

**182. CAUSA RELATIVA A AHMADOU SADIO DIALLO  
(REPÚBLICA DE GUINEA CONTRA LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO)**

**Fallo de 30 de noviembre de 2010**

El 30 de noviembre de 2010, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo en la causa relativa a *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood; Magistrados *ad hoc* Mahiou, Mampuya; Secretario Couvreur.

\*  
\*   \*  
\*

El párrafo dispositivo (párr. 165) del fallo dice lo siguiente:

“ ...

LA CORTE,

1) Por ocho votos contra seis,

*Determina* que la pretensión de la República de Guinea relativa a la detención y la prisión del Sr. Diallo en 1988-1989 es inadmisibile;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Skotnikov, Greenwood; Magistrado *ad hoc* Mampuya;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Al-Khasawneh, Simma, Bennouna, Cañado Trindade, Yusuf; Magistrado *ad hoc* Mahiou;

2) Por unanimidad,

*Determina* que, con respecto a las circunstancias en las cuales el Sr. Diallo fue expulsado del territorio congolés el 31 de enero de 1996, la República Democrática del Congo violó el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos;

3) Por unanimidad,

*Determina* que, con respecto a las circunstancias en las cuales el Sr. Diallo fue detenido y mantenido en prisión en 1995-1996 con miras a su expulsión, la República Democrática del Congo violó los párrafos 1 y 2 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 6 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos;

4) Por trece votos contra uno,

*Determina* que, al no informar al Sr. Diallo sin retraso alguno, en ocasión de su detención en 1995-1996, de sus derechos con arreglo al apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones

Consulares, la República Democrática del Congo violó las obligaciones que le incumben con arreglo a dicho apartado;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood; Magistrado *ad hoc* Mahiou;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado *ad hoc* Mampuya;  
5) Por doce votos contra dos,

*Rechaza* todas las otras peticiones de la República de Guinea relacionadas con las circunstancias en las cuales el Sr. Diallo fue detenido y mantenido en prisión en 1995-1996 con miras a su expulsión;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood; Magistrado *ad hoc* Mampuya;

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

6) Por nueve votos contra cinco,

*Determina* que la República Democrática del Congo no ha violado los derechos propios del Sr. Diallo como socio en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Skotnikov, Greenwood; Magistrado *ad hoc* Mampuya;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Al-Khasawneh, Bennouna, Cañado Trindade, Yusuf; Magistrado *ad hoc* Mahiou;

7) Por unanimidad,

*Determina* que la República Democrática del Congo tiene la obligación de dar una reparación adecuada, en forma de indemnización, a la República de Guinea por las consecuencias perjudiciales de las violaciones de las obligaciones mencionadas en los apartados 2) y 3) *supra*;

8) Por unanimidad,

*Decide* que, en caso de no lograrse un acuerdo entre las partes sobre este punto dentro de seis meses a contar de la fecha del presente fallo, la cuestión de la indemnización debida a la República de Guinea será resuelta por la Corte, y reserva a estos efectos las posteriores actuaciones en la causa.”

\*  
\*   \*

Los Magistrados Al-Khasawneh, Simma, Bennouna, Cançado Trindade y Yusuf anexaron una declaración conjunta al fallo de la Corte; los Magistrados Al-Khasawneh y Yusuf anexaron una opinión disidente conjunta al fallo de la Corte; los Magistrados Keith y Greenwood anexaron una declaración conjunta al fallo de la Corte; el Magistrado Bennouna anexó una opinión disidente al fallo de la Corte; el Magistrado Cançado Trindade anexó una opinión separada al fallo de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Mahiou anexó una opinión disidente al fallo de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Mampuya anexó una opinión separada al fallo de la Corte.

\*

\* \*

Después de recordar la historia del procedimiento y las argumentaciones de las partes (párrafos 1 a 14 del fallo), la Corte presenta su razonamiento en cuatro partes.

#### I. *Antecedentes generales de hecho* (párrs. 15 a 20)

La Corte dedica la primera parte de su fallo a recordar los antecedentes generales de hecho de la causa. Observa que, en su fallo de 24 de mayo de 2007, declaró que la demanda de la República de Guinea era admisible en lo que se refiere a la protección de los derechos del Sr. Ahmadou Sadio Diallo como individuo, y en lo que se refiere a la protección de sus derechos propios como socio en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire. Dice que, por consiguiente, considerará por su orden las cuestiones de la protección de los derechos del Sr. Diallo como individuo (párrs. 21 a 98) y la protección de sus derechos propios como socio en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire (párrs. 99 a -159). A la luz de las conclusiones a que llegue sobre esas cuestiones, la Corte pasará a examinar las pretensiones de reparación formuladas por Guinea en sus conclusiones finales (párrs. 160 a 164).

#### II. *Protección de los derechos del Sr. Diallo como individuo* (párrs. 21 a 98)

En sus argumentos tales como se presentaron en definitiva, Guinea sostiene que el Sr. Diallo fue víctima en 1988-1989 de medidas de detención y prisión violatorias del derecho internacional tomadas por las autoridades de la República Democrática del Congo y en 1995-1996 de medidas de detención, prisión y expulsión también violatorias del derecho internacional. Con esa base, Guinea argumenta que tiene derecho a ejercer la protección diplomática de su nacional a ese respecto.

La República Democrática del Congo sostiene que la pretensión relacionada con los acontecimientos de 1988-1989 se presentó tardíamente y que, por consiguiente, debe ser rechazada por inadmisibile. Alternativamente, la República Democrática del Congo sostiene que dicha pretensión debe rechazarse por falta de agotamiento de los recursos internos, o, de no ser así, debe rechazarse en cuanto al fondo. La República Democrática del Congo niega que el trato dado al Sr.

Diallo en 1995-1996 haya sido violatorio de sus obligaciones con arreglo al derecho internacional.

#### A. *La pretensión relativa a las medidas de detención y prisión tomadas contra el Sr. Diallo en 1988-1989* (párrs. 24 a 48)

A fin de decidir si la pretensión relacionada con los acontecimientos de 1988-1989 fue planteada tardíamente, la Corte debe en primer lugar determinar exactamente cuándo se hizo valer por primera vez dicha pretensión en las presentes actuaciones.

La Corte observa que, para comenzar, debe tomarse nota de que en la demanda de 28 de diciembre de 1998 por la que se incoó el procedimiento no hay nada que haga referencia a los acontecimientos de 1988-1989, que tampoco fueron mencionados en la memoria que presentó Guinea de conformidad con el párrafo 1 del artículo 49 del Reglamento de la Corte el 23 de marzo de 2001. Observa que recién cuando la parte demandante presentó sus observaciones escritas sobre las excepciones preliminares planteadas por la parte demandada el 7 de julio de 2003 se mencionaron por primera vez la detención y la prisión del Sr. Diallo en 1988-1989.

En opinión de la Corte, no puede considerarse que la pretensión relativa a los acontecimientos de 1988-1989 fue presentada por Guinea en sus observaciones escritas de 7 de julio de 2003. Según la Corte, la finalidad de esas observaciones era responder a las excepciones de la República Democrática del Congo con respecto a la admisibilidad. Como se trata de un procedimiento incidental iniciado en virtud de las excepciones preliminares de la República Democrática del Congo, Guinea no podía presentar ningún argumento fuera de los relativos al fondo de las excepciones y la forma en que la Corte debía considerarlas. Consiguientemente, las observaciones escritas de 7 de julio de 2003 no pueden interpretarse en el sentido de que introdujeron en el procedimiento una pretensión adicional de la parte demandante. En particular, la Corte observa a continuación que Guinea presentó por primera vez su pretensión relativa a los acontecimientos de 1988-1989 en su réplica, presentada el 19 de noviembre de 2008, cuando la Corte ya había dictado su fallo sobre las excepciones preliminares. En la réplica se describen en detalle las circunstancias que rodearon la detención y la prisión del Sr. Diallo en 1988-1989, se dice que ellas “indiscutiblemente figuran entre los actos ilícitos por los que Guinea está procurando que se haga internacionalmente responsable a la parte demandada” e indica por primera vez cuáles eran, desde el punto de vista de la parte demandante, las obligaciones, principalmente basadas en tratados, que había violado la parte demandada en relación con los actos de que se trataba.

Habiendo determinado exactamente cuándo se introdujo en el procedimiento la pretensión relativa a los acontecimientos de 1988-1989, la Corte puede ahora decidir si dicha pretensión debería considerarse tardía, y consiguientemente inadmisibile. El fallo dictado el 24 de mayo de 2007 sobre las

excepciones preliminares de la República Democrática del Congo no impide que la parte demandada plantee ahora la objeción de que la pretensión adicional se presentó tardíamente, porque la pretensión se presentó, como acaba de decirse, después de haberse dictado el fallo de 2007.

Fundándose en su jurisprudencia relativa a las pretensiones adicionales planteadas —por un demandante— en el curso del procedimiento, la Corte opina que tales pretensiones son inadmisibles si determinarían, en caso de ser consideradas, una transformación de “el objeto de la controversia originalmente planteada ante [la Corte] según los términos de la demanda” (*Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (Nicaragua c. Honduras, fallo, I.C.J. Reports 2007 (II),* pág. 695, párr. 108).

Sin embargo, la Corte recuerda que también ha dejado en claro anteriormente que “el solo hecho de que una pretensión sea nueva no es en sí mismo decisivo para la cuestión de admisibilidad” y que:

“A fin de determinar si una nueva pretensión presentada durante el curso del procedimiento es admisible, la Corte tiene que considerar si, “aunque sea formalmente una nueva pretensión, la pretensión de que se trate puede considerarse incluida en sustancia en la pretensión original”” (*Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (Nicaragua c. Honduras, fallo, I.C.J. Reports 2007 (II),* pág. 695, párr. 110, citando la causa relativa a *Ciertas tierras fosfáticas en Nauru (Nauru c. Australia), excepciones preliminares, fallo, I.C.J. Reports 1992, págs. 265 y 266, párr. 65.*)

En otras palabras, una pretensión nueva no es inadmisibles *ipso facto*; la consideración decisiva es la naturaleza de la conexión entre dicha pretensión y la que se formuló en la demanda por la que se incoó el procedimiento.

A este respecto, la Corte también ha tenido ocasión de señalar que, para concluir que la nueva pretensión, desde el punto de vista de la sustancia, estaba incluida en la pretensión original, “no es suficiente que entre ellas existan vínculos de naturaleza general” (*Delimitación marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (Nicaragua c. Honduras), fallo, I.C.J. Reports 2007 (II),* pág. 695, párr. 110).

La Corte recuerda que, para ser admisible, la pretensión adicional debe estar implícita en la demanda o debe surgir directamente de la cuestión que constituye el objeto de dicha demanda.

La Corte concluye que no puede considerar que esta pretensión esté “implícita” en la pretensión original enunciada en la demanda. La pretensión inicial se refería a las violaciones de los derechos individuales del Sr. Diallo que según alegaba Guinea habrían resultado de las medidas de detención, prisión y expulsión tomadas contra él en 1995-1996. Es difícil ver cómo esas alegaciones relativas a otras medidas de detención y prisión, tomadas en un momento diferente y en distintas circunstancias, podrían considerarse

“implícitas” en la demanda relativa a los acontecimientos de 1995-1996. Ello es particularmente así habida cuenta de que los fundamentos jurídicos de las detenciones del Sr. Diallo en 1988-1989, por un lado, y en 1995-1996, por otro, fueron completamente diferentes. Su primera detención fue llevada a cabo como parte de una investigación penal por fraude iniciada por la Fiscalía de Kinshasa. La segunda fue ordenada con miras a cumplir un decreto de expulsión, es decir, como parte de un procedimiento administrativo. Entre otras consecuencias, de ello se deriva que las normas internacionales aplicables —de cuya supuesta violación se acusa a la República Democrática del Congo— son diferentes en parte, y que los recursos internos de cuyo agotamiento previo depende como regla general el ejercicio de la protección diplomática son también diferentes en naturaleza.

La Corte considera que este último punto merece particular atención. Como, según se ha observado *supra*, la nueva pretensión recién fue introducida en la etapa de réplica, la parte demandada ya no podía hacer valer las excepciones preliminares a su respecto, pues tales excepciones deben ser presentadas, con arreglo al artículo 79 del Reglamento de la Corte aplicable a este procedimiento, dentro del plazo fijado para la presentación de la contramemoria (y, con arreglo a dicho artículo según el texto en vigor a partir del 1 de febrero de 2001, dentro de los tres meses siguientes a la presentación de la memoria). El derecho de la parte demandada a plantear las excepciones preliminares, es decir, excepciones sobre las cuales la Corte debe pronunciarse antes de que comience el debate sobre el fondo (véase *Cuestiones relacionadas con la interpretación y la aplicación del Convenio de Montreal de 1971, planteadas de resultas del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. Reino Unido), excepciones preliminares, fallo, I.C.J. Reports 1998, pág. 26, párr. 47*), es un derecho procesal fundamental. Ese derecho es infringido si la parte demandante hace valer una pretensión sustancialmente nueva después de la contramemoria, es decir, en un momento en que la parte demandada todavía pueda plantear objeciones respecto de la admisibilidad y la competencia, pero no excepciones preliminares. Ello es especialmente así en una causa atinente a la protección diplomática cuando, como en el presente caso, la nueva pretensión se refiere a hechos con respecto a los cuales los recursos disponibles en el sistema interno son diferentes de los que se podían haber ejercido con respecto a los hechos en que se fundaba la pretensión inicial.

La Corte considera que, por consiguiente, no puede decirse que la pretensión adicional con respecto a los acontecimientos de 1988-1989 estuviera “implícita” en la demanda inicial.

Por análogas razones, la Corte no estima que sea posible concluir que la nueva pretensión surge “directamente de la cuestión que constituye el objeto de dicha demanda”. Sería particularmente extraño considerar que la pretensión relativa a los acontecimientos de 1988-1989 surge “directamente” de la cuestión que constituye el objeto de la demanda en la

medida en que la pretensión se refiere a hechos, perfectamente conocidos de Guinea en la fecha en que se presentó la demanda, que son de fecha muy anterior a aquellos con respecto a los cuales se presentó la demanda (en la parte relativa a la alegada violación de los derechos individuales del Sr. Diallo).

Por todas las razones expuestas *supra*, la Corte determina que la pretensión relativa a las medidas de detención y prisión a que estuvo sometido el Sr. Diallo en 1988-1989 es inadmisibles.

A la luz de la determinación que antecede, la Corte estima que no es necesario que considere si la República Democrática del Congo tiene derecho a plantear, en esta etapa del procedimiento, una objeción a la pretensión de que se trate basada en el no agotamiento de los recursos locales, ni si, en caso afirmativo, dicha objeción estaría justificada.

B. *La pretensión relativa a las medidas de detención, prisión y expulsión tomadas contra el Sr. Diallo en 1995-1996* (párrs. 49 a 98)

La Corte presenta su razonamiento sobre este punto en dos subsecciones, la primera de ellas está dedicada a los hechos probados en la causa y la segunda a la consideración de tales hechos a la luz del derecho internacional aplicable, a saber: a) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; b) la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; c) la prohibición de someter a un detenido a malos tratos, y d) la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

1. *Los hechos* (párrs. 49 a 62)

La Corte recuerda que algunos de los hechos relacionados con las medidas de detención, prisión y expulsión tomadas contra el Sr. Diallo entre octubre de 1995 y enero de 1996 son reconocidos por ambas partes; otros, en cambio, son controvertidos. Enuncia brevemente (párr. 50) los hechos sobre los cuales las partes están de acuerdo, antes de pasar a aquéllos sobre los cuales las partes tienen marcadas discrepancias. Éstos se refieren, por un lado, a la situación del Sr. Diallo entre el 5 de noviembre de 1995, cuando fue detenido por primera vez, y su liberación el 10 de enero de 1996, y, por otro lado, a su situación durante el período comprendido entre esta última fecha y su expulsión efectiva el 31 de enero de 1996.

En lo tocante al primero de esos períodos, Guinea sostiene que el Sr. Diallo estuvo continuamente en prisión durante 66 días consecutivos. Según la República Democrática del Congo, el Sr. Diallo solo estuvo en prisión durante dos días en el primer caso y posteriormente durante no más de ocho días. En lo tocante al período comprendido entre el 10 de enero y el 31 de enero de 1996, Guinea sostiene que el Sr. Diallo fue nuevamente detenido el 14 de enero de 1996, por orden del Primer Ministro de la República Democrática del Congo a los efectos de hacer efectivo el decreto de expulsión, y siguió detenido hasta que fue deportado por el aeropuerto de Kinshasa el 31 de enero, es decir, durante otros 17 días. Por su parte, la República Democrática del Congo afirma que el

Sr. Diallo estuvo en libertad desde el 10 de enero hasta el 25 de enero de 1996, fecha en la cual fue detenido antes de ser expulsado unos días después, el 31 de enero.

Además, la Corte recuerda que las partes también discrepan acerca de cómo fue tratado el Sr. Diallo durante los períodos en los que estuvo privado de su libertad.

Al estar frente a un desacuerdo entre las partes en lo tocante a la existencia de los hechos pertinentes para la decisión de la causa, la Corte debe en primer lugar abordar la cuestión de la carga de la prueba. La Corte recuerda que, por regla general, incumbe a la parte que alega un hecho en apoyo de sus pretensiones probar la existencia de ese hecho (véase, como ejemplo más reciente, el fallo dictado en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, fallo de 20 de abril de 2010, párr. 162). Señala, empero, que sería equivocado considerar que esa regla, basada en la máxima *onus probandi incumbit actori*, es una regla absoluta, que deba aplicarse en todas las circunstancias. La determinación de la carga de la prueba depende realmente de la materia y la naturaleza de cada controversia planteada ante la Corte; varía según el tipo de hechos que sea necesario establecer para la decisión de la causa.

La Corte dice a continuación que, en particular cuando, como en el presente procedimiento, se alega que una autoridad pública no ha brindado a una persona determinadas garantías procesales a las que tenía derecho, por regla general no se puede exigir a la parte demandante que pruebe el hecho negativo que está afirmando. Una autoridad pública está por lo general en condiciones de demostrar que ha seguido los procedimientos adecuados y ha aplicado las garantías exigidas por la ley —si así ocurrió— produciendo prueba documental de las acciones que se llevaron a cabo. Sin embargo, no en todos los casos en que la parte demandada no puede probar el cumplimiento de una obligación procesal puede inferirse que no la ha respetado; ello depende en gran medida de la naturaleza precisa de la obligación de que se trate; algunas obligaciones normalmente entrañan la confección de documentos escritos, y otras no. La Corte observa que también se debe tener en cuenta el tiempo transcurrido desde los acontecimientos.

Incumbe a la Corte evaluar todas las pruebas que fueron producidas por las dos partes y estuvieron debidamente sometidas al control de la contraparte, con miras a llegar a sus conclusiones. En resumen, la Corte determina que cuando se trata de establecer hechos como los que están en litigio en la presente causa, ninguna de las partes está sola en cuanto a soportar la carga de la prueba.

A la Corte no le resulta convincente la alegación de la República Democrática del Congo de que el Sr. Diallo fue liberado en una fecha tan temprana como el 7 de noviembre de 1995 y luego recién fue nuevamente detenido a comienzos de enero de 1996, antes de ser nuevamente liberado el 10 de enero. Después de enunciar las razones que la llevaron a formar esta opinión (párr. 59), la Corte concluye que el Sr.

Diallo estuvo continuamente detenido durante 66 días, del 5 de noviembre de 1995 al 10 de enero de 1996. Por otro lado, la Corte no acepta la afirmación de la parte demandante de que el Sr. Diallo volvió a ser detenido el 14 de enero de 1996 y siguió en prisión hasta que fue expulsado el 31 de enero. Esta pretensión, que es controvertida por la parte demandada, no está corroborada por ninguna clase de pruebas. Sin embargo, desde que la República Democrática del Congo ha reconocido que el Sr. Diallo fue detenido, a más tardar, el 25 de enero de 1996, la Corte considerará establecido que estuvo detenido entre el 25 y el 31 de enero de 1996. Tampoco puede la Corte aceptar las alegaciones de amenazas de muerte contra el Sr. Diallo que se dice que habrían hecho sus guardias, en ausencia de cualquier clase de pruebas en apoyo de esas alegaciones.

2. *Consideración de los hechos a la luz del derecho internacional aplicable* (párrs. 63 a 98)

Guinea sostiene que las circunstancias en las cuales el Sr. Diallo fue detenido, mantenido en prisión y expulsado en 1995-1996 constituyen en varios aspectos una violación de las obligaciones de la República Democrática del Congo.

Primero, se dice que la expulsión del Sr. Diallo violó el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el “Pacto”) de 16 de diciembre de 1966, del que Guinea y la República Democrática del Congo pasaron a ser partes el 24 de abril de 1978 y el 1 de febrero de 1977, respectivamente, así como el párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante la “Carta Africana”) de 27 de junio de 1981, que entró en vigor para Guinea el 21 de octubre de 1986 y para la República Democrática del Congo el 28 de octubre de 1987.

Segundo, se dice que la detención y la prisión del Sr. Diallo violaron los párrafos 1 y 2 del artículo 9 del Pacto y el artículo 6 de la Carta Africana.

Tercero, se dice que el Sr. Diallo padeció condiciones de detención comparables a formas de tratos inhumanos o degradantes que están prohibidos por el derecho internacional.

Cuarto y último, se dice que el Sr. Diallo no fue informado, cuando fue detenido, de su derecho a pedir la asistencia consular de su país, con violación del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963, que entró en vigor para Guinea el 30 de julio de 1988 y para la República Democrática del Congo el 14 de agosto de 1976.

La Corte examina sucesivamente si cada una de esas afirmaciones es fundada.

a) *La alegada violación del artículo 13 del Pacto y el párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana* (párrs. 64 a 74)

La Corte recuerda que el artículo 13 del Pacto dice lo siguiente:

“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.”

Análogamente, el párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana dispone lo siguiente: “Un no nacional legalmente admitido en un territorio de un Estado Parte en la presente Carta, solo podrá ser expulsado de él en virtud de una decisión tomada de conformidad con la ley.”

La Corte determina que de los términos de las dos disposiciones citadas *supra* surge que la expulsión de un extranjero que esté lícitamente en el territorio de un Estado que sea parte en dichos instrumentos solo puede ser compatible con las obligaciones de ese Estado si se decide de conformidad con “la ley”, en otras palabras, el derecho interno aplicable a ese respecto. En este punto, el cumplimiento del derecho internacional es en cierta medida dependiente del cumplimiento del derecho interno. Sin embargo, está claro que, si bien la “conformidad con la ley” así definida es una condición necesaria para el cumplimiento de las disposiciones mencionadas, no es una condición suficiente. Primero, la ley interna aplicable debe ser en sí misma compatible con las demás exigencias del Pacto y la Carta Africana; segundo, la expulsión no debe ser de naturaleza arbitraria, pues la protección contra el tratamiento arbitrario está en el corazón de los derechos garantizados por las normas internacionales que protegen los derechos humanos, en particular los enunciados en los dos tratados aplicables en la presente causa.

La Corte añade que la interpretación expuesta *supra* está plenamente corroborada por la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos establecido por el Pacto para asegurar el cumplimiento de dicho instrumento por los Estados partes (véase por ejemplo, a este respecto, *Maroufidou c. Suecia*, No. 58/1979, párr. 9.3; *Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*).

Desde que fue creado, el Comité de Derechos Humanos ha construido un considerable cuerpo de jurisprudencia interpretativa, en particular mediante sus conclusiones en respuesta a las comunicaciones individuales que pueden presentarse ante él con respecto a los Estados partes en el primer Protocolo facultativo, así como mediante sus “observaciones generales”.

La Corte observa que, aun cuando en el ejercicio de sus funciones judiciales no está en modo alguno obligada a ajustar su propia interpretación del Pacto a la del Comité, estima que debe asignar mucho peso a la interpretación adoptada por este órgano independiente que fue establecido especifi-

camente para supervisar la aplicación de dicho tratado. En este aspecto lo importante es lograr la claridad necesaria y la congruencia esencial del derecho internacional, así como la seguridad jurídica, a la que tienen derecho tanto los individuos con derechos garantizados como los Estados obligados a cumplir las obligaciones convencionales.

Análogamente, la Corte señala que cuando, como en este procedimiento, haya de aplicar un instrumento regional de protección de los derechos humanos, debe tener debidamente en cuenta la interpretación de dicho instrumento adoptada por los órganos independientes que se hayan creado específicamente, si tal es el caso, para supervisar la correcta aplicación del tratado en cuestión. En la presente causa, la interpretación que se ha dado *supra* al párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana es armónica con la jurisprudencia de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos establecida por el artículo 30 de dicha Carta (véase, por ejemplo, *Kenneth Good c. República de Botswana*, No. 313/05, párr. 204; *Organización Mundial contra la Tortura y Asociación Internacional de Juristas Demócratas, Comisión Internacional de Juristas, Unión Interafricana pro Derechos Humanos c. Rwanda*, No. 27/89, 46/91, 49/91, 99/93).

La Corte también señala que la interpretación dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente, del artículo 1 del Protocolo No. 7 al Convenio (Europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y el párrafo 6 del artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —disposiciones sustancialmente muy próximas a las del Pacto y la Carta Africana que la Corte está aplicando en la presente causa— es congruente con lo que se ha determinado con respecto a estas últimas disposiciones en el párrafo 65 del presente fallo.

Según Guinea, la decisión de expulsar al Sr. Diallo, primero, violó el artículo 13 del Pacto y el párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana porque no fue adoptada de conformidad con el derecho interno congolés, por tres razones:

- debió haber sido firmada por el Presidente de la República y no por el Primer Ministro;
- debió haber estado precedida por la consulta a la Junta Nacional de Inmigración;
- y debió haber indicado los fundamentos de la expulsión, cosa que no hizo.

A la Corte no le resulta convincente el primero de esos argumentos. Es cierto que el artículo 15 de la Ordenanza Legislativa del Zaire de 12 de septiembre de 1983 relativa al control de la inmigración, en la versión en vigor en ese momento, confería al Presidente de la República, y no al Primer Ministro, la facultad de expulsar a un extranjero. Sin embargo, la República Democrática del Congo explica que desde la entrada en vigor del Acto Constitucional de 9 de abril de 1994, las facultades conferidas por disposiciones legislativas particulares al Presidente de la República se entienden trans-

feridas al Primer Ministro —aunque dichas disposiciones no hayan sido formalmente enmendadas— con arreglo al párrafo 2 del artículo 80 de la nueva Constitución, que dispone que “el Primer Ministro ejercerá la potestad reglamentaria mediante decretos deliberados en el Consejo de Ministros”.

La Corte recuerda que incumbe a cada Estado, en primera instancia, interpretar su propio derecho interno. La Corte no está, en principio, facultada para hacer que su propia interpretación sustituya a la de las autoridades nacionales, especialmente cuando dicha interpretación proviene de los más altos tribunales nacionales (véase, para este último caso, *Empréstitos serbios, fallo No. 14, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 20*, pág. 46 y *Empréstitos brasileños, fallo No. 15, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 21*, pág. 124). Excepcionalmente, cuando un Estado presenta una interpretación manifiestamente incorrecta de su derecho interno, particularmente a fin de obtener una ventaja en una causa pendiente, incumbe a la Corte adoptar la interpretación que considere adecuada.

La Corte determina que ésa no es la situación actual y dice que la interpretación que hace la República Democrática del Congo de su Constitución, de la que surge que el párrafo 2 del artículo 80 produce determinados efectos en las leyes que estaban vigentes en la fecha en que se adoptó esa Constitución, no parece manifiestamente incorrecta. A continuación explica que no se ha controvertido que esa interpretación correspondiera, en el momento de que se trata, a la práctica general de las autoridades constitucionales. La República Democrática del Congo ha incluido en el expediente de la causa, a ese respecto, varios otros decretos de expulsión dictados en la misma época, todos ellos firmados por el Primer Ministro. Consiguientemente, aunque sería posible en teoría discutir la validez de esa interpretación, ciertamente no le incumbe a la Corte adoptar una interpretación diferente del derecho interno congolés a los efectos de la decisión de la presente causa. Por consiguiente, la Corte determina que no se puede concluir que el decreto por el que se expulsó al Sr. Diallo no haya sido dictado “de conformidad con la ley” por haber sido firmado por el Primer Ministro.

Sin embargo, la Corte opina que dicho decreto no cumplió las disposiciones del derecho congolés por otras dos razones.

Primera, la Corte señala que no estuvo precedido por la consulta a la Junta Nacional de Inmigración, cuyo dictamen, según el artículo 16 de la mencionada Ordenanza Legislativa relativa al control de la inmigración, es preceptivo antes de que se tome una medida de expulsión contra un extranjero que tenga permiso de residencia. La República Democrática del Congo no ha controvertido que la situación del Sr. Diallo lo colocaba dentro del alcance de esa disposición, ni que se omitió la consulta a la Junta. Esa omisión está confirmada por la ausencia en el decreto de una cita que mencione el dictamen de la Junta, mientras que todos los demás decretos de expulsión incluidos en el expediente de la causa citan específicamente tal dictamen, de conformidad con el artículo 16 de la Ordenanza Legislativa que, además, concluye estipulando

que la decisión “mencionará el hecho de que se consultó a la Junta”.

Segunda, la Corte observa que el decreto de expulsión debía haber estado “motivado” de conformidad con el artículo 15 de la Ordenanza Legislativa de 1983; en otras palabras, debía haber indicado los fundamentos de la decisión adoptada. El hecho es que no puede considerarse en modo alguno que la fundamentación general y estereotipada incluida en el decreto cumpla con los requisitos de la legislación. El decreto se limita a decir que la “presencia y la conducta [del Sr. Diallo] han comprometido y continúan comprometiendo el orden público zairense, especialmente en las esferas económica, financiera y monetaria”. La primera parte de esa oración simplemente parafrasea el fundamento jurídico de toda medida de expulsión según el derecho congolés, pues el artículo 15 de la Ordenanza Legislativa de 1983 permite la expulsión de un extranjero “que, por su presencia o por su conducta, comprometa o amenace comprometer la tranquilidad o el orden público”. En cuanto a la segunda parte, si bien representa una adición, es tan vaga que es imposible saber en razón de qué actividades se estimaba que la presencia del Sr. Diallo era apta para amenazar el orden público (en el mismo sentido, *mutatis mutandis*, véase *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2008*, pág. 231, párr. 152).

Por consiguiente, la Corte opina que la formulación empleada por el autor del decreto equivale a una falta de motivación de la medida de expulsión.

Así pues, la Corte concluye que en dos importantes aspectos, relativas a las garantías procesales conferidas a los extranjeros por el derecho congolés con el fin de proteger a las personas de que se trate contra el riesgo de tratamiento arbitrario, la expulsión del Sr. Diallo no fue decidida “de conformidad con la ley”. Consiguientemente, añade, independientemente de si dicha expulsión estuvo justificada en cuanto al fondo, cuestión sobre la que volverá más adelante en el fallo, la medida controvertida violó el artículo 13 del Pacto y el párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana.

Además, la Corte considera que Guinea tiene razón en sostener que el derecho reconocido por el artículo 13 a un extranjero afectado por una medida de expulsión a “exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente” no fue respetado en el caso del Sr. Diallo. Observa que es efectivamente cierto que, ni antes de que el decreto de expulsión fuera firmado, el 31 de octubre de 1995, ni posteriormente pero antes de dicho decreto fuera cumplido, el 31 de enero de 1996, se permitió al Sr. Diallo presentar su defensa ante una autoridad competente para tomar en consideración sus argumentos y adoptar una decisión sobre la respuesta que correspondiera.

Es cierto que, como ha señalado la República Democrática del Congo, el artículo 13 del Pacto prevé una excepción al derecho de un extranjero a exponer sus razones cuando

se opongan a ello “razones imperiosas de seguridad nacional”. La parte demandada sostiene que tal fue precisamente el caso aquí. Sin embargo, la Corte observa que la República Democrática del Congo no le ha presentado ninguna información tangible que pueda establecer la existencia de tales “razones imperiosas”. La Corte continúa diciendo que en principio incumbe indudablemente a las autoridades nacionales considerar las razones de orden público que permitan justificar la adopción de una medida de policía u otra. Pero cuando ello entrañe dejar de lado una importante garantía procesal consagrada en un tratado internacional, no puede simplemente dejarse en manos del Estado de que se trate la determinación de las circunstancias que, excepcionalmente, permiten dejar de lado esa garantía. Incumbe al Estado demostrar que existían las “razones imperiosas” requeridas por el Pacto, o, como mínimo, que podía razonablemente haberse concluido que existían, habida cuenta de las circunstancias que rodearon a la medida de expulsión.

En la presente causa, la Corte considera que la parte demandada no ha hecho tal demostración. También por este fundamento, la Corte concluye que se violó el artículo 13 del Pacto en relación con las circunstancias en las cuales el Sr. Diallo fue expulsado.

- b) *La alegada violación de los párrafos 1 y 2 del artículo 9 del Pacto y el artículo 6 de la Carta Africana* (párrs. 75 a 85)

La Corte comienza recordando que los párrafos 1 y 2 del artículo 9 del Pacto disponen lo siguiente:

“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.”

También recuerda que el artículo 6 de la Carta Africana dispone lo siguiente:

“Todo individuo tendrá derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las razones y con arreglo a las condiciones previamente establecidas por la ley. En particular, nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias.”

Según Guinea, las disposiciones mencionadas fueron violadas cuando el Sr. Diallo fue detenido y mantenido en prisión en 1995-1996 a los efectos de dar cumplimiento al decreto de expulsión, por varias razones. Primero, las privaciones de libertad que sufrió no tuvieron lugar “con arreglo al procedimiento establecido en” la ley, en el sentido del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto, ni “con arreglo a las condiciones previamente establecidas por la ley” en el sentido del artículo 6 de la Carta Africana. Segundo, fueron “arbitrarias”

en el sentido de esas disposiciones. Tercero, el Sr. Diallo no fue informado, en el tiempo de sus detenciones, de las razones de ellas, ni fue informado de las acusaciones formuladas contra él, lo cual constituyó una violación del párrafo 2 del artículo 9 del Pacto.

La Corte examina sucesivamente si cada una de esas afirmaciones es fundada.

La Corte dice que ante todo es necesario hacer una observación general. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 9 del Pacto, así como las del artículo 6 de la Carta Africana, se aplican en principio a cualquier forma de detención o prisión decidida y llevada a cabo por una autoridad pública, cualesquiera sean su fundamento jurídico y el objetivo que se busca (véase a este respecto, en lo tocante al Pacto, Observación general No. 8 del Comité de Derechos Humanos, de 30 de junio de 1982, relativa al derecho a la libertad y la seguridad de una persona (*Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 8: Artículo 9 (Derecho a la libertad y la seguridad personales)*). Observa que, por consiguiente, el alcance de esas disposiciones no se limita a los procedimientos penales; también se aplican, en principio, a las medidas privativas de la libertad de los individuos adoptadas en el contexto de un procedimiento administrativo, como las que sean necesarias para hacer efectiva la remoción forzosa de un extranjero del territorio nacional. En este último caso, tiene poca importancia si la medida de que se trate es caracterizada por el derecho interno como una “expulsión” o un “*refoulement*” [devolución]. La posición solo es diferente en lo tocante a la exigencia contenida en el párrafo 2 del artículo 9 del Pacto de que la persona detenida sea “informada de la acusación” que se haya formulado contra ella, exigencia que solo tiene sentido en el contexto de los procedimientos penales.

La Corte pasa a continuación a la primera de las tres alegaciones de Guinea, a saber, que la detención y la prisión del Sr. Diallo no se llevaron a cabo de conformidad con los requisitos de la ley de la República Democrática del Congo. Primero observa que la detención del Sr. Diallo el 5 de noviembre de 1995 y su prisión hasta el 10 de enero de 1996 (véase el párrafo 58 del fallo) tuvieron la finalidad de permitir que se hiciera efectivo el decreto de expulsión dictado contra él el 31 de octubre de 1995. La segunda detención, el 25 de enero de 1996 a más tardar, fue también a los efectos de cumplir ese decreto: la mención de un “*refoulement*” en razón de “residencia ilegal” en la notificación hecha al Sr. Diallo el 31 de enero de 1996, el día en que fue efectivamente expulsado, fue claramente errónea, como reconoce la República Democrática del Congo.

La Corte observa a continuación que el artículo 15 de la Ordenanza Legislativa de 12 de septiembre de 1983 relativa al control de la inmigración, en el texto en vigor en el tiempo de la detención y la prisión del Sr. Diallo, disponía que un extranjero “que tenga probabilidades de eludir la aplicación” de una medida de expulsión puede ser mantenido en

prisión durante un período inicial de 48 horas, que puede “extenderse durante 48 horas por vez, pero sin exceder de ocho días”. La Corte determina que la detención y la prisión del Sr. Diallo no se llevaron a cabo de conformidad con esas disposiciones. No hay pruebas de que las autoridades de la República Democrática del Congo hayan procurado determinar si el Sr. Diallo tenía “probabilidades de eludir la aplicación” del decreto de expulsión y si, por consiguiente, era necesario mantenerlo en prisión. La circunstancia de que no haya hecho ningún intento de eludir la expulsión después de ser liberado el 10 de enero de 1996 sugiere que no había necesidad de mantenerlo en prisión. El tiempo total durante el cual estuvo en prisión —66 días después de su detención inicial y por lo menos otros seis días después de la segunda detención— excedieron en mucho el período máximo permitido por el artículo 15. Además, la Corte añade que la República Democrática del Congo no ha producido prueba alguna que indique que la prisión fue revisada cada 48 horas, como lo requiere esa disposición.

La Corte determina además, en respuesta a la segunda alegación enunciada *supra* (véase el párrafo 76 del fallo), que la detención y la prisión del Sr. Diallo fueron arbitrarios en el sentido del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto y el artículo 6 de la Carta Africana.

La Corte reconoce que en principio una detención o una prisión que tengan la finalidad de hacer efectiva una decisión de expulsión adoptada por la autoridad competente no pueden ser caracterizadas como “arbitrarias” en el sentido de las disposiciones mencionadas, incluso en caso de que la licitud de la decisión de expulsión pudiera ser cuestionable. Consiguientemente, el hecho de que el decreto de 31 de octubre de 1995 no hubiese sido dictado, en algunos aspectos, “de conformidad con la ley”, como la Corte ha señalado anteriormente en el presente fallo en relación con el artículo 13 del Pacto y el párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana, no es suficiente para hacer que la detención y la prisión con la finalidad de hacer cumplir ese decreto sean “arbitrarias” en el sentido del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto y el artículo 6 de la Carta Africana.

Sin embargo, la Corte considera que en este punto se debe tener en cuenta la cantidad y la gravedad de las irregularidades que afectaron a las detenciones del Sr. Diallo. Como se observó *supra*, fue retenido durante un tiempo particularmente largo y parecería que las autoridades no hicieron intento alguno de cerciorarse si su prisión era necesaria.

Además, la Corte no puede menos que determinar que no solo el decreto mismo no estuvo motivado de manera suficientemente precisa, como se señaló *supra* (véase el párrafo 70), sino que a lo largo del procedimiento, la República Democrática del Congo nunca ha podido presentar fundamentos que pudieran constituir una base convincente para la expulsión del Sr. Diallo. Se han formulado contra el Sr. Diallo alegaciones de “corrupción” y otros delitos, pero no se han presentado a la Corte pruebas concretas que corroboren

esas alegaciones. La Corte observa que esas acusaciones no dieron lugar a ningún procedimiento ante los tribunales ni, *a fortiori*, a ninguna declaración de culpabilidad. Además, es difícil no discernir un vínculo entre la expulsión del Sr. Diallo y el hecho de que había tratado de cobrar deudas que creía que tenían en favor de sus sociedades, entre otros, el Estado zairense o sociedades en las cuales el Estado tenía una parte sustancial del capital, iniciando acciones a esos efectos ante los tribunales civiles. La Corte opina que, en tales circunstancias, la detención y la prisión con la finalidad de permitir que se hiciera efectiva tal medida de expulsión, que carecía de toda base defendible, solo puede caracterizarse como arbitraria en el sentido del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto y el artículo 6 de la Carta Africana.

Por último, la Corte considera la alegación relacionada con el párrafo 2 del artículo 9 del Pacto. Observa que, por las razones examinadas en el párrafo 77 del fallo, Guinea no puede argumentar eficazmente que en el momento de cada una de sus detenciones (en noviembre de 1995 y enero de 1996), el Sr. Diallo no haya sido informado de la “acusación formulada contra [él]”, como sostiene la parte demandante que exige el párrafo 2 del artículo 9 del Pacto. Esa disposición del artículo 9 en particular solo es aplicable cuando una persona es detenida en el contexto de procedimientos penales; la Corte determina que tal no fue el caso respecto del Sr. Diallo.

Por otro lado, añade, Guinea tiene razón al argumentar que se violó el derecho del Sr. Diallo a ser “informad[o], en el momento de su detención, de las razones de la misma” —un derecho garantizado en todos los casos, independientemente de los fundamentos de la detención.

La Corte observa que la República Democrática del Congo no ha producido ni un solo documento ni una prueba de otra índole que demuestre que el Sr. Diallo fue notificado del decreto de expulsión en el momento de su detención el 5 de noviembre de 1995, o que fue de alguna manera informado, en ese momento, de la razón de su detención. Aunque en el decreto de expulsión mismo no se dieron razones específicas, como se señaló *supra* (véase el párrafo 72), la notificación de dicho decreto en el momento de la detención del Sr. Diallo le habría dado información suficiente de las razones para dicha detención a los efectos del párrafo 2 del artículo 9, pues le habría indicado al Sr. Diallo que había sido detenido a los efectos de un procedimiento de expulsión y le habría permitido, de ser necesario, tomar las medidas adecuadas para impugnar la licitud del decreto. La Corte observa, empero, que no se le brindó información alguna de esa índole; la República Democrática del Congo, que debería estar en condiciones de probar la fecha en la cual se notificó el decreto al Sr. Diallo, no ha presentado prueba alguna a tal efecto.

La Corte opina que lo mismo se aplica a la detención del Sr. Diallo en enero de 1996. Tampoco se ha establecido que en esa fecha se haya informado al Sr. Diallo de que estaba siendo sacado por la fuerza del territorio congolés en ejecu-

ción de un decreto de expulsión. Además, en el día en que fue efectivamente expulsado, se le dio la incorrecta información de que era objeto de un “*refoulement*” en razón de su “residencia ilegal” (véase el párrafo 50). Siendo así, la Corte determina que el requisito de que se le informara, establecido por el párrafo 2 del artículo 9 del Pacto, tampoco fue cumplido en esa ocasión.

c) *La alegada violación de la prohibición de someter a un detenido a malos tratos* (párrs. 86 a 89)

La Corte recuerda que Guinea sostiene que el Sr. Diallo fue sometido a malos tratos durante su detención, a causa de las condiciones particularmente severas allí existentes, porque estuvo privado de su derecho a comunicarse con sus abogados y con la Embajada de Guinea, y porque recibió amenazas de muerte de los guardias. La parte demandante invoca a ese respecto el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto, según el cual: “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”

Según la Corte, el artículo 7 del Pacto, que dispone que “[n]adie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.”, y el artículo 5 de la Carta Africana, que dispone que “[t]odo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano”, también son pertinentes en esta esfera. La Corte dice que no cabe duda, además, de que la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes es una de las reglas de derecho internacional general que son vinculantes para los Estados en todas las circunstancias, incluso fuera de todo compromiso convencional.

Observa, empero, que Guinea no ha demostrado convincentemente que el Sr. Diallo haya sido sometido a tratos de ese tipo durante su detención. No hay pruebas que corroboren la alegación de que recibió amenazas de muerte. Parece que el Sr. Diallo podía comunicarse con sus familiares y sus abogados sin grandes dificultades y, aunque así no haya sido, esas limitaciones en sí mismas no habrían constituido tratos prohibidos por el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto y por el derecho internacional general. La cuestión de las comunicaciones del Sr. Diallo con las autoridades de Guinea es distinta de la del cumplimiento de las disposiciones que se están examinando ahora y se abordará en relación con el próximo epígrafe, en relación con el apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Por último, el hecho de que el Sr. Diallo haya sido alimentado gracias a las provisiones que sus familiares llevaban a su lugar de prisión —cosa que la República Democrática del Congo no controvierte— es insuficiente en sí mismo para probar malos tratos, pues no se impedía el acceso de los familiares al individuo privado de su libertad.

En conclusión, la Corte determina que no se ha demostrado que el Sr. Diallo haya sido sometido a tratos prohibidos por el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto.

d) *La alegada violación de las disposiciones del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares* (párrs. 90 a 98)

El apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares dispone que:

“[S]i 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 una 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 una persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado.”

La Corte observa que esas disposiciones, como resulta claro de su solo tenor literal, son aplicables a toda privación de libertad de cualquier tipo, incluso fuera del contexto del enjuiciamiento de los autores de infracciones penales. Por consiguiente, se aplican en la presente causa, punto que la República Democrática del Congo no controvierte.

Según Guinea, esas disposiciones fueron violadas cuando el Sr. Diallo fue detenido en noviembre de 1995 y enero de 1996, porque en esas ocasiones no fue informado “sin retraso alguno” de su derecho a solicitar la asistencia de las autoridades consulares de su país.

En ningún punto de las actuaciones escritas o de la primera ronda de argumentos orales la República Democrática del Congo controvertió la exactitud de las alegaciones de Guinea a este respecto; tampoco intentó establecer, y ni siquiera alegó, que la información requerida por la última oración de la disposición citada haya sido suministrada al Sr. Diallo, o que le haya sido suministrada “sin demora”, como exige el texto. La parte demandada replicó a la alegación de la parte demandante con dos argumentos: que Guinea no había probado que el Sr. Diallo hubiese solicitado a las autoridades congoleñas que notificaran a la oficina consular de Guinea sin retraso alguno de su situación, y que el embajador de Guinea en Kinshasa tenía conocimiento de la detención y la prisión del Sr. Diallo, como lo demostraban las medidas que tomó en favor suyo. La Corte observa que fue recién en respuesta a una pregunta formulada por un Magistrado durante la audiencia de 26 de abril de 2010 que la República Democrática del Congo afirmó por primera vez que había “informado oralmente al Sr. Diallo inmediatamente después de su detención de la posibilidad de solicitar la asistencia consular de su Estado” (respuesta escrita de la República Democrática del Congo entregada en la Secretaría el 27 de abril de 2010 y confirmada oralmente en la audiencia de 29 de abril, durante la segunda ronda de argumentos orales).

La Corte señala que los dos argumentos formulados por la República Democrática del Congo antes de la segunda ronda

de alegatos orales carecen de toda importancia. Añade que incumbe a las autoridades del Estado que hizo la detención informar por su propia iniciativa a la persona detenida de su derecho a pedir que se notifique a su consulado; el hecho de que la persona no haya hecho ese pedido no solo no justifica el incumplimiento de la obligación de informar que incumbe al Estado que ha hecho la detención, sino que además podría explicarse en algunos casos precisamente porque la persona no había sido informada de sus derechos a ese respecto (*Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América)*, fallo, I.C.J. Reports 2004 (I), pág. 46, párr. 76). La Corte considera, además, que el hecho de que las autoridades consulares del Estado nacional de la persona detenida se hayan enterado de la detención por otros conductos no elimina ninguna violación de la obligación de informar a dicha persona de sus derechos “sin demora” que pueda haberse cometido.

En cuanto a la afirmación de la República Democrática del Congo, hecha en las condiciones descritas *supra*, de que el Sr. Diallo fue “informado oralmente” de sus derechos en ocasión de su detención, la Corte no puede menos que observar que fue hecha muy tardíamente en el procedimiento, mientras que el punto estaba controvertido desde el comienzo, y que no existe la más mínima pieza de prueba que la corrobore. Por consiguiente, la Corte no puede darle crédito alguno.

Consiguientemente, la Corte determina que hubo una violación por la República Democrática del Congo del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

\*

Guinea ha sostenido además que la expulsión del Sr. Diallo, habida cuenta de las circunstancias en las cuales se llevó a cabo, violó su derecho a la propiedad, garantizado por el artículo 14 de la Carta Africana, porque tuvo que abandonar la mayoría de sus bienes cuando se vio forzado a salir del Congo.

En opinión de la Corte, este aspecto de la controversia tiene menos que ver con la licitud de la expulsión del Sr. Diallo a la luz de las obligaciones de la República Democrática del Congo y más que ver con los daños que sufrió el Sr. Diallo como resultado de los actos internacionalmente ilícitos de los que fue víctima. Por consiguiente, la Corte lo examina más adelante en el fallo, en el contexto de la cuestión de la reparación debida por la parte demandada (véanse los párrafos 160 a 164 del fallo).

III. *Protección de los derechos propios del Sr. Diallo como socio en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire* (párrs. 99 a 159)

La Corte observa que es especialmente importante clarificar las cuestiones de la existencia jurídica de las dos *sociétés privées à responsabilité limitée* (sociedades privadas

de responsabilidad limitada, en adelante “las SPRL”) constituidas con arreglo a la legislación zaireña, Africom-Zaire y Africontainers-Zaire, y la participación y el papel del Sr. Diallo en ellas, porque las partes están en desacuerdo en esos puntos.

Después de considerar detenidamente la situación (párrafos 99 a 113), la Corte llega a la conclusión de que el Sr. Diallo, por ser tanto gerente como socio de las dos sociedades, las dirigía y controlaba plenamente, pero que de todos modos ellas seguían siendo entidades jurídicas distintas de él. A continuación, la Corte considera las diversas pretensiones de Guinea relacionadas con los derechos propios del Sr. Diallo como socio. Para hacerlo, tiene que evaluar si, con arreglo al derecho de la República Democrática del Congo, los derechos reivindicados son efectivamente derechos propios del socio, o si son, más bien, derechos u obligaciones de las sociedades. Como ya ha señalado la Corte, las pretensiones relacionadas con derechos que no son derechos propios pertenecientes al Sr. Diallo como socio han sido declaradas inadmisibles por el fallo de 24 de mayo de 2007; por consiguiente, no pueden seguir considerándose. En particular, tal es el caso de las pretensiones relacionadas con los derechos contractuales de Africom-Zaire contra el Estado del Zaire (la República Democrática del Congo) y de Africontainers-Zaire contra las sociedades Gécamines, Onatra, Fina y Shell.

En los siguientes párrafos, la Corte ha tenido cuidado de mantener la estricta distinción entre las alegadas infracciones de los derechos de las dos SPRL en cuestión y las alegadas infracciones de los derechos propios del Sr. Diallo como socio de ellas (véase *I.C.J. Reports 2007 (II)*, págs. 605 y 606, párrs. 62 y 63).

Las pretensiones de Guinea relacionadas con los derechos propios del Sr. Diallo como socio se refieren al derecho a participar y votar en las asambleas generales de las dos SPRL, el derecho a designar un gerente y el derecho a supervisar y controlar la gerencia de las sociedades. Guinea también presenta una pretensión en relación con el derecho a la propiedad respecto de las partes sociales del Sr. Diallo en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire. La Corte esas diferentes pretensiones.

A. *El derecho a participar y votar en las asambleas generales* (párrs. 117 a 126)

Guinea sostiene que la República Democrática del Congo, al expulsar al Sr. Diallo, lo privó de su derecho, garantizado por el artículo 79 del Decreto congolés de 27 de febrero de 1887 relativo a las sociedades comerciales, a participar en las asambleas generales y a votar en ellas. Sostiene que, con arreglo al derecho de la República Democrática del Congo, las asambleas generales de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire no podían celebrarse fuera del territorio de la República Democrática del Congo. Guinea admite que el Sr. Diallo podía, desde luego, haber ejercido sus derechos como socio desde otro país designando un mandatario de su elección,

de conformidad con el artículo 81 del Decreto de 1887, pero argumenta que la designación de un mandatario es simplemente una opción de que dispone el socio, cuyo derecho reconocido es claramente el de optar entre designar un representante o asistir en persona. Guinea añade que, en el caso de Africontainers-Zaire, habría sido imposible que el Sr. Diallo estuviese representado por un mandatario, porque el artículo 22 de los estatutos de la SPRL estipula que solo un socio puede ser designado mandatario de otro, y él había pasado a ser su único socio en el momento de su expulsión.

La República Democrática del Congo sostiene que no puede haber existido ninguna violación del derecho del Sr. Diallo a participar en las asambleas generales, porque no existe prueba de que se hayan convocado asambleas generales ni de que el Sr. Diallo no haya podido asistir debido a su remoción del territorio de la República Democrática del Congo. La República Democrática del Congo afirma que en todo caso el derecho comercial congolés no establece ninguna obligación de las sociedades comerciales con respecto al lugar de celebración de las asambleas generales.

La Corte observa que, con arreglo al derecho congolés, el derecho a participar y votar en las asambleas generales pertenece a los socios y no a la sociedad. A continuación considera la cuestión de si la República Democrática del Congo, al expulsar al Sr. Diallo, lo privó de su derecho a participar en las asambleas generales y a votar, garantizado por el artículo 79 del Decreto congolés de 27 de febrero de 1887 relativo a las sociedades comerciales.

A la luz de las pruebas que le presentaron las partes, la Corte determina que no hay nada que pruebe que el Sr. Diallo, actuando como gerente o como socio que poseía por lo menos la quinta parte del total de acciones, haya adoptado ninguna medida para convocar una asamblea general, ni después de haber sido expulsado de la República Democrática del Congo, ni en momento alguno durante el tiempo en que era residente de la República Democrática del Congo después de 1980. Tampoco se ha producido prueba alguna de que el Sr. Diallo hubiera estado impedido de convocar asambleas generales desde el extranjero, como gerente o como socio.

La Corte recuerda que el derecho de un socio a participar y votar en las asambleas generales puede ser ejercido por el socio en persona o por medio de un mandatario de su elección. A ese respecto, no cabe duda de que un voto emitido por conducto de un mandatario en una asamblea general tiene el mismo efecto jurídico que un voto emitido por el socio mismo. Por otro lado, es más difícil inferir con certeza de las disposiciones mencionadas que ellas establezcan, como sostiene Guinea, el derecho del socio a asistir a las asambleas generales en persona. En opinión de la Corte, la finalidad principal de esas disposiciones es asegurar que las asambleas generales de las sociedades puedan llevarse a cabo efectivamente. La interpretación que hace Guinea del derecho congolés podría frustrar ese objetivo, al permitir que un

socio impidiera que los órganos de la sociedad funcionaran normalmente. Según la Corte, es dudoso que el legislador congolés haya deseado ese resultado, que está muy alejado de la *affectio societatis*. Con respecto a Africom-Zaire y Africontainers-Zaire, la Corte no advierte cómo la designación de un representante por el Sr. Diallo podría de alguna manera haber violado en la práctica su derecho a participar y votar en las asambleas generales de las dos SPRL, dado que él las controlaba completamente.

Además, en lo tocante a Africontainers-Zaire, la Corte determina que no puede aceptar el argumento de Guinea de que habría sido imposible que el Sr. Diallo estuviera representado en una asamblea general por un mandatario distinto de sí mismo porque él era el único socio de esa SPRL y el artículo 22 de los estatutos de Africontainers-Zaire estipulan que un socio solo puede designar a otro socio como mandatario. Como ya ha observado la Corte (véase el párrafo 110 del fallo), dicha sociedad tiene dos socios, a saber, el Sr. Diallo y Africom-Zaire. Por consiguiente, de conformidad con el mencionado artículo 22, el Sr. Diallo, actuando como socio de Africontainers-Zaire, podía designar al “representante o agente” de Africom-Zaire como su mandatario para una asamblea general de Africontainers-Zaire. Antes de la designación de ese mandatario, y actuando como gerente de Africom-Zaire de conformidad con el artículo 69 del Decreto de 1887 (véase el párrafo 135 del fallo), el Sr. Diallo podía haber designado a ese “representante o agente” de esa sociedad.

Por consiguiente, la Corte concluye que no puede hacer lugar a la pretensión de Guinea de que la República Democrática del Congo ha violado el derecho del Sr. Diallo a participar y votar en las asambleas generales. La República Democrática del Congo, al expulsar al Sr. Diallo, probablemente le ha impedido participar en persona en asambleas generales, pero, en opinión de la Corte, ese impedimento no equivale a una privación de su derecho a participar y votar en las asambleas generales.

#### B. *Los derechos relacionados con la gerencia* (párrs. 127 a 140)

La Corte observa que, en diversos puntos del procedimiento, Guinea ha formulado cuatro afirmaciones levemente diferentes, que ha agrupado dentro de la pretensión general de violación del derecho del Sr. Diallo a “designar un gerente”. Ha sostenido que, al expulsar ilícitamente al Sr. Diallo, la República Democrática del Congo ha cometido: una violación de su alegado derecho a designar un gerente, una violación de su alegado derecho a ser designado gerente, una violación de su alegado derecho a ejercer las funciones de gerente, y una violación de su alegado derecho a no ser cesado como gerente.

En particular, la República Democrática del Congo sostiene que el derecho a designar el gerente de una SPRL es un derecho de la sociedad, no del socio, pues corresponde a la asamblea general, que es un órgano de la sociedad. Sos-

tiene también que el Sr. Diallo efectivamente designó al Sr. N’Kanza como gerente de Africontainers-Zaire después de su expulsión.

La Corte observa que la designación y las funciones de los gerentes se rigen, en el derecho congolés, por el Decreto de 1887 relativo a las sociedades comerciales, y por los estatutos de la sociedad de que se trate. Comienza desestimando el argumento de la República Democrática del Congo de que el derecho del Sr. Diallo a designar un gerente no podía haber sido violado porque de hecho designó un gerente de Africontainers-Zaire en la persona del Sr. N’Kanza. Ya ha concluido que esa alegación no ha sido probada (véanse los párrafos 111 y 112 del fallo).

En lo tocante a la primera afirmación hecha por Guinea, según la cual la República Democrática del Congo ha violado el derecho del Sr. Diallo a designar un gerente, la Corte observa que la designación del gerente es responsabilidad de la sociedad misma, sin constituir un derecho del socio; consiguientemente, la Corte concluye que debe rechazarse la pretensión de Guinea de que la República Democrática del Congo ha violado el derecho del Sr. Diallo a designar un gerente.

En lo tocante a la segunda afirmación hecha por Guinea, según la cual la República Democrática del Congo ha violado el derecho del Sr. Diallo a ser designado gerente, la Corte observa en particular que ese derecho no puede haber sido violado en este caso porque el Sr. Diallo fue de hecho designado gerente, y sigue siendo el gerente de las dos sociedades de que se trata.

En lo tocante a la tercera afirmación de Guinea, según la cual se violó el derecho del Sr. Diallo a ejercer sus funciones de gerente, la Corte determina en particular que, si bien el desempeño de las funciones del Sr. Diallo como gerente puede haberse vuelto más difícil por su presencia fuera del país, Guinea no ha demostrado que fuera imposible desempeñar esas funciones. La Corte observa además que de hecho, surge claramente de diversos documentos presentados ante ella que, incluso después de la expulsión del Sr. Diallo, representantes de Africontainers-Zaire han seguido actuando en nombre de la sociedad en la República Democrática del Congo y negociando las pretensiones contractuales con la sociedad Gécamines. Consiguientemente, la Corte concluye que debe rechazarse la pretensión de Guinea de que la República Democrática del Congo ha violado un derecho del Sr. Diallo a ejercer sus funciones como gerente.

En lo tocante a la cuarta afirmación de Guinea, según la cual la República Democrática del Congo ha violado el derecho del Sr. Diallo a no ser removido de sus funciones de gerente, la Corte observa que, aunque tal vez se haya vuelto más difícil que el Sr. Diallo desempeñara sus funciones de gerente desde fuera de la República Democrática del Congo después de su expulsión, como se mencionó anteriormente, él seguía siendo, desde el punto de vista jurídico, el gerente tanto de Africom-Zaire como de Africontainers-Zaire. Con-

siguientemente, la Corte concluye que debe rechazarse la pretensión de Guinea de que la República Democrática del Congo ha violado el derecho del Sr. Diallo a no ser removido de sus funciones de gerente.

A la luz de todo lo que antecede, la Corte concluye que deben rechazarse las diversas afirmaciones hechas por Guinea, agrupadas dentro de la pretensión general de violación de los derechos del Sr. Diallo relacionadas con la gerencia.

C. *El derecho a supervisar y controlar la gerencia*  
(párrs. 141 a 148)

La Corte considera que, aunque exista un derecho a supervisar y controlar la gerencia en las sociedades en las que un solo socio dispone de la dirección y del control, el Sr. Diallo no podía haber sido privado del derecho a supervisar y controlar la gerencia de las dos sociedades. Si bien es posible que las detenciones y la expulsión de la República Democrática del Congo del Sr. Diallo hayan hecho más difícil la actividad comercial de las sociedades, simplemente no podían haber interferido con la capacidad del Sr. Diallo de supervisar y controlar la gerencia, cualquiera fuese el lugar en que hubiera estado. Consiguientemente, la Corte concluye que debe rechazarse la pretensión de Guinea de que la República Democrática del Congo ha violado el derecho del Sr. Diallo a supervisar y controlar la gerencia.

D. *El derecho del Sr. Diallo a la propiedad sobre sus partes sociales en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire* (párrs. 149 a 159)

La Corte observa primero que el derecho internacional ha reconocido reiteradamente el principio de derecho interno de que una sociedad tiene una personalidad jurídica distinta de la de sus accionistas. Ello sigue siendo cierto en el caso de una SPRL que se haya vuelto unipersonal, como en el presente caso. Por consiguiente, la Corte dice que los derechos y bienes de una sociedad deben distinguirse de los derechos y bienes de un socio. A este respecto, es jurídicamente insostenible considerar, como argumenta Guinea, que el patrimonio de la sociedad se confunde con el de los accionistas. Además, debe reconocerse que las responsabilidades de la sociedad no son responsabilidades del accionista. En el caso de la SPRL Africontainers-Zaire sus estatutos disponen específicamente que “cada socio solo es responsable de las obligaciones de la sociedad hasta el monto de su participación” (art. 7; Anexo 1 a la memoria de Guinea; véanse también los párrafos 105 y 115 del fallo).

La Corte recuerda que ya ha indicado que la República Democrática del Congo no ha violado el derecho propio del Sr. Diallo como socio a participar y votar en las asambleas generales de las sociedades, ni su derecho a ser designado gerente o a seguir siéndolo, ni su derecho a supervisar y controlar la gerencia (véanse los párrafos 117 a 148 del fallo). La Corte reafirma que los otros derechos propios del Sr. Diallo, con respecto a sus partes sociales, deben distinguirse clara-

mente de los derechos de la SPRL, en particular con respecto a los derechos de propiedad pertenecientes a las sociedades. Observa a ese respecto que, junto con sus demás bienes, incluidos sus créditos frente a terceros, el capital forma parte de la sociedad, mientras que los socios son propietarios de las partes sociales. Las partes sociales representan el capital pero no se confunden con él, y confieren a sus titulares derechos en el funcionamiento de la sociedad, así como un derecho a percibir los eventuales dividendos u otras cantidades pagaderas en caso de liquidación de la sociedad. Los únicos derechos propios del Sr. Diallo que aún resta examinar se refieren a estos dos últimos aspectos, a saber, la percepción de dividendos u otras cantidades pagaderas en caso de liquidación de las sociedades. Sin embargo, no hay pruebas de que jamás se hayan declarado dividendos ni de que se haya adoptado medida alguna para liquidar las sociedades, ni menos aún que se hayan violado los derechos del Sr. Diallo como resultado de alguna medida atribuible a la República Democrática del Congo.

Por último, la Corte considera que no es necesario determinar la extensión de las actividades comerciales de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire en el momento en que el Sr. Diallo fue expulsado, ni pronunciarse acerca de si se hallaban en estado de “quiebra no declarada”, como ha alegado la República Democrática del Congo.

Sobre la base de lo que antecede, la Corte concluye que no se han establecido las alegaciones de Guinea de afectación del derecho del Sr. Diallo a la propiedad de sus partes sociales en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire.

IV. *Reparación* (párrs. 160 a 164)

Habiendo concluido que la República Democrática del Congo ha violado las obligaciones que le incumben con arreglo a los artículos 9 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 6 y 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (véanse los párrafos 73, 74, 85 y 97 del fallo), incumbe ahora a la Corte determinar, a la luz de las conclusiones finales de Guinea, qué consecuencias derivan de esos actos internacionalmente ilícitos que comprometen la responsabilidad internacional de la República Democrática del Congo.

La Corte recuerda que “la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si no se hubiera cometido dicho acto” (*Fábrica de Chorzów, fondo, fallo No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17*, pág. 47). Cuando ello no sea posible, la reparación puede tomar “la forma de la indemnización o la satisfacción, o incluso de la indemnización y la satisfacción” (*Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, fallo de 20 de abril de 2010, párr. 273). A la luz de las circunstancias de la causa,

en particular del carácter fundamental de las obligaciones en materia de derechos humanos violadas y de la pretensión de Guinea de reparación en forma de indemnización, la Corte opina que, además de la constatación judicial de las violaciones, la reparación debida a Guinea por los daños sufridos por el Sr. Diallo debe tomar la forma de indemnización.

A este respecto, Guinea pidió en sus conclusiones finales que la Corte difiriera su fallo sobre la cuantía de la indemnización, para que las partes llegaran a un arreglo concertado sobre ese punto. Si las partes no pudieran hacerlo “dentro de un período de seis meses a contar de la emisión del [presente] fallo”, Guinea también pidió a la Corte que la autorizara a presentar una evaluación de la cuantía de la indemnización que se le debe, para que la Corte decida sobre esta cuestión “en una fase posterior del procedimiento” (véase el párrafo 14 del fallo).

La Corte opina que las partes deben efectivamente llevar a cabo negociaciones para ponerse de acuerdo acerca de la cuantía de la indemnización que debe pagar la República Democrática del Congo a Guinea en razón de los daños resultantes de las detenciones y la expulsión ilícitas del Sr. Diallo en 1995-1996, incluida la pérdida resultante de sus efectos personales.

Como la demanda por la que se incoó el procedimiento en la presente causa se presentó en diciembre de 1998, la Corte considera que la buena administración de justicia exige que se termine el proceso a la brevedad, y que, por lo tanto, el período para negociar un acuerdo sobre indemnización deba ser limitado. Por consiguiente, la Corte determina que, en caso de no lograrse un acuerdo entre las partes dentro de los seis meses siguientes al dictado del presente fallo sobre la cuantía de la indemnización que deberá pagar la República Democrática del Congo, el punto será resuelto por la Corte misma en una fase ulterior del procedimiento. Como ha sido suficientemente informada de los hechos de la presente causa, la Corte determina que un solo intercambio de alegatos escritos de las partes será suficiente para que decida sobre la cuantía de la indemnización.

\*  
\*   \*  
\*

#### **Declaración conjunta de los Magistrados Al-Khasawneh, Simma, Bennouna, Cañado Trindade y Yusuf**

Los Magistrados Al-Khasawneh, Simma, Bennouna, Cañado Trindade y Yusuf votaron en contra del primer apartado de la parte dispositiva del fallo, según la cual “la pretensión de la República de Guinea relativa a la detención y la prisión del Sr. Diallo en 1988-1989 es inadmisibles”, porque estiman que dicha pretensión, aun cuando se haya presentado tardíamente, está comprendida en el objeto de la controversia tal como se definió en la demanda por la que se incoó el procedimiento.

Los Magistrados lamentan que la mayoría se haya contentado con hacer un análisis formal de las circunstancias

de las detenciones y la prisión del Sr. Diallo en 1988-1989 y 1995-1996, y los fundamentos jurídicos de ellas que han sido alegadas por la República Democrática del Congo, sin preocuparse por la continuidad que existe entre las detenciones del Sr. Diallo y los intentos de cobrar los créditos que según se decía adeudaban el Estado y sociedades congoleñas a las sociedades Africom-Zaire y Africontainers-Zaire. En opinión de los magistrados, las detenciones de 1988-1989 y 1995-1996 se llevaron a cabo por las mismas razones y tuvieron el mismo carácter arbitrario.

Además, como la República Democrática del Congo fue informada por Guinea en una etapa bastante temprana de la nueva pretensión atinente a los hechos relacionados con 1988-1989 y tuvo la oportunidad de controvertirlos durante los argumentos orales que tuvieron lugar en abril de 2010, los Magistrados estiman que la Corte tenía ante sí pruebas que le permitían pronunciarse sobre todas las violaciones del derecho internacional cometidas por la República Democrática del Congo sobre la persona del Sr. Diallo. En su opinión, si se hubiera pronunciado sobre la nueva pretensión, la Corte habría satisfecho las exigencias de la seguridad jurídica y la buena administración de justicia en una causa basada en el ejercicio de la protección diplomática, cuyo alcance comprende los derechos humanos internacionalmente garantizados.

#### **Opinión disidente conjunta de los Magistrados Al-Khasawneh y Yusuf**

Los Magistrados Al-Khasawneh y Yusuf anexaron una opinión disidente conjunta en la que expusieron las razones por las que no estuvieron de acuerdo con el párrafo 6 de la parte dispositiva, que dice que la Corte “[d]etermina que [la República Democrática del Congo] no ha violado los derechos propios del Sr. Diallo como socio en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire”.

“Por el contrario”, argumentaron los dos magistrados, se cometió una gran injusticia para con el Sr. Diallo, no solo en lo tocante a sus derechos personales sino también a sus derechos como socio, mediante su detención y su expulsión que tuvieron la finalidad, o por lo menos el efecto, de causar grandes pérdidas a sus sociedades.

Esa injusticia fue aún más enorme porque, a diferencia de la causa relativa a la *Barcelona Traction*, él se identificaba con sus dos sociedades, de las que era el único socio y gerente.

Éste es un precedente peligroso para los pequeños inversionistas no protegidos por tratados bilaterales o multilaterales. Todo lo que tiene que hacer un Estado es expulsar al único socio o a varios de ellos y la sociedad no tendrá un protector si se ha constituido en el mismo Estado que llevó a cabo el alegado acto ilícito. De hecho, ello equivale a una expropiación indirecta sin indemnización, e incluso sin necesidad de demostrar un interés público legitimante.

Por otro lado, los inversionistas protegidos por tratados estarán resguardados, y si bien esto puede ser afortunado

para ellos, crea una situación jurídica muy poco satisfactoria en la cual para algunos el alcance del derecho de las inversiones es mucho mayor de lo que pretendía Guinea, mientras que el nivel de protección del derecho consuetudinario es bajo para los condenados de la tierra como el Sr. Diallo.

En una lectura más minuciosa, el fallo en la causa *Barcelona Traction* no sirve de apoyo para el menor nivel de protección otorgado en el fallo de 2007 y el actual. En *Barcelona Traction* se contempló una relación triangular (España, Canadá, Bélgica) en la cual la protección diplomática nunca estuvo en el reino de la ficción. En el presente caso la relación es bilateral y no hay posibilidad alguna de protección diplomática por el Estado de nacionalidad de la sociedad.

Además, el tamaño de la sociedad es importante y los papeles del socio y el gerente son pertinentes. La Corte aplicó un enfoque del tipo “el mismo tamaño sirve para todos” y ello ha llevado a algunos resultados surrealistas. La Corte exige que el Sr. Diallo tenga asambleas generales antes de poder determinar que sus derechos propios como socio han sido violados, pero ¿por qué debería un único socio y gerente indigente y exiliado celebrar una asamblea general consigo mismo?

En lo tocante a la cuestión más central de su derecho a “la propiedad de sus sociedades”, la Corte no tuvo en cuenta los importantes desarrollos del derecho convencional de las inversiones y del derecho de los derechos humanos que habrían dado al Sr. Diallo posibilidades de recursos. Los dos Magistrados exploraron esas ramas del derecho y llegaron a la conclusión de que el derecho estaba mucho más adelantado y era más matizado que el fallo de la Corte. La Corte perdió una oportunidad de hacer justicia al Sr. Diallo y de tal modo armonizar el criterio del derecho consuetudinario con el criterio aplicado en el moderno derecho de las inversiones extranjeras.

#### **Declaración conjunta de los Magistrados Keith y Greenwood**

En su declaración conjunta, los Magistrados Keith y Greenwood exponen las razones por las cuales discrepan con la interpretación que hace la Corte de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos que rigen la expulsión de los no ciudadanos. La Corte determina que esas disposiciones prohíben las expulsiones que sean de naturaleza arbitraria, permitiendo la revisión por un tribunal de si la expulsión estuvo justificada en cuanto al fondo. Las razones por las cuales los Magistrados discrepan con esa interpretación se basan en los términos de las disposiciones particulares, que no imponen tal límite; en la contraposición con los términos de las disposiciones de los dos tratados que sí establecen, respecto de las injerencias con los derechos que enuncian, límites sustantivos fundados en la arbitrariedad; en la historia de la redacción de las disposiciones del Pacto, y en las opiniones del Comité de Derechos Humanos y la Comisión Africana.

Los Magistrados Keith y Greenwood ponen de relieve que, al imponer la promulgación y la aplicación de normas legislativas nacionales que regulen la expulsión y, en el caso del Pacto, al imponer determinados derechos procesales particulares, el Pacto y la Carta brindan importantes protecciones contra las acciones arbitrarias. “La historia de la libertad, se ha dicho sabiamente, es en gran medida la historia de la observancia de las salvaguardias procesales.” Los hechos de la causa, en opinión de los magistrados, demuestran la fuerza de esa proposición: las detenciones y prisiones que precedieron a la expulsión fueron ilícitas por flagrantes violaciones de las prescripciones del derecho de la República Democrática del Congo y la expulsión misma fue, asimismo, violatoria de las obligaciones procesales establecidas en el Pacto. En razón de esas violaciones, los Magistrados concuerdan con las conclusiones de la Corte acerca de las detenciones, las prisiones y la expulsión.

#### **Opinión disidente del Magistrado Bennouna**

El Magistrado Bennouna estima que el carácter arbitrario de la detención, la prisión y en definitiva la expulsión del Sr. Diallo de la República Democrática del Congo tuvieron como resultado la violación de sus derechos propios como único socio de las dos sociedades, Africom-Zaire y Africontainers-Zaire. En su opinión, la Corte no aceptó esa violación porque recayó en un enfoque formalista que no guarda relación con la realidad de la presente causa, pues el Estado congolés forzó al Sr. Diallo a salir de su territorio para que no pudiera seguir ejerciendo sus derechos propios como único socio de sus dos sociedades. Según el Magistrado Bennouna, al obstaculizar el ejercicio por el Sr. Diallo de sus derechos propios como socio, la República Democrática del Congo ha cometido actos ilícitos que comprometen su responsabilidad internacional.

#### **Opinión separada del Magistrado Cançado Trindade**

1. En su opinión separada, compuesta de 13 partes, el Magistrado Cançado Trindade, que votó a favor de los puntos 2, 3, 4, 7 y 8 y en contra de los puntos 1, 5 y 6 de la parte dispositiva, presenta los fundamentos de su posición personal sobre los asuntos tratados en el presente fallo de la Corte. Comienza su opinión separada identificando (parte I) el *sujeto de los derechos* y el *objeto de la pretensión* en este caso concreto: la presente causa se refiere, en realidad, a los derechos *individuales* del Sr. A. S. Diallo, a saber, su derecho a la libertad y la seguridad de la persona, su derecho a no ser expulsado de un Estado sin fundamentos legales, y su derecho individual a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

2. A continuación dedica sus consideraciones al *derecho aplicable* en la presente causa (parte II), a saber, las disposiciones pertinentes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966 (párrafos 1 a 4 del artículo 9 y artículo 13), de la Carta Africana de

Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (artículo 6 y párrafo 4 del artículo 12) y de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares (apartado b) del párrafo 1 del artículo 36). El Magistrado Cançado Trindade señala que la presente causa es, pues, significativamente, una *causa contenciosa interestatal ante la CIJ*, atinente en su totalidad a los derechos del individuo afectado (el Sr. A. S. Diallo), y las consecuencias jurídicas de su alegada violación, con arreglo a un tratado de derechos humanos de las Naciones Unidas, un tratado regional de derechos humanos y una convención de codificación de las Naciones Unidas. Éste es un rasgo significativo de la presente causa, única en la historia de la CIJ.

3. Además, ésta es la primera vez en su historia que la CIJ ha constatado violaciones de los dos tratados de derechos humanos en cuestión *juntos* (el Pacto y la Carta Africana), así como de la disposición pertinente de la Convención de Viena de 1963, todo en el marco de la universalidad de los derechos humanos. A continuación dedica su análisis (desde la perspectiva del *sujeto de derechos*) a la reivindicación por el Sr. A. S. Diallo de los derechos protegidos (parte III). Éstos comprenden, en su opinión, el derecho a la libertad y la seguridad personal (con respecto a las detenciones y prisiones del Sr. A. S. Diallo de 1988-1989, así como a las de 1995-1996), el derecho a no ser expulsado de un Estado sin fundamentos legales, el derecho a no ser sometido a malos tratos y el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

4. El Magistrado Cançado Trindade considera que nuestro tiempo es la época de un nuevo *jus gentium*, centrado en los derechos de la persona humana, individual o colectivamente. Es digno de elogio tanto para Guinea como para la República Democrática del Congo que la CIJ haya sido llamada, en el curso del procedimiento sobre el fondo, a resolver una controversia sobre la base de dos tratados de derechos humanos y una disposición pertinente de una convención de codificación de las Naciones Unidas. Con respecto al fondo (y a la reparación), ésta se convirtió en una causa relacionada con la protección de *los derechos humanos*. La protección diplomática fue el *medio* por el cual la demanda fue presentada originalmente ante la Corte. Sin embargo, una vez que la protección diplomática, inevitablemente de carácter discrecional, hubo desempeñado su papel *instrumental*, la causa ante la Corte pasó a ser *sustancialmente* una causa relacionada con la protección de los derechos humanos.

5. La siguiente parte (IV) de su opinión separada está dedicada a la *hermenéutica* de los tratados de derechos humanos (en cuanto tiene incidencia en la resolución de este caso concreto). Si bien en el derecho internacional tradicional ha habido una marcada tendencia a aplicar una interpretación más bien restrictiva, en el derecho internacional de los derechos humanos, de manera bastante distintiva, se ha hecho un claro y especial hincapié en el elemento del objeto y el fin del tratado, de modo de asegurar una protección efec-

tiva (*effet utile*) de los derechos garantizados, sin menoscabo de la regla general del artículo 31 de las dos convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados (1969 y 1986).

6. Si bien en el derecho internacional general los elementos para la interpretación de los tratados se desarrollaron principalmente como directrices para el proceso de interpretación por los propios Estados partes, los tratados de derechos humanos, a su vez, han requerido una interpretación de sus disposiciones que tenga presente el carácter esencialmente *objetivo* de las obligaciones contraídas por los Estados partes: dichas obligaciones se dirigen a la protección de los derechos humanos y no al establecimiento de derechos subjetivos y recíprocos para los Estados partes. Los tratados de derechos humanos han propugnado la interpretación *autónoma* de sus disposiciones (por referencia a los respectivos sistemas jurídicos internos).

7. Además, la interpretación dinámica o *evolutiva* de esos tratados (la dimensión temporal) ha sido aplicada en la jurisprudencia constante tanto del Tribunal Europeo como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de satisfacer las cambiantes necesidades de la protección de los seres humanos (con arreglo al Convenio europeo o a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente). El propio derecho internacional general es prueba del principio (subsumido en la regla general de interpretación del artículo 31 de las dos convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados) según el cual la interpretación debe permitir que el tratado surta los efectos apropiados. En la presente esfera de la protección, se ha utilizado al Derecho internacional a fin de mejorar y fortalecer —y jamás debilitar o socavar— la salvaguardia de los derechos humanos reconocidos (en aplicación del principio *pro persona humana, pro victima*).

8. El Magistrado Cançado Trindade añade que tanto el Tribunal Europeo como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han establecido con razón límites al voluntarismo estatal, han salvaguardado la integridad de las respectivas convenciones de derechos humanos y la primacía de las consideraciones de orden público por encima de la “voluntad” de los distintos Estados, han establecido estándares más elevados para el comportamiento de los Estados y han establecido cierto grado de control respecto de la imposición de restricciones indebidas por parte de los Estados, y han realizado, alentadoramente, la posición de los individuos como sujetos del derecho internacional de los derechos humanos, con plena capacidad procesal. Los dos tribunales internacionales de derechos humanos han hecho un correcto uso de las técnicas del derecho internacional público a fin de fortalecer sus respectivas jurisdicciones de protección de la persona humana. En cuanto al derecho sustantivo, la contribución de los dos tribunales internacionales de derechos humanos a estos efectos resulta ilustrada por numerosos ejemplos de sus respectivas jurisprudencias relacionadas con

los derechos protegidos con arreglo a las dos convenciones regionales.

9. La parte siguiente (V) de su opinión separada se refiere al *principio de humanidad*. Pese a la actual tendencia a enfocar este principio en el marco del derecho internacional humanitario, a juicio del Magistrado Cançado Trindade el principio de humanidad posee una dimensión aún mayor: se aplica en las más diversas circunstancias, tanto en tiempo de conflictos armados como en tiempo de paz. En el primero, se aplica en las relaciones de poder público con todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado de que se trate. Ese principio tiene una notoria incidencia cuando dichas personas están en una situación de vulnerabilidad, o incluso de *indefensión*, como lo demuestran las disposiciones de distintos tratados que integran el derecho internacional de los derechos humanos (por ejemplo, entre otras, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990, párrafo 1 del artículo 17; la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, apartado b) del artículo 37; la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, artículo 5; la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, artículo 5; la Convención de 1969 que regula los aspectos propios de los problemas de los refugiados en África, párrafo 2 del artículo II).

10. El Magistrado Cançado Trindade sostiene que el principio de humanidad permea todo el *corpus juris* de la protección internacional de los derechos de la persona humana (que abarca el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados), en los niveles mundial (Naciones Unidas) y regional. El principio en cuestión sirve de ilustración de las aproximaciones o convergencias entre esas ramas complementarias, a nivel hermenéutico, y también se manifiesta en los niveles normativo y operacional. Con respecto a la presente causa *A. S. Diallo*, el principio de humanidad está en la base del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que protege la integridad personal del individuo, contra los malos tratos, así como el artículo 10 del Pacto (relativo a los detenidos), que comienza diciendo que “[t]oda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (párr. 1). Ello comprende no solo la obligación negativa de no maltratar (artículo 7), sino también la obligación positiva de asegurar que un detenido, bajo el poder del Estado, sea tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

11. El principio de humanidad ha sido objeto de reconocimiento judicial —continúa— del que sirven de ejemplo algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Internacional Penal *ad hoc* para la ex Yugoslavia. Además, el principio en cuestión orienta la forma en que se trata a los demás, extendiéndose a todas

las formas de comportamiento humano y a la totalidad de la condición de la existencia humana. En su visión, el derecho internacional no es para nada insensible a ello, y el principio en cuestión se aplica en toda circunstancia, de modo de prohibir los tratos inhumanos y asegurar la protección para todos, incluidos los que están en una situación de gran vulnerabilidad. En suma, el *humanitarismo* [*humaneness*] debe condicionar el comportamiento humano en todas las circunstancias.

12. El Magistrado Cançado Trindade señala a continuación que el principio de humanidad armoniza con el pensamiento del derecho natural; subyace al pensamiento clásico sobre el trato humanitario y el mantenimiento de relaciones sociables, también en el nivel internacional. El humanitarismo pasa al primer plano aún con mayor fuerza en el trato a las personas en situación de vulnerabilidad, o incluso de indefensión, como las que están privadas de su libertad personal, por cualquier motivo. Recuerda que el *jus gentium* —cuando comenzó a corresponder al derecho internacional [*“law of nations”*]— llegó a ser concebido por sus “padres fundadores” (F. de Vitoria, A. Gentili, F. Suárez, H. Grotius, S. Pufendorf, C. Wolff, que propugnaban un *jus gentium* inspirado por el principio de humanidad *lato sensu*) —como una regulación de la comunidad internacional constituida por los seres humanos socialmente organizados en los Estados (emergentes) y coextensiva con la humanidad, conformando así el derecho *necesario* de la *societas gentium*. Esta última prevalecía sobre la “voluntad” de los distintos Estados, respetuosa de la persona humana, en beneficio del bien común. Concluye sobre este punto que el legado del pensamiento del derecho natural, evocando al derecho natural de la recta razón humana (*recta ratio*), nunca se ha desvanecido, y esto debería destacarse vez tras vez.

13. Su próximo conjunto de consideraciones (parte VI) está centrado en la cuestión clave de la prohibición de la *arbitrariedad* en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, para la consideración de la presente causa de *A. S. Diallo*. Después de examinar la noción de “arbitrariedad” en el pensamiento jurídico, el Magistrado Cançado Trindade la considera a la luz de los tratados e instrumentos sobre derechos humanos, que conforman un *derecho de la protección* (un *droit de la protection*), orientado hacia la salvaguardia de la parte ostensiblemente más débil, la víctima. Consiguientemente, la prohibición de la *arbitrariedad* abarca hoy en día la detención y la prisión, así como otros actos de poder público, como las expulsiones. Teniendo presente la hermenéutica de los tratados de derechos humanos (*supra*), una interpretación meramente exegética o literal de las disposiciones convencionales sería totalmente injustificada.

14. A continuación examina y evalúa la posición del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y la construcción jurisprudencial de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre el asunto en

cuestión. Concluye que todos ellos apuntan hacia una firme prohibición de la arbitrariedad en distintas circunstancias; esa prohibición no está limitada al derecho a la libertad personal, sino que se extiende análogamente a otros derechos protegidos por los respectivos tratados o convenciones sobre derechos humanos. Abarca, análogamente, el derecho a no ser expulsado arbitrariamente de un país, el derecho a un juicio justo, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el derecho a un recurso efectivo, o cualquier otro derecho protegido. En la concepción del Magistrado Cançado Trindade, ésta es, epistemológicamente, la postura correcta a este respecto, habida cuenta del carácter interrelacionado y la indivisibilidad de todos los derechos humanos.

15. El intento de dar una visión restrictiva de la prohibición de la arbitrariedad, o un enfoque atomizado de ella, sería totalmente injustificado. Asimismo, chocaría con la perspectiva correctamente sostenida por los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos tales como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y por los tribunales internacionales de derechos humanos tales como la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo. La letra y el espíritu de las disposiciones pertinentes de los tratados de derechos humanos convergen en señalar hacia la misma dirección: la prohibición absoluta de la arbitrariedad, con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos en su conjunto. En la percepción del Magistrado Cançado Trindade, subyace a todo este asunto el imperativo del acceso a la justicia *lato sensu*, el *derecho al Derecho* (*the right to the Law, le droit au Droit*), el derecho a la realización de la justicia en una sociedad democrática.

16. En la siguiente parte de su opinión separada (VII), el Magistrado Cançado Trindade examina el contenido *material* de los derechos protegidos con arreglo al presente fallo (derecho a la libertad y la seguridad de la persona, y derecho a no ser expulsado de un Estado sin fundamento legal), y la interrelación entre ellos; en lo tocante al derecho a la información sobre la asistencia consular en el universo conceptual de los derechos humanos, dedica toda una sección (parte VIII) de su opinión separada a su construcción jurisprudencial. A este respecto, se concentra en el derecho individual a la información sobre la asistencia consular más allá de la dimensión interestatal, y examina y evalúa lo que percibe como el proceso de *humanización* del derecho consular a ese respecto, y lo que considera la *irreversibilidad* de ese avance de la humanización.

17. A pesar de que el derecho a la información sobre la asistencia consular fue inicialmente enunciado en una disposición (apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares) pensada en función de las relaciones consulares, y consagrada en 1963 dentro de una óptica en apariencia predominantemente interestatal, el hecho es que en la práctica posterior llegó a ser considerado como un *derecho individual*, dentro del

universo conceptual de los derechos humanos. A este respecto, a fin de clarificar la naturaleza jurídica y el contenido del derecho en cuestión, al final de la audiencia pública de la Corte celebrada el 26.04.2010, el Magistrado Cançado Trindade formuló a las dos partes en litigio en la presente causa *A. S. Diallo*, la pregunta de si la disposición del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 se agotaba en las relaciones entre el Estado de envío (de nacionalidad) y el Estado receptor (de residencia); asimismo les preguntó si el Estado de envío (de nacionalidad), o el individuo afectado, era el sujeto (titular) del derecho en cuestión. Sobre la base de las respuestas dadas por las dos partes en litigio (Guinea y la República Democrática del Congo), el Magistrado Cançado Trindade concluyó que era claramente un derecho individual, y que no se había hecho efectivo en la presente causa.

18. A continuación pasó a examinar y evaluar la construcción jurisprudencial del derecho en cuestión hasta la fecha. Recordó que, aún antes de los *obiter dicta* pertinentes de la CIJ en las causas *LaGrand* (2001) y *Avena* (2004), la primera y pionera articulación del derecho individual a la información sobre la asistencia consular fue elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte Interamericana) en su opinión consultiva No. 16, de 01.10.1999, titulada “*El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*”. Esa opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue expresamente invocada por las partes en litigio, y utilizada como argumento principalmente por los Estados demandantes, en las causas *LaGrand* (*Alemania c. Estados Unidos*) y *Avena* (*México c. Estados Unidos*) ante esta Corte.

19. Añadió que la Corte Interamericana había adoptado el enfoque correcto, al considerar al asunto presentado ante ella en el marco de la evolución de los “derechos fundamentales de la persona humana” en el derecho internacional contemporáneo. La Corte Interamericana sostuvo la opinión de que el derecho individual a la información con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 hace efectivo el derecho al debido proceso legal. La Corte Interamericana vinculó el derecho en cuestión a la evolución de las garantías de debido proceso legal, —un enfoque que ha servido de inspiración para la incipiente jurisprudencia internacional, *in statu nascendi*, sobre el punto. Así pues, si se produce un incumplimiento del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena de 1963, opera en detrimento no solo de un Estado Parte sino también de los seres humanos afectados.

20. Esa opinión consultiva fue seguida, cuatro años después, en la misma línea de pensamiento, por la opinión consultiva No. 18 de la Corte Interamericana, de 17.09.2003, titulada “*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*”. Esta opinión consultiva abrió una nueva perspectiva para la protección de los migrantes, al reconocer la

prevalencia de los derechos inherentes a los seres humanos, independientemente de su condición migratoria. La Corte Interamericana dejó en claro que los Estados deben respetar y asegurar el respeto de los derechos humanos a la luz del principio general y básico de igualdad y no discriminación, y que todo trato discriminatorio en lo tocante a la protección y el ejercicio de los derechos humanos genera la responsabilidad internacional de los Estados. En opinión de la Corte Interamericana, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*, con las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección (en sus dimensiones horizontal y vertical). Esta construcción jurisprudencial apunta en una dirección clara: la asistencia y la protección consulares han llegado a estar mucho más próximas a la protección de los derechos humanos.

21. Es así que la asistencia y la protección consulares efectivamente han pasado por un proceso de *jurisdiccionalización*, integrando, a la luz de la perspectiva adelantada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la concepción ampliada del *debido proceso legal*, propia de nuestro tiempo. Hoy en día se está comprendiendo gradualmente esto, pues si bien la protección diplomática sigue siendo ineluctablemente discrecional, por corresponder a una insatisfactoria dimensión interestatal, la asistencia y la protección consulares están ahora vinculadas a las garantías obligatorias del debido proceso legal, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. Los beneficiarios últimos de esta evolución son los individuos que se enfrentan a la adversidad, particularmente los que están privados de su libertad personal en el extranjero.

22. La opinión consultiva No. 16 (de 1999) de la Corte Interamericana, titulada “*El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco del debido proceso legal*”, fue ampliamente tomada como fundamento por las partes en litigio en los procedimientos (fases escrita y oral) ante la CIJ en las causas *LaGrand* y *Avena*, aunque la CIJ prefirió guardar silencio sobre ese precedente judicial, y en ninguna de esas ocasiones hizo referencia a él. En la causa *Avena* (fallo de 31.03.2004), la CIJ se encontraba ante la afirmación de México —claramente conforme a la mencionada opinión consultiva No. 16 de 1999 de la Corte Interamericana (*supra*)— de que si se infringe el derecho en cuestión, con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena de 1963, ello “producirá *ipso facto* el efecto de viciar todo el proceso de las actuaciones penales tramitadas con violación de ese derecho fundamental” (párr. 124).

23. La CIJ dijo que no tenía necesidad de decidir esa cuestión, y que, en todo caso, en su opinión “ni el texto ni el objeto y el fin de la Convención, ni tampoco ninguna indicación en los trabajos preparatorios, apoyan la conclusión que México saca de su afirmación a ese respecto” (párr. 124). Y la CIJ prontamente concluyó que no se podía hacer lugar a la petición de México (párr. 125). La presente causa de *A. S. Diallo* brindaba en opinión del Magistrado Cançado Trin-

dade, una oportunidad única para que la Corte clarificara y sostuviera su posición sobre este punto en particular. Después de todo, el punto se volvía a plantear ante ella.

24. Siendo así, y en contra de lo que dijo la Corte en la causa *Avena*, el Magistrado Cançado Trindade sostuvo, en relación con los debates planteados en la presente causa *A. S. Diallo*, que la opinión de que el apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 vincula al derecho individual en cuestión —en el marco de la protección de los derechos humanos— con las garantías del debido proceso legal, está apoyada por el texto del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 y por *el objeto y el fin* de dicha Convención, así como por sus trabajos preparatorios. En cuanto al *texto*, la última frase del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 no deja duda alguna acerca de que es *el individuo*, y *no el Estado*, quien es el titular del derecho a ser informado sobre la asistencia consular; por más entrelazada que esté esa disposición con las obligaciones de los Estados partes, éste es claramente un *derecho individual*. Si ese derecho individual es violado, las garantías del debido proceso legal resultarán ineluctablemente afectadas.

25. Por su parte, *el objeto y el fin* de la Convención de Viena de 1963 —continúa el Magistrado Cançado Trindade— radican en la *comunidad* de intereses de todos los Estados partes en la Convención de Viena de 1963, en el sentido de que debe asegurarse el cumplimiento por los Estados partes de todas las obligaciones prescritas en ella —incluida la obligación de hacer efectivo el derecho individual en cuestión. Consiguientemente, en lo tocante a la asistencia consular, la preservación y la garantía de efectividad del derecho individual a la información sobre ella (apartado b) del párrafo 1 del artículo 36) se vuelve esencial para el logro del objeto y el fin de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

26. Por último, pero no menos importante, sobre este asunto en particular, el Magistrado Cançado Trindade examina en su opinión separada los trabajos preparatorios de esa disposición de la Convención de Viena de 1963, y encuentra valiosas indicaciones en el mismo sentido, particularmente en los debates de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones Consulares, celebrada en 1963 en Viena. Ya en esa época (tres años antes de la adopción de los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respectivamente), en los debates de 1963 en la Conferencia de Viena, no menos de 19 intervenciones apuntaron en la misma dirección, a saber, que ya había conciencia entre las delegaciones participantes acerca de la necesidad de insertar al derecho a la información sobre la asistencia consular en el universo conceptual de los derechos humanos.

27. Además de esas intervenciones, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados presentó a la Conferencia de Viena de 1963 un memorando en el que

señalaba que el artículo 36 del proyecto de convención era una de las dos disposiciones que tenía directa incidencia en su propia labor, en lo tocante a la protección de los derechos de los nacionales del Estado de envío en el Estado de residencia. Había efectivamente conciencia acerca del imperativo de la protección de los derechos humanos, *incluso antes de la adopción de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) en 1965 y de los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1966*, en la primera etapa de la fase legislativa de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas.

28. Esa conciencia, captada más de tres decenios después por la Corte Interamericana en su opinión consultiva No. 16 (1999) —consolidada por su opinión consultiva No. 18 (2003)— a la que contribuyó decisivamente el proceso de *humanización* del derecho consular, yendo mucho más allá de la dimensión interestatal. Según estima el Magistrado Cançado Trindade, ese avance de la humanización del derecho consular ha de ser irreversible. La conciencia humana, la *conciencia jurídica universal* (como última fuente material del derecho internacional), fue pronto despertada a fin de satisfacer una acuciante necesidad en ese sentido, la de la protección de los seres humanos en todas las circunstancias, incluso en situaciones de privación de la libertad personal en el extranjero.

29. Es algo que no permite dar pasos atrás ni tener vacilaciones. Una clara manifestación de esta Corte en el mismo sentido —a saber, que el derecho a la información sobre la asistencia consular pertenece al universo conceptual de los derechos humanos, y su no realización afecta ineluctablemente a las garantías judiciales, viciando el debido proceso legal— sería realmente tranquilizante. La Corte podía haberlo hecho en la presente causa *A. S. Diallo* —dado que el punto fue planteado ante ella en el curso de la fase oral del procedimiento en este caso concreto— pero la Corte prefirió encarar de manera bastante sumaria la consideración del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 en el presente fallo.

30. En la siguiente parte (IX) de su opinión separada, el Magistrado Cançado Trindade examina la noción de “situación continuada”, a la luz de la proyección de las violaciones de los derechos humanos en el tiempo, y de las decisiones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el punto, así como de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a este respecto. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, los agravios sufridos por el Sr. A. S. Diallo en la presente causa revelan un *nexo fáctico* entre las detenciones y prisiones de 1988-1989 y las de 1995-1996, antes de su expulsión del país de residencia en 1996. Esos agravios, *extendidos en el tiempo*, constituyeron una violación del derecho aplicable en la presente causa (artícu-

los 9 y 13 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6 y párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares), interpretado en aplicación de la hermenéutica de los tratados de derechos humanos (*supra*).

31. En el tiempo de sus detenciones y su prisión, el Sr. A. S. Diallo no fue informado de la acusación formulada contra él, ni podía haber ejercido sin demora su derecho a la información sobre la asistencia consular. Sus agravios estuvieron rodeados de arbitrariedad por parte de las autoridades estatales. Además, hubo una cadena de causalidad, un *nexo causal*, en esa *continuidad* de acontecimientos, que debe tenerse presente (con una directa incidencia en la reparación debida al Sr. A. S. Diallo), pero que lamentablemente la mayoría de la Corte omitió considerar. La proyección de los derechos humanos en el tiempo también plantea la cuestión de la prolongada falta de acceso a la justicia.

32. Ese *nexo causal* podía por lo menos haber sido considerado como una prueba presentada ante la Corte, pero fue simplemente desechado por la mayoría de la Corte. Por lo menos la Corte podía —y en opinión del Magistrado Cançado Trindade debía— haber tenido en cuenta las circunstancias de las detenciones y la prisión en 1988-1989 en su consideración de las detenciones y la prisión de 1995-1996, antes de la expulsión del Sr. A. S. Diallo de la República Democrática del Congo en 1996. Teniendo presentes el *nexo fáctico* y el *nexo causal* mencionados —concluye sobre este punto el Magistrado Cançado Trindade— mal podría negarse que existió una *situación continuada* de violaciones de los derechos individuales del Sr. A. S. Diallo, en el período comprendido entre 1988 y 1996.

33. La siguiente línea de reflexiones del Magistrado Cançado Trindade (parte X) se refiere al individuo afectado como víctima y como titular del derecho a reparación. Como los puntos resolutivos 7 y 8 (deber de dar una reparación adecuada) de la parte dispositiva del fallo de la Corte en la presente causa *A. S. Diallo*, fueron adoptados con su voto afirmativo, el Magistrado Cançado Trindade se considera obligado, además, a expresar su preocupación ante el hecho de que la decisión acerca de la reparación adecuada aún tiene que seguir esperando, hasta que en definitiva la Corte decida más adelante sobre este aspecto (de conformidad con el punto resolutivo 7), en caso de que las partes en litigio no lleguen a un acuerdo sobre esta cuestión dentro de los seis meses próximos. A su juicio, se parece más a un arbitraje que a un procedimiento verdaderamente judicial, y al Magistrado Cançado Trindade le parece algo inquietante.

34. Ello es particularmente así, teniendo presente el tiempo tan largo que ha insumido la tramitación de la presente causa en la Corte (casi 12 años, desde fines de diciembre de 1998 hasta fines de noviembre de 2010), por razones no atribuibles a la Corte misma. En todo caso, esas demoras deben evitarse, *particularmente cuando está en juego la re-*

*paración por violaciones de los derechos humanos.* El nuevo aplazamiento de la determinación de la reparación, por otro período de hasta seis meses, no parece razonable, pues el sujeto (titular) de los derechos violados en la presente causa no es el Estado demandante, sino el individuo afectado, el Sr. A. S. Diallo, que es también el beneficiario final de las reparaciones debidas.

35. Por ello, es claramente adecuado tener presente el derecho *individual* a reparación a la luz del derecho aplicable en este caso concreto, que es el derecho internacional de los derechos humanos. Esta cuestión nos lleva, más allá de la esfera del derecho procesal internacional, a la de la epistemología jurídica, abarcando a nuestra propia concepción del derecho internacional en nuestro tiempo. En la concepción del Magistrado Cançado Trindade, en la presente causa *A. S. Diallo*, el Estado demandante es el reclamante, pero la víctima es el individuo. El Estado demandante reclama una reparación, pero el titular del derecho a reparación es el individuo, cuyos derechos han sido violados. El Estado demandante no sufrió daño alguno, sino que, más bien, incurrió en costos y gastos, al asumir la causa de su nacional en el extranjero. El daño fue sufrido por el individuo mismo (sometido arbitrariamente a detenciones y prisión, así como a la expulsión del Estado de residencia), y no por el Estado de su nacionalidad.

36. El individuo afectado está en el *comienzo* y en el *fin* de la presente causa, y su saga aun no ha terminado, también como resultado de la irrazonable prolongación del procedimiento ante esta Corte. Ya es hora de que esta Corte —añade— supere un indebido apego a la vieja ficción de Vattel, revivida por la CPJI en la ficción de la causa *Mavrommatis* (que no es un principio, sino solo una ficción ampliamente superada). La CIJ no puede seguir razonando dentro de los herméticos parámetros de la dimensión exclusivamente interestatal. El reconocimiento de los daños sufridos por el individuo (párr. 98 del fallo) ha vuelto insostenible la vieja teoría la afirmación de los “derechos propios” (*droits propres*) del Estado, con su subyacente enfoque voluntarista.

37. El titular del derecho a reparación es el individuo, que sufrió los daños, y la acción del Estado en la protección diplomática consiste en asegurar la reparación debida al individuo afectado. Esa acción de ejercer la protección diplomática se dirige a obtener la reparación de un daño, por lo común ya consumado, en detrimento del individuo; la asistencia y la protección consulares, mucho más próximas hoy a la protección de los derechos humanos, son ejercidas en una forma más bien *preventiva*, a fin de evitar un daño probable o un nuevo daño al individuo afectado. Esta afinidad entre la asistencia y la protección consulares contemporáneas y la protección de los derechos humanos se debe en gran medida al histórico rescate del individuo, de la persona humana, como sujeto del derecho internacional.

38. Si la Corte hubiese aplicado en *la totalidad* del fallo la hermenéutica de los tratados de derechos humanos, invo-

cada por los Estados en litigio a lo largo de *la totalidad* de sus actuaciones, el fallo, a juicio del Magistrado Cançado Trindade, habría sido enteramente mucho más congruente y satisfactorio. En cuanto a la determinación de una reparación adecuada por las violaciones de los derechos consagrados en el Pacto que sufrió la víctima, puede en definitiva equivaler a una indemnización adecuada (siendo improbable la *restitutio in integrum*), entre otras formas de reparación (tales como, por ejemplo, la satisfacción, el pedido público de perdón, la rehabilitación de la víctima, las garantías de no repetición de los actos dañosos), por las violaciones de los derechos previstos en el Pacto, es decir, por daños materiales y morales, fijados en cierta medida sobre la base de consideraciones de equidad.

39. En casos de esta índole, tales reparaciones deben otorgarse *desde la perspectiva de las víctimas*, los seres humanos (sus pretensiones, necesidades y aspiraciones originales), y no de los Estados. Ello revela un horizonte más ancho en materia de reparaciones, cuando los derechos humanos están en juego. El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas enuncia una obligación *general* de los Estados partes, que se añade a las obligaciones específicas en relación con cada uno de los derechos garantizados en dicho Pacto. La mencionada fórmula general da flexibilidad en lo tocante a la determinación de las medidas de la indemnización u otras formas de reparación a la(s) víctima(s) de que se trate. El objetivo último es, naturalmente, siempre que sea posible, la *restitutio in integrum*, pero, cuando ella no es posible, se debe recurrir al otorgamiento de otras formas adecuadas de reparación.

40. En todo caso, y cualesquiera fueran las circunstancias —reflexiona asimismo el Magistrado Cançado Trindade— se debe tener presente que el deber de dar una reparación refleja un principio fundamental del derecho internacional general, que fue prontamente captado por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), en una fase temprana de su jurisprudencia y que la CIJ hizo suyo en su jurisprudencia. Esa obligación de dar una reparación se rige por el derecho internacional en todos sus aspectos (tales como, por ejemplo, su alcance, sus formas y características y la determinación de los beneficiarios). Consiguientemente, su cumplimiento no puede someterse a modificación o suspensión, en circunstancia alguna, por ningún Estado demandado, mediante la invocación de disposiciones (o dificultades) de su propio derecho interno.

41. En la siguiente parte (XI) de su opinión separada, el Magistrado Cançado Trindade sostiene que la presente causa *A. S. Diallo* demuestra que en el caso se recurrió inicialmente a la protección diplomática, pensando en derechos de propiedad o inversiones, pero la causa, en la etapa de fondo, sufrió una metamorfosis, y se convirtió, alentadoramente, en una causa dirigida en definitiva a la protección de los derechos humanos, de los derechos inherentes a una persona humana, concernientes a su libertad y su seguridad jurídica.

El tratamiento de cada causa en el curso de la decisión judicial internacional tiene una dinámica propia. Sin embargo, el resultado de este caso concreto es alentador, en lo tocante a los derechos protegidos, y contiene un par de lecciones que no pueden pasar inadvertidas.

42. Para comenzar, los intentos de revitalizar la protección diplomática tradicional, con su ineluctable naturaleza discrecional, no deben llevarse a cabo subestimando la protección de los derechos humanos. A juicio del Magistrado Cançado Trindade, el mayor legado del pensamiento jurídico internacional del siglo XX al de este nuevo siglo radica en el histórico rescate de la persona humana como sujeto de derechos emanados directamente del derecho de gentes (*law of nations*), como verdadero sujeto (no solo “actor”) del derecho internacional contemporáneo. El surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos ha enriquecido considerablemente al derecho internacional contemporáneo, tanto en el nivel sustantivo como en el nivel procesal.

43. A fin de brindar una reparación adecuada a las víctimas de los derechos violados, es preciso pasar a la esfera del derecho internacional de los derechos humanos; de ningún modo se puede permanecer dentro de los estrictos y miopes confines de la protección diplomática, como resultado no solo de su ineluctable naturaleza discrecional, sino también de su dimensión estática interestatal. Aquí, las reparaciones exigen una comprensión de la concepción del derecho de gentes centrada en la persona humana (*pro persona humana*). Los seres humanos —y no los Estados— son efectivamente los beneficiarios finales de las reparaciones por las violaciones de los derechos humanos en su detrimento.

44. El Magistrado Cançado Trindade reflexiona que la ficción de Vattel en 1758 (expresada en la fórmula “*Quiconque maltraite un citoyen offense indirectement l’État, qui doit protéger ce citoyen*” [“Todo aquel que maltrate a un ciudadano ofende indirectamente al Estado, que debe proteger a dicho ciudadano”]) ya ha cumplido su función en la historia y la evolución del derecho internacional. El desafío a que se enfrenta hoy la Corte Mundial es de naturaleza diferente y va mucho más allá de esa dimensión interestatal. Requiere que la Corte esté preparada para explorar las formas de incorporar, en su *modus operandi* —comenzando con su propio razonamiento— el reconocimiento de la consolidación de la personalidad jurídica internacional de los individuos, y la gradual afirmación de su capacidad jurídica internacional —para reivindicar derechos que les pertenecen a ellos y no a sus Estados— como sujetos de derechos y portadores de deberes emanados directamente del derecho internacional; en suma, como verdaderos sujetos del derecho internacional.

45. El Magistrado Cançado Trindade añade en sus observaciones finales (parte XII) que, en esta perspectiva y como punto de partida en esta dirección — en su presente fallo en la causa *A. S. Diallo* la Corte tuvo razón en concentrar su atención, en particular, en las violaciones que constató en relación con los artículos 9 y 13 del Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y el artículo 6 y el párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, así como del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Esas disposiciones se refieren a los derechos del Sr. A. S. Diallo como individuo, como persona humana. Las violaciones de sus derechos individuales como socio de las dos sociedades pasan a un primer plano por vía de consecuencia, habiendo sido análogamente afectadas.

46. El sujeto de los derechos violados en la presente causa es el Sr. A. S. Diallo, un individuo. El procedimiento para la reivindicación de la pretensión originalmente utilizado (por el Estado demandante) fue el de la protección diplomática, pero el derecho sustantivo aplicable en la presente causa es el derecho internacional de los derechos humanos. Éste se aplica en el marco de relaciones *intraestatales* (tales como, en la presente causa, las relaciones entre la República Democrática del Congo y el Sr. A. S. Diallo). Al interpretar y aplicar adecuadamente los tratados de derechos humanos, la Corte está aportando su contribución al desarrollo de la aptitud del derecho internacional para regular relaciones tanto en el nivel *intraestatal* como en el nivel *interestatal*.

47. El Magistrado Cançado Trindade argumenta que el hecho de que el procedimiento contencioso ante la CIJ siga siendo exclusivamente interestatal —no por una necesidad intrínseca, ni por una imposibilidad jurídica de que las cosas sean de otra forma— no significa que el *razonamiento* de la Corte deba desarrollarse con una óptica esencial y exclusivamente interestatal, sobre todo cuando es llamada a pronunciarse, en el arreglo pacífico de las correspondientes controversias, sobre cuestiones que van más allá de los intereses de los Estados en litigio, y que pertenecen a los derechos fundamentales de la persona humana, e incluso a la comunidad internacional toda.

48. Las relaciones regidas por el derecho internacional contemporáneo, en distintas esferas de regulación, trascienden en gran medida la dimensión puramente interestatal (por ejemplo, en la protección internacional de los derechos humanos, en la protección internacional del medio ambiente, en el derecho internacional humanitario, en el derecho internacional de los refugiados, en el derecho de las instituciones internacionales, entre otros), y la CIJ, llamada a pronunciarse sobre esas relaciones, no está obligada a ceñirse a una anacrónica óptica interestatal. El anacronismo de su mecanismo de funcionamiento no debe, ni puede, condicionar su *razonamiento*, para permitirle que ejerza fielmente y plenamente sus funciones de órgano judicial principal de las Naciones Unidas en nuestro tiempo.

49. El presente fallo, en lo tocante a los puntos resolutivos 2, 3, 4 y 7 de su parte dispositiva, con los que concuerda el Magistrado Cançado Trindade, constituye en su opinión una valiosa contribución de la jurisprudencia de la Corte al arreglo de controversias originadas a nivel *intraestatal*,

cuando los derechos humanos están en juego. El hecho de que una causa de derechos humanos haya sido finalmente decidida por la propia CIJ es particularmente significativo para el magistrado. Demuestra asimismo que el derecho internacional contemporáneo se ha desarrollado notablemente hasta un punto en que esos Estados mismos consideran adecuado hacer uso de un procedimiento contencioso de esa índole, originalmente ideado en 1920 y confirmado en 1945 para su propio y exclusivo uso, a fin de obtener de la Corte su decisión sobre derechos humanos, sobre derechos inherentes a la persona humana, ontológicamente anteriores y superiores al Estado mismo. Esto va en el sentido de la evolución del derecho internacional para la persona humana (*pro persona humana*), el nuevo *jus gentium* de este comienzo del siglo XXI.

50. Luego de haber tratado de identificar las enseñanzas obtenidas de la presente causa *A. S. Diallo*, el Magistrado Cançado Trindade concluye su opinión separada con un breve epílogo (parte XIII) relativo a su trascendencia histórica. La causa que acaba de resolver la CIJ tenía como demandante a un Estado, y como víctima —y beneficiario de reparación— a un individuo. El Magistrado Cançado Trindade reitera que ésta es la primera vez en su historia que la Corte Mundial ha resuelto una causa sobre la base del derecho aplicable conformado por dos tratados de derechos humanos juntos, uno a nivel universal (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas) y el otro a nivel regional (la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos), además de la disposición pertinente de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (el apartado b) del párrafo 1 del artículo 36), que también se sitúa en la esfera de la protección internacional de los derechos humanos.

51. Es alentador que, debido originalmente al ejercicio de la protección diplomática, la causa del Sr. *A. S. Diallo* haya llegado a esta Corte. Éste fue el punto más avanzado hasta el cual pudo llegar, y llegó, la protección diplomática, un instrumento tradicional. No se puede esperar de ella más de lo que puede dar. Después de todo, es tan tradicional como el fundamento del procedimiento ante la CIJ. Los individuos siguen sufriendo una *capitis diminutio*, pues aún tienen que depender de ese instrumento tradicional para llegar hasta esta Corte, mientras que ya tienen *locus standi in iudicio*, o incluso *jus standi*, ante otros tribunales internacionales contemporáneos. Esto demuestra que epistemológicamente no hay impedimento alguno para que los individuos tengan *locus standi* o *jus standi* también ante la Corte Mundial; lo que falta es el *animus* que lo vuelva posible.

52. No obstante, hay algo a la vez alentador y novedoso en la presente causa *A. S. Diallo* que ahora ha sido resuelta por esta Corte: a partir del procedimiento sobre el fondo (fases escrita y oral), la causa de *A. S. Diallo* ha sido en gran medida considerada y decidida en el marco conceptual del derecho internacional de los derechos humanos. Es este úl-

timo, y no la protección diplomática, el que tiene la aptitud para salvaguardar los derechos de las personas en situación de adversidad, o socialmente marginadas o excluidas, o en situaciones de extrema vulnerabilidad. Esto refleja un gran desafío para la justicia internacional de hoy, un desafío al que solo se puede hacer frente efectivamente en el dominio del derecho internacional de los derechos humanos, más allá de la dimensión puramente interestatal.

53. Además, ésta es la primera vez en su historia que la Corte Mundial ha tenido expresamente en cuenta la contribución de la jurisprudencia de dos tribunales internacionales de derechos humanos, el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana (párr. 68), a la perenne lucha de los seres humanos contra la *arbitrariedad* (párr. 65), abarcando la prohibición de la expulsión arbitraria. Esto revela una nueva mentalidad en relación con otra cuestión relevante. La coexistencia de múltiples tribunales internacionales, que promueve el acceso a la justicia internacional por parte de una cantidad cada vez mayor de justiciables en todo el mundo en distintas esferas de la actividad humana, es prueba de la forma en que se ha desarrollado el derecho internacional contemporáneo en la antigua búsqueda de la realización de la justicia internacional. Los tribunales internacionales contemporáneos tienen mucho que aprender unos de otros.

54. El Artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas dice que esta Corte, la CIJ, será “el órgano judicial principal de las Naciones Unidas”. Además, el Artículo 95 de la Carta de las Naciones Unidas deja abierta la puerta para que los Estados Miembros encomienden la solución de sus diferencias a “otros tribunales en virtud de acuerdos ya existentes o que puedan concertarse en el futuro”. La nuestra se ha convertido en la era de los tribunales internacionales, y éste es un fenómeno sumamente positivo, pues lo que en definitiva importa es la ampliación o la expansión del acceso a la justicia, *lato sensu*, comprendiendo la realización de la justicia.

55. Ésta es otra enseñanza que puede obtenerse de la decisión de la presente causa *A. S. Diallo*, y es efectivamente alentador que la CIJ haya revelado una nueva visión de esta cuestión particular, en lo que tiene que ver con los tribunales internacionales de derechos humanos. Esto es particularmente importante en un momento en que los Estados se fundan, en sus argumentaciones ante esta Corte, en las disposiciones pertinentes de las convenciones de derechos humanos, como Guinea y la República Democrática del Congo han hecho en la presente causa. El Magistrado Cançado Trindade estima alentador que los Estados comiencen a fundarse en los tratados de derechos humanos ante la CIJ, anunciando un movimiento hacia una era en que sea posible que la propia CIJ resuelva causas de derechos humanos. La *conciencia jurídica internacional* se ha despertado por fin a la satisfacción de esta necesidad.

56. La CIJ, en el ejercicio de sus funciones contenciosa y consultiva en los últimos años, se ha referido a las disposiciones pertinentes de un tratado de derechos humanos,

como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o a la labor de su órgano de supervisión, el Comité de Derechos Humanos. La Corte, en su fallo en la presente causa de *A. S. Diallo*, 30 de noviembre de 2010, ha ido mucho más lejos, más allá del sistema de las Naciones Unidas, al reconocer la contribución de la construcción jurisprudencial de otros dos tribunales internacionales, la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También ha considerado la contribución de un órgano internacional de supervisión de los derechos humanos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Los tres sistemas regionales de derechos humanos operan en el marco de la universalidad de los derechos humanos.

57. El Magistrado Cançado Trindade concluye diciendo que los tribunales internacionales contemporáneos deben continuar con su misión común —la realización de la justicia internacional— en un espíritu de respetuoso diálogo, aprendiendo los unos de los otros. Cultivando ese diálogo, atentos a la labor de los otros en cumplimiento de una misión común, los tribunales internacionales contemporáneos abrirán caminos para que no solo los Estados, sino también los seres humanos, en todas partes y con respecto a distintas esferas del derecho internacional, recuperen su fe en la justicia humana. De este modo estarán ampliando y fortaleciendo la aptitud del derecho internacional contemporáneo para resolver controversias surgidas no solo a nivel *interestatal*, sino también a nivel *intraestatal*. Y de este modo estarán esforzándose por asegurar a los Estados, así como a los seres humanos, lo que están buscando: la realización de justicia.

#### **Opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Mahiou**

Pese a que subscribe muchas de las conclusiones a que llegó la Corte en la presente causa, de todos modos respecto de los puntos más importantes, atinentes, primero, a la admisibilidad de la pretensión relacionada con la detención y la prisión del Sr. Diallo en 1988-1989 y, segundo, a la violación de los derechos del Sr. Diallo como socio en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire, al Magistrado *ad hoc* Mahiou no lo han convencido ni las conclusiones adoptadas ni la argumentación expuesta para justificarlas. Corresponde explicar sumariamente las razones por las que no puede acompañar a la Corte sobre esos puntos.

En lo tocante a la pretensión relativa a las detenciones y prisiones en 1988-1989, no hay diferencia entre ellas y las de 1995-1996, ni con respecto a la forma jurídica que revisitaron ni al objeto que perseguían (impedir que el Sr. Diallo cobrara sus créditos contra determinados organismos públicos o privados congolese). Es cierto que la pretensión fue planteada tardíamente, pero según la jurisprudencia de la Corte, como es sabido, no todas las pretensiones nuevas son inadmisibles *ipso facto*, pues “el mero hecho de que una pretensión sea nueva no es en sí mismo decisivo para la cuestión de la admisibilidad”; una pretensión nueva es admisible con arreglo a dicha jurisprudencia si cumple una u otra de las

dos siguientes condiciones: estar implícita en la demanda o surgir directamente de la cuestión que constituye la materia de la demanda. A su juicio, la pretensión relativa a las detenciones y las prisiones en 1988-1989 cumple una u otra de las condiciones, e incluso ambas; en efecto, no son más que el comienzo de una serie de comportamientos de las autoridades congoleseas en un continuum de acciones ilícitas que habrían debido ser declaradas admisibles por la Corte.

En cuanto a los derechos propios del Sr. Diallo, la Corte considera que, si bien la expulsión arbitraria de que fue víctima acarreó algunos impedimentos, éstos no obstaculizaron ni impidieron el ejercicio de esos derechos. El reproche que se hace a ese análisis y a las conclusiones a las que llevó consiste en que no se tuvo en cuenta el contexto particular de la presente causa, en que la evolución de la situación real hizo que una sola persona llegara a ser la única accionista de las dos sociedades, en las que tenía a su cargo la gerencia y el funcionamiento hasta el punto de confundirse con ellas. Así pues, cualquier traba impuesta a los diferentes derechos del socio, como los derechos a participar en las asambleas generales, a ser gerente de las sociedades, a supervisar y controlar el funcionamiento y la gestión de las sociedades, de proceder a su liquidación y a la realización de los bienes residuales, tiene como resultado impedir el ejercicio de esos derechos y en definitiva infringirlos.

Consiguientemente, si bien la Corte reconoció con razón las violaciones de los derechos humanos del Sr. Diallo y previó una reparación a tal efecto, también habría debido contemplar, si no todas, algunas de las violaciones de los derechos propios del Sr. Diallo y haber previsto su indemnización.

#### **Opinión separada del Magistrado *ad hoc* Mampuya**

Antes de exponer sus opiniones sobre las posiciones de fondo adoptadas en el fallo, el Magistrado *ad hoc* Mampuya indica sus reservas de principio con respecto a algunas cuestiones planteadas por el fallo. En primer lugar, con respecto a una cuestión de derecho judicial internacional, observa que, si bien al aceptar conocer de la causa sin que previamente hubiera existido una controversia en la que se hubieran opuesto los dos Estados afectados, Guinea y la República Democrática del Congo, la Corte parecía haber dado la espalda a su jurisprudencia tradicional en la materia, afortunadamente la práctica entre partes volvió a poner las cosas en su lugar. Como prueba, el Magistrado *ad hoc* Mampuya cita la excepción preliminar de Rusia en la causa pendiente entre ella y Georgia acerca de la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, en la cual Rusia impugna la admisibilidad de la demanda de Georgia y argumenta que “la Corte solo puede ejercer su competencia contenciosa cuando *existe realmente una controversia entre las partes ...*” que no existía una controversia interestatal sobre los hechos relativos a la interpretación o la aplicación de la Convención

Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de la que los dos Estados fueran partes. A continuación, el Magistrado *ad hoc* Mampuya expone sus reservas con respecto a ciertas formulas apreciativas empleadas por la Corte y ciertos juicios emitidos por ella en relación con el comportamiento de las autoridades congoleñas, que parecen sumamente perjudiciales para el honor del Estado congolés. Sin demostrarlo, la mayoría insinúa, como en el fallo sobre las excepciones preliminares, que el Congo habría hecho deliberadamente una notificación de “*refoulement*”, en lugar de una notificación de expulsión, a fin de hacer imposible la presentación de recursos contra su decisión, o que debe establecerse que había “un vínculo entre la expulsión del Sr. Diallo y el hecho de que había tratado de cobrar deudas ... iniciando acciones a esos efectos ante los tribunales civiles a” (párr. 82). Si bien pueden comprenderse acusaciones tan graves en boca de la parte demandante, la Corte Mundial no puede asumirlas bajo la forma de una presunción sin fundamento.

Sobre el fondo, el Magistrado *ad hoc* Mampuya precisa las razones por las cuales votó con la mayoría de la Corte acerca de las violaciones por el Congo de los párrafos 1 y 2 del artículo 9 y el párrafo 4 del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de los artículos 6 y 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en relación con la detención, la prisión y la expulsión del Sr. Diallo, especialmente habida cuenta de que esas medidas fueron adoptadas con violación de la propia legislación congoleña. Sin embargo, su interpretación del alcance de esos artículos difiere de la de la Corte en cuanto el fallo exige, además de las condiciones previstas en ellos acerca de la regularidad de la expulsión, una condición adicional no prevista: añade que la expulsión, además de ser conforme a la ley, debe tener un carácter “no arbitrario”. Esto no quiere decir que esa medida pueda ser arbitraria, sino simplemente que las disposiciones aplicables no prevén esa condición. El artículo 13 solo exige que la decisión de expulsar haya sido adoptada “de conformidad con la ley” y que se haya permitido al interesado “exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión” ante “la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente”. Lo mismo se aplica al párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana, que dice que un extranjero “legalmente admitido en un territorio de un Estado Parte en la presente Carta, solo podrá ser expulsado de él en virtud de una decisión tomada de conformidad con la ley”. La interpretación de la Corte asimila esas disposiciones a la del artículo 9 del Pacto, que vincula esa condición no con la expulsión sino con la detención y la prisión. No hay fundamento para esa asimilación, a pesar de la “jurisprudencia” citada por la Corte sobre la base de la práctica del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que también se refiere en su totalidad a la detención y la prisión, y no a la expulsión. El Magistrado estima asimismo, sobre la base del párrafo 2 del artículo 1 del Protocolo No. 7 al Convenio

Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, que se reconoce a las autoridades territoriales cierta latitud en lo tocante a una prerrogativa tan discrecional como la de un Estado para decidir, de conformidad con su ley, admitir o no admitir extranjeros en su territorio, y que no se pueden imponer limitaciones implícitas al ejercicio de esa prerrogativa, ni aún insinuando que es del carácter “arbitrario”.

En cambio, el Magistrado *ad hoc* Mampuya no se asocia a la condena de la República Democrática del Congo por la alegada violación del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que prescribe la obligación de informar al extranjero detenido o preso de su derecho a entrar en contacto con las autoridades consulares de su Estado nacional. Su opinión es que la Corte no ha tenido en cuenta sus propias conclusiones anteriores (en las causas *LaGrand* y *Avena*): que el apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 contiene tres elementos “interrelacionados”, y que “[l]as conclusiones jurídicas que cabe extraer de esas interrelaciones dependen necesariamente de los hechos de cada caso”; o que esa disposición “contiene tres elementos separados pero interrelacionados”, y que “[e]s necesario reexaminar las interrelaciones de los tres apartados del párrafo 1 del artículo 36 a la luz de los hechos y circunstancias particulares de la presente causa”. Si lo hubiera hecho, habría aplicado una interpretación teleológica y habría constatado que, a diferencia de lo ocurrido en los dos casos mencionados, los hechos y circunstancias de la presente causa demuestran que la alegada omisión de la República Democrática del Congo de informar al Sr. Diallo de sus derechos no impidió que Guinea ejerciera el derecho que le confiere el párrafo 1 del artículo 36. En esta perspectiva del objeto de la mencionada obligación, que es permitir que el Estado nacional cumpla su función consular, no se puede hacer caso omiso del hecho de que las autoridades de Guinea estuvieron indiscutiblemente enteradas de la situación y, lo que es más importante, que, como ellas mismas lo reconocen, pudieron ejercer su función consular. Así pues, la omisión de informar no podía tener el efecto de hacer imposible que Guinea ejerciera su derecho a dar protección consular a su nacional. A la luz de todo esto, el Magistrado *ad hoc* Mampuya no puede adherir a la conclusión de la mayoría de que la República Democrática del Congo violó esa disposición de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. De todos modos, votó lógicamente a favor del apartado del párrafo dispositivo del fallo relativo a la reparación que Guinea debe al Congo, aunque lamentando que la Corte no haya hecho una útil clarificación del principio jurisprudencial según el cual el perjuicio —exclusivamente moral y no material— constatado con respecto a la alegada violación por la parte demandada de la obligación impuesta por el apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares —una violación que no produjo daño material alguno— solo exige una reparación “declaratoria”, moral y no pecuniaria.

Por último, si bien concuerda con la conclusión de la Corte en la que se constata que la República Democrática del Congo no ha violado los derechos propios del Sr. Diallo como socio, el Magistrado *ad hoc* Mampuya ha considerado necesario exponer su motivación, que difiere de la de la mayoría. La mayoría se ha limitado a afirmar que la expulsión del nacional guineo no violó sus derechos de socio “como tales”, mientras que él considera que habría sido útil y jurídicamente exacto precisar que, más allá de la interpretación de los hechos, que podría dar lugar a críticas o impugnaciones, hay principios jurídicos en los que se funda esa conclusión.

Los derechos propios de un socio nacen, se despliegan y se ejercen en relación con el funcionamiento de la sociedad y en las relaciones entre la sociedad y sus socios. Como resultado de ello, solo son oponibles a la sociedad y solo pueden exigirse a ella. Consiguientemente, los actos de un tercero solo pueden violar esos derechos “como tales” si dichos actos constituyen injerencias del tercero en el funcionamiento de la sociedad o en sus relaciones con sus socios; así pues, esos actos, que, como la detención, la prisión y la expulsión, solo concernían al Sr. Diallo en su calidad individual, no podían haber infringido sus derechos de socio “como tales”.