

165. AHMADOU SADIO DIALLO (LA REPÚBLICA DE GUINEA CONTRA LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO) (EXCEPCIONES PRELIMINARES)

Fallo de 24 de mayo de 2007

La Corte, en un fallo dictado en la causa relativa a *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea contra República Democrática del Congo)*, concluyó que la demanda de Guinea es admisible en la medida en que se refiere a la protección de los derechos del Sr. Diallo como individuo y a sus derechos propios como *associé* en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire. La Corte también indicó que, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 79 del Reglamento de la Corte adoptado el 14 de abril de 1978, los plazos para las actuaciones posteriores se fijarían más adelante en una providencia de la Corte (párr. 96 y 97).

*
* * *

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente, Higgins; Vicepresidente, Al-Khasawneh; Magistrados, Ranjeva, Shi, Koroma, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov; Magistrados *ad hoc*, Mahiou, Mampuya; Secretario, Couvreur.

*
* * *

El párrafo dispositivo (párr. 98) del fallo es el siguiente:

“... ”

“LA CORTE,

“1) En lo tocante a la excepción preliminar relativa a la admisibilidad opuesta por la República Democrática del Congo por falta de legitimación de la República de Guinea para ejercer la protección diplomática en la presente causa:

“a) Por unanimidad,

Rechaza la excepción en la medida en que se refiere a la protección de los derechos propios del Sr. Diallo como *associé* en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire;

“b) Por catorce votos contra uno,

“Hace lugar a la excepción en la medida en que se refiere a la protección del Sr. Diallo con respecto a presuntas violaciones de los derechos de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire;

“VOTOS A FAVOR: Presidente Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov; Magistrado *ad hoc* Mampuya;

“VOTOS EN CONTRA: Magistrado *ad hoc* Mahiou;

“2) En lo tocante a la excepción preliminar relativa a la admisibilidad opuesta por la República Democrática del Congo fundada en la falta de agotamiento de los recursos internos por parte del Sr. Diallo:

“a) Por unanimidad,

“*Rechaza* la excepción en la medida en que se refiere a la protección de los derechos del Sr. Diallo como individuo;

“b) Por catorce votos contra uno,

“*Rechaza* la excepción en la medida en que se refiere a la protección de los derechos propios del Sr. Diallo como *associé* en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire;

“VOTOS A FAVOR: Presidente Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov; Magistrado *ad hoc* Mahiou;

“VOTOS EN CONTRA: Magistrado *ad hoc* Mampuya;

“3) En consecuencia,

“a) Por unanimidad,

“*Declara* que la demanda de la República de Guinea es admisible en la medida en que se refiere a la protección de los derechos del Sr. Diallo como individuo;

“b) Por catorce votos contra uno,

“*Declara* que la demanda de la República de Guinea es admisible en la medida en que se refiere a la protección de los derechos propios del Sr. Diallo como *associé* en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire;

“VOTOS A FAVOR: Presidente Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov; Magistrado *ad hoc* Mahiou;

“VOTOS EN CONTRA: Magistrado *ad hoc* Mampuya;

“c) Por catorce votos contra uno,

“*Declara* que la demanda de la República de Guinea es inadmisibile en la medida en que se refiere a la protección del Sr. Diallo con respecto a presuntas violaciones de los derechos de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire.

“VOTOS A FAVOR: Presidente Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov; Magistrado *ad hoc* Mampuya;

“VOTOS EN CONTRA: Magistrado *ad hoc* Mahiou.”

*
* * *

El Magistrado *ad hoc* Mahiou anexó una declaración al fallo de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Mampuya anexó una opinión separada.

*
* * *

Reseña del procedimiento y alegaciones de las Partes (párrs. 1 a 12)

La Corte comienza recapitulando las diversas fases del procedimiento (dicha reseña puede encontrarse en el comunicado de prensa No. 2006/36, de 9 de noviembre de 2006). También recuerda las conclusiones finales presentadas por las Partes en el procedimiento oral (véase el comunicado de prensa No. 2006/41, de 1º de diciembre de 2006).

Antecedentes del caso (párrs. 13 a 25)

La Corte indica que, en sus alegatos escritos, las Partes están de acuerdo en cuanto a los siguientes hechos. El Sr. Ahmadou Sadio Diallo, ciudadano de Guinea, establecido en 1964 en la República Democrática del Congo (llamada “Congo” entre 1960 y 1971 y “Zaire” entre el 1971 y 1997). Allí, en 1974, fundó una empresa de importación y exportación, Africom-Zaire, una *société privée à responsabilité limitée* (sociedad privada de responsabilidad limitada, en adelante: “SPRL”) organizada con arreglo a la legislación del Zaire e inscrita en el Registro de Comercio de la ciudad de Kinshasa, y pasó a ser su gerente [*gérant*]. En 1979 el Sr. Diallo amplió sus actividades, participando, como gerente de Africom-Zaire y con el respaldo de dos socios privados, en la fundación de otra SPRL del Zaire, especializada en el transporte de mercancías por contenedores. La pertenencia del capital de la nueva sociedad, Africontainers-Zaire, se distribuía en la forma siguiente: el 40% del Sr. Zala, nacional del Zaire; el 30% de la Sra. Dewast, nacional francesa, y el 30% de Africom-Zaire. También fue inscrita en el Registro de Comercio de la ciudad de Kinshasa. En 1980, se retiraron los dos socios de Africom-Zaire en Africontainers-Zaire. La distribución de las partes sociales en Africontainers-Zaire pasó entonces a ser la siguiente: el 60% de Africom-Zaire y el 40% del Sr. Diallo. Al mismo tiempo, el Sr. Diallo pasó a ser el gerente de Africontainers-Zaire. Hacia finales del decenio de 1980, las relaciones de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire con sus asociados comerciales comenzaron a deteriorarse. Las dos empresas, actuando por intermedio de su gerente, el Sr. Diallo, iniciaron entonces diversas medidas, incluso de carácter judicial, en un intento de cobrar presuntas deudas. Las diversas controversias entre Africom-Zaire o Africontainers-Zaire, por un lado, y sus asociados comerciales, por otro, continuaron durante todo el decenio de 1990 y en su mayor parte aún no han sido resueltas. Así pues, Africom-Zaire reclama a la República Democrática del Congo el pago de una deuda (reconocida por la República Democrática del Congo) derivada de la falta de pago de suministros de papel *listing* al Estado del Zaire entre 1983 y 1986. Africom-Zaire está involucrada en otra controversia, relativa a atrasos en el pago o excesos en el cobro de alquileres, con *Plantation Lever au Zaire* (“PLZ”). Africontainers-Zaire tiene una controversia con las empresas Zaire Fina, Zaire Shell y Zaire Mobil Oil, así como con la Oficina Nacional de Transportes (“ONATRA”) y *Générale des Carrières et des Mines* (“Gécamines”). En su mayor parte, esos diferendos se refieren a presuntas violaciones de cláusulas de exclusividad contractual y al almacenamiento

forzoso, el uso inadecuado o la destrucción o pérdida de contenedores.

La Corte considera que también los hechos siguientes han quedado establecidos. El 31 de octubre de 1995, el Primer Ministro del Zaire dictó una orden de expulsión contra el Sr. Diallo. La providencia dio como razones para la expulsión la “presencia y la conducta [del Sr. Diallo] han violado el orden público en el Zaire, especialmente en las esferas económica, financiera y monetaria, y sigue haciéndolo”. El 31 de enero de 1996, el Sr. Diallo, ya en detención, fue deportado del Zaire y regresó a Guinea por aire. La remoción del Zaire fue formalizada y notificada al Sr. Diallo en forma de una notificación de negativa de entrada (*refoulement*) por razones de “residencia ilegal” (*séjour irrégulier*) que había sido redactada en el aeropuerto de Kinshasa el mismo día.

Sin embargo, durante todo el procedimiento Guinea y la República Democrática del Congo siguieron discrepando acerca de varios otros hechos, entre ellos, las circunstancias específicas del arresto, la detención y la expulsión del Sr. Diallo y las razones correspondientes. Guinea sostuvo que el arresto, la detención y la expulsión del Sr. Diallo fueron la culminación de una política de la República Democrática del Congo encaminada a impedirle que cobrara los créditos de sus empresas. La República Democrática del Congo rechazó esa alegación y argumentó que su expulsión estaba justificada por el hecho de que su presencia y su conducta violaban el orden público en el Zaire.

Violaciones de derechos invocadas por Guinea por las cuales procura ejercer la protección diplomática (párrs. 26 a 31)

La Corte señala que Guinea, además de reclamar el pago de créditos del Sr. Diallo y sus empresas, procura ejercer su protección diplomática en beneficio del Sr. Diallo por la violación, presuntamente ocurrida en el momento de su arresto, detención y expulsión, o haber derivado de ellas, de tres categorías de derechos: sus derechos personales individuales, sus derechos propios como *associé* en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire y los derechos de esas empresas, por “sustitución”.

Competencia de la Corte (párr. 32)

Para establecer la competencia de la Corte, Guinea se funda en las declaraciones formuladas por las Partes con arreglo al párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto. La República Democrática del Congo reconoce que las declaraciones son bastantes para fundar la competencia de la Corte en la causa. Sin embargo, la República Democrática del Congo impugna la admisibilidad de la demanda de Guinea y plantea dos excepciones preliminares. Ante todo, según la República Democrática del Congo, Guinea carece de legitimación para actuar en el presente procedimiento porque los derechos que procura proteger pertenecen a Africom-Zaire y Africontainers-Zaire, sociedades congoleñas, y no al Sr. Diallo. Según se argumenta, Guinea también está impedida de ejercer su protección diplomática en razón de que ni el Sr. Diallo ni las empresas han agotado los recursos disponibles

en el sistema jurídico congoleño para obtener reparación por los daños alegados por Guinea ante la Corte.

Admisibilidad de la demanda en la medida en que se refiere a la protección de los derechos del Sr. Diallo como individuo (párrs. 33 a 48)

La Corte recuerda que, según la República Democrática del Congo, las pretensiones de Guinea con respecto a los derechos del Sr. Diallo como individuo son inadmisibles porque “[no ha] agotado los recursos internos disponibles y eficaces existentes en el Zaire, y posteriormente en la República Democrática del Congo”. La Corte señala, empero, que en el curso del presente procedimiento la República Democrática del Congo desarrolló sólo un único aspecto de esa excepción: el atinente a su expulsión del territorio congoleño. Indica que sobre este tema la República Democrática del Congo sostuvo que su sistema jurídico interno preveía recursos disponibles y eficaces que el Sr. Diallo debía haber agotado, y que su expulsión del territorio era lícita. La República Democrática del Congo reconoce que la notificación firmada por el funcionario de inmigración “por inadvertencia” hace referencia a la “negativa de entrada” (*refoulement*) en lugar de “expulsión”. No impugna la afirmación de Guinea de que el derecho congoleño dispone que las negativas de entrada no son apelables. Sin embargo, la República Democrática del Congo sostiene que “a pesar de ese error, es indiscutible ... que realmente se trataba de una expulsión y no de una negativa de entrada”. Por consiguiente, según la República Democrática del Congo, el haber denominado a la acción una negativa de entrada no era algo hecho con la intención de privar al Sr. Diallo de un recurso.

Guinea responde, con respecto a la expulsión del Sr. Diallo del territorio congoleño, que no había recursos eficaces contra dicha medida, ni en el Zaire, primero, ni posteriormente en la República Democrática del Congo. Recuerda que la orden de expulsión contra el Sr. Diallo se llevó a cabo mediante una acción denominada “negativa de entrada”, que excluía toda posibilidad de reparación. Guinea añade, además, que “[l]os recursos administrativos o de otro tipo que no son judiciales ni cuasijudiciales y son de naturaleza discrecional no son ... tenidos en cuenta para la regla relativa a los recursos internos”. Guinea sostiene además que, aun cuando en teoría pudiera haber habido algunos recursos disponibles para el Sr. Diallo en el sistema jurídico congoleño, en todo caso no le habrían brindado ninguna posibilidad razonable de protección en el momento, pues el objetivo perseguido al expulsar al Sr. Diallo era precisamente impedirle que llevara adelante procedimientos judiciales.

La Corte recuerda que, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, la protección diplomática “consiste en la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad” (artículo 1 del Proyecto de artículos sobre la protección diplomática adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en

su 58º período de sesiones (2006)). En la presente causa, incumbe a la Corte verificar si el demandante ha cumplido los requisitos para el ejercicio de la protección diplomática, es decir, si el Sr. Diallo es un nacional de Guinea y si ha agotado los recursos internos disponibles en la República Democrática del Congo.

Sobre el primer punto, la Corte observa que la República Democrática del Congo no controvierte el hecho de que la única nacionalidad del Sr. Diallo es la de Guinea y que él ha tenido continuamente dicha nacionalidad desde la fecha del supuesto perjuicio hasta la fecha en que se inició el procedimiento.

Sobre el segundo punto, la Corte señala que, como dijo en la causa relativa a la *Interhandel* (*Suiza contra Estados Unidos de América*), “[l]a regla de que se deben agotar los recursos internos antes de que puedan instituirse procedimientos internacionales es una regla asentada de derecho internacional consuetudinario” que “ha sido generalmente observada en los casos en que un Estado ha adoptado la causa de un nacional suyo cuyos derechos se alega que han sido desconocidos en otro Estado con violación del derecho internacional”.

La Corte observa que las Partes no cuestionan la regla relativa a los recursos internos, pero difieren acerca de si el sistema jurídico congoleño ofrecía efectivamente los recursos internos que el Sr. Diallo debía haber agotado antes de que su causa pudiera ser adoptada por Guinea ante la Corte. Más específicamente, la Corte indica que, en los asuntos de protección diplomática, incumbe al demandante probar que efectivamente se han agotado los recursos internos o establecer que circunstancias excepcionales han relevado a la persona supuestamente lesionada a quien el demandante procura proteger de la obligación de agotar los recursos internos disponibles. Incumbe a la demandada convencer a la Corte de que en su sistema jurídico interno había recursos eficaces que no fueron agotados.

Habida cuenta de los argumentos formulados por las Partes, la Corte aborda la cuestión de los recursos internos únicamente con respecto a la expulsión del Sr. Diallo. Señala que la expulsión fue caracterizada como una “negativa de entrada” cuando se llevó a cabo, como han reconocido ambas Partes y queda confirmado por la notificación redactada el 31 de enero de 1996 por el servicio nacional de inmigración del Zaire. Es notorio que las negativas de entrada no son apelables con arreglo al derecho congoleño. El artículo 13 de la Ordenanza Legislativa No. 83-033, de 12 de septiembre de 1983, atinente al control de la inmigración, dice expresamente que la “medida [por la que se deniega la entrada] no estará sujeta a apelación”. La Corte considera que la República Democrática del Congo no puede ahora invocar un error presuntamente cometido por sus órganos administrativos en el momento en que al Sr. Diallo se le “denegó la entrada” para afirmar que él debería haber tratado a la medida como una expulsión. El Sr. Diallo, como destinatario de la negativa de entrada, tenía justificación para basarse en las consecuencias de la caracterización jurídica que de tal modo habían hecho por las autoridades del

Zaire, incluso a los efectos de la regla relativa a los recursos internos.

La Corte observa además que, aun cuando se tratara de un caso de expulsión y no de negativa de entrada, la República Democrática del Congo tampoco ha demostrado cuáles son los medios de recurso contra las decisiones de expulsión disponibles en su derecho interno. Es cierto que la República Democrática del Congo citó la posibilidad de solicitar la reconsideración a la autoridad administrativa competente. Sin embargo, la Corte recuerda que, si bien los recursos internos que deben ser agotados comprenden a todos los recursos de naturaleza jurídica, tanto los recursos judiciales como los recursos ante órganos administrativos, los recursos administrativos sólo puede ser tomados en consideración a los efectos de la regla relativa a los recursos internos si se dirigen a reivindicar un derecho y no a obtener un favor, a menos que constituyan un requisito previo esencial para la admisibilidad de posteriores procedimientos contenciosos. Así pues, la posibilidad que tenía el Sr. Diallo de presentar una solicitud de reconsideración de la decisión de expulsión a la autoridad administrativa que la había tomado —es decir, el Primer Ministro— con la esperanza de que éste se retractara de su decisión como cuestión de gracia no puede considerarse un recurso interno que deba ser agotado.

Habiendo demostrado que la República Democrática del Congo no ha probado la existencia en su sistema jurídico interno de recursos disponibles y eficaces que permitieran al Sr. Diallo impugnar su expulsión, la Corte concluye que no puede hacerse lugar a la excepción de la República Democrática del Congo relativa a la admisibilidad fundada en el no agotamiento de los recursos internos con respecto a dicha expulsión.

Admisibilidad de la demanda en la medida en que se refiere a la protección de los derechos propios del Sr. Diallo como “associé” en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire (párrs. 49 a 75)

La Corte indica que la República Democrática del Congo plantea dos excepciones relativas a la admisibilidad en lo tocante a este aspecto de la demanda: la República Democrática del Congo impugna la legitimación de Guinea, y sugiere que el Sr. Diallo no ha agotado los recursos internos de que disponía en la República Democrática del Congo para hacer valer sus derechos. La Corte se ocupa sucesivamente de esas excepciones.

La legitimación de Guinea (párrs. 50 a 67)

La República Democrática del Congo acepta que con arreglo al derecho internacional el Estado de nacionalidad tiene derecho a ejercer su protección diplomática a favor de *associés* o accionistas cuando hay un perjuicio a sus derechos propios como tales. No obstante, sostiene que “el derecho internacional permite [esta] protección ... sólo en condiciones muy limitadas que no se cumplen en el presente caso”. La República Democrática del Congo sostiene ante todo que Guinea no procura, en la presente causa, proteger

los derechos propios del Sr. Diallo como *associé*, sino que identifica una violación de los derechos de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire con una violación de los derechos del Sr. Diallo. La República Democrática del Congo afirma además que la acción para proteger los derechos propios de los accionistas como tales se aplica sólo a casos muy limitados y, fundándose en el fallo de la Corte en la causa relativa a la Barcelona Traction, sostiene que los únicos actos susceptibles de violar esos derechos serían, consiguientemente, los “actos de interferencia en las relaciones entre la sociedad y sus accionistas”. Por consiguiente, para la República Democrática del Congo, el arresto, la detención y la expulsión del Sr. Diallo no podían constituir actos de interferencia de parte suya en las relaciones entre el *associé* Sr. Diallo y las empresas Africom-Zaire y Africontainers-Zaire. En consecuencia, no podían lesionar los derechos propios del Sr. Diallo. Así pues, la República Democrática del Congo indica que el Sr. Diallo pudo muy bien haber ejercido sus derechos desde territorio extranjero y que podía haber delegado sus cometidos a administradores locales.

Guinea también hace referencia al fallo en la causa relativa a la *Barcelona Traction*, en el que la Corte, después de haber determinado que “un acto que sólo se dirige contra los derechos de la sociedad e infringe sólo tales derechos no hace surgir responsabilidad frente a los accionistas, aun cuando sus intereses se vean afectados”, añadió que “[l]a situación es diferente si el acto denunciado está dirigido contra los derechos propios del accionista como tal”. Guinea sostiene además que esa posición de la Corte fue retomada en el artículo 12 del Proyecto de artículos sobre la protección diplomática de la CDI. Guinea señala que, en las SPRL, las partes sociales “no son libremente transferibles”, lo cual “acentúa considerablemente el carácter *intuitu personae* de dichas sociedades” y pone de relieve que ese carácter se ve aún más marcado en el caso de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire, pues el Sr. Diallo era su “único gerente y único *associé* (directa o indirectamente)”. Según Guinea, “de hecho y de derecho era virtualmente imposible distinguir al Sr. Diallo de sus empresas” y el arresto, la detención y la expulsión del Sr. Diallo no sólo tuvieron el efecto “de impedirle que continuara administrando, gestionando y controlando ninguna de las operaciones” de sus empresas, sino que estuvieron específicamente motivados por la intención de impedirle que ejerciera esos derechos, llevase adelante los procedimientos judiciales iniciados en nombre de las empresas, y de tal modo cobrase sus créditos. Por último, Guinea sostiene que, contra lo que alega la República Democrática del Congo, el Sr. Diallo no podía ejercer válidamente sus derechos propios como accionista desde su país de origen.

Observando que las Partes han citado la causa relativa a la *Barcelona Traction*, la Corte recuerda que dicha causa se refería a una sociedad anónima cuyo capital estaba representado por acciones, mientras que la presente causa se refiere a una SPRL cuyo capital está compuesto por partes sociales. A fin de establecer la precisa naturaleza jurídica de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire, la Corte debe remitirse al derecho interno de la República Democrática del Congo. Indica que el derecho congoleño otorga a las SPRL

una personalidad jurídica independiente distinta de la de sus *associés*, en particular en el sentido de que el patrimonio de los *associés* está completamente separado del patrimonio de la sociedad, y de que los *associés* son responsables de las deudas de la sociedad sólo en la medida de los recursos que hayan aportado. Consiguientemente, los créditos y las deudas de la sociedad frente a terceros se refieren respectivamente a los derechos y obligaciones de la sociedad.

La Corte recuerda que el ejercicio por un Estado de la protección diplomática de una persona natural o jurídica de su nacionalidad, que sea *associé* o accionista, se dirige a hacer efectiva la responsabilidad de otro Estado por un perjuicio causado a esa persona por un hecho internacionalmente ilícito cometido por dicho Estado. El hecho internacionalmente ilícito está constituido, en el caso del *associé* o del accionista, por la violación por el Estado demandado de los derechos propios de aquél en su relación con la persona jurídica, derechos propios que están definidos en el derecho interno de dicho Estado. Así entendida, la protección diplomática de los derechos propios de los *associés* de una SPRL o de los accionistas de una sociedad anónima no debe considerarse una excepción al régimen jurídico general de la protección diplomática de las personas físicas o jurídicas, tal como se deriva del derecho internacional consuetudinario.

Habiendo considerado los argumentos formulados por las Partes, la Corte decide que Guinea tiene efectivamente legitimación en la presente causa en la medida en que su acción se refiere a una persona de su nacionalidad, el Sr. Diallo, y está dirigida contra hechos supuestamente ilegítimos de la República Democrática del Congo que según se afirma han infringido sus derechos, particularmente sus derechos propios como *associé* de dos sociedades, Africom-Zaire y Africontainers-Zaire. La Corte señala que el Sr. Diallo, que era *associé* en ambas empresas, también ocupaba el cargo de gerente en cada una de ellas. Un *associé* de una SPRL posee partes sociales de su capital, mientras que el gerente es un órgano de la sociedad que actúa en nombre de ella.

Habida cuenta de lo que antecede, la Corte concluye que no puede hacerse lugar a la excepción de inadmisibilidad opuesta por la República Democrática del Congo fundada en la falta de legitimación de Guinea para proteger al Sr. Diallo en la medida en que se refiere a sus derechos propios como *associé* de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire.

No agotamiento de los recursos internos
(párrs. 68 a 75)

La República Democrática del Congo sostiene además que Guinea no puede ejercer su protección diplomática por la violación de los derechos propios del Sr. Diallo como *associé* de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire en la medida en que él no trató de agotar los recursos internos disponibles en el derecho congoleño frente a la supuesta violación de esos derechos específicos. Sostiene a este respecto que “la ausencia del Sr. Diallo del territorio congoleño no era un obstáculo [en el derecho congoleño] para el procedimiento ya iniciado cuando el Sr. Diallo aún estaba en el Congo” ni para que él iniciara otros procedimientos, y que el Sr. Diallo también podía haber nombrado representantes a tal efecto.

La República Democrática del Congo también afirma que los recursos existentes y disponibles en el sistema jurídico congoleño son eficaces.

Por su parte, Guinea alega que “el Estado congoleño optó deliberadamente por denegar el acceso a su territorio al Sr. Diallo a causa de los procedimientos judiciales que había iniciado en nombre de sus empresas”. Sostiene que “[e]n tales circunstancias, acusar al Sr. Diallo de no haber agotado los recursos no sólo sería manifiestamente ‘irrazonable’ e ‘injusto’, sino que también constituiría un abuso de la regla relativa al agotamiento de los recursos internos”. Según Guinea, las circunstancias de la expulsión del Sr. Diallo, además, le impidieron llevar adelante los recursos internos en su propio nombre o en nombre de sus empresas. Guinea pone asimismo de relieve que los recursos existentes en el sistema jurídico congoleño son ineficaces, habida cuenta, entre otras cosas, de las demoras excesivas, las “prácticas administrativas ilegítimas” y el hecho de que “en el momento del acontecimiento, la ejecución de las decisiones judiciales dependía únicamente de la buena voluntad del Gobierno”.

La Corte señala que Guinea abordó la supuesta violación de los derechos propios del Sr. Diallo como *associé* como consecuencia directa de su expulsión. La Corte ya ha concluido que la República Democrática del Congo no ha probado que hubiera recursos eficaces, con arreglo al derecho congoleño, contra la orden de expulsión. La Corte observa además que la República Democrática del Congo no ha argumentado en momento alguno que en el sistema jurídico congoleño existían recursos que fueran distintos de los relativos a la expulsión del Sr. Diallo contra las supuestas violaciones de sus derechos propios como *associé* y que debía haberlos agotado. Según la Corte, las Partes efectivamente dedicaron parte de sus exposiciones a examinar la cuestión de la eficacia de los recursos internos en la República Democrática del Congo, pero se limitaron a examinar los recursos de que disponían Africom-Zaire y Africontainers-Zaire, sin considerar ningún recurso que pudiera haber utilizado el Sr. Diallo como *associé* en las empresas. En la medida en que no se ha argumentado que existían recursos que el Sr. Diallo debía haber agotado con respecto a sus derechos propios como *associé*, no se plantea en modo alguno la cuestión de la eficacia de tales recursos.

Así pues, la Corte concluye que no puede hacerse lugar a la excepción relativa a la inadmisibilidad opuesta por la República Democrática del Congo fundándose en el no agotamiento de los recursos internos contra las supuestas violaciones de los derechos propios del Sr. Diallo como *associé* de las sociedades Africom-Zaire y Africontainers-Zaire.

Admisibilidad de la demanda en la medida en que se refiere al ejercicio de la protección diplomática con respecto al Sr. Diallo “por sustitución respecto de” Africom-Zaire y Africontainers-Zaire
(párrs. 76 a 95)

La Corte señala que también en este punto la República Democrática del Congo plantea dos excepciones relativas a la admisibilidad de la demanda de Guinea, derivadas, res-

pectivamente, de la falta de legitimación de Guinea y del no agotamiento de los recursos internos. La Corte una vez más, considera sucesivamente esas cuestiones.

La legitimación de Guinea
(párrs. 77 a 94)

La República Democrática del Congo sostiene que Guinea no puede invocar “consideraciones de equidad” a fin de justificar “el derecho a ejercer su protección diplomática [a favor del Sr. Diallo y por sustitución respecto de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire] independientemente de la violación de los derechos propios [del Sr. Diallo]” fundándose en que el Estado cuya responsabilidad se controvierte es también el Estado de nacionalidad de las empresas de que se trata. La República Democrática del Congo dice que la protección diplomática “por sustitución” va “mucho más allá de lo previsto en el derecho internacional positivo” y ni la jurisprudencia de la Corte ni la práctica de los Estados reconoce tal posibilidad. La República Democrática del Congo llega incluso a afirmar que Guinea en realidad le está pidiendo a la Corte que la autorice a ejercer su protección diplomática de modo contrario al derecho internacional. Al respecto indica que la Corte debería desechar toda posibilidad de recurrir a la equidad *contra legem*. La República Democrática del Congo también señala que Guinea no ha demostrado que en la causa estuviera justificada la protección del accionista “en sustitución” de la sociedad que posee la nacionalidad del Estado demandado. Según la República Democrática del Congo, esa protección por sustitución llevaría de hecho a un régimen de protección discriminatorio, lo cual determinaría un tratamiento desigual de los accionistas.

Por último, la República Democrática del Congo sostiene que la aplicación de la protección “por sustitución” al caso del Sr. Diallo resultaría “fundamentalmente inequitativa”, habida cuenta de su personalidad y conducta, que “distan de ser irreprochables”.

Por su parte, Guinea observa que no está pidiendo a la Corte que recurra a la equidad *contra legem*, pero sostiene que, en la causa relativa a la Barcelona Traction, la Corte se refirió, en un *obiter dictum*, a la posibilidad de una excepción, fundada en razones de equidad, a la regla general de la protección de una sociedad por su Estado nacional, “cuando el Estado cuya responsabilidad está en juego es el Estado nacional de la sociedad”. Guinea sostiene que la existencia de la regla de protección por sustitución y su naturaleza consuetudinaria están confirmadas por numerosos laudos arbitrales. Además, según Guinea, “[l]a práctica posterior [después de la causa relativa a la Barcelona Traction], convencional o jurisprudencial ... ha disipado cualquier incertidumbre ... sobre la positividad de la “excepción”. Por último, Guinea sostiene que la aplicación de la protección por sustitución es particularmente adecuada en la presente causa, pues Africom-Zaire y Africontainers-Zaire son SPRL, que tienen un marcado carácter *intuitu personae* y que, además, están estatutariamente controladas y dirigidas por una misma persona. Además, señala especialmente que el Sr. Diallo estaba obligado, con arreglo a la legislación del Zaire, a constituir las sociedades en el Zaire.

La Corte recuerda que, en lo tocante a la protección diplomática, el principio, como se puso de relieve en la causa relativa a la *Barcelona Traction*, es que: “No da lugar a responsabilidad un mero interés afectado, sino únicamente un derecho infringido, de modo que un acto que sólo se dirige contra los derechos de la sociedad e infringe sólo tales derechos no hace surgir responsabilidad frente a los accionistas, aun cuando sus intereses se vean afectados.” (*I.C.J. Reports 1970*, pág. 36, párr. 46.) La Corte señala que después de su *obiter dictum* en la causa mencionada no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre si, en derecho internacional, hay efectivamente una excepción a la regla general “de que el derecho a la protección diplomática de una sociedad pertenece a su Estado nacional”, que permita la protección de los accionistas por su propio Estado nacional “por sustitución”, ni acerca del alcance de esa eventual excepción. Observa que, en la causa relativa a *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América contra Italia)*, la Sala de la Corte admitió una demanda de los Estados Unidos de América en nombre de dos sociedades de los Estados Unidos (que poseían el 100% de las acciones en una sociedad italiana), en relación con presuntos actos de las autoridades italianas que lesionaban los derechos de dicha sociedad. Sin embargo, la Corte recuerda que, al hacerlo, la Sala no se basó en el derecho internacional consuetudinario, sino en un tratado de amistad, comercio y navegación entre los dos países que otorgaba directamente a sus nacionales, sociedades y asociaciones determinados derechos en relación con su participación en sociedades y asociaciones que tuvieran la nacionalidad del otro Estado.

La Corte examina si la excepción invocada por Guinea forma parte del derecho internacional consuetudinario. Señala a este respecto que el papel de la protección diplomática se ha desvanecido un tanto, pues en la práctica sólo se recurre a ella en los raros casos en que no existe un régimen convencional o el que existe ha demostrado no ser efectivo. Según la Corte, la teoría de la protección por sustitución procura brindar protección a los accionistas extranjeros de una sociedad que no podría beneficiarse de un tratado internacional y para la cual no hay otros recursos disponibles, pues los hechos supuestamente ilegítimos han sido cometidos contra la sociedad por el Estado de su nacionalidad. Por consiguiente, la protección por “sustitución” parecería constituir el último recurso para la protección de las inversiones extranjeras. Habiendo examinado la práctica de los Estados y las decisiones de cortes y tribunales internacionales, la Corte opina que no revelan —por lo menos en el momento actual— que en el derecho internacional consuetudinario exista una excepción que permita la protección por sustitución, como ha invocado Guinea. La Corte añade que el hecho invocado por Guinea de que varios acuerdos internacionales han establecido regímenes jurídicos especiales que rigen la protección de las inversiones, o que comúnmente se incluyen disposiciones a este respecto en contratos celebrados directamente entre Estados e inversionistas extranjeros, no es suficiente para demostrar que haya habido un cambio en las reglas consuetudinarias de la protección diplomática; igualmente podría demostrar lo contrario.

A continuación, la Corte pasa a considerar la cuestión de si el derecho internacional consuetudinario contiene una regla más limitada de protección por sustitución, como la establecida por la CDI en su Proyecto de artículos sobre la protección diplomática, que sólo se aplicaría cuando la constitución de una sociedad en el Estado que haya cometido la supuesta violación del derecho internacional “haya sido exigida por éste como condición previa para realizar negocios en dicho Estado” (párrafo *b*) del artículo 11). Sin embargo, ese caso muy especial no parece corresponder al caso que está considerando la Corte. La Corte observa que parece natural que Africom-Zaire y Africontainers-Zaire se hayan creado en el Zaire y hayan sido inscritas en el Registro de Comercio de la ciudad de Kinshasa por el Sr. Diallo, que se había instalado en el país en 1964. Además, y sobre todo, no se ha demostrado satisfactoriamente ante la Corte que su constitución en dicho país, como entidades jurídicas de nacionalidad congoleña, hubiese sido exigida a sus fundadores para permitir que operaran en los respectivos sectores económicos. Así pues, la Corte concluye que las dos sociedades no fueron constituidas de forma tal que quedasen comprendidas dentro del alcance de la protección por sustitución en el sentido del párrafo *b*) del artículo 11 del Proyecto de artículos sobre la protección diplomática de la CDI. Por consiguiente, en la presente causa no se plantea la cuestión de si dicho párrafo del artículo 11 refleja el derecho internacional consuetudinario o no. La Corte no puede aceptar la pretensión de Guinea de ejercer la protección diplomática por sustitución. Por consiguiente, la regla normal de la nacionalidad de las reclamaciones es la que rige la cuestión de la protección diplomática de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire. Las empresas en cuestión tienen nacionalidad congoleña.

Consiguientemente, la excepción relativa a la inadmisibilidad opuesta por la República Democrática del Congo fundándose en la falta de legitimación de Guinea para brindar al Sr. Diallo la protección diplomática por supuestos hechos ilegítimos de la República Democrática del Congo contra los derechos de las sociedades Africom-Zaire y Africontainers-Zaire está bien fundada y debe hacerse lugar a ella.

No agotamiento de los recursos internos
(párr. 95)

Habiendo concluido que Guinea carece de legitimación para brindar al Sr. Diallo la protección diplomática en lo tocante a los supuestos hechos ilegítimos de la República Democrática del Congo contra los derechos de las empresas Africom-Zaire y Africontainers-Zaire, la Corte no tiene necesidad de seguir considerando la excepción de la República Democrática del Congo fundada en el no agotamiento de los recursos internos.

*
* * *

Declaración del Magistrado Mahiou

Después de declarar a la demanda de Guinea admisible en la medida en que se refiere a la protección de los derechos del Sr. Diallo como individuo, por un lado, y de sus derechos

propios como *associé* en las empresas Africom-Zaire y Africontainers-Zaire, por otro lado, la Corte declara inadmisibles la demanda en cuanto procura proteger al Sr. Diallo con respecto a las supuestas violaciones de los derechos de dichas sociedades. Al rechazar esta última demanda, la Corte se funda en el enfoque enunciado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su Proyecto de artículos sobre la protección diplomática, que considera en los párrafos 88 y 91 del fallo. Sin embargo, después de explicar y aparentemente aceptar ese enfoque de la protección diplomática, la Corte opina que no se aplica en la presente causa.

Después de señalar que se ha cumplido la primera condición —porque las dos sociedades en cuestión tienen efectivamente la nacionalidad del Estado congoleño, que ha cometido los actos ilícitos— la Corte considera que no se ha cumplido la segunda condición, porque dicha nacionalidad resulta de una libre elección de su propietario y no de una exigencia del derecho local, que permitiría invocar la protección diplomática. La elección de la nacionalidad congoleña fue ciertamente del Sr. Diallo, pero parece cuestionable concluir que se trató de una libre opción, como lo hace la Corte en el párrafo 92 del fallo.

La libertad de opción es más una apariencia que una realidad cuando se examina el derecho congoleño, que exige que tanto la oficina registrada como la sede administrativa estén en la República Democrática del Congo si el principal centro operativo está ubicado en dicho país, a falta de lo cual las dos sociedades serían automáticamente eliminadas del Registro de Comercio, lo cual les impediría existir o realizar actividades en la República Democrática del Congo. Consiguientemente, debido a esa situación de derecho y de hecho, el presente caso está comprendido dentro del alcance del párrafo *b*) del artículo 11 del proyecto de la CDI por ser uno de aquéllos en que sería legítimo que se ejerciera el derecho a la protección diplomática del Estado de nacionalidad de los accionistas si el Estado de nacionalidad de una sociedad adopta medidas perjudiciales contra ella. Además, cabe señalar que se dice que una de las dos sociedades, Africom-Zaire, desapareció como resultado de medidas adoptadas por las autoridades congoleñas. Si se probara que es así, se estaría ante una situación nueva en la cual ya no habría ninguna posibilidad de que dicha sociedad hiciera valer sus derechos directamente, y que podría privar a su único accionista, el Sr. Diallo, de todo medio de reparación si se le negase el beneficio de la protección diplomática. Por consiguiente, el Magistrado *ad hoc* Mahiou cree que la Corte debería haber tenido en cuenta más detenidamente esa situación a fin de salvaguardar los derechos e intereses del único accionista en esa sociedad.

Opinión separada del Magistrado Mampuya

En la presente causa entre Guinea y la República Democrática del Congo, si bien en general suscribe las conclusiones de la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de Guinea, el Magistrado *ad hoc* Mampuya expresaría reservas acerca de algunos aspectos del enfoque adoptado en el fallo y acerca de algunas cuestiones vinculadas con la admisi-

bilidad de la demanda en lo tocante a la protección de los derechos propios de un nacional de Guinea como *associé* en las dos sociedades congoleñas. El Magistrado Mampuya hace suya la parte principal del párrafo dispositivo del fallo en que se declara que la demanda de Guinea es admisible en la medida en que se refiere a los derechos propios de su nacional como individuo e inadmisibile en la medida en que también se refiere a los derechos de sociedades que no tienen la nacionalidad de Guinea. Sin embargo, le parece que, de hecho, mientras que un estudio de la jurisprudencia de la Corte apunta a la necesidad de que la naturaleza de su pretensión se exprese “con el grado de precisión y claridad necesario para la administración de justicia”, la demanda de Guinea no estaba redactada de manera suficientemente clara para definir su objeto, y las circunstancias de su presentación explican por qué Guinea, desde el comienzo hasta el fin del procedimiento, ha oscilado entre, por un lado, la protección de dos sociedades que están controladas por su nacional el Sr. Diallo pero son de nacionalidad congoleña, cuyas reclamaciones financieras surgen claramente como verdadero objeto de la demanda, y, por otro lado, la protección de los derechos propios del Sr. Diallo como individuo y como *associé*. El Magistrado Mampuya cree que, por razones de *obscuri libelli*, si no por falta de legitimación, la admisibilidad de la demanda de Guinea es por lo menos problemática. Además, al reconocer a los derechos propios del Sr. Diallo como objeto de la demanda, optando por esta controversia artificial en lugar de por la controversia real, la

Corte está admitiendo pretensiones privadas más bien nuevas, que hasta ahora no eran conocidas por las autoridades congoleñas y no constituyen en sí mismas una controversia surgida directamente de las relaciones entre Guinea y la República Democrática del Congo, sin verificar, en contra de toda su jurisprudencia anterior, si la controversia privada del Sr. Diallo había dado lugar a una controversia internacional entre los dos Estados que pudiera ser presentada a la Corte, pues ésta sólo conoce de controversias internacionales y no de meros hechos, aun cuando éstos puedan ser internacionalmente ilícitos.

Por último, si bien no puede controvertirse el derecho de Guinea a actuar con respecto a los derechos propios de su nacional como *associé*, el Magistrado Mampuya no respalda la conclusión de que, como la República Democrática del Congo no había demostrado que existieran recursos contra la orden de expulsión, tampoco habría ningún recurso contra la supuesta infracción de esos derechos propios como *associé*, que se consideran consecuencia directa de dicha expulsión. Es por ello que, habiendo aceptado la legitimación de Guinea, en particular para actuar con respecto a presuntas violaciones de los derechos humanos, el Magistrado Mampuya no se ha sumado a la mayoría que votó a favor de la parte del párrafo dispositivo en que se rechaza, por los motivos aquí enunciados, la excepción preliminar de la República Democrática del Congo según la cual no se habían agotado los recursos internos atinentes a los derechos propios como *associé*.

166. CONTROVERSIA TERRITORIAL Y MARÍTIMA ENTRE NICARAGUA Y HONDURAS EN EL MAR DEL CARIBE (NICARAGUA CONTRA HONDURAS)

Fallo de 8 de octubre 2007

En la causa relativa a la *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (Nicaragua contra Honduras)*, la Corte dictó su fallo el 8 de octubre de 2007.

*
* * *

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente, Higgins; Vicepresidente, Al-Khasawneh; Magistrados, Ranjeva, Shi, Koroma, Parra-Aranguren, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; Magistrados *ad hoc*, Torres Bernárdez, Gaja; Secretario, Couvreur.

*
* * *

El texto del párrafo 321 del fallo es el siguiente: “

“... ”

“LA CORTE,

“1) Por unanimidad,

“*Decide* que la República de Honduras tiene soberanía sobre el Cayo Bobel, el Cayo Savanna, el Cayo Port Royal y el Cayo Sur;

“2) Por quince votos contra dos,

“*Decide* que el punto de partida de la frontera marítima única que divide el mar territorial, la plataforma continental y las zonas económicas exclusivas de la República de Nicaragua y la República de Honduras estará ubicado en el punto cuyas coordenadas son 15° 00’ 52” Norte y 83° 05’ 58” Oeste;

“VOTOS A FAVOR: Presidente Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; Magistrado *ad hoc* Gaja;

“VOTOS EN CONTRA: Magistrado Parra-Aranguren, Magistrado *ad hoc* Torres Bernárdez;

“3) Por catorce votos contra tres,

“*Decide* que partiendo del punto cuyas coordenadas son 15° 00’ 52” N y 83° 05’ 58” O la línea de la frontera marítima única seguirá el azimut 70° 14’ 41.25” hasta su intersección con el arco de 12 millas marinas del mar territorial del Cayo Bobel en el punto A (con las coordenadas 15° 05’ 25” N y 82° 52’ 54” O). Desde el punto A la