

207. CUESTIONES RELATIVAS A LA INCAUTACIÓN Y RETENCIÓN DE DETERMINADOS DOCUMENTOS Y DATOS (TIMOR-LESTE c. AUSTRALIA) [MEDIDAS PROVISIONALES]

Providencia de 3 de marzo de 2014

El 3 de marzo de 2014, la Corte dictó su providencia sobre la solicitud de indicación de medidas provisionales presentada por Timor-Leste el 17 de diciembre de 2013 en la causa atinente a las *Cuestiones relativas a la incautación y retención de determinados documentos y datos (Timor-Leste c. Australia)*. En su providencia, la Corte indicó diversas medidas provisionales.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente: Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Bhandari; magistrados ad hoc Callinan, Cot; Secretario Cuvreur.

*

* *

El párrafo resolutivo de la providencia (párr. 55) dice lo siguiente:

“...

LA CORTE,

Indica las siguientes medidas provisionales:

1) Por doce votos contra cuatro,

Australia se cerciorará de que el contenido de los materiales incautados no sea de ninguna manera ni en ningún momento utilizado por persona o personas algunas en detrimento de Timor-Leste hasta que la presente causa haya concluido;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; magistrados Owada, Abraham, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Xue, Gaja, Bhandari; magistrado ad hoc Cot;

VOTOS EN CONTRA: magistrados Keith, Greenwood, Donoghue; magistrado ad hoc Callinan;

2) Por doce votos contra cuatro,

Australia mantendrá bajo lacre los documentos y datos electrónicos incautados y cualesquiera copias de ellos hasta una decisión ulterior de la Corte;

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; magistrados Owada, Abraham, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Xue, Gaja, Bhandari; magistrado ad hoc Cot;

VOTOS EN CONTRA: magistrados Keith, Greenwood, Donoghue; magistrado ad hoc Callinan;

3) Por quince votos contra uno,

Australia no interferirá en modo alguno en las comunicaciones entre Timor-Leste y sus asesores jurídicos en conexión con el *Arbitraje con arreglo al Tratado de 20 de mayo de 2002 relativo al Mar de Timor* pendiente entre Timor-Leste y Australia, con eventuales futuras negociaciones bilaterales concernientes a la delimitación marítima, ni con cualquier otro procedimiento conexo entre ambos Estados, incluida la presente causa ante la Corte.

VOTOS A FAVOR: Presidente Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Bhandari; magistrado ad hoc Cot;

VOTOS EN CONTRA: magistrado ad hoc Callinan.”

*

* *

El magistrado Keith anexó una opinión disidente a la providencia de la Corte; el magistrado Cançado Trindade anexó una opinión separada a la providencia de la Corte; el magistrado Greenwood anexó una opinión disidente a la providencia de la Corte; la magistrada Donoghue anexó una opinión separada a la providencia de la Corte; el magistrado ad hoc Callinan anexó una opinión disidente a la providencia de la Corte.

*

* *

Demanda y solicitud de indicación de medidas provisionales (párrs. 1 a 17 de la providencia)

La Corte comienza recordando que, por una demanda presentada ante la Secretaría el 17 de diciembre de 2013, la República Democrática de Timor-Leste (en adelante “Timor-Leste”) incoó un procedimiento contra Australia con respecto a una controversia relativa a la incautación el 3 de diciembre de 2013, y subsiguiente retención, por “agentes de Australia de documentos, datos y otros bienes que pertenecen a Timor-Leste y/o respecto de los cuales Timor-Leste tiene derecho a protección con arreglo al derecho internacional”. En particular, Timor-Leste alega que esos artículos fueron tomados de la oficina de un asesor jurídico de Timor-Leste en Narrabundah, en el Territorio de la Capital de Australia, alegadamente en cumplimiento de un mandamiento expedido con arreglo a la sección 25 de la Ley de Australia de 1979 sobre Organización de Inteligencia y Seguridad. Los materiales incautados, según Timor-Leste, comprenden, entre otras cosas, documentos, datos y correspondencia entre Timor-Leste y sus asesores jurídicos en relación con el *Arbitraje con arreglo al Tratado de 20 de mayo de 2002 relativo al Mar de Timor*, pendiente entre Timor-Leste y Australia (en adelante, el “Arbitraje relativo al Mar de Timor”).

El mismo día, Timor-Leste también presentó una solicitud de indicación de medidas provisionales, con arreglo al Artículo 41 del Estatuto de la Corte y artículos 73 a 75 del Reglamento de la Corte. La Corte recuerda que, al final de su solicitud, Timor-Leste pide a la Corte que

“indique las siguientes medidas provisionales:

a) [q]ue todos los documentos y datos incautados por Australia de Brockman Street 5, Narrabundah, en el Territorio de la Capital de Australia el 3 de diciembre de 2013 sean inmediatamente lacrados y entregados en custodia a la Corte Internacional de Justicia;

b) [q]ue Australia entregue inmediatamente a Timor-Leste y a la Corte Internacional de Justicia i) una lista de todos y cada uno de los documentos y datos que haya revelado o transmitido, o la información contenida en ellos que haya revelado o transmitido a cualquier persona, independientemente de si tal persona está empleada por cualquier órgano del Estado Australiano o de cualquier Estado tercero, u ocupa algún cargo en tales Estados, y ii) una lista de las identidades o descripciones de dichas personas y de los puestos que actualmente ocupan;

c) [q]ue Australia entregue dentro de los cinco días a Timor-Leste y a la Corte Internacional de Justicia una lista de todas y cada una de las copias que haya hecho de cualesquiera de los documentos y datos incautados;

d) [q]ue Australia i) destruya en forma que queden irrecuperables todas y cada una de las copias de los documentos y datos incautados por Australia el 3 de diciembre de 2013, y haga todo lo posible por asegurar la destrucción en forma que queden irrecuperables de todas las copias que haya transmitido a cualquier tercero, y ii) informe a Timor-Leste y a la Corte Internacional de Justicia de todas las medidas tomadas en cumplimiento de esa orden de destrucción, haya tenido éxito o no;

e) [q]ue Australia dé garantías de que no interceptará ni determinará o solicitará la interceptación de comunicaciones entre Timor-Leste y sus asesores jurídicos, ya sea dentro o fuera de Australia o de Timor-Leste.”

A continuación la Corte recuerda que Timor-Leste también solicitó que, a la espera de la audiencia y decisión de la Corte sobre la solicitud de indicación de medidas provisionales, el Presidente de la Corte ejerciera el poder que le confiere el párrafo 4 del artículo 74 del Reglamento de la Corte. A ese respecto, dice que, mediante una carta de fecha 18 de diciembre de 2013, el Presidente de la Corte, actuando con arreglo a dicha disposición, invitó a Australia “a actuar de manera que cualquier providencia de la Corte sobre la demanda de indicación de medidas provisionales pueda surtir los efectos deseados, y en particular a abstenerse de cualquier acto que pueda causar perjuicio a los derechos reclamados por la República Democrática de Timor-Leste en el presente procedimiento”.

*

La Corte dice a continuación que los días 20, 21 y 22 de enero de 2014 se celebraron audiencias públicas sobre la solicitud de indicación de medidas provisionales formulada por Timor-Leste durante las cuales los agentes y consejeros de los Gobiernos de Timor-Leste y Australia presentaron observaciones orales. Durante las audiencias, algunos miembros de la Corte formularon preguntas a las partes, que fueron respondidas oralmente. Timor-Leste utilizó la posibilidad que había otorgado la Corte de formular observaciones escritas sobre la respuesta de Australia a una de esas preguntas.

La Corte recuerda que, al final de su segunda ronda de observaciones orales, Timor-Leste pidió a la Corte que indicara medidas provisionales en los mismos términos incluidos en su solicitud (véase *supra*) y que Australia, por su parte, dijo lo siguiente:

“1. Australia pide a la Corte que deniegue la solicitud de indicación de medidas provisionales presentada por la República Democrática de Timor-Leste.

2. Australia pide asimismo a la Corte que suspenda el procedimiento hasta que el Tribunal Arbitral haya dictado su laudo en el *Arbitraje con arreglo al Tratado sobre el Mar de Timor*.”

A continuación, la Corte dice que, por una providencia de fecha 28 de enero de 2014, la Corte decidió no acceder a la solicitud de Australia de suspensión del procedimiento, considerando, entre otras cosas, que la controversia entre Timor-Leste y Australia que tiene ante sí es suficientemente distinta de la controversia que está sometida a la decisión del Tribunal Arbitral en el Arbitraje relativo al Mar de Timor. Por consiguiente, la Corte, después de tener en cuenta las opiniones de las partes, procedió a fijar plazos para la presentación de los alegatos escritos.

Razonamiento de la Corte (párrs. 18 a 54)

I. Competencia prima facie (párrs. 18 a 21)

La Corte comienza observando que, cuando se presenta una solicitud de indicación de medidas provisionales, no necesita, antes de decidir si indicará o no tales medidas, convencerse de manera definitiva de que tiene competencia en relación con el fondo de la causa; sólo tiene que estar convencida de que las disposiciones en que se funda el demandante parecen, prima facie, dar una base en la que pudiera fundarse su competencia.

La Corte observa que Timor-Leste procura fundar la competencia de la Corte en la presente causa en la declaración que formuló el 21 de septiembre de 2012 con arreglo al párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto, y en la declaración formulada por Australia el 22 de marzo de 2002 con arreglo a la misma disposición. La Corte añade que, en el curso de los alegatos orales, Australia dijo que, si bien reservaba su “derecho a plantear cuestiones de competencia y admisibilidad en la etapa de fondo”, no iba a “plantear esos asuntos en relación con la solicitud de medidas provisionales de Timor-Leste”.

Por consiguiente, la Corte considera que las declaraciones formuladas por ambas partes con arreglo al párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto parecen, prima facie, constituir una base sobre la cual podría tener competencia para decidir sobre el fondo de la causa. La Corte determina, por lo tanto, que puede conocer de la solicitud de indicación de medidas provisionales que le ha presentado Timor-Leste.

II. Los derechos cuya protección se busca y las medidas solicitadas (párrs. 22 a 30)

La Corte recuerda que su poder de indicar medidas provisionales con arreglo al artículo 41 del Estatuto tiene como objeto resguardar los derechos invocados por cada una de las partes en una causa, a la espera de su decisión sobre el fondo de la causa. De ello se desprende que la Corte debe ocuparse de resguardar mediante tales medidas los derechos que posteriormente pueda determinar que pertenecen a una u otra de las partes. Por consiguiente, la Corte puede ejercer este poder solo si está convencida de que los derechos que invoca la parte solicitante son por lo menos verosímiles. Además, debe existir un vínculo entre los

derechos que son objeto del procedimiento ante la Corte sobre el fondo de la causa y las medidas provisionales que se solicita.

La Corte comienza considerando si los derechos reclamados por Timor-Leste sobre el fondo, para los cuales busca protección, son verosímiles. Observa, primero, que no es un punto controvertido entre las partes que por lo menos parte de los documentos y datos incautados por Australia se relacionan con el Arbitraje relativo al Mar de Timor, o con posibles negociaciones futuras sobre delimitación marítima entre las partes, y que se refieren a comunicaciones de Timor-Leste con sus asesores jurídicos. Señala, además, que la principal reclamación de Timor-Leste se funda en que se ha producido una violación de su derecho a comunicarse con sus consejeros y abogados de manera confidencial con respecto a cuestiones que constituyen el objeto de un procedimiento arbitral pendiente y de futuras negociaciones entre las partes. La Corte señala que este derecho invocado podría derivarse del principio de la igualdad soberana de los Estados, que es uno de los principios fundamentales del orden jurídico internacional y está reflejado en el párrafo 1 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Más específicamente, se debe preservar la igualdad de las partes cuando están, de conformidad con el párrafo 3 del Artículo 2 de la Carta, en vías de arreglar una controversia internacional por medios pacíficos. Si un Estado está empeñado en el arreglo pacífico de una controversia con otro Estado por medio del arbitraje o de negociaciones, tendrá la expectativa de emprender ese procedimiento arbitral o esas negociaciones sin interferencia de la otra parte en la preparación y la dirección de su argumentación. De ello se desprende que, en tal situación, un Estado tiene un derecho verosímil a la protección de sus comunicaciones con sus abogados en relación con un arbitraje o con negociaciones, en particular a la protección de la correspondencia entre ellos, así como a la protección de la confidencialidad de los documentos y datos preparados por los abogados para asesorar a ese Estado en tal contexto.

Consiguientemente, la Corte considera que por lo menos algunos de los derechos para los que Timor-Leste pide protección – a saber, el derecho a llevar adelante un procedimiento arbitral o negociaciones sin interferencia por parte de Australia, incluido el derecho a la confidencialidad y a la no interferencia en sus comunicaciones con sus asesores jurídicos – son verosímiles.

La Corte aborda a continuación la cuestión del vínculo entre los derechos invocados y las medidas provisionales solicitadas. La Corte recuerda que las medidas provisionales solicitadas por Timor-Leste tienen la finalidad de impedir que Australia siga teniendo acceso los materiales incautados, de proporcionar a Timor-Leste información sobre el alcance del acceso de Australia a los documentos y datos incautados, y de asegurar la no interferencia de Australia en las futuras comunicaciones entre Timor-Leste y sus asesores jurídicos. La Corte considera que esas medidas, por su naturaleza, se dirigen a proteger los derechos invocados por Timor-Leste a llevar adelante, sin interferencia por parte de Australia, el procedimiento arbitral y las futuras negociaciones, y a comunicarse libremente con sus asesores jurídicos, consejeros y abogados con esa finalidad. Por lo tanto, la Corte concluye que existe un vínculo entre los derechos invocados por Timor-Leste y las medidas provisionales solicitadas.

III. Riesgo de perjuicio irreparable y urgencia (párrs. 31 a 48)

La Corte recuerda que tiene el poder de indicar medidas provisionales cuando se podría causar un perjuicio irreparable a los derechos que están en controversia, y que ese

poder sólo será ejercido si existe urgencia, en el sentido de que existe un real e riesgo inminente de que se cause un perjuicio a esos derechos.

Timor-Leste alega que las acciones de Australia al incautarse de materiales confidenciales y delicados de la oficina de su asesor jurídico crean un riesgo real de perjuicio irreparable a sus derechos. Timor-Leste afirma que es sumamente probable que la mayoría de los documentos y datos en cuestión se relacionen con su estrategia jurídica, tanto en el contexto del Arbitraje relativo al Mar de Timor como en el contexto de futuras negociaciones marítimas con Australia. Timor-Leste afirma que el riesgo de perjuicio irreparable es inminente porque actualmente está considerando qué posición estratégica y jurídica ha de adoptar para mejor defender sus nacionales intereses frente a Australia en relación con el Tratado de 2002 sobre el Mar de Timor y el Tratado de 2006 sobre Ciertos Arreglos Marítimos en el Mar de Timor.

Según Australia, no existe riesgo de perjuicio irreparable para los derechos de Timor-Leste. Dice que los compromisos comprensivos asumidos por el Fiscal General de Australia demuestran que los derechos que se podría determinar que tiene Timor-Leste están suficientemente protegidos a la espera de la sentencia definitiva en la presente causa.

Australia comienza por explicar que el 4 de diciembre de 2013 el Fiscal General de Australia formuló una Declaración Ministerial ante el Parlamento acerca de la ejecución por parte del Organismo Australiano de Inteligencia y Seguridad (“OAIS”) de los mandamientos de registro en las oficinas de un asesor jurídico de Timor-Leste en Canberra y que, en esa ocasión, puso de relieve “que los materiales de los que se tomó posesión en ejecución de los mandamientos no [iban] en ninguna circunstancia a ser comunicados a quienes llevaban adelante el procedimiento [arbitral] en nombre de Australia”.

Australia señala a continuación que su Fiscal General presentó al Tribunal Arbitral del Tratado sobre el Mar de Timor un compromiso escrito, de fecha 19 de diciembre de 2013, en el que declaró que los materiales incautados no serían utilizados por ninguna parte del Gobierno de Australia para ningún propósito relacionado con el Arbitraje relacionado con el Tratado sobre el Mar de Timor y asumió el compromiso de no tomar conocimiento ni informarse por otro conducto del contenido de los materiales ni de ninguna información derivada de dichos materiales.

Australia informó asimismo a la Corte de que, después del envío de la carta del Presidente con arreglo al párrafo 4 del artículo 74 del Reglamento de la Corte (véase *supra*), el Fiscal General de Australia escribió una carta de fecha 23 de diciembre de 2013 dirigida al Director General de Seguridad del OAIS, en la que le impartía la directiva de que las medidas enunciadas en el compromiso asumido ante el Tribunal Arbitral el 19 de diciembre de 2013 se cumplieran igualmente en relación con el procedimiento incoado ante la Corte. En su carta, el Fiscal General dijo, en particular, que “sería deseable y apropiado que Australia cumpliera la solicitud del Presidente de asegurarse de que, desde ahora hasta la conclusión de la audiencia de 20 a 22 de enero, los materiales estén lacrados, que no tenga acceso a ellos ningún otro funcionario del OAIS y que el OAIS se asegure de que ninguna otra persona tenga acceso a ellos”.

Además, el Fiscal General presentó a la Corte un compromiso escrito de fecha 21 de enero de 2014. Australia señala que ese compromiso escrito contiene seguridades comprensivas de que se salvaguardará la confidencialidad de los documentos incautados. Destaca, en particular, las siguientes declaraciones formuladas por el Fiscal General en su compromiso escrito:

“que hasta la sentencia definitiva en el presente procedimiento o hasta una orden posterior o anterior de la Corte:

1. No tomaré conocimiento ni me informaré por otro conducto del contenido de los materiales ni de ninguna información derivada de dichos materiales; y
2. Si tomara conocimiento de alguna circunstancia que hiciera necesario que yo me informara de los materiales, en primer lugar señalaría ese hecho a la atención de la Corte, y en ese momento se ofrecerían nuevos compromisos; y
3. Los materiales no serán utilizados por el Gobierno de Australia para ningún fin distinto de fines de seguridad nacional (que comprenden la posibilidad de denuncias y enjuiciamientos relacionados con el cumplimiento de la ley); y
4. Sin que ello limite lo que antecede, ni los materiales, ni información alguna derivada de los materiales, se pondrán a disposición de ninguna parte del Gobierno de Australia para ningún fin relacionado con la explotación de recursos en el Mar de Timor o negociaciones conexas, o relacionado con la tramitación de:

a) el presente procedimiento; y

b) el procedimiento ante el Tribunal Arbitral [constituido con arreglo al Tratado de 2002 sobre el Mar de Timor].”

Por último, durante las actuaciones orales, con referencia a la carta de fecha 23 de diciembre de 2013 dirigida al Fiscal General de Australia por el Director General de Seguridad del OAS, el Procurador General de Australia dijo que “el OAS hasta la fecha no ha inspeccionado ninguno de los documentos” y señaló que los documentos [estaban] lacrados a todos los efectos hasta que [Australia tuviera] la decisión de esta Corte sobre las medidas provisionales”.

Con respecto a los compromisos asumidos por el Fiscal General de Australia los días 4, 19 y 23 de diciembre de 2013, Timor-Leste argumenta que están “lejos de ser adecuados” para proteger los derechos e intereses de Timor-Leste en la presente causa. Según Timor-Leste, en primer lugar carecen de fuerza vinculante, por lo menos a nivel internacional; segundo, en algunos serios aspectos son más limitados que las medidas provisionales solicitadas por Timor-Leste, pues no se refieren a las cuestiones generales que van más allá del Arbitraje relativo al Mar de Timor; y tercero, las instrucciones impartidas en la carta de fecha 23 de diciembre de 2013 dirigida al Director-General del OAS por el Fiscal General de Australia sólo se han dado hasta la conclusión de las audiencias en la presente fase de la causa.

Con referencia al compromiso escrito de fecha 21 de enero de 2014, Timor-Leste afirma que no basta para impedir el riesgo de daño irreparable y que “debería estar respaldado por una providencia de la Corte que se refiera al tratamiento de los materiales”.

Sobre la base de esta información, la Corte opina que el derecho de Timor-Leste a llevar adelante el procedimiento arbitral y las negociaciones sin interferencia podría sufrir un daño irreparable si Australia no salvaguardase inmediatamente la confidencialidad de los materiales incautados por sus agentes el 3 de diciembre de 2013 de la oficina de un asesor jurídico del Gobierno de Timor-Leste. En particular, la Corte considera que podría haber un grave efecto perjudicial para la posición de Timor-Leste en el Arbitraje relativo al Mar de Timor y en futuras negociaciones marítimas con Australia si los materiales incautados se

divulgaran a alguna persona o algunas personas que estuvieran participando o probablemente participaran en ese arbitraje o en negociaciones en nombre de Australia. Si se produjera alguna ruptura de confidencialidad, tal vez no fuera posible subsanarla o repararla, pues tal vez no se pudiera volver al *statu quo ante* después de la revelación de la información confidencial.

La Corte señala, sin embargo, que el compromiso escrito asumido por el Fiscal General de Australia el 21 de enero de 2014 comprende compromisos en el sentido de que los materiales incautados no se pondrán a disposición de ninguna parte del Gobierno de Australia para ningún fin relacionado con la explotación de recursos en el Mar de Timor o negociaciones conexas, ni en conexión con la tramitación de la presente causa ante la Corte ni del procedimiento ante el Tribunal del Tratado del Mar de Timor. La Corte observa que, además, el Procurador General de Australia aclaró durante las audiencias, en respuesta a una pregunta de un miembro de la Corte, que ninguna persona que estuviera participando en el arbitraje o la negociación había sido informada del contenido de los documentos y datos incautados.

La Corte señala asimismo que el agente de Australia dijo que “el Fiscal General del Commonwealth de Australia [tenía] autoridad efectiva y ostensible para obligar a Australia de conformidad tanto con el derecho australiano como con el derecho internacional”. La Corte dice que no tiene razón alguna para creer que el compromiso escrito de fecha 21 de enero de 2014 no será cumplido por Australia. Una vez que un Estado ha asumido un compromiso de esa índole en relación con su conducta, cabe presumir su buena fe en el cumplimiento de ese compromiso.

Sin embargo, la Corte toma conocimiento de que, en el párrafo 3 de su compromiso escrito de fecha 21 de enero de 2014, el Fiscal General dice que los materiales incautados no serán utilizados “por ninguna parte del Gobierno de Australia para ningún fin distinto de fines de seguridad nacional (que comprenden la posibilidad de denuncias y enjuiciamientos relacionados con el cumplimiento de la ley)”. Señala asimismo que, en el párrafo 2 del mismo documento, el Fiscal General subrayó que “[s]i tomara conocimiento de alguna circunstancia que hiciera necesario que [él se] informara de los materiales, en primer lugar señalaría ese hecho a la atención de la Corte, y en ese momento se ofrecerían nuevos compromisos”.

Habida cuenta de que, en determinadas circunstancias que involucren a la seguridad nacional, el Gobierno de Australia contempla la posibilidad de hacer uso de los materiales incautados, la Corte determina que existe un riesgo de revelación de esa información que potencialmente es sumamente perjudicial. La Corte señala que el Fiscal General de Australia ha asumido el compromiso de que cualquier acceso a los materiales, por consideraciones de seguridad nacional, sería sumamente restringido y que el contenido de los materiales no se divulgaría a ninguna persona que participase en la tramitación del Arbitraje relativo al Mar de Timor, en cualesquiera futuras negociaciones bilaterales sobre delimitación marítima, ni en la tramitación del procedimiento ante esta Corte. Sin embargo, una vez que haya sido revelada a funcionarios determinados en las circunstancias previstas en el compromiso escrito de fecha 21 de enero de 2014, la información contenida en los materiales incautados podría llegar a terceros, y se podría quebrantar la confidencialidad de los materiales. Además, la Corte observa que el compromiso de Australia de mantener lacrados los materiales incautados fue asumido sólo hasta la decisión de la Corte sobre la solicitud de indicación de medidas provisionales.

A la luz de lo que antecede, la Corte considera que el compromiso escrito de fecha 21 de enero de 2014 hace una importante contribución a la mitigación del riesgo inminente de perjuicio irreparable creado por la incautación de los materiales mencionados a los derechos de Timor-Leste, en particular su derecho a que se salvaguarde debidamente la confidencialidad de esos materiales, pero no elimina enteramente ese riesgo.

La Corte concluye, sobre la base de lo que antecede, que, habida cuenta de las circunstancias, Se han reunido las condiciones requeridas por su Estatuto para la indicación de medidas provisionales, en la medida en que, a pesar del compromiso escrito de fecha 21 de enero de 2014, todavía existe un riesgo inminente de perjuicio irreparable, como se ha demostrado. Por consiguiente, es apropiado que la Corte indique determinadas medidas a fin de proteger los derechos de Timor-Leste a la espera de la decisión de la Corte sobre el fondo de la causa.

IV. Medidas a adoptar (párrs. 49 a 54)

La Corte recuerda que, con arreglo a su Estatuto, cuando se formula una solicitud de medidas provisionales, tiene el poder de indicar medidas que sean en todo o en parte distintas de las solicitadas. En la presente causa, después de considerar los términos de las medidas provisionales solicitadas por Timor-Leste, la Corte determina que las medidas a indicar no tienen que ser idénticas a las solicitadas.

La Corte señala ante todo que el Procurador General de Australia aclaró durante las actuaciones orales que el compromiso escrito del Fiscal General de 21 de enero de 2014 “no expirará” sin previa consulta con la Corte. Así pues, ese compromiso no expirará una vez que la Corte ha ya decidido acerca de la solicitud de Timor-Leste de indicación de medidas provisionales. Como el compromiso escrito de 21 de enero de 2014 no contiene ninguna referencia específica a que los documentos incautados estén lacrados, la Corte debe también tener en cuenta la duración del compromiso de Australia de mantener lacrados a dichos materiales contenido en la carta de fecha 23 de diciembre de 2013 dirigida al Director General del OAIS por el Fiscal General de Australia. La Corte toma nota de que, según los términos de esa carta, el compromiso fue asumido hasta la conclusión de las actuaciones orales sobre la solicitud de indicación de medidas provisionales. La Corte observa asimismo que, durante las actuaciones orales, Australia dio seguridades de que los materiales incautados se mantendrían lacrados e inaccesibles hasta que la Corte dictara su decisión sobre dicha solicitud.

Notando además que es probable que gran parte de los materiales incautados contenga información delicada y confidencial pertinente para el arbitraje pendiente y que también puede comprender elementos que sean pertinentes para las futuras negociaciones marítimas que puedan tener lugar entre las partes, la Corte determina que es esencial asegurar que el contenido de los materiales incautados no sea de ninguna manera ni en ningún momento divulgado a cualquier persona o personas que pueden utilizarlo, o hacer que se utilice, en detrimento de Timor-Leste en sus relaciones con Australia con respecto al Mar de Timor. Por consiguiente, es necesario mantener lacrados a los documentos y datos electrónicos incautados y cualesquiera copias de ellos hasta una decisión ulterior de la Corte.

La Corte señala a continuación que Timor-Leste ha expresado preocupación acerca de la confidencialidad de sus comunicaciones en curso con sus asesores jurídicos relativas, en particular, a la tramitación del Arbitraje relativo al Mar de Timor, así como la de las futuras

negociaciones que pueda haber con respecto al Mar de Timor y sus recursos, asunto que no está comprendido en el compromiso escrito del Fiscal General de 21 de enero de 2014. La Corte estima asimismo apropiado requerir que Australia no interfiera en modo alguno en las comunicaciones entre Timor-Leste y sus asesores jurídicos, sea en conexión con el procedimiento arbitral pendiente y con eventuales futuras negociaciones bilaterales concernientes a la delimitación marítima, o en conexión con cualquier otro procedimiento conexo entre ambos Estados, incluida la presente causa ante la Corte.

Finalmente, la Corte pone de relieve que sus providencias sobre medidas provisionales tienen efecto vinculante y consiguientemente crean obligaciones jurídicas internacionales que ambas partes deben cumplir. Añade que la decisión adoptada en el presente procedimiento no prejuzga en modo alguno la cuestión de la competencia de la Corte para conocer del fondo de la causa ni de las cuestiones relativas a la admisibilidad de la demanda, o relativas al fondo mismo, y que no afecta al derecho de los Gobiernos de Timor-Leste y Australia a presentar argumentos con respecto a dichas cuestiones.

*

* *

Opinión disidente del magistrado Keith

Al comienzo de su opinión disidente, el magistrado Keith expresa su comprensión de la “profunda ofensa y conmoción” que ha experimentado Timor-Leste en relación con las acciones realizadas el 3 de diciembre de 2013 por el Organismo Australiano de Inteligencia y Seguridad. Sin embargo, no considera que se ha probado la existencia de fundamentos respecto de dos de las medidas provisionales adoptadas por la Corte.

El magistrado Keith recuerda que en su demanda Timor-Leste invocó sus derechos de propiedad y de otra índole sobre los documentos y datos enviados a sus asesores jurídicos o poseídos o preparados por éstos, en particular en el contexto de un arbitraje en curso entre las partes. Su solicitud de medidas provisionales adoptó una posición más amplia, tanto en lo tocante a los derechos sustantivos en cuestión como al fin para el cual se habían preparado los materiales, incluidas negociaciones a largo plazo relativas al Mar de Timor.

El magistrado Keith considera los distintos compromisos que han sido asumidos por Australia y las respuestas de Timor-Leste. Inicialmente, los compromisos de Australia impedían la utilización de los materiales incautados sólo por personas que participaran en el arbitraje, y no se extendía a los demás tratos entre las partes. En respuesta a las preocupaciones de Timor-Leste, el Fiscal General de Australia presentó un compromiso más amplio el 21 de enero de 2014. El magistrado Keith señala que, a partir de este punto, Timor-Leste dejó de objetar la amplitud del compromiso, y se refirió sólo a su carácter vinculante. En opinión del magistrado, ese asunto estaba adecuadamente resuelto para el final de las actuaciones.

El magistrado Keith concluye que se ha satisfecho la solicitud de Timor-Leste de un compromiso que sea más amplio sustantiva y temporalmente, y que sea claramente vinculante para Australia en derecho internacional. El compromiso de 21 de enero de 2014 se aplica, como debía ser, “hasta la sentencia definitiva o hasta una orden posterior o anterior de la Corte”.

El magistrado Keith procede sobre la base de que el derecho verosímil de Timor-Leste en controversia en la presente causa es el derecho de un Estado a gozar de una relación

confidencial con sus asesores jurídicos, en particular con respecto a controversias con otro Estado que pueden estar sujetas a litigio o negociación u otra forma de arreglo pacífico. Habida cuenta de los compromisos asumidos por el Gobierno de Australia, el magistrado Keith opina que actualmente no existe ningún riesgo de que se cause un perjuicio irreparable a ese derecho. No considera necesario referirse a los derechos e intereses de Australia en relación con su seguridad nacional, ni al equilibrio entre los respectivos derechos de las partes.

Opinión separada del magistrado Cançado Trindade

1. El magistrado Cançado Trindade comienza su opinión separada, dividida en diez partes, identificando algunos puntos, planteados en la presente providencia, que según su parecer merecen que se les preste mayor atención. Si bien ha contribuido con su voto a la adopción de la presente providencia, considera que las medidas provisionales de protección ordenadas por la Corte debían haber ido más allá, y que la CIJ debía haber ordenado las medidas solicitadas por Timor-Leste, en el sentido de que los documentos y datos incautados por Australia (que contienen información perteneciente a Timor-Leste), fueran inmediatamente lacrados y entregados a la *custodia de la Corte misma* en su sede en el Palacio de la Paz en La Haya.

2. Habida cuenta de la importancia que el magistrado atribuye a los puntos no suficientemente desarrollados en la presente providencia, se siente obligado, impulsado por un sentimiento de deber en el ejercicio de la función judicial internacional, a dejar constancia en el expediente de los fundamentos de su propia posición personal al respecto (parte I). Primero examina los argumentos, presentados en particular por el Estado demandado, destacando particularmente, en primer lugar, la impertinencia de la invocación de los recursos locales en las circunstancias de la presente causa, en que se alega una lesión *directa* al Estado mismo, en la cual el Estado demandante está reivindicando lo que considera su propio derecho, y, al hacerlo, está actuando a nombre propio. *Par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem*.

3. El magistrado Cançado Trindade observa a continuación que la Corte has desestimado correctamente el argumento de evitación de la “competencia concurrente” (procedimientos judicial y arbitral), asimismo impertinente. El recurso a otra autoridad judicial para obtener medidas provisionales de protección está permitido por las propias Reglas de Procedimiento de los tribunales arbitrales de la Corte Permanente de Arbitraje, que no se fundan en la evitación de las competencias “concurrentes”. Ese argumento, – continúa – pierde de vista el punto central, que es la necesidad de realizar la justicia (parte II). El magistrado Cançado Trindade añade una palabra de cautela acerca de la “vacía y engañosa retórica” de eufemismos como “búsqueda del foro más favorable” (“*forum shopping*”), “paralelismo”, evitación de la “fragmentación” del derecho internacional y de la “proliferación” de tribunales internacionales, – que desvían indebidamente la atención de la búsqueda de la justicia hacia supuestos “problemas” de “delimitación” de competencias entre tribunales internacionales (párr. 9).

4. El magistrado entiende que la “actual ampliación del acceso a la justicia por parte de los *justiciables* es tranquilizante. Las cortes y tribunales internacionales tienen una *misión común* de impartir justicia, que hace confluir sus tareas, de manera armoniosa, y muy por encima de los celos de la llamada ‘delimitación’ de competencias” (párr. 11). Para el magistrado, en la presente causa, al desestimar ese argumento, “la CIJ puso la cuestión en la perspectiva correcta” (párr. 12).

5. Pasando al punto siguiente, observa que en la presente causa, sin embargo, la Corte ha insistido en fundarse en actos unilaterales de los Estados (como promesas, en forma de seguridades o “compromisos”), con lo cual no extrajo las enseñanzas de su propia práctica en causas recientes (parte III). Reflexiona que las promesas o seguridades o “compromisos” han sido tenidas en cuenta como fundamento en un contexto diferente, el de las relaciones diplomáticas; cuando se los trae indebidamente a la esfera del procedimiento judicial internacional, “no pueden servir de base para una decisión del tribunal internacional de que se trate”; el arreglo judicial no puede fundarse en actos unilaterales de los Estados como base para el razonamiento de las decisiones que deben tomarse” (párr. 14).

6. Recuerda que la determinación de tomar como fundamento tales actos unilaterales “ha sido fuente de incertidumbres y aprensión en el curso del procedimiento judicial internacional”, y ha puesto en mayor riesgo su resultado, como lo ilustra la reciente causa concerniente a las *Cuestiones relativas a la obligación de enjuiciar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, la Corte, – como el magistrado advirtió en la opinión separada que anexó a la sentencia sobre el fondo de 20 de julio de 2012, así como en su opinión disidente en la providencia de la Corte de 28 de mayo de 2009 en la misma causa (párr. 15). Allí destacó que una palabra empeñada (*pledge*) o una promesa formulada en el curso de un procedimiento judicial ante la Corte “no elimina los requisitos (de urgencia y de probabilidad de daño irreparable) para la indicación de medidas provisionales por la Corte” (párr. 16). A su juicio, *ex factis jus non oritur* (párr. 17).

7. Asimismo recuerda que, en su reciente providencia de 22 de noviembre de 2013 en las causas acumuladas relativas a *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza* y a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan*, la Corte admitió precisamente que no estaba “convencida” por las seguridades unilaterales que se le habían dado en el curso de un procedimiento judicial internacional, las cuales no habían eliminado “el riesgo inminente de perjuicio irreparable”. En la opinión separada que anexó a dicha providencia, el magistrado Cançado Trindade una vez más señaló

“la necesidad de dedicar una mayor atención a la *naturaleza jurídica* de las medidas provisionales de protección, y sus *efectos jurídicos*, en particular de las que cuentan con una base *convencional*, como las medidas provisionales ordenadas por la CIJ (...). Sólo de esta manera habrán de contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional. La persistencia en fundarse en ‘compromisos’ o seguridades o promesas unilaterales que se formulan en el contexto de medidas provisionales no contribuye en modo alguno a la adecuada comprensión del instituto jurídico en expansión constituido por las medidas provisionales de protección en el derecho internacional contemporáneo.

La doctrina relativa a los actos unilaterales de los Estados ha tenido mucho cuidado en evitar los escollos de las teorías ‘contractuales’ en derecho internacional, así como los peligros del voluntarismo irrestricto de los Estados que sirve de base a las manifestaciones unilateralistas en el orden jurídico internacional descentralizado. Los actos unilaterales (...) no pueden ser admitidos incondicionalmente. (...) No es sorprendente comprobar que la doctrina relativa al tema se ha esforzado, pues, por individualizar los actos unilaterales a los que pueden adscribirse efectos jurídicos – y todo ello en la esfera de las relaciones diplomáticas, *ciertamente no en la esfera del procedimiento judicial internacional*” (párrs. 18 a 20).

8. El magistrado Cançado Trindade señala a continuación que otros tribunales internacionales contemporáneos se han visto análogamente enfrentados a incertidumbres y aprensión derivadas de seguridades unilaterales dadas por partes en litigio (párr. 21). Añade que el procedimiento judicial internacional tiene “una lógica propia”, que no debe considerarse igual a la de las relaciones diplomáticas. A juicio del magistrado, “[n]o se sirve adecuadamente al procedimiento judicial internacional con la insistencia en fundarse en actos unilaterales propios de las relaciones diplomáticas – y menos aún frente a la percepción de la necesidad de afirmar que *ex injuria jus non oritur*. Incluso si un tribunal internacional toma nota de actos unilaterales de los Estados, no se debe tomar a esos actos como base para el razonamiento de sus propias decisiones” (párr. 22). Y añade:

“En efecto, permitir que se realicen actos unilaterales (en el curso de un procedimiento judicial internacional), independientemente de su carácter discrecional – si no arbitrario –, y aceptar subsiguientemente seguridades o “compromisos” derivados de aquéllos, es abrir el camino a incertidumbres e impredecibilidad, a la posibilidad de creación de hechos consumados para beneficio propio y en perjuicio de la otra parte. La certeza de la aplicación del derecho se reduciría a una mera probabilidad” (párr. 25).

9. El magistrado Cançado Trindade recuerda a continuación que, en el pasado, una tendencia de la doctrina jurídica – preferida por los llamados “realistas” – trató de privar de parte de su fuerza al principio general *ex injuria jus non oritur* invocando la máxima *ex factis jus oritur* (parte IV). Al hacerlo – añade – “confundía la validez de las normas con la necesaria coerción (que a veces falta en el orden jurídico internacional) para aplicarlas. La validez de las normas no depende de la coerción (para la aplicación); son vinculantes como tales (obligaciones objetivas)” (párr. 27). Y concluye sobre este punto:

“La máxima *ex factis jus oritur* atribuye erróneamente a los hechos unos efectos creadores de derecho que los hechos *per se* no pueden generar. Nada sorprendentemente, el “hecho consumado” gusta mucho a quienes se sienten suficientemente fuertes o poderosos como para tratar de imponer su voluntad a los demás. Pero ocurre que el derecho internacional contemporáneo está fundado en algunos principios generales fundamentales, como el principio de la *igualdad jurídica de los Estados*, que apunta en sentido opuesto. Las desigualdades de hecho entre los Estados son irrelevantes, pues todos los Estados son jurídicamente iguales, con todas las consecuencias que de ello derivan. Definitivamente, *ex factis jus non oritur*. Los valores humanos y la idea de justicia objetiva están por encima de los hechos. *Ex conscientia jus oritur*” (párr. 28).

10. Una cuestión a que se refirieron las partes en litigio en el curso del presente procedimiento es la de la propiedad de los documentos y datos incautados. Desde el comienzo, y reiteradamente, Timor-Leste se refiere a los documentos incautados como bienes de su propiedad, mientras que Australia prefiere no referirse detalladamente a la cuestión de la propiedad de los documentos y datos incautados, punto que no aclara. Éste es un punto que no puede pasar inadvertido en la adecuada consideración de las medidas provisionales solicitadas en la presente causa (parte V). Aún más significativa es la pertinencia, para tal consideración de las medidas solicitadas, de los principios generales del derecho internacional (parte VI).

11. La Corte – continúa el magistrado Cançado Trindade – tiene ante sí esos principios generales, y “no puede dejarse confundir por alegaciones de ‘seguridad nacional’, que están

fuera del alcance del derecho aplicable aquí. En todo caso, un tribunal internacional no puede rendir homenaje verbal a las alegaciones de ‘seguridad nacional’ hechas por una de las partes en el curso de un procedimiento judicial” (párr. 38). A continuación se refiere a ejemplos de las dificultades a que se han enfrentado los tribunales internacionales todas las veces que se han planteado ante ellos preocupaciones de “seguridad nacional” (párrs. 39 y 40). Los tribunales internacionales

“tienen presente el imperativo del debido proceso legal en el curso del procedimiento judicial internacional, y preservan la igualdad de armas (*égalité des armes*), a la luz del principio de la correcta administración de justicia (*la bonne administration de la justice*). Las alegaciones de secreto de Estado o ‘seguridad nacional’ no pueden interferir en modo alguno con la labor de un tribunal internacional, en arreglo judicial o arbitraje” (párr. 41).

12. En la percepción del magistrado Cançado Trindade, la presente causa concerniente a *Cuestiones Relativas a la incautación y retención de determinados documentos y datos*, es testimonio de la relevancia del principio de la *igualdad jurídica* de los Estados (parte VII), y “un tribunal internacional como la CIJ debe asegurarse de que prevalezca el principio de la igualdad jurídica de los Estados, de modo de descartar eventuales repercusiones de las *desigualdades de hecho* entre Estados en el procedimiento judicial internacional” (párr. 43). Ese principio, hoy en día consagrado en la Carta de las Naciones Unidas (párrafo 1 del Artículo 2), “está inevitablemente entrelazado con la búsqueda de la justicia, (...) encarnando la *idea de justicia*, emana de la conciencia jurídica universal” (párrs. 44 y 45).

13. Volviendo su atención a las medidas provisionales de protección independientemente de “compromisos” o seguridades unilaterales (parte VIII), el magistrado Cançado Trindade observa que, en la presente providencia, como la CIJ reconoce que “debe preservarse la igualdad de las partes” en el proceso de arreglo pacífico de una controversia internacional, cabría esperar que ordenara sus propias medidas provisionales de protección “independientemente de toda promesa o ‘compromiso’ unilateral” por parte del Estado que ha incautado indebidamente los documentos y datos (párr. 47); sin embargo, no lo ha hecho, prefiriendo razonar “sobre la base del ‘compromiso’ o seguridad de Australia de garantizar la confidencialidad de los materiales incautados por sus agentes en Canberra el 3 de diciembre de 2013”, generando “una desventaja adicional para Timor-Leste” (párr. 49).

14. En su opinión, “no se puede negar con certeza que, con la incautación de los documentos y datos que contienen su información protegida por el secreto profesional, Timor-Leste ya ha sufrido un daño irreparable” (párr. 51). Concordantemente, la Corte debió haber ordenado que los documentos y datos incautados fueran “prontamente lacrados y entregados a su custodia aquí en su sede del Palacio de la Paz en La Haya”, de manera de “impedir un *ulterior* daño irreparable a Timor-Leste” (párr. 52, y cf. párrs. 53 y 54).

15. En distintos contextos – continúa – la inviolabilidad de los papeles y documentos de un Estado ha sido una antigua preocupación en las relaciones diplomáticas – desde la referencia contenida en la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, de 1946 a la “inviolabilidad de todo papel y documento” de los Estados Miembros que participen en los trabajos de sus órganos principales y subsidiarios, o en conferencias convocadas por las Naciones Unidas (artículo IV), y de una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del mismo año en que se afirmó que tal inviolabilidad de todos los papeles y documentos de Estados fue otorgada por la Convención de 1946 “en

interés de la buena administración de la justicia”. Así pues – añade el magistrado Cançado Trindade – “ya en 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas había expresado en una resolución la presunción de la inviolabilidad de la correspondencia entre los Estados Miembros y sus asesores jurídicos. Ésta es una obligación de derecho internacional, y no una obligación derivada de un ‘compromiso’ o seguridad unilateral proveniente de un Estado después de haber incautado documentos y datos que contienen información perteneciente a otro Estado” (párr. 55).

16. En lugar de “compromisos” o seguridades o promesas unilaterales formulados en el curso del procedimiento judicial internacional – reflexiona – “los preceptos del derecho proporcionan un fundamento mucho más sólido para su razonamiento en el ejercicio de su función judicial. Esos preceptos son de valor perenne, como los (de Ulpiano) contenidos en el inicial libro I (rubro I, párr. 3) de las Institutas de Justiniano (comienzos del siglo VI): *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (vivir honestamente, no dañar a nadie, dar a cada persona lo suyo)” (párr. 58).

17. La última serie de reflexiones del magistrado Cançado Trindade corresponde a lo que caracteriza como el *régimen jurídico autónomo de las medidas provisionales de protección* (parte IX). Comienza recordando que también ha abordado esta cuestión en particular en su anterior opinión disidente en los casos acumulados relativos a *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza* y a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan* (providencia de 16 de julio de 2013), en que se oponía Costa Rica a Nicaragua (y viceversa), en la cual señaló que el objeto de las solicitudes de medidas provisionales de protección es distinto del objeto de las demandas presentadas ante tribunales internacionales, en cuanto al fondo. Además,

“los derechos que han de protegerse no son necesariamente los mismos en los dos respectivos procedimientos. El cumplimiento de las medidas provisionales corre paralelamente al curso del procedimiento sobre el fondo de la causa respectiva. Las obligaciones relativas a las medidas provisionales ordenadas y las decisiones acerca del fondo (y reparaciones) no son las mismas, pues son respectivamente autónomas. Otro tanto puede decirse de las consecuencias jurídicas del incumplimiento (respecto de las medidas provisionales, o bien de las sentencias sobre el fondo), pues las violaciones (de unas y otras) son distintas en cada caso” (párr. 60).

18. Lo que deriva de ello es “la apremiante necesidad de considerar con detenimiento, y desarrollar conceptualmente, el *régimen jurídico autónomo* de las medidas provisionales de protección” (párr. 61), como observó no sólo en su opinión disidente en los dos casos acumulados mencionados, en los que se oponían Costa Rica y Nicaragua, sino también en su anterior opinión disidente (párrs. 80 y 81) en la causa concerniente a *Cuestiones Relativas a la obligación de enjuiciar o extraditar (Bélgica c. Senegal*, providencia de 28 de mayo de 2009), y que considera adecuado reiterar aquí, en la presente causa concerniente a *Cuestiones relativas a la incautación y retención de determinados documentos y datos (Timor-Leste c. Australia)*. Añade que este punto tiene una marcada presencia en esas causas recientes y en la presente, independientemente de las distintas circunstancias que las circundan. A continuación reitera que, en la presente causa, la CIJ debería haber decidido, de aquí en adelante, mantener “ella misma, como dueña de su propia competencia, custodia de los documentos y datos incautados que contienen información perteneciente a Timor-Leste, aquí en su sede del Palacio de la Paz en La Haya” (párr. 62).

19. Por último, pero no menor en importancia, en un epílogo, el magistrado Cançado Trindade resume, en recapitulación (parte X), los fundamentos de su propia posición en la presente causa, como se explica en la presente opinión separada, en aras de la claridad, y a fin de destacar su carácter interrelacionado. *Primero*: Cuando un Estado procura la salvaguardia de su propio derecho, actuando a nombre propio, no puede ser obligado a comparecer ante los tribunales nacionales de otro Estado, su contraparte. La regla de los recursos internos no se aplica en casos de ese tipo; *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem*. *Segundo*: La centralidad de la búsqueda de la justicia prevalece sobre las preocupaciones de evitar la “competencia concurrente”. *Tercero*: El imperativo de la realización de la justicia prevalece sobre las manifestaciones de la voluntad de un Estado. *Cuarto*: Los eufemismos de moda – como la “vacía y engañosa retórica” de la “proliferación” de tribunales internacionales, y la “fragmentación” del derecho internacional, entre otros – están desprovistos de significado, y desvían la atención hacia falsas cuestiones de “delimitación” de competencias, indiferentes a la necesidad de asegurar la ampliación del acceso a la justicia para los justiciables.

20. *Quinto*: Las cortes y tribunales internacionales comparten una misión común de impartir justicia, que está muy por encima de los celos de la llamada ‘delimitación’ de competencias”. *Sexto*: Los “compromisos” o seguridades unilaterales de una parte en litigio no pueden servir de base para las medidas provisionales de protección. *Séptimo*: La determinación de tomar como fundamento tales actos unilaterales ha sido fuente de incertidumbres y aprensión; son propios de la esfera de las relaciones interestatales (diplomáticas), y en el curso del procedimiento judicial internacional se debe evitar tomar como fundamento esos actos unilaterales; *ex factis jus non oritur*. *Octavo*: El procedimiento judicial internacional tiene “una lógica propia”, que no debe considerarse igual a la de las relaciones diplomáticas, y menos aún ante la percepción de la necesidad de afirmar que *ex injuria jus non oritur*. *Noveno*: Permitir que se realicen actos unilaterales y aceptar subsiguientemente seguridades o “compromisos” derivados de aquéllos, no sólo generaría incertidumbres, sino que también crearía hechos consumados que amenazarían a la certeza de la aplicación del derecho. *Décimo*: Los hechos solos no generan *per se* efectos creadores de derecho. Los valores humanos y la idea de justicia objetiva están por encima de los hechos. *Ex conscientia jus oritur*.

21. *Undécimo*: Los argumentos de una alegada “seguridad nacional”, como los planteados en la presente causa, no pueden convertirse en objeto de la atención de un tribunal internacional. Las medidas fundadas en una alegada “seguridad nacional”, como las planteadas en la presente causa, son ajenas al ejercicio de la función judicial internacional. *Duodécimo*: Los principios generales del derecho internacional, como el de la igualdad jurídica de los Estados (consagrado en el párrafo 1 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas), no pueden ocultarse por alegaciones de “seguridad nacional”. *Decimotercero*: El principio fundamental de la igualdad jurídica de los Estados, que encarna la *idea de justicia*, debe prevalecer, de modo de descartar las eventuales repercusiones de las desigualdades de hecho entre Estados en el procedimiento judicial internacional.

22. *Decimocuarto*: El debido proceso legal y la igualdad de armas (*égalité des armes*), no pueden ser socavadas por el hecho de que una parte en litigio recurra a alegadas medidas de “seguridad nacional”. *Decimoquinto*: Las alegaciones secreto de Estado o “seguridad nacional” no pueden interferir en la labor de un tribunal internacional (en un procedimiento judicial o arbitral), tramitado a la luz del principio de la correcta administración de justicia (*la bonne administration de la justice*). *Decimosexto*: Las medidas provisionales de protección no pueden erigirse sobre “compromisos” o seguridades unilaterales derivados de alegadas

medidas de “seguridad nacional”; las medidas provisionales de protección no pueden fundarse en tales actos unilaterales, son independientes de ellos, revisten la autoridad del tribunal internacional que las ordenó. *Decimoséptimo*: En las circunstancias de la presente causa, es la Corte misma quien debe tener la custodia de los documentos y datos incautados y detenidos por una parte en litigio; la Corte debe hacerlo en calidad de dueña de su propia competencia, de modo de evitar un nuevo daño irreparable.

23. *Decimoctavo*: La inviolabilidad de los papeles y documentos de Estado es reconocida por el derecho internacional, en interés de la buena administración de justicia. *Decimonoveno*: La inviolabilidad de la correspondencia entre los Estados y sus asesores jurídicos es una obligación de derecho internacional, y no una obligación derivada de un “compromiso” o seguridad unilateral de un Estado después de haber incautado documentos y datos que contienen información perteneciente a otro Estado. *Vigésimo*: Hay un régimen jurídico autónomo de medidas provisionales de protección, en expansión en nuestro tiempo. Este régimen jurídico autónomo comprende: a) los derechos a ser protegidos, que no son necesariamente los mismos que en el procedimiento sobre el fondo del caso concreto; b) las correspondientes obligaciones de los Estados de que se trate; c) las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las medidas provisionales, distintas de las que derivan de violaciones en cuanto al fondo. El reconocimiento de ese régimen jurídico autónomo reviste una creciente importancia en nuestros días.

Opinión disidente del magistrado Greenwood

El magistrado Greenwood considera que es necesario que la Corte actúe con cautela en la consideración de si ha de indicar medidas provisionales, porque tales medidas imponen una obligación jurídica a una parte antes de que se haya establecido la existencia y la aplicación de los derechos de una u otra de las partes. Los criterios jurídicos para la indicación de medidas provisionales permiten que la Corte emplee cierto grado de cautela en el ejercicio de sus poderes con arreglo al artículo 41 de su Estatuto.

El magistrado Greenwood opina que el compromiso de fecha 21 de enero de 2014 asumido ante la Corte por el Fiscal General de Australia vuelve innecesarios los dos primeros apartados del párrafo resolutivo. Un compromiso formal asumido por un Estado es jurídicamente vinculante, y se presume que un Estado actuará de buena fe en el cumplimiento de su compromiso ante la Corte. Por lo tanto, el efecto del compromiso es que no existe un riesgo real e inminente de daño irreparable a los derechos de Timor-Leste, y consiguientemente no se han reunido las condiciones para la indicación de medidas provisionales con respecto a los materiales incautados. Además, al magistrado Greenwood le preocupa que los derechos verosímiles de Australia a ejercer su competencia penal y su derecho a proteger la seguridad de sus funcionarios no hayan sido tenidos en cuenta por la providencia. En cambio, el magistrado Greenwood opina que existe un riesgo real e inminente de que Australia interfiera con las futuras comunicaciones de Timor-Leste con sus abogados. Por esas razones, el magistrado Greenwood votó en contra de los apartados 1) y 2) del párrafo resolutivo, pero a favor del apartado 3).

Opinión separada de la magistrada Donoghue

La magistrada Donoghue encuentra muchos puntos en común entre sus opiniones y las que se enuncian en la providencia. Concuere da con la Corte en que existe competencia prima facie en la presente causa, en que por lo menos algunos de los derechos invocados por Timor-Leste son verosímiles y en que existe un vínculo entre las medidas solicitadas y los derechos invocados por Timor-Leste en su demanda.

En cuanto al riesgo de perjuicio irreparable, la magistrada Donoghue concuerda con la Corte en que el perjuicio para Timor-Leste podría ser irreparable si los materiales incautados fueran compartidos con personas que participan en el arbitraje pendiente, en futuros procedimientos relativos a la delimitación marítima o en la presente causa. Sin embargo, votó en contra de las dos primeras medidas provisionales, a la luz de las seguridades contenidas en el compromiso de 21 de enero de 2014 asumido por el Fiscal General de Australia ante la Corte. El Fiscal General, que está autorizado para obligar a Australia con arreglo al derecho internacional, se ha comprometido a que los materiales incautados y la información derivada de ellos no serán compartidos con funcionarios participantes en la presente causa, en el Arbitraje relativo al Mar de Timor, ni para fines relativos a la explotación de los recursos en el Mar de Timor o las negociaciones conexas. La buena fe de Australia debe presumirse y nada de lo que consta en el expediente sugiere que carezca de capacidad para cumplir su compromiso ante la Corte. Por esas razones, la magistrada Donoghue considera que sólo existe una remota posibilidad de que los materiales incautados o la información derivada de ellos se transmita a personas que participan en los asuntos mencionados en el compromiso del Fiscal General. Por consiguiente, el compromiso de 21 de enero de 2014 tiene en cuenta cualquier perjuicio irreparable a los derechos invocados por Timor-Leste que sean por lo menos verosímiles.

La magistrada Donoghue votó a favor de la tercera medida provisional porque Australia no ha tomado medidas comparables respecto de futuros actos de interferencia con las comunicaciones entre Timor-Leste y sus asesores jurídicos en relación con el arbitraje pendiente, futuros procedimientos relativos a delimitación marítima u otros procedimientos conexos, incluida la presente causa.

Opinión disidente del magistrado ad hoc Callinan

El magistrado ad hoc Callinan concluye que es innecesario que la Corte indique medidas provisionales.

Contexto y antecedentes de hecho

El magistrado ad hoc Callinan comienza observando que rara vez es posible determinar con confianza los hechos verdaderos y completos en una etapa interlocutoria del procedimiento judicial. En el presente procedimiento, esas dificultades pueden verse incrementadas por una comprensible preocupación de Australia de no revelar determinados detalles relativos a las cuestiones de seguridad nacional involucradas.

Teniendo presente esa observación, el magistrado ad hoc Callinan reseña algunos de los antecedentes de hecho del presente procedimiento, sobre la base de los materiales presentados ante la Corte hasta el momento. Recuerda la continuación el procedimiento arbitral entre las partes en relación con un tratado de 2006 relativo al Mar de Timor, y diversos informes de comunicación acerca de alegados incidentes con participación de funcionarios de las partes y asesores jurídicos de Timor-Leste. El magistrado ad hoc Callinan señala que las pruebas en que se basaron esos informes no han sido sometidas a control, y frecuentemente consisten en testimonios de oídas basados en otros testimonios de oídas. Asimismo observa que, en el expediente que está ante la Corte, parece haber ciertas dudas acerca de quién podría valerse del secreto profesional con respecto a los documentos y otros material incautados por funcionarios australianos.

La posición jurídica

Pasando a los requisitos jurídicos para la indicación de medidas provisionales por la Corte, el magistrado ad hoc Callinan recuerda que la causa debe, prima facie, estar comprendida en la competencia de la Corte y ser admisible, que los derechos invocados por el demandante deben ser por lo menos verosímiles y que debe haber un urgente riesgo de daño irreparable a esos derechos. Incluso cuando se hayan reunido esas condiciones, empero, la indicación de medidas provisionales no es preceptiva: la Corte, como cualquier tribunal en otras partes del mundo, goza de discrecionalidad para la indicación de medidas interlocutorias.

El magistrado ad hoc Callinan observa que la distinción entre competencia y admisibilidad no es siempre clara. Australia ha insinuado varias posibles objeciones a la competencia y/o la admisibilidad de la demanda de Timor-Leste (refiriéndose, por ejemplo, a las excepciones contenidas en su declaración de aceptación de la competencia obligatoria de la Corte con arreglo al párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte), pero aún no las ha presentado como objeciones formales.

El magistrado ad hoc Callinan sugiere que el hecho de que el Estado demandante no haya utilizado los recursos internos puede ser un factor pertinente que deberá evaluar la Corte al ejercer su discrecionalidad para ordenar medidas provisionales.

El magistrado ad hoc Callinan observa que el concepto de daño irreparable, como condición para la indicación de medidas provisionales por la Corte, es análogo al principio de *common law* de que no se ordenarán medidas interlocutorias cuando la indemnización de daños y perjuicios, por ejemplo, sería una reparación adecuada. A este respecto, un adecuado compromiso por parte del demandado podría constituir una reparación adecuada.

Acerca de la verosimilitud de los derechos invocados, el magistrado ad hoc Callinan sugiere que la existencia de un derecho soberano a la inviolabilidad de documentos que estén en posesión de un abogado en otro país es una pretensión amplia, y posiblemente novedosa. La medida en la cual exista un principio establecido de secreto profesional jurídico, inmune a toda limitación en interés internacional o nacional, requerirá una argumentación detallada y detenida en la fase de fondo. Lo mismo es cierto acerca de la pertinencia, si es que existe, de la llamada excepción de fraude o delito en materia de secreto profesional jurídico.

El magistrado ad hoc Callinan duda de que el Fiscal General de Australia, al autorizar los mandamientos que se controvierten en el presente procedimiento, estuviese desempeñando una función judicial o cuasi judicial. Más bien, la Constitución de Australia y la jurisprudencia pertinente sugieren que el Fiscal General es un miembro del Ejecutivo, y no es ni un juez ni un cuasi juez.

Conclusión

Finalmente, el magistrado ad hoc Callinan expresa la opinión de que los compromisos asumidos por Australia, con las ampliaciones, perfeccionamientos y aclaraciones que se hicieron en las presentaciones orales y escritas, son adecuados y suficientes para las circunstancias de la causa. En lo tocante al apartado 3) del párrafo resolutivo, el magistrado ad hoc Callinan tiene dudas acerca de los fundamentos de esa medida, y sugiere que la amplitud y el carácter no específico de la palabra “interferir” pueden ser problemáticos.