

**LA EQUIDAD *CONTRA LEGEM*
EN LA SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2010 DE LA CIJ
EN EL ASUNTO *AHMADOU SADIO DIALLO****

*Zlata Drnas de Clément***

RESUMEN: El trabajo destaca los varios pronunciamientos *contra legem* –directos o indirectos- que se observan en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo* (30 de noviembre de 2010) y el papel que asigna a los dictámenes de los organismos especializados de derechos humanos (ámbito universal y regional). La presentación incluye una breve presentación del *status* de la “equidad” en el Derecho internacional y se recuerdan casos jurisprudenciales que actúan como antecedentes de la sentencia bajo consideración (*i.a. el Caso de los Indios Cayuga, Caso Rann of Kutch, Oscar Chinn, Desviación de las aguas del río Mosa, Canal de Corfú, Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Casos de la Plataforma continental del Mar del Norte*). La autora observa el notorio cambio en la posición tradicional de la Corte internacional de Justicia frente a los dictámenes de organismos de derechos humanos y destaca las implicaciones que ello tiene.

ABSTRACT: The work highlights the various statements *contra legem* -direct or indirect-, which can be observed in the sentence of the International Court of Justice in the case *Ahmadou Sadio Diallo* (30 November 2010) and the role it assigns to the decisions of the specialized agencies of human rights (universal and regional level). The article includes a brief presentation of the status of the "equity" in international law and jurisprudence. It recalls jurisprudence of different tribunals and instances that act as background to the sentence under consideration (*i.a. the Cayuga Case, Rann of Kutch Case, Oscar Chinn Case, Derivation of the River Mosa, Corfu Channel, Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, North Sea Continental Shelf Cases*). The author notes the remarkable change in the traditional position of the International Court of Justice in relation to the dispositions of human rights organizations and draws attention to the implications this has.

INTRODUCCIÓN. LA EQUIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL¹

*El trabajo ha sido entregado para su publicación en el Libro Homenaje al Profesor Hugo Llanos Mansilla el 18 de mayo de 2011.

**Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba-Argentina. Profesora Emérita de la Universidad Católica de Córdoba-Argentina. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina.

¹ Atento a la brevedad de este trabajo sólo haremos una corta y superficial introducción sobre las percepciones de la equidad en el Derecho internacional. Las citas en inglés o francés se refieren en uno u otro idioma de conformidad al texto jurisprudencial que da fe. Dado que en todas las citas jurisprudenciales resaltaremos con

Más allá de las distinciones que se han efectuado entre “equity” y “equité”, las alegaciones de ambigüedad que conlleva la expresión y que traspasa las cuestiones semánticas, la difusa línea que separa los distintos tipos de equidad (*infra/intra/secundum legem – praeter legem - contra legem; ex aequo et bono*) ha llevado a que los doctrinarios no coincidan, cuando se trata del análisis de un caso concreto, en reconocer que se ha dado un pronunciamiento jurisdiccional *contra legem*²⁻³.

Se ha sostenido que sólo puede darse un pronunciamiento *contra legem* si las partes expresamente han habilitado al tribunal a pronunciarse *ex aequo et bono*. El *Institut de Droit International* en resolución de 1937 ha expresado: “52. 2 [...] el juez internacional no se puede inspirar en la equidad para dictar su sentencia, sin atarse al derecho en vigor, a menos que todas las partes le hayan dado autorización clara y expresa a tal fin”⁴. No obstante, los pronunciamientos de los tribunales no siempre se han abstenido de aplicar la equidad *contra legem*.

Gourgourinis⁵, recordando expresiones de Umpire Verzijil, señala que la “equidad” y “los principios de equidad” puede ser según la circunstancia normas intersticiales (fuente subsidiaria) o normas primarias (principio superior)⁶.

Grauer⁷ hace presente que los tribunales internacionales difícilmente pueden decidir sin recurrir a la equidad, sin embargo, considera que hay consenso en que los tribunales no tienen facultad para aplicar la equidad *contra legem* sin facultación expresa de las partes, acercando la interpretación *contra legem* al principio *ex aequo et bono*. Destaca las dificultades para el análisis funcional de la equidad. Ha entendido que incluso la aplicación de excepciones a la norma aplicable puede manifestarse como equidad *infra legem* y que, en ciertos casos, una interpretación formalmente efectuada *infra o praeter legem* puede constituir un pronunciamiento *contra legem* en función de las circunstancias que acompañan al caso.

negrita las expresiones más relevantes para nuestro trabajo, no indicaremos que el destacado nos pertenece. Las traducciones al español nos pertenecen.

² Friedmann, al igual que diversos especialistas, ha señalado que la línea divisoria entre la interpretación del derecho existente y la creación de nuevo derecho es inevitablemente fluida y ambigua. (FRIEDMANN, W. “North Sea Continental Shelf Cases-A Critique”, “Equity in International Law”. 64 *AJIL* 1970, p. 299, 235).

³ Incluso hay doctrinarios que desconocen la equidad en el derecho. Así, Rothpfeffer recuerda que los “realistas” escandinavos rechazan el uso de conceptos tales como la “equidad” y hace presente que para Lundstedt la actividad legal no es ejercida para dar satisfacción a demandas de justicia y que la racionalidad de la ley es que la actividad legal es indispensable para la existencia de la sociedad y en consecuencias para la gente en sociedad. ROTHPEFFER, T. “Equity in the North Sea Continental Shelf Cases. A Case Study in the Legal Reasoning of the International Court of Justice”, 42 *Nordisk Tidsskrift Int'l Ret*, 1972, p.87, Nota 32.

⁴ En idéntico sentido se ha pronunciado el tribunal arbitral en el *Asunto de la Frontera oriental indo paquistaní (Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch))*, sentencia de 19 de febrero de 1968 (*International Legal Materials*, Vol. 7, Issue 3 (May 1968), pp. 633-705).

⁵ GOURGOURINIS, A. “Equity in International Law Revisited (with special reference to the Fragmentation of International Law)”, 103 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* (2009), p. 71 y ss.

⁶ Como propia conclusión agrega: “Equity and equitable principles can be *prima facie* viewed as operating as a “subsidiary source” vis-a-vis under-regulation in the international sphere, i.e., vis-a-vis the existence of *lacunae* regarding legal responses to normative conflicts in ‘hard’ cases (*praeter legem* function). Alternatively, they can be viewed as a corrective “superior principle” vis-a-vis over-regulation, i.e., vis-a-vis ‘hard’ cases where the application or non-applicability of *existing* norms for the resolution of normative conflicts (e.g. *lex posterior, lex specialis*) may lead to manifestly unjust results (*contra legem* function).” *Ibidem*.

⁷ GRAUER, Ch. “The Role of Equity in the Jurisprudence of the World Court”, *University of Toronto Faculty Law Rev.* (1979), V 37, pp. 101-119.

Se ha llegado a confundir la interpretación de una norma o la cobertura de una laguna (error de redacción, omisión o inadvertencia en el marco de la interpretación e integración sistemáticas)⁸ con un pronunciamiento sólo en base a la equidad en calidad de principio general del derecho, haciéndolo prevalecer sobre una norma explícita aplicable en virtud de cualquier fundamento.

Por nuestra parte creemos que se da un pronunciamiento *contra legem* cuando el jurisdicente se pronuncia contra una norma en vigor aplicable al caso, contra su dispositivo concreto, destruyendo su contenido prescriptivo, invocando la equidad explícita o implícitamente bajo cualquiera de sus formas, perturbando con ello el orden jurídico en vigencia⁹. Decimos “cualquiera de sus formas”, ya que creemos que todos los principios generales del derecho responden a la idea de equidad en sentido amplio. Las argumentaciones de los jurisdicentes suelen variar y rara vez usan de modo explícito el término “equidad”, velando la aplicación de ese principio y el alcance de su alejamiento del orden establecido¹⁰.

La jurisprudencia registra varias argumentaciones para contradecir el derecho vigente, pudiéndose citar entre ellas, por ejemplo: “resultado inequitativo a impedir”, “razones elementales de humanidad”, “razones de equidad”, “intereses de justicia”, “orden público”, “buenas costumbres”, “necesidades de la sociedad organizada”, “moral internacional”, “racionalidad”, “valores morales”, “objetivos contrapuestos del dispositivo legal”, “exigencias de progresividad de ciertos derechos”, “razones de política jurídica”, “buena fe”, “no abuso del derecho”, etc.

En este trabajo referiremos algunos pronunciamientos jurisprudenciales en aplicación de la equidad *contra legem* para luego ocuparnos de expresiones de esa naturaleza observables en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el Asunto *Ahamadou Sadio Diallo*.

PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES EN APLICACIÓN DE LA EQUIDAD CONTRA LEGEM

Tal como lo señaláramos precedentemente, no hay uniformidad en la doctrina a la hora de percibir si, en un caso concreto, el tribunal se ha pronunciado dentro de la ley, dentro de una legítima técnica de interpretación o integración jurídica o bien ha contradecido el derecho establecido, transformándose en creador del derecho, desarrollador de nuevas tendencias jurídicas, despreciando la voluntad de los Estados manifestada en convenios, imponiendo el voluntarismo judicial.

A menudo se ha señalado que la equidad se presenta como una suerte de “derecho ideal”, considerado por algunos como un “derecho natural”, que sienta sus raíces en el derecho griego y romano y se encuentra presente en los fundamentos de las grandes religiones¹¹.

⁸ Téngase presente que en el asunto *Lotus*, la CPJI en su fallo de 7 de septiembre de 1927, convalidó el empleo de la analogía y el recurso a fuentes distintas de las fundadas en el consentimiento expreso o tácito de los Estados.

⁹ También sería el caso de no existencia de norma (no norma-libertad de acción) y creación voluntarista del tribunal de un precepto nuevo).

¹⁰ Ello, más allá de compartir en buena medida lo señalado por Cheng al diferenciar los pronunciamientos *ex aequo et bono* (en función de la facultación por las partes puede desconocer las normas aplicables) de los *contra legem* (sin facultación de las partes desconoce la letra de la norma pero no su espíritu). (CHENG, B. "Justice and Equity in International Law", *Current Legal Problems*, vol. 8, 1955, pp. 189 y ss.). Rechazamos la posición radical de Balasco que sostiene que si las partes han facultado el tribunal a aplicar la jurisdicción de equidad, el pronunciamiento “debe” ser contrario a la norma en vigor en tanto la facultación en sí implica que las partes perciben a la norma vigente *contra jus* y contra el principio de equidad. (BALASCO, *Causes de nullité de la sentence arbitral en droit international public*, Paris, 1938, p. 167, cit. por Rothpfeffer en *Op. Cit.*, Nota 39).

¹¹ RABELLO, A.M. *Aequitas and Equity*, The Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, The Hebrew University of Jerusalem, 1997, p. 28 y ss.

La mayoría de los tratadistas al señalar pronunciamientos *contra legem* han coincidido en referir los dictámenes en los asuntos relativos a los *indios Cayuga* de Canadá, a la *Desviación de las aguas del Mosa* y a la *Plataforma Continental del Mar del Norte*. Siguiendo un orden cronológico referiremos éstos y otros fallos o pronunciamientos que creemos pueden ser considerados en aplicación del principio de equidad *contra legem*, si bien acompañamos estas referencias a modo introductorio y sólo ejemplificativo.

Asunto de los Indios Cayuga

En el *Asunto de los indios Cayuga*, el tribunal arbitral anglo-americano analizó las reclamaciones de los Cayuga contra Estados Unidos¹². La demanda había sido iniciada por Gran Bretaña (GB) a solicitud de los indios Cayuga residentes en Canadá (Río Grande, cerca de Brantford, Ontario). Esos indígenas habían comenzado a trasladarse parcialmente en 1784 hacia el Canadá desde el Lago Cayuga en Nueva York. La demanda fue por las anualidades adeudadas por los EE.UU. a los Cayuga, sumas a las que se había comprometido el Estado de Nueva York por el tratado de 27 de julio de 1795, cuando aún era la ‘Colonia de Nueva York’ y tenía capacidad para celebrar tratados. El tratado de Gante de 1814 (EE.UU.- GB) -celebrado como consecuencia del fin de la Guerra de la Independencia de 1812- obligaba a los EE.UU. a devolver a los indígenas con los que había estado en guerra “todas las posesiones, derechos y privilegios de que habían gozado o tenían derecho a disfrutar” en 1811 antes de la guerra (art. IX). La presentación británica requería el pago de todas las anualidades desde 1810 (*annuity of \$1,800 forever*)¹³. El fallo arbitral hizo referencia a la decisión del Tribunal especial de la Corte Permanente de Arbitraje en el asunto Estados Unidos-Noruega en el que interpretó los artículos LXXIII de la Convención de La Haya para el arreglo de Controversias Internacionales (1907) y el artículo XXXVII de la Convención de 1908 en un sentido amplio del derecho aplicable, abarcativo de “derecho y ley”, principios generales de justicia:

“When a situation legally so anomalous is presented, recourse must be had to generally recognized principles of justice and fair dealing in order to determine the rights of the individuals involved. The same considerations of equity that have repeatedly been invoked by the courts where strict regard to the legal personality of a corporation would lead to inequitable results or to results contrary to legal policy, may be invoked here.

“An examination of the provisions of arbitration treaties shows a recognition that something more than the strict law must be used in the grounds of decision of arbitral tribunals in certain cases; that there are cases in which—like the courts of the land—these tribunals must find the grounds of decision, must find the right and the law, in general considerations of justice, equity and right dealing, guided by legal analogies and by the spirit and received principles of international law. [...]” (p.181).

“[...] [T]he Tribunal considers, rightly, as we conceive, that the word “droit”, as said in those articles has a broader meaning than that of “law” in English, in its restricted sense of an aggregate of rules of law [...]” (p.184).

“Our conclusion on this branch of the cause is that, according to general and universally recognized principles of justice and the analogy of the way in which English and American courts, on proper occasions, look behind what in such cases they call “the corporate fiction” in the interests of justice or of the policy of the law (Daimler Company, Ltd., vs. Continental Tyre and Rubber

¹² *Reino Unido vs. Estados Unidos*, 1926, *UN Reports of International Arbitral Awards*, Vol. VI, pp. 173-190 (http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_VI/173-190_Cayuga.pdf).

¹³ GREEN, L.C. “Legal Significance of Treaties Affecting Canada’s Indians”, *Anglo-American Law Review*, Vol. 1, Issue 1 (1972), pp. 119-135. V. asimismo “Judicial Decisions involving questions of International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 20, Issue 3 (July 1926), pp. 566-625.

Company, Ltd. [1916] 2 A.C. 307, 315-316. 338 ff; 1 Cook (Corporations, 8 éd., para. 2)), on the division of the Cayuga Nation the Cayuga Indians permanently settled in Canada became entitled to their proportionate share of the annuity and that such share ought to have been paid to them from 1810 to the present time” (p. 184).

Asunto Oscar Chinn

En el asunto *Oscar Chinn*, Gran Bretaña reclamó ante la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) contra Bélgica a fin de obtener reparación por los perjuicios sufridos por Oscar Chinn, nacional británico, como consecuencia de las medidas adoptadas por el gobierno belga a partir de junio de 1931 a la empresa SRL Unión Nacional de Transporte Fluvial (“UNATRA”), que afectaron el tráfico fluvial en cursos de agua del Congo belga. Gran Bretaña invocó que Bélgica había violado disposiciones del Convenio de Saint Germain, a más del Derecho internacional general. A pesar de haber destacado la Corte en su sentencia de 12 de diciembre de 1934¹⁴ que el principio de igualdad de trato se hallaba presente en todo el Acuerdo de Saint Germain (antecedente del Acta General de Berlín de 1895 y del Acta y Declaración de Bruselas de 1890), en particular, en los artículos 1-7, 9, y 11, en una ajustada votación (seis votos contra cinco), decidió “que las medidas adoptadas [por Bélgica], en las circunstancias del caso, no estaban en oposición con las obligaciones internacionales del Gobierno belga frente al Reino Unido”. Destacamos la importancia del voto disidente¹⁵ de Juez Schücking –largamente recordada por la doctrina-, perfiladora de la concepción actual de *jus cogens*, quien expresó en los párrafos finales de su opinión individual¹⁶:

“Creo que el caso en que una convención debe ser considerada nula de pleno derecho no está en ningún modo aislado en el Derecho internacional [...]. No puedo imaginar que la Sociedad de Naciones haya comenzado los trabajos de codificación del derecho internacional, si hoy mismo no fuera posible crear, en esa materia, un jus cogens con tal efecto que, cuando los Estados han acordado ciertas reglas jurídicas y se han comprometido a que esas reglas no pueden ser modificadas por uno de ellos separadamente, todo acto realizado en contravención a tal obligación es nulo de pleno derecho [...]”.

“La prescripción del art. 38 del Estatuto [de la Corte] -que indica en primer lugar como fuente de derecho para las decisiones de la Corte- ‘las convenciones internacionales, sean generales o especiales, que contengan reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes’- no puede querer expresar que el juez debe aplicar convenciones que sabe no son válidas. Jamás, por ejemplo, la Corte aplicaría una convención cuyo contenido fuera contrario a las buenas costumbres. En mi opinión, el juez se encuentra en la misma situación si, a consecuencia de un vicio de origen, una convención invocada por las partes es en realidad nula y sin efecto. Es la idea de orden público la que debe determinar la actitud del juez en un caso así. a pesar de que la competencia de la Corte esté fundada en un compromiso”.

La posición de Schücking importa una decisión contraria a la convención en base a la moral, la conciencia jurídica y las necesidades del orden público en la vida social. En principio, podemos considerar que todo reconocimiento de *jus cogens* por parte de un tribunal importa una derogación/construcción normativa y discrecionalidad del tribunal a la hora de ponderar la aceptación y reconocimiento de la misma por parte de la comunidad internacional en su conjunto e identificar su perfil y alcance como norma perentoria¹⁷. A pesar de ello, algunos autores consideran

¹⁴ CPJI Serie AB 63, p. 25 y ss.

¹⁵ Si bien designada “Opinión individual”.

¹⁶ CPJI Serie AB 63, p. 149 y 150.

¹⁷ V. ANDRITOI, C. “Interpretation of *Jus Cogens* Principles as Public Order in International Practice”, *Acta Universitatis Danubius*, 2/2006, p. 106 y ss.; ASIL, Panel, Thursday, March 26, Moderator, Anthony D'Amato of Northwestern University, Panelists: Evan Criddle of Syracuse University College of Law; Evan

que los reconocimientos de *jus cogens* y los pronunciamientos jurisdiccionales derogatorios de normas en vigor por esa causa están fuera de la aplicación de la equidad cualquiera sea su tipo -posición que no compartimos-. Tales serían los asuntos *Creole Case* relativo a la inequidad de la esclavitud (1855); *Inmigration case* entre Gran Bretaña y Transvaal (1895); *Sudoeste africano* (1966), entre otros.

Asunto de la Desviación de las Aguas del Mosa

En el *asunto de la Desviación de las Aguas del Mosa (Holanda vs. Bélgica)* (sentencia de 28 de junio de 1937)¹⁸, la CPJI aplicó principios de equidad como base de su decisión, alejándose del Tratado de 1863 y de las posiciones sostenidas por Holanda y Bélgica.

“76. The Court considers that neither the Belgian nor the Netherlands contention can be accepted in its entirety. When it is remembered that the provisions of the Treaty of 1863 were adopted in order to overcome certain actual difficulties connected with the feeding of the canals below Maestricht [...]. To adopt the Belgian contention, according to which no lock, when used for navigation, and no volume of water discharged through a lock when being utilized for that purpose, could constitute an infraction of Article I, would open the door to the construction of works and the discharge of water in such quantities that the intentions of the Treaty would be entirely frustrated. On the other hand, to adopt the Netherlands contention and to hold that any discharge of water into the Zuid-Willemsvaart through the Neerhaeren Lock, instead of through the treaty feeder, must result in an infraction of Article I -irrespective of the consequences which such discharge of water might produce on the velocity of the current in the Zuid-Willemsvaart, or on the navigability of the joint section of the Meuse- would be to ignore the objects with which the Treaty was concluded.”

En su Opinión individual, el juez Manley O. Hudson expresó:

“322. The Court has not been expressly authorized by its Statute to apply equity as distinguished from law. Nor, indeed, does the Statute expressly direct its application of international law, though as has been said on several occasions the Court is "a tribunal of international law". Series A, No. 7, p. 19; Series A, Nos. 20/21, p. 124. Article 38 of the Statute expressly directs the application of "general principles of law recognized by civilized nations", and in more than one nation principles of equity have an established place in the legal system. The Court's recognition of equity as a part of international law is in no way restricted by the special power conferred upon it "to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto" [...].”

“326. One result of applying the principle will be that even if the Court should be of the opinion that the Belgian action with regard to the functioning of the Neerhaeren Lock is contrary to the Treaty of 1863, it should nevertheless refuse in this case to order Belgium to discontinue that action. In equity, the Netherlands is not in a position to have such relief decreed to her. Belgium cannot be ordered to discontinue the operation of the Neerhaeren Lock when the Netherlands is left free to continue the operation of the Bosscheveld Lock. The general principle is a sound one that reparation is "the corollary of the violation of the obligations resulting from an engagement between States"; and "it is a principle of international law, and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation". Series A, No. 17, pp. 27, 29. Yet, in a particular case in which it is asked to enforce the obligation to make reparation, a court of international law cannot ignore special circumstances which may call for the consideration of equitable principles. Here the Netherlands asks, not for reparation for a past violation of the Treaty of 1863, but for protection against a continuance of that violation in the future. The Court is asked

Fox-Decent of McGill University Faculty of Law; Annecoos Wiersema of the Ohio State University Moritz College of Law; Martins Paparinskis of the University of Oxford; and Anastasios Gourgourinis of the UCL Faculty of Laws.

¹⁸ CPJI, 1937 Série A/B, N° 70.

to decree a kind of specific performance of a reciprocal obligation which the demandant itself is not performing. It must clearly refuse to do so [p79].”

“329. [...] Repeated efforts have been [...] made by the Parties to negotiate a treaty to replace that of 1863, and according to statements made to the Court, hopes of such a result have not been abandoned. **The judgment in this case may better serve to facilitate their future negotiations if it preserves the equality between the Parties.**”

El rechazo de la Corte a dar ejecución a las obligaciones emergentes de la violación del tratado de 1863 -conforme el mismo- y la aplicación en su sustitución del principio de equidad, hace aparecer al pronunciamiento *contra legem*, en tanto sustituye la obligación jurídica vigente por una nueva establecida por el Tribunal¹⁹. El tribunal no ha elegido entre diversas posibles interpretaciones, sino que no aplicó dispositivos del tratado en vigor, atento a la percepción de circunstancias especiales, más aún, decidió en contra de lo dispuesto en el tratado²⁰.

Asunto del Estrecho de Corfú

En el *Asunto del Estrecho de Corfú (Gran Bretaña vs. Albania)*²¹, la CIJ ha expresado en la sentencia de 15 de diciembre de 1949 sobre el fondo de la cuestión:

“[...]D]e tal circunstancia, surgen obligaciones para Albania consistentes en notificar, en interés de la navegación en general, sobre la existencia de minas en sus aguas territoriales y en advertir del peligro a los buques británicos en el momento que se aproximaban. Estas obligaciones no se basan en la Convención VIII de La Haya de 1907, la que es aplicable en tiempos de guerra, sino en ciertos principios generales y reconocidos, tales como **consideraciones elementales de humanidad**, más absolutas en tiempos de paz que en tiempos de guerra; el principio de libertad de comunicaciones; y la obligación de todo Estado de no permitir se utilice su territorio para fines contrarios a los derechos de los otros Estados”.

La Corte se erige, sin necesidad de comprobación alguna, en la perfiladora del contenido y alcance de principios reconocidos como *consideraciones elementales de humanidad*.

Asuntos de la Plataforma Continental del Mar del Norte

En los *Asuntos de la Plataforma Continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania vs. Dinamarca; República Federal de Alemania vs. Holanda*, con relación a la sentencia de la CIJ de 20 de febrero de 1969²², el juez Fouad Ammoun en opinión separada²³ se ha preguntado:

“33. *Existe-t-il un principe général de droit reconnu par les nations tel que prévu par l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut de la Cour, dont découlerait une règle selon laquelle pourrait être délimité équitablement, en cas de désaccord, le plateau continental entre les Parties?*
[...] *C'est le principe sous-jacent commun aux règles nationales sous toutes les latitudes qui Explique et justifie leur annexion au droit international public. Aussi les principes généraux du*

¹⁹ V. ROTHPEFFER, T. "Equity in the North Sea Continental Shelf Cases" (1972), 42 *Nordisk Tid. for Int'l, Rel.*, p. 86.

²⁰ Por no estar esas circunstancias especiales previstas por las partes en el Tratado de 1863, ha llevado a algunos doctrinarios a considerar al pronunciamiento *praeter legem*. Otros han considerado que el hecho de aplicar “principios generales del derecho” consagrados como fuente principal en el art. 38 del Estatuto de la CPJI, el Tribunal se pronunció *infra legem*.

²¹ ICJ *Recueil* 1949.

²² ICJ *Reports* 1969.

²³ Texto original en francés.

droit, quand ils synthétisent et condensent le droit in foro domesticio des nations -de l'ensemble des nations- paraissent-ils plus proches que les autres sources du droit, de la morale internationale. En s'incorporant au droit des gens, ils se dépouillent de toute teinte nationaliste pour représenter, tel le principe de l'équité, les plus pures valeurs morales. Ainsi véhiculé par ces valeurs sur la voie du développement, le droit des gens se rapproche de plus en plus de l'unité”.

“35 [...] Les principes généraux de droit sont, sans conteste, des facteurs de moralisation du droit des gens, en tant qu'ils empruntent au droit des nations des principes de l'ordre moral tels que ceux de l'égalité, de la responsabilité et de la faute, de la force majeure et du cas fortuit, de l'estoppel, du non-abus des droits, de la due diligence, de l'interprétation des actes juridiques fondée non moins sur l'esprit que sur la lettre du texte, enfin de l'équité dans la mise en oeuvre des règles juridiques, et dont dérivent l'enrichissement injuste ou sans cause l, ainsi que la bonne foi[...] qui n'est qu'un reflet de l'équité et qui en est née[...²⁴]”.

El Juez Ammoun concluyó su opinión, señalando que el método de la equidistancia previsto en el art. 6.2 de la Convención de 1958 no era oponible a Alemania (por no ser parte en el referido acuerdo), ni había devenido norma consuetudinaria, pero que podía ser aplicado en atención a circunstancias especiales aplicables a la causa, en base a principio general del derecho seleccionado por la Corte

Asunto Barcelona Traction, Light and Power Company Limited

En el *Asunto de la Barcelona Traction (Bélgica vs. España)*, la CIJ en su sentencia de 5 de febrero de 1970 ha expresado:

*“On the other hand, the Court considers that, in the field of diplomatic protection as **in all other fields of international law, it is necessary that the law be applied reasonably.** It has been suggested that **if in a given case it is not possible to apply the general rule that the right of diplomatic protection of a company belongs to its national State, considerations of equity** might call for the possibility of protection of the shareholders in question by their own national State.²⁵”*

Consideramos que se trata de un pronunciamiento *contra legem* en tanto desconoce una norma general aplicable al caso y, por consideraciones de equidad, el tribunal destruye esa norma general. No creemos que se trate de “excepciones” a la regla general (*infra o praeter legem*) sino un alejamiento incluso de los objetivos de la regla general.

PRONUNCIAMIENTOS CONTRA LEGEM EN EL ASUNTO AHMADOU SADIO DIALLO

El 28 de diciembre de 1998, el Gobierno de la República de Guinea (Guinea) presentó ante la Secretaría de la CIJ una demanda contra la República Democrática del Congo (RDC, conocida como Zaire entre 1971 y 1997) relativa a una disputa sobre "violaciones graves del derecho internacional", que presuntamente habrían sido cometidas "contra la persona de un nacional de Guinea" (A. S. Diallo). Guinea sostuvo que "el Sr. Ahmadou Sadio Diallo, empresario de

²⁴ En nota, el Juez recuerda expresiones de doctrinarios y jurisprudencia relativa a la aplicación de la equidad, *i.a.*: “Cf. aussi Ch. de Vischer, *Théorie et réalités en droit international public*, p. 482, qui souligne à son tour qu' il est significatif que dans le cas où certains membres ont epressément invoqué les principes généraux. ils l'ont fait sous le couvert de quelques-unes des données les plus élevées et les plus générales de l'ordre juridique. telles que la justice ou l'équité. Voir decision du 11 novembre 1912 du tribunal arbitral dans l'affaire des *Indemnités russes contre l'Empire ottoman*, qui fait état de l'équité pour apprécier la responsabilité de l'Etat et sa mise en oeuvre”.

²⁵ ICJ Reports 1970, p. 48, para. 93.

nacionalidad guineana, después de treinta y dos (32) años en la República Democrática del Congo había sido injustamente encarcelado por las autoridades de ese Estado, despojado de sus importantes inversiones, negocios y activos en bienes raíces y bancarios y luego expulsado²⁶, en violación al Derecho internacional²⁷.

Aún cuando pueda resultar inconexo el desarrollo, nos limitaremos sólo a citar y, en su caso, comentar sólo los párrafos de la sentencia de la CIJ en los que observamos pronunciamiento *contra legem*:

65. Se desprende de la redacción de las disposiciones precedentes que la expulsión de un extranjero que se halla legalmente en el territorio de un Estado Parte de esas convenciones, no puede ser compatible con sus obligaciones internacionales salvo que sea pronunciada conforme a “la ley”, es decir, la legislación nacional aplicable en la materia. El respeto al derecho interno condiciona en cierta medida al derecho internacional. Pero está claro que la “conformidad con la ley”, así definida, es una condición necesaria para el respeto de las disposiciones precitadas. Por un lado, es necesario que la legislación nacional sea en sí misma compatible con los demás requisitos del Pacto y la Carta Africana, por otra parte, la expulsión no debe ser arbitraria (...).

66. La interpretación anterior es plenamente confirmada por la jurisprudencia del Comité de los Derechos Humanos establecido en el Pacto para garantizar el cumplimiento de ese instrumento por los Estados Partes (véase, por ejemplo, en este sentido: Maroufidou c. Suecia²⁸, N° 58/1979, para. 9.3; Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 15: La situación de los extranjeros en el marco del Pacto). El Comité de Derechos Humanos, desde su creación, ha desarrollado una jurisprudencia interpretativa considerable, sobre todo en lo que se refiere a las comunicaciones individuales (...). Aunque el Tribunal no está obligado en el ejercicio de sus funciones judiciales de ajustar su interpretación del Pacto al del Comité, considera que debe dar gran consideración a la interpretación adoptada por este organismo independiente, creado especialmente para supervisar la aplicación de ese tratado. Ello hace a la necesidad de claridad y esencial coherencia del derecho internacional, como también a la seguridad jurídica, que es un derecho de las personas beneficiarias de los derechos garantizados, como de los Estados vinculados a respetar las obligaciones convencionales.

²⁶ Diallo se radicó en la RDC en 1964 con sólo 17 años de edad. En 1974 creó la sociedad de exportaciones-importaciones “Africom-Zaire SRL”, detentando al inicio sólo el 30 % de las acciones, mientras otros dos socios tenían 40% y 30% (Kibeti Zala y Colette Dewast respectivamente). Poco tiempo después se transformó en único accionista de la empresa y gerente de la misma. En 1979 creó la sociedad Africontainers-Zaire de la que era personalmente accionista en un 40% y la sociedad Africom-Zaire en un 60%. Ello hacía que Diallo - directa o indirectamente- fuera el único socio de ambas empresas y gerente de las mismas. La importancia del rol de Diallo en la RDC y el de sus activos, inversiones y negocios salta a la vista por el monto reclamado en calidad de reparación por Guinea a la RDC (independientemente de la restitución de todos sus bienes): 31 334 685 888,45 dólares de EE.UU. y 14 207 082 872,7 de Zaires por los perjuicios financieros, más un 15% en concepto de intereses y un 15 a 26 % por intereses bancarios y moratorios.

²⁷ Las principales reclamaciones de Guinea fueron: violaciones a los derechos personales de Diallo como individuo (detención y expulsión arbitrarias, tratos humillantes y degradantes, violación del art. 36.1 b) de la Convención de Viena sobre Agentes Consulares); violaciones a sus derechos propios como socio de las entidades mencionadas en nota anterior; actos ilícitos contra los derechos de las referidas sociedades.

²⁸ En este caso, el Comité determinó que no sólo cabía evaluar la forma en que el tribunal interno adoptó la decisión de expulsión de Abna Maroufidou sino también el fondo de la decisión al expresar: “10.1 Anna Maroufidou claims that the decision to expel her was in violation of article 13 of the Covenant because it was not “in accordance with law”. In her submission it was based on an incorrect interpretation of the Swedish Aliens Act. The Committee takes the view that the interpretation of domestic law is essentially a matter for the courts and authorities of the State party concerned. It is not within the powers or functions of the Committee to evaluate whether the competent authorities of the State party in question have interpreted and applied the domestic law correctly in the case before it under the Optional Protocol, unless it is established that they have not interpreted and applied it in good faith or that it is evident that there has been an abuse of power.”

67. *Del mismo modo, cuando la Corte es convocada -como en el presente caso- para aplicar un instrumento regional para la protección de los derechos humanos, debe tener debidamente en cuenta la interpretación de ese instrumento por los órganos independientes creados especialmente con el fin de comprobar el correcto funcionamiento del tratado en cuestión. En este caso, la interpretación del artículo 12, apartado 4, de la Carta Africana, que se expone más arriba, es en consonancia con la jurisprudencia de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos establecido por el artículo 30 de la Carta [...].*

68. *El Tribunal señala además que la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Artículo I del Protocolo n ° 7 y del artículo 22, apartado 6, respectivamente, de la Convención (Europea) para la salvaguarda de los derechos humanos y libertades fundamentales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos -disposiciones similares en esencia a las del Pacto y de la Carta Africana de la Corte-, en este caso, es coherente con lo expresado en el párrafo 65 supra, acerca de estas últimas disposiciones.*

La Corte amplía la exigencia de “conformidad con la ley” (derecho interno) -establecida en los tratados universal y regional para la expulsión de un extranjero- a la observancia de los “*requisitos del Pacto y la Carta Africana*”²⁹; a que no sea “arbitraria” (según criterios internacionales) y a que ese conjunto de requerimientos responda a la siempre progresiva interpretación de los organismos especializados en materia de protección internacional de los derechos humanos creados por convenios universales y regionales³⁰.

Es de observar que la CIJ hace referencia a “jurisprudencia” del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuando el referido organismo no produce ese tipo de decisiones.

Además, cuando la CIJ respalda su interpretación en la de los Tribunales europeo y americano de derechos humanos, no puede menos que sorprender que relacione esa interpretación con la “seguridad jurídica” ya que, bien sabido es el activismo judicial que ha acompañado esos pronunciamientos, en importante número, *contra legem*, predominantemente en aplicación del “principio *pro homine*”. Distinguimos “principio *pro homine*”(inexistente³¹) de “principio interpretativo *pro homine*” (largamente reconocido), ya que la Corte se aleja de la norma convencional para actuar en base a un principio general de derecho autónomo -creado/reconocido por ella misma- al que da rol superior en el sistema jurídico a aplicar. En

²⁹ El art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: “*El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas*”. La Carta Africana en su art. 12.4 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos instituye: “*Un extranjero legalmente admitido en un territorio de un Estado firmante de la presente Carta, sólo puede ser expulsado de él en virtud de una decisión tomada de conformidad con la ley*”.

³⁰ Con relación a la detención arbitraria, recordamos los dispositivos universal y regional invocados por la actora: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. “*Art. 9.1 Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella*”. Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. “*Art. 6. Todo individuo tendrá derecho a la libertad y a la seguridad de su persona. Nadie puede ser privado de su libertad más que por razones y condiciones previamente establecidas por la ley. En especial, nadie puede ser arrestado o detenido arbitrariamente*”.

³¹ De existir, implicaría privilegiar al ser humano en todas las circunstancias, tornando inoficioso e inválido todo el conjunto normativo nacional e internacional.

un trabajo reciente³² hemos destacado algunos casos en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció *contra legem*, imponiendo *i.a.*: la “carencia de efectos jurídicos de leyes internas”³³; la reapertura de procesos³⁴; la suspensión de los efectos del proceso judicial y de la sanción establecida en el orden interno³⁵; la obligación de realizar modificaciones al derecho interno³⁶⁻³⁷⁻³⁸; la adopción de medidas de derecho interno³⁹; la adecuación en un plazo razonable del derecho interno de un Estado a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)⁴⁰; la iniciación del “procedimiento para suscribir y promover la ratificación de la Convención Internacional sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad, [...] dentro de los 30 días de suscrito el acuerdo”⁴¹; la anulación de ciertas disposiciones del derecho interno⁴²; imposición de que los familiares de la víctima actúen en todas las etapas procesales de investigación en el sistema interno; la consagración de un nuevo derecho humano: el “derecho a la verdad”⁴³⁻⁴⁴; la derogación de normas y procesos⁴⁵; el deber de efectuar el control de convencionalidad⁴⁶; la anulación de los efectos de una sentencia penal⁴⁷; la creación de derechos específicos de las comunidades indígenas⁴⁸; desconocimiento del art. 78 de la CADH (derecho a denunciar un tratado y desligarse de él)⁴⁹; desconocimiento del art. 29 de la CADH (interpretación supresora o limitadora de derechos) y del art. 44 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (divisibilidad de

³² DRNAS DE CLÉMENT, Z. “Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿Cuarta Instancia?, ¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una cuarta instancia? XVIII Reunión conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2009, pp. 5-107 (obtenible también en www.acaderc.org.ar).

³³ *Vg. Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C N° 75, para. 4 de la decisión. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N° 101, para. 276. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, para. 124.*

³⁴ *Vg. Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C N° 100, para. 162.*

³⁵ *Vg. Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C N° 177, para. 121.*

³⁶ *Vg. Caso La Última Tentación de Cristo vs. Chile (Olmedo Bustos y otros). Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73, para. 85, para. resolutivo 4.*

³⁷ *Vg. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C, N° 135, para resolutivo 13.*

³⁸ *Vg. Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, para 123 y Voto razonad del Juez García Ramírez, para 14.*

³⁹ *Vg. Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, cit. supra, para. 98, para 237.*

⁴⁰ *Vg. Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, N° 177, paras. 18, 127 y 128.*

⁴¹ *Vg. Caso Barrios Altos vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C N° 75, para. 50.*

⁴² *Vg. Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C N° 75, para. 51 (4).*

⁴³ *Vg. Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C N° 196, paras. 188-190.*

⁴⁴ *Vg. Ibidem, para. 274.*

⁴⁵ *Vg. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C N° 126, para. 130.*

⁴⁶ *Vg. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, para. 124.*

⁴⁷ *Vg. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N° 101, para. 276.*

⁴⁸ *Vg. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, para. 173.*

⁴⁹ *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123 10.*

los tratados)⁵⁰, etc. Más aún, debe tenerse en cuenta que la propia Corte Interamericana ha señalado la evolutividad de sus sentencias y la habilitación que tiene para la creación de nuevos derechos en una visión *pro homine* que va más allá de la interpretación de la CADH⁵¹.

La CIJ en la sentencia bajo consideración en el caso *Ahmadou Sadio Diallo* ha efectuado otros pronunciamientos *contra legem*, vg.:

“70. [...] El Tribunal recuerda que corresponde a cada Estado interpretar su derecho interno. La Corte no tiene, en principio, el poder de modificar por su propia interpretación la de las autoridades nacionales, sobre todo cuando esta interpretación proviene de los más altos tribunales internos (véase, para este último caso, Empréstitos serbios, Sentencia N° 14, 1929, CPJI Serie A N° 20, p. 46 y Empréstitos brasileños, Sentencia N° 15, 1929, CPJI Serie A No. 21, p. 124). Excepcionalmente, si Estado realiza una interpretación manifiestamente errónea de su derecho interno, sobre todo con el fin de beneficiarse en un asunto pendiente, corresponde a la Corte la adopción de la interpretación que percibe como correcta”.

Es de observar que la propia Corte señala sus limitaciones para interpretar el derecho interno. Sin embargo, entiende que está facultada para desconocer la regla general y, con carácter *excepcional*, decide interpretar el derecho interno en forma que ella percibe como “correcta”. Justifica la decisión en una “errónea interpretación” del derecho interno por parte de la RDC con la intención de beneficiarse. Es de observar que el decreto de expulsión es de 1995 y el “caso” ante la Corte es iniciado en 1998.

La Corte, en el para. 74, expresa:

74. Además, la Corte encuentra que Guinea se halla justificada en sostener que el derecho reconocido por el artículo 13 al extranjero que está sujeto a una medida de expulsión “a hacer valer las razones en contra de su expulsión y a que su caso sea revisado por la autoridad competente” no ha sido respetado en el caso del Sr. Diallo [...]. Es cierto que, como la República Democrática del Congo ha señalado, el artículo 13 del Pacto hace una excepción al derecho del extranjero en caso de que se opongán “razones imperiosas de seguridad nacional”. La parte demandada alega que ése era precisamente el caso. Pero ella no aportó a la Corte ninguna información tangible para demostrar la existencia de esas razones “imperiosas”. Sin duda, en principio, corresponde a las autoridades nacionales evaluar los motivos de orden público que pueden justificar la adopción de tal o cual medida política. Sin embargo, cuando se trata de descartar una importante garantía de procedimiento dispuesto en un tratado internacional, no puede quedar sólo en manos del Estado en cuestión la apreciación de las condiciones que permiten excluir, de manera excepcional, dicha garantía. Corresponde al Estado demostrar que las “razones imperiosas” que exige el Pacto existen, o por lo menos que se podría concluir razonablemente que las circunstancias existían teniendo en cuenta las circunstancias que rodeaban la medida de expulsión [...].

⁵⁰ Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú. Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54; Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74; CteIDH Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo*. Sentencia de 4 de septiembre de 2001. Serie C No. 84.

⁵¹ Es de recordar que en el Caso *Niños de la Calle*, los jueces Cançado Trindade y Abreu Bonelli señalaron que “la definitiva interpretación del derecho a la vida (...) comprende las condiciones mínimas de una vida digna”. Percepción luego ampliada a la Comisión y a la propia Corte. En el Caso *Cinco Pensionistas vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas* (Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98) los votos concurrentes han considerado la evolutividad de los derechos económicos, sociales y culturales y la obligación de los Estados de no retroceder en materia de derechos otorgados. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegó que el Estado había violado dicho artículo al dictar un Decreto-Ley que constituía “un retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social que habían alcanzado las víctimas”.

La Corte no aplica la regla general según la cual corresponde a las autoridades nacionales evaluar los motivos de orden público que pueden justificar la expulsión. Olvida el adagio *onus probandi incumbit actori* y traspassa la carga de la prueba a la demandada. Es de observar que, en el para. 54 de la sentencia, la Corte había señalado, recordando lo dispuesto en su fallo de 10 de abril de 2010 en el asunto de las *Plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina vs. Uruguay)*: “**onus probando incumbit actori**”. Sin embargo, en esta oportunidad agregó: “[...] sería un error considerar [...] a esta norma [...] como una regla absoluta, aplicable en toda circunstancia. La carga de la prueba depende, en realidad, del objeto y naturaleza de cada controversia sometida a la Corte y varía conforme la naturaleza de los hechos que es necesario establecer a efectos de la sentencia en el caso”. A pesar de lo señalado, la Corte no se detuvo para fundar el objeto, naturaleza, ni hechos que la llevaban a modificar la regla general. Llama la atención que en caso de las Plantas de celulosa que la propia Corte cita, no haya tomado en cuenta circunstancia alguna que permitiera morigerar la carga de la prueba sobre la parte actora, a pesar de estar en juego cuestiones de preservación ambiental, las que por su propia naturaleza hubiesen requerido un tratamiento diferenciado.

En el para. 84 y ss. la Corte considera el “derecho de Diallo” a “ser informado en el momento de su detención de las razones de la misma” -derecho garantizado en todos los casos, cualquiera fuera el motivo de la detención-:

“84. En revanche, la Guinée est fondée à soutenir que **le droit de M. Diallo** d’être «informé, au moment de son arrestation, des raisons de cette arrestation» – droit qui est garanti en toute matière, quel que soit le motif de l’arrestation – a été méconnu[...]”.

La posición de la Corte confirma la interpretación según la cual las prescripciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (CVRC) contienen normas de protección de los derechos humanos. Ello a pesar de lo expresamente señalado en el para. 5 del preámbulo y en el art. 36.1. b) de la Convención, que expresan:

Preámbulo [...]

“Conscientes de que la finalidad de dichos privilegios e inmunidades no es beneficiar a particulares, sino garantizar a las oficinas consulares el eficaz desempeño de sus funciones en nombre de sus Estados respectivos”.

“Art. 36. 1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía: [...] b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado”.

Probablemente, pueda alegarse que ésta es una cuestión ya zanjada en el derecho. Sin embargo, no por ello deja de ser *contra legem*. Deseamos recordar que la interpretación de la CVRC a favor de los derechos humanos, en los últimos años transitó por distintos estadios ante la CIJ:

-Caso Convención de Viena sobre Agentes Consulares (Paraguay vs. Estados Unidos)⁵²

⁵² ICJ Reports 1998, Ordenanza de 9 de abril de 1998.

En 1992, las autoridades de Virginia (EE.UU.) arrestaron al ciudadano paraguayo Ángel Francisco Breard, quien fue acusado, juzgado y declarado culpable de homicidio y condenado a muerte en 1993, sin haber sido informado, como exige el artículo 36.1. (b), de la Convención de Viena, de su derecho a solicitar asistencia consular. Paraguay solicitó al adopción de medidas cautelares y la Corte decidió por unanimidad que los Estados Unidos debían tomar todas las medidas a su disposición para garantizar que Angel Francisco Breard no fuera ejecutado en espera de la decisión final en el procedimiento ante la Corte, y que debían informar al Tribunal de las medidas que hubiesen adoptado en aplicación de la Ordenanza.

El Juez Oda, en declaración que acompañó a la Ordenanza de indicación de medidas provisionales de 9 de abril de 1998, expresó: “2 [...] I can, **on humanitarian grounds, understand the plight of Mr. Breard and recognize that owing to the fact that Paraguay filed this request on 3 April 1998, his fate now, albeit unreasonably, lies in the hands of the Court [...] The Court cannot act as a court of criminal appeal and cannot be petitioned for writs of habeas corpus. The Court does not have jurisdiction to decide matters relating to capital punishment and its execution, and should not intervene in such matters.**”

Breard, a pesar de la intervención de M Albright para evitar la aplicación de la pena de muerte, fue ejecutado mediante inyección letal el 14 de abril de 1998. Por nota de 2 de noviembre de 1998, presentada ante la Secretaría de la Corte, el representante del Paraguay solicitó a nombre de su Gobierno, que el caso fuera eliminado de la Lista.

-Caso LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos)

El 2 de marzo de 1999 la RF de Alemania presentó demanda ante la CIJ contra los EE.UU. por no informar a Karl y Walter LaGrand después de su arresto, sin demoras, de sus derechos de conformidad al inciso b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y por privar a Alemania de la posibilidad de brindar su asistencia consular. Los hermanos habían sido acusados y condenados a muerte por robo a un banco, en oportunidad del cual resultó muerto el director del Banco y gravemente herido un empleado. Al momento de la demanda Karl ya había sido ejecutado (24 de febrero de 1999). El día previo a la ejecución de Walter LaGrand, Alemania llevó el caso a la CIJ. El 3 de marzo la Corte dictó ordenanza indicativa de medidas provisionales tendientes a que Walter LaGrand no fuera ejecutado mientras estuviera pendiente la cuestión de decisión final de la Corte. En la sentencia de 27 de junio de 2001 la Corte dictaminó: “3) *Por catorce votos contra uno que, al no haberse informado sin retardo a Karl y Walter LaGrand tras su arresto de los derechos que les correspondían en virtud del inciso b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención y al haber sido privada por ese hecho la República Federal de Alemania de la posibilidad de proteger, en tiempo oportuno, los intereses, previstos en la Convención, los EE.UU. han violado sus obligaciones frente a Alemania y frente a los hermanos LaGrand [...]*”. El Vicepresidente Shi, acompañó opinión individual en la que señaló sus dudas en relación a que EE.UU., a más de violar obligaciones frente a Alemania, también hubiese cometido ilícito frente a los hermanos LaGrand, atento a que del Preámbulo, del art. 5 y del art. 36, como tampoco de los trabajos preparatorios de la CVRC, no surge que haya habido intención de crear derechos individuales, independientes de los derechos de los Estados Parte (art. 36.1. b) CVRC). El Juez Oda en su voto en disidencia, *i.a.* señaló que las medidas de la CVRC han sido previstas para proteger los derechos de las Partes y no los de los individuos.

-Caso Avena y otros nacionales mejicanos (Méjico vs. EE.UU.)⁵³

El 9 de enero de 2003 Méjico demandó a EE.UU. ante la CIJ por los mejicanos que se encontraban en el “corredor de la muerte” por condenas penales, producidas en violación a la CVRC, en particular el art. 36.1. b). En su sentencia de 31 de marzo de 2004, la CIJ por unanimidad decidió que los ciudadanos mejicanos, a pesar de haber sido condenados a severas penas, no habiendo sido informados de sus derechos de conformidad al 36.1. b) de la CVRC, debían ser provistos por los EE.UU. de instancias de revisión y reconsideración de sus sentencias. Shi, actuando esta vez como

⁵³ ICJ Reports 2004, Sentencia de 31 de marzo de 2004.

Presidente de la Corte no objetó la referencia en el decisorio 11 a los “**derechos de los nacionales mejicanos**”, lo cual implicó una evolución en la percepción *pro homine* de convenios nacidos para regular relaciones interestatales.

*-Caso de la Interpretación de la sentencia de 31 de marzo de 2004 en el caso concerniente a Avena y otros nacionales mejicanos (Méjico vs. Estados Unidos)*⁵⁴.

Méjico presentó el 5 de junio de 2008 demanda de interpretación de la sentencia de 2004 y tras ese acto solicitó la adopción de medidas provisionales para que Medellín Rojas y otros nacionales no fueran ejecutados. La Corte en su sentencia de 19 de enero de 2009 recordó que, en el párrafo 153 (9) del fallo Avena de 2004, el Tribunal de Justicia había concluido que: “la reparación apropiada en este caso consiste en la obligación de los Estados Unidos de América de proporcionar, a través de medios de su propia elección, la revisión y reconsideración de las condenas y sentencias de los nacionales mexicanos mencionados”, teniendo en cuenta *i.a.* “la violación de los derechos establecidos en el artículo 36 de la CVRC”.

Además, es de observar que antes de que los casos precedentemente citados se hubiesen presentado ante la CIJ, el 9 de diciembre de 1997 los Estados Unidos Mexicanos (EUM) sometieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ct.IDH) una solicitud de opinión consultiva, interrogándola *inter alia* sobre la siguiente cuestión: “*En relación con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares ¿debe entenderse el artículo 36 de la Convención de Viena [sobre Relaciones Consulares], en el sentido de contener disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos?*” En el para 141 decisorio la Corte -bajo la Presidencia de Cançado Trindade-, concluyó por unanimidad:

*“1.-Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor”*⁵⁵.

En el caso *Ahmadou Sadio Diallo* (sentencia de 2010), el Juez Cançado Trindade, en opinión separada, ha expresado:

“205. [...] It is about time for this Court to overcome the acrobaties intellectuelles ensuing from an undue reliance on the old Vattelian fiction, revived by the PCIJ in the Mavrommatis fiction¹⁴⁸ (not a principle, simply a largely surpassed fiction).”

*“206. It can no longer keep on reasoning within the hermetic parameters of the exclusively inter-State dimension. The recognition of the damage suffered by the individual (para. 98 of the Judgment) has rendered unsustainable the old theory of the State’s assertion of its “own rights” (droits propres), with its underlying voluntarist approach. **The titulaire of the right to reparation is the individual, who suffered the damage, and State action in diplomatic protection is to secure the reparation due to the individual concerned [...].** Such action in diplomatic protection aims at reparation for a damage, usually already consummated, to the detriment of the individual; consular assistance and protection, much closer nowadays to human rights protection, are exercised in a rather preventive way, so as to avoid a probable or a new damage to the individual concerned. **This affinity of contemporary consular assistance and protection with human rights protection is largely due to the historical rescue of the individual, of the human person, as subject of international law.**”*

⁵⁴ ICJ Reports 2009, Sentencia de 19 de enero de 2009.

⁵⁵ CIDH, Opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”.

208. *In the present case A.S. Diallo, the criteria followed by the Human Rights Committee on the matter at issue may provide an indication to this Court for the determination of an appropriate reparation for the breaches of the rights under the Covenant (cf. supra) suffered by the victim. Ultimately, this may amount to a proper compensation (in the unlikelihood of restitutio in integrum), -among other forms of reparation (such as satisfaction, public apology, rehabilitation of the victim, guarantees of non-repetition of the harmful acts, among others) -for the violations of the rights there under, that is, for material and moral damages, fixed to some extent on the basis of considerations of equity.*”

Reflexiones finales

Indudablemente, tal como lo señalara Cançado Trindade en su Opinión individual en la sentencia en el caso bajo tratamiento, estamos entrando en “una nueva era de adjudicación internacional en materia de derechos humanos por parte de la CIJ” (para. 10).

En trabajo anterior⁵⁶, referimos cómo la evolución de los derechos humanos ha provocado una verdadera revolución en diversas áreas del Derecho internacional público y, en particular, en las cuestiones de su teoría general.

El individuo se ha transformado en una especie de poder político, con nuevas capacidades para la realización independiente de sus derechos en un mundo que ha dejado de ser estado-céntrico, por acción de las fuerzas globales, acompañadas de un remarcable activismo judicial.

En el Caso *Ahmadou Sadio Diallo*, la CIJ ha dado clara prueba de su tendencia a despegarse del derecho vigente para efectuar interpretaciones de conformidad a lo que “percibe como correcto”⁵⁷, a aplicar normas en materia de protección de los derechos humanos (de alcance universal y regional) y a constituirse en la integradora y cohesionadora del Derecho internacional en una era de fragmentación. Tal vez, ese rol sea necesario conforme los nuevos tiempos, sin embargo, no compartimos la posición de la Corte cuando afirma que ello contribuye a la seguridad jurídica de los individuos y de los Estados⁵⁸.

⁵⁶ “The humanization of International Courts”, *Liber Amicorum Professor Bozidar Bakotic*, Koninklijke Brill NV from Leiden-Netherlands, 2010.

⁵⁷ V. *supra* para. 70 de la sentencia de 30 de noviembre de 2010 en el caso bajo comentario.

⁵⁸ V. *suora* para. 66 de la sentencia.