por “lesión de la salud mental”. Algunos expertos han aducido que podría tratarse de algún daño psicológico que pudiera causar la destrucción del grupo o la lesión corporal “que entraña alguna forma de menoscabo de las facultades mentales”. Tampoco es claro el alcance del inciso c: “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”³⁴.

La Comisión Preparatoria encargada de proyectar el Estatuto de Roma, elaboró también un instrumento complementario, cuyo objeto es establecer en detalle los elementos materiales y mentales de los crímenes dentro del

³¹ Informe de la CDI, UN doc. A/51/10, p. 95.

³² ROBERGE, Marie-Claude, op. cit., p. 708.

³³ GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T, op. cit. *Elementos*, p. 141 y ss.

³⁴ ROBERGE, Marie-Claude, op. cit., apartado 2.

tema materia de competencia de la Corte³⁵. Dicho instrumento llamado “Elementos del Crimen”³⁶ ayudará a la Corte en su interpretación y aplicación de definiciones de crímenes dentro del Estatuto (art. 9 del Estatuto de Roma). Los elementos del crimen de genocidio se enuncian de la siguiente manera:

Artículo 6
Genocidio
Introducción

Con respecto al último de los elementos de cada crimen:

- La expresión “en el contexto de” incluiría los actos iniciales de una serie que comienza a perfilarse;
- La expresión “manifiesta” es una calificación objetiva;
- Pese a que el artículo 30 exige normalmente un elemento de intencionalidad, y reconociendo que el conocimiento de las circunstancias generalmente se tendrá en cuenta al probar la intención de cometer genocidio, el requisito eventual de que haya un elemento de intencionalidad con respecto a esta circunstancia es algo que habrá de decidir la Corte en cada caso en particular.

Artículo 6 a)
Genocidio mediante matanza
Elementos

1. Que el autor haya dado muerte³⁷ a una o más personas.
2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.
3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.

Artículo 6 b)
Genocidio mediante lesión grave a la integridad física o mental
Elementos

1. Que el autor haya causado lesión grave a la integridad física o mental de una o más personas³⁸.

³⁵ BROOMHALL, Bruce, op. cit., p. 63.

³⁶ Adoptado con fecha 9 de septiembre de 2002, ver texto en http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/15157C68-85AE-4226-B41A-C6F6E6E21026/0/Element_of_Crimes_Spanish.pdf (visitada el 1 de junio de 2009).

³⁷ La expresión “dado muerte” es intercambiable con la expresión “causado la muerte”.

2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.
3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.

Artículo 6 c)

Genocidio mediante sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física

Elementos

1. Que el autor haya sometido intencionalmente a una o más personas a ciertas condiciones de existencia.
2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.
3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.
4. Que las condiciones de existencia hayan tenido el propósito de acarrear la destrucción física, total o parcial, de ese grupo³⁹.
5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.

Artículo 6 d)

Genocidio mediante la imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos

Elementos

1. Que el autor haya impuesto ciertas medidas contra una o más personas.
2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.
3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.
4. Que las medidas impuestas hayan estado destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.

³⁸ Esta conducta puede incluir, actos de tortura, violaciones, violencia sexual o tratos inhumanos o degradantes, pero no está necesariamente limitada a ellos.

³⁹ La expresión “condiciones de existencia” podrá incluir, entre otras cosas, el hecho de privar a esas personas de los recursos indispensables para la supervivencia, como alimentos o servicios médicos, o de expulsarlos sistemáticamente de sus hogares.

Artículo 6 e)
Genocidio mediante el traslado por la fuerza de niños
Elementos

1. Que el autor haya trasladado por la fuerza a una o más personas.
2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.
3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.
4. Que el traslado haya tenido lugar de ese grupo a otro grupo.
5. Que los trasladados hayan sido menores de 18 años.
6. Que el autor supiera, o hubiera debido saber, que los trasladados eran menores de 18 años.
7. Que los actos hayan tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.

Cabe señalar, que nada precisa el documento de los Elementos de los Crímenes en el sentido de que la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal se haga evidente, sea tanto en razón del número de víctimas como de las personas elegidas como víctimas en virtud de su condición de líderes del grupo. Esto es, los dos criterios alternativos –cuantitativo o cualitativo– que emergen de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales⁴⁰.

Como se puede apreciar es recién con el Estatuto de Roma, que pretendió ser un instrumento autosuficiente, que se evidenció la necesidad de adoptar instrumentos complementarios, entre ellos los Elementos de los Crímenes. Este es el primer verdadero esfuerzo en pos del principio de legalidad, donde se aplican principios casi equivalentes al derecho interno, intentando definir el crimen con mayor detalle.

Hasta aquí hemos examinado el concepto del crimen de genocidio a partir de la Convención de 1948 y su posterior evolución en el derecho internacional. A continuación procuraremos analizar cuál es el sentido y alcance que la Corte Internacional de Justicia atribuye en su reciente

⁴⁰ GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T., “La Contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario – los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio- la responsabilidad penal individual” en www.cicr.org. Apartado 3.a).

sentencia en el caso “Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro”, al concepto que hemos venido estudiando.

III. El genocidio como crimen de Estado a la luz de la sentencia de la CIJ sobre la “Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de genocidio” (26/2/07)

A) La obligación del Estado de no cometer genocidio

La jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia estaba limitada a la Convención de Genocidio. No estaba autorizada pues a aplicar normas de derecho internacional general que prohibieran la comisión de crímenes de genocidio por parte de un Estado. La primera dificultad que advierte la Corte es que existe una disputa entre las partes respecto del sentido y alcance de las obligaciones impuestas por la Convención de genocidio a los Estados. La Corte debe analizar la responsabilidad internacional del Estado de Serbia por el crimen de Genocidio. Para ello examina si la Convención de genocidio prohíbe la comisión de este crimen por parte de un Estado, o se limita a prohibir su comisión por parte de individuos.

Teniendo en cuenta que la obligación de no cometer genocidio por parte de los Estados, no está expresamente establecida en el texto de la Convención, la Corte recurre al artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 a fin de interpretar cuáles son las obligaciones de los Estados Parte en la Convención de Genocidio. Analiza el Artículo I de la Convención de Genocidio que establece: “Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar” y concluye que dicho artículo crea obligaciones distintas de aquellas que se regulan en los artículos siguientes.

La Corte realiza una interpretación teleológica, considerando el objeto del tratado. Afirma que el efecto del artículo I es prohibir a los Estados mismos cometer genocidio. Ello se deduce, por un lado, a partir de la categorización que realiza el artículo I del genocidio como un crimen de derecho internacional, por lo que lógicamente los Estados Partes –al acordar dicha categoría– se obligan a no cometer el acto prohibido. Por otro lado, la obligación de prevenir el genocidio necesariamente implica la

prohibición de cometer dicho acto. Al decir de la Corte resultaría paradójico que los Estados estuviesen obligados a prevenir un crimen pero no estuvieran obligados a prohibir la comisión de tales actos por parte de sus órganos o personas sobre las que ejerce un control tal que sus conductas sean atribuibles al propio Estado de acuerdo con el Derecho Internacional.

Esta conclusión queda confirmada en el artículo 9 que expresa: “Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, *incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio* o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III...” (la bastardilla es nuestra). Se observa en la inusual redacción de dicho artículo que se habría visto la necesidad de aclarar que la jurisdicción de la Corte alcanza a las cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado.

Por el contrario, algunos autores⁴¹, al igual que Serbia, han argumentado que la Convención no crea para los Estados contratantes la obligación de no cometer genocidio, sino que se limita a establecer para éstos obligaciones en materia criminal. La Corte habría pues realizado una interpretación amplia de la Convención. Se trataría en cambio para estos autores de un tratado que simplemente establece una cooperación judicial entre los Estados contratantes para asegurar la prevención y castigo del crimen de genocidio a través de la adopción de la legislación nacional apropiada, el ejercicio de la jurisdicción penal y la extradición de personas sospechadas de haber cometido genocidio. Para algunos de estos autores la obligación de los Estados de no cometer genocidio, lejos de provenir de la propia Convención, se origina en el derecho internacional consuetudinario⁴².

B) La obligación de no cometer genocidio: ¿responsabilidad penal o responsabilidad internacional del Estado?

La demandada sostiene que no podría existir la obligación de no cometer genocidio para el Estado ya que su violación acarrearía responsabilidad penal para el Estado y el derecho internacional no reconoce

⁴¹ CASSESE, Antonio, “On the use of criminal law notions in determining State responsibility for genocide”, *Journal of International Criminal Justice*, N°5, Sept. 2007, p. 876 y GAETA, Paola, “On what conditions can a State be held responsible for genocide?”, *European Journal of International Law*, N° 18, Sept. 2007.

⁴² GAETA, Paola, op. cit. p. 632 y 641.

la responsabilidad penal del Estado.

La Corte afirma que la responsabilidad internacional del Estado no es de naturaleza penal sino que surge del derecho internacional, específicamente de los términos de la propia convención⁴³. Al entender de la CIJ, la metodología para atribuir el acto de genocidio a un Estado es la misma que para atribuir cualquier otro hecho ilícito internacional en ausencia de una norma especial aplicable⁴⁴.

Sin embargo, en opinión contraria, Antonio Cassese sostiene que la Corte ha traspasado categorías del derecho penal a las relaciones interestatales. Ello resulta forzado y podría ocasionar consecuencias paradójicas, como por ejemplo que un crimen fuera imputado a un Estado como hecho ilícito internacional, aun cuando el perpetrador no fuera punible debido a que gozara de una causal de inimputabilidad⁴⁵.

Esta opinión resulta factible, teniendo en cuenta que la Corte afirma en el caso bajo examen que no hay necesidad de la existencia de una sentencia previa que establezca la responsabilidad penal individual por el crimen de genocidio para establecer la responsabilidad internacional del Estado⁴⁶.

En este orden de ideas una autora afirma que sólo cuando los crímenes cometidos por individuos van de la mano de un patrón sistemático de crímenes organizados, tolerados y permitidos por el Estado, éste puede ser considerado responsable de tales actos. En ausencia de ese patrón de conducta estatal, los individuos pueden incurrir en responsabilidad penal internacional sin que el Estado sea directamente responsable por sus actos, aun cuando estos actos sean cometidos por sus agentes o representantes⁴⁷.

⁴³ En concordancia véase LOEWENSTEIN Andrew B. and KOSTAS Stephen A, “Divergent approaches to determining responsibility for Genocide – The Darfur Commission of Inquiry and the ICJ’s Judgment in the Genocide Case”, *Journal of International Criminal Justice*, N° 5, Sept. 2007, p. 3.

⁴⁴ Caso *Sobre la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio - Bosnia y Herzegovina c/ Serbia y Montenegro*, p. 401.

⁴⁵ CASSESE, Antonio, “On the use of criminal law notions in determining State responsibility for genocide”, *Journal of International Criminal Justice*, N°5, Sept. 2007, op. cit., p. 879.

⁴⁶ Caso *Sobre la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio - Bosnia y Herzegovina c/ Serbia y Montenegro*, p. 20.

⁴⁷ En este sentido Paola Gaeta explica que por ejemplo, si un policía mata a un diplomático extranjero, sería responsable de homicidio según el derecho interno; asimismo, podría ser responsable de un crimen internacional, si ese acto estuviera prohibido por un tratado

De esta manera, a diferencia de lo que sostiene la CIJ, en ausencia de un patrón sistemático, cabría únicamente la responsabilidad penal individual y no la responsabilidad del Estado.

C) La intención de cometer genocidio

Luego de haber establecido la posibilidad de determinar la responsabilidad internacional del Estado por la comisión del crimen de genocidio, la Corte debió analizar detenidamente si se había configurado el crimen de genocidio.

Previo a ello, la Corte necesita identificar al grupo contra el cual se habría cometido tal crimen. A tal efecto considera que el grupo debe ser legalmente definido por sus características positivas –nacionalidad, etnia, raza o religión– y no por la falta de alguna de ellas. En el particular no puede definirse al grupo como “no serbios” sino que corresponde identificar al grupo como Bosnio Musulmán.

La Corte comienza a analizar los hechos alegados por la demandante a fin de verificar que los actos descritos en el artículo II, que han sido tratados en la primera parte de este trabajo, ocurrieron. Seguidamente verifica si tales actos quedan comprendidos en el ámbito del artículo II de la Convención, esto es, que los actos hayan sido cometidos por los perpetradores con la intención de destruir en todo o en parte al grupo definido como los Bosnio Musulmanes como tal. Finalmente, que los actos de los perpetradores sean atribuibles al Estado.

La Corte no busca probar la intención del Estado de cometer genocidio, sino que, una vez que ha verificado que determinados actos constituyen genocidio (es decir, contienen el *actus reus* y la *mens rea*), constatará si tales actos cometidos por los perpetradores son atribuibles al Estado. Como vemos, de acuerdo con la Corte, la intención o el *dolus specialis* se verifica

internacional. El Estado al cual el policía pertenece, podría ser responsable de varios hechos ilícitos, como no perseguir, sancionar, o no extraditar al agente. Sin embargo, afirma, que a pesar de que los actos del policía sean atribuibles al Estado por ser órgano del Estado, no podría decirse que el Estado ha cometido homicidio. Utiliza luego un ejemplo paradójico, si un oficial del Estado Italiano, actuando en el marco de sus funciones, participó del atentado del 11 de septiembre de 2001, el oficial sin duda será penalmente responsable de actos terroristas, pero no sería razonable afirmar que Italia ha sido responsable de perpetrar el ataque a las torres gemelas y, por ende, ser un Estado terrorista.

en el o los individuos que llevan a cabo el acto. Este proceder ha sido tanto criticado, como aplaudido por la doctrina.

Cabe recordar que la intención constituye uno de los tres elementos esenciales del crimen de genocidio y el alcance que se le da a este elemento constituye uno de los puntos más controvertidos en el caso bajo examen.

En efecto, resulta interesante preguntarse cómo puede determinarse la intención de un Estado, dado que se trata de una entidad abstracta. Una de las características que distinguen al derecho de la responsabilidad individual y al derecho de la responsabilidad del Estado es que mientras que para el primero el estado mental del autor del acto es determinante, para el segundo esto es generalmente irrelevante⁴⁸.

Algunos autores han sugerido que la intención del Estado debería determinarse al nivel de los líderes del Estado. Según Schabas la conclusión de que el Estado ha cometido genocidio dependería inexorablemente de la prueba de que sus líderes hayan también perpetrado el crimen definido en el artículo II de la Convención de Genocidio. Por lo tanto la *mens rea* no es pasada por alto, es simplemente transferida⁴⁹. La manera de establecer la intención de los líderes se verificará a través de la existencia de una política o plan llevado adelante por el gobierno del Estado. Sin embargo, en caso de adoptarse este criterio se estaría elevando el plan o política de Estado al nivel de un elemento del crimen de genocidio. Esto último ha sido rechazado por el TIPY⁵⁰ y por la CIJ, que deja en claro, en el caso bajo examen, que el plan o política de Estado no son requeridos para generar la responsabilidad penal individual, ni la responsabilidad del Estado por Genocidio.

Cabe resaltar que, si bien esta última afirmación de la Corte no merece objeciones en cuanto a la responsabilidad penal individual, no puede decirse lo mismo respecto de la responsabilidad internacional del Estado. Es claro

⁴⁸ DUPUY, P. M. "International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State", en Cassese A., Gaeta P. y Jones J.R.W.D. (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Vol. II (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 1096. Citado por LOWENSTEIN, op. cit., nota 32.

⁴⁹ Otros proponen realizar una analogía con la responsabilidad penal societaria en los sistemas legales internos, donde la intención del director es utilizada para determinar la *mens rea* de la entidad societaria. Ver Lowenstein, op. cit., p. 4.

⁵⁰ *Caso Jelisić* (IT-95-10^a) Sala de Apelaciones, 5 de Junio 2001, párr. 48.

que un individuo puede cometer genocidio, por idea propia, sin necesidad de ser funcionario estatal, sin necesidad siquiera de que el Estado esté al tanto de sus actos o intención. A contrario sensu resulta inverosímil que para que un Estado sea considerado “genocida” no sea necesario que se haya llevado adelante un plan o una política de Estado.

Varios autores comparten este criterio, según el cual se podría afirmar que el Genocidio en tanto crimen requiere una intención especial del perpetrador (*dolus specialis*), sin embargo en tanto hecho ilícito del Estado el genocidio parecería requerir una política genocida, es decir, un patrón de violencia sistemática contra un grupo determinado⁵¹.

Un ejemplo de esta posición, en la práctica reciente, ha sido la adoptada por la Comisión de Darfur⁵², que ha optado por este criterio a fin de determinar la responsabilidad del Estado de Sudán. La Comisión afirma que órganos del Estado sudanés han cometido genocidio, sin embargo concluye que las pruebas no resultan suficientes para demostrar la existencia de un plan o política del Estado y, por lo tanto, no se puede establecer la responsabilidad de Sudán⁵³.

D) La atribución del crimen de genocidio al Estado

De los hechos analizados la Corte concluye que los actos cometidos en Srebrenica constituyen actos definidos en los artículos II a y b cometidos con la intención de destruir en parte al grupo de musulmanes de Bosnia y Herzegovina como tal, perpetrados por miembros del VRS (Ejército de la

⁵¹GAETA, Paola, op. cit., p. 643.

⁵² Mediante Resolución N° 1564 del 18 de septiembre de 2004 (párrafo 12), el Consejo de Seguridad de la ONU (CS) solicitó al Secretario General que establezca una comisión internacional de investigación para que investigue de inmediato todas las denuncias de transgresiones del derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos cometidas en Darfur por todas las partes, constate también si se han producido o no actos de genocidio e identifique a los autores de tales transgresiones a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos.

⁵³ Véanse LOEWENSTEIN, Andrew B. and KOSTAS, Stephen A., “Divergent approaches to determining responsibility for Genocide – The Darfur Commission of Inquiry and the ICJ’s Judgment in the Genocide Case”, *Journal of International Criminal Justice*, N° 5, Sept. 2007, p. 853/854 y MILANOVIC, Marko, “State responsibility for Genocide: a follow up”, *European Journal of International Law*, N° 18, Sept. 2007, p. 673. De acuerdo con el criterio seguido por la CIJ en el caso de Bosnia c/ Serbia el hecho de que órganos del Estado de Sudan hayan cometido genocidio bastaría para atribuir la responsabilidad a dicho Estado.

República Srpska, República del Pueblo Serbio de Bosnia y Herzegovina que había declarado su independencia en 1992) desde aproximadamente el 13 de julio de 1995. Es decir constituyen actos de genocidio.

La Corte entonces, para afirmar la existencia de responsabilidad del Estado Serbio, de conformidad con las normas sobre responsabilidad internacional del Estado, debe constatar que los actos de genocidio perpetrados son atribuibles a dicho Estado. Es decir, que tales actos hubieren sido cometidos, o bien por sus órganos o por personas cuyos actos les fueran atribuibles en virtud del derecho internacional general.

De acuerdo con el proyecto sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI)⁵⁴, un comportamiento será atribuible al Estado sólo en determinados supuestos. Para el caso que nos ocupa sólo cuatro de los enumerados por la CDI resultan relevantes, a saber:

Artículo 4

Comportamiento de los órganos del Estado

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.
2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.

Artículo 5

Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4, pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.

Artículo 6

Comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado

⁵⁴ Resolución AG 56/83.

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano puesto a su disposición por otro Estado, siempre que ese órgano actúe en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra.

Artículo 8

Comportamiento bajo la dirección o control del Estado

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento.

La Corte analiza detenidamente cada uno de estos supuestos. En primer lugar, afirma que no existe evidencia de que órganos de la República Federal de Yugoslavia (RFY denominación de la demandante al momento de los hechos) hubieren cometido genocidio en Srebrenica. Ello sin perjuicio de reconocer la existencia de prueba sobre la participación de oficiales del ejército de RFY en operaciones militares en Bosnia y Herzegovina en años anteriores a los hechos ocurridos en Srebrenica.

Si bien, indubitadamente, la RFY proveía apoyo sustancial a la República Srpska, específicamente a través del pago de salarios y otros beneficios a algunos oficiales del Ejército Serbio-Bosnio (VRS), la Corte entiende que ello no los convierte automáticamente en órganos de la RFY.

Además la Corte analizó la actuación del grupo paramilitar “Scorpions”, que operaba en el lugar de los hechos. Imágenes de este grupo cometiendo horribos crímenes muy cerca de Srebrenica fueron exhibidas en un video ante la CIJ. Aun más, se presentaron documentos en los que se hace referencia a los “Scorpions” como una unidad del Ministerio del Interior Serbio. La Corte entendió que la evidencia presentada resultaba insuficiente para determinar el vínculo entre el grupo paramilitar y Serbia.

Incluso la CIJ afirma que si los “Scorpions” hubieran sido un órgano serbio puesto a disposición de una autoridad pública (República Srpska), los actos de ese órgano acarrearían la responsabilidad de dicha autoridad y no del Estado al que pertenecen⁵⁵, ampliando así el alcance del artículo 6 del proyecto de la CDI sobre responsabilidad del Estado. En efecto la Corte se

⁵⁵ Caso sobre la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio - Bosnia y Herzegovina c/ Serbia y Montenegro, p. 389.

refiere a poner un órgano de un Estado a disposición de una “autoridad pública”, mientras que el artículo se refiere a poner un órgano de un Estado a disposición de otro Estado⁵⁶.

Sin embargo, los perpetradores podrían tratarse de personas o grupos de personas cuya conducta para el derecho internacional fuera equiparable a la de los órganos del Estado, a pesar de no contar con dicho status en el derecho interno (artículo 5 del proyecto de la CDI). Para ello resulta necesario que tales personas o grupos de personas actúen en “completa dependencia”⁵⁷ del Estado, circunstancia que según la Corte no está presente en el particular.

Finalmente, la Corte analiza si las masacres en Srebrenica fueron cometidas por personas que, sin revestir el carácter de órganos del Estado, actuaron bajo sus instrucciones, dirección o control, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del proyecto sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Para ello, de acuerdo con la CIJ, resulta necesario que el Estado haya ejercido “control efectivo” sobre tales hechos o que hubiera impartido instrucciones para cada operación en las que ocurrieron los actos de genocidio.

La Corte se remite al caso de *Actividades Militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, a fin de establecer el grado de control que el Estado debe ejercer sobre las personas para que sus conductas les sean atribuibles y deja claro que no se trata de un “control global” como afirmó el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Tadic*⁵⁸, sino de un “control efectivo”⁵⁹, reafirmando su propio precedente. En opinión de la Corte este último *test* coincide con los estándares requeridos en el mencionado artículo 8, el cual de acuerdo con la Corte refleja el derecho internacional consuetudinario⁶⁰.

Estos argumentos no resultan del todo convincentes, pues la Corte no se apoya más que en su propio precedente del caso Nicaragua y no ofrece

⁵⁶ MILANOVIC, Marko, op. cit. *European Journal of International Law*, Vol. 18, p. 675.

⁵⁷ *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, CIJ Recueil 1986.

⁵⁸ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-A, Judgement of 15 July 1999, ver texto completo en www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm

⁵⁹ *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, CIJ Recueil 1986, p. 110-115.

⁶⁰ *Caso Sobre la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio - Bosnia y Herzegovina c/ Serbia y Montenegro*, p. 407.

otros fundamentos. La Corte podría no haberse limitado a rechazar el *test* de “control global” –por considerarlo aplicable sólo a cuestiones relativas a la clasificación de los conflictos armados, tal como fue utilizado en el caso *Tadic*– sino que podría haber mostrado su inconsistencia con la práctica de los Estados, la *opinio iuris* de éstos y la jurisprudencia. Si bien su actuación pudo haberse debido a razones de economía procesal, un análisis como el sugerido hubiera resultado de gran utilidad, toda vez que algunos autores niegan que el *test* del control efectivo esté convalidado por el derecho internacional general⁶¹.

Tras analizar los hechos, la Corte concluye que:

- A) los perpetradores (VRS) de los actos de genocidio cometidos en Srebrenica, no revisten el carácter de órganos del RFY,
- B) no se trata de personas o grupos de personas que actuaron bajo la “completa dependencia” de RFY,
- C) los perpetradores no actuaron bajo las instrucciones o la dirección de órganos del estado demandado,
- D) el demandado no ejerció “control efectivo” sobre las operaciones durante las cuales el crimen de genocidio fue perpetrado.

En consecuencia los actos de genocidio no pueden ser atribuidos al Estado Serbia y, por lo tanto, no generan responsabilidad internacional para el demandado.

Algunos autores expresaron su desacuerdo con la Corte, criticando que dicho tribunal no analizó acabadamente la participación del grupo paramilitar “Scorpions”, ni su vinculación con el Estado Serbia. La Corte expresamente establece que dicta la sentencia sobre la base de la evidencia que tiene a su disposición, y que ésta no resulta suficiente para atribuir los actos a Serbia. Pudo haber requerido más pruebas para establecer el vínculo entre VRS o Scorpions y Serbia, pero no lo hizo, lo que abriría la posibilidad de pedir una revisión del fallo, en el caso de que nueva evidencia surgiera, máxime cuando se están llevando a cabo en la actualidad procesos judiciales ante el TPIY y ante los tribunales nacionales de Serbia⁶².

⁶¹ CASSESE Antonio, op .cit. p. 665

⁶² MILANOVIK, Marko, op. cit, p. 676.

E) Obligación de prevenir y sancionar el crimen de genocidio

A pesar de que no ejercía “control efectivo”, la Corte entiende que RFY ejercía una posición de influencia sobre los Serbio Bosnios que perpetraron el genocidio en Srebrenica. Asimismo el Estado contaba con información respecto de las actividades que tenían lugar en el enclave, que deberían haber sido claros indicios de una inminente masacre.

La Corte sostiene que la obligación de prevenir no requiere saber que el genocidio está ocurriendo o va a ocurrir, sino que es suficiente que el Estado advierta el riesgo de genocidio⁶³.

Aunque para la Corte la información disponible para las autoridades de Belgrado no indicara con certeza que el genocidio fuera inminente, no podrían haber ignorado el serio riesgo de genocidio, una vez que los VRS habían decidido ocupar el enclave de Srebrenica⁶⁴.

Puede considerarse suficiente advertencia la medida provisional de 1993, en virtud de la cual se había ordenado al RFY que asegurara que sus órganos y personas u organizaciones bajo su control dirección o influencia se abstuvieran de cometer genocidio.

Aun más, el 14 de julio de 1995 el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas expresó su profunda preocupación respecto de los acontecimientos, como traslados forzados, malos tratos y asesinatos, que estaban teniendo lugar en el área segura de Srebrenica.

En virtud de la relación cercana entre RFY y VRS, las autoridades del Estado debieron haber realizado importantes esfuerzos para intentar prevenir el genocidio. Consecuentemente, la Corte concluye que la demandada violó su obligación de prevenir el genocidio de Srebrenica, quedando comprometida su responsabilidad internacional⁶⁵.

⁶³ Mientras que en lo que respecta a la complicidad, la Corte requiere conocimiento acabado de que el genocidio va a ocurrir o se está llevando a cabo, con la intención específica que caracteriza a dicho crimen.

⁶⁴ Caso *Sobre la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio - Bosnia y Herzegovina c/ Serbia y Montenegro*, p. 436.

⁶⁵ *Ibid.* p. 431 y ss.

Sin perjuicio de la conclusión a la que arriba la Corte, podría afirmarse que Belgrado no sólo debería haber hecho esfuerzos para prevenir tales atrocidades, sino que debería haber interrumpido la asistencia económica, logística y militar. Si un Estado advierte que existe un serio peligro de que individuos o grupos que están siendo asistidos o apoyados por dicho Estado, cometieran actos de genocidio, como mínimo, debe interrumpir esa asistencia o apoyo. Si no lo hiciera, no sólo estaría violando la obligación de prevenir sino que podría convertirse en cómplice de genocidio. No parece lógico sostener, como lo hace la Corte, que la advertencia del riesgo de genocidio resulta relevante respecto de la obligación de prevenirlo, pero no respecto de la complicidad para cometer genocidio⁶⁶.

En lo que respecta a la obligación de sancionar el crimen de genocidio, Serbia fue encontrada responsable por no haber cooperado con el TPIY. Tal conducta constituye una clara violación a la obligación establecida en el artículo VI de la Convención de genocidio.

IV. Conclusión

El concepto de genocidio no ha sido modificado desde su codificación en 1948. Tanto los estatutos de tribunales penales internacionales *ad hoc* como el estatuto de la Corte Penal Internacional reproducen la definición enunciada en el artículo II de la Convención de Genocidio.

La jurisprudencia y la doctrina han claramente establecido que los principios de la Convención de 1948 integran el derecho internacional consuetudinario y la prohibición de cometer genocidio tiene naturaleza de *ius cogens*.

En el caso analizado la Corte tuvo por primera vez la oportunidad de pronunciarse acerca de sentido y alcance de las obligaciones establecidas por la Convención de Genocidio con relación a un Estado.

En tal sentido y previo a analizar la responsabilidad del Estado Serbio por genocidio, la Corte afirmó que los Estados parte de la Convención pueden incurrir en responsabilidad internacional por incumplir la obligación

⁶⁶ CASSESE, Antonio, op. cit., p. 886 y ss.

de prevenir y sancionar el crimen de genocidio, como así también por cometer dicho crimen.

Tal responsabilidad –al no ser de naturaleza penal– surge del derecho internacional, específicamente de la Convención de 1948 y por lo tanto deben aplicarse al caso las normas sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

La Corte se ve en la dificultad de aplicar el concepto de genocidio para atribuir la responsabilidad a un Estado por la comisión de dicho crimen ya que, como hemos examinado en la primera parte de este trabajo, la evolución y desarrollo del concepto de genocidio se ha centrado en su aplicación a la responsabilidad individual, incluso el documento de los Elementos de los Crímenes –el instrumento más acabado– ha sido elaborado específicamente a tal fin. La Corte resuelve esta dificultad aplicando las normas sobre responsabilidad del Estado, recurriendo pues a la misma metodología que para atribuir cualquier otro hecho ilícito.

Si bien en el análisis realizado en el presente trabajo se verifica que la Corte ha aplicado el Derecho internacional vigente, el resultado del fallo parece poco satisfactorio. En efecto, claramente se advierten dos cuestiones que han sido objeto de debate por la doctrina.

En primer término, que la intención o el *dolus specialis* se verifique en el o los individuos que llevan a cabo el acto y no en el Estado.

En segundo lugar, también se ha criticado el alcance restringido del concepto de control para atribuir los actos a un Estado que utiliza la Corte, confirmando el criterio adoptado en su sentencia en el caso Nicaragua. La Corte afirmó que existió genocidio en Srebrenica en 1995 perpetrado por las fuerzas VRS de la República Sprska, no obstante consideró que las pruebas no resultaron suficientes para atribuir la responsabilidad al estado Serbio. Tal afirmación resulta inaceptable para parte de la doctrina al considerar que el vínculo entre VRS y Serbia estaba suficientemente probado a través de la asistencia económica, logística y militar.

La Corte ha efectuado un razonamiento jurídicamente correcto. Paradójicamente, de acuerdo con este mismo criterio, la responsable por el

hecho internacionalmente ilícito habría sido la desaparecida República Sprska.

Este resultado parece dejar cierta desazón y, en definitiva, nos lleva a cuestionarnos, no sobre la vigencia de la Convención de 1948, ni el concepto de genocidio que ha quedado sobradamente analizado, mas sino sobre la presente utilidad de esta Convención, teniendo en cuenta las características de los conflictos armados actuales y la diversidad de actores que participan en ellos, ya que como hemos visto no es el instrumento apropiado para responsabilizar actores tales como VRS o en definitiva la República Spraska. Tales inquietudes, sumamente interesantes, deberán ser objeto de futuros trabajos, ya que su estudio en profundidad excede el marco del presente que no ha sido otro que analizar el concepto de Genocidio a la luz del caso Bosnia Herzegovina contra Serbia.

LA PREVENCIÓN DEL GENOCIDIO Y LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER

Ricardo Arredondo*

SUMARIO: I. Introducción; II. Medidas preventivas: concepto, tipo y eficacia; III. El quebrantamiento de la obligación de prevenir el genocidio en el caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; IV. La obligación de prevenir el genocidio; V. La responsabilidad de proteger; VI. La prevención del genocidio en el marco de la responsabilidad de proteger; VII. Conclusiones.

I. Introducción

Al finalizar la segunda guerra mundial, durante la cual el régimen nazi procedió al exterminio sistemático de unos doce millones de personas debido a su origen étnico, su orientación sexual o por otras características, la comunidad internacional tomó conciencia de la necesidad de generar herramientas para prevenir este tipo de situaciones y castigar a los culpables. En ese contexto, poco tiempo después, se adoptó el primero de una serie de instrumentos internacionales, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1948 (conocida como “Convención de Genocidio”)¹, que fue reforzada por cuatro tratados de derecho internacional humanitario (conocidos como “Convenios de Ginebra”) y dos Protocolos adicionales (de 1977), entre cuyas normas se estipula la ilegalidad del genocidio.

Distintos aspectos de la Convención sobre el Genocidio han sido desarrollados en otros capítulos de esta obra, al considerar los diversos elementos que plantea el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el *caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Serbia y*

* Diplomático y profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad de Buenos Aires.

¹ Adoptada por Resolución 260 (III) A de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 y que entró en vigor el 12 de enero de 1951. Disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/260\(III\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/260(III)) (accedido 27-05-09).

Montenegro). Por ello, pretendo abocarme², en las páginas que siguen, a analizar el compromiso asumido por los Estados Miembros³ en el artículo I de la Convención que establece la obligación de prevenir los actos de genocidio, sean cometidos en tiempo de paz o en tiempo de guerra.

Para analizar la cuestión de la prevención del genocidio es menester definir en primer lugar qué se entiende por prevención y los tipos de prevención. Seguidamente, se revisan los aspectos relacionados a la violación de la obligación de prevención en el fallo *sub examine*, para posteriormente abordar la consideración de la obligación de prevenir en el marco de la responsabilidad de proteger, lo que requiere una breve explicación previa de este concepto. Finalmente, se esbozan algunas conclusiones que se focalizan en la necesidad de llevar adelante medidas concretas para la prevención del genocidio, que procuren evitar la repetición de estos crímenes en el futuro. Para que estas medidas sean algo más que retórica, será necesario trabajar tanto en el plano internacional, para superar ciertos puntos débiles estructurales del sistema de Naciones Unidas, como en el plano doméstico, para impulsar reformas que faciliten la adopción de esas medidas para la prevención y gestión de conflictos incipientes.

II. Medidas preventivas: concepto, tipo y eficacia

Como ha sido puesto de relieve en la literatura jurídica internacional⁴, la Convención de Genocidio, como muchos otros convenios relativos a crímenes internacionales, no contiene ninguna indicación acerca de lo que debe entenderse por prevención. La única referencia explícita es el artículo VIII, donde se prevé que cualquier Parte Contratante podrá solicitar a los órganos competentes de las Naciones Unidas que adopten las medidas que

² Aunque de modo no exhaustivo, ya que ello excede largamente los objetivos de este trabajo.

³ Aunque debe mencionarse que esta obligación alcanza a la comunidad internacional en su conjunto, ya que las normas recogidas en la Convención tienen la condición de derecho internacional consuetudinario. Asimismo, como se analizará más adelante, la obligación de prevención es una norma imperativa del derecho internacional, que no admite derogación, a menos que sea reemplazada por otra norma de igual carácter.

⁴ Al respecto puede verse Sicilianos, Linos-Alexander. “La responsabilité de l’Etat pour absence de prévention et de répression des crimes internationaux” en Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux, Alain Pellet (eds.), 2000. (eds.), *Droit international pénal* (2000), pags. 115, 119.

consideren oportunas, en virtud de la Carta, para la prevención y represión de los actos de genocidio. El artículo V proporciona otra referencia al disponer que las Partes Contratantes se comprometen a sancionar la legislación necesaria para dar efecto a las disposiciones de la Convención y, en particular, a prever sanciones eficaces para las personas culpables de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III. Por lo tanto, parece que, además de la activación del sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas, el principal –si no el único– aspecto preventivo de la Convención se interconecta con el más represivo, a saber, la función general de disuadir a los posibles autores a través de la adopción de sanciones eficaces.

Hablar de los instrumentos de prevención de conflictos y del genocidio requiere inevitablemente referirse a las diversas interpretaciones que se le da al término prevención. De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, prevención significa, en su segunda acepción, “preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar algo”⁵. Ese riesgo que se quiere evitar es el genocidio. Por lo tanto, la prevención del genocidio consiste en la adopción de medidas idóneas para evitar actos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial, o religioso, como tal⁶.

Por otra parte, la prevención no requiere sólo un conjunto de “herramientas” y “capacidades” sino un acuerdo sobre qué se va a prevenir, es decir, sobre la definición de las principales amenazas.

⁵ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española - Vigésima segunda edición.

⁶ Esta conceptualización de prevención está basada en la definición de genocidio contenida en el art. II de la Convención de Genocidio y receptada por el art. 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Hay autores que, señalando las deficiencias contenidas en esta definición, proponen una interpretación amplia de la misma, de modo de incluir en ella a los grupos políticos y sociales (al respecto puede verse Chalk, Franck. “Definitions of Genocide and Their Implications for Prediction and Prevention”. 4 *Holocaust and Genocide Studies* Vol. 2 (1989), p. 150 y ss). Sin embargo, esa definición es la que pudo ser consensuada en 1948, ya que la ex Unión Soviética se oponía a la inclusión de esos grupos bajo el argumento de la falta de estabilidad y homogeneidad de los mismos y cuya inclusión podría dar pie a la intervención de terceros Estados en las luchas políticas internas (véase Finch, G. A. “The Genocide Convention”. 43 *American Journal of International Law* (1949), p. 732 y ss. y Albadalejo Escribano, Isabel. “Genocidio y crímenes de lesa humanidad en Guatemala” en Blanc Altemir, Antonio. *La protección de los Derechos Humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*. Madrid: Tecnos, 2001, p. 250).

El ex Secretario General de la ONU Boutros Boutros-Ghali, en su informe “*Un programa para la paz*”, señalaba que la prevención consiste en la mediación o el despliegue preventivo para impedir que ciertas desavenencias se intensifiquen hasta llegar a la violencia. La resolución de conflictos implica la negociación de acuerdos de paz, que después se implantan con la ayuda del mantenimiento de la paz y se hacen permanentes por medio de la consolidación de la paz que, a su vez, incluye aspectos preventivos⁷.

Como señala Rubin⁸, desde el Informe del ex Secretario General Kofi Annan sobre Prevención de Conflictos Armados⁹, que desarrolla un trabajo anterior de la Comisión Carnegie para la Prevención de Conflictos Mortales¹⁰, el debate sobre la prevención de conflictos tiende a centrarse en dos modalidades: la operativa y la estructural.

La prevención *operativa* se refiere a los esfuerzos, relativamente de corto plazo, en los que se emplean herramientas políticas o militares para anticiparse a una violencia incipiente o que se está intensificando. Sin embargo, dado que esta actividad preventiva debería llevarse a cabo en caso de conflictos internos y conlleva una intervención directa en los asuntos de un Estado, resulta polémica en la medida en que podría colisionar con el principio de no intervención. Como sostiene Espósito, la intervención en los asuntos internos del Estado fallido podría llevar a la supresión de ese derecho, a la vez que “supondría la estigmatización de ciertos Estados como sujetos de segunda categoría, ante los cuales podrían realizarse acciones no

⁷ Informe del Secretario General de la ONU “*Un programa para la paz: diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz*”. Doc A/47/277 - S/24111 de 17 de junio de 1992. Disponible en <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/47/277&Lang=S> (accedido 27-05-2009).

⁸ Rubin, Barnett R. *La prevención de conflictos violentos: tareas y desafíos para Naciones Unidas*. Centro de Investigación para la Paz (CIP-FUHEM). Madrid, 2005, p. 6. Disponible en http://www.cipresearch.fuhem.es/pazyseguridad/prevencion_Rubin.pdf (accedido 27-05-2009).

⁹ Informe del Secretario General “*Prevención de Conflictos Armados*” de 7 de junio de 2001. Doc. A/55/985-S/2001/574. Disponible en <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/55/985&Lang=S> (accedido 27-05-2009).

¹⁰ Informe final de la Carnegie Commission On Preventing Deadly Conflict. *Preventing Deadly Conflict*. Carnegie Corporation of New York: 2001. Disponible en <http://www.wilsoncenter.org/subsites/ccpdc/pubs/rept97/finfr.htm> (accedido 27-05-2009).

permitidas ante los iguales”¹¹. Esto se pone de relieve particularmente en aquellos supuestos en que las autoridades nacionales se niegan no sólo a proteger a su población sino que además no prestan su consentimiento para que los organismos humanitarios puedan desarrollar su tarea o bien proceden directamente a expulsarlos, como en los casos de Darfur, Sri Lanka o Myanmar¹².

La prevención operativa puede incluir la persuasión o la negociación, a través de los buenos oficios o la mediación; sanciones o amenazas y, también, incentivos, entendidos como políticas de transformación que no se limitan a sobornar a los actores para que adopten otra conducta, sino que cambian su percepción sobre las alternativas de las que disponen. Hay quienes sostienen, como Rubin, que “la intervención militar también puede ser una herramienta para la prevención operativa, aunque obviamente de carácter diferente y sólo dentro del ámbito del Consejo de Seguridad y los Estados Miembros”¹³. Si bien no es éste el lugar para entrar en este debate, considero que se trata de una medida reactiva más que preventiva¹⁴, aunque se podría argüir, según el ángulo con que se mire, en que sería preventiva en la medida en que evitaría una escalada mayor del conflicto.

La prevención *estructural*, por su parte, se refiere a las acciones encaminadas a abordar lo que se conoce como “raíces” del conflicto. La prevención estructural incorpora los elementos de la estrategia de desarrollo política y socio-económica y se basa principalmente en las iniciativas de las organizaciones internacionales y de la cooperación al desarrollo implementadas por los Estados que han decidido intervenir, a través de la

¹¹ Espósito, Carlos D. “Soberanía e igualdad en el Derecho internacional”. *Anuario* de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Madrid: 2009 (en prensa).

¹² Al respecto puede verse Arredondo, Ricardo. “Myanmar y la responsabilidad de proteger”. *Diario La Nación*, Buenos Aires, 25 de junio de 2008.

¹³ Rubin, nota 6 *supra*, p. 8.

¹⁴ El uso de la fuerza es considerado en ese mismo sentido reactivo en la noción de responsabilidad de proteger.

diplomacia preventiva¹⁵, con el objeto de poner fin, lo más rápidamente posible, a las causas del conflicto¹⁶.

De modo correlativo a los cambios experimentados en la naturaleza y el carácter de los conflictos con posterioridad a la finalización de la Guerra Fría, podría afirmarse que, durante las últimas dos décadas, el paradigma general de la prevención parece haberse centrado en la prevención de guerras civiles, conflictos étnicos, estados en desintegración, violaciones graves de derechos humanos (incluidos crímenes de guerra y genocidio) y emergencias humanitarias. Sin embargo, en todos estos supuestos (quizás con la excepción de Timor Oriental) tanto las medidas preventivas como aquellas destinadas a poner fin a las atrocidades en masa que estaban teniendo lugar fracasaron, principalmente debido a la falta de voluntad política para ponerlas en práctica¹⁷. Inclusive en la actualidad la comunidad internacional asiste con vergonzosa pasividad a crisis como las de Darfur, Sri Lanka¹⁸ o Myanmar.

¹⁵ Por diplomacia preventiva se entienden las medidas destinadas a evitar que surjan controversias entre dos o más partes, a evitar que las controversias existentes se transformen en conflictos y evitar que éstos, si ocurren, se extiendan. Conf. Doc A/47/277 - S/24111 nota 7 *supra*, para. 20, p. 6.

¹⁶ Al respecto puede verse Ficorilli, Giorgia y Le Fevre Cervini, Enzo Maria. *Il genocidio: l'Europa tra passato, presente, futuro*. Centro nazionale di informazione e documentazione europea. Roma: 2007, Cap. IV, p. 67 y ss.

¹⁷ Como sostiene el Teniente General Roméo Alain Dallaire, refiriéndose al genocidio de Ruanda, “las matanzas podrían haberse evitado si hubiera existido la voluntad internacional para aceptar el costo de hacerlo incluso después de las políticamente difíciles pérdidas durante el mantenimiento de la paz en Somalia y la confusión *ad hoc* de abril de 1994”. Feil, Scott R. Preventing Genocide. “How the Early Use of Force Might Have Succeeded in Rwanda” en Safty, Adel. *Leadership and Conflict Resolution*. Estados Unidos: Universal Publishers, 2002, p. 307.

¹⁸ Un ejemplo de ello lo representa la Resolución A/HRC/S-11/2, adoptada por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas por 29 votos a favor, 12 en contra y 6 abstenciones (entre ellas la de Argentina) el 27 de mayo de 2009, a partir de un proyecto presentado por el Gobierno de Sri Lanka, con el apoyo, entre otros países de China, India, Egipto y Cuba (el texto de la Resolución se encuentra disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/specialsession/11/docs/L1.Rev.2.doc> (accedido 28-05-2009). Si bien la Resolución recuerda ciertos principios fundamentales, como la obligación de respetar los derechos humanos y la responsabilidad de proteger a la población, insta al Gobierno de Sri Lanka a “continuar” cumpliendo con esas obligaciones, lo que claramente no hizo hasta el presente, y condena el uso de civiles como escudos humanos por parte de los Tigres Tamiles, sin hacer mención alguna a las violaciones a los derechos humanos cometidas por el Gobierno de ese país asiático. Al respecto pueden verse una síntesis de la Resolución y las explicaciones de voto en el comunicado de prensa emitido por

Por otra parte, un análisis de los conflictos permite observar el juego de los dobles raseros o estándares dobles, ya que un somero examen de las actividades de gestión y de prevención de conflictos de Naciones Unidas muestra que las mismas se limitan a los Estados pequeños y medianos y que, cuando están en juego los intereses de las principales potencias, es menos probable que la Organización, incluido el Consejo de Seguridad, desempeñe un papel decisivo en la solución del conflicto.

Con ocasión del décimo aniversario del genocidio de Ruanda, el Secretario General de las Naciones Unidas presentó un plan de acción de cinco puntos para prevenir el genocidio. En él se hacía hincapié en la necesidad de actuar para prevenir los conflictos armados, adoptar medidas eficaces para proteger a los civiles, introducir disposiciones judiciales para acabar con la impunidad, establecer un mecanismo de alerta mediante el nombramiento de un Asesor Especial sobre la Prevención del Genocidio e intervenir de forma rápida y decisiva cuando ocurra o esté a punto de ocurrir un genocidio¹⁹.

La necesidad de adoptar medidas adecuadas para prevenir los conflictos armados y el genocidio fue incluida en documentos posteriores. Entre ellos, en su informe “*Un mundo más seguro: una responsabilidad compartida*”, el Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio pide la adopción de marcos normativos internacionales (reguladores), invocando un nuevo tipo de prevención —la prevención sistémica—, que trata de reducir el conflicto de forma global con mecanismos no enfocados hacia ningún Estado concreto²⁰.

el Consejo, “*Human Rights Council Adopts Resolution on Assistance to Sri Lanka in the Promotion and Protection of Human Rights*”, disponible en <http://www.unhcr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/B298103AA4EC07DDC12575C4002AA5EC?opendocument> (accedido 28-05-2009) y para un análisis más completo puede verse el sitio de la 11 sesión extraordinaria del Consejo de Derechos Humanos dedicada al conflicto en Sri Lanka en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/specialsession/11/index.htm> (accedido 28-05-2009). Amnesty International criticó los términos de la Resolución adoptada por el Consejo de Derechos Humanos y solicitó una investigación de la conducta del Gobierno de Sri Lanka, que en su “lucha contra el terrorismo”, había incurrido en severas violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

¹⁹ Véase Press Release SG/SM/9245 AFR/893 HR/CN/1077 de 7 de abril de 2004. Disponible en <http://www.un.org/News/Press/docs/2004/sgsm9245.doc.htm> (accedido 27-05-2009).

²⁰ Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio: “*Un mundo más seguro: una responsabilidad compartida*”, Documento A/59/565, 2 de diciembre de 2004,

Posteriormente, en su informe “*Un concepto más amplio de libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*”²¹, el Secretario General de las Naciones Unidas recoge estos conceptos y enfatiza en la necesidad de adoptar medidas de naturaleza preventiva.

El actual Secretario General Ban Ki-moon, con ocasión del décimo tercer aniversario del genocidio de Ruanda, recordó la necesidad de adoptar medidas preventivas para que estos episodios no vuelvan a repetirse “nunca más”. Son numerosos los instrumentos, declaraciones y resoluciones adoptados en el sistema de Naciones Unidas, en los que se reitera que la prevención de los conflictos es una de las principales obligaciones de los Estados Miembros, responsabilidad que recae fundamentalmente sobre los gobiernos nacionales, quienes deberán adoptar las medidas preventivas en la etapa más temprana posible del ciclo de un conflicto, para que éstas tengan la mayor eficacia posible²².

III. El quebrantamiento de la obligación de prevenir el genocidio en el caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio

En su fallo del 26 de febrero de 2007, en el caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (*Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro*) (en adelante el “fallo”), la Corte Internacional de Justicia, por una mayoría de doce a tres, encontró que el Estado demandado solamente era culpable de haber violado sus obligaciones en el marco del artículo I de dicha Convención. La Corte arribó a esta conclusión después de dejar de lado el principal objeto de la demanda del Estado reclamante que se refería a que todos los luctuosos acontecimientos que tuvieron lugar en Bosnia-Herzegovina en los tres años que mediaron entre su declaración de la independencia en abril de 1992 hasta las negociaciones de paz de Dayton en septiembre 1995 debían ser

para. 89 y ss. Disponible en http://www.un.org/spanish/secureworld/report_sp.pdf (accedido 27-05-2009) (en adelante “*Un mundo más seguro*”).

²¹ Documento de las Naciones Unidas A/59/2005, disponible en <http://www.un.org/spanish/largerfreedom> (en adelante, *Un concepto más amplio de libertad*).

²² Al respecto puede verse el sitio de Naciones Unidas “Enseñanzas extraídas de Rwanda”, en particular el acápite “Documentos”, disponible en <http://www.un.org/spanish/preventgenocide/rwanda/keydocs.shtml> (accedido 27-05-2009).

considerados como un acto único de genocidio contra la parte musulmana de la población de Bosnia y atribuible en su conjunto a Serbia, sea directamente o a través de su “creación genocida” de la Republika Srpska.

Aplicando estrictos métodos de prueba²³, la Corte encontró que Bosnia no había presentado evidencia concluyente acerca de la existencia de un plan genocida general que ligara los numerosos crímenes contra la humanidad cometidos durante la guerra a las autoridades serbo-bosnias²⁴. Las pruebas que se presentaron ante la Corte tampoco permitieron acreditar que los actos del Ejército de la República Srpska pudieran atribuirse a la parte demandada con arreglo a las normas del derecho internacional sobre la responsabilidad del Estado.

La Corte admitió a lo largo de este procedimiento de casi 14 años de duración²⁵ que se cometieron actos de genocidio, aunque exculpó a Serbia de la responsabilidad por la comisión de éstos.

Siguiendo la calificación de genocidio utilizada por el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (en adelante “ICTY”, por sus siglas en inglés) en los casos de Krstic y de Blagojevic²⁶, la Corte consideró que solamente se había cometido genocidio en el caso de las masacres de Srebrenica de julio 1995²⁷. Ello no obstante, otra vez por carencia de evidencia concluyente, sostuvo que ese genocidio no era atribuible a Serbia²⁸ ni que las autoridades serbias hubieran tenido conocimiento de su

²³ Al respecto puede verse Gattini, Andrea. “Evidentiary Issues in the ICJ’s Genocide Judgment”. 6 *Journal of International Criminal Justice* (2007) p. 889.

²⁴ *Caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro)*. Sentencia del 26 de febrero de 2007, para. 373. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf> (accedido 12-05-2009).

²⁵ Cabe tener presente que muchos de los hechos juzgados ocurrieron con posterioridad a que Bosnia Herzegovina iniciara acciones ante el Tribunal.

²⁶ Cf. *Prosecutor v. Krstic*, IT 98-33-T, Fallo de 2 de agosto de 2001, para. 560, disponible en <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf> (accedido 22-05-2009) y Fallo de la Cámara de Apelaciones de 19 de abril de 2004, para. 23, disponible en <http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/krs-aj040419e.pdf> (accedido 22-05-2009); *Prosecutor v. Blagojevic and Jokic*, IT-02-60, Fallo de la Cámara de 17 de enero de 2005, disponible en http://www.icty.org/case/blagojevic_jokic/4 (accedido 22-05-2009).

²⁷ Fallo, nota 24 *supra*, para. 297.

²⁸ *Ibid.*, para. 415.

comisión por el VRS, el ejército de Republika Srpska, como para hacerlas cómplices de los crímenes de éste²⁹.

En efecto, la Corte consideró que se encontraba probado por una sobreafluente evidencia que se produjeron asesinatos masivos en determinadas zonas y campos de detención en todo el territorio de Bosnia-Herzegovina durante el conflicto. Más aún, la Corte sostuvo que la prueba presentada muestra que la inmensa mayoría de las víctimas eran miembros de un grupo protegido, lo que sugiere que podrían haber sido sistemáticamente elegidos para la matanza³⁰. Inclusive al considerar el caso de la masacre de Srebrenica, tomando como base los fallos de la Cámara del Tribunal Internacional para Crímenes de Guerra en la Antigua Yugoslavia (ICTY) en los casos Krstic y Blagojevic, considera comprobados los extremos legales establecidos por el artículo II de la Convención de Genocidio³¹.

Sin embargo, la Corte no se muestra convencida, sobre la base de la evidencia presentada, de que se haya establecido concluyentemente que los asesinatos masivos de miembros del grupo protegido hayan sido cometidos con la intención específica (*dolus specialis*), por parte de quienes los perpetraron, de destruir, total o parcialmente, al grupo como tal. En ese sentido, la Corte manifiesta que “los asesinatos mencionados previamente pueden equivaler a crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, pero la Corte no tiene competencia para determinar si esto es así”³². A una conclusión similar arriba con relación a los malos tratos, apaleamientos, violaciones y torturas masivas a las que fue sometido el grupo protegido³³.

IV. La obligación de prevenir el genocidio

Uno de los elementos claves del fallo de la Corte está en saber quién tenía el mando sobre las fuerzas paramilitares y militares serbias que asesinaron a decenas de miles de personas durante la limpieza étnica en Bosnia, entre 1992 y 1995. Al analizar la cuestión de la atribución de responsabilidad al Estado por la acción de personas o entidades que tengan el carácter de órganos del Estado, la Corte consideró que no había podido

²⁹ Ibid., para. 424.

³⁰ Ibid., para. 276.

³¹ Ibid., para. 290-291.

³² Ibid., para. 277.

³³ Ibid., para. 319.

establecerse de modo concluyente que algún órgano o persona actuando como órgano del Estado serbio hubiese tenido intención deliberada de destruir en todo o en parte a la población musulmana de Bosnia³⁴. Por otra parte, recordando el principio consuetudinario de responsabilidad internacional, en el sentido establecido en el caso *Actividades Militares y Paramilitares de los Estados Unidos en y contra Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos)*³⁵, la Corte se refirió al principio “control efectivo” para señalar que no había prueba suficiente que demostrara que una persona o grupo de personas había actuado bajo las instrucciones, o bajo la dirección y el control, del Estado serbio³⁶. Por ende, la Corte decidió exonerar a Serbia del delito de genocidio o complicidad para cometerlo.

A mi juicio, la Corte puede haber establecido un umbral de prueba demasiado elevado³⁷, ya que desde un punto de vista fáctico no puede sostenerse que desde Belgrado no se controlaba a los dirigentes políticos y militares de los serbios de Bosnia. Así como tampoco puede ignorarse la responsabilidad que le cupo a los distintos dirigentes serbios en las violaciones masivas a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario que tuvieron lugar en ese país. No puede negarse que el genocidio en Srebrenica y los otros crímenes cometidos por paramilitares y el Ejército serbio-bosnio estuvieron organizados, armados y financiados por Belgrado, aunque la Corte trate de disfrazarlo considerando que Serbia solamente estaba en “posición de influir” sobre los serbio-bosnios, pero fueron éstos quienes “diseñaron e implementaron el genocidio en Srebrenica”³⁸.

La Corte analiza separadamente dos obligaciones distintas pero interconectadas: la obligación de prevenir el genocidio y el deber de castigar a los responsables de tales actos. Tomando en cuenta el grado de influencia y la información de que disponía el Gobierno de la República

³⁴ Ibid., para. 386 y ss.

³⁵ Corte Internacional de Justicia. *Caso Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos de América) (Fondo Del Asunto)*. Fallo de 27 de junio de 1986, para. 186.

³⁶ Ibid., para. 399 y ss.

³⁷ En el mismo sentido, puede verse Gattini, Andrea. “Breach of the Obligation to Prevent and Reparation Thereof in the ICJ’s Genocide Judgement”. 18 *European Journal of International Law* vol. 4 (2007), p. 696. Disponible en <http://ejil.org/pdfs/18/4/237.pdf> (accedido 22-05-2009).

³⁸ CIJ, nota 3 supra, para. 434.

Federal de Yugoslavia al momento de producirse los hechos, la Corte sostuvo que las autoridades serbias deberían haber hecho los mejores esfuerzos a su alcance para evitar el desarrollo de los trágicos acontecimientos, por lo que consideró que Serbia es responsable de no haber actuado para impedir la matanza de bosnios musulmanes en el enclave bosnio de Srebrenica, habiendo de esta manera quebrantado la obligación de prevenir el genocidio, comprometiendo de esta manera su responsabilidad internacional³⁹.

Si bien resulta necesario establecer un umbral a partir del cual se acepta una hipótesis como probada, ese umbral, o estándar de prueba, no tiene porque ser el mismo en todos los ámbitos y para fijarlo es necesario atender a valoraciones de política criminal. Si el estándar de prueba resulta indeterminado, resultará imposible justificar la decisión tomada sobre los hechos del caso. En otros términos, es la propia estructura del razonamiento la que exige mostrar que se ha superado determinado nivel de corroboración de una hipótesis fáctica para justificar que se acepte como probada, pero para ello es necesario conocer cuál es ese nivel.

En ese sentido, cuando se analiza el razonamiento de la Corte en su considerando relativo a la obligación serbia de prevenir el genocidio y se lo compara con la argumentación utilizada para no atribuir esos actos a los órganos del Estado, se puede observar que la Corte opta por desviarse del patrón tradicional del *civil y common law* anglosajón de “más allá de toda duda razonable” a favor de un estándar que exige “prueba de un elevado nivel de certeza”, presumiblemente basándose en que el incumplimiento de la obligación de prevención no constituye en sí mismo una violación del *jus cogens* o de un crimen que comprometa la responsabilidad individual de los órganos estatales. Sin embargo, tanto en el caso de la complicidad como en el de la violación del deber de prevenir, los elementos objetivos (*actus reus*) y psicológicos (*mens rea*) constitutivos de genocidio siguen siendo los mismos. Por lo tanto, resulta extremadamente difícil establecer una distinción entre la conciencia de que está ocurriendo un genocidio, que debe ser probada a los efectos de la complicidad, y la conciencia, que también debe ser probada, a los efectos del incumplimiento de la obligación de prevenir. El Tribunal se esforzó por hacer una distinción entre ambas, pero sus esfuerzos no son totalmente convincentes.

³⁹ Ibid., para. 438.

La parte de la sentencia referida a la obligación de prevenir y castigar el genocidio constituye el núcleo de la misma, dado que son las únicas obligaciones que la Corte considera que Serbia ha violado. Consecuentemente, cabe preguntarse, en términos concretos, ¿qué significa la obligación de prevenir un genocidio, como una obligación *erga omnes*⁴⁰, para un Estado? La Corte muestra su tradicional moderación al rehusarse expresamente a considerar si existe una obligación general de los Estados de prevenir la comisión por otras personas o entidades de actos contrarios a ciertas normas de derecho internacional general. Por el contrario, subraya su intención de confinarse a determinar el ámbito de aplicación específico de la obligación de prevenir en la Convención de Genocidio, en la medida en que dicha determinación sea necesaria para la decisión que debía adoptar en la controversia que tiene ante sí⁴¹.

La Corte se basó principalmente en el deber de prevenir a fin de demostrar, por implicación necesaria, que los Estados también están bajo la obligación de no cometer genocidio⁴². Asimismo, en un punto clave de su sentencia, extendió la interpretación del Artículo I de la Convención en la máxima medida posible. Por un lado, decidió separar la obligación de prevención de cualquier vínculo territorial, sustituyendo la noción tradicional de “jurisdicción” por un concepto nuevo y mucho más vago: la “capacidad de influenciar efectivamente”. Por otra parte, se esforzó por robustecer el alcance general del artículo I, al señalar que la obligación de

⁴⁰ El concepto de obligaciones debidas hacia la comunidad internacional en su conjunto fue reafirmado por la Corte Internacional de Justicia, en el caso *Barcelona Traction*, donde distinguió entre las obligaciones que son debidas a un Estado particular y aquellas que son debidas a la comunidad internacional en su conjunto. Refiriéndose en particular a estas últimas, la Corte afirmó que, tomando en consideración la importancia de los derechos a lo que se refieren, “cabe considerar que todos los Estados pueden considerarse poseedores de un interés legítimo en su protección; se trata de obligaciones *erga omnes*”. *The Barcelona Traction, Light And Power Company, Limited (Second Phase)*. Sentencia de 5 de febrero de 1970. ICJ Reports, 1970, p. 32. Este concepto ha sido reiterado por la Corte en los casos sentencia de *Timor Oriental (Portugal v. Australia)* –sentencia del 30 de junio de 1995, p. 102, para. 29. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/84/6949.pdf> (accedido 22-05-2009)– y *Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia) - Objeciones preliminares* –sentencia del 11 de julio de 1996, p. 615-616, paras. 31-32. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf> (accedido 22-05-2009).

⁴¹ Fallo, nota 24 *supra*, para. 429.

⁴² *Ibid.*, para. 166.

cada Estado contratante de prevenir el genocidio es “tanto normativa como exigible”, que “tiene su propio ámbito de aplicación” y que los Estados Partes están constreñidos por dicha “obligación a tomar las medidas a su alcance para prevenir que el genocidio tenga lugar”⁴³.

La Corte se tomó el trabajo de demostrar que la obligación de prevenir no es una obligación de resultado⁴⁴ y que mucho depende de las circunstancias de cada caso particular. Para este propósito, la Corte se basó en el concepto crucial de la diligencia debida, señalando que esta noción “requiere una evaluación en concreto”.

A pesar de que el Tribunal expresó que, cuando se evalúa la conducta del Estado, deben tenerse presente “varios parámetros”, tomó en consideración sólo uno de ellos: “la capacidad del Estado para influir efectivamente en las acciones de las personas susceptibles de cometer genocidio”. Al respecto, la Corte señaló que esta capacidad, “varía mucho de un Estado a otro” y depende de muchos elementos. De estos elementos, la Corte hizo hincapié en dos, la dimensión geográfica del Estado concernido y la fuerza de los vínculos políticos así como las relaciones de todo tipo que pudieran existir entre el Estado y los principales actores de los acontecimientos. En este punto, la Corte añadió un tercer elemento, a saber, que esa capacidad debe ser evaluada también por criterios jurídicos, ya que “cada Estado sólo puede actuar dentro de los límites permitidos por el derecho internacional”. De ello se desprende que para la Corte la capacidad del Estado varía “en función de su especial posición jurídica frente a las situaciones y las personas que enfrentan el peligro, o la realidad, del genocidio”.

Un segundo aspecto subrayado por la Corte es el hecho de que un Estado puede ser considerado responsable por el incumplimiento de su obligación de prevenir sólo si el hecho ilícito, en este caso, el genocidio, efectivamente ocurre. En este punto, la Corte hizo referencia al artículo 14, párrafo 3 del proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado, que prevé que:

“La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce

⁴³ Ibid., para. 427.

⁴⁴ Ibid., para. 430.

el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación⁴⁵”.

Aunque la Corte calificó a esa regla como una norma general de derecho internacional en materia de responsabilidad del Estado, esto genera cierta incertidumbre dado que la Corte ya había declarado en su fallo sobre medidas provisionales de 8 de abril de 1993 que la obligación de prevenir implica “obligaciones positivas”. En esa ocasión, la Corte expresó que:

“... en las circunstancias llevadas a su atención y ... en las que existe un grave riesgo de que se cometan actos de genocidio, Yugoslavia y Bosnia-Herzegovina, independientemente de que dichos actos en el pasado les puedan ser jurídicamente imputables, están bajo una clara obligación de hacer todo lo que esté en su poder para prevenir la comisión de tales actos en el futuro⁴⁶”.

Cuando se emitió este fallo algunos comentaristas lo recibieron positivamente en la medida que se consideró que se trataba de una interpretación “progresista” y “liberal” de la obligación de prevenir, que se había ampliado de tal manera hasta prever una suerte de “responsabilidad colectiva” de todos los Estados para evitar la comisión de genocidio en otro Estado⁴⁷. En su análisis de esta obligación, como una obligación de medios y no de resultados, Dupuy señala dos factores: a) el hecho de que un incumplimiento de la obligación debe ser juzgado sólo por el comportamiento real del Estado responsable y no por la circunstancia de haber o no haber alcanzado ese resultado; y b) la importancia de la

⁴⁵ Resolución 56/83, aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)]. *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. Doc. A/RES/56/83.

⁴⁶ Cf. *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro)*, Medidas Provisionales [1993] ICJ Rep 22, at para. 45. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7305.pdf> (accedido 28-05-2009).

⁴⁷ Al respecto puede verse Boisson de Chazournes, Laurence. “Les ordonnances en indication de mesures conservatoires dans l’affaire relative à l’application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide”, 39 *Annuaire français de droit international* (1993), p. 533.

obligación primaria violada con el objetivo de determinar el momento preciso en que tiene lugar la violación de la obligación de prevenir⁴⁸.

Finalmente, tomando en consideración la delgada línea conceptual que diferencia entre la complicidad en la comisión y el incumplimiento de la obligación de prevenir, que como se expresara previamente es el aspecto fundamental sobre el que recae toda la sentencia, la Corte expresó que es especialmente importante enfatizar sobre estas diferencias, de identificación y, consecuentemente, señala dos de ellas. En primer lugar, la prohibición del genocidio y los otros actos enumerados en el artículo III de la Convención de Genocidio, incluida la complicidad, sitúa al Estado ante una obligación negativa de no apoyar directa o indirectamente la comisión de genocidio, mientras que en el caso del deber de prevenir se trata de obligaciones positivas. En segundo lugar, la figura penal de la complicidad requiere que se haya dado apoyo en la perpetración del genocidio con pleno conocimiento de los hechos, mientras que para que se produzca la violación del deber de prevenir es suficiente que el Estado tenga conocimiento o que normalmente hubiera debido tenerlo del peligro grave que representan los actos de genocidio que eventualmente serán cometidos.

La solidez de estas razones, en las que la Presidente de la Corte, Rosalyn Higgins consideró oportuno detenerse con ocasión de sus declaraciones a la prensa⁴⁹, fue recibida con cierto escepticismo en la literatura jurídica internacional⁵⁰. Por una parte, estos argumentos no parecen estar sustentados por la práctica internacional; y por otro lado no parecen tan decisivos como la Corte quiere afirmar. Un somero repaso a los diversos sistemas nacionales de derecho penal muestra que, primero, las conductas de omisión también pueden ser consideradas como una forma de complicidad y, en segundo lugar, el umbral de la responsabilidad por omisión, por regla general, suele ser más elevado que el de conducta y no a la inversa.

⁴⁸ Dupuy, Pierre Marie. "Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility". 10 *EJIL* (1999) Vol. 2, p. 384. Disponible en <http://ejil.org/pdfs/10/2/587.pdf> (accedido 28-05-2009).

⁴⁹ Véase *Serbia cleared of genocide charge over killing of 8,000 at Srebrenica*. The Times, Londres, 27 de febrero de 2007.

⁵⁰ Dupuy, op. cit. nota 48 *supra*, p. 247.

A fin de determinar responsabilidad de Serbia, la Corte consideró necesario basarse en una circunstancia aún más específica, a saber, el hecho de que Serbia estaba bajo una estricta obligación de prevenir, debido a las dos órdenes de medidas provisionales emitidas por la Corte Internacional de Justicia en 1993. En efecto, desde su primer fallo de 8 de abril de 1993, la Corte dejó en claro que, sin perjuicio de cualquier ulterior atribución de responsabilidad, la República Federativa de Yugoslavia estaba obligada a “asegurar que cualquier fuerza armada militar, paramilitar o irregular que fuera dirigida o apoyada por ella, así como cualquier organización y persona que estuvieran sujetas a su control, dirección o influencia, no cometiera actos de genocidio, de conspiración para cometer genocidio, instigación directa y pública a cometer genocidio, o de complicidad en el genocidio”⁵¹. Es evidente que, al elegir conscientemente el sustantivo no técnico “influnciar”, la Corte procuró especificar y, al mismo tiempo, ampliar la obligación genérica de prevenir, particularmente a la luz de la situación concreta que prevalecía en la región.

El deber de prevenir un genocidio no está limitado temporalmente y los Estados tienen la obligación general de hacer todo lo que esté en su poder (a través de medidas legislativas u otras medidas) para prevenir la comisión de tales actos. Ello no obstante, es sólo a través de la determinación temporal de algunos elementos (por ejemplo, la presencia de un peligro de genocidio grave y real) que el deber de prevenir puede concretarse.

La Corte no tuvo éxito al demostrar qué es lo que Serbia debería haber hecho en concreto para constreñir al VRS a que pusiera fin a sus actos genocidas. Si bien se podría pensar de diferentes respuestas, todas ellas factibles y razonables, como la ruptura de vínculos financieros o la imposición de sanciones inteligentes, es la propia Corte la que de alguna manera arroja dudas sobre su eficacia cuando admite que los actos genocidas tuvieron lugar durante un muy corto lapso de tiempo, esencialmente entre el 13 y el 16 de julio de 1995⁵².

⁵¹ Cf. *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro)*, Medidas Provisionales [1993] ICJ Rep 24, at para. 52. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7311.pdf> (accedido 28-05-2009).

⁵² Fallo, nota 24 *supra*, para. 423.

De hecho, la Corte logró evitar la delicada cuestión del contenido de la obligación positiva de prevenir el genocidio o, en otras palabras de “los medios” para hacerlo, que alegadamente Serbia había tenido a su disposición, declarando que el demandado “no había hecho nada”⁵³. Sin embargo, como señala Gattini, también debe subrayarse el hecho de que el batallón holandés que tenía el mandato de UNPROFOR para defender la zona segura de Srebrenica, y que por esa razón también estaba bajo una obligación de prevenir, tampoco hizo mucho. “De hecho, siguiendo la cronología de los acontecimientos aprobada por la Corte y a la luz de la situación de hecho prevaleciente en el momento en el terreno, persisten algunas dudas sobre en qué medida un comportamiento más enérgico de Belgrado, sin llegar a una intervención militar, hubiera reducido el tamaño de la catástrofe, una cuestión acerca de la cual la Corte era consciente”⁵⁴.

V. La responsabilidad de proteger

A fin de poder desarrollar el concepto de la obligación de prevenir en el marco de la responsabilidad de proteger, resulta conveniente hacer algunas precisiones sobre esta noción.

El concepto de responsabilidad de proteger comenzó a tomar auge a partir del *Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados*, titulado “*La responsabilidad de proteger*”⁵⁵. El Informe ICISS procuraba encontrar una solución a la paradoja planteada por el Secretario General de las Naciones Unidas con posterioridad al bombardeo de Kosovo, cuando se preguntó cómo debería la comunidad internacional reaccionar y reconciliar el respeto por los derechos soberanos de los Estados con la necesidad de actuar ante violaciones masivas de los derechos humanos y el derecho humanitario, como las de Ruanda y Srebrenica⁵⁶. Ante este dilema, la ICISS procuró fundamentalmente

⁵³ Ibid., para. 438.

⁵⁴ Gattini, op. cit., nota 37 *supra*, p. 705.

⁵⁵ Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados, “La responsabilidad de proteger”, diciembre de 2001. Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, The Responsibility to Protect, 2001, disponible en <http://www.iciss.ca/pdf/Commission-Report.pdf>. Existe también una versión en español de dicho informe en <http://www.iciss.ca/pdf/Spanish-report.pdf>. En adelante “Informe ICISS”.

⁵⁶ Informe del Secretario General de las Naciones Unidas para la Asamblea de las Naciones Unidas dedicada al Milenio: “*Nosotros los pueblos: la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI*”. Doc. A/54/2000, 27/03/00, p. 36 y 37.

introducir un cambio de perspectiva⁵⁷, al considerar la cuestión en términos de responsabilidad de proteger en lugar de hacerlo como intervención humanitaria.

Aunque sus contornos normativos son todavía vagos y debatidos, y sus múltiples implicaciones y consecuencias están lejos de haber sido evaluadas en toda su complejidad, se puede afirmar que la responsabilidad de proteger pone el punto focal en las necesidades de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario. Esa responsabilidad del Estado se manifiesta en una doble dirección: externa (frente a los demás Estados o la comunidad internacional) e interna (frente a sus propios ciudadanos).

El Informe ICISS pone de relieve que la responsabilidad de proteger compete ante todo al Estado cuya población se ve directamente afectada⁵⁸, aunque, la comunidad internacional también tiene una responsabilidad subsidiaria. Esta responsabilidad secundaria entra en juego cuando un Estado concreto no quiere o no puede cumplir su responsabilidad de proteger o es el autor material de los crímenes o atrocidades, o cuando las acciones que tienen lugar en dicho Estado suponen una amenaza directa para otras personas que viven fuera de él⁵⁹. Sin definir que entiende por “comunidad internacional”, el Informe ICISS pone de relieve que es el Consejo de Seguridad quien debe autorizar esas intervenciones⁶⁰ y que los Miembros Permanentes deberían abstenerse de utilizar el derecho de veto, a menos que sus intereses vitales estén en juego⁶¹. Ello no obstante, no puede dejar de señalarse que en la actualidad no existe todavía consenso acerca del modo en que debería reformarse el Consejo de Seguridad (si es que ello alguna vez ocurre) y sus Miembros Permanentes no han exhibido una clara disposición a renunciar o limitar su derecho de veto.

Por otra parte, consideradas las crisis humanitarias como un proceso, la noción de responsabilidad de proteger se construye a partir de tres

⁵⁷ Aunque algunos comentaristas consideran que se trata de un mero cambio nominal. Al respecto, puede verse Focarelli, Carlo. “The Responsibility to Protect Doctrine and Humanitarian Intervention: Too Many Ambiguities for a Working Doctrine”. 13 *Journal of Conflict and Security Law* 2008 (2):191-213, p. 194.

⁵⁸ Informe ICISS, para. 2.30.

⁵⁹ Informe ICISS, para. 2.31.

⁶⁰ Informe ICISS, para. 6.15.

⁶¹ Informe ICISS, para. 6.21.

momentos claramente diferenciados: la etapa previa al surgimiento de la crisis, durante la cual debería implementarse “responsabilidad de prevenir”; la fase de la crisis propiamente dicha a la que aplicaría la “responsabilidad de reaccionar” para poner fin a las violaciones masivas a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario; y la situación post conflicto durante la cual se haría efectiva la “responsabilidad de reconstruir”.

Claramente uno de los objetivos de la ICISS era promover la creación de un nuevo régimen jurídico capaz de dar respuesta al dilema planteado por el Secretario General. La ICISS afirma que se trata de un nuevo principio rector, basado en una mezcla de fundamentos jurídicos (disposiciones de tratados referentes a los derechos humanos, Convención contra el Genocidio, Convenios de Ginebra, Estatuto de la Corte Penal Internacional, entre otros), la creciente práctica de los Estados y la del propio Consejo de Seguridad. Por ello, sostuvo que:

“Si en el futuro seguimos dependiendo de estos instrumentos, tal vez acabe por admitirse la existencia de una nueva norma del derecho consuetudinario internacional en este sentido pero, como ya hemos reconocido, sería prematuro afirmar ahora que ya existe dicha norma⁶²”.

El Informe ICISS también prevé la intervención por parte de organismos regionales en el marco del Capítulo VIII de la Carta⁶³ y no descarta completamente la posibilidad de que se lleven a cabo intervenciones unilaterales. Esa posibilidad es también admitida por algunos comentaristas que sostienen que en caso de parálisis del Consejo de Seguridad se podría actuar por fuera del sistema multilateral o, más aún, a través de iniciativas unilaterales⁶⁴.

El concepto de responsabilidad de proteger fue recogido posteriormente en una serie de documentos⁶⁵. Entre ellos, en su informe “*Un mundo más*

⁶² Informe ICISS, para. 6.17, p. 55.

⁶³ Informe ICISS, para. 6.35.

⁶⁴ Véase Gattini, nota 14 supra, p. 698.

⁶⁵ Cabe señalar que estos instrumentos son de carácter no vinculante desde un punto de vista jurídico.

*seguro: una responsabilidad compartida*⁶⁶, el Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, se hace eco del Informe ICISS y subraya que más que un “derecho” a intervenir, los Estados tienen una obligación *erga omnes* de tomar, cuanto antes, todas las medidas a su alcance para prevenir o poner fin a violaciones graves y masivas a los derechos humanos, bajo determinadas condiciones. Como señala Focarelli, es casi un lugar común observar que esas condiciones reflejan fielmente aquellas elaboradas por la tradición teológica cristiana de la guerra justa, aunque como este autor admite el problema no son las condiciones *per se* sino cómo estas son interpretadas en cada caso concreto⁶⁷.

Posteriormente, en su informe “*Un concepto más amplio de libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*”⁶⁸, el Secretario General de las Naciones Unidas sostiene la necesidad de “avanzar hacia la meta de asumir la “responsabilidad de proteger” a las víctimas posibles o reales de las atrocidades masivas y actuar en consecuencia”⁶⁹.

Los Jefes de Estado y de Gobierno, en el “*Documento Final de la Cumbre Mundial 2005*”⁷⁰, decidieron aceptar esa propuesta y parecería que han elevado la “responsabilidad de proteger” al rango de obligación, que, por una parte, exige a los Estados “proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad”⁷¹; y, por otra, en esos mismos supuestos, señala la responsabilidad de la comunidad internacional, “por medio de las Naciones Unidas”, “de utilizar los medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados, de conformidad con los Capítulos VI y VIII de la Carta, para ayudar a proteger a las poblaciones” en estos supuestos⁷². En el ejercicio de esa responsabilidad de “ayudar a proteger” a la población civil

⁶⁶ Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio: “*Un mundo más seguro: una responsabilidad compartida*”, Documento A/59/565, 2 de diciembre de 2004. Disponible en <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/59/565&Lang=S>.

⁶⁷ Focarelli, op. cit. nota 57 *supra*, p. 197.

⁶⁸ Documento de las Naciones Unidas A/59/2005, disponible en <http://www.un.org/spanish/largerfreedom>.

⁶⁹ *Un mundo más seguro*, para. 132.

⁷⁰ Doc. A/RES/60/1. *Documento Final de la Cumbre Mundial 2005*. 24 de octubre de 2005 (en adelante, *Documento Final*). Disponible en <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/60/1&Lang=S> (accedido 1-04-2007).

⁷¹ *Documento final*, para. 138.

⁷² *Documento final*, para. 139.

contra ese tipo de crímenes, los Estados se declaran “dispuestos” (aunque no se obligan) a llevar adelante “en cada caso concreto” una eventual acción colectiva por medio del Consejo de Seguridad, cooperando, cuando sea oportuno, con las organizaciones regionales pertinentes “si los medios pacíficos resultan inadecuados” y haya evidencia de que las autoridades nacionales no están cumpliendo con su obligación de proteger a su población.

Los crímenes recogidos en el párrafo 138 del “*Documento Final ...*” (genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad), con excepción de la depuración étnica⁷³, responden a tipos que cabe entender consolidados en la actualidad. En ese sentido, como señala Remiro Brotóns, “cabe afirmar que la CDI, al elaborar el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996, arts. 16-18, 20), y la Conferencia de Roma, al adoptar el Estatuto de la CPI (1998, arts. 5-10) realizaron un extraordinario trabajo de codificación y desarrollo normativo que ha acabado inspirando la acción legislativa en numerosos países”⁷⁴.

Los principios referidos a la responsabilidad de proteger, contenidos en el “*Documento Final ...*”, han sido recogidos en numerosas resoluciones posteriores de diversos órganos de las Naciones Unidas. Significativamente, el 28 de abril de 2006, el Consejo de Seguridad adoptó unánimemente la Resolución 1674 (2006) que se refiere a la “Protección de los civiles en los conflictos armados”. Esta Resolución contiene la primera referencia oficial histórica del Consejo de Seguridad a la responsabilidad de proteger. En su párrafo operativo 4, la Resolución:

“*Reafirma* las disposiciones de los párrafos 138 y 139 del Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 respecto de la responsabilidad de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad [...]”⁷⁵.

⁷³ La depuración étnica no constituye por sí misma un crimen en derecho internacional, pero los actos por cuales se procede a ella pueden constituir uno de los tres crímenes.

⁷⁴ Al respecto puede verse Remiro Brotóns, Antonio (et. al.). *Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 1253.

⁷⁵ Consejo de Seguridad. Resolución 1674 (2006). Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5430ª sesión. Nueva York, 28 de abril de 2006. Doc. S/RES/1674 (2006), disponible en [http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=S/RES/1674%20\(2006\)&Lang=S&Area=UNDOC](http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=S/RES/1674%20(2006)&Lang=S&Area=UNDOC) (accedido 12-03-2007). Cabe recordar que el Consejo de Seguridad ha incluido la cuestión de

La inclusión de la responsabilidad de proteger en esta Resolución recibió un considerable apoyo gubernamental, como surge del debate abierto del Consejo de Seguridad el 9 de diciembre de 2005. Veintiún gobiernos hablaron en el favor de la responsabilidad de proteger y su inclusión en la Resolución sobre protección de los civiles⁷⁶.

La Resolución 1706 (2006) del Consejo de Seguridad referida a la situación en Darfur, en su parte preambular, recuerda:

[...] sus resoluciones anteriores 1325 (2000), relativa a la mujer, la paz y la seguridad, 1502 (2003), relativa a la protección del personal de asistencia humanitaria y de las Naciones Unidas, 1612 (2005), relativa a los niños y los conflictos armados, y 1674 (2006), relativa a la protección de los civiles en los conflictos armados, en la que se reafirma, entre otras cosas, lo dispuesto en los párrafos 138 y 139 del Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, así como el informe de la misión del Consejo de Seguridad al Sudán y al Chad que tuvo lugar del 4 al 10 de junio de 2006.”

Y en su párrafo operativo 12, dispone:

“Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas,

a) Decide autorizar a la UNMIS a usar todos los medios necesarios, en las zonas de despliegue de sus fuerzas y en la medida de sus posibilidades, para:

– Proteger al personal, los recintos, las instalaciones y el equipo de las Naciones Unidas, garantizar la seguridad y la libertad de circulación del personal de las Naciones Unidas, el personal de asistencia humanitaria y el personal de la comisión de evaluación, impedir que grupos armados obstaculicen la aplicación del Acuerdo de Paz de Darfur y, sin perjuicio de la responsabilidad que atañe al Gobierno del Sudán, proteger a los civiles que se encuentren sometidos a amenazas de violencia física,

la protección de los civiles en conflictos armados como un asunto de su agenda temática desde 1999, enfatizando particularmente los deberes de Estados y el rol del Consejo de Seguridad en el tratamiento de las necesidades de poblaciones vulnerables, incluyendo en ellas a los refugiados, las personas internamente desplazadas, las mujeres y los niños.

⁷⁶ Ver Documentos S/PV.5319 y S/PV.5319 (Resumption 1), disponibles en <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=S/PV.5319&Lang=S> y [http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=S/PV.5319\(Resumption1\)&Lang=S](http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=S/PV.5319(Resumption1)&Lang=S) (accedidos 31-03-2007).

– Prevenir todo ataque y amenaza contra civiles a fin de apoyar la aplicación pronta y eficaz del Acuerdo de Paz de Darfur⁷⁷.”

A finales de septiembre de 2007, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 1778 (2007)⁷⁸, por la que se estableció, en el este del Chad y el nordeste de la República Centroafricana, una presencia multidimensional (MINURCAT)⁷⁹ destinada a ayudar a crear las condiciones de seguridad necesarias para el regreso voluntario, seguro y sostenible de los refugiados y los desplazados. El Consejo, profundamente preocupado por las crisis humanitarias en la región “que suponen una amenaza para la seguridad de la población civil y la realización de las operaciones humanitarias en esas zonas, así como para la estabilidad de dichos países, y que dan lugar a graves violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”⁸⁰ y recordando la responsabilidad primaria de los Gobiernos del Chad y la República Centroafricana “de garantizar la seguridad de la población civil en su territorio”⁸¹, reafirma resoluciones anteriores, en particular la Resolución 1674 (2006) sobre la protección de los civiles durante los conflictos armados⁸² y determina que la situación constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales. En consecuencia, decide establecer la MINURCAT y le fija entre sus objetivos “contribuir a la vigilancia y a la promoción y protección de los derechos humanos”⁸³, y, actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta, “contribuir a la *protección de los civiles* que se encuentren en peligro, en particular los refugiados y los desplazados”⁸⁴. Con arreglo a la Resolución 1778 (2007) del Consejo de Seguridad, las Naciones Unidas han adoptado medidas con miras

⁷⁷ Consejo de Seguridad. Resolución 1706 (2006). Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5519ª sesión. Nueva York, 31 de agosto de 2006. Doc. S/RES/1706 (2006), disponible en [http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=S/RES/1706%20\(2006\)&Lang=Sp&Area=UNDOC](http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=S/RES/1706%20(2006)&Lang=Sp&Area=UNDOC) (accedido 1-04-2007).

⁷⁸ Consejo de Seguridad. Resolución 1778 (2007). Aprobada en su 5748ª sesión de 25 de septiembre de 2007. Doc. S/RES/1778 (2007). Disponible en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/516/18/PDF/N0751618.pdf?OpenElement> (accedido 06-02-2008).

⁷⁹ Para los antecedentes y estado de situación de MINURCAT puede verse <http://www.un.org/Depts/dpko/missions/minurcat/> (accedido 06-02-2008).

⁸⁰ Doc. S/RES/1778 (2007), párrafo preambular 3.

⁸¹ Ibid. párrafo preambular 5.

⁸² Ibid. párrafo preambular 9

⁸³ Ibid. párrafo operativo 2.e).

⁸⁴ Ibid. párrafo operativo 6.i), cursiva añadida.

a la eficaz aplicación del mandato de la Misión de las Naciones Unidas en la República Centroafricana y el Chad (MINURCAT), incluida la creación de la Policía del Chad para la Protección Humanitaria.

Desde su asunción como Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-moon se mostró dispuesto a robustecer este concepto que parecía perder fuerzas desde el momento mismo de su adopción. A fines de mayo de 2007, nombró como nuevo Asesor Especial para la Prevención del Genocidio y las Atrocidades Masivas⁸⁵ a Francis Deng, que sucedería al argentino Juan Méndez, y solicitó, sin éxito, que ese puesto fuera reclasificado a la categoría de Secretario General Adjunto. Asimismo, a comienzos de 2008, con el objetivo de ampliar la oficina del Representante Especial, “con el fin de reforzar la eficiencia de sus operaciones y de tener en cuenta el vínculo que existe entre las atrocidades en gran escala y las amenazas a la paz y la seguridad”⁸⁶, designó a Edgard Luck como Asesor Especial encargado de la responsabilidad de proteger, en el entendido de que “la prevención del genocidio y las atrocidades masivas y la responsabilidad de proteger se complementan”⁸⁷.

Considerando que el propósito de la futura labor de la Organización no radica en reinterpretar o renegociar las conclusiones de la Cumbre Mundial de 2005 sino en buscar los medios necesarios para implementar las decisiones adoptadas en dicha ocasión, a comienzos de 2009 el Secretario General hizo público un informe titulado “*Hacer efectiva la responsabilidad*

⁸⁵ De conformidad al mandato contenido en el Anexo a la Carta del Secretario General dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad el 13 de julio de 2004 (Doc. S/2004/567, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/424/66/PDF/N0442466.pdf?OpenElement>), sus funciones principales son: reunir la información existente, en particular aquella proveniente del sistema de Naciones Unidas, sobre infracciones graves y masivas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que tengan origen étnico, racial, religioso o nacional y que, de no ser prevenidas o detenidas, podrían culminar en genocidio; servir como mecanismo de alerta temprana al Secretario General y, por su conducto, al Consejo de Seguridad, al señalar a su atención situaciones que podrían culminar en genocidio; brindar recomendaciones al Consejo de Seguridad, por conducto del Secretario General, sobre medidas para prevenir o detener el genocidio; y enlazar con el sistema de Naciones Unidas en temas relacionados a la prevención del genocidio o crímenes conexos.

⁸⁶ Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Carta de fecha 31 de agosto de 2007 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General. Doc. S/2007/721 de 7 de diciembre de 2007.

⁸⁷ Ibidem.

*de proteger*⁸⁸, con el fin de proponer ideas iniciales para lanzar un debate entre los Estados Miembros sobre la responsabilidad de proteger.

En dicho informe el Secretario General insiste en que las disposiciones de los párrafos 138 y 139 del Documento Final de la Cumbre están sólidamente fundadas en principios bien establecidos de derecho internacional convencional como en el consuetudinario, en los que se establece que los Estados tienen la obligación de prevenir y sancionar el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, y guardan conformidad con las disposiciones, los propósitos y los principios de la Carta de las Naciones Unidas. Por ello, añade el Secretario General, al adoptar la noción de la responsabilidad de proteger en el Documento Final de la Cumbre de 2005, no se procuró “establecer excepción alguna a las obligaciones mucho más diversas vigentes en el derecho internacional humanitario, las normas internacionales de derechos humanos, el derecho de los refugiados o el derecho penal internacional” ... “En ese sentido, la responsabilidad de proteger no cambia, y de hecho hace más estrictas, las obligaciones que incumben en derecho a los Estados Miembros de las Naciones Unidas de no recurrir a la fuerza salvo que lo hagan de conformidad con la Carta”⁸⁹.

Al recordar los disensos que impidieron la adopción de determinados párrafos en la Cumbre de 2005, el Informe destaca la determinación de los Jefes de Estado y de Gobierno, que teniendo presente “las dolorosas lecciones de la historia y ... la evolución de las normas jurídicas y los imperativos políticos”, decidieron “hacer pasar esa responsabilidad de la promesa a la práctica”⁹⁰.

Con este marco conceptual histórico, jurídico y político, el Informe esboza una estrategia con tres pilares para promover la implementación de la noción de responsabilidad de proteger. El primer pilar sostiene que la responsabilidad de proteger incumbe al Estado; el segundo se refiere a la

⁸⁸ Naciones Unidas. Asamblea General. Sexagésimo tercer período de sesiones. Temas 44 y 107 del programa Aplicación y seguimiento integrados y coordinados de los resultados de las grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas en las esferas económica y social y esferas conexas. Seguimiento de los resultados de la Cumbre del Milenio. *Hacer efectiva la responsabilidad de proteger*. Informe del Secretario General. Doc. A/63/677 de 12 de enero de 2009.

⁸⁹ Doc. A/63/677, para. 3, p. 5.

⁹⁰ *Ibid.*, para. 4, p. 5.

asistencia internacional y a la formación de capacidad de un mecanismo de alerta temprana; mientras que el tercer pilar se aboca a lo que se denomina una “respuesta oportuna y decisiva” para poner fin a las crisis humanitarias.

En el contexto del enfoque dado a este trabajo, quisiera focalizar los aspectos de la responsabilidad de proteger referidos a la prevención del genocidio.

VI. La prevención del genocidio en el marco de la responsabilidad de proteger

Naturalmente, actuar para prevenir que una situación potencialmente conflictiva degenera en una crisis que sólo pueda ser detenida mediante una acción coercitiva debe ser la primera prioridad de la comunidad internacional. No resulta atinado ni lógico esperar a que se produzcan los peores sucesos para decidir el curso de acción a tomar, particularmente teniendo en cuenta que los resultados, en términos de vidas, pueden ser irreparables.

Cuando se analizan retrospectivamente las crisis humanitarias del siglo pasado, como expresa el Secretario General, se observan tres factores: en primer lugar, en cada caso había claras señales de advertencia, ya que este tipo de violencia “requiere planificación y preparación, así como un contexto económico, social y político propicio”⁹¹. En segundo lugar, debido a los intereses políticos contrapuestos de los diversos actores involucrados, estas señales fueron ignoradas, desestimadas o minimizadas por instancias decisorias a alto nivel, tanto en el plano nacional como en el internacional. Consecuentemente, uno puede constatar que las Naciones Unidas (sus órganos intergubernamentales y su Secretaría) no hicieron lo que debían. En particular, en el caso que nos ocupa, ello quedó de manifiesto en el informe del Secretario General sobre la caída de Srebrenica, donde se ponía de relieve “la ambivalencia generalizada en las Naciones Unidas con respecto al uso de la fuerza para establecer la paz” y “una ideología institucional de imparcialidad aún en los casos de intento de genocidio”⁹²

A pesar de ello y de los innumerables informes, documentos y trabajos académicos y de ONGs sobre este tema, que incluían recomendaciones sobre

⁹¹ Ibid., para. 6, p. 6.

⁹² Véase Doc. A/54/549, párr. 505.

aspectos institucionales e instauración de mecanismos de la alerta temprana, estas sugerencias no se han llevado plenamente a la práctica, no obstante los intentos por aumentar la capacidad de prevención en la Organización. Como manifiesta el Secretario General, “las Naciones Unidas y los Estados que las integran siguen sin estar preparadas para cumplir sus obligaciones más fundamentales de prevención y protección”⁹³.

En el párrafo 138 del Documento Final se insta a los Estados a adoptar “las medidas apropiadas y necesarias” para prevenir los crímenes allí mencionados y la incitación a cometerlos. A su vez, se alienta a la comunidad internacional a “alentar y ayudar a los Estados a ejercer esa responsabilidad” y a “ayudar a las Naciones Unidas a establecer una capacidad de alerta temprana”. En el párrafo 139 se hace referencia a los “medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados” de conformidad con los Capítulos VI y VIII de la Carta y a la adopción de “medidas colectivas” de conformidad con el Capítulo VII.

Durante la Cumbre se reconoció que la alerta y la evaluación tempranas constituían un elemento necesario aunque no suficiente, para que los Estados Miembros tomaran medidas preventivas y de protección por medio de las Naciones Unidas. Como señalaba el párrafo 138 del Documento Final, la comunidad internacional debería “apoyar a las Naciones Unidas para establecer una capacidad de alerta temprana”. Como señala el Secretario General en su informe “*Hacer efectiva...*”:

“Para ello sería necesario i) que las instancias decisorias de las Naciones Unidas tuvieran oportunamente una corriente de información precisa, fehaciente, fiable y pertinente con respecto a la preparación o comisión de los cuatro crímenes o actos especificados o la incitación a cometerlos; ii) que la Secretaría de las Naciones Unidas estuviera en condiciones de evaluar esa información y comprender debidamente lo que ocurriera en el contexto de las condiciones en el lugar y iii) que hubiera fácil acceso a la oficina del Secretario General. Demasiadas veces la alarma no sonó o no se suscitó atención ni se logró que los altos mandos políticos, en la Secretaría o en los órganos intergubernamentales, tomaran medidas efectivas (véase S/1999/1257 y A/54/549). En todo caso, la reiteración de falsas alarmas o, peor aún, una información selectiva también podrían redundar en detrimento del crédito de la Organización. Por eso es importante que la evaluación y la

⁹³ Doc. A/63/677, para. 6, p. 6.

alerta temprana tengan lugar en forma imparcial, prudente y profesional, sin injerencias políticas ni dobles raseros⁹⁴.”

Resulta obvio destacar que la prevención es un elemento fundamental para que la estrategia en la materia pueda tener razonablemente expectativas de éxito, ya que si se actúa con antelación a que ocurran los hechos se podrá evitar el dilema entre no actuar y dejar que se cometan violaciones masivas a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario; o tener que recurrir a la fuerza para poner fin a esas violaciones.

Como señalamos previamente, la prevención bien entendida “empieza por casa”. Esto significa que la responsabilidad de prevenir el genocidio incumbe en primera instancia al Estado, ya que la protección de su población, sean o no nacionales de ese Estado⁹⁵, es un atributo definitorio de la soberanía. En ese sentido, la responsabilidad de proteger lo que procura es “construir una soberanía responsable, no socavarla”⁹⁶. Para ello se requiere crear instituciones, capacidad y prácticas para responder a los desafíos que representan aquellas situaciones susceptibles de degenerar en crisis humanitarias. Debe ponerse especial énfasis en procurar el efectivo goce de los derechos humanos establecidos en diversos instrumentos internacionales, la mayoría de los cuales goza del carácter de normas consuetudinarias, y que en algunos Estados han alcanzado rango constitucional⁹⁷.

En este aspecto, el Informe “*Hacer efectiva...*” contiene una serie de recomendaciones para que los Estados mejoren sus mecanismos internos de prevención⁹⁸, entre las que puede señalarse las siguientes:

a) impulsar el mandato amplio del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, según lo prescrito en la resolución 48/141 de la

⁹⁴ Ibid., para. 10, d), p. 8-9.

⁹⁵ Esta afirmación está basada en una aplicación efectiva del principio no discriminación e igualdad en el goce de los derechos.

⁹⁶ Véase Doc. A/54/549, para. 13, *in fine*, p. 11.

⁹⁷ Véase la Constitución Nacional de la República Argentina, art. 75, incs. 22. Al respecto, puede verse Zuppi, Alberto Luis. *La Convención contra el Genocidio en Argentina: Una mora de jerarquía constitucional*. Disponible en <http://www.preventgenocide.org/es/derecho/codigos/zuppi2002.doc> (accedido 31-05-2009).

⁹⁸ Doc. A/63/677, para. 16-27, p. 12-16.

Asamblea General⁹⁹, así como los del Consejo de Derechos Humanos, los relatores especiales, y los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos;

b) procurar que los Estados que aún no lo son se transformen en partes de los instrumentos internacionales pertinentes en materia de derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho de los refugiados, así como del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional;

c) tratar de que los Estados que aún no lo han hecho recojan fielmente estas normas internacionales fundamentales en su legislación nacional, de modo que los cuatro crímenes o actos especificados, así como la incitación a cometerlos, queden tipificados en el derecho y la práctica internos;

d) trabajar para que todos los sectores de la sociedad tengan igual oportunidad de acceso a la justicia y a los recursos judiciales cuando se vulneren sus derechos fundamentales;

e) mejorar la formación de quienes ejercen funciones policiales y judiciales sobre derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho de los refugiados, así como sobre los procedimientos que rigen los instrumentos correspondientes;

f) solicitar asistencia técnica de las Naciones Unidas, países vecinos, organizaciones regionales, organizaciones no gubernamentales especializadas o expertos independientes para formular legislación o establecer grupos de supervisión dignos de crédito o instituciones nacionales independientes que ayuden a controlar el cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario.

A la luz de lo dispuesto en el párrafo 139 del Documento Final de la Cumbre de 2005, es en el plano internacional donde se concentra lo que sería el segundo pilar de la estrategia contemplada en el Informe “*Hacer efectiva...*”, la que podría adoptar cuatro formas:

a) alentar a los Estados a que cumplan sus obligaciones derivadas del primer pilar (párr. 138); b) ayudarlos a que ejerzan esa responsabilidad (párr. 138);

⁹⁹ Entre las funciones que la resolución 48/141 de la Asamblea General asigna al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se incluyen las de “promover y proteger el disfrute efectivo de todos los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales por todos”, “coordinar las actividades de promoción y protección de los derechos humanos en todo el sistema de las Naciones Unidas” y “desempeñar un papel activo en la tarea de eliminar los actuales obstáculos y de hacer frente a los desafíos para la plena realización de todos los derechos humanos y de prevenir la persistencia de violaciones de los derechos humanos en todo el mundo”.

c) ayudarlos a aumentar su capacidad de proteger (párr. 139); y d) ayudar a los Estados “que se encuentren en situaciones de tensión antes de que estallen las crisis y los conflictos” (párr. 139). Mientras que la primera forma de asistencia consiste en persuadir a los Estados para que hagan lo que deben, las otras tres exigen el compromiso mutuo y la colaboración activa entre la comunidad internacional y el Estado¹⁰⁰.

Este objetivo de prevención puede ser alcanzado a través de una serie de medidas que impliquen la puesta en práctica de iniciativas tanto políticas y diplomáticas así como de medidas de asistencia económica y al desarrollo. Sin embargo, el rol de la prevención en el debate de la intervención no está exento de controversia, en particular en los siguientes aspectos:

- el tipo de estrategias preventivas o precautorias que la comunidad internacional puede o debería adoptar o requerir al Estado o los Estados involucrados para evitar un escalamiento de la situación que torne necesaria una acción coercitiva;
- la posición de aquellos países renuentes a adoptar este tipo de medidas preventivas por considerar que las mismas pueden constituir el paso inicial a una eventual acción coercitiva;
- la actitud de quienes sostienen que la falta de un esfuerzo serio decidido en la prevención o las fallas en la implementación de estas medidas preventivas podrían debilitar (e inclusive precluir) la adopción de una eventual acción coercitiva como una respuesta válida a una situación de violaciones masivas y flagrantes de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

La prevención comprende la posibilidad de adoptar una amplia gama de medidas que no implican el uso de la fuerza y que podrían y deberían ser utilizadas como factor persuasivo o disuasivo para evitar el desarrollo del conflicto. Estas medidas incluyen, pero no están limitadas a, sanciones u otras medidas económicas, sanciones políticas o diplomáticas, acciones legales o judiciales, etc. Un factor esencial es la identificación del tipo de medida que puede resultar más adecuada para poner fin a una determinada situación y la planificación de estrategias de contingencia para paliar la falta de impacto de las medidas adoptadas en el desarrollo del conflicto.

¹⁰⁰ Doc. A/63/677, para. 29, p. 16.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha puesto de manifiesto “la importancia de crear conciencia y garantizar el respeto del derecho internacional humanitario, recalcando la responsabilidad fundamental de los Estados miembros de prevenir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, y de poner fin a la impunidad respecto de esos crímenes, reconociendo la función de los tribunales especiales para la ex Yugoslavia y Ruanda de desalentar la comisión de esos crímenes en el futuro y, de esa forma, contribuir a prevenir los conflictos armados” y subrayó “la importancia de que se realicen actividades internacionales a ese respecto de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”¹⁰¹. En virtud de ello, expresó “su determinación de perseguir el objetivo de prevenir los conflictos armados como parte integrante de su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales”¹⁰² y destacó que esa responsabilidad “recae en los gobiernos nacionales y que las Naciones Unidas y la comunidad internacional pueden desempeñar una función importante a ese respecto prestando apoyo a las gestiones nacionales para prevenir los conflictos y ayudando a fomentar la capacidad nacional en esa esfera, y reconoce la importante función de apoyo que puede cumplir la sociedad civil a estos fines”¹⁰³.

En virtud de las normas del Capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad puede adoptar medidas coercitivas para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales, que van desde sanciones económicas o de otra índole que no suponen el uso de la fuerza armada hasta la intervención militar internacional. La utilización de sanciones procura presionar a un Estado o entidad para que cumplan con los objetivos fijados por el Consejo de Seguridad sin necesidad de recurrir al uso de la fuerza. De este modo, las sanciones se transforman en una importante herramienta en manos del Consejo de Seguridad para hacer cumplir sus decisiones.

Generalmente, el Consejo ha recurrido a las sanciones como instrumento de coerción cuando la paz se ha visto amenazada y los esfuerzos diplomáticos han fracasado, aunque las sanciones no han sido utilizadas únicamente en casos de conflictos armados. La gama de sanciones ha

¹⁰¹ Resolución 1366 (2001). Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4360ª sesión, celebrada el 30 de agosto de 2001, penúltimo párrafo preambular. Disponible en [http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=S/RES/1366\(2001\)](http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=S/RES/1366(2001)) (accedido 29-05-2009).

¹⁰² Ibid., para. 1.

¹⁰³ Ibid., para. 2.

incluido sanciones económicas y comerciales amplias o medidas más selectivas, como embargos de armas, prohibiciones de viajar, restricciones financieras o diplomáticas, o ambas cosas.

En sus primeros 45 años, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobó resoluciones sobre sanciones económicas únicamente en dos casos: Rhodesia (1966) y Sudáfrica (1967). Desde el final de la guerra fría, el Consejo de Seguridad ha acudido cada vez más a sanciones económicas colectivas. Ha impuesto sanciones, *inter alia*, a Irak, Irán, la ex Yugoslavia, Haití, Libia, Angola, Somalia, Ruanda, Sierra Leona, Liberia, República Democrática del Congo, Côte d'Ivoire, Sudán y la República Popular Democrática de Corea. Como puede apreciarse en estos ejemplos, las sanciones de las Naciones Unidas pueden imponerse tanto en tiempo de paz como de conflicto armado.

El Secretario General incluye estas medidas en su informe "*Hacer efectiva...*", enfatizando en la posibilidad de que el Consejo de Seguridad emplee sanciones selectivas, tales como las que pesan sobre los viajes, las transferencias financieras, los artículos de lujo y las armas. Asimismo, se debería evitar que los líderes nacionales ni sus países sean elegidos para ocupar puestos de responsabilidad en órganos subregionales, regionales o internacionales.

Por otra parte, en un enfoque un tanto novedoso y que posiblemente dé lugar a encendidos debates, el Secretario General sostiene que:

“La Asamblea General también puede considerar la posibilidad de adoptar sanciones de conformidad con la resolución 377 (V), titulada “Unión pro Paz”, aunque éstas no tendrían fuerza jurídica obligatoria¹⁰⁴.”

Como el propio informe reconoce, si bien la Asamblea General ha exigido en ocasiones la imposición de sanciones (v.g. embargos de armas), “sólo el Consejo de Seguridad tiene autoridad para darles carácter vinculante”¹⁰⁵.

La Carta de las Naciones Unidas establece en su artículo 53 la posibilidad de que los organismos regionales apliquen medidas coercitivas

¹⁰⁴ Doc. A/63/677, para. 57, p. 28.

¹⁰⁵ Ibid., para. 58, p. 28.

en virtud de acuerdos regionales con la autorización del Consejo de Seguridad. Ello no obstante, en la práctica, hubo casos en que algunos órganos regionales o subregionales o grupos ad hoc de Estados Miembros han adoptado medidas de ese tipo sin la autorización oficial previa del Consejo de Seguridad.

Como señala Segall, al evaluar un régimen particular de sanciones, los factores pertinentes pueden dividirse en dos categorías. La primera está constituida por los “factores políticos”, relacionados con la decisión original de imponer un régimen de sanciones y con su probable eficacia. La segunda la constituyen los “factores humanitarios”, relacionados con la índole del régimen de sanciones, el sufrimiento que éste provoca y las disposiciones que se toman para satisfacer las necesidades humanitarias de la población del Estado que se busca castigar¹⁰⁶.

La manera más evidente de juzgar la eficacia de las sanciones es en función de su capacidad de modificar la conducta del Estado que se pretende castigar. Sin embargo, también debe tenerse presente el potencial efecto desestabilizador del régimen de sanciones, ya que las mismas pueden generar inestabilidad política, tensiones o violencia. En efecto, las instituciones internacionales tienen la capacidad de promover cambios en la conducta de los Estados. Sin embargo, el acatamiento por parte de un Estado de reglas, principios o decisiones impuestas por una organización se encuentra, en muchos supuestos, condicionado por un conjunto de factores domésticos que limitan la capacidad del Estado para adoptar determinadas conductas. Más aún, en algunos supuestos de violaciones masivas y flagrantes a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario nos encontramos con la carencia de un actor estatal que se encuentre en condiciones de poder cumplimentar con decisiones impuestas a nivel internacional o directamente con la ausencia de éste.

El Secretario General recuerda la función subsidiaria y complementaria que corresponde a la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, en función de lo previsto en los artículos 11, 12, 14 y 15 de la Carta, e insta a los 192 Estados Miembros a convertir a la Asamblea en un instrumento eficaz de

¹⁰⁶ Segall, Anna. “Sanciones económicas: límites jurídicos y políticos”. 152 *Revista Internacional de la Cruz Roja* (1999), p. 235.

protección¹⁰⁷. Consecuentemente, la insta a dar inicio al proceso político de estudiar la estrategia general para hacer efectiva la responsabilidad de proteger, en particular en lo que se refiere al reforzamiento de los mecanismos de alerta temprana¹⁰⁸ y el fortalecimiento de la Oficina del Asesor Especial para la Prevención del Genocidio¹⁰⁹.

En este sentido, como ponía de manifiesto el anterior Asesor Especial para la Prevención del Genocidio, Juan Méndez, resulta necesario buscar “mecanismos específicos para sustituir la cultura de reacción por una cultura de prevención”¹¹⁰.

Esto es particularmente cierto en nuestro contexto regional, donde a pesar de contar una capacidad instalada para la prevención de conflictos, la tendencia general continúa siendo más reactiva que preventiva¹¹¹.

VII. Conclusiones

La primera conclusión a la que se arriba es que existe un claro consenso a nivel internacional acerca de la relevancia de las labores de prevención, que son a su vez una de las principales obligaciones de los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Asimismo, existe un claro consenso acerca de una tríada inescindible conformada por el desarrollo, la seguridad internacional y la promoción y protección de los derechos humanos. Uno de los objetivos principales de las medidas preventivas debe ser abordar las causas profundas de carácter socioeconómico, cultural, ambiental, institucional y de otro tipo que a menudo subyacen bajo los síntomas políticos inmediatos de los conflictos.

La responsabilidad primordial en la prevención de los conflictos y del genocidio recae en los gobiernos nacionales, siendo la función principal de las Naciones Unidas y de la comunidad internacional la de prestar apoyo a

¹⁰⁷ Doc. A/63/677, para. 63, p. 30.

¹⁰⁸ Véase al respecto el Anexo “Alerta temprana y evaluación”, Doc. A/63/677, p. 34 y ss.

¹⁰⁹ *Ibid.*, para. 69, *in fine*, p. 32 y para. 71, p. 33.

¹¹⁰ Méndez, Juan E. y Salazar Van Epp, Andrés. “El desafío de la prevención del genocidio”. 90 *Revista Papeles de Cuestiones Internacionales* (2005), p. 31. Disponible en <http://www.revistapapeles.fuhem.es/index.aspx?numero=90> (accedido 29-05-2009).

¹¹¹ Al respecto, puede verse Serbin, Andrés. *La Organización de los Estados Americanos, las Naciones Unidas, la sociedad civil y la prevención de conflictos*. 11 Documentos CRIES (2009).

esos esfuerzos. La efectividad de las medidas preventivas está directamente ligada al momento en que se implementan. Cuanto más temprana sea la etapa en el ciclo de un conflicto, mayores serán las probabilidades de éxito.

Sin embargo, la realidad exhibe con denostada crudeza que si bien la comunidad internacional cuenta con el marco jurídico necesario para poner en práctica las tareas de prevención, han sido la falta de voluntad política y los dobles estándares, entre otras razones, las que no han posibilitado su implementación adecuada y oportuna. Consecuentemente, se requiere una estrategia preventiva eficaz con un enfoque global que abarque la adopción por la comunidad internacional, en cooperación con los agentes nacionales y regionales, de medidas de carácter político, diplomático, humanitario, de derechos humanos, de desarrollo, institucional y de otro tipo a corto y a largo plazo. Esta estrategia debería incluir la adecuada coordinación entre las actividades referidas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y aquellas relacionadas con la protección de los derechos humanos¹¹².

Obviamente esas estrategias preventivas no serán fáciles de aplicar, pero como lo señalara reiteradamente el Secretario General de las Naciones Unidas, la principal lección que puede extraerse de las anteriores experiencias es que cuanto antes se determinen y se aborden eficazmente las causas profundas de un posible conflicto, más probable será que las partes estén dispuestas a entablar un diálogo constructivo, abordar los verdaderos problemas que están en el origen del posible conflicto y abstenerse de utilizar la fuerza para conseguir sus objetivos.

Las medidas preventivas adoptadas por la comunidad internacional pueden contribuir a fortalecer la soberanía nacional de los Estados Miembros. Ello no obstante, debe tenerse presente que la noción de soberanía entraña la responsabilidad de los Estados de proteger a sus propias poblaciones de actos de genocidio, limpieza étnica, crímenes de guerra y lesa humanidad y esa obligación comienza con la prevención

¹¹² Una crítica a las fallas en los mecanismos de coordinación puede verse en el *Informe Carlsson* de la Comisión Independiente de Investigación sobre el genocidio en Ruanda, del 16 de diciembre 1999. Doc. S/1999/1257. Disponible en <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=S/1999/1257> (accedido 29-05-2009). Este informe atribuye claramente el fracaso de UNAMIR a “la falta de recursos y la falta de voluntad para asumir la responsabilidad de impedir o detener el genocidio” (p. 31).

necesaria para que esos hechos no tengan lugar. Es un deber no sólo moral sino jurídico velar para que no se repitan genocidios como el de Ruanda o Srebrenica.

La demostración de prudencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro)* no le impidió adoptar una posición extraordinariamente progresista en relación con el artículo I de la Convención de Genocidio. Sin embargo, cabe preguntarse si, al negarse a ampliar la perspectiva del derecho internacional general, la Corte perdió una gran oportunidad para dar, incluso a través de un *obiter dicta*, una orientación clara y muy necesaria sobre la muy debatida cuestión de la existencia y el alcance, *de lege lata* o *de lege ferenda*, sobre la responsabilidad de proteger.

Ha llegado el momento de traducir la retórica de la prevención en medidas concretas, teniendo presente que las demoras o retrocesos implicarán costos humanos irreparables. Es de esperar que el sistema de las Naciones Unidas y los Estados Miembros trabajen mancomunadamente en la elaboración de un plan práctico para aplicar las recomendaciones concretas que contiene el Informe "*Hacer efectiva la responsabilidad de proteger*". Como afirmé previamente, ello requerirá la firme voluntad política y el compromiso de recursos a largo plazo por parte de los Estados Miembros y del conjunto del sistema de las Naciones Unidas.