

184. APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL (GEORGIA CONTRA LA FEDERACIÓN DE RUSIA)

Fallo de 1 de abril de 2011

El 1 de abril de 2011, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo sobre las excepciones preliminares planteadas por la Federación de Rusia en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)*. La Corte concluyó que no era competente para decidir la controversia.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Gaja; Secretario Couvreur.

*
* *

El párrafo dispositivo (párr. 187) del fallo dice lo siguiente:

“... ”

LA CORTE,

1) *a)* por doce votos contra cuatro,

Rechaza la primera excepción preliminar planteada por la Federación de Rusia;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Magistrados Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Gaja;

VOTOS EN CONTRA: Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Skotnikov, Xue;

b) por diez votos contra seis,

Hace lugar a la segunda excepción preliminar planteada por la Federación de Rusia;

VOTOS A FAVOR: Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Xue;

VOTOS EN CONTRA: Presidente Owada; Magistrados Simma, Abraham, Cançado Trindade, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Gaja;

2) por diez votos contra seis,

Determina que no tiene competencia para conocer de la demanda presentada por Georgia el 12 de agosto de 2008.

VOTOS A FAVOR: Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Xue;

VOTOS EN CONTRA: Presidente Owada; Magistrados Simma, Abraham, Cançado Trindade, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Gaja.”

*
* *

El Presidente Owada y los Magistrados Simma, Abraham, Donoghue y el Magistrado *ad hoc* Gaja anexaron una opinión disidente conjunta al fallo de la Corte; el Presidente Owada anexó una opinión separada al fallo de la Corte; el Vicepresidente Tomka anexó una declaración al fallo de la Corte; los Magistrados Koroma, Simma y Abraham anexaron opiniones separadas al fallo de la Corte; el Magistrado Skotnikov anexó una declaración al fallo de la Corte; el Magistrado Cançado Trindade anexó una opinión disidente al fallo de la Corte; los Magistrados Greenwood y Donoghue anexaron opiniones separadas al fallo de la Corte.

*
* *

Cronología del procedimiento (párrs. 1 a 19)

La Corte comienza recordando que, el 12 de agosto de 2008, el Gobierno de Georgia presentó en la Secretaría de la Corte una demanda por la que se incoaba un procedimiento contra la Federación de Rusia con respecto a una controversia relativa a “acciones en el territorio de Georgia y en torno a él” con violación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante “la Convención”) de 21 de diciembre de 1965. Para fundar la competencia de la Corte, la demanda invocaba el artículo 22 de la Convención, que entró en vigor entre las partes el 2 de julio de 1999.

A continuación se hace una historia completa del procedimiento, en la cual la Corte hace referencia, entre otras cosas, a la solicitud de indicación de medidas provisionales presentada por la parte demandante el 14 de agosto de 2008, a la solicitud enmendada de indicación de medidas provisionales de protección presentada por Georgia el 25 de agosto de 2008, y a la providencia de 15 de octubre de 2008, en la cual la Corte, después de escuchar a las partes, indicó determinadas medidas provisionales a ambas partes.

La Corte recuerda también que, el 1 de diciembre de 2009, la Federación de Rusia planteó excepciones preliminares a la competencia de la Corte, y que, consiguientemente, por una providencia de 11 de diciembre de 2009, la Corte, señalando que se habían suspendido las actuaciones sobre el fondo, fijó el 1 de abril de 2010 como plazo para que Georgia presentara una exposición escrita que contuviera sus observaciones

y peticiones sobre las excepciones preliminares formuladas por la Federación de Rusia. Georgia presentó dicha exposición dentro del plazo prescrito, y de tal modo la causa quedó en estado de celebrar audiencias con respecto a las excepciones preliminares. Del lunes 13 de septiembre al viernes 17 de septiembre de 2010 se celebraron las audiencias públicas sobre las excepciones preliminares planteadas por la Federación de Rusia, en las que la Corte escuchó los argumentos y réplicas orales de ambas partes.

En nombre del Gobierno de la Federación de Rusia se presentaron las peticiones siguientes con respecto a las excepciones preliminares:

“Por las razones antes expuestas, la Federación de Rusia pide a la Corte que juzgue y declare que carece de competencia respecto de las pretensiones formuladas contra la Federación de Rusia por Georgia, presentadas ante la Corte en la demanda de Georgia de 12 de agosto de 2008.”

En nombre del Gobierno de Georgia, se presentaron las peticiones siguientes en la exposición escrita de sus observaciones y peticiones sobre las excepciones preliminares:

“Por estas razones, Georgia pide respetuosamente a la Corte:

1. Que desestime las *excepciones preliminares* presentadas por la Federación de Rusia;
2. Que determine que tiene competencia para conocer de las pretensiones presentadas por Georgia, y que dichas pretensiones son admisibles.”

La Corte recuerda asimismo que en las actuaciones orales sobre las excepciones preliminares las partes presentaron las peticiones siguientes:

En nombre del Gobierno de la Federación de Rusia, en la audiencia de 15 de septiembre de 2010:

“La Federación de Rusia pide a la Corte que juzgue y declare que carece de competencia respecto de las pretensiones formuladas contra la Federación de Rusia por Georgia, presentadas ante la Corte en la demanda de Georgia de 12 de agosto de 2008.”

En nombre del Gobierno de Georgia, en la audiencia de 17 de septiembre de 2010:

“Georgia pide respetuosamente a la Corte:

1. que desestime las excepciones preliminares presentadas por la Federación de Rusia;
2. que determine que tiene competencia para conocer de las pretensiones presentadas por Georgia, y que dichas pretensiones son admisibles.”

Razonamiento de la Corte

I. *Introducción* (párrs. 20 a 22)

Cabe recordar que en su demanda Georgia invocó el artículo 22 de la Convención para fundar la competencia de la Corte. El artículo 22 de la Convención dice lo siguiente:

“Toda controversia entre dos o más Estados partes con respecto a la interpretación o a la aplicación de la presente Convención, que no se resuelva mediante negociaciones o mediante los procedimientos que se establecen expresamente en ella, será sometida a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a instancia de cualquiera de las partes en la controversia, a menos que éstas convengan en otro modo de solucionarla.”

La Federación de Rusia ha planteado cuatro excepciones preliminares a la competencia de la Corte en virtud del artículo 22 de la Convención. Según la primera excepción preliminar planteada por la Federación de Rusia, no había controversia entre las partes en relación con la interpretación o la aplicación de la Convención en la fecha en que Georgia presentó su demanda. En su segunda excepción preliminar, la Federación de Rusia argumenta que no se han cumplido los requisitos de procedimiento del artículo 22 de la Convención para recurrir a la Corte. La Federación de Rusia sostiene en su tercera excepción que la conducta ilícita alegada tuvo lugar fuera de su territorio y por consiguiente la Corte carece de competencia *ratione loci* para conocer de la causa. Durante las actuaciones orales, la Federación de Rusia dijo que esta excepción no tenía un carácter exclusivamente preliminar. Por último, según la cuarta excepción de la Federación de Rusia, cualquier competencia que pueda tener la Corte está limitada *ratione temporis* a los acontecimientos que hayan ocurrido después de la entrada en vigor de la Convención entre las partes, es decir, el 2 de julio de 1999.

II. *Primera excepción preliminar — Existencia de una controversia* (párrs. 23 a 114)

La Corte comienza considerando la primera excepción preliminar de la Federación de Rusia según la cual “no había controversia entre Georgia y Rusia con respecto a la interpretación o la aplicación de la Convención en relación con la situación en Abjasia y Osetia del Sur y en su derredor antes del 12 de agosto de 2008, es decir, la fecha en que Georgia presentó su demanda”. En resumen, presentó dos argumentos en apoyo de esa excepción. Primero, si había alguna controversia que comprendiese alegaciones de discriminación racial cometida en el territorio de Abjasia y Osetia del Sur, las partes en dicha controversia eran Georgia por un lado y Abjasia y Osetia del Sur por otra, pero no la Federación de Rusia. Segundo, aunque hubiese existido una controversia entre Georgia y la Federación de Rusia, tal controversia no estaría relacionada con la aplicación o la interpretación de la Convención.

La Corte señala que Georgia, en respuesta, sostiene que consta en el expediente que durante un período de más de diez años antes de la presentación de su demanda ha planteado constantemente sus graves preocupaciones con la Federación de Rusia con respecto a actos ilegítimos de discriminación racial que son atribuibles a dicho Estado, lo cual deja en claro que existe una controversia de larga data entre

los dos Estados con respecto a asuntos comprendidos dentro de la Convención.

1. *El significado de “controversia”* (párrs. 26 a 30)

La Corte señala que, con respecto al derecho, la Federación de Rusia sostiene en primer lugar que la palabra “controversia” en el artículo 22 de la Convención tiene un significado especial que es más estrecho que el que se encuentra en el derecho internacional general y consiguientemente más difícil de satisfacer. La Federación de Rusia sostiene que, en la Convención, no se considera que los Estados partes estén en “controversia” hasta que un “asunto” entre dichas partes haya cristalizado pasando por un proceso de cinco etapas que comprende los procedimientos establecidos en la Convención. Este argumento depende de la redacción de los artículos 11 a 16 de la Convención y de las distinciones que según se dice hacen entre “*matter*”, “*complaints*” y “*disputes*”.

La Corte señala asimismo que Georgia, en sus exposiciones, rechaza el argumento de que el término “controversia” en el artículo 22 tiene un significado especial. Georgia sostiene que en las disposiciones pertinentes de la Convención, en particular en los artículos 12 y 13, se utilizan los términos “*matter*” [en español, “asunto”; en francés, “*question*”], “*issue*” [en español, “asunto”; en francés, “*litige*”] y “*dispute*” [en español, “controversia”; en francés, “*différend*”] sin distinción alguna ni rastros de significado especial.

La Corte no considera que las palabras “*matter*”, “*complaint*”, “*dispute*” e “*issue*” se hayan empleado en los artículos 11 a 16 de una forma tan sistemática que exija que se dé a la palabra “controversia” en el artículo 22 una interpretación más estrecha que la habitual. Además, la palabra “controversia” aparece en la primera parte del artículo 22 exactamente en la misma forma en que aparece en varias otras cláusulas compromisorias adoptadas en la misma época en que se estaba elaborando la Convención: “Toda controversia entre dos o más Estados partes con respecto a la interpretación o a la aplicación de la presente Convención ...” (Por ejemplo, Protocolo de firma facultativo sobre la jurisdicción obligatoria en la solución de controversias con respecto a las convenciones sobre el derecho del mar de 1958, artículo 1; Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, artículo 48; Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 1965, artículo 64). Esa congruencia en el uso sugiere que no hay razón alguna para apartarse del significado con que generalmente se entiende la palabra “controversia” en la cláusula compromisoria contenida en el artículo 22 de la Convención. Por último, en todo caso en los argumentos hechos por la Federación de Rusia sobre este asunto no se indica la forma particular que debería adoptar esa interpretación más estrecha. Consiguientemente, la Corte rechaza este primer argumento de la Federación de Rusia y pasa a considerar el significado general de la palabra “controversia” cuando se utiliza en relación con la competencia de la Corte.

La Corte recuerda su jurisprudencia establecida sobre ese asunto, comenzando con la declaración frecuentemente citada de la Corte Permanente de Justicia Internacional en la causa relativa a las *Concesiones Mavrommatis en Palestina* en 1924: “Una controversia es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o de intereses entre dos personas.” La Corte Internacional de Justicia ha indicado que el punto de si hay una controversia en un caso dado debe resolverse mediante una “determinación objetiva” de la Corte, y que “[d]ebe demostrarse que la pretensión de una parte es positivamente resistida por la otra”. La determinación de la Corte debe basarse en un examen de los hechos. El asunto es de sustancia, no de forma. Como ha reconocido la Corte en su jurisprudencia, la existencia de una controversia puede inferirse del hecho de que un Estado no responda a una pretensión en circunstancias en que se impone una respuesta. Si bien la existencia de una controversia y la iniciación de negociaciones son cosas distintas como asunto de principio, las negociaciones pueden ayudar a demostrar la existencia de la controversia y delinear su materia.

La controversia debe en principio existir en el momento en que se presenta la demanda ante la Corte; las partes estuvieron de acuerdo con esta proposición. Además, desde el punto de vista de la materia de la controversia, para volver a los términos del artículo 22 de la Convención, la controversia debe ser “con respecto a la interpretación o la aplicación de [la] Convención”. Si bien no es necesario que un Estado se refiera expresamente a un tratado específico en sus intercambios con el otro Estado para que después pueda invocar ese instrumento ante la Corte, los intercambios deben referirse a la materia del tratado con suficiente claridad para permitir que el Estado contra el que se formula una pretensión determine que hay, o puede haber, una controversia con respecto a esa materia. Una especificación expresa eliminaría toda duda acerca de la forma en que un Estado entiende la materia en cuestión y pondría sobre aviso a la otra. Las partes están de acuerdo en que en la presente causa no aparece tal especificación expresa.

2. *Las pruebas acerca de la existencia de una controversia* (párrs. 31 a 39)

La Corte pasa entonces a considerar las pruebas que le presentaron las partes para determinar si demuestran, como sostiene Georgia, que en el momento en que presentó su demanda, el 12 de agosto de 2008, tenía una controversia con la Federación de Rusia con respecto a la interpretación o la aplicación de la Convención. La Corte tiene que determinar 1) si en el expediente consta un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho entre los dos Estados; 2) si ese desacuerdo es con respecto a “la interpretación o la aplicación” de la Convención, como lo exige el artículo 22 de la Convención, y 3) si ese desacuerdo existía a la fecha de la demanda. A tal efecto, es necesario determinar si Georgia formuló tal pretensión y si la Federación de Rusia se opuso positivamente.

te a ella con el resultado de que hay una controversia entre ellas en los términos del artículo 22 de la Convención.

Antes de entrar a considerar las pruebas pertinentes para las respuestas a esas cuestiones, la Corte observa que indudablemente entre junio de 1992 y agosto de 2008 surgieron controversias en relación con los acontecimientos en Abjasia y Osetia del Sur. Dichas controversias comprendieron una gama de asuntos, entre ellos, el estatuto de Abjasia y Osetia del Sur, estallidos de conflictos armados y alegaciones de violaciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, incluidos los derechos de las minorías. Es dentro de esa compleja situación que debe identificarse la controversia que Georgia alega que existe y que la Federación de Rusia niega. Una situación puede contener controversias que se relacionen con más de un cuerpo de normas jurídicas y estén sujetas a distintos procedimientos de arreglo de controversias; las partes aceptaron esa proposición.

Las partes señalaron a la atención de la Corte numerosos documentos y declaraciones relacionados con los acontecimientos en Abjasia y Osetia del Sur entre 1990 y el momento de la presentación de la demanda de Georgia y más adelante. En sus exposiciones destacaron los que tenían carácter oficial. La Corte se limita a los documentos y declaraciones oficiales.

Las partes también distinguieron entre documentos y declaraciones emitidos antes del 2 de julio de 1999, fecha en que Georgia pasó a ser parte en la Convención, estableciendo de tal modo una relación convencional entre Georgia y la Federación de Rusia de conformidad con la Convención, y los documentos y declaraciones posteriores, y, con respecto a dichos documentos y declaraciones posteriores, entre los emitidos antes de los conflictos armados que comenzaron en la noche del 7 al 8 de agosto de 2008 y los de los días posteriores hasta el 12 de agosto, fecha en que se presentó la demanda. Georgia citó declaraciones relacionadas con los acontecimientos anteriores a 1999 “no como base de las pretensiones de Georgia contra Rusia en esa acción, sino como prueba de que la controversia con Rusia a causa de la depuración étnica es de larga data y legítima, y no de reciente invención”. La Corte también hace una distinción entre los documentos emitidos y las declaraciones formuladas antes y después de que Georgia pasara a ser parte en la Convención.

Los documentos y declaraciones también varían según sus autores, sus receptores o su público previstos, probables y efectivos, la ocasión de su emisión y su contenido. Algunos son emitidos por el Ejecutivo o por miembros del Ejecutivo de una parte o la otra —el Presidente, el Ministro de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Relaciones Exteriores y otros Ministerios— y otros por el Parlamento, en particular el de Georgia, y por parlamentarios. Algunos son declaraciones de prensa o registros de entrevistas, otros son minutas internas de reuniones preparadas por una parte. Algunos están dirigidos a receptores determinados, en particular por un miembro del Ejecutivo (el Presidente o el Ministro de

Relaciones Exteriores) a su homólogo de la otra parte o a una organización o un funcionario internacional, como el Secretario General de las Naciones Unidas o el Presidente del Consejo de Seguridad. La otra parte puede ser o no un miembro de la organización o el órgano. Una categoría particular consiste en informes presentados a órganos de supervisión de tratados, tales como el Comité de Derechos Humanos, el Comité para Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité contra la Tortura. Otra categoría está integrada por resoluciones del Consejo de Seguridad aprobadas entre 1993 y abril de 2008 en relación con Abjasia. Otros documentos registran acuerdos entre diversas partes o son minutas oficiales de sus reuniones. Entre las partes figuran a veces el “lado de Abjasia”, el “lado de Osetia del Sur”, el “lado de Osetia del Norte”, en algunos casos solo con Georgia y en otros con Georgia y Rusia y ambos “lados osetios”.

La referencia a “partes” puede a veces complementarse como “partes en el conflicto” o “partes en el acuerdo”. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) también han sido signatarios cuando así procedía, pero no son nombrados como partes en los acuerdos.

Las partes prestaron atención principalmente al contenido de los documentos y declaraciones y la Corte también. La Corte observa en esta etapa que es más probable que una controversia resulte probada por un choque directo de posiciones expresadas por las dos partes acerca de sus respectivos derechos y obligaciones con respecto a la eliminación de la discriminación racial, en un intercambio entre ellas, pero, como ha señalado la Corte, hay circunstancias en las cuales la existencia de una controversia puede inferirse del hecho de que no se dé respuesta a una pretensión. Además, en general, en el derecho y la práctica internacionales, es el Ejecutivo del Estado quien representa al Estado en sus relaciones internacionales y habla en su nombre a nivel internacional. Consiguientemente, se presta la principal atención a las declaraciones hechas o aprobadas por los Ejecutivos de las dos partes.

La Federación de Rusia dice que la controversia primaria que existía entre ella y Georgia era acerca del uso alegadamente ilegítimo de la fuerza por la Federación de Rusia después del 7 de agosto de 2008. Georgia, en contraste, puso de relieve las referencias que se hacían en las declaraciones a “la depuración étnica” y a los obstáculos con que tropezaba el regreso de los refugiados y los desplazados internos. La Corte toma nota de esos asuntos al examinar la significación jurídica de los documentos y declaraciones a los que las partes prestaron atención principalmente.

Antes de considerar esos documentos y declaraciones, la Corte examina los acuerdos alcanzados en el decenio de 1990 y las resoluciones del Consejo de Seguridad aprobadas entre el decenio de 1990 y comienzos de 2008. Esos acuerdos y resoluciones aportan una parte importante del contexto

en el que se formularon las declaraciones que invocan las partes. En particular, ayudan a definir los distintos papeles que la Federación de Rusia estaba desempeñando durante ese período.

3. *Acuerdos y resoluciones del Consejo de Seguridad pertinentes* (párrs. 40 a 49)

La Corte recuerda, entre otras cosas, que en lo tocante a Osetia del Sur, Georgia y la Federación de Rusia concertaron el 24 de junio de 1992 un acuerdo sobre principios de arreglo del conflicto georgiano-osetio (el Acuerdo de Sochi). En el acuerdo se preveía la cesación del fuego y el retiro de las formaciones armadas (identificando en particular a los contingentes de la Federación de Rusia); y, a fin de controlar la aplicación de dichas medidas, se establecía una comisión conjunta de control, integrada por representantes de todas las partes involucradas en el conflicto. La Corte reseña las reuniones y decisiones de la Comisión Conjunta de Control (CCC).

En lo tocante a Abjasia, la Corte recuerda que el Presidente de la Federación de Rusia y el Presidente del Consejo de Estado de la República de Georgia firmaron el 3 de septiembre de 1992 el Acuerdo de Moscú. Según consignaron, en sus conversaciones habían participado “dirigentes de Abjasia, las repúblicas del Cáucaso septentrional y regiones y distritos de la Federación de Rusia”. El acuerdo preveía la cesación del fuego, confirmaba la necesidad de observar las normas internacionales en la esfera de los derechos humanos y los derechos de las minorías, la inadmisibilidad de la discriminación, y disponía que “[l]as tropas de la Federación de Rusia, temporalmente desplegadas en el territorio de Georgia, incluso en Abjasia, observarán firmemente la neutralidad”. El 9 de julio de 1993 el Consejo de Seguridad pidió al Secretario General que hiciera los preparativos necesarios para una misión de observadores militares una vez que se hubiera puesto en práctica la cesación del fuego entre el Gobierno de Georgia y las autoridades de Abjasia (resolución del Consejo de Seguridad 849 (1993)). El 27 de julio de 1993 se firmó el acuerdo de cesación del fuego, con la mediación del Viceministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia en función de facilitador, y se estableció la comisión conjunta. Las partes consideraron necesario invitar a fuerzas internacionales de mantenimiento de la paz a las zonas de conflicto; “[e]sta tarea podrá ser compartida, con sujeción a la consulta con las Naciones Unidas, por el contingente militar ruso temporalmente desplegado en la zona”. La Misión de Observadores de las Naciones Unidas en Georgia (UNOMIG) fue establecida el 24 de agosto de 1993, en virtud de la resolución 858 (1993) del Consejo de Seguridad. La Corte examina otros acuerdos y resoluciones del Consejo de Seguridad pertinentes (entre ellos, las resoluciones 876 (1993), 934 (1994), 901 (1994), 937 (1994) y 1036 (1996)), así como las negociaciones entre las partes georgiana y abjasia, celebradas en Ginebra del 30 de noviembre al 1 de diciembre

de 1993, bajo la égida de las Naciones Unidas, con la Federación de Rusia como facilitadora y un representante de la OSCE —conocidas como el “proceso de Ginebra”. La Corte recuerda que dicho proceso de Ginebra contó con la asistencia del Grupo de Amigos del Secretario General (Alemania, los Estados Unidos, la Federación de Rusia, Francia y el Reino Unido). La Corte recuerda que fue solo después de los conflictos armados de agosto de 2008 que Georgia pidió, el 1 de septiembre de 2008, que se pusiera fin a la operación de las fuerzas colectivas de mantenimiento de la paz.

4. *Documentos y declaraciones del período anterior al 2 de julio de 1999, fecha de entrada en vigor de la Convención entre las partes* (párrs. 50 a 64)

La Corte examina los documentos y declaraciones emitidos antes del 2 de julio de 1999 e invocados por Georgia para demostrar que en el período anterior al momento en que quedó obligada por la Convención tenía una controversia con la Federación de Rusia acerca de discriminación racial por parte de ésta, en especial por parte de las fuerzas de la Federación de Rusia, contra personas de etnia georgiana. A ese respecto, la Corte recuerda que esos documentos y declaraciones anteriores pueden ayudar a poner en contexto los documentos emitidos o las declaraciones formuladas después de la entrada en vigor de la Convención entre las partes.

La Corte concluye que ninguno de los documentos o declaraciones sirve de base para concluir que para julio de 1999 había una controversia acerca de discriminación racial. Las razones se consignan en los párrafos anteriores en relación con cada uno de los documentos o declaraciones. Se relacionan con el autor de la declaración o el documento, con su destinatario previsto o efectivo y con su contenido. Varios de los documentos y declaraciones emanaban del Parlamento de Georgia o de autoridades parlamentarias y el Ejecutivo no los hizo suyos ni actuó de acuerdo con ellos. Por último, en lo tocante a la materia de cada documento o declaración, consiste en denuncias de acciones de las autoridades de Abjasia, frecuentemente mencionados como los “separatistas”, y no de la Federación de Rusia; o la materia de las denuncias es el uso alegadamente ilegítimo de la fuerza, o el estatuto de Abjasia, y no la discriminación racial; y, cuando hay una referencia posiblemente pertinente, por lo común a la obstaculización del regreso de los refugiados y desplazados internos, es como elemento accesorio de una pretensión más amplia —acerca del estatuto de Abjasia, el retiro de las tropas de la Federación de Rusia o el uso alegadamente ilegítimo de la fuerza por ellas.

De esta conclusión general de la Corte y de las conclusiones específicas a que llegó con respecto a cada uno de los documentos y declaraciones se desprende que, en opinión de la Corte, Georgia no ha citado ningún documento o declaración anterior a julio de 1999, fecha en que pasó a ser parte en la Convención, que sirva de apoyo a su afirmación de que “la controversia con Rusia acerca de la depuración étnica es de

larga data y legítima, y no de reciente invención”. La Corte añade que, incluso si así fuera, esa controversia, aun cuando fuera acerca de la discriminación racial, no podía haber sido una controversia con respecto a la interpretación o la aplicación de la Convención, que es el único tipo de controversia a cuyo respecto el artículo 22 de dicha Convención ha dado competencia a la Corte.

5. *Documentos y declaraciones del período posterior a la entrada en vigor de la Convención entre las partes y anteriores a agosto de 2008* (párrs. 65 a 105)

La Corte estima conveniente considerar ante todo en forma colectiva los informes elaborados después de 1999 por las dos partes para comités de supervisión de tratados. Dichos informes se relacionan con la Convención, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT).

La Corte observa que un Estado puede alegar que otro Estado está violando las obligaciones que le incumben con arreglo a la Convención sin iniciar ese proceso. Observa también que en general el proceso con arreglo al cual los Estados presentan periódicamente informes a los comités de supervisión opera entre el Estado que presenta el informe y el comité en cuestión; es un proceso en el cual el Estado informa sobre las medidas que ha tomado para aplicar el tratado. El proceso no tiene la finalidad de involucrar a otros Estados y sus obligaciones. Teniendo en cuenta esas características, así como los informes a que específicamente se hace referencia en la presente causa y los debates y las observaciones a su respecto, la Corte no considera que en este caso en particular los informes a los comités sean significativos para determinar la existencia de una controversia.

Pasando a considerar los documentos y declaraciones que constan en el expediente de la causa correspondientes al período posterior a la entrada en vigor de la Convención entre las partes y anteriores a agosto de 2008, la Corte hace referencia, entre otras cosas, a una resolución aprobada por el Parlamento de Georgia en octubre de 2001.

Dicha resolución comienza con una referencia al sufrimiento emanado “de los trágicos resultados del separatismo, el terrorismo internacional y la agresión”. Alegaba que a partir del despliegue del personal de mantenimiento de la paz de la Federación de Rusia bajo los auspicios de la Confederación de Estados Independientes (CEI), no habían cesado las políticas de depuración étnica. En dicha resolución aparecía ahora la Federación de Rusia como una parte involucrada en el conflicto.

La Corte señala que, al evaluar la resolución parlamentaria de octubre de 2001, así como otros documentos y declaraciones invocados por las partes, debe tener en cuenta, entre otros asuntos, los diferentes papeles de la Federación de Rusia, en las fuerzas de mantenimiento de la paz de la

CEI, en calidad de facilitadora y como uno de los Amigos del Secretario General. En ese contexto y habida cuenta de que el Gobierno de Georgia no había avalado la resolución del Parlamento de Georgia de octubre de 2001, la Corte no pudo atribuirle ninguna significación jurídica a los efectos de la presente causa.

La Corte continúa su análisis de los documentos y declaraciones del período que se examina, entre ellos, la resolución 1393 (2002) del Consejo de Seguridad, documentos relacionados con el resultado de reuniones de alto nivel entre representantes de las partes y diversos intercambios entre las partes, así como varias resoluciones aprobadas por el Parlamento de Georgia y reenviadas al Secretario General por el Representante Permanente, incluida una resolución de fecha 11 de octubre de 2005. Con respecto a esta última resolución parlamentaria, la Corte señala que se hizo referencia a ella en una carta de 27 de octubre de 2005 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente de Georgia. En dicha carta no se avalaba la resolución parlamentaria. La Corte determina que no se puede ver en esa carta ninguna alegación de violaciones de obligaciones emanadas de la Convención formulada por el Gobierno de Georgia contra la Federación de Rusia.

La Corte recuerda el hincapié hecho por Georgia en las resoluciones parlamentarias que fueron transmitidas a las Naciones Unidas, y considera significativo que en todas las ocasiones en que el Gobierno de Georgia transmitió resoluciones parlamentarias al Secretario General para que se distribuyeran como documentos oficiales de las Naciones Unidas, dicho Gobierno no hizo referencia a los temas del programa relacionados con la materia de la Convención, tales como la discriminación racial, o, en su caso, los refugiados y desplazados internos, o, de hecho, más generalmente, los instrumentos de derechos humanos. Análogamente, la Corte concluye que las declaraciones acerca de las zonas de conflicto emanadas del Gobierno de Georgia y transmitidas por el Representante Permanente al Secretario General y al Presidente del Consejo de Seguridad en agosto y septiembre de 2006, en septiembre y octubre de 2007 y en marzo y abril de 2008, salvo en un caso, no hacen referencia alguna a la Federación de Rusia como responsable de actos de discriminación racial.

La Corte, sobre la base de su examen de los documentos y declaraciones emitidos por las partes y otros entre 1999 y julio de 2008 concluye, por las razones expuestas en relación con cada uno de ellos, que durante ese período no surgió ninguna controversia jurídica entre Georgia y la Federación de Rusia con respecto al cumplimiento por parte de la Federación de Rusia de sus obligaciones con arreglo a la Convención.

6. *Agosto de 2008* (párrs. 106 a 114)

Pasando a los acontecimientos que se desencadenaron a comienzos de agosto de 2008, en particular las hostilida-

des armadas en Osetia del Sur que comenzaron durante la noche del 7 al 8 de agosto de 2009, la Corte observa que, si bien las pretensiones planteadas contra la Federación de Rusia por Georgia entre el 9 y el 12 de agosto de 2008 (el día en que Georgia presentó su demanda) eran principalmente reclamaciones por el uso ilegítimo de la fuerza, también se referían expresamente a la depuración étnica por las fuerzas rusas.

La primera declaración de este período citada por Georgia es su Decreto Presidencial de 9 de agosto de 2008 sobre la Declaración de un estado de guerra y movilización en gran escala. La Corte observa que en ese decreto no se alega que la Federación de Rusia estuviera violando sus obligaciones relacionadas con la eliminación de la discriminación racial. Su preocupación se refiere al uso alegadamente ilegítimo de la fuerza armada.

La Corte considera a continuación una conferencia de prensa con periodistas extranjeros celebrada el 9 de agosto de 2008, durante la cual el Presidente Saakashvili formuló una declaración que comenzaba con alegaciones acerca de que “Rusia ... [había] lanzado una invasión militar a gran escala de Georgia”. El Presidente dijo que también tenía que indicar que las tropas rusas habían “cometido actos de depuración étnica en todas las zonas que controlan en Osetia del Sur” y que también estaban “tratando de organizar la depuración étnica de personas de etnia georgiana de alta Abjasia”. El día siguiente, 10 de agosto de 2008, el representante de Georgia, en una sesión del Consejo de Seguridad convocada a solicitud de Georgia, hizo referencia en su declaración inicial al “proceso de exterminio de la población georgiana”, pero la primera referencia explícita a la discriminación racial apareció en la declaración inicial del representante de la Federación de Rusia, cuando se refirió a la gran cantidad de refugiados que huían hacia la Federación de Rusia desde Osetia del Sur como resultado de “la depuración étnica” que estaba llevando a cabo la dirigencia de Georgia. El representante de Georgia respondió que “[n]o podemos [cerrar los ojos] ahora porque ésa es, exactamente, la intención de Rusia: borrar a Georgia como Estado y exterminar al pueblo georgiano”. El representante de la Federación de Rusia, en la siguiente declaración en el debate, replicó que “la intención de la Federación de Rusia en la presente causa es asegurar que el pueblo de Osetia del Sur y Abjasia no tema por su vida ni por su identidad”. La Corte observa que los civiles de las regiones directamente afectadas por conflictos militares en curso tratan en numerosos casos de huir —en este caso, georgianos hacia otras zonas de Georgia y osetios hacia la Federación de Rusia.

El 11 de agosto de 2008, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Georgia emitió una declaración del siguiente tenor:

“Según información fiable en poder del Ministerio de Relaciones Exteriores de Georgia, los soldados rusos y los separatistas llevan a cabo detenciones en masa de pacíficos civiles de origen georgiano que aún

permanecen en el territorio de la región de Tskhinvali y posteriormente los concentran en el territorio de la aldea de Kurta.”

Ese mismo día, 11 de agosto, el Presidente Saakashvili, en una entrevista con la CNN, hizo nuevas alegaciones de “depuración étnica” de la población de etnia georgiana de Abjasia y Osetia del Sur por parte de las tropas rusas.

El día siguiente, 12 de agosto de 2008, el Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia, en una conferencia de prensa conjunta con el Ministro de Relaciones Exteriores de Finlandia en su calidad del Presidente en funciones de la OSCE, dijo lo siguiente:

“Un par de días después de que [la Secretaria de Estado de los Estados Unidos] Rice me había pedido urgentemente que no usara esas expresiones, el Sr. Saakashvili ... alegó histéricamente que la parte rusa quería anexionar a toda Georgia y, en general, no vaciló en usar la expresión depuraciones étnicas, aunque, por cierto, era a Rusia a quien él acusaba de llevar a cabo esas depuraciones étnicas.”

La Corte observa que, si bien las reclamaciones de Georgia del 9 al 12 de agosto de 2008 eran principalmente alegaciones relativas al uso alegadamente ilegítimo de la fuerza, también se referían expresamente a la alegada depuración étnica por las fuerzas rusas. Esas reclamaciones fueron hechas contra la Federación de Rusia directamente y no contra una u otra de las partes en los anteriores conflictos, y fueron rechazadas por la Federación de Rusia. La Corte concluye que los intercambios entre los representantes de Georgia y Rusia en el Consejo de Seguridad el 10 de agosto de 2008, las alegaciones hechas por el Presidente de Georgia los días 9 y 11 de agosto y la respuesta dada el 12 de agosto por el Ministro de Relaciones Exteriores de Rusia demuestran que a esa fecha, el día en que Georgia presentó su demanda, había una controversia entre Georgia y la Federación de Rusia acerca del cumplimiento por parte de Rusia de las obligaciones que le incumben con arreglo a la Convención invocadas por Georgia en la presente causa.

Consiguientemente, se desestima la primera excepción preliminar de la Federación de Rusia.

III. *Segunda excepción preliminar — Las condiciones de procedimiento previstas en el artículo 22 de la Convención* (párrs. 115 a 184)

1. *Introducción* (párrs. 115 a 121)

La Corte examina a continuación la segunda excepción preliminar en la cual la Federación de Rusia afirma que Georgia está impedida de recurrir a la Corte porque ha omitido satisfacer dos condiciones de procedimiento contenidas en el artículo 22 de la Convención, a saber, negociaciones y sometimiento a los procedimientos que se establecen expresamente en la Convención. Por su parte, Georgia sostiene que el artículo 22 no establece una obligación expresa de negociar ni establece una obligación de recurrir a los pro-

cedimientos previstos en la Convención antes de someter un caso a la Corte.

2. *Si el artículo 22 de la Convención establece condiciones de procedimiento para someter un caso a la Corte* (párrs. 122 a 147)

Las partes exponen varios argumentos en apoyo de sus respectivas interpretaciones del artículo 22 de la Convención, relacionados con: a) el sentido corriente de sus términos en su contexto y a la luz del objeto y el fin de la Convención, invocando, en apoyo de sus respectivas posiciones, la jurisprudencia de la Corte relativa a las cláusulas compromisorias de naturaleza análoga, y b) los trabajos preparatorios de la Convención.

a) *Sentido corriente del artículo 22 de la Convención* (párrs. 123 a 141)

La Corte comienza recordando las posiciones de las partes. A continuación, la Corte dice que antes de dar su interpretación del artículo 22 de la Convención, desea, con carácter preliminar, hacer tres observaciones.

Primero, la Corte recuerda que en el párrafo 114 de su providencia de 15 de octubre de 2008 dijo que “la frase “toda controversia ... que no se resuelva mediante negociaciones ...” no sugiere, en su sentido corriente, que las negociaciones formales en el marco de la Convención ... constituyan precondiciones que deban cumplirse antes de someter un caso a la Corte”. Sin embargo, la Corte también observó que “el artículo 22 sugiere que la parte demandante debe haber hecho algún intento de entablar, con la parte demandada, conversaciones sobre las cuestiones que estuvieran comprendidas en la Convención”.

La Corte recuerda asimismo que, en la misma providencia, también indicó que esa conclusión provisional era sin perjuicio de la decisión definitiva de la Corte sobre la cuestión de si tiene competencia para conocer del fondo de la causa, que debe ser abordada después de considerar las argumentaciones escritas y orales de ambas partes.

Segundo, incumbe a la Corte determinar si un Estado debe recurrir a determinados procedimientos antes de presentarse ante la Corte. En este contexto, señala que los términos “condición”, “precondición [*precondition*]”, “condición previa [*prior condition*]”, “condición suspensiva [*condition precedent*]” son a veces utilizados como sinónimos y a veces como diferentes entre sí. En esencia no hay diferencias entre esas expresiones salvo por el hecho de que, si el término “condición” se emplea sin ningún calificativo puede abarcar, además de las condiciones previas, otras condiciones que deben satisfacerse concomitantemente con un acontecimiento o con posterioridad a él. En la medida en que los requisitos de procedimiento del artículo 22 sean condiciones, deben ser condiciones previas al sometimiento de un caso a la Corte, aun cuando el término no esté calificado por un elemento temporal.

Tercero, no es inusual que en las cláusulas compromisorias que confieren competencia a la Corte y a otras jurisdicciones internacionales se haga referencia al recurso a negociaciones. Dicho recurso cumple tres funciones distintas. En primer lugar, sirve de notificación al Estado demandado de que existe una controversia y delimita el alcance de la controversia y su materia. La Corte Permanente de Justicia Internacional tenía conciencia de ello cuando dijo en la causa *Mavrommatis* que “antes de que una controversia pueda ser objeto de una acción judicial, su materia debe haber sido claramente definida por medio de negociaciones diplomáticas”.

En segundo lugar, alienta a las partes a tratar de solucionar sus controversias por acuerdo mutuo, evitando así el recurso a una decisión jurisdiccional vinculante adoptada por un tercero.

En tercer lugar, el recurso previo a negociaciones u otros métodos de solución pacífica de controversias cumple una importante función al indicar el límite del consentimiento prestado por los Estados.

La Corte pasa a continuación a la determinación del sentido corriente de los términos empleados en el artículo 22 de la Convención con miras a determinar si este artículo contiene requisitos que deban ser satisfechos antes de someter un caso a la Corte. Dejando de lado la cuestión de si los dos modos de solución pacífica son alternativos o acumulativos, la Corte señala que el artículo 22 de la Convención califica el derecho a someter “una controversia” a la competencia de la Corte mediante las palabras “que no se resuelva” por los medios de solución pacífica allí especificados. Es preciso dar efecto a esas palabras. Si se interpreta el artículo 22 de la Convención, como sostiene Georgia, en el sentido de que todo lo que se necesita es que, como cuestión de hecho, la controversia no se haya resuelto (mediante negociaciones o mediante los procedimientos establecidos por la Convención), una frase clave de esa disposición quedaría privada de todo efecto.

Además, es razonable pensar que si, como cuestión de hecho, una controversia ha sido resuelta, ya no es más una controversia. Por consiguiente, si la frase “que no se resuelva” debiera interpretarse como requiriendo solo que la controversia sometida a la Corte debe existir de hecho, esa frase no tendría utilidad alguna. Análogamente, la elección expresa de dos modos de solución de controversias, a saber, las negociaciones o el recurso a los procedimientos especiales que se establecen en la Convención, sugiere un deber afirmativo de recurrir a ellos antes de someter un caso a la Corte.

La Corte también observa que, en su versión francesa, la expresión mencionada emplea el futuro perfecto (“*[t]out différend ... qui n’aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par la Convention*”), mientras que en la versión inglesa se utiliza el presente simple. La Corte señala que el empleo del futuro perfecto refuerza aún más la idea de que debe haber tenido lugar una acción previa (un intento de resolver la controver-

sia) para que se pueda realizar otra acción (el sometimiento a la Corte). Los otros tres textos auténticos de la Convención, a saber, los textos chino, español y ruso, no contradicen esta interpretación.

La Corte recuerda asimismo que, como su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, ha tenido que considerar en varias ocasiones si la referencia a negociaciones contenida en cláusulas compromisorias establece una precondition al sometimiento de un caso a la Corte. Como punto preliminar, la Corte señala que, aun cuando sean de carácter análogo, las cláusulas compromisorias que contienen una referencia a negociaciones (y a veces a otros métodos de solución de controversias) no son siempre uniformes. Algunas contienen un elemento temporal para las negociaciones, cuyo vencimiento hace exigible el deber de someter a arbitraje o de recurrir a la Corte. Además, la redacción utilizada contiene variaciones tales como “no se resuelva mediante” o “no pueda resolverse mediante negociación”. A veces, especialmente en cláusulas compromisorias más antiguas, la expresión es “que no sea” o “no pueda ser arreglado mediante la negociación” o “mediante la diplomacia”.

La Corte considera a continuación su jurisprudencia relativa a cláusulas compromisorias comparables al artículo 22 de la Convención. Ambas partes invocan dicha jurisprudencia en apoyo de sus respectivas interpretaciones del sentido corriente del artículo 22. La Corte observa que en cada una de esas causas anteriores ha interpretado la referencia a negociaciones como constitutiva de una precondition al sometimiento de la causa.

Consiguientemente, la Corte concluye que en su sentido corriente, los términos del artículo 22 de la Convención, a saber “[t]oda controversia ... que no se resuelva por negociación o por los procedimientos que se establecen expresamente en [la Convención]”, establecen condiciones que deben cumplirse antes de someter un caso a la Corte.

b) *Trabajos preparatorios* (párrs. 142 a 147)

A la luz de esta conclusión, la Corte no necesita recurrir a medios de interpretación complementarios tales como los trabajos preparatorios de la Convención y las circunstancias de su celebración para determinar el significado del artículo 22. Sin embargo, la Corte señala que ambas partes han realizado una extensa argumentación en relación con los trabajos preparatorios, citándolos en apoyo de sus respectivas interpretaciones de la frase “una controversia que no se resuelva ...”. Habida cuenta de ello y del hecho adicional de que en otras causas la Corte ha recurrido a los trabajos preparatorios a fin de confirmar su lectura de los textos pertinentes, la Corte considera que en la presente causa se justifica una presentación de las posiciones de las partes y un examen de los trabajos preparatorios.

Después de examinar los argumentos de las partes sobre la cuestión, la Corte señala que en el tiempo en que se estaba elaborando la Convención la idea de someterse a la jurisdic-

ción obligatoria de la Corte para la solución de controversias no era de fácil aceptación para varios Estados. Si bien los Estados podían formular reservas a las disposiciones de la Convención relativas a la solución obligatoria de controversias, es razonable suponer que las limitaciones adicionales al recurso al arreglo judicial en forma de negociaciones previas y otros procedimientos de arreglo sin plazos fijos se incluyeron con miras a facilitar una más amplia aceptación de la Convención por los Estados.

Más allá de esta observación general relacionada con las circunstancias en las cuales se elaboró la Convención, la Corte señala que la utilidad de los trabajos preparatorios para ilustrar el significado del artículo 22 está limitada por el hecho de que hubo muy pocas deliberaciones sobre la expresión “una controversia que no se resuelva”. Una notable excepción, a la que debe asignarse alguna importancia, es la declaración del delegado de Ghana, uno de los patrocinadores de la enmienda de las “tres Potencias” sobre cuya base se convino en la redacción definitiva del artículo 22 de la Convención. Dijo: “[L]a enmienda de las “tres Potencias” se explicaba por sí misma. Se ha previsto en el proyecto de Convención un mecanismo *que debería utilizarse para la solución de controversias antes de recurrir a la Corte Internacional de Justicia*.” La Corte añade que debería tenerse presente que ese mecanismo comprendía negociaciones que ya estaban mencionadas expresamente en el texto propuesto por la Mesa de la Tercera Comisión.

La Corte señala que, si bien de la historia de la redacción de la Convención no se pueden extraer inferencias firmes acerca de si las negociaciones o los procedimientos que se establecen expresamente en la Convención fueron concebidos como condiciones para el recurso a la Corte, de todos modos es posible concluir que los trabajos preparatorios no sugieren una conclusión diferente de aquella a la que ha llegado ya la Corte mediante el método principal de interpretación según el sentido corriente.

3. *Si se han cumplido las condiciones para someter un caso a la Corte con arreglo al artículo 22 de la Convención* (párrs. 148 a 184)

Habiendo así interpretado el artículo 22 de la Convención en el sentido de que impone condiciones que deben cumplirse antes de recurrir a la Corte, la siguiente cuestión es si se han cumplido esas condiciones. Ante todo, la Corte señala que Georgia no alega que, antes del sometimiento a la Corte, haya utilizado o intentado utilizar los procedimientos que se establecen expresamente en la Convención. Por consiguiente, la Corte limita su examen a la cuestión de si se ha cumplido la condición previa de negociaciones.

a) *El concepto de negociaciones* (párrs. 150 a 162)

Después de examinar los argumentos de las partes sobre el concepto de negociaciones, la Corte aborda en primer lugar una serie de cuestiones atinentes a la naturaleza de la precondition de negociaciones, a saber: evaluar qué es lo que

constituye negociaciones; considerar su forma y su sustancia adecuadas, y determinar en qué medida deben llevarse a cabo antes de que pueda decirse que se ha cumplido la precondición.

Para determinar qué es lo que constituye negociaciones, la Corte observa que las negociaciones son distintas de las meras protestas o discusiones. Las negociaciones entrañan más que la simple oposición de opiniones jurídicas o de intereses entre dos partes, o la existencia de una serie de acusaciones y refutaciones, o incluso el intercambio de pretensiones y contrapretensiones directamente opuestas. Como tal, el concepto de “negociaciones” difiere del concepto de “controversia”, y requiere —como mínimo— un intento auténtico de una de las partes en litigio de entablar conversaciones con la otra parte en litigio, con miras a resolver la controversia.

La Corte señala asimismo que, claramente, la prueba de ese intento de negociar —o de la realización de negociaciones— no requiere que se llegue a un acuerdo efectivo entre las partes en litigio. La Corte añade que, manifiestamente, en ausencia de pruebas de un intento auténtico de negociar, no se ha cumplido la precondición de negociación.

Sin embargo, cuando se intentan las negociaciones o éstas han comenzado, la jurisprudencia de esta Corte y de la Corte Permanente de Justicia Internacional revela claramente que la precondición de negociación solo se cumple cuando se ha producido el fracaso de las negociaciones, o cuando las negociaciones se han vuelto fútiles o se han estancado.

Además, la determinación de si han tenido lugar las negociaciones, como algo distinto de las meras protestas o discusiones, y de si han fracasado o se han vuelto fútiles o se han estancado, son esencialmente cuestiones de hecho “que deben considerarse en cada caso”. A pesar de esta observación, la jurisprudencia de la Corte ha diseñado criterios generales utilizables para determinar si se han llevado a cabo negociaciones. A este respecto, la Corte ha llegado a aceptar un menor grado de formalismo en cuanto a lo que se pueden considerar negociaciones y ha reconocido a la “diplomacia por conferencia o diplomacia parlamentaria”.

En lo tocante a la sustancia de las negociaciones, la Corte recuerda que ha aceptado que la ausencia de una referencia expresa al tratado en cuestión no impide la invocación de la cláusula compromisoria para establecer la competencia. Sin embargo, para cumplir la precondición de negociación establecida en la cláusula compromisoria de un tratado, esas negociaciones deben relacionarse con la materia del tratado que contiene la cláusula compromisoria. En otras palabras, la materia de las negociaciones debe relacionarse con la materia de la controversia que, a su vez, debe referirse a las obligaciones sustantivas contenidas en el tratado en cuestión.

Por consiguiente, en la presente causa la Corte está evaluando si Georgia intentó auténticamente entablar negociaciones con la Federación de Rusia, con miras a resolver su controversia relativa al cumplimiento por la Federación de

Rusia de sus obligaciones sustantivas con arreglo a la Convención. Si concluyera que Georgia intentó auténticamente entablar tales negociaciones con la Federación de Rusia, la Corte examinaría si Georgia llevó adelante esas negociaciones con miras a lograr una posible solución de la controversia. Para llegar a esa determinación, la Corte tiene que verificar si las negociaciones habían fracasado o se habían vuelto fútiles o se habían estancado antes de que Georgia presentara su demanda ante la Corte.

b) Si las partes han celebrado negociaciones sobre asuntos relacionados con la interpretación o la aplicación de la Convención (párrs. 163 a 184)

Partiendo de esos criterios, la Corte pasa a continuación a las pruebas que le presentaron las partes para determinar si dichas pruebas demuestran, como dice Georgia, que en el momento en que presentó su demanda, el 12 de agosto de 2008, había habido negociaciones entre ella y la Federación de Rusia en relación con la materia de su controversia jurídica con arreglo a la Convención, y que las negociaciones no habían dado resultado.

Después de considerar los argumentos de las partes sobre la cuestión, la Corte recuerda sus conclusiones en lo tocante a la primera excepción preliminar de la Federación de Rusia, pues ella está directamente conectada con la segunda excepción preliminar de la Federación de Rusia. Después de examinar las pruebas presentadas por las partes, la Corte concluyó que recién en el período inmediatamente anterior a la presentación de la demanda surgió una controversia comprendida dentro del ámbito de la Convención entre Georgia y la Federación de Rusia. Específicamente, las pruebas producidas por Georgia que son de fecha anterior al comienzo de las hostilidades armadas en Osetia del Sur durante la noche del 7 al 8 de agosto de 2008 no fueron suficientes para demostrar la existencia de una controversia jurídica entre Georgia y la Federación de Rusia en relación con asuntos comprendidos dentro de la Convención.

La Corte concluye que es lógico considerar que solo era posible que las partes estuvieran negociando sobre los asuntos en litigio, a saber, el cumplimiento por la Federación de Rusia de sus obligaciones relacionados con la eliminación de la discriminación racial, entre el 9 de agosto de 2008 y la fecha de presentación de la demanda, el 12 de agosto de 2008, es decir, en el período durante el cual la Corte determinó que había surgido entre las partes una controversia susceptible de estar comprendida dentro de la Convención.

Por consiguiente, el cometido de la Corte en este punto es doble: primero, determinar si los hechos que constan en el expediente demuestran que, durante este período circunscrito, Georgia y la Federación de Rusia entablaron negociaciones con respecto a los asuntos en litigio en relación con la interpretación o la aplicación de la Convención, y segundo, en caso de que las partes hubiesen entablado tales negociaciones, determinar si dichas negociaciones habían fracasado,

lo que permitiría que la Corte conociese de la controversia en virtud del artículo 22.

Antes de considerar las pruebas pertinentes para las respuestas a esas dos cuestiones, la Corte observa que hubo efectivamente negociaciones entre Georgia y la Federación de Rusia antes de la iniciación de la controversia pertinente. Dichas negociaciones comprendieron varios asuntos de importancia para las relaciones entre Georgia y la Federación de Rusia, a saber, el estatuto de Osetia del Sur y Abjasia, la integridad territorial de Georgia, la amenaza o el uso de la fuerza, las alegaciones de violación del derecho internacional humanitario y del derecho de los derechos humanos por las autoridades de Abjasia o de Osetia del Sur y el papel del personal de mantenimiento de la paz de la Federación de Rusia. Sin embargo, en ausencia de una controversia relacionada con asuntos comprendidos dentro de la Convención antes del 9 de agosto de 2008, no puede decirse que esas negociaciones hayan abarcado tales asuntos, y por lo tanto no son pertinentes para el examen por la Corte de la segunda excepción preliminar de la Federación de Rusia.

La Corte examina las pruebas que le presentaron las partes. En particular, la Corte toma nota de determinados elementos significativos del contenido de la transcripción de una conferencia de prensa que el 12 de agosto de 2008 —la fecha de la presentación de la demanda de Georgia— celebraron en Moscú el Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia y el Ministro de Relaciones Exteriores de Finlandia y Presidente en funciones de la OSCE. Primero, la Corte observa que la Federación de Rusia atribuye la culpa del estallido de actividades armadas a la actual dirigencia de Georgia. Segundo, la Federación de Rusia afirma que no tiene “confianza en Mikhail Nikolayevich Saakashvili”, y que “[el avance] hacia relaciones de respeto mutuo ... es difícilmente posible con la actual dirigencia de Georgia”. Tercero, la Federación de Rusia anuncia que sus “enfoques del proceso de negociación sufrirán un cambio sustancial”. Cuarto, la Federación de Rusia propone su visión de los siguientes pasos esenciales en el restablecimiento de la paz, incluida la cesación de las actividades armadas, y la “firma de un acuerdo jurídicamente vinculante sobre la no utilización de la fuerza” entre Georgia, Abjasia y Osetia del Sur. Quinto, la Federación de Rusia ha recibido confirmación del Presidente en funciones de la OSCE de que Georgia está dispuesta a concertar ese compromiso sobre la no utilización de la fuerza. Adicionalmente, el Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia declaró que “Como cuestión de hecho, no sería una exageración decir que la conversación es acerca de las depuraciones étnicas, el genocidio y los crímenes de guerra [cometidos por Georgia].”

La Corte hace dos observaciones sobre la base de lo dicho por el Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia. Primero, con respecto a la materia de la Convención, la Corte señala que el tema de la depuración étnica no había llegado a ser objeto de auténticas negociaciones o inten-

tos de negociación entre las partes. La Corte opina que aun cuando las pretensiones y contrapretensiones relativas a la depuración étnica pueden ser prueba de la existencia de una controversia relativa a la interpretación y la aplicación de la Convención, no constituyen intentos de negociación por ninguna de las partes.

Segundo, la Corte observa que la cuestión de las negociaciones entre Georgia y la Federación de Rusia es compleja. Por un lado, el Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia manifestó su descontento con respecto al Presidente Saakashvili personalmente, y dijo que “no piensa que Rusia esté en estado de espíritu no solo para negociar, sino incluso para hablar con el Sr. Saakashvili”. Por otro lado, el Ministro de Relaciones Exteriores no hizo de su deseo de ver al Presidente Saakashvili “arrepentirse” por su “crimen contra nuestros ciudadanos” una “condición para terminar esta etapa de la operación militar”, y para reanudar las conversaciones sobre la no utilización de la fuerza. Dijo además que “En cuanto a Georgia, siempre hemos tratado y seguiremos tratando al pueblo georgiano con profundo respeto.”

A pesar del tono de algunas de las expresiones empleadas por el Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia acerca del Presidente Saakashvili, la Corte considera que en general la Federación de Rusia no descartaba la posibilidad de futuras negociaciones sobre las actividades armadas que estaba llevando a cabo en esos momentos, y sobre el restablecimiento de la paz entre Georgia, Abjasia y Osetia del Sur. Sin embargo, la Corte considera que la materia de esas negociaciones no era el cumplimiento por la Federación de Rusia de sus obligaciones relacionadas con la eliminación de la discriminación racial. Por consiguiente, independientemente de las declaraciones ambiguas y quizás contradictorias de la Federación de Rusia sobre el tema de las negociaciones con Georgia en general, y sobre el Presidente Saakashvili personalmente, esas negociaciones no tenían el carácter de asuntos relacionados con la Convención. Siendo así, la determinación de si la Federación de Rusia quería terminar o continuar las negociaciones con Georgia sobre el asunto de los conflictos armados carece de relevancia para la Corte en la presente causa. Consiguientemente, las expresiones del Presidente y del Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia en relación con las perspectivas de las conversaciones con el Presidente de Georgia no ponían fin a la posibilidad de negociaciones relacionadas con la Convención, pues tales negociaciones nunca se intentaron auténticamente o específicamente.

En suma, la Corte no puede considerar a esas declaraciones —ya sea en la reunión de prensa presidencial de Georgia o en la sesión del Consejo de Seguridad— como auténticos intentos de Georgia de negociar asuntos comprendidos dentro de la Convención. Como se señaló detalladamente con respecto a la primera excepción preliminar de la Federación de Rusia, la Corte considera que esas acusaciones y réplicas de ambas partes sobre las cuestiones del “exterminio” y la

“depuración étnica” demuestran la existencia de una controversia entre ellas sobre una materia que podría estar comprendida dentro de la Convención. Sin embargo, no demuestran un intento de negociar sobre esos asuntos.

Así pues, la Corte tampoco puede estar de acuerdo con el argumento de Georgia cuando alega que “la negativa de Rusia a negociar con Georgia en medio de su campaña de depuración, y dos días antes de la presentación de la demanda es suficiente para investir a la Corte de competencia en virtud del artículo 22”. La Corte concluye que los hechos que constan en el expediente demuestran que, entre el 9 y el 12 de agosto de 2008, Georgia no intentó negociar con la Federación de Rusia sobre asuntos relacionados con la Convención, y que, consiguientemente, Georgia y la Federación de Rusia no entablaron negociaciones con respecto al cumplimiento por esta última de las obligaciones sustantivas que le incumben con arreglo a la Convención.

La Corte ya ha observado que Georgia no alegó que, antes de someter un caso a la Corte, hubiese utilizado o intentado utilizar el otro modo de solución de controversias contenido en el artículo 22, a saber los procedimientos que se establecen expresamente en la Convención. Considerando la conclusión a que llegó la Corte, en el párrafo 141, de que en virtud del artículo 22 de la Convención, las negociaciones y los procedimientos que se establecen expresamente en la Convención constituyen precondiciones para el ejercicio de su competencia, y considerando la constatación de hecho de que Georgia no intentó utilizar ninguno de esos dos modos de solución de controversias la Corte no necesita examinar si los dos requisitos son acumulativos o alternativos.

Consiguientemente, la Corte concluye que no se ha cumplido ninguno de los requisitos contenidos en el artículo 22. Así pues, el artículo 22 de la Convención no puede servir para fundar la competencia de la Corte en la presente causa. Por consiguiente, se hace lugar a la segunda excepción preliminar de la Federación de Rusia.

IV. Tercera y cuarta excepciones preliminares (párr. 185)

Habiendo hecho lugar a la segunda excepción preliminar de la Federación de Rusia, la Corte determina que no debe considerar las otras excepciones a su competencia planteadas por la parte demandada ni pronunciarse a su respecto y que la causa no puede pasar a la fase de fondo.

Caducidad de la providencia de la Corte de 15 de octubre de 2008 (párr. 186)

En su providencia de 15 de octubre de 2008, la Corte indicó determinadas medidas provisionales. Esa providencia deja de surtir efectos a partir de la emisión del presente fallo. Las partes tienen el deber de cumplir las obligaciones que le incumben con arreglo a la Convención, que se les recordaron en dicha providencia.

*
* *

Opinión disidente conjunta del Presidente Owada, de los Magistrados Simma, Abraham y Donoghue y del Magistrado *ad hoc* Gaja

El Presidente Owada, los Magistrados Simma, Abraham y Donoghue y el Magistrado *ad hoc* Gaja discrepan con la decisión de la Corte de hacer lugar a la segunda excepción preliminar de la Federación de Rusia y han presentado una opinión disidente conjunta. La Corte concluye que carece de competencia en virtud del artículo 22 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (“la Convención”) porque, en opinión de la Corte, Georgia debía entablar negociaciones con Rusia con respecto a sus pretensiones de conformidad con la Convención antes de la presentación de su demanda, pero no lo hizo. Los autores de la opinión disidente conjunta discrepan.

Los autores de la opinión disidente conjunta cuestionan la conclusión del fallo de que el artículo 22 de la Convención establece un requisito de negociaciones previas y sostienen que el fallo no considera argumentos que podrían llevar a una interpretación diferente de dicha cláusula. Consideran también que, incluso si el artículo 22 estableciera precondiciones para el sometimiento de un caso a la Corte, esas precondiciones —negociaciones previas o recurso a los procedimientos establecidos en la Convención— deben entenderse como requisitos alternativos, y no acumulativos.

Los autores de la opinión disidente conjunta también discrepan con la aplicación del requisito de negociaciones previas que hace el fallo en virtud del artículo 22, a la que consideran formalista y contradictoria con la jurisprudencia reciente de la Corte. Señalan que, en el fallo, la Corte concluye por primera vez que carece de competencia basándose únicamente en que la parte demandante no ha satisfecho un requisito de negociación previa —a pesar de que, cuando Georgia presentó su demanda, ningún intento que hiciera Georgia por resolver la controversia mediante negociaciones habría tenido posibilidades de éxito.

¿Establece el artículo 22 de la Convención “precondiciones” de procedimiento que deben satisfacerse antes del sometimiento a la Corte?

El fallo considera que el “sentido corriente” del artículo 22 establece precondiciones que deben cumplirse antes de someter un caso a la Corte. La Corte concluye que su jurisprudencia apoya esa interpretación y que los trabajos preparatorios “no sugieren una conclusión diferente”. Los Magistrados disidentes estiman que esa interpretación merece un serio cuestionamiento y que, en algunos aspectos, se aparta de la jurisprudencia más reciente de la Corte.

La opinión disidente conjunta señala que, aun cuando el fallo dice que la Corte ha consultado los trabajos preparatorios a fin de “confirmar” su interpretación del texto, de hecho la Corte solo llega a concluir que los trabajos preparatorios “no sugieren una conclusión diferente”. Además, la

opinión disidente conjunta critica el enfoque del fallo acerca de la cuestión del “sentido corriente” del artículo 22, señalando, en particular, que la Corte se funda únicamente en su aplicación del principio de efectividad como medio para interpretar el texto.

A continuación, los autores de la opinión disidente conjunta enuncian varios factores que arrojan dudas sobre la conclusión del fallo de que el artículo 22 impone una precondición de negociación. Primero, el fallo no analiza a fondo el sentido literal del texto, que, en una lectura directa, ni requiere ni sugiere un intento de arreglo antes del sometimiento de un caso a la Corte. Segundo, los autores de la opinión disidente conjunta señalan que no hay un requisito general de que un Estado lleve a cabo negociaciones diplomáticas antes del sometimiento a la Corte y que, como consecuencia, una cláusula compromisoria que se apartase de esa regla general debería estar formulada de manera suficientemente clara. Explican además que, aun cuando en tratados en vigor en la época en que se redactó la Convención existían otras formulaciones, que fueron consideradas por los redactores de la Convención, entre ellas cláusulas compromisorias que establecían precondiciones expresas en lo tocante a la competencia de la Corte, los redactores de la Convención optaron por la formulación que tenía menos probabilidades de ser interpretada literalmente como exigiendo intentos previos por arreglar la controversia.

Los autores de la opinión disidente conjunta critican también el tratamiento que se da en el fallo a la jurisprudencia anterior de la Corte. Después de citar dos causas en las cuales la Corte había interpretado anteriormente cláusulas compromisorias con una redacción análoga al artículo 22 de la Convención, el fallo dice que “en cada una de esas causas ... ha interpretado la referencia a negociaciones como constitutiva de una precondición al sometimiento de la causa”. Según los autores de la opinión disidente conjunta, ello deja al lector con la incorrecta impresión de que la jurisprudencia anterior de la Corte sobre la cuestión es clara y constante, cuando, de hecho, no lo ha sido.

Además, si bien concuerdan en que la Corte no está obligada por la determinación contenida en su providencia de 15 de octubre de 2008 de que tenía competencia *prima facie* respecto de medidas provisionales en la presente causa, según la cual el artículo 22, “en su sentido corriente, no sugiere que las negociaciones formales ... o el recurso al procedimiento [del Comité creado por la Convención]... constituyan requisitos que deban cumplirse antes de someter un caso a la Corte”, los Magistrados disidentes señalan que esa determinación de 2008 es una demostración adicional de que no hay una práctica establecida de tratar a las cláusulas que se refieren a negociaciones en el sentido de que imponen una precondición.

En suma, los autores de la opinión disidente conjunta ponen de relieve que todos los factores que llevan a la conclusión del fallo de que el artículo 22 impone precondiciones

adolecen de graves fallas: ni el análisis literal del texto, que es ambiguo, ni la jurisprudencia anterior de la Corte, que ha fluctuado, ni un examen de los trabajos preparatorios, que no son concluyentes, llevan necesariamente a la posición adoptada por la Corte.

Además, los autores de la opinión disidente conjunta rechazan la adopción en el fallo de una exigencia estricta de que las precondiciones que existan deben cumplirse “antes de someter un caso a la Corte”, por oposición a cualquier momento anterior a la decisión de la Corte sobre su competencia. Los autores de la opinión disidente conjunta estiman que ese enfoque no se ajusta a la reciente decisión de la Corte en la causa de *Croacia c. Serbia* (en 2008), en la que se permitió que una condición no satisfecha cuando se incoó el procedimiento se cumpliera después de esa fecha, pero antes de que la Corte se pronunciara su competencia. Los Magistrados disidentes critican el fallo por dejar de lado su jurisprudencia más reciente —que permitiría un enfoque más flexible— sin dar la mínima justificación.

¿Los dos medios de solución enunciados en el artículo 22 son alternativos o acumulativos?

Como los autores de la opinión disidente conjunta también concluyen (según se reseña más adelante) que Georgia ha satisfecho cualquier precondición de negociación, evalúan también si los dos medios de solución mencionados en el artículo 22 —los procedimientos de negociaciones o utilización del Comité creado por la Convención— serían precondiciones alternativas o acumulativas. Para los autores de la opinión disidente conjunta, el argumento decisivo proviene de la lógica: el texto del artículo 22 no puede imponer a un Estado procedimientos acumulativos que no tengan otro objeto que demorar el acceso a la Corte. Así pues, señalando que los procedimientos de negociaciones directas y del Comité creado por la Convención son dos modos diferentes de permitir que las partes en una controversia expresen sus opiniones e intenten llegar a un acuerdo fuera de la Corte, los autores de la opinión disidente conjunta concluyen que las condiciones indicadas en el artículo 22 no pueden haberse concebidas para funcionar como requisitos acumulativos.

¿Cuáles serían los requisitos de la precondición de negociación?

Pasando a continuación a la sustancia del requisito de que las partes entablen negociaciones antes del sometimiento a la Corte, los autores de la opinión disidente conjunta concluyen que el fallo ha aplicado el requisito de una manera excesivamente formalista y no realista. Los Magistrados disidentes son de opinión de que no hay —ni puede haber— un criterio general para determinar a qué altura puede considerarse que un Estado ha cumplido una obligación de negociar. En cambio, en su opinión, la Corte debe hacer esa evaluación caso a caso y no debería enfocar la cuestión en términos formales o procesales, sino como un asunto sustancial. Los Magistrados disidentes señalan que la finalidad de las negociaciones no es erigir innecesarias barreras de procedimiento que proba-

blemente demoren o impidan el acceso del demandante a la justicia internacional, sino permitir que la Corte se cerciore, antes de pasar al fondo, de que se han hecho suficientes esfuerzos por arreglar la controversia por los medios no judiciales requeridos.

Si la Corte determina que no hay perspectiva razonable de que la controversia pueda resolverse por esos medios, debería aceptar su competencia. Como se señala en la opinión disidente conjunta, éste ha sido el enfoque adoptado por la Corte respecto de la cuestión de las negociaciones en sus causas anteriores.

¿Hubo un esfuerzo suficiente por resolver la controversia mediante negociaciones?

Por último, suponiendo que el artículo 22 imponga una precondition de negociación, los autores de la opinión disidente conjunta consideran la cuestión de si Georgia ha satisfecho tal precondition en la presente causa. Dan una respuesta afirmativa y sostienen que el fallo llega a una conclusión diferente porque adopta un enfoque excesivamente formalista y no realista respecto del requisito de negociaciones. Critican el hecho de que el fallo considere solo el período comprendido entre el 9 y el 12 de agosto de 2008, lo cual es consecuencia de la conclusión del fallo de que antes de esa fecha no había controversia.

A la luz de las circunstancias de la presente causa, los Magistrados disidentes consideran completamente no realista la conclusión del fallo de que Georgia no ha agotado las posibilidades de un arreglo negociado con Rusia. En opinión de los Magistrados disidentes, nadie puede creer seriamente que, a la fecha de la presentación de la demanda, siguiera existiendo una perspectiva razonable de arreglar la controversia que Georgia presentó a la Corte. Los autores de la opinión disidente conjunta examinan diversos documentos y declaraciones que demuestran que, a lo largo de los años, Georgia reprochó a Rusia por ser responsable, por acción u omisión, de la depuración étnica cometida, según Georgia, contra personas de etnia georgiana en Abjasia y Osetia del Sur. Los autores de la opinión disidente conjunta tienen la opinión de que no se puede esperar que el demandante haga una oferta formal de negociar en tales circunstancias; más bien es suficiente que Georgia haya hecho conocer claramente la existencia y la naturaleza de sus pretensiones y que Rusia haya hecho conocer inequívocamente que rechazaba categóricamente las denuncias tales como se habían formulado (rechazando incluso, en realidad, que existiera una controversia entre ella y Georgia). Los autores de la opinión disidente conjunta concluyen que en la fecha de presentación de la demanda estaba claramente establecido que no había perspectivas razonables de un arreglo negociado y que, por consiguiente, se había satisfecho cualquier condición impuesta por el artículo 22.

Por tales razones, los autores de la opinión disidente conjunta concluyen que la Corte debía haber rechazado la segunda excepción preliminar de la Federación de Rusia y

haber determinado que tenía competencia para conocer del fondo de la presente causa.

Opinión separada del Presidente Owada

En una opinión separada, el Presidente Owada explica que, aun cuando concuerda con la conclusión del fallo de rechazar la primera excepción preliminar de Rusia, discrepa con determinados aspectos del tratamiento dado en el fallo a la cuestión de si hay una “controversia” entre Georgia y Rusia en relación con la interpretación o la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (la Convención). Específicamente, el Presidente Owada discrepa con la introducción en el fallo de un umbral más alto para determinar la existencia de una *oposición positiva* de la contraparte, que va más allá de la jurisprudencia establecida de la Corte sobre la existencia de una controversia. También cuestiona el tratamiento que se da en el fallo a las pruebas y, en particular, la sugerencia que se hace en el fallo de que la parte demandante tenía que haber dado a la parte demandada preaviso de sus pretensiones. El Presidente sugiere que la Corte no podía haber llegado a la conclusión a que llegó sobre su competencia sin considerar el fondo de las argumentaciones de las partes y que, si lo hubiese hecho, la Corte debía haber declarado que la primera excepción preliminar de Rusia no tiene un carácter exclusivamente preliminar de conformidad con el artículo 79 del Reglamento de la Corte.

El Presidente Owada comienza observando que, en la fase preliminar del procedimiento relativa a la competencia, la Corte no necesita, y realmente no puede, pronunciarse acerca de si las pretensiones de Georgia contra Rusia sobre el fondo estaban fundadas. La Corte solo necesita determinar si existía una controversia entre las partes; si dicha controversia se relacionaba con la interpretación o la aplicación de la Convención, y si dicha controversia existía en el momento en que Georgia presentó su demanda.

Sobre la cuestión de si existía una controversia entre las partes, el Presidente considera que el fallo aplica un requisito estricto que no encuentra apoyo en la jurisprudencia de la Corte establecida por el fallo *Mavrommatis* de la Corte Permanente de Justicia Internacional y por las causas del *África Sudoriental* de la Corte Internacional de Justicia.

A continuación, el Presidente Owada cuestiona varios aspectos del enfoque del fallo acerca de la cuestión de si existía una controversia entre las partes *en relación con la interpretación o la aplicación de la Convención*. En su opinión, el fallo, que concluye que solo existía una controversia entre las partes en relación con la Convención a partir del 9 de agosto de 2008, no es correcto a la luz de las pruebas. El Presidente Owada señala que, si bien no es necesario indicar con precisión una fecha en la cual haya surgido la controversia, la conclusión del fallo de que no surgió una controversia atinente a la Convención hasta el 9 de agosto de 2008 es demasiado restrictiva y tiene importantes ramificaciones para el tratamien-

to dado en el fallo a las pruebas relacionadas con la segunda excepción preliminar. El Presidente señala que Georgia puso repetidas veces en claro ante Rusia que sus preocupaciones se relacionaban con la “depuración étnica” y el “regreso de los refugiados” —cuestiones claramente comprendidas dentro de la materia de la Convención.

El Presidente Owada también critica la metodología empleada por el fallo para su evaluación de las pruebas presentadas en la causa. Observa que el fallo disecciona cada uno de los documentos presentados como prueba “de manera fragmentaria” en un intento de determinar si cada uno de los elementos de prueba —en sí mismo— contiene una pretensión formulada por Georgia con arreglo a la Convención y un acto positivo de oposición a esa pretensión por parte de Rusia.

Por último, el Presidente señala que lo que sostiene Georgia es que Rusia es responsable de actos u omisiones que constituirían violaciones de obligaciones establecidas por la Convención, mientras que Rusia ha rechazado categóricamente esas pretensiones, fundándose en que los actos u omisiones denunciados son primariamente atribuibles a las autoridades separatistas de Abjasia y Osetia del Sur y nada tienen que ver con Rusia. En opinión del Presidente, “esas dos percepciones contrapuestas” de la controversia reflejan una diferencia entre las partes acerca de la naturaleza esencial de la controversia. Sin entrar en un examen sustantivo del fondo de esas posiciones contrapuestas, puede decirse que ello constituye un “conflicto de opiniones jurídicas” y un “desacuerdo sobre un punto de derecho” en relación con la interpretación o la aplicación de la Convención. El Presidente reitera que la Corte no puede ni debe, en esta etapa preliminar relativa a la competencia, evaluar los argumentos de las partes relacionados con el fondo sin escuchar la exposición completa de las posiciones de las partes. Si la Corte hubiese opinado que no podía decidir la cuestión de competencia sin examinar algunos de esos aspectos relacionados con el fondo de la causa, debía haber declarado, de conformidad con el párrafo 9 del artículo 79 del Reglamento de la Corte, que la primera excepción preliminar de Rusia “no tiene, en las circunstancias del caso, un carácter exclusivamente preliminar”, con lo cual uniría de hecho el examen de esa excepción con su consideración de la causa sobre el fondo.

Declaración del Vicepresidente Tomka

El Vicepresidente ha votado a favor de la conclusión general de la mayoría de que la Corte carece de competencia respecto de la demanda de Georgia. También está de acuerdo con las conclusiones de la mayoría de que no se ha cumplido ninguna de las precondiciones del artículo 22 y que no había surgido ninguna controversia jurídica entre Georgia y la Federación de Rusia en el período comprendido entre 1999 y julio de 2008.

Sin embargo, el Vicepresidente no comparte la opinión de la mayoría sobre las pruebas que encuentra en apoyo de

la existencia de una controversia surgida en agosto de 2008. La mayoría identifica declaraciones hechas por el Presidente de Georgia y el Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia en conferencias de prensa separadas y declaraciones hechas por representantes de ambos Estados durante una sesión del Consejo de Seguridad de alto contenido emocional. Al basarse en esas declaraciones, la mayoría se ha conformado con una yuxtaposición bastante formalista de las palabras empleadas por los representantes de las partes durante el breve período de hostilidades militares abiertas entre los dos países. En ese contexto, las referencias a la “depuración étnica” deberían considerarse simplemente un aspecto de la retórica de tiempo de guerra. Georgia no presentó una reclamación a la Federación de Rusia con respecto a las obligaciones que le incumben con arreglo a la Convención, y tampoco entabló ni intentó entablar negociaciones o consultas. Ello habría servido para articular adecuadamente la controversia. De todos modos, para determinar que había surgido una controversia en agosto de 2008, la Corte ha bajado el criterio para la determinación de la existencia de una controversia.

Opinión separada del Magistrado Koroma

En su opinión separada, el Magistrado Koroma dice que ha votado a favor del segundo párrafo de la parte dispositiva del fallo habida cuenta de que la Corte debe cerciorarse de que se hayan cumplido los términos y condiciones establecidos en la cláusula compromisoria del tratado invocado antes de que pueda ejercer competencia. El Magistrado Koroma añade que también debe existir un vínculo entre una controversia y el tratado de que se trate. Sin embargo, habida cuenta de la importancia de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (“la Convención”), el Magistrado Koroma consideró necesario explicar su voto.

El Magistrado Koroma señala que la Convención mantiene su importancia en la lucha contra la discriminación racial y la intolerancia racial. Consiguientemente, dice que toda alegación de violación por un Estado parte de las obligaciones jurídicas que le incumben con arreglo a la Convención merece que la Corte le dedique un análisis detenido y objetivo. El Magistrado Koroma destaca, empero, que la Corte no puede realizar tal investigación si la demanda sometida a la Corte no cumple los requisitos de la cláusula de competencia de la Convención, a saber, que la controversia sea “con respecto a la interpretación o a la aplicación” de la Convención.

El Magistrado Koroma señala que, al considerar la segunda excepción preliminar de Rusia, la Corte aplicó los cánones de interpretación consagrados en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Dice que, de conformidad con el artículo 31, el punto de partida es el sentido corriente del tratado. Añade que si el sentido corriente no es claro o conduzca a un resultado absurdo, se podrá entonces considerar el objeto y el fin del tratado para

determinar precisamente qué es lo que se quiso decir. Así pues, el Magistrado Koroma destaca que el objeto y el fin de un tratado no pueden tener precedencia sobre su sentido corriente.

El Magistrado Koroma afirma que la cláusula compromisoria de la Convención establece claras condiciones o limitaciones respecto del derecho de un Estado parte a someter a la Corte una controversia con otro Estado. Primero, en su opinión, debe haber una “controversia” entre las partes, lo cual significa que, como mínimo, una parte debe haber expresado una posición y la otra parte debe haber discrepado con esa posición o haber expresado una posición diferente. Segundo, debe existir un vínculo entre las disposiciones sustantivas del tratado que se invoca y la controversia. En la presente causa, el Magistrado Koroma pone de relieve que la controversia debe ser una auténtica controversia entre las partes acerca de la *interpretación* o la *aplicación* de la Convención. Señala que esta limitación es vital, porque, sin ella, los Estados podrían utilizar la cláusula compromisoria como vehículo para introducir forzosamente ante la Corte una controversia no relacionada con otro Estado. En su opinión, otros tipos de controversias, entre ellas las relacionadas con la integridad territorial, los conflictos armados, etc., no están comprendidas en la cláusula compromisoria de la Convención.

El Magistrado Koroma añade que la cláusula compromisoria de la Convención impone el requisito adicional de que las partes hayan intentado resolver la controversia por negociación o por los procedimientos que establece la Convención. Pone de relieve que el sentido corriente de la cláusula compromisoria no permite ninguna otra conclusión. El Magistrado Koroma dice que, según el principio de efectividad, un tratado o una ley debe leerse de manera que dé *efecto* a sus disposiciones de conformidad con la intención de las partes. Estima que, al insertar en la cláusula compromisoria la frase “que no se resuelva por negociación o por los procedimientos que se establecen expresamente en la presente Convención”, los redactores tuvieron claramente la intención de establecer una precondición a la facultad de los Estados partes de someter controversias a la Corte.

El Magistrado Koroma constata que el objeto y el fin de la cláusula compromisoria confirman y apoyan el sentido corriente de la cláusula. Señala que durante la negociación de la Convención, Ghana, Mauritania y Filipinas presentaron una enmienda por la que se añadía la frase “o por los procedimientos que se establecen expresamente en la presente Convención” al texto de la cláusula compromisoria. El Magistrado Koroma señala que, explicando su enmienda, los representantes de dichos Estados dejaron en claro que creían que la enmienda requería que las partes utilizaran el mecanismo de solución de controversias establecido en la Convención antes de recurrir a la Corte. Añade que la enmienda fue adoptada por unanimidad. Consiguientemente, opina que los redactores de la cláusula compromisoria consideraron que su objeto y fin eran establecer precondiciones que

deben cumplirse antes de que una parte en la Convención pueda acudir ante la Corte. El Magistrado Koroma afirma que el fallo ha reflejado correctamente esa interpretación.

El Magistrado Koroma concluye diciendo que su voto a favor del segundo párrafo de la parte dispositiva debe entenderse de conformidad con el significado de la cláusula de competencia invocada. Pone de relieve que su voto no disminuye en modo alguno la importancia de la Convención como importante instrumento jurídico de lucha contra la discriminación racial y el odio racial.

Opinión separada del Magistrado Simma

El Magistrado Simma concuerda parcialmente con la parte del fallo en que se rechaza la primera excepción preliminar de la Federación de Rusia. Sin embargo, discrepa con la conclusión del fallo de que la controversia entre Georgia y la Federación de Rusia recién surgió entre el 9 y el 12 de agosto de 2008. Sobre la base de esta determinación de el período pertinente, y teniendo en mente la segunda excepción preliminar de Rusia, la Corte pasa totalmente por alto todas las pruebas documentales anteriores a agosto de 2008, limita su análisis a solo cuatro piezas de ese material probatorio correspondientes al período comprendido entre el 9 y el 12 de agosto de 2008, y de tal manera se las arregla para no encontrar rastros de negociaciones entre las partes —y llega al resultado de que no se cumplieron las precondiciones para que tuviera competencia en la causa según el artículo 22 de la Convención. Éste es un asunto sobre el cual el Magistrado Simma ha expresado su desacuerdo participando en la opinión disidente conjunta, junto con sus colegas Owada, Abraham, Donoghue y Gaja. La presente opinión separada está dedicada a las problemáticas formas empleadas por la Corte respecto de la primera excepción preliminar de Rusia, que el Magistrado Simma pasa a exponer detalladamente.

El Magistrado Simma concluye que la controversia pertinente había existido desde mucho antes de que estallaran las hostilidades armadas entre Georgia y la Federación de Rusia en agosto de 2008. En su opinión, la controversia comenzó ya en 1992 sobre materias que ya entonces podían haber estado comprendidas en la Convención, y continuó después de 1999 cuando tanto Georgia como la Federación de Rusia pasaron a ser partes en la Convención. Si se hubiera admitido la masa de pruebas documentales anteriores a agosto de 2008 sobre la existencia de una controversia y los intentos de Georgia por arreglarla, la Corte no podría haber aceptado la segunda excepción preliminar de la Federación de Rusia.

A continuación, el Magistrado Simma analiza el método por el cual el fallo desechó todas las pruebas documentales anteriores a agosto de 2008 por falta de “significación jurídica”. Identifica cinco supuestas fallas o defectos que el fallo aduce e invoca, individual o colectivamente, para rechazar cada una de las pruebas documentales fechadas antes de agosto de 2008. Demuestra que el fallo desechó pruebas sobre la base de supuestos defectos relacionados con la desig-

nación formal, la autoría, la inacción, la atribución y asuntos relacionados con la notificación. Según el Magistrado Simma, en ese proceso el fallo omitió aceptar las posibles diferencias en el grado de valor probatorio —mejor, primario, directo, secundario, indirecto, corroborante o complementario— que se han reconocido desde hace mucho en la jurisprudencia establecida de la Corte sobre la determinación del peso de las pruebas.

El Magistrado Simma demuestra a continuación la incompatibilidad de cada uno de esos supuestos defectos con las reglas del derecho internacional y las prácticas establecidas de la Corte sobre la evaluación de las pruebas. Primero, demuestra que los supuestos defectos formales —tales como la falta de designaciones literales en las pruebas documentales de frases tales como “discriminación racial”, o “depuración étnica”, alusiones explícitas a obligaciones específicas de la Federación de Rusia con arreglo a la Convención, o la distribución de documentos en las Naciones Unidas en relación con temas del programa distintos de la “discriminación racial”— no hacen que las pruebas documentales sean jurídicamente insignificantes. A los efectos de determinar la existencia de una controversia, es suficiente que las pruebas documentales se refieran a una materia relacionada con la Convención (tales como el supuesto apoyo, facilitación, o tolerancia por el personal de mantenimiento de la paz de Rusia de la depuración étnica que se estaba cometiendo contra civiles georgianos dentro de sus zonas de responsabilidad; el supuesto comportamiento de Rusia en relación con el derecho de regreso de los refugiados y desplazados internos al territorio de Georgia, y la supuesta omisión del personal de mantenimiento de la paz de Rusia en impedir las violaciones de los derechos humanos que se estaban cometiendo contra civiles georgianos).

Segundo, el Magistrado Simma evalúa críticamente la invocación en el fallo de supuestos defectos de autoría —tales como la falta de autoría, aval o aprobación por el Ejecutivo de Georgia de determinadas pruebas documentales, en particular, resoluciones del Parlamento de Georgia— para justificar el descarte de materiales parlamentarios. En su jurisprudencia anterior la Corte nunca vaciló en admitir a la legislación nacional como prueba. En todo caso, las resoluciones, decretos y declaraciones del Parlamento de Georgia fueron transmitidos oficialmente al Consejo de Seguridad o a la Asamblea General por el Representante Permanente de Georgia ante las Naciones Unidas —un funcionario que no se puede suponer que haya actuado *ultra vires* o sin el conocimiento del Ejecutivo de Georgia.

Tercero, el Magistrado Simma analiza la atribución hecha en el fallo de supuestos defectos de inacción, es decir, casos en los que el fallo rechaza pruebas documentales tales como resoluciones parlamentarias, porque su contenido no indica que el Ejecutivo de Georgia hubiese actuado o tomado medidas en relación con las denuncias expuestas en esas resoluciones. Este modo de rechazo de pruebas documentales

parece en particular inadecuado en esta etapa jurisdiccional porque al hacerlo la Corte termina llegando directamente al fondo de la controversia. Lo que es más importante, los textos reales de las pruebas documentales y las circunstancias que las rodean no corroboran las especulaciones que se hacen en el fallo acerca de que el Ejecutivo de Georgia podía haber pedido el retiro total de las tropas rusas del territorio de Georgia.

Cuarto, el Magistrado Simma refuta las conclusiones del fallo acerca de supuestos defectos debidos a que en las pruebas documentales no se atribuyen categóricamente violaciones a la Federación de Rusia. En la parte B de su opinión, demuestra que las pruebas documentales establecen claramente la atribuibilidad de la conducta del personal de mantenimiento de la paz de Rusia a la Federación de Rusia. Por último, el Magistrado Simma rechaza la determinación del fallo de desechar pruebas documentales debido a supuestos defectos relacionados con asuntos relacionados con la notificación, tales como la falta de pruebas de que Rusia había recibido, podía haber recibido, o tenía la oportunidad de recibir las alegaciones contenidas en determinadas pruebas documentales o ser informada de ellas. El Magistrado Simma señala que hasta la fecha la Corte nunca había impuesto un requisito de notificación efectiva de las denuncias hechas por un Estado demandante contra el Estado demandado a fin de determinar la existencia de una controversia.

Según el Magistrado Simma, el amorfo uso hecho por la Corte del concepto de “significación jurídica” en el presente fallo representa un nítido apartamiento de la práctica establecida de la Corte de admitir diferenciaciones en la evaluación del peso probatorio de las pruebas, demostrado en las causas relativas a las *Actividades armadas en el territorio del Congo*, al *Genocidio*, al *Canal de Corfú*, a la *Controversia Fronteriza*, a *Nicaragua* y a los *Rehenes en Teherán*. El Magistrado Simma teme que en causas futuras la Corte niegue peso probatorio a pruebas por razones análogamente defectuosas relacionadas con la formalidad, la autoría, la inacción, la atribución y la notificación. Advierte que esta metodología problemática podría inhibir a los Estados en la selección y el control que hagan para la presentación de las pruebas a la Corte. Lo que es más importante, el Magistrado Simma concluye que en la presente causa la Corte no cumplió su función jurisdiccional de manera cabal. Antes bien, el presente fallo realiza una serie de injustificadas inferencias de hecho en lugar de utilizar plenamente las facultades de averiguación de hechos de que está investida con arreglo a los Artículos 49 a 51 del Estatuto a fin de evitar tener que recurrir a esas inferencias en primer lugar.

La parte B de la opinión del Magistrado Simma expone el impresionante volumen de pruebas documentales incluidas en el expediente que demuestran la existencia de una controversia mucho antes de agosto de 2008. Al categorizar esos textos, el Magistrado Simma distingue entre intercambios bilaterales entre Georgia y la Federación de Rusia; declara-

ciones hechas por Georgia ante organizaciones internacionales de las que es miembro la Federación de Rusia y declaraciones públicas de Georgia en otras ocasiones.

Por último, el Magistrado Simma pone de relieve que su opinión separada no está dirigida a contradecir en modo alguno la opinión disidente conjunta de la que es coautor. La intención que lo mueve al emitir su opinión separada es hacer una reseña de los hechos que no solo permita llegar con mayor conocimiento de causa a una conclusión sobre la primera excepción preliminar de Rusia, sino que también se extienda hasta la esfera de la segunda excepción preliminar ampliando la base fáctica de la opinión disidente conjunta. El Magistrado Simma concluye que la forma en la cual se trataron en el presente fallo las cuestiones de la relevancia y la significación jurídica de los hechos es inaceptable —y permite que graves deficiencias sirvan como si fueran tapajos en el examen de los hechos.

Opinión separada del Magistrado Abraham

Además de ser uno de los cosignatarios de la opinión disidente conjunta que centra la atención en la segunda excepción preliminar planteada por la Federación de Rusia, el Magistrado Abraham ha expuesto en una opinión separada las razones por las cuales, a pesar de haber votado a favor de la decisión adoptada sobre la primera excepción preliminar planteada por Rusia, no está de acuerdo con el razonamiento que llevó a la Corte a concluir que la controversia entre las partes surgió en agosto de 2008.

El Magistrado Abraham cree que el fallo de la Corte merece críticas, en particular porque su concepto de una “controversia” está demasiado alejado de lo que surge de un estudio de la jurisprudencia anterior de la Corte, que él considera más exacto.

El Magistrado Abraham sostiene que el examen de la jurisprudencia de la Corte revela tres rasgos característicos del enfoque adoptado por la Corte cuando ha tenido que responder a una excepción basada en la ausencia de una controversia entre las partes. Primero, el Magistrado Abraham señala que la identificación de la controversia es una tarea puramente realista y práctica: la Corte no necesita establecer si hubieron intercambios formales entre las partes antes de la incoación del procedimiento; todo lo que importa es que debe estar convencida de que las partes tienen opiniones contrapuestas sobre las cuestiones que son objeto de la demanda y de que esas cuestiones están comprendidas en la cláusula compromisoria *ratione materiae*. Segundo, el Magistrado Abraham señala que, cuando determina la existencia de una controversia entre las partes, la Corte evalúa la situación en el momento de su decisión y por consiguiente puede tener en cuenta los argumentos hechos por las partes sobre el fondo de la causa durante el proceso judicial. Por último, el Magistrado Abraham recuerda que, salvo en determinadas circunstancias específicas, la Corte no determina cuándo surgió la controversia; es suficiente que la controver-

sia resulte establecida cuando se somete a la Corte (lo cual puede demostrarse mediante los hechos subsiguientes) y que sigue existiendo cuando la Corte considera su competencia.

En opinión del Magistrado Abraham, el fallo de la Corte se aparta del concepto de controversia anteriormente utilizado en su jurisprudencia en dos aspectos. Primero, el fallo trata innecesariamente de determinar exactamente cuándo surgió la controversia entre las partes, llevando a cabo un extenso y prolongado estudio de los documentos producidos por ellas. Además, el fallo rompe con la jurisprudencia anterior de la Corte al adoptar un enfoque formalista para la identificación de la controversia; ese enfoque parece exigir que la parte demandante, antes de incoar un procedimiento judicial, haya transmitido una denuncia a la parte demandada, diciendo por qué cree que las acciones de ésta son ilícitas, y que la parte demandada haya rechazado esa denuncia. A juicio del Magistrado Abraham, ello refleja una confusión entre la cuestión de la existencia de la controversia y la de la negociación previa.

En conclusión, el Magistrado Abraham cree que hay claramente una controversia en la presente causa, y que esa controversia indudablemente se refiere a la interpretación y la aplicación de la Convención, porque es más que razonable argumentar que la depuración étnica es una de las actividades prohibidas por dicha Convención, y que los Estados partes en ella tienen la obligación no solo de abstenerse de tales actividades, sino también de hacer todo lo que esté a su alcance para ponerles fin. Por último, el Magistrado Abraham señala que, si fuera necesario establecer cuándo surgió la controversia —ejercicio que considera totalmente desprovisto de sentido jurídico —podría determinarse que quizás comenzó en 2004, y ciertamente en 2006.

Declaración del Magistrado Skotnikov

El Magistrado Skotnikov apoya la conclusión general de la Corte de que no tiene competencia para conocer de la demanda presentada por Georgia. Sin embargo, no puede estar de acuerdo con la constatación de la Corte de que el 9 de agosto de 2008, en el curso de los conflictos armados estallaron en la noche del 7 al 8 de agosto de 2008, surgió una controversia entre Georgia y Rusia con respecto a la interpretación y la aplicación de la Convención.

Como ha dicho la Corte en numerosas ocasiones, “[u]na situación puede contener controversias que se relacionen con más de un cuerpo normativo y que estén sujetas a diferentes procedimientos de solución”. La Corte observa a lo largo del fallo que en la situación reinante cuando estallaron las hostilidades el 7/8 de agosto de 2008 había controversias que abarcaban una gama de asuntos diferentes, pero no la cuestión de la interpretación o la aplicación de la Convención.

La Corte tiene el deber de determinar si la controversia de agosto de 2008 era o no acerca del cumplimiento de la Convención, y no acerca de las disposiciones de la Carta de

las Naciones Unidas relacionadas con la no utilización de la fuerza o con las reglas del derecho internacional humanitario. Debe admitirse que esa tarea no es fácil. En realidad, algunos actos prohibidos por el derecho internacional humanitario también pueden ser capaces de contravenir derechos previstos en la Convención. A fin de determinar la existencia de una controversia relacionada con la Convención, la Corte debe de todos modos convencerse de que una supuesta controversia se refiere al establecimiento de una “distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico” (art. 1 de la Convención).

Habida cuenta de esa dificultad, tal vez no sea siempre posible que la Corte determine en la etapa preliminar del procedimiento si existe una controversia atinente a la Convención en una situación de conflictos armados. Sin embargo, la Corte siempre tiene la opción de declarar que la excepción relativa a la existencia de una controversia no tiene, en las circunstancias de la causa, un carácter exclusivamente preliminar. Si la Corte hubiese recurrido a esta opción en la presente causa, se habría encontrado en un terreno mucho más firme.

La Corte comienza su consideración de ese período en agosto de 2008 citando el Informe de la Misión Internacional Independiente de Averiguación de Hechos sobre el Conflicto en Georgia, establecida por el Consejo de la Unión Europea, según el cual en la noche del 7 al 8 de agosto:

“un sostenido ataque de artillería de Georgia hizo impacto en la villa de Tskhinvali. Se estaban llevando a cabo otros movimientos de las fuerzas armadas de Georgia que tenían como blanco a Tskhinvali y las zonas adyacentes, y pronto el combate involucró a unidades militares y elementos armados de Rusia, Osetia del Sur y Abjasia. Sin embargo, no pasó mucho tiempo antes de que el avance de Georgia en Osetia del Sur fuera detenido. En un contramovimiento, las fuerzas armadas de Rusia, con la cobertura de incursiones aéreas y de elementos de su flota del Mar Negro, penetraron profundamente en Georgia, atravesando la principal carretera este-oeste del país, llegando hasta el puerto de Poti y deteniéndose poco antes de la capital de Georgia, Tbilisi. El enfrentamiento evolucionó hasta adquirir un carácter combinado interestatal e intraestatal, en el que se oponían las fuerzas de Georgia y Rusia en un nivel de enfrentamiento así como los combatientes surosetios junto con abjasios y los georgianos en otro.” (Informe, Vol. 1, párr. 2 [Excepciones preliminares de la Federación de Rusia, Anexo 75]; véase el fallo, párrafo 106)

Habría sido útil considerar por lo menos otras dos observaciones contenidas en el Informe de la Misión:

“Se plantea la cuestión de si el uso de la fuerza por Georgia en Osetia del Sur, iniciado con el bombardeo de Tskhinvali durante la noche del 7 al 8 de agosto de 2008,

era justificable con arreglo al derecho internacional. No lo era.” (Vol. I, párr. 19.)

“Por lo menos en lo tocante a la fase inicial del conflicto, una cuestión jurídica adicional es la de si el uso de la fuerza de Georgia contra las fuerzas de mantenimiento de la paz de Rusia en el territorio de Georgia, es decir en Osetia del Sur, podía haber estado justificado. Una vez más, la respuesta es negativa ... No hay ... pruebas que apoyen ninguna pretensión de que las unidades rusas de mantenimiento de la paz en Osetia del Sur estuvieran violando flagrantemente las obligaciones que les imponían los acuerdos internacionales pertinentes, tales como el Acuerdo de Sochi, ni de que al hacerlo hubieran perdido su estatuto jurídico internacional. Consiguientemente, el uso de la fuerza por Georgia contra las fuerzas de mantenimiento de la paz de Rusia en Tskhinvali en la noche del 7 al 8 de agosto de 2008 fue contrario al derecho internacional.” (Vol. I, párr. 20.)

El contexto fáctico que surge del informe es bien claro: parece sumamente improbable, por decir poco, que la respuesta de Rusia al ataque de Georgia haya constituido una contravención de la Convención.

La Corte, cuando consideró el intercambio de acusaciones entre las partes, debería haberlas evaluado en el contexto de los conflictos armados en marcha cuando se formularon esas acusaciones. Siempre que la Corte considere una situación de conflictos armados y la cuestión del cumplimiento de la Convención, tiene que distinguir entre la propaganda de guerra, por un lado, y las declaraciones que efectivamente se dirijan al surgimiento y la cristalización de una controversia atinente a la Convención, por otro. Tal vez ello no sea fácil, pero la Corte es suficientemente perspicaz como para llevar a cabo esa tarea. Debería haber concluido que las alegaciones formuladas por Georgia entre el 10 y el 12 de agosto de 2008 pertenecen a la categoría de retórica de guerra y consiguientemente carecen de valor probatorio respecto de la cuestión de la existencia de una controversia atinente a la Convención.

El Magistrado Skotnikov concluye que Georgia no formuló ninguna alegación creíble a la que pudiera haberse opuesto positivamente la Federación de Rusia en el sentido de la jurisprudencia establecida de la Corte. El intercambio de acusaciones entre las partes, habida cuenta del contexto de los conflictos armados, simplemente no puede bastar para determinar la existencia de una controversia jurídica con respecto a la interpretación o la aplicación de la Convención.

Opinión disidente del Magistrado Cañado Trindade

1. En su opinión disidente, que comprende 13 partes, el Magistrado Cañado Trindade presenta los fundamentos de su posición personal sobre los asuntos tratados en el presente fallo de la Corte. Disiente con respecto a la totalidad del razonamiento de la Corte y con sus conclusiones acerca de

la segunda excepción preliminar y la competencia, así como con su tratamiento de las cuestiones de sustancia y de procedimiento planteadas ante la Corte. Comienza su opinión disidente identificando (parte I) el marco general de solución de la controversia en cuestión, inevitablemente vinculado con el imperativo de la *realización de la justicia* con arreglo a un tratado de las Naciones Unidas sobre derechos humanos de tanta importancia histórica como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (la Convención).

2. A juicio del Magistrado Cançado Trindade, las cláusulas compromisorias tales como la que figura en la Convención (artículo 22) solo pueden considerarse adecuadamente en el ámbito de los esfuerzos por lograr la competencia obligatoria de la Corte. Con tal fin, el Magistrado Cançado Trindade lleva a cabo un examen (parte II) de la génesis de la competencia obligatoria de la Corte, en la labor (en 1920) del Comité Consultivo de Juristas sobre el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), que era partidario de la competencia obligatoria. Esa posición del Comité de Juristas encontró un obstáculo en la postura diferente adoptada por los órganos políticos de la Sociedad de las Naciones. Se llegó a un avenimiento en los debates de la Asamblea de la Sociedad de las Naciones y sus órganos subsidiarios (también en 1920), que desembocó en la cláusula enmendada de competencia (la cláusula facultativa), y la posterior coexistencia de la cláusula facultativa y las cláusulas compromisorias de diversos tipos como base para el ejercicio de la competencia obligatoria por la Corte de La Haya.

3. El Magistrado Cançado Trindade considera a continuación los debates posteriores sobre el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Organización Internacional y sus órganos subsidiarios (en 1945). Habiendo examinado la historia legislativa, pasa a realizar un examen crítico de la práctica atinente a la cláusula facultativa de competencia obligatoria de la Corte de La Haya (CPJI y CIJ). El Magistrado Cançado Trindade lamenta la importancia que una práctica distorsionada llegó a asignar al consentimiento individual del Estado, colocándolo incluso por encima de los imperativos de la realización de la justicia a nivel internacional (parte III), y haciendo abstracción del antiguo ideal del automatismo de la competencia obligatoria de la Corte de La Haya (parte IV).

4. La posterior práctica de los Estados reveló la insatisfacción de la doctrina jurídica internacional con el hecho de que los Estados se fundaran en sus propios términos de consentimiento al enfocar la cláusula facultativa, acompañada por una mayor esperanza de que dichas cláusulas compromisorias, a su vez, contribuyeran más eficazmente a la realización de la justicia internacional. Para el Magistrado Cançado Trindade, ni la cláusula facultativa, ni las cláusulas compromisorias, pueden considerarse adecuadamente fuera del marco de la competencia obligatoria; a lo que se apunta es a esta última.

5. Recuerda que, desde el decenio de 1950 al de 1980, la doctrina jurídica internacional se esforzó por superar las vicisitudes de la “voluntad” de los Estados y obtener una más amplia aceptación de la competencia obligatoria de la Corte, sobre la base de cláusulas compromisorias. Posteriormente (a partir de finales del decenio de 1980), una tendencia más lúcida de la doctrina jurídica internacional siguió procurando realizar el mismo antiguo ideal, relacionando las cláusulas compromisorias en cuestión con la *naturaleza* y la *sustancia* de los tratados correspondientes. Ese pensamiento jurídico se benefició de la gradual acumulación de experiencia en la interpretación y la aplicación de los tratados de derechos humanos, tales como la Convención a que se refiere la presente causa.

6. El Magistrado Cançado Trindade continúa (parte V) pasando a la consideración de las relaciones entre la cláusula facultativa/las cláusulas compromisorias y la *naturaleza* y la *sustancia* de los tratados correspondientes en los que están consagradas. Sostiene que los tratados de derechos humanos (tales como la Convención) están inevitablemente *orientados hacia las víctimas*, y que el reconocimiento de la naturaleza especial de esos tratados ha contribuido en alto grado a su hermenéutica, lo cual ha llevado a que su aplicación se haga en definitiva en beneficio de los seres humanos, necesitados de protección.

7. El Magistrado Cançado Trindade argumenta que, a pesar de los innegables avances logrados por el ideal de la competencia obligatoria en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos, el panorama parece algo diferente en la esfera de las relaciones puramente interestatales, en las cuales los progresos realizados por la competencia obligatoria en los últimos decenios han sido bastante modestos. El derecho internacional contemporáneo mismo ha evolucionado lenta pero gradualmente, por lo menos poniendo límites a las manifestaciones de un voluntarismo estatal, que se ha revelado como perteneciente a otra era.

8. Éste es un punto que no puede pasar inadvertido en la presente causa —añade—, pues se refiere a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, y, en particular, de la cláusula compromisoria consagrada en un tratado de derechos humanos de las Naciones Unidas. El Magistrado Cançado Trindade considera a continuación la metodología de interpretación de los tratados de derechos humanos.

9. El Magistrado Cançado Trindade expone la opinión de que la metodología de interpretación de los tratados de derechos humanos (partiendo de las reglas de interpretación de los tratados enunciadas en los artículos 31 a 33 de las dos convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969 y 1986), en primer lugar, asigna un mayor peso, comprensible y necesariamente, a la realización de su objeto y su fin, de modo de asegurar la protección de los seres humanos, la parte ostensiblemente más débil, y, en segundo lugar, abarca, según él entiende, a todas las disposiciones de dichos

tratados, tomadas como un todo, comprendiendo no solo las *sustantivas* (sobre los derechos protegidos) sino también las *procesales*, las que regulan los mecanismos de protección internacional, incluidas las cláusulas compromisorias que confieren competencia a los tribunales internacionales de derechos humanos.

10. La hermenéutica de los tratados de derechos humanos, fiel a la regla general de interpretación de buena fe de los tratados (párrafo 1 del artículo 31 de las dos convenciones de Viena sobre el derecho de Tratados, de 1969 y 1986), tiene presentes los tres elementos componentes consistentes en el texto en sentido corriente, el contexto y el objeto y el fin del tratado en cuestión, así como la naturaleza del tratado en el que aparece dicha cláusula (facultativa o compromisoria) de competencia obligatoria. En la interpretación de los tratados de derechos humanos —continúa— hay una primacía de las consideraciones de orden público, de la garantía colectiva ejercida por todos los Estados partes, del logro de un objetivo común, superior a los intereses individuales de cada parte contratante.

11. Mal se puede hacer abstracción de la naturaleza y la sustancia de un tratado cuando se considera la cláusula facultativa, o bien la cláusula compromisoria, consagrada en dicho tratado. Así pues, el advenimiento de los tratados de derechos humanos —añade el Magistrado Cançado Trindade— ha contribuido al enriquecimiento del *jus gentium* contemporáneo, ensanchando su aptitud para regular relaciones no solo a nivel interestatal, sino también a nivel *intraestatal*. En la presente causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, el *punctum pruriens iudicii* es la correcta comprensión de la cláusula compromisoria (artículo 22) de la Convención.

12. El Magistrado Cançado Trindade señala que, en el curso del procedimiento en la presente causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, las dos partes en litigio, Georgia y la Federación de Rusia, en sus respuestas a una pregunta que el Magistrado consideró adecuado plantearles en la audiencia pública de 17.09.2010, han tenido debidamente en cuenta la naturaleza del tratado sobre derechos humanos en cuestión, la Convención (aunque derivaron consecuencias diferentes de sus respectivos argumentos); solo la Corte no ha tenido en cuenta este importante punto.

13. A continuación señala a la atención el principio *ut res magis valeat quam pereat* (parte VI), con amplio apoyo en la jurisprudencia. Como fundamento de la regla general de interpretación de los tratados está el mencionado principio *ut res magis valeat quam pereat* (el llamado *effet utile*), según el cual los Estados partes en los tratados de derechos humanos deben asegurar que las disposiciones convencionales tengan los efectos apropiados a nivel de sus respectivos órdenes jurídicos internos. Este principio se aplica —en su

opinión— no solo en relación con las normas *sustantivas* de dichos tratados, sino también en relación con las normas *procesales*, tales como la atinente a la aceptación de la competencia obligatoria en asuntos contenciosos de los órganos judiciales internacionales de protección.

14. Consiguientemente, consideraciones de orden superior (el orden público internacional) tienen primacía sobre el voluntarismo estatal. En la parte VII de su opinión disidente, el Magistrado Cançado Trindade realiza un examen de los elementos para la interpretación y la aplicación adecuadas de la cláusula compromisoria (artículo 22) de la Convención (que abarcan su sentido corriente, sus trabajos preparatorios y el anterior pronunciamiento de la propia Corte a su respecto). Sobre la base de su análisis, concluye que la opinión de la Corte en la presente causa según la cual el artículo 22 de la Convención establece “precondiciones” que debe cumplir un Estado Parte antes de que pueda tener recurso a esta Corte, y de tal modo hace que el acceso a la CPJI sea particularmente difícil, a su juicio no encuentra apoyo en la propia jurisprudencia constante de la Corte, ni en la historia legislativa de la Convención, y entra en conflicto con el enfoque recientemente adoptado por la Corte misma en su providencia de 15.10.2008 en la presente causa.

15. Argumenta, con respecto a este último punto, que la Corte no podía haber deconstruido su propia *res interpretata*: los posiciones *respecto del derecho* (a diferencia de la evaluación de las pruebas) que la Corte ya ha adoptado no pueden, en su opinión, ser simplemente cambiadas por la libre voluntad de la Corte, poco tiempo después, en un sentido diametralmente opuesto. Ello generaría un sentido de inseguridad jurídica, y chocaría con un principio básico de derecho procesal internacional, profundamente arraigado en el pensamiento jurídico: *venire contra factum/dictum proprium non valet*.

16. El Magistrado Cançado Trindade argumenta asimismo que, en la presente causa, debía haberse dado el peso debido a la consideración que figura en el preámbulo de la Convención (párr. 1), según la cual todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas se han comprometido a tomar medidas (en cooperación con la Organización) para realizar uno de los propósitos de las Naciones Unidas, que es el de “promover y estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos” de todos, sin distinción por motivo alguno, teniendo presente la proclamación hecha (en uno de los raros momentos o vislumbres de lucidez del siglo XX) en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, cuyos ecos resuenan en todas partes del mundo, de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y están dotados de razón y conciencia (artículo 1).

17. La parte VIII de su opinión disidente está dedicada a un examen de la jurisprudencia de la Corte de La Haya (CPJI y CIJ) en lo tocante a la verificación de anteriores *intentos* o *esfuerzos* de negociación, en el proceso de arreglo judicial de las controversias presentadas a su conocimiento. El Ma-

Magistrado Cançado Trindade concluye que la jurisprudencia constante de la propia Corte nunca ha atribuido a ese elemento fáctico el carácter de “precondición” que deba satisfacerse completamente, para el ejercicio de su competencia. Tanto la CPJI como la CPJI han determinado con gran claridad que un *intento* de negociación es suficiente, y que no hay ninguna “precondición” preceptiva de que haya negociaciones *resolutorias* para que una u otra ejerciesen competencia en una causa que se les hubiera sometido.

18. Muy por el contrario, —continúa,— las cláusulas compromisorias han sido una fuente pertinente de la competencia de la Corte, e incluso con mayor fuerza con arreglo a algunos de los tratados de derechos humanos que las contienen (cf. *infra*), y apuntando hacia el objetivo de la realización de la justicia (parte IX). Lamenta este cambio de enfoque en la presente causa, que establece un umbral muy elevado (en cuanto al requisito de negociaciones previas) para el ejercicio de competencia sobre la base de ese tratado sobre derechos humanos, la Convención, y perdiendo de vista la naturaleza de ese importante tratado de derechos humanos de las Naciones Unidas.

19. El Magistrado Cançado Trindade argumenta que no se pueden perder de vista los derechos y valores que están en juego. El hecho de invocar fórmulas formalistas, o centrar la atención en los “intereses” o intenciones de los Estados, o en su “voluntad”, u otras nociones conexas, o en las estrategias de negociación de los Estados, no debería hacer que se perdiera de vista el hecho de que quienes reclaman justicia, y los beneficiarios de ella, son, en definitiva, los seres humanos, —como lo revela la presente causa presentada a conocimiento de la Corte. En su opinión, la Corte no puede pasar por alto el *fundamento* de los tratados de derechos humanos; una mecánica y reiterada búsqueda del consentimiento del Estado, colocada por encima de los valores fundamentales en que se basan esos tratados, no habrá de llevar a la Corte a ningún lado.

20. Esto conduce al Magistrado Cançado Trindade a la parte X de su opinión disidente, en la que sostiene que, con arreglo a esos tratados, el arreglo pacífico está hermanado a la realización de la justicia, y mal puede lograrse justicia en una causa tal como la presente sin prestar atención a los *sufrimientos y necesidades de protección* de la población. Éstos asumen, en su opinión, una posición central en la consideración de la presente causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*. Muy lamentablemente, ésa no fue el enfoque de la Corte en la presente causa.

21. Destaca que la realización de la justicia con arreglo a un tratado sobre derechos humanos (tal como la Convención), en un caso como el presente, en que hay numerosas personas victimizadas, solo puede lograrse teniendo debidamente en cuenta y valorando los sufrimientos y las necesidades de protección de la población. En lugar de prestar particular atención a los sufrimientos y necesidades de

protección de la población, sobre la base de una evaluación de la totalidad de las pruebas producidas ante ella por las propias partes en litigio, la Corte desdichadamente aplicó un enfoque esencialmente interestatal, y principalmente bilateral, centrado en las relaciones (diplomáticas) entre los dos Estados en cuestión.

22. El presente fallo solo contiene referencias *in passim* a los sufrimientos padecidos por la población victimizada, a pesar de que hay documentos, presentados a la Corte por las propias dos partes en litigio, que son claramente ilustrativos del aspecto humano, del dolor y los sufrimientos y de las acuciantes necesidades de protección de las víctimas silenciosas de la controversia y los conflictos armados entre Georgia y la Federación de Rusia. Según la percepción del Magistrado Cançado Trindade, es necesario ir más allá del estricto enfoque interestatal (diplomático) del derecho internacional tradicional, pues es algo generalmente reconocido que el *jus gentium* contemporáneo no es para nada insensible al destino de las poblaciones. En su opinión, el reconocimiento judicial de la victimización de los seres humanos es un imperativo de la justicia, que viene por lo menos a *aliviar* sus sufrimientos.

23. Observa que la Corte ha dedicado 92 párrafos para conceder que finalmente cristalizó una controversia jurídica, el 10 de agosto de 2008, solo *después* del estallido de una guerra abierta y declarada entre Georgia y Rusia. El mismo razonamiento formalista ha llevado a la Corte, en 70 párrafos, a hacer lugar a la segunda excepción preliminar, sobre la base del supuesto incumplimiento de “precondiciones” de su propia construcción, apartándose de su propia jurisprudencia constante y de la más lúcida doctrina jurídica internacional. Advierte que con arreglo a los tratados de derechos humanos, los individuos afectados, en situaciones de gran vulnerabilidad o adversidad, necesitan un nivel más elevado de protección; sin embargo, la Corte ha aplicado, por el contrario, un criterio más elevado en materia de consentimiento del Estado para el ejercicio de su competencia. El resultado ha sido que la Corte ha reenviado la presente controversia a las partes en litigio.

24. En la parte XI de su opinión disidente, el Magistrado Cançado Trindade sostiene que los tratados de derechos humanos son instrumentos *vivientes* que han de interpretarse a la luz de las condiciones de vida actuales, de modo de responder a las nuevas necesidades de protección de los seres humanos. Esto se aplica incluso con más vigor con respecto a un tratado como la Convención, centrado en el principio fundamental de igualdad y no discriminación, que está en la base no solo de la Convención, sino de todo el derecho internacional de los derechos humanos, y que pertenece, en su opinión, a la esfera del *jus cogens* internacional. La Convención, dotada de universalidad, ocupa un lugar prominente en el propio *derecho de las Naciones Unidas*. Desde su adopción, la Convención estuvo enfrentada y opuesta a una grave violación de una obligación de *jus cogens* (la pro-

hibición absoluta de la discriminación racial), que generan obligaciones *erga omnes*, y ejerció influencia en los posteriores instrumentos internacionales a nivel universal (de las Naciones Unidas).

25. Lamenta que la Corte no se haya referido en ninguna parte a la efectiva aplicación que la Convención ha tenido en la práctica, a lo largo de los últimos decenios, de modo de cumplir su objeto y su fin, en beneficio de millones de seres humanos. En ninguna parte reconoce la Corte que la Convención —como los demás tratados de derechos humanos— es un instrumento *viviente*, que ha adquirido una vida propia, independientemente de las supuestas o imaginadas “intenciones” de sus redactores hace casi medio siglo. Incluso dentro del enfoque estático de la Corte, ya en la época en que se estaba elaborando la Convención había algunos —que él señala— que apoyaban el arreglo obligatorio de controversias por la Corte.

26. Con la evolución del derecho internacional contemporáneo, esto se aplica incluso con mayor vigor hoy, en 2011, con respecto a las obligaciones estipuladas en la Convención y los demás tratados de derechos humanos. Sin embargo, en el presente fallo, la Corte, con un enfoque totalmente diferente, hizo lugar a la segunda excepción preliminar, basándose en su propio razonamiento estrictamente textual o gramatical en relación con la cláusula compromisoria (artículo 22) de la Convención. En ninguna parte se encuentran consideraciones de naturaleza contextual, ni intento alguno de vincular esa cláusula compromisoria con el objeto y el fin de la Convención, teniendo en cuenta la sustancia y la naturaleza de la Convención como *un todo*.

27. En ninguna parte considera la Corte la importancia histórica de la Convención como un tratado pionero en materia de derechos humanos, y su continua contemporaneidad para responder a los nuevos desafíos que son fuente de legítima preocupación para la humanidad, a los efectos de interpretar la cláusula compromisoria contenida en ella. Como resultado de su propia decisión, la Corte se privó de la posibilidad de determinar si la presente controversia (que ha victimizado a tanta gente) está comprendida o no dentro de la Convención. El desdichado resultado de la presente causa revela que, a pesar de todos los avances logrados a favor de la dignidad humana con arreglo a la Convención, todavía queda mucho camino por andar: la lucha por la prevalencia de los derechos humanos —añade— es de nunca acabar, como en el mito de Sísifo.

28. En la parte XII de su opinión disidente, el Magistrado Cançado Trindade destaca que, sobre la base de todas las consideraciones precedentes, su propia posición, con respecto a todos los puntos que son objeto del presente fallo, está en clara oposición a la opinión adoptada por la Corte. Además, tampoco cabe exactamente dentro del marco conceptual del grupo disidente minoritario; va más allá de él. Su posición disidente se funda no solo en la evaluación de las pruebas producidas ante la Corte, a las que atribuye impor-

tancia, sino por sobre todo en cuestiones de principio, a las que asigna una importancia aún mayor.

29. Añade que la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha destacado constantemente que las disposiciones de los tratados de derechos humanos deben interpretarse de manera de hacer que la salvaguardia de esos derechos sea *efectiva*; a este respecto, el artículo 22 de la Convención no establece ninguna “precondición” preceptiva para el recurso a la Corte. Establecer “precondiciones” de esa índole donde no existen equivale a erigir un obstáculo indebido e infundado al acceso a la justicia con arreglo a un tratado sobre derechos humanos. La Corte debe estar atenta al *fundamento básico* de los tratados de derechos humanos.

30. En último lugar, pero no menos importante, en la parte XIII de su opinión disidente el Magistrado Cançado Trindade vuelve sobre un antiguo dilema —al que se enfrentan tanto la Corte como los Estados que comparecen ante ella— en el marco del *jus gentium* contemporáneo. En su opinión, no es posible volver ahora sobre ese antiguo dilema, que tiene incidencia directa en el presente y el futuro de la justicia internacional, sobre la base de viejos dogmas, erigidos en tiempos pretéritos, que ya no existen, sobre la base de nociones de la “voluntad” del Estado, o de sus “intereses” o intenciones. Insistir en esos dogmas no plantearía ningún dilema, pues llevaría al congelamiento o la osificación del derecho internacional. No hay nada más ajeno o antitético a la protección de los derechos humanos que esos dogmas.

31. Al reenviar la presente controversia a las partes en litigio, para su arreglo por cualesquiera otros medios (políticos o de otra índole) que ellas deseen adoptar o utilizar, la Corte se ha privado a sí misma, entre otras cosas, de la oportunidad de determinar, en una posible etapa posterior sobre el fondo, si los sucesos mencionados en la demanda, que causaron tantas víctimas, están comprendidos o no en las disposiciones pertinentes de la Convención. En su opinión, la presente decisión socava los efectos apropiados de la Convención (incluida la cláusula compromisoria que figura en su artículo 22) y la propia competencia obligatoria de la Corte con arreglo a ella.

32. Habida cuenta de las circunstancias —añade el Magistrado Cançado Trindade—, la Corte no puede ser rehén del consentimiento del Estado. No puede seguir desplegando una búsqueda instintiva y continua del consentimiento del Estado, hasta el punto de perder de vista el imperativo de la realización de la justicia. El momento en que se manifiesta el consentimiento del Estado es cuando el Estado de que se trata decide pasar a ser parte en un tratado —como el tratado sobre derechos humanos a que se refiere la presente causa, la Convención. La hermenéutica y la adecuada aplicación de ese tratado no pueden estar continuamente sujetas a una recurrente búsqueda del consentimiento del Estado. *El consentimiento del Estado no es un elemento de interpretación de los tratados*; si lo fuera, se convertiría indebidamente al tratado en letra muerta, y los tratados de

derechos humanos se han hecho para ser instrumentos vivos, y más aún su espíritu.

33. El Magistrado Cançado Trindade recuerda que los “padres fundadores” del derecho de gentes (*law of nations*) nunca visualizaron que el consentimiento individual de los Estados emergentes fuera la fuente *última* de sus obligaciones jurídicas. El triste resultado de la presente causa ante la Corte es la ineluctable consecuencia de haber dado, inepta y erróneamente, el lugar de honor al consentimiento del Estado, incluso por encima de los valores fundamentales en juego, que están en la base de la Convención y exigen la realización de la justicia.

34. En su opinión, ya es hora de que la Corte dé una expresión concreta al compromiso con su misión —tal como él la percibe— cuando resuelve causas, como la presente, en el ejercicio de su competencia basada en tratados de derechos humanos, teniendo presente el *fundamento*, la naturaleza y la sustancia de dichos tratados, con todas las consecuencias jurídicas que de ello derivan. Esta Corte no puede seguir privilegiando el consentimiento del Estado por encima de todo, una y otra vez, incluso después de que tal consentimiento ya haya sido dado por los Estados en el momento de la ratificación de dichos tratados.

35. La Corte no puede seguir embarcándose en una interpretación literal o gramatical y estática de los términos de las cláusulas compromisorias consagradas en dichos tratados, extrayendo de ellas “precondiciones” para el ejercicio de su competencia, en una actitud que recuerda la tradicional práctica arbitral internacional. Cuando están en juego tratados de derechos humanos —continúa— es necesario, en su percepción, superar la fuerza de la inercia, y afirmar y desarrollar la competencia obligatoria de la CIJ sobre la base de las cláusulas compromisorias contenidas en dichos tratados. Después de todo, son los seres humanos quienes en definitiva son protegidos con arreglo a dichos tratados, y esas cláusulas compromisorias deben enfocarse en su ineluctable relación con la *naturaleza* y la *sustancia* de los tratados de derechos humanos en cuestión, en su totalidad.

36. El Magistrado Cançado Trindade sostiene que, desde el punto de vista de los justiciables, los sujetos (titulares) de los derechos protegidos, las cláusulas compromisorias como la del artículo 22 de la Convención están directamente relacionadas con su *acceso a la justicia*, incluso si las demandas presentadas con arreglo a ellas son presentadas ante la CIJ por Estados partes en esos tratados de derechos humanos. Los justiciables son, en definitiva, los seres humanos interesados. Con esta óptica humanista, que armoniza bien con la propia creación de la Corte de La Haya (la CPJI y la CIJ), erigir una “precondición” preceptiva de negociaciones previas para el ejercicio de la competencia de la Corte equivale, en su opinión, a erigir un infundado y sumamente lamentable obstáculo a la justicia.

37. La realización de la *justicia* es un imperativo que la Corte debe tener constantemente presente. Dificilmente

pueda alcanzarse partiendo de una estricta perspectiva voluntarista centrada en el Estado y una recurrente búsqueda del consentimiento del Estado. La Corte no puede, en su percepción, seguir haciendo un homenaje verbal a lo que supone que representa las “intenciones” o la “voluntad” del Estado. La correcta interpretación de los tratados de derechos humanos (cf. *supra*) es en última instancia el beneficio de los seres humanos, para cuya protección los Estados han concertado y adoptado los tratados de derechos humanos. La razón de humanidad prevalece sobre la antigua razón de Estado.

38. Para su gran pesar, en el presente fallo la Corte pasó totalmente por alto el siguiente punto: antes bien, se embarcó en la habitual exaltación del consentimiento del Estado, rotulada (en el párrafo 110) como “el principio fundamental del consentimiento”. El Magistrado Cançado Trindade controvierte esa opinión, pues, a su juicio, el consentimiento no es “fundamental”, y ni siquiera es un “principio”. Lo que es “fundamental”, es decir, lo que está en los fundamentos de la Corte, desde su creación, es el imperativo de la *realización de la justicia*, por medio de la competencia obligatoria. El consentimiento del Estado no es más que una regla que debe observarse en el ejercicio de la competencia obligatoria para la *realización* de la justicia. Es un medio, no un fin; es un requisito procesal, no un elemento de interpretación de los tratados; indudablemente no pertenece a la esfera de los *prima principia*.

39. Para el Magistrado Cançado Trindade, principios fundamentales son los de *pacta sunt servanda*, de igualdad y no discriminación (a nivel del derecho sustantivo), de igualdad de armas (*égalité des armes* —a nivel del derecho procesal). Principio fundamental es, además, el de humanidad (que permea todo el *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, y el derecho internacional de los refugiados). Principio fundamental es, además, el de la dignidad de la persona humana (que establece un fundamento del derecho internacional de los derechos humanos). Principios fundamentales del derecho internacional son, además, los enunciados en el Artículo 2 en la Carta de las Naciones Unidas (y reformulados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, aprobada en 1970 por la Asamblea General de las Naciones Unidas).

40. Para el Magistrado Cançado Trindade, esos son algunos de los verdaderos *prima principia*, que confieren al ordenamiento jurídico internacional su ineluctable dimensión axiológica. Esos son algunos de los verdaderos *prima principia*, que revelan los valores que inspiran el *corpus juris* del ordenamiento jurídico internacional, y que, en definitiva, constituyen sus fundamentos mismos. Los *prima principia* conforman el *substratum* del ordenamiento jurídico

internacional, transmitiendo la idea de una justicia *objetiva* (propia del derecho natural).

41. Por su parte —añade— el consentimiento del Estado no pertenece a la esfera de los *prima principia*; el recurso al consentimiento es una concesión del *jus gentium* a los Estados. Es una regla que debe observarse (nadie lo negaría) a fin de hacer viable el arreglo judicial de las controversias internacionales. Para esta Corte, concebida como una Corte Internacional de Justicia, la *realización de la justicia* sigue siendo un ideal que aún no se ha logrado en la decisión de las causas de derechos humanos presentadas a su conocimiento —como tristemente lo revela el presente fallo, habida cuenta del indebido lugar de honor que ha dado al consentimiento del Estado. Esa regla o requisito procesal —concluye el Magistrado Cançado Trindade— se reducirá a su debida dimensión el día en que se comprenda que *la conciencia está por encima de la voluntad*. Esto resume un antiguo dilema (al que se enfrentan tanto la Corte como los Estados que comparecen ante ella), que ha vuelto a considerar en su opinión disidente, en el marco del *jus gentium* contemporáneo.

Opinión separada del Magistrado Greenwood

El Magistrado Greenwood considera que una decisión de la Corte, en una solicitud de medidas provisionales de protección, de que *prima facie* parece existir una base para la competencia de la Corte no obliga en modo alguno a la Corte en etapas posteriores del procedimiento. La decisión adoptada en 2008 de que parecía que hubiera una base para la competencia de la Corte no es en sentido alguno incompatible con la decisión adoptada en el fallo de hoy según la cual no se ha establecido tal competencia. La razón por la cual determinó que no había competencia radica en que el artículo 22 de la Convención impone una precondition que no se ha cumplido, pues Georgia no había hecho un intento suficiente de negociar acerca de la controversia específica en relación con la interpretación o la aplicación de la Convención antes de someter la causa a la Corte.

Opinión separada de la magistrada Donoghue

En una opinión separada, la magistrada Donoghue señala que acompaña al Presidente Owada, los Magistrados Simma y Abraham y el Magistrado *ad hoc* Gaja en la disidencia respecto de la segunda excepción preliminar de Rusia. A continuación explica que, aun cuando votó a favor de la decisión contenida en el fallo de rechazar la primera excepción preliminar de Rusia, discrepa con el enfoque adoptado en el fallo acerca de la cuestión de si hay una “controversia” entre Georgia y Rusia con respecto a la interpretación o la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (“la Convención”). Específicamente, rechaza la adopción en el fallo de la noción de que solo puede existir una “controversia” cuando el demandado ha hecho declaraciones de oposición antes de la presentación de la demanda. También rechaza el método

empleado por la Corte para examinar los documentos y declaraciones que constan en el expediente.

Primero, la magistrada Donoghue recuerda que la cuestión de si existía una controversia entre las partes en relación con la Convención a la fecha de la demanda es un asunto respecto del cual la Corte debe hacer una “determinación objetiva”. Al hacer esa determinación, la Corte no está limitada a considerar si Georgia notificó de sus pretensiones a Rusia, o si Rusia respondió a esas pretensiones, antes de la fecha en la cual Georgia presentó su demanda. Anteriormente, la Corte ha dejado en claro que, para determinar la existencia de una controversia, la posición o la actitud de una parte puede establecerse mediante inferencia. La Corte también ha invocado declaraciones hechas en el curso del procedimiento ante ella para confirmar la existencia de opiniones contrapuestas y, por consiguiente, de una controversia jurídica. Además, la magistrada Donoghue señala que no hay un requisito general de preaviso de las pretensiones o de la intención de someter esas pretensiones a la Corte.

Por tales razones, la magistrada Donoghue rechaza la caracterización que se hace en el fallo de la frase frecuentemente citada de las causas relativas al *África Sudoriental* (*Etiopía c. Sudáfrica*; *Liberia c. Sudáfrica*), *Excepciones preliminares* —de que, para que exista una controversia, debe demostrarse que la pretensión de una parte “es positivamente resistida” por la otra parte— en el sentido de que establece un requisito formal de que las partes mantengan un intercambio de opiniones antes del sometimiento de un caso a la Corte. Por el contrario, la cuestión de si una pretensión “es positivamente resistida” forma parte integral de la “determinación objetiva” que haga la Corte, sobre la base de la totalidad de la información que tiene ante sí, acerca de si hay una controversia efectiva y en curso entre las partes en una causa contenciosa.

Segundo, la magistrada Donoghue concluye que, incluso si se aceptara la interpretación del derecho que se hace en el fallo, hay suficientes pruebas para demostrar que existía una controversia relacionada con la interpretación o la aplicación de la Convención antes del 9 de agosto de 2008, fecha que se fija en el fallo como la del comienzo de una controversia a los efectos del artículo 22 de la Convención. En su opinión, el expediente, tomando en su conjunto, demuestra que Georgia alegó que existía una conducta que constituía discriminación étnica y alegó que Rusia era responsable de esa conducta, y que Rusia se opuso a esas alegaciones. En contraste, el fallo no asigna valor probatorio alguno a ningún documento considerado individualmente si en el documento no se alega una conducta que daría lugar a una acción con arreglo a la Convención y a la vez no se atribuye responsabilidad por dicha conducta a Rusia. El punto de si Georgia puede cumplir su carga de establecer toda la gama de elementos de derecho y de hecho de una violación de la Convención por parte de Rusia sería pertinente si la Corte estuviera considerando el fondo, pero no es eso lo que se debe probar en esta etapa,

en la cual la Corte solo tiene el cometido de determinar si existe una controversia con respecto a la Convención. En opinión de la magistrada Donoghue, el expediente de hecho que tiene ante sí la Corte es suficiente para confirmar que las partes tienen opiniones contrapuestas sobre asuntos comprendidos dentro de la materia de la Convención, y que, por consiguiente, existía una controversia antes del período de conflictos armados de agosto de 2008.

La magistrada Donoghue señala asimismo que la decisión de la Corte de que la controversia entre Georgia y Rusia co-

menzó recién el 9 de agosto de 2008 tiene importantes consecuencias para su análisis de la segunda excepción preliminar, que no tiene en cuenta ningún contacto entre Georgia y Rusia antes de esa fecha.

En conclusión, la magistrada Donoghue expresa su preocupación porque el fallo de la Corte ha creado innecesariamente nuevos obstáculos de procedimiento que pueden servir para excluir la competencia en causas futuras, quizás con particular detrimento de los Estados con recursos limitados o sin experiencia ante la Corte.