

UNA CONTROVERSIJA BILATERAL CON DIMENSIÓN MULTILATERAL: CUESTIONES DE JURISDICCIÓN Y DE *IUS STANDI* EN EL ASUNTO GAMBIA C. MYANMAR (MEDIDAS PROVISIONALES)

A BILATERAL DISPUTE WITH A MULTILATERAL DIMENSION: JURISDICTION AND IUS STANDI ISSUES IN THE GAMBIA v. MYANMAR CASE (PROVISIONAL MEASURES)

ROSARIO HUESA VINAIXA*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ¿UNA CONTROVERSIJA ENTRE GAMBIA Y MYANMAR? LA EMERGENCIA DE UNA CONTROVERSIJA EN UN MEDIO MULTILATERAL Y SU DETERMINACIÓN PROCESAL. III. INTERÉS COLECTIVO, ¿*IUS STANDI* DE GAMBIA? IV. CONCLUSIÓN

RESUMEN: En noviembre de 2019, Gambia interpuso una demanda en la que solicitaba a la Corte internacional de justicia que declarase la violación, por parte de Myanmar, de varias disposiciones del Convenio contra el genocidio en relación con la población rohinyá, así como la indicación de medidas provisionales. Se trata de una diferencia cuya dimensión multilateral la singulariza en relación con cualquier otro asunto precedente. Esa dimensión multilateral se proyecta en un doble ámbito. De un lado, el entorno en el que se ha gestado y fraguado, que es marcadamente multilateral sin perjuicio del liderazgo gambiano. De otro lado, la naturaleza multilateral de las obligaciones cuya violación se alega, en particular, su carácter *erga omnes partes*. El presente estudio analiza ambos aspectos sobre la base de los argumentos esgrimidos por las partes en relación con la indicación de medidas provisionales y del ulterior pronunciamiento de la Corte al respecto. Cabe decir -sin dejar de tener en cuenta su provisionalidad- que la posición adoptada por la Corte representa un paso significativo en la línea hacia el reconocimiento de un espacio procesal adecuado para este tipo de diferencias, pero plantea el reto de la admisión progresiva de la *actio popularis* en el Derecho internacional.

ABSTRACT: In November 2019, The Gambia filed an application requesting the International Court of Justice to declare the violation, by Myanmar, of various provisions of the Convention against genocide in relation to the Rohingya population, as well as the indication of provisional measures. It is a dispute whose multilateral dimension makes it unique in relation to any other preceding case. This multilateral dimension is projected in a double field. On the one hand, the environment in which it has developed and forged, which is markedly multilateral in spite of the Gambian leadership. On the other hand, the multilateral

Fecha de recepción del trabajo: 20 de mayo de 2020. Fecha de aceptación de la versión final: 30 de mayo de 2020.

* Catedrática de Derecho internacional público. Universitat de les Illes Balears. xaro.huesa@uib.es

nature of the obligations allegedly violated, in particular, their erga omnes partes character. The present study analyzes both aspects on the basis of the arguments put forward by the parties in relation to the indication of provisional measures and the subsequent ruling of the Court in this regard. It should be said -without neglecting its provisional nature- that the position adopted by the Court represents a significant step in the line towards the recognition of a suitable procedural space for this type of disputes, but poses the challenge of the progressive admission of actio popularis in international law.

PALABRAS CLAVE: Corte internacional de justicia, Convenio contra el genocidio, diferencias multilaterales, obligaciones *erga omnes partes*, *ius standi*, *actio popularis*.

KEY WORDS: *International Court of Justice, Genocide Convention, multilateral disputes, erga omnes partes obligations, jus standi, actio popularis.*

“The UN Fact-Finding Mission, at the conclusion of its report of 16 September 2019, made a series of recommendations to the United Nations and the international community, on actions that must be taken to prevent further genocidal acts against the Rohingya people. Among them is this one [...]: “Encourage and support States parties to the Genocide Convention to bring a case to the International Court of Justice against Myanmar for breaches of its obligations under the Genocide Convention.” [...]. The Gambia has heeded that call. On its own behalf, as a State party to the Genocide Convention. On behalf of the 57 Member States of the Organisation for Islamic Cooperation which have fully endorsed and encouraged this case. And most especially, on behalf of the Rohingya people, whose hopes for survival as a group in Myanmar now rest with you. On behalf of all, Mr. President, The Gambia calls on this honourable Court, humbly and respectfully, to indicate the particular provisional measures that are urgently required in these exigent circumstances [...]”♦.

I. INTRODUCCIÓN

El 11 de noviembre de 2019, Gambia interpuso una demanda contra Myanmar en la que solicitaba a la Corte internacional de justicia (CIJ) que declarase la violación de varias disposiciones del Convenio contra el genocidio en relación con la población rohinyá. Según sus acusaciones, basadas en diversos informes de las Naciones Unidas, el gobierno birmano habría “adoptado, decidido y consentido” actos de carácter genocida (entre otros, matanzas, daños físicos y mentales graves, sumisión a condiciones destinadas a producir la destrucción física, medidas para impedir los nacimientos y desplazamientos forzosos), por estar “destinados a destruir la población rohinyá en todo o en parte”¹. Junto con la demanda, se solicitaba también la indicación de medidas provisionales, que la Corte concedió en el auto que nos ocupa (aunque no fueron idénticas a las solicitadas)².

♦ Intervención de P. Reichler, abogado de Gambia, en la primera sesión de la vista oral en el asunto *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*. *Request for the indication of provisional measures*. (CIJ, CR 2019/18, p. 64, párr. 35 y 36).

¹ Republic of The Gambia v. Republic of The Union of Myanmar, *Application Instituting Proceedings and Request for Provisional Measures*, párr. 2 y 111. Todos los documentos relativos al procedimiento pueden consultarse en <https://www.icj-cij.org/en/case/178>, y a esta fuente me remito para las ulteriores citas.

² V. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*. *Request for the indication of provisional measures*. Order. 23 January 2020, párr. 77 y 78.

El auto se enmarca en un contencioso de previsible repercusión por diferentes motivos³. De hecho, puede decirse, que el propio planteamiento del asunto tiene un alto componente estratégico, pues ya de entrada se advierte que la interposición de la demanda no responde a la defensa de un interés o derecho soberano de Gambia eventualmente lesionado por la conducta de Myanmar. Como manifestó el agente de Gambia en su primera intervención oral ante la Corte,

“I stand before you today as Agent in a dispute with the State of Myanmar, but not a conventional one that this Court is accustomed to. I stand before you to awaken the conscience of the world, and to arouse the voice of the international community. In the words of Edmund Burke: “The only thing necessary for the triumph of evil is that good men do nothing””⁴.

Ello, sin perjuicio de precisar que Gambia actuaba no sólo en defensa de los derechos de los rohinyá, sino también de los suyos propios, en su condición de Estado parte en el Convenio contra el genocidio, con la finalidad de hacer cumplir a Myanmar sus obligaciones *erga omnes partes* derivadas del mismo. De este modo, establecía los términos bilaterales de la controversia a los efectos procesales⁵.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que, con su acción procesal, Gambia cumplía el encargo formal de la Conferencia de la Organización de la Cooperación Islámica (OIC en sus siglas en inglés)⁶ en su designio de “asistir a las comunidades y minorías musulmanas en los Estados no miembros para preservar su dignidad y su identidad religiosa y cultural”⁷.

Desde el punto de vista jurídico, el asunto reviste un indudable interés, no sólo por las cuestiones de fondo (las relativas, entre otras, al alcance del propio concepto de genocidio⁸), sino también, especialmente, por las de índole procesal, en particular las que atañen a la delimitación de la jurisdicción de la Corte y la admisibilidad de las demandas presentadas por “Estados no directamente lesionados”⁹.

³ Sólo desde el punto de vista mediático, cabe recordar la difusión de noticias e imágenes relativas a la población rohinyá, en particular a su éxodo masivo a Bangladesh, así como a la comparecencia de la premio nobel Aung San Suu Kyi en las sesiones de la vista oral ante la Corte en su condición de Ministra de Asuntos exteriores y agente principal de Myanmar.

⁴ CIJ, *CR 2019/18*, p. 17, párr. 2.

⁵ *Ibidem*, p. 19, párr. 15.

⁶ *V. infra*, n. 29.

⁷ *V. por ej.* las resoluciones nº 1/46 y 4/46 del Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores de la OIC adoptadas en marzo de 2019, párr. 2 y primero del preámbulo, respectivamente (OIC, *Resolutions on Muslim Communities and Muslim Minorities in the Non-OIC Member States adopted by the 46th Session of the Council of Foreign Ministers*, OIC/CFM-46/2019/MM/RES/FINAL. Disponible en <https://www.oic-oci.org/docdown/?docID=4447&refID=1250>).

⁸ Por ejemplo, el alcance de la noción de “grupo protegido o vulnerable” a los efectos del Convenio y la cuestión de la intencionalidad genocida, que la Corte relega básicamente a su pronunciamiento sobre el fondo (*V. Application of the Convention...*, *cit.* en n. 2, párr. 56).

⁹ En el sentido de aquellos que no cumplen los requisitos establecidos en el art. 42 de los Artículos de la Comisión de Derecho internacional (CDI) sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (en adelante, ACDIRE) (*v.* Anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea general

Con toda la prudencia exigida en esta fase del procedimiento¹⁰, podría decirse que el pronunciamiento objeto de análisis prefigura ya las que podrían ser las aportaciones definitivas de la Corte sobre algunas de esas cuestiones procesales controvertidas¹¹. Unas aportaciones que, dadas las peculiaridades del asunto, derivan del entorno multilateral en el que surge la controversia (I) y del carácter colectivo de los beneficiarios de la obligación supuestamente violada (II).

II. ¿UNA CONTROVERSIA ENTRE GAMBIA Y MYANMAR? LA EMERGENCIA DE UNA CONTROVERSIA EN UN MEDIO MULTILATERAL Y SU DETERMINACIÓN PROCESAL

Una de las primeras cuestiones que se plantea en este caso es la de la verosimilitud procesal de la diferencia sometida por Gambia, una verosimilitud, a primera vista, en entredicho por la aparente falta de idoneidad de la demandante en relación con el objeto de la demanda, habida cuenta de su escasa conexión con el Estado demandado. Para entender la consistencia de esa diferencia entre Gambia y Myanmar, es necesario analizar el proceso de su formación (1.), así como los criterios aplicados por la Corte para su determinación (2.).

1. La dimensión multilateral de la controversia

Una de las características del asunto que nos ocupa es el marco multilateral en que cristaliza la diferencia sometida por Gambia a la Corte. Este carácter multilateral ofrece diversos aspectos, y otorga al asunto una configuración especial que no tiene precedentes en la jurisprudencia internacional.

Es verdad que, en los asuntos de las *Islas Marshall*¹², el juez J. Crawford argumentó, en sus respectivas opiniones disidentes, en torno a la existencia de “controversias

de las Naciones Unidas de 12 de diciembre de 2001, A/RES/56/83), sin perjuicio de su posible interés en relación con la invocación de la responsabilidad (v. art. 48 del mismo texto).

¹⁰ Tanto más necesaria cuanto que, al no prejuzgar el auto las cuestiones de jurisdicción ni de admisibilidad de la demanda (v. *Application of the Convention...*, cit. en n. 2, párr. 85), la Corte podría separarse radicalmente de las posiciones adoptadas en esta fase, como ya sucedió, por ejemplo, en el asunto *Georgia c. Rusia*, en que, habiendo declarado su jurisdicción *prima facie* en el auto de medidas provisionales, desmintió categóricamente, en la sentencia sobre las objeciones preliminares, los criterios empleados a tal efecto (*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, C.I.J. Recueil 2008*, párr. 115 a 117, y *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011*, párr. 180 a 184, respectivamente).

¹¹ Aparte de las que versan directamente sobre el propio régimen de las medidas provisionales, por ejemplo, la cuestión de la plausibilidad de los derechos cuya protección se reclama y su vinculación con las medidas solicitadas (V. *Application of the Convention...*, cit. en n. 2, *Declaration of Judge Ad Hoc Kress y Separate opinion of Judge Cançado Trindade*).

¹² Como se sabe, finalmente sólo cuajaron tres de ellos. V. *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2016*, p. 255; (*Marshall Islands v. Pakistan*),

multilaterales” (como las que, a su juicio, había sometido la demandante a la Corte en relación con los Estados poseedores de armas nucleares)¹³. En su configuración de esa noción, el juez se remite a la propia jurisprudencia de la Corte cuando, en los asuntos del *Sudoeste africano*, habría contemplado el posible surgimiento de una controversia en un medio colectivo o multilateral¹⁴. Así, se deduciría que “las diferencias pueden cristalizar en foros multilaterales implicando a una pluralidad de Estados”¹⁵. En contra de quienes contemplaban entonces una diferencia surgida en un contexto multilateral como un simple agregado de diferencias bilaterales, en la Corte habría dominado el parecer, más amplio, de que “algunas diferencias pueden ser genuinamente multilaterales”¹⁶. Sin embargo, ello no obsta para que “cualquier diferencia multilateral deba ajustarse, en última instancia, a la modalidad bilateral de arreglo de controversias. Pero no por ello la Corte debe tratar las relaciones en cuestión como bilaterales *ab initio*”¹⁷.

Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 552; y (*Marshall Islands v. United Kingdom*), *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016*, p. 833.

¹³ *Dissenting Opinion of Judge Crawford, ibidem*, pp. 513 ss., 794 ss. y 1093 ss., respectivamente. Como las tres son prácticamente idénticas, salvo algún elemento de menor importancia, en lo sucesivo las citas irán referidas a la última.

¹⁴ “In cases where the disputed questions are of common interest to a group of States on one side or the other in an organized body, parliamentary or conference diplomacy has often been found to be the most practical form of negotiation. The number of parties to one side or the other of a dispute is of no importance; it depends upon the nature of the question at issue. If it is one of mutual interest to many States, whether in an organized body or not, there is no reason why each of them should go through the formality and pretence of direct negotiation with the common adversary State after they have already fully participated in the collective negotiations with the same State in opposition” (*South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 346). La Corte se refería aquí a la negociación en tanto que precondition impuesta por la cláusula compromisoria contenida en el Acuerdo de mandato.

¹⁵ *Dissenting Opinion...*, *cit.* n. 13, p. 7, párr. 21. La expresión “diferencia multilateral” comenzó a usarse en relación con controversias en las que se encontraba involucrado un tercer Estado (supuestos de “tercero indispensable” o de intervención): v. por ej. KLEIN, N. S., “Multilateral Disputes and the Doctrine of Necessary Parties in the *East Timor Case*”, *Yale JIL*, vol. 21 (1996), pp. 305-347). Pero, a raíz de los asuntos de las *Islas Marshall* -y, sin duda, de la opinión discrepante del juez Crawford- adquirió un nuevo cariz, más basado en la naturaleza multilateral del foro en el que se gesta la diferencia y, eventualmente, de las obligaciones objeto de la misma (v. por ej. PADDEU, F., “Multilateral Disputes in Bilateral Settings: International Practice Lags Behind Theory”, *Cambridge Law Journal*, vol. 76 (2017), n° 1, pp. 1-4; o PROULX, V.-J., “The Marshall Islands Judgments and Multilateral Disputes at the World Court: Whither Access to International Justice?”, *AJIL Unbound*, vol. 111 (2017), pp. 97-101). V. tb. *infra*, n. 17.

¹⁶ Recuérdese, sin embargo, que, aunque en esta fase (1962) la Corte afirmó su jurisdicción por un estrecho margen (ocho votos contra siete), en su pronunciamiento sobre el fondo (1966) rechazó (por un margen aún más estrecho, y gracias al voto de calidad del presidente) la reclamación de las demandantes, por considerar que no habían acreditado ningún derecho o interés jurídico propio en relación con el objeto de las demandas (*South West Africa, Second Phase, Judgment, I.J.C. Reports*, 1966, p. 6).

¹⁷ “No doubt any multilateral dispute must ultimately be fitted within the bilateral mode of dispute settlement. But this does not require the Court to treat the underlying relations as bilateral *ab initio*” (*Dissenting Opinion...*, *cit.* en n. 13, párr. 21 *in fine*). De todos modos, ese “modo bilateral” no impediría la comparecencia de diversos Estados en cada una de las posiciones contendientes, lo que sería imaginable en casos relativos a la violación de obligaciones *erga omnes*. Como ha señalado R. KOLB (“The Scope *Ratione Materiae* of the compulsory Jurisdiction of the ICJ”, in P. Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention: A Commentary*, OUP, Oxford, 2009, p. 446), “the obligations arising under the Genocide Convention have an *erga omnes* nature and are thus likely to produce disputes confronting more than two parties in each side. The extent to which the Court can joint or merge different applications has to be decided according to its procedure”.

Indudablemente, la consideración, en esa perspectiva más amplia, de ese contexto multilateral en el que se inserta la controversia es susceptible de ofrecer a la Corte mejores elementos para su comprensión y, en especial, para la determinación -con una mayor flexibilidad¹⁸- de su existencia misma en su decantación bilateral.

Es interesante, en ese sentido, poner de relieve y analizar la importancia del elemento multilateral en el origen y desarrollo de la diferencia entre Gambia y Myanmar con anterioridad a la interposición de la demanda. Hay que decir que, a diferencia de los asuntos de las *Islas Marshall* (en que la Corte no apreció la existencia de controversias), la *Nota verbal* dirigida por Gambia a Myanmar¹⁹ contribuyó a la concreción bilateral de la diferencia en última instancia, atenuando así los posibles efectos negativos del carácter más difuso derivado del contexto multilateral en su surgimiento y manifestación (que había estado en el origen de la desestimación de aquellas demandas²⁰). Pero, como veremos, esa formalización *in extremis* no ha tenido, en este caso, un carácter decisivo en la afirmación de la existencia de la controversia.

El contexto o entorno multilateral en que se enmarca el surgimiento de la diferencia objeto de este asunto se concreta en dos foros, que determinan también, hasta cierto punto, una secuencia cronológica intercalada. Así, puede decirse que el origen o iniciativa de la reclamación por vía judicial contra Myanmar tiene lugar en el seno de la OIC, mientras que su planteamiento y manifestación, por así decirlo, *urbi et orbi* se produce en el marco de las Naciones Unidas.

A) ENTORNO MULTILATERAL EN LA GESTACIÓN

La decisión de plantear una reclamación judicial contra Myanmar se gestó, en efecto, en el seno de la OIC (de la que Myanmar, de religión mayoritaria budista, no es miembro). Hay que decir que la preocupación de la Organización por la situación de los rohinyás había conducido ya a la creación, en mayo de 2018, de un Comité Ministerial *ad hoc* sobre la rendición de cuentas por las violaciones de derechos humanos contra los rohinyás²¹ presidido por Gambia, autor de la propuesta²². El Comité debía, entre otras

¹⁸ Ese era un motivo principal de la opinión discrepante del juez Crawford (*ibidem*, párr. 2 y 25 y ss.)

¹⁹ V. *infra*, aptdo. I 1. C).

²⁰ V., por todas, *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*..., cit. en n. 12, párr. 49 a 52 y 55-56.

²¹ *Resolution No. 59/45-POL on The Establishment of an OIC Ad hoc Ministerial Committee on Accountability for Human Rights Violations Against the Rohingyas*. Conferencia ministerial de Dhaka, Mayo de 2018. OIC/CFM-45/2018/POL/RES/FINAL, p. 164 (accesible en <https://www.oic-oci.org/docdown/?docID=1868&refID=1078>). La Declaración final de la Conferencia (Declaración de Dhaka) manifestó el respaldo a la resolución y a la creación del Comité presidido por Gambia (*Dhaka Declaration 45th Session of the Council of Foreign Ministers of the Organization of Islamic Cooperation*, accesible en https://www.oic-oci.org/topic/?t_id=18652&t_ref=10334&lan=en, punto 17).

²² "Rohingya crisis: Gambia seeks OIC ministerial committee on accountability". *The Independent*, 6 de mayo de 2018 (<http://www.theindependentbd.com/post/148748>). De hecho, parece que la iniciativa se debió al ministro de justicia gambiano, A. Tambadou, que participó en la Conferencia ministerial de Dhaka en lugar del ministro de asuntos exteriores. Antiguo fiscal de la Corte penal internacional para Ruanda, Tambadou se implicó de lleno en la creación del Comité *ad hoc* y en la presentación de la demanda (v.

cosas, ocuparse de “asegurar la rendición de cuentas y la justicia por las violaciones graves de las normas y principios internacionales humanitarios y de derechos humanos”²³, así como “movilizar y obtener apoyo internacional” y “colaborar con los organismos internacionales” con ese fin²⁴.

El gobierno de Myanmar reaccionó mediante una nota de prensa en la que rechazaba categóricamente el contenido de la Declaración de Dhaka, en particular la “irresponsable alusión a ‘limpieza étnica’ o a ‘violencia respaldada por el Estado’” para referirse a los acontecimientos en el Estado de Rakáin²⁵.

Según sintetiza Gambia en su escrito de demanda²⁶, la primera interpelación a Myanmar se produjo mediante la Resolución 4/46 del Consejo de Ministros de la OIC de marzo de 2019 sobre la situación de la comunidad musulmana en Myanmar²⁷. La resolución exige al gobierno birmano “el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Derecho internacional y los convenios de derechos humanos, y la adopción de todas las medidas para el cese inmediato de cualquier forma o vestigio de prácticas genocidas contra los musulmanes rohinyás”²⁸.

Y la 14ª Cumbre de la OIC se refirió específicamente a la cuestión, esta vez incluyendo ya, como se ha dicho, la llamada a la interposición de una demanda ante la CIJ. Según se expresa en el Comunicado final,

“[...] The Conference affirmed its support for the *ad hoc* ministerial committee on human rights violations against the Rohingyas in Myanmar, using all international legal instruments to hold accountable the perpetrators of crimes against the Rohingya. In this connection, the Conference urged upon the *ad hoc* Ministerial Committee led by the Gambia to take

<https://www.reuters.com/article/us-myanmar-rohingya-world-court-gambia/with-memories-of-rwanda-the-gambian-minister-taking-on-suu-kyi-idUSKBN1Y91HA>), y compareció ante la CIJ como agente de Gambia.

²³ De hecho, la Fiscal de la Corte penal internacional (CPI) había solicitado, en abril de 2018, una declaración de jurisdicción en relación con la situación en Bangladesh/Myanmar, obteniendo la autorización para iniciar la investigación en noviembre de 2019 (toda la documentación, accesible en <https://www.icc-cpi.int/bangladesh-myanmar>).

²⁴ *Resolution No. 59/45-POL...*, cit. en n. 21, punto 2. Traducción de la autora. La sesión inaugural del Comité tuvo lugar en febrero de 2019, en Banjul (Gambia) (V. Resolution No. 61/46-POL, *The Work of the OIC Ad hoc Ministerial Committee on Accountability for Human Rights Violations Against the Rohingyas*, OIC/CFM-46/2019/POL/RES/FINAL, <https://www.oic-oci.org/docdown/?docID=4444&refID=1250>, p. 176).

²⁵ Cf. la referencia en la primera comparecencia de Gambia (V. CIJ, *CR 2019/18*, p. 47, párr. 18 y n. 186).

²⁶ V. *supra*, n. 1, p. 9.

²⁷ V. *supra*, n. 7.

²⁸ *Ibidem*, punto 11. Traducción de la autora. La resolución es muy extensa, y expresa, de manera detallada, su condena por las actuaciones y omisiones del gobierno birmano, que califica como constitutivas de genocidio, así como las diversas medidas que debería adoptar Myanmar. Además, pide al mencionado Comité *ad hoc* -en términos genéricos, referidos más bien a la justicia penal- que lleve a cabo las actuaciones necesarias para garantizar la responsabilidad y la justicia en relación con las violaciones de derechos humanos infligidas a la población rohinyá (*ibid.*, punto 34).

immediate measures to launch the case at the International Court of Justice on behalf of the OIC. [...]”²⁹.

No deja de llamar la atención el hecho de que la Conferencia contemplase la sumisión del asunto al Corte “en nombre de la OIC”, una indicación que enfatiza, desde luego, la dimensión multilateral y colectiva en el diseño de entablar la reclamación judicial, pero que proporcionó, como veremos más adelante, un filón argumental a la demandada en su contestación a la jurisdicción *prima facie* de la Corte³⁰.

Por lo demás, en el seno de la OIC se fue perfilando progresivamente la definición del objeto y contenido de la reclamación, al irse concretando la acusación de prácticas genocidas en los sucesivos textos, sobre la base, entre otros, de los informes emanados de la Misión de investigación de las Naciones Unidas mencionados en el apartado siguiente³¹.

B) ENTORNO MULTILATERAL EN LA MANIFESTACIÓN

Como proyección de los pronunciamientos de la OIC, Gambia aprovechó sus intervenciones en el foro multilateral por excelencia, la Asamblea general de las Naciones Unidas, para declarar universalmente su intención de interponer la demanda contra Myanmar ante la CIJ. Pero esa manifestación caía en campo ya abonado.

Hay que destacar al respecto, en tanto que elemento integrante del contexto multilateral en el que se manifiesta la iniciativa, la implicación previa del propio sistema de las Naciones Unidas en la cuestión de las violaciones de derechos contra la población rohinyá. Así, el Consejo de derechos humanos había creado, tras sucesivas resoluciones de condena, la mencionada Misión internacional independiente de investigación en marzo de 2017³², y ha venido prorrogando el mandato del Relator especial sobre la situación de los derechos humanos en Myanmar³³. También la propia Asamblea general había venido adoptando sucesivas resoluciones, en las que se mostraba crecientemente preocupada, incluso “alarmada” y “afligida”, por las graves violaciones de los derechos humanos en las zonas habitadas por la población rohinyá, y exhortaba a Myanmar a poner fin a la

²⁹ OIC, *Final Communiqué of the 14th Islamic Summit Conference*, OIC Doc. OIC/SUM-14/2019/FC/FINAL (31 May 2019), párr. 47. Disponible en <https://www.oic-oci.org/docdown/?docID=4496&refID=1251>).

³⁰ V. *infra* aptdo. I 2. B). Quizá por ello, en previsión, el escrito de demanda de Gambia omite totalmente la referencia al “encargo” en el relato de los hitos previos (V. *Application Instituting Proceedings...*, *cit.* en n. 1, p. 8.

³¹ V. *infra*, nn. 37 y 43. V. también *Application...*, *cit.* en n. 1, párr. 10 a 14.

³² V. Consejo de derechos humanos, Res. 34/22 de 24 de marzo de 2017 (A/HRC/RES/34/22), párr. 11.

³³ De hecho, el cargo fue creado por la Comisión de derechos humanos en 1992 (Res. 1992/58, de 3 de marzo de 1992), pero el Consejo de derechos humanos prorrogó el mandato en sucesivas ocasiones, encomendándole por primera vez de manera explícita el seguimiento de la situación de la población rohinyá (Res. 10/27, de 27 de marzo de 2009, párr. 10 y 20).

situación³⁴. Y cabe mencionar, igualmente, la declaración del presidente del Consejo de seguridad de 6 de noviembre de 2017³⁵, así como la implicación del Secretario general³⁶.

Pero los informes de la mencionada Misión internacional independiente de investigación han desempeñado un papel capital tanto en la activación como en la sustanciación de la iniciativa gambiana, en un proceso que se desarrolla en torno a los períodos de sesiones de 2018 y de 2019. En el primer informe, presentado en septiembre de 2018, ya se alude extensamente a la existencia de “indicios de intención genocida”, y al hecho de que los crímenes detectados dan lugar tanto a responsabilidad individual como a la responsabilidad del Estado³⁷.

Poco después de ese informe, el 25 de septiembre de 2018, el presidente de la república de Gambia, durante su intervención en la sesión plenaria de la Asamblea general, expresó el compromiso de su país, en el marco de la OIC, para encontrar un “mecanismo de rendición de cuentas que garantizaría que los responsables de los terribles crímenes cometidos contra los musulmanes rohinyás sean juzgados”³⁸.

Acto seguido, el Consejo de derechos humanos adoptaba, significativamente, su resolución 39/2, “Situación de los derechos humanos de los musulmanes rohinyás y otras minorías en Myanmar”, en la que haciéndose eco de los indicios de genocidio señalados por la Misión de investigación, “*condena enérgicamente* todas las violaciones y las vulneraciones de los derechos humanos cometidas en Myanmar, según se describen en el informe de la misión [...]”, y *exhorta e insta* reiteradamente al gobierno de Myanmar para que deponga su actitud y, entre otras cosas, “asegure la protección de los derechos humanos de todas las personas en Myanmar, incluidos los musulmanes rohinyá y otras minorías”³⁹.

³⁴ V. por ej. Res. 72/248, de 24 de diciembre de 2017 (A/RES/72/248).

³⁵ Declaración de la Presidencia del Consejo de seguridad (S/PRST/2017/22), en la que expresa, en nombre del Consejo, “grave preocupación por las informaciones de violaciones y abusos de los derechos humanos en el estado de Rakáin, perpetrados entre otros por las fuerzas de seguridad de Myanmar, en particular contra los miembros de la comunidad rohinyá” y “destaca que el Gobierno de Myanmar es el principal responsable de proteger a todos los miembros de su población” (p. 1).

³⁶ Durante lustros, el Secretario general ha estado desplegando sus buenos oficios, especialmente a través de su Asesor especial sobre Myanmar, y ha estado transmitiendo anualmente sus Informes a la Asamblea general (v. por ej. el más reciente, de agosto de 2019, en el doc. A/74/311). Además, viene manteniendo un Enviado especial (en abril de 2018, designó una nueva enviada especial para Myanmar. V. <https://www.un.org/sg/en/content/sg/personnel-appointments/2018-04-26/ms-christine-schraner-burgener-switzerland-special>).

³⁷ V. UN Human Rights Council, *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar (17 September 2018)*, UN Doc. A/HRC/39/CRP.2, párr. 1441 y 1518 respectivamente.

³⁸ V. Asamblea general, septuagésimo tercer período de sesiones, 7ª sesión plenaria, 25 de septiembre de 2018, A/73/PV.7, p. 30.

³⁹ Consejo de derechos humanos, Res. 39/2, de 27 de septiembre de 2018 (A/HRC/RES/39/2), párrs. 2 y 4. La resolución se adoptó por 35 votos a favor, 3 en contra y 7 abstenciones. Establece también la resolución “un mecanismo independiente encargado de reunir, consolidar, preservar y analizar las pruebas de los delitos internacionales y las violaciones del derecho internacional más graves cometidos en Myanmar desde 2011” (párr. 22). Este Mecanismo, que comenzó a funcionar en 2019, se creó explícitamente con la finalidad de subvenir a la sustanciación de posibles enjuiciamientos penales, pues se le encomienda

A finales de ese mismo año 2018, la adopción, por parte de la Asamblea general, de su resolución 73/264 (“Situación de los derechos humanos en Myanmar”)⁴⁰ vino a confirmar la preocupación por los indicios de genocidio manifestados en el informe de la Misión de investigación (párr. 1), condenando “enérgicamente todas las violaciones y abusos de los derechos humanos en Myanmar, como consta en el informe de la misión de investigación, concretamente las violaciones y abusos generalizados, sistemáticos y flagrantes de los derechos humanos cometidos en el estado de Rakáin, incluida la presencia de elementos de exterminio y deportación...” (párr. 2). Hay que destacar el hecho de que, en su preámbulo, la Asamblea general “reconoce” un amplio conjunto de manifestaciones emanadas de organismos (no sólo pertenecientes a las Naciones Unidas), entre los que se encuentra la propia OIC (cuyo Comité *ad hoc* menciona explícitamente)⁴¹.

En mayo de 2019, el encargo efectuado a dicho Comité *ad hoc* por la 14ª Cumbre islámica acerca de la adopción de medidas inmediatas para llevar el asunto ante la Corte internacional de justicia⁴² supuso un punto de inflexión en el planteamiento jurídico del asunto por parte de la comunidad internacional que, dando un paso más en relación con el enfoque puramente penal hasta entonces preconizado, contempla ahora, en tanto que medida de rendición de cuentas adicional, la depuración de la responsabilidad del propio Estado birmano.

En efecto, la iniciativa de la OIC tuvo rápido eco en la propia Misión de investigación, en cuyo segundo Informe, presentado en 2019, tras constatar la existencia de “evidencias” en relación con la intención genocida del Estado de Myanmar contra los rohinyás, “se muestra satisfecha de las iniciativas que han adoptado los Estados, en particular Bangladesh y Gambia, y la Organización de Cooperación Islámica para promover la incoación de actuaciones contra Myanmar en la Corte Internacional de Justicia, en virtud de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”⁴³, abogando

“preparar expedientes para facilitar y acelerar actuaciones penales justas e independientes, de conformidad con las normas del derecho internacional, en cortes o tribunales nacionales, regionales o internacionales que sean competentes para juzgar esos delitos, o puedan serlo en el futuro, de conformidad con el derecho internacional”. El Consejo tuvo en consideración, en efecto, el hecho de que la Sala de Cuestiones preliminares de la CPI se había declarado ya competente sobre el asunto (párr. 24) (v. *supra*, n. 23), instando a “todos los Estados”, así como “al sistema de las Naciones Unidas en general”, a que cooperen plenamente con el Mecanismo (párrs. 26 y 27).

⁴⁰ A/RES/73/264.

⁴¹ *Ibidem*, p. 3. La resolución fue aprobada por 136 votos a favor, 8 en contra y 22 abstenciones. En los debates sobre el proyecto, Myanmar solicitó el voto en contra por considerarlo “injusto” y “un ejemplo clásico de doble rasero y de la aplicación selectiva y discriminatoria de las normas de derechos humanos a un país en desarrollo que se encuentra en una delicada transición hacia la democracia con crecientes desafíos políticos, sociales y económicos” (Asamblea general, septuagésimo tercer período de sesiones, 65ª sesión plenaria, 21 de diciembre de 2018, A/73/PV.65, p. 10).

⁴² V. *supra*, n. 29.

⁴³ Consejo de derechos humanos, *Informe de la Misión internacional independiente de investigación sobre Myanmar*, 8 de agosto de 2019, A/HRC/42/50, párr. 107. El Informe dejaba constancia asimismo de que “[v]arios cargos electivos del Canadá y los Países Bajos también han pedido a su gobierno que emprenda actuaciones”. El “Informe detallado” era más explícito, recomendando a las Naciones Unidas y a la Comunidad internacional “[to e]ncourage and support States parties to the Genocide Convention to bring a case to the International Court of Justice against Myanmar for breaches of its obligations under the

por el desarrollo de esta vía simultáneamente con la correspondiente canalización de los procesos penales internos o internacionales. Es interesante el hecho de que el Informe prefigura ya los que podrían ser el contenido y el resultado de la acción ante la CIJ, incluidas las medidas provisionales:

“En la acusación se insistiría en que Myanmar ha cometido genocidio y el Estado no lo ha prevenido ni castigado. Asimismo, dicha acusación podría resultar en unas órdenes de que se adoptaran medidas provisionales y se ofreciera reparación, con miras a reformar las leyes y las políticas relativas al genocidio. La reparación, en su caso, comprendería la restitución, la indemnización y la satisfacción, a fin de enjugar, en la medida de lo posible, las consecuencias de los actos ilegales del Estado y restablecer la situación que probablemente hubiera habido si no se hubieran cometido esos actos”⁴⁴.

Y, de hecho, en la apertura del siguiente período de sesiones de la Asamblea general, durante su intervención ante la sesión plenaria el 26 de septiembre de 2019, el vicepresidente de Gambia manifestó ya de manera concreta y explícita su intención de interponer la demanda contra Myanmar ante la CIJ, y lo hizo atribuyendo una importancia inusitada a la dimensión colectiva de la iniciativa y del proceso para llevarla a cabo, dimensión que aparece como inherente a la medida en cuestión:

“Gambia está dispuesta a dirigir esfuerzos concertados para presentar la cuestión de los rohinyás ante la Corte Internacional de Justicia, en nombre de la Organización de Cooperación Islámica, y pedimos a todos los interesados que apoyen ese proceso. Como comunidad mundial con conciencia, no podemos seguir haciendo caso omiso de la difícil situación de los rohinyás. Por ello, mi delegación aprovecha esta oportunidad para pedir a las Naciones Unidas, las naciones de ideas afines y las partes interesadas que sincronicen nuestros esfuerzos en la búsqueda de una solución justa, rápida y duradera a la crisis de los rohinyás”⁴⁵.

La reacción de Myanmar se produjo en el marco de la misma ronda inaugural, cuando, en su alocución, el Ministro birmano para la Oficina de la Consejera de Estado rechazó

Genocide Convention” (*Detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, 16 September 2019, UN Doc. A/HRC/42/CRP.5, párr. 702).

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 108. Ya con posterioridad a la presentación de la demanda por parte de Gambia, la Asamblea general (resolución de 27 de diciembre de 2019, *Situación de los derechos humanos de los musulmanes rohinyás y otras minorías en Myanmar*, A/RES/74/246), acogió “con beneplácito la labor de la misión internacional independiente de investigación sobre Myanmar, incluido su informe final y todos sus demás informes”, y se mostró “[a]larmada por que la misión internacional independiente de investigación sobre Myanmar haya encontrado pruebas de graves violaciones y abusos de los derechos humanos sufridos por musulmanes rohinyás y otras minorías a manos de las fuerzas armadas y de seguridad de Myanmar, que, según la misión de investigación, equivalían sin duda a los crímenes más graves en virtud del derecho internacional” (pp. 2 y 4 respectivamente), a la par que “[c]ondena enérgicamente todas las violaciones y abusos de los derechos humanos en Myanmar” (p. 5, punto 2). La resolución se adoptó por 134 votos a favor, 9 en contra y 28 abstenciones. En la explicación de voto, cabe reseñar, aparte de las descalificaciones de Myanmar, la intervención de Finlandia en nombre de la UE (en su condición de patrocinadora de la resolución en la Tercera Comisión juntamente con la OIC) recordando que la resolución afirma la comisión de los crímenes más graves de Derecho internacional y la necesidad de asegurar la justicia y la rendición de cuentas, y declarando que “toman nota con interés” de la interposición de la demanda ante la CIJ por parte de Gambia (A/74/PV.52, pp. 32 a 35).

⁴⁵ Asamblea general, septuagésimo cuarto período de sesiones, 8ª sesión plenaria, 26 de septiembre de 2019, Doc. A/74/PV.8, p. 33.

los informes de la Misión internacional de investigación como “parciales y erróneos”, cuestionando también la imparcialidad de la Asamblea general y calificando los diversos pronunciamientos como “esfuerzos por realizar un escrutinio discriminatorio y ejercer presión política con intención dolosa”. Pero, aunque se refirió a la sumisión del asunto a la CPI (para descartar su competencia), no aludió a la iniciativa de Gambia⁴⁶. No está de más reseñar, sin embargo, que puso el énfasis en la necesidad de un estricto enfoque bilateral -con Bangladesh- al problema de las personas desplazadas⁴⁷.

C) FORMALIZACIÓN EN CLAVE BILATERAL

La culminación del proceso y decantación de la controversia en clave bilateral, con carácter previo a la interposición de la demanda, se produjo mediante la *Nota verbal* remitida desde la misión permanente de Gambia ante las Naciones Unidas a su homóloga birmana el 11 de octubre de 2019. En ella, Gambia afirmaba la violación de obligaciones derivadas del Convenio contra el genocidio, manifestaba su preocupación por las conclusiones de la Misión internacional de investigación y su rechazo por parte de Myanmar, llamaba la atención sobre la resolución de la OIC de marzo de 2019⁴⁸, e instaba a Myanmar a tomar medidas para cumplir con el Convenio, reparar a las víctimas y ofrecer garantías de no repetición⁴⁹. Como se advierte, los pronunciamientos de los organismos multilaterales ostentan un papel central en la interpelación.

Myanmar respondió a la *Nota verbal* un mes después (el 12 de noviembre), una vez que Gambia ya había interpuesto la demanda⁵⁰.

D) UNA CONTROVERSIDAD CON DIMENSIÓN MULTILATERAL

Si, en el asunto de las *Islas Marshall*, pudo señalarse el carácter multilateral de la controversia⁵¹, la gestación y consolidación de la reclamación gambiana presenta, respecto de aquel asunto, una dimensión multilateral reforzada, que la propia Corte no ha dejado de observar en su pronunciamiento sobre su jurisdicción *prima facie*.

En el primer caso, el juez discrepante Crawford esgrimía la existencia de un “desacuerdo multilateral” entre los Estados no poseedores y los poseedores de armas nucleares, desacuerdo en el que las Islas Marshall se habrían involucrado⁵², efectuando sucesivas declaraciones en un “contexto multilateral apropiado”.

⁴⁶ Asamblea general, septuagésimo cuarto período de sesiones, 12ª sesión plenaria, 28 de septiembre de 2019, Doc. A/74/PV.12, pp. 25 y 26.

⁴⁷ “Myanmar sostiene la firme opinión de que las cuestiones entre vecinos pueden y deben resolverse bilateralmente, de una manera amigable y amistosa. La actual cuestión de las personas desplazadas en Cox’s Bazar puede y debe resolverse bilateralmente [...]” (*Ibidem*, p. 24).

⁴⁸ V. *supra*, nn. 7 y 27.

⁴⁹ V. *Application...*, cit. en n. 1, p. 9.

⁵⁰ V. CIJ, CR 2019/18, p. 49, n. 198.

⁵¹ V. *supra*, n. 13.

⁵² “[T]he Marshall Islands had associated itself with one side of that multilateral disagreement, revealing sufficiently for present purposes a claim in positive opposition to the conduct and claims of the nuclear-weapon States, including the respondent State” (*Dissenting...*, cit. *supra*, n. 13, párr. 26).

Pero el caso que nos ocupa es cualitativamente distinto. Aquí, existe una implicación colectiva más acentuada: la multilateralidad no se circunscribe al marco o escenario en que cristaliza una eventual diferencia bilateral, sino que comprende también una involucración colectiva explícita, como mínimo, en el respaldo a la iniciativa de sumisión a la CIJ y en la sustanciación del objeto de la reclamación.

A los efectos de determinar la existencia de una controversia, la Corte no pudo por menos que tomar en consideración diversos elementos de ese sustrato multilateral (habida cuenta que la supuesta formalización bilateral de la diferencia no habría tenido lugar más que con la respuesta de Myanmar a la *Nota verbal* de Gambia, respuesta que, como ya hemos dicho, sólo se produjo tras la interposición de la demanda). Así, se refirió al Informe de la Misión de investigación en el que se alude a la responsabilidad de Myanmar por genocidio y se encomian los esfuerzos de Gambia, Bangladesh y la OIC para llevar el asunto ante su jurisdicción, y a sendas declaraciones de Gambia y Myanmar en la Asamblea general de las Naciones Unidas, para ir decantando una “divergencia de puntos de vista” entre las partes⁵³. Además, la mención específica del Informe de la Misión de investigación en la *Nota verbal* de Gambia -a la que la Corte se refiere sólo “in addition”, y no como pieza clave de la determinación de la controversia- le sirve como argumento compensatorio de la falta de respuesta de Myanmar⁵⁴. De este modo -y sin perjuicio de un ulterior pronunciamiento definitivo sobre su jurisdicción-, la Corte ha venido a reconocer el carácter multilateral de esta controversia en el sentido al que se refería -aunque en relación con un asunto con menor apoyatura- el juez Crawford.

2. La determinación de su existencia

El primer requisito a verificar en relación con la jurisdicción de la Corte -aunque sea, como en este caso, la jurisdicción *prima facie*- es el de la existencia de una controversia, de una *verdadera controversia*, entre la parte demandante y la demandada. Tal como ha recordado la Corte,

“[t]he Court’s jurisprudence treats the question of the existence of a dispute as a jurisdictional one that turns on whether there is, in substance, a dispute, not on what form that dispute takes or whether the respondent has been notified...”⁵⁵

La Corte ha hecho hincapié, en efecto, en la naturaleza *jurisdiccional* de la cuestión⁵⁶, más allá de su mera incidencia sobre la admisibilidad de la demanda, lo que resulta congruente con su posicionamiento a favor de un enfoque “sustantivo”, y no meramente formal, de la determinación de la existencia de la controversia⁵⁷.

⁵³ “In the Court’s view, these statements made by the Parties before the United Nations General Assembly suggest the existence of a divergence of views concerning the events which allegedly took place in Rakhine State in relation to the Rohingya” (*Application of the Convention...*, *Order*, *cit.* en n. 2, párr. 27).

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 28.

⁵⁵ *Obligations concerning Negotiations... (Marshall Islands v. United Kingdom)*, ..., *cit.* n. 12, párr. 45 *in fine*.

⁵⁶ Por ej., *ibidem*, párr. 36.

⁵⁷ La Corte ha efectuado esta distinción en diversas ocasiones, como refiere en el párr. 38 de la sentencia citada en n. 55. V. al respecto GARRIDO MUÑOZ, A., “Los requisitos procesales en serio: la existencia

Pero ¿en qué se traduce esa aproximación sustantiva?

A) EL ENFOQUE SUSTANTIVO

Aunque la distinción sustancia-forma en la determinación de la controversia ha salido a colación en la jurisprudencia reciente (básicamente, para descartar ciertos supuestos requisitos formales⁵⁸), los elementos que componen la necesaria aproximación sustantiva no han sido objeto de una construcción exhaustiva. En todo caso, la Corte ha venido aclarando que la existencia de una diferencia debe basarse en una “determinación objetiva”, sustentada en el “examen de los hechos”. A ese efecto, tal como sintetizó en sus pronunciamientos sobre los asuntos de las *Islas Marshall*, el órgano judicial debe tomar en consideración, en particular, “cualesquiera declaraciones o documentos intercambiados entre las partes”, así como “cualquier intercambio efectuado en foros multilaterales”. Al hacerlo, “debe prestar especial atención al autor de la declaración o documento, a su destinatario efectivo o pretendido, y a su contenido”⁵⁹.

En el auto que nos ocupa, la Corte recuerda este criterio antes de proceder al “examen de los hechos” que permitirían la determinación objetiva de la existencia de una diferencia entre Gambia y Myanmar⁶⁰. Ante la falta de “declaraciones o documentos intercambiados entre las partes” durante la etapa previa a la presentación de la demanda, el examen se centra directamente en los “intercambios efectuados en foros multilaterales”.

En los asuntos de las *Islas Marshall* -en que el intercambio directo entre las partes era, también, inexistente- se perfiló el criterio aplicable al análisis de las declaraciones efectuadas en foros multilaterales:

“In such a setting [...], the Court must give particular attention, *inter alia*, to the content of a party’s statement and to the identity of the intended addressees, in order to determine whether that statement, together with any reaction thereto, show that the parties before it held “clearly opposite views” [...]. The question in this case is therefore whether the statements invoked by the Marshall Islands are sufficient to demonstrate the existence of such opposition”⁶¹.

Así pues, podría decirse que, a los efectos de la determinación en estos casos, debe prestarse atención al aspecto material (el *contenido* de las declaraciones) y al subjetivo (la *identidad* del destinatario o sujeto al que se refiere la declaración -y, desde luego, también de autor de la misma).

de una ‘controversia internacional’ en la jurisprudencia de la Corte internacional de justicia”, *REDI*, vol. 70 (2018), n° 1, pp. 127 – 153.

⁵⁸ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011*, p. 70, párr. 30; y *Obligations concerning Negotiations... (Marshall Islands v. United Kingdom)*,..., *cit.* n. 12, párr. 38.

⁵⁹ *Obligations concerning Negotiations... (Marshall Islands v. United Kingdom)*,..., *cit.* n. 12, párr. 39, citando mayormente su propia sentencia en el asunto *Application of the International Convention... (Georgia v. Russian Federation)*..., *cit.* en n. anterior, párr. 51, 53 y 63.

⁶⁰ *Application of the Convention... (The Gambia v. Myanmar)*..., *Order*, *cit.* en n. 2, párr. 26.

⁶¹ *Obligations concerning Negotiations...*, *cit.* en n. 12, párr. 48.

En el asunto de *Gambia contra Myanmar*, a pesar del cariz expeditivo del pronunciamiento de la Corte en el examen de estos aspectos (no demasiado reprobable, habida cuenta del carácter incidental y urgente del auto), hay ciertas cuestiones que merecen algún comentario, principalmente porque algunas han sido suscitadas por la demandada y porque podrían esgrimirse en el caso de que ésta oponga excepciones preliminares⁶². Se trata de cuestiones que se refieren tanto al aspecto subjetivo como al material.

B) EL ASPECTO SUBJETIVO: ¿QUIÉN TIENE UNA DIFERENCIA CON MYANMAR?

Si, en este caso, la identidad del sujeto señalado en el marco de la OIC y de las Naciones Unidas como autor de las conductas ilícitas no ofrece lugar a dudas, la identidad del sujeto (o sujetos) que, precisamente por proferir esas acusaciones, se situaría/n en el otro polo de la diferencia ha sido discutida en el curso del procedimiento.

¿Es verdaderamente Gambia el sujeto que se enfrenta a Myanmar en esa controversia internacional (caso de existir)? O, por decirlo de otro modo: de existir una controversia internacional que involucrase a Myanmar por la alegada violación grave de derechos de la población rohinyá en los términos definidos en los foros multilaterales ¿sería Gambia la otra parte en ella (un oponente, por cierto, al que Myanmar nunca, ni por alusiones, reconoció formalmente tal condición)?

La cuestión ha podido suscitarse, precisamente, por el carácter marcada y abiertamente multilateral del “desacuerdo”, carácter al que hemos aludido con anterioridad. Los abogados de Myanmar no desperdiciaron los elementos de discusión que tan ostensiblemente se les ofrecía. Y a estos efectos, desde luego, los desarrollos y declaraciones en la OIC presentaban más flancos (encargo y financiación) que los del sistema de Naciones Unidas.

Así, en su intervención en la vista oral el abogado de Myanmar discutió la posición de Gambia como parte en la supuesta controversia, alegando que ésta interponía la demanda en su condición de presidente del Comité ministerial *ad hoc* de la OIC, *en tanto que órgano de la OIC*, no en su capacidad como parte contratante del Convenio contra el genocidio. Por lo tanto, según esta argumentación, no existiría una diferencia entre Gambia y Myanmar, porque el procedimiento se habría iniciado en nombre de la OIC y con su financiación. En conclusión, si alguna controversia se había sometido al Corte contra Myanmar, habría sido la de la OIC, no la de Gambia⁶³.

⁶² En aplicación del art. 79 – 1. del Reglamento de la Corte, Myanmar tiene hasta el 21 de enero de 2021 para presentar excepciones preliminares.

⁶³ “The actual seisin of the Court was performed by The Gambia as chair of the OIC Ad Hoc Ministerial Committee, as an organ of the OIC, not in its capacity as a contracting party to the Genocide Convention”. “If any dispute has been brought before the Court, it is the OIC’s, not The Gambia’s”. (CIJ, *CR 2019/19*, p. 46, párr. 23 y p. 48, párr. 31 (Staker), respectivamente). La cuestión de la financiación parecía tener una especial relevancia para el abogado de Myanmar, pues “[w]hile The Gambia is said to be “leading” this OIC initiative, it is unknown who else is controlling it. It is unknown which States have donated what to

Si recordamos las reiteradas alusiones, tanto en la OIC como en las Naciones Unidas, al hecho de que Gambia interpondría la demanda “en nombre de la OIC”⁶⁴, esta línea argumental de Myanmar era obligada. El abogado de Gambia sólo pudo sortearla destacando el papel impulsor desempeñado por su patrocinada, tanto en relación con la creación del Comité *ad hoc* de la OIC como con la propia obtención del “encargo” de someter la cuestión a la CIJ⁶⁵.

Paradójicamente, para afianzar la posición de Gambia como única oponente de Myanmar en la controversia era necesario minimizar el papel de su entorno multilateral. Así, “los Estados miembros de la OIC no habrían hecho más que animar a Gambia a actuar ante la Corte”⁶⁶. Obviamente, toda la argumentación relevante a nuestros efectos iba encaminada a deslindar y singularizar en lo posible la posición de la demandante respecto del entorno multilateral en el que se fraguó la iniciativa⁶⁷.

De manera bastante expeditiva, la Corte zanjó la cuestión sin dedicar mayor disquisición al asunto:

“With regard to Myanmar’s contention that, in bringing before the Court its claims based on alleged violations of the Genocide Convention, The Gambia acted as a “proxy” for the OIC in circumvention of Article 34 of the Statute, the Court notes that the Applicant instituted proceedings in its own name, and that it maintains that it has a dispute with Myanmar regarding its own rights under the Convention. In the view of the Court, the fact that The Gambia may have sought and obtained the support of other States or international organizations in its endeavour to seize the Court does not preclude the existence between the Parties of a dispute relating to the Genocide Convention”⁶⁸.

Desde luego, no puede decirse que se haya aplicado un análisis sustantivo a la determinación del elemento subjetivo de la controversia, pues a la Corte le ha bastado con remitirse a los aspectos formales de la demanda en este punto, a saber, que Gambia presentó la demanda en su propio nombre y que sostiene que tiene una diferencia con Myanmar relativa a sus derechos en virtud del Convenio contra el genocidio⁶⁹. Ese es el argumento decisivo. El elemento multilateral, que podría haber estado en la base de algún análisis más sustantivo, es contemplado -debidamente desleído- sólo para descartar su incidencia sobre una conclusión que considera suficientemente fundamentada.

the voluntary fund, or whether the donors are even confined to States” (*Ibidem*, p. 46, párr. 24; y también, CIJ, *CR 2019/21*, p. 12, párr. 3 a 5).

⁶⁴ V. por ej. *supra*, nn. 29 y 45.

⁶⁵ CIJ, *CR 2019/20*, p. 23, párr. 3 (D’Argent).

⁶⁶ *Ibidem*, p. 24, párr. 7. En su alegato final, el agente de Gambia hace una hábil descripción del papel de liderazgo de su país en la controversia sin por ello menoscabar la importancia del entorno multilateral de la misma (*Ibid.*, p. 40, párr. 5 y 6).

⁶⁷ Otros argumentos iban más orientados a demostrar la condición procesal de Gambia como demandante a título propio, y no, en particular, la de parte en una controversia (previa) frente a Myanmar, que es el aspecto que aquí interesa.

⁶⁸ *Application of the Convention...*, *cit.* en n. 2, párr. 25.

⁶⁹ Quizá considerando, como alguna comentarista, que la estrategia de Myanmar centrada en la OIC como entidad en la sombra tras la acción emprendida por Gambia era irrelevante (cf. PILLAI, P., *post* del 13 de diciembre del 2019, *Opinio juris*, <https://opiniojuris.org/2019/12/13/the-gambia-v-myanmar-provisional-measures-icj-hearings-its-a-wrapfor-now/>).

Así pues, la Corte accedió a deslindar la controversia de su entorno multilateral, acogiendo implícitamente el argumento de la iniciativa y el liderazgo gambianos y relegando a un segundo plano (*support*) la implicación de “otros Estados u Organizaciones internacionales”. Este era un presupuesto imprescindible, al parecer, para la necesaria bilateralización de la diferencia.

En conclusión, podríamos hablar, sin perjuicio de la importancia de la aludida dimensión multilateral de aquella, de una suerte de “singularización por liderazgo” por la que Gambia habría podido defender, a los efectos procesales, la existencia de una controversia internacional apta, en su aspecto subjetivo, para ser sometida a la jurisdicción de la CIJ⁷⁰.

Aunque esta aproximación al elemento subjetivo de la controversia se produce sólo en una apreciación *prima facie*, no es de esperar que, en ulteriores fases del procedimiento, la Corte revise su posición en este punto⁷¹. Todo lo más, podría verse abocada, si Myanmar insiste sobre ello, a argumentar más profusamente la singularización de Gambia en tanto que parte individual en la controversia.

C) EL ASPECTO MATERIAL: ¿UNA AUTÉNTICA CONTROVERSIA?

Según la definición de Gambia en su demanda,

“[a] dispute [...] exists between The Gambia and Myanmar relating to the interpretation and application of the Genocide Convention and the fulfilment by Myanmar of its obligations to prevent genocide and to desist from its own acts of genocide, as well as Myanmar’s obligation to make reparations to the victims and offer assurances and guarantees of non-repetition”⁷².

Tal como reza la jurisprudencia bien asentada, “una diferencia es un desacuerdo sobre un punto de Derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos sujetos”⁷³. Con el fin de dilucidar la existencia de un tal desacuerdo, la Corte ha ido desgranando los criterios aplicables: básicamente, debe quedar de manifiesto que “las alegaciones de una parte son positivamente enfrentadas por la otra”, y que “las dos partes mantienen puntos de vista claramente enfrentados en relación a la

⁷⁰ Cabe recordar que, en los casos de las *Islas Marshall*, no se cuestionó directamente el elemento subjetivo a la hora de descartar la existencia de sendas controversias. No obstante, el principal argumento esgrimido (la “falta de conocimiento” por parte de las demandadas) afecta indudablemente al aspecto subjetivo de la diferencia, pues se basó en muy buena medida en la falta de una adecuada identificación formal de la parte contraria (la alusión genérica a “los Estados nucleares” no bastaba para “singularizar” a cada uno de ellos como parte en una controversia con Islas Marshall; de ahí, la alegada “falta de conocimiento”). Fue eso, de hecho, lo que determinó la deducción de la ausencia de controversia (V. *Obligations concerning Negotiations...*, *cit.* en n. 12, párr. 49, 50 y 57).

⁷¹ En este sentido, pero en relación a la jurisdicción de la Corte en general, M. MILANOVIC, *EJIL Talk!*, 23 de enero de 2020 (<https://www.ejiltalk.org/icj-indicates-provisional-measures-in-the-myanmar-genocide-case/>), párr. 4.

⁷² *Application Instituting Proceedings...*, *cit.* en n. 1, párr. 23.

⁷³ “Un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes” (CPJI, *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, 30 août 1924, *Rec. des Arrêts*, Série A, n° 2, p. 11).

cuestión del cumplimiento o incumplimiento de ciertas obligaciones internacionales”⁷⁴. A este respecto, el marco legal de esas obligaciones debe quedar también claro, especialmente cuando se trata de un instrumento convencional que, además, fundamenta la competencia de la Corte⁷⁵.

La cuestión es si ese desacuerdo, contradicción u oposición se ha sustanciado suficientemente en el caso que nos ocupa, si ha cristalizado o ha tomado cuerpo de manera que pueda sustentar la jurisdicción de la Corte en virtud de la cláusula habilitante del Convenio contra el genocidio.

Como es de suponer, la defensa de Myanmar opuso a esa sustanciación la debilidad e inconsistencia de las alegaciones efectuadas en los foros multilaterales o por los organismos a ellos vinculados. Una pieza clave en esa argumentación fue la deficiente construcción de la acusación de genocidio contra Myanmar, unida a la falta de mención del propio Convenio, marco legal necesario a los efectos de la sumisión de la controversia a la jurisdicción de la CIJ. Así, el abogado descartó la relevancia de las resoluciones de la OIC por su escasa concreción (aparte de señalar su falta de repercusión sobre Myanmar, por no ser miembro). También, puso de relieve las insuficiencias de los Informes de la Misión de investigación de las Naciones Unidas y de la propia declaración de Gambia ante la Asamblea general, en la que “ni siquiera se mencionó el Convenio” (y tampoco lo hizo Myanmar en su reacción ante la Asamblea general)⁷⁶. La crítica se hizo extensiva al contenido de la propia *Nota verbal*, cuya ausencia de respuesta (en tiempo) por parte de Myanmar la haría, además, inviable para fundamentar la controversia⁷⁷.

En sus alegaciones, Gambia recalca el contenido indiscutiblemente significativo de las resoluciones de la OIC, así como el hecho de que Myanmar reaccionó a su respecto⁷⁸. En cuanto a los informes de la Misión de investigación, les otorga un papel importante en la consolidación de la controversia⁷⁹, en una afirmación interesante desde el punto de vista de la caracterización de las controversias multilaterales:

⁷⁴ “It must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other” y “[t]he two sides must hold clearly opposite views concerning the question of the performance or non-performance of certain international obligations”. V. *Obligations concerning Negotiations...*, cit. en n. 12, párr. 37, y la jurisprudencia allí citada. V. tb. *Application of the Convention...*, cit. en n. 2, párr. 20.

⁷⁵ En el caso de *Georgia c. Rusia*, en que se esgrimía la violación de obligaciones derivadas del Convenio para la eliminación de la discriminación racial, la Corte precisó: “the exchanges must refer to the subject-matter of the treaty with sufficient clarity to enable the State against which a claim is made to identify that there is, or may be, a dispute with regard to that subject-matter” (V. *Application of the International Convention...*, cit. supra, n. 58, párr. 30 *in fine*).

⁷⁶ CIJ, *CR 2019/19*, p. 49, párr. 35 a 39 (Staker): “[S]tatements in reports of the Fact-Finding Mission do not constitute claims by The Gambia or the OIC or its Member States. Statements by the Fact-Finding Mission do not put Myanmar on notice of what particular claims those States and the OIC might be intending to make in Court proceedings” (párr. 36). V. tb. *CR 2019/21*, p. 13, párr. 9.

⁷⁷ CIJ, *CR 2019/19*, pp. 50 y 51, párr. 40 a 44 (Staker).

⁷⁸ CIJ, *CR 2019/20*, p. 25, párr. 13 a 15 (D’Argent). Vid supra, n. 25.

⁷⁹ En cambio, según algunos autores se impone un mayor escepticismo sobre la virtualidad de los informes de la Misión o de los relatores de las Naciones Unidas en un posible pronunciamiento sobre el fondo, (v. BECKER, M. A., *EJIL Talk!*, 14 de diciembre de 2019 (<https://www.ejiltalk.org/the-challenges-for-the-icj-in-the-reliance-on-un-fact-finding-reports-in-the-case-against-myanmar/>)).

“Certes, la Gambie n’est pas l’auteur de ces rapports, mais il est incontestable qu’en saluant l’intention de la Gambie de déférer à votre compétence le présent différend, le rapport onusien en a nécessairement averti le Myanmar, d’autant que l’Etat défendeur a catégoriquement rejeté ce rapport. Le Myanmar ne pouvait pas ne pas être conscient de l’existence du différend”.⁸⁰

Esta alegación es altamente representativa del componente multilateral de la diferencia, que esta vez Gambia no sólo no elude, sino que incorpora como elemento clave de su argumentación. Así, el proceso de conformación material de la controversia incluiría, de manera decisiva, la participación de mecanismos de origen multilateral más allá del control o decisión de una de las partes, teniendo en cuenta también la reacción negativa de la otra. Las declaraciones de Gambia y de Myanmar ante la Asamblea general serían, a estos efectos, indisociables de los informes en cuestión, con los cuales formarían una especie de *continuum* a la hora de dotar de contenido a la controversia, supliendo unos las carencias de los otros a estos efectos⁸¹. Hasta tal punto se propone una visión integrada, que los informes de la misión de investigación son esgrimidos también *-ad argumentandum-* para rechazar las objeciones de Myanmar a la eficacia de la *Nota verbal* en la consolidación de la diferencia⁸². Pero, en cualquier caso, y en la línea que venimos destacando, el papel de la mencionada *Nota verbal* (único instrumento directo entre las partes, que en principio debería ser determinante) queda claramente minimizado: “la note verbale a simplement confirmé l’existence d’un différend entre les Parties au sujet de la convention sur le génocide avant la saisine de la Cour”⁸³.

En su pronunciamiento, la Corte acoge esta secuencia compuesta por el informe de la Misión de investigación y sendas declaraciones de las partes ante la Asamblea general como susceptible de fundamentar la existencia de una diferencia. En concreto,

“[i]n the Court’s view, these statements made by the Parties before the United Nations General Assembly suggest the existence of a divergence of views concerning the events which allegedly took place in Rakhine State in relation to the Rohingya”⁸⁴.

Ello le permite conectar con su jurisprudencia anterior y aplicar el criterio de la inferencia, en virtud del cual

“a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests, or the positive opposition of the claim of one party by the other need not necessarily be stated *expressis verbis* . . . the position or the attitude of a party can be established by inference, whatever the professed view of that party”⁸⁵.

Como ya se ha indicado, la cuestión de la *Nota verbal* es tratada por la Corte a mayor abundamiento, observando que en ella se alude específicamente al mencionado informe

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 25 y 26, párr. 16. Nótese cómo se invoca también el criterio del “conocimiento” para fundamentar la existencia de la controversia.

⁸¹ Es lo que parece sugerir el abogado D’Argent *ibid.*, p. 26, párr. 17.

⁸² *Ibid.*, pp. 26 y 27, párr. 18 a 22.

⁸³ *Ibid.*, p. 27, párr. 24.

⁸⁴ *Application of the Convention...*, cit. en n. 2, párr. 27.

⁸⁵ *Ibidem*, citando la sentencia en el asunto *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, *Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 1998, p. 315, párr. 89.

de la Misión de investigación. La Corte considera, a la luz de la gravedad de las alegaciones contenidas en la *Nota*, que la falta de respuesta por parte de Myanmar puede ser “otra indicación de la existencia de una diferencia”⁸⁶.

En cuanto a la delimitación del contenido, en particular la verificación de su encaje en el marco del Convenio contra el genocidio, lo cierto es que la Corte parece basarse más en las alegaciones de las partes en la vista oral que en el contenido de los elementos que sustentan la diferencia, pero, en todo caso, se autoexime de un mayor examen amparándose en la naturaleza *prima facie* del pronunciamiento⁸⁷.

D) LA NECESARIA ADAPTACIÓN DEL MÉTODO JUDICIAL

¿Resistirán estas apreciaciones provisionales de la Corte una posible objeción en ulteriores fases del procedimiento? Puede admitirse que el acceso de las controversias multilaterales a la vía contenciosa estandarizada deba pagar el peaje de un mayor rigor en el método de determinación de su existencia, con la consiguiente reducción de la flexibilidad que viene caracterizando la actitud de la Corte al respecto; un peaje que consistiría en la exigencia de un *plus* de concreción en las manifestaciones subjetiva y material de la diferencia. Como ha dicho A. Garrido Muñoz, sería éste un “efecto colateral de la no exigencia de perjuicio material *individualizable* como requisito de admisibilidad de una demanda relativa a una obligación *erga omnes*; criterio [...] cuya ausencia requiere que se señale el desacuerdo con mayor claridad a la otra parte.”⁸⁸

Desde el punto de vista de la técnica judicial, ese *plus* de concreción no comporta un *plus* de formalismo⁸⁹, que casaría mal con la dimensión multilateral de la controversia. Exige, en cambio, la profundización en el análisis que supone la aproximación sustantiva preconizada en la jurisprudencia reciente⁹⁰.

El hecho de que, a diferencia de lo que ocurrió con los casos de las *Islas Marshall*, la Corte haya admitido la existencia de una controversia entre Gambia y Myanmar no se debe, desde luego, a la utilización de un *standard* más laxo en este caso⁹¹. Por el contrario, puede decirse que ha aplicado, en conjunto, un enfoque sustantivo. Es cierto que la homologación de la controversia según los cánones establecidos ha requerido de ciertas modulaciones, en particular, una aparente dualidad a la hora de abordar el elemento multilateral en el análisis de los aspectos subjetivo y material de la diferencia. En el primero, su relegación a un segundo plano ha servido a la necesaria bilateralización; mientras que, en el segundo, el recurso al “material” multilateral era imprescindible para

⁸⁶ *Application of the Convention...*, cit. en n. 2, párr. 28.

⁸⁷ *Ibidem*, párr. 29 y 30. En su opinión individual, el juez Xue manifestó sus reservas sobre la plausibilidad del objeto de la demanda en relación con el Convenio contra el genocidio, incluso en esta fase del procedimiento (*Separate Opinion of Vice-President Xue*, párr. 2 y 3).

⁸⁸ GARRIDO MUÑOZ, *loc. cit.* en n. 57, p. 147, párr. 55.

⁸⁹ En ese sentido, GARRIDO MUÑOZ, *ibidem*, pp. 146 a 148.

⁹⁰ Ver *supra* n. 58.

⁹¹ Aunque debe recordarse que aquéllos se resolvieron en fase de excepciones preliminares. Pero cabe decir que, en el caso de *Gambia contra Myanmar*, el grado de concreción con que se manifiesta la controversia, aun en el marco multilateral, es superior al que se daba en los asuntos de las *Islas Marshall*.

sustanciar y dar contenido a la diferencia. Gambia ha manejado bien la argumentación, sin incurrir en contradicciones.

Esa configuración de la controversia, aceptada -por el momento- por la Corte, no se ha desviado de la aproximación sustantiva, para la que no es óbice un cierto formalismo expeditivo aplicado a la determinación de la identidad de una de las partes. Indudablemente, la incorporación de los elementos multilaterales al análisis del aspecto material de la diferencia ha contribuido a respaldar el enfoque objetivo (“basado en los hechos”) reclamado por su jurisprudencia, pero ello ha ido en detrimento de ciertos aspectos formales en su definición que seguramente Myanmar no estará dispuesta a obviar en fase de objeciones preliminares.

III. INTERÉS COLECTIVO, ¿IUS STANDI DE GAMBIA?

El otro grupo de cuestiones procedimentales suscitadas en relación con la demanda de Gambia esta vinculado a su *ius standi* o legitimación procesal. Este sería, de hecho, el otro aspecto en que se concreta el problema de la idoneidad de ese Estado para llevar este asunto ante la Corte. Myanmar se ha empleado a fondo, articulando sus argumentos en torno a dos ejes: la virtualidad de la reserva que formuló al artículo VIII del Convenio (1.) y, por supuesto, la condición de Estado no lesionado de Gambia (2.).

1. Los entresijos de la reserva birmana

Como ya se ha indicado, la base jurisdiccional invocada por Gambia en su demanda es la cláusula compromisoria del Convenio contra el genocidio, del cual son partes tanto la demandante como Myanmar. En virtud de dicha cláusula (artículo IX), las partes reconocen la jurisdicción de la Corte para conocer de las controversias surgidas entre ellas en relación con su interpretación, aplicación o ejecución, incluidas las relativas a la responsabilidad por genocidio o por cualquiera de los actos enumerados en el artículo III⁹². En principio, esa base jurisdiccional puede desplegar su eficacia plena, habida cuenta que ninguna de las partes efectuó reserva alguna a su respecto.

No obstante, Myanmar esgrimió un argumento por el que la Corte se vería impedida de ejercer su jurisdicción por inválida sumisión del asunto (“*seisin of the Court*”, “*saisine de la Cour*”) ⁹³. Ese argumento se basaba en la reserva que formuló en relación, no al artículo IX, sino al artículo VIII del Convenio, cuyo contenido es el siguiente:

“Toda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen

⁹² “Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia” (Art. IX del Convenio).

⁹³ CIJ, *CR 2019/19*, p. 57, § 70 y 71.

apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III”.

La reserva en cuestión⁹⁴ impediría todo intento de aplicación de este artículo en relación con Myanmar.

La pretensión de la demandada -algo sorprendente, pero no desprovista de toda lógica- consiste en que su reserva al artículo VIII tiene por efecto que el asunto no pueda someterse a la Corte, incluso en ausencia de reserva al artículo IX⁹⁵. Esa pretensión parte de una interpretación muy amplia de aquella disposición, en virtud de la cual permitiría “a *cualquiera* de las partes en el Convenio recurrir a *cualquier* órgano competente de las Naciones Unidas respecto de *cualquier* situación de genocidio y solicitarle la adopción de medidas en virtud de la Carta”⁹⁶.

Como puede deducirse, se parte de las siguientes premisas: primero, la integración de la CIJ entre los “órganos competentes de las Naciones Unidas” a los que se refiere el mencionado artículo⁹⁷; segundo, la consideración de la interposición de una demanda judicial ante él como una manera de “recurrir” a dichos órganos; tercero, la inclusión de las resoluciones de la Corte entre las posibles “medidas” que éstos pueden “juzgar apropiadas”.

Según esta tesis, los ámbitos de los artículos VIII y IX serían distintos: el primero establecería la base para la válida sumisión de un asunto a la Corte (*seisin*), mientras que el segundo se limitaría a establecer su jurisdicción, de manera que aquella “válida sumisión” sería una condición previa para el ejercicio de la jurisdicción por la Corte⁹⁸. El alcance del artículo IX sería, así, más restringido, de modo que, por sí solo, solamente permitiría el acceso a la Corte de un cierto tipo de diferencias (las válidamente sometidas), y no “cualquier diferencia” planteada por “cualquier parte contratante”⁹⁹.

Todo ello, para adscribir toda eventual posibilidad de *actio popularis* en el marco del Convenio al artículo VIII (inaplicable al caso controvertido por efecto de la reserva), y

⁹⁴ Formulada en el momento de la ratificación, el 14 de marzo de 1956, con el siguiente tenor literal por lo que concierne a este punto: “With reference to article VIII, the Union of Burma makes the reservation that the said article shall not apply to the Union”. Esta reserva fue objeto de una objeción por parte del Reino Unido (UNTC, Status of Treaties, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&clang=en#EndDec).

⁹⁵ “Thus, where, as here, the respondent State has made a valid reservation to Article VIII, the effect is that the Court cannot be seised of this case, even though there is no reservation to Article IX”. CIJ, *CR 2019/19*, p. 57, párr. 71.

⁹⁶ *Ibid*, párr. 70.

⁹⁷ *Ibid*.

⁹⁸ “[T]his Court can only *exercise* jurisdiction if it is first validly *seised* of a case. Valid *seisin* of the Court -“saisine de la Cour”- thus constitutes a necessary condition precedent to the exercise of the Court’s contentious jurisdiction” (*Ibid*).

⁹⁹ CIJ, *CR 2019/19*, p. 57, párr. 70 *in fine*. Las versiones inglesa y española del artículo VIII difieren ligeramente: “toda parte contratante”, en español; “*any contracting party*”, en inglés. Nada impide, a nuestros efectos, utilizar la expresión “cualquier parte contratante”.

en ningún caso al artículo IX (aplicable, pero, a juicio de la demandada, insuficiente para fundamentar la demanda gambiana, porque ésta excedería de los parámetros que rigen, a los efectos de esa disposición, el *ius standi*¹⁰⁰).

La reacción de Gambia ante esta pretensión birmana fue cuestionar su buena fe: con este argumento, Myanmar estaría vaciando de contenido el artículo IX, una disposición sobre la que sí ha consentido, sin explicar cómo debe entenderse, entonces, su consentimiento en relación con la cláusula compromisoria y, por lo tanto, con la jurisdicción de la Corte¹⁰¹.

A pesar de que ésta desestimó finalmente esta objeción de la parte demandada -y, como había sugerido la demandante¹⁰², sin recalar demasiado en ella-, es interesante, aunque sea a título incidental o colateral, detenerse en algunos de los aspectos que suscita: primero, la cuestión de la naturaleza consensual de la jurisdicción de la Corte y su alcance, en particular en relación con el Convenio contra el genocidio; en segundo lugar, el verdadero objeto de la pretensión birmana y, finalmente, su posible incidencia sobre la jurisdicción de la Corte en este caso.

A) EL CARÁCTER CONSENSUAL DE LA JURISDICCIÓN DE LA CIJ Y LAS RESERVAS AL CONVENIO CONTRA EL GENOCIDIO

Uno de los argumentos alegados por Myanmar en apoyo de la eficacia de su reserva al artículo VIII fue el de la naturaleza consensual de la jurisdicción de la Corte. Invocando su jurisprudencia, la demandada recuerda la exigencia de que el consentimiento a dicha jurisdicción sea cierto, y que responda a una “indicación inequívoca del deseo del Estado de aceptar la jurisdicción de la Corte de manera voluntaria e indiscutible”. La mencionada reserva pondría de relieve, según esta alegación, que Myanmar “no ha ofrecido una tal indicación inequívoca de manera indiscutible”¹⁰³.

El carácter consensual es, en efecto, inherente a la jurisdicción de la Corte, y cabe decir que ésta ha venido aplicando un criterio muy estricto a la verificación del consentimiento de las partes a su respecto. Ese criterio se impone tanto a la determinación del consentimiento en sí como a la del alcance de la competencia de la Corte. Así,

“en vertu de son Statut la Cour n’a pas automatiquement compétence pour connaître des différends juridiques entre les États parties audit Statut [...]; [...] l’un des principes fondamentaux de son Statut est qu’elle ne peut trancher un différend entre des États sans que ceux-ci aient consenti à sa juridiction; [...] la Cour ne peut donc exercer sa compétence qu’à

¹⁰⁰ Myanmar planteó esta objeción derivada de la reserva como una cuestión de *ius standi* (por ej., *ibid.*, p. 56, párr. 68, y p. 58, párr. 73), aunque también como un impedimento para el válido ejercicio de su jurisdicción por la Corte (v. *supra*, n. 98). Por su parte, la Corte la resolvió en la sección del auto dedicada a la jurisdicción *prima facie* (*Application of the Convention...*, *cit.* en n. 2, párr. 32 ss).

¹⁰¹ *CR 2019/20*, p. 29, párr. 31 y 32 (D’Argent).

¹⁰² *Ibidem*, párr. 32.

¹⁰³ *CR 2019/19*, p. 58, párr. 72. V. la jurisprudencia allí citada.

l'égard d'États parties à un différend qui l'ont acceptée, soit d'une manière générale, soit pour le différend particulier dont il s'agit"¹⁰⁴.

En el Convenio contra el genocidio, el mencionado artículo IX constituye, en tanto que cláusula compromisoria, la vía por la que los Estados parte han podido reconocer la jurisdicción de la Corte específicamente en relación con las controversias surgidas entre ellos en relación con la interpretación, aplicación y ejecución de sus disposiciones¹⁰⁵.

Como se advierte, la cláusula tiene un cierto efecto definitorio de la competencia de la Corte en cuanto al tipo de controversia que las partes pueden someterle. Ahora bien, esta competencia puede quedar -parcial o, con más frecuencia, totalmente- descartada como consecuencia de la formulación de una reserva por alguna de las partes implicadas¹⁰⁶.

La formulación de reservas a los convenios en materia de derechos humanos y, en particular, al que lo es por excelencia, el Convenio contra el genocidio, se ha convertido en una de las manifestaciones de la tensión dialéctica entre el consensualismo y el *ius cogens*. De hecho, el mencionado Convenio no contempla la posibilidad de formular reservas. Pero, como admitió la CIJ ya en 1951, con ocasión del dictamen consultivo solicitado por la Asamblea general de las Naciones Unidas, en un convenio de estas características (llamado a una amplia participación), “no puede concluirse, de la ausencia de un artículo relativo a las reservas, la prohibición, para los Estados contratantes, de formular algunas reservas”¹⁰⁷, siempre que no atenten contra el objeto y fin del tratado¹⁰⁸.

Aunque incluyó en el propio dictamen un importante *obiter dictum* sobre su especial naturaleza por razón del interés protegido¹⁰⁹, la Corte no distinguió, a los efectos de las reservas, el Convenio contra el genocidio de cualquier otro convenio multilateral.

Ese dictamen responde al estado de la práctica de 1951. Es evidente que, desde entonces, se ha avanzado bastante en la distinción entre las normas y obligaciones internacionales en función de su grado de incorporación de intereses colectivos, y a ello no ha sido ajena

¹⁰⁴ *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, C.I.J. Recueil 2008*, pp. 353 ss., párr. 84. Puede verse también *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I. C.J. Reports 1995*, pp. 90 ss., párr. 26 y la jurisprudencia allí mencionada; así como *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Espagne), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I. J. Recueil 1999*, pp. 761 ss., párr. 19.

¹⁰⁵ V. *supra*, n. 92.

¹⁰⁶ De los 152 Estados parte, 17 han formulado (en términos diversos) y mantienen en vigor una reserva al artículo IX. España, que la formuló en el momento de su adhesión (el 13 de septiembre de 1968), la retiró en 2009 (*BOE* núm. 297, de 10 de diciembre de 2009). Algunas de esas reservas han sido objeto de objeciones por parte de otros Estados parte (Cf. *UNTC, Status of Treaties...*, cit. en n. 94).

¹⁰⁷ “[O]n ne saurait certainement pas conclure de l'absence dans une convention multilatérale d'un article relatif aux réserves à l'interdiction pour les États contractants d'y apporter certaines réserves” (*Réserves à la Convention sur le Génocide, Avis consultatif: C. I. J. Recueil 1951*, p. 22).

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 24.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 23. V. *infra*, aptdo. 2. A) y n. 155.

la jurisprudencia de la propia Corte internacional de justicia¹¹⁰. Pero esa evolución no ha tenido incidencia en el criterio aplicado a la apreciación del alcance de su jurisdicción, que sigue aferrado a la estricta medida del consentimiento de los Estados.

Así, el tratamiento otorgado por la Corte a las reservas a las cláusulas compromisorias relativas a su jurisdicción, en especial a la contenida en el Convenio contra el genocidio, viene siendo sumamente estricto. En el asunto de las *actividades armadas en territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Ruanda)*, la RDC, que había invocado, entre otras, la cláusula compromisoria contenida en el artículo IX de dicho Convenio como base de jurisdicción, esgrimía la invalidez de la reserva formulada por Ruanda al citado artículo porque tenía por objeto “impedir a la Corte [...] llevar a cabo su noble deber de proteger las normas imperativas”¹¹¹. La Corte argumentó, de un lado, que no podía considerarse la reserva de Ruanda, que se refiere a un medio particular de arreglo de las posibles controversias relacionadas con el Convenio, incompatible con el objeto y fin del mismo¹¹²; de otro lado, se detuvo en la defensa del carácter estrictamente consensual de su jurisdicción:

“La Cour estime [...] nécessaire de rappeler que le seul fait que des droits et obligations *erga omnes* ou des règles impératives du droit international général (*ius cogens*) seraient en cause dans un différend ne saurait constituer en soi une exception au principe selon lequel sa compétence repose toujours sur le consentement des parties [...]”¹¹³.

Así pues, la naturaleza imperativa de las normas sustantivas que constituyen el objeto del Convenio no tiene el efecto de modular la regla fundamental del consentimiento estatal en la determinación de la jurisdicción de la Corte.

¹¹⁰ Es paradigmático su *obiter dictum* en el caso de la *Barcelona Traction*, al distinguir la existencia de obligaciones *erga omnes*, entre las que, por cierto, se menciona las que derivan de la prohibición del genocidio (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3 ss., párr. 33 y 34).

¹¹¹ *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006*, p. 6 ss., párr. 56.

¹¹² *Ibidem*, párr. 67. De hecho, la Corte había admitido ya el efecto excluyente de su jurisdicción de las reservas al Convenio contra el genocidio en los asuntos sobre la licitud del uso de la fuerza planteados por Yugoslavia contra algunos Estados miembros de la OTAN, en particular en los casos de España y Estados Unidos (V., por ambos, *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Espagne)*, cit. en n. 104, párr. 32 y 33. Sobre la reserva de España v. *supra*, n. 106). Sin embargo, la Corte se declaró competente, a pesar de la reserva formulada *ex novo* por la RFY al artículo IX, en el asunto sobre la *Aplicación del Convenio para la prevención y sanción del crimen de genocidio (Croacia contra Serbia)*, al aplicar el criterio de la sucesión en relación con la ratificación primigenia (sin reserva) efectuada por la antigua Yugoslavia (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 412 ss., párr. 117).

¹¹³ *Activités armées ...*, cit. en n. 111, párr. 125. Aun así, la Corte no pudo por menos que recordar que “[q]u’ils aient accepté ou non la juridiction de la Cour, les Etats sont en effet tenus de se conformer aux obligations qui sont les leurs en vertu de la Charte des Nations Unies et des autres règles du droit international, y compris du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l’homme, et demeurent responsables des actes contraires au droit international qui pourraient leur être attribués” (*ibidem*, párr. 127).

Ahora bien, en el caso de Myanmar, la reserva no tiene por objeto la cláusula compromisoria, sino otra cláusula destinada a permitir, con carácter general, el recurso a los órganos competentes de las Naciones Unidas para la adopción de las medidas que consideren apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio. Esa es una situación hasta cierto punto extraña en este marco convencional; de un lado porque, de todos los Estados contratantes, sólo Myanmar formuló y mantiene una reserva respecto del artículo VIII¹¹⁴ y, de otro lado, porque, a pesar de ello, optó por reconocer la jurisdicción de la Corte. De hecho, como veremos en el apartado siguiente, admite plenamente su ejercicio en relación con determinadas controversias.

La cuestión es si, en atención a la naturaleza consensual de la jurisdicción de la Corte, esa reserva, tal como la interpreta ahora Myanmar, es susceptible de erosionar de algún modo -como defiende la demandada- la certeza sobre su consentimiento “inequívoco e indiscutible” a dicha jurisdicción por lo que atañe a este asunto¹¹⁵. Pero, primero, conviene examinar el sentido y alcance de la reserva.

B) ¿UNA RESERVA CONTRA LA *ACTIO POPULARIS*?

Ante todo, hay que tener presente que el argumento esgrimido por Myanmar no va dirigido a descartar todo posible efecto de la cláusula compromisoria, sino sólo a sustraer de la misma *cierto tipo de controversias*: las sometidas por los Estados no lesionados¹¹⁶. A estos efectos, el espectro de la *actio popularis*¹¹⁷ ha sido debidamente convocado, aunque para una representación más bien ambigua.

La expresión *actio popularis* alude, según recordó la propia CIJ en los *asuntos del Sudoeste africano*, al “derecho que ostenta todo miembro de una comunidad de emprender acciones legales en defensa de un interés público”. Pero en aquel momento (1966), la Corte consideró que esa institución procesal no era extrapolable al Derecho internacional, ni siquiera por la vía de los principios generales de Derecho a los que se refiere el artículo 38 de su Estatuto¹¹⁸. De hecho, es conocida la negativa de la jurisprudencia y la doctrina clásicas a reconocer la posibilidad de esta vía de acceso a la justicia en el ámbito internacional¹¹⁹.

¹¹⁴ *UNTC, loc. cit.* en n. 94.

¹¹⁵ Es interesante mencionar que la cuestión del alcance del consentimiento de Myanmar a la jurisdicción de la Corte había sido ya invocada al hilo de la identidad de la otra parte en la controversia (la OIC, según una de las alegaciones birmanas). Al señalar la exclusión de los asuntos en que la “demandante sustantiva” es una organización intergubernamental, añadió que “of the OIC’s Member States, 13 are not even parties to the Genocide Convention, while seven -including most importantly Bangladesh- have made reservations to its Article IX that prevent them from bringing proceedings against Myanmar under Article IX of that Convention. For this reason alone jurisdiction is lacking” (*CR 2019/19*, p. 46, párr. 25 y 26).

¹¹⁶ Entendiendo por ello los “Estados no directamente afectados” por la supuesta violación del Convenio, aparentemente los no incluidos en art. 42 del ACDIRE (*v. supra*, n. 9).

¹¹⁷ En expresión de D’Argent (*CR 2019/20*, p. 28, párr. 26).

¹¹⁸ *South West Africa, Second Phase, cit.* en n. 16, párr. 88.

¹¹⁹ V. un sucinto repaso en GATTINI, A., “Actio Popularis”, *MPEiPro*, last updated February 2019, espm. párr. 13-22. Puede verse también, más *in extenso*, VOEFFRAY, F., *L’actio popularis ou la défense de l’intérêt collectif devant les juridictions internationales*. Graduate Institute Publications, IHEI, Genève, 2004, <https://books.openedition.org/iheid/1185>.

Para valerse de ese argumento en relación con su reserva, la demandada parte, como hemos indicado, de la separación conceptual -“algo académica”, reconoce su abogado¹²⁰- entre la sumisión de un asunto a la Corte (que se encontraría incorporada en el artículo VIII) y *el ejercicio* de la jurisdicción contenciosa (determinada y definida por el artículo IX del Convenio). Así, “the Genocide Convention [...] distinguishes between a broad power to seize the Court on the one hand, regulated by Article VIII, and a more limited compromissory clause in Article IX on the other”¹²¹.

Según la intervención de Myanmar, esa distinción sería, precisamente, la que daría explicación al hecho de haber formulado la reserva al artículo VIII y no, en cambio, al artículo IX del Convenio. Así,

“[t]he effect of the reservation to Article VIII is to preclude the seisin of the Court by “any Contracting Party”; that is to say, parties to the Genocide Convention that are not injured States. It thus has the effect to preclude any form of *actio popularis* by any not specially affected contracting party to the Genocide Convention. On the other hand, it does not preclude the Court from exercising jurisdiction provided that it was seised by an injured State -and providing that the Court has jurisdiction”¹²².

En apariencia, Myanmar estaría dando por sentado que el artículo VIII del Convenio contempla y permite “una especie de *actio popularis*” a la que el artículo IX, por sí solo, no daría cobertura¹²³. Cabe señalar, no obstante, que la demandada parece debatirse entre la renuencia a aceptar el reconocimiento de la *actio popularis* en el Convenio¹²⁴ y la necesidad de afirmar su inclusión en el artículo VIII a los efectos argumentativos (utilizándola profusamente en explicación de su reserva y de la incidencia de ésta sobre el *ius standi* de Gambia)¹²⁵.

¹²⁰ CR 2019/21, p. 16, párr. 24 (Staker).

¹²¹ *Ibidem*, p. 17, párr. 26. Señala el abogado el contraste, por ejemplo, con el artículo 33 del Convenio europeo de derechos humanos, en el que no se daría esa distinción. (Como recordatorio: “*Asuntos interestatales*. Toda Alta Parte Contratante podrá someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Alta Parte Contratante”).

¹²² CR 2019/21, p. 17, párr. 27 (Staker).

¹²³ “It is thus Article VIII -not Article IX- that might imply that any State party, even if not specially affected, might seize the Court, and thus allow for some kind of *actio popularis*” (*Ibidem*, p. 16, párr. 21; *ib.*, CR 2019/19, p. 57, párr. 70).

¹²⁴ En la primera comparecencia, el abogado enunció esa posibilidad en términos hipotéticos, pero negando su realidad (“Even if the conclusion were to be reached that a genuine *actio popularis* is possible under the Genocide Convention, *sed quod non*, this would be the result of Article VIII rather than the result of Article IX”. CR 2019/19, p. 57, párr. 70). En la segunda, mantuvo el registro hipotético: “[I]f there is any possibility of an *actio popularis* under the Genocide Convention: *if* - then that is the effect of Article VIII rather than of Article IX”. CR 2019/21, p. 16, párr. 21.

¹²⁵ En cualquier caso, la cuestión parece residir no tanto en la “inclusión” o no de la *actio popularis* en el artículo VIII cuanto en la exigencia de una “válida sumisión a la Corte como precondition para que éste pueda ejercer su jurisdicción”; y, por tanto, “[t]he effect of Myanmar’s reservation to Article VIII is that this provision has to be read as providing that not *any* contracting party may seize the Court with a dispute it might have with Myanmar” (CR 2019/21, p. 16, párr. 24).

Desde el punto de vista consensual, sólo el artículo VIII permitiría a *cualquier* Estado parte recurrir a la Corte en caso de genocidio¹²⁶, y ello *en relación con todos los Estados que han consentido en esa cláusula*¹²⁷, pero no en relación con Myanmar, que no ha consentido. Por su parte, el artículo IX (sobre el que sí ha consentido) no cubriría semejante posibilidad, quedando, así, su alcance restringido a las demandas interpuestas por *determinados Estados*, en concreto, los especialmente afectados por la violación alegada¹²⁸.

La argumentación sobre este punto acaba con un alegato a favor de la reserva, cuyo propósito no habría sido otro que “impedir los intentos de eludir las limitaciones a la jurisdicción de la Corte derivadas del artículo IX”, y de la buena fe birmana, al “poner límite a los intentos de ejercer una *actio popularis*”¹²⁹.

Si fue éste o no el propósito exacto de la formulación de la reserva en 1956, es difícil de establecer. Pero, en todo caso, la construcción argumentativa de Myanmar resulta muy artificiosa en relación con la literalidad del artículo VIII, que, sin excluir explícitamente a la Corte, parece contemplar situaciones en las que se busca la adopción de medidas de carácter operativo¹³⁰ por los órganos competentes en virtud de la Carta¹³¹.

En hipótesis, las *medidas* provisionales indicadas por la Corte podrían, en una interpretación extensiva -y todo lo más-, considerarse amparadas por esa disposición¹³², pero entonces el alcance de la reserva birmana a los efectos argumentales se habría visto muy limitado. La demandada ha preferido utilizarla para oponerse al *ius standi* de Gambia, en esta fase y -es de prever- en las objeciones preliminares.

Del por qué Myanmar optó por formular una reserva al artículo VIII del Convenio, y no a la cláusula compromisoria (artículo IX) como la mayoría de los Estados reservantes nada se sabe. De lo que no cabe duda, en cualquier caso, es de que, objetivamente, la reserva tiene un claro designio de exclusión de la *multilateralización* de eventuales acusaciones de genocidio en contra de Myanmar. Y hay que interpretar que ésta es la

¹²⁶ Cf. *CR 2019/19*, p. 57, párr. 70; *CR 2019/21*, p. 16, párr. 21.

¹²⁷ O sea, todos los Estados parte... menos Myanmar! (V. *supra*, n. 114).

¹²⁸ De este modo, al ser Bangladesh -según la demandada- el Estado especialmente afectado, no se vería impedido por la reserva al artículo VIII, pues no se trataría de “cualquier Estado” en el sentido de esa disposición. La Corte habría sido, pues, competente en relación con una demanda interpuesta por Bangladesh, ... a no ser por su reserva al artículo IX (*CR 2019/21*, p. 17, párr. 28). V. *infra*, aptdo. 2. B).

¹²⁹ “And it is exactly the purpose of the reservation to Article VIII to preclude attempts to circumvent the limitations on the Court’s jurisdiction under Article IX. And I submit that it is not contrary to the principle of good faith to limit attempts to bring an *actio popularis* through the making of a reservation to Article VIII, given that this Court has upheld, time and again, that Article IX reservations which exclude the Court’s jurisdiction *in toto* are permissible under the Genocide Convention” (*CR 2019/21*, pp. 17 y 18, párr. 29).

¹³⁰ “Action” en la versión inglesa del artículo. V. *infra*, n. 140.

¹³¹ En cualquier caso, Myanmar reivindica su interpretación del artículo VIII y el efecto de su reserva, alegando que una interpretación distinta a la propugnada no sólo volvería redundante y obsoleta la disposición, sino la propia reserva, aceptada por Gambia (*CR 2019/21*, p. 17, párr. 25).

¹³² Como Bosnia sugirió en relación con su solicitud de medidas provisionales en 1993 (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 3, en pp. 22 y 23, párr. 47). V. aptdo. siguiente.

condición con la que manifestó su consentimiento en relación con el Convenio¹³³. En aras del carácter consensual de la jurisdicción de la Corte, ¿podría tener ese designio alguna incidencia sobre esta particular controversia?

C) UNA RESERVA DE DUDOSA EFICACIA

Obviamente, la virtualidad de la reserva depende en buena medida del significado y alcance que haya de atribuirse al artículo VIII. Pero lo cierto es que prácticamente no hay precedentes jurisprudenciales sobre la interpretación de ese artículo¹³⁴. Puede citarse al respecto el auto relativo a las medidas provisionales solicitadas por Bosnia en 1993 en su demanda contra Yugoslavia. En ese caso, la invocación de esa disposición no tenía otro objeto que reforzar la jurisdicción *prima facie* de la Corte y, aparentemente, permitirle adoptar un rango más amplio de “medidas”. Pero la Corte descartó que el artículo VIII tuviera la virtud de atribuirle funciones o competencias adicionales a las contempladas en su Estatuto. Por esta razón, consideró que debía limitarse al examen de las medidas provisionales que podía adoptar en virtud del artículo 41 del mismo¹³⁵.

En el asunto *Gambia c. Myanmar*, la Corte parece descartar que el artículo VIII la incluya entre los “órganos competentes” a los que se refiere¹³⁶; y, en cualquier caso, le niega todo efecto en el ámbito contencioso, afirmando taxativamente que no atañe a las diferencias que puedan someterle los Estados parte para su enjuiciamiento:

“It does not refer to the submission of disputes between Contracting Parties to the Genocide Convention to the Court for adjudication. This is a matter specifically addressed in Article IX of the Convention, to which Myanmar has not entered any reservation. Article VIII and Article IX of the Convention can therefore be said to have distinct areas of application. It is only Article IX of the Convention which is relevant to the seisin of the Court in the present case”¹³⁷.

¹³³ En palabras de la Corte, “Myanmar [...] submits that the valid seisin of the Court by The Gambia, on the basis of Article VIII, is a necessary precondition to the exercise of the Court’s jurisdiction under Article IX of the Genocide Convention” (*Application of the Convention...*, cit. en n. 2, párr. 32).

¹³⁴ Ni tampoco, por cierto, sobre asuntos en los que el Estado demandante en virtud de la cláusula compromisoria no esté actuando en tanto que Estado lesionado, siendo éste el primer caso. Como indica la propia demandada, en los otros asuntos sobre la aplicación del Convenio contra el genocidio, las demandantes lo eran en su condición de Estados especialmente afectados (*CR 2019/21*, p. 16, párr. 22; y *CR 2019/19*, p. 55, párr. 59).

¹³⁵ “[...] the Court considers Article VIII, even assuming it to be applicable to the Court as one of the “competent organs of the United Nations”, appears not to confer on it any functions or competence additional to those provided for in its Statute; [...] accordingly the Court at this stage of the proceedings is not required to do more than consider what provisional measures may be called for under Article 41 of the Statute” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures...*, cit. *supra* n. 132, párr. 47). Curiosamente, el abogado de Myanmar sacó a colación este párrafo para respaldar la posibilidad de la inclusión de la Corte entre los “órganos competentes” del artículo VIII (*CR 2019/19*, p. 57, párr. 70, n. 165).

¹³⁶ En ese sentido, v. también el comentario de GAJA, G., “The Role of the United Nations in Preventing and Suppressing Genocide”, in P. Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention...*, cit. en n. 17, p. 401.

¹³⁷ *Application of the Convention...*, cit. en n. 2, párr. 35. A este respecto, la distinción entre las nociones de “situación” y de “diferencia” remarcada por R. KOLB (“The Scope *Ratione Materiae* of the compulsory Jurisdiction of the ICJ”, in P. Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention...*, cit. en n. 17, p. 448 ss.), parece esencial en la separación de los ámbitos respectivos de los artículos (“The term ‘dispute’ certainly excludes

Así -como no podía ser de otro modo-, la Corte también considera que el ámbito de ambas disposiciones es diferente. Pero, aunque no aborda el alcance del artículo VIII, la separación que establece es mucho más nítida -y convincente- que la trazada por Myanmar. Y, de hecho -aunque la limitación explícita al “presente caso” pudiera indicar otra cosa-, tiene por efecto desvincular, con carácter general, el artículo VIII de la sumisión de controversias a la CIJ.

Como resultado, “la reserva de Myanmar al artículo VIII del Convenio contra el genocidio no parece privar a Gambia de la posibilidad de someter a la Corte una diferencia con Myanmar en virtud del artículo IX de Convenio”¹³⁸.

De este modo, el auto descarta la objeción birmana basada en la reserva, obviando también la cuestión de la *actio popularis* en el marco del Convenio contra el genocidio (tampoco era, seguramente, el momento procesal oportuno para entrar en razonamientos al respecto)¹³⁹.

No obstante, de este fallido recurso argumental se desprende una reflexión acerca de la eficacia de la reserva birmana al Convenio contra el genocidio. Myanmar formuló en su día y mantiene vigente una reserva sobre la que -según su posición- sería la única vía de implicación de los Estados parte no lesionados cuando se producen casos de genocidio. Claramente, el objeto de esa reserva es, como se ha dicho, impedir que una de esas situaciones pueda llegar a adquirir una *dimensión multilateral o colectiva* en lo que a Myanmar concierne. Esa reserva no ha sido eficaz en relación con la jurisdicción de la Corte (al menos, *prima facie*). Pero, a todas luces, tampoco ha tenido eficacia alguna, con carácter previo a la sumisión de la controversia, en relación con los otros “órganos competentes de las Naciones Unidas”, en tanto en cuanto, como se ha visto, algunos de ellos (Asamblea general, Secretario general, Consejo de derechos humanos) se han implicado profusamente.

Es verdad que quizá no se da en este caso con suficiente claridad la premisa del artículo VIII: la iniciativa de uno de los Estados parte y el objetivo de “tomar medidas” (“action”)¹⁴⁰. Pero, en cualquier caso, si Myanmar ha considerado vulnerado su

from de purview of the Court so-called ‘situations’). La propia Corte (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 43, párr. 159) había distinguido entre ambos artículos en función del carácter político (artículo VIII) o jurídico (artículo IX) de los mecanismos que contemplan.

¹³⁸ *Application of the Convention...*, *cit.* en n. 2, párr. 36.

¹³⁹ Eso no obsta para que, como veremos a continuación, entre a considerar la legitimación procesal de Gambia en tanto que Estado no lesionado.

¹⁴⁰ De hecho, los comentarios doctrinales atribuyen al artículo un objetivo básicamente coercitivo (“*enforcement*”), principalmente referido al Consejo de seguridad. V. por ej., de los tiempos inmediatos a la adopción del Convenio, “Genocide: a Commentary on the Convention”, *The Yale Law Journal*, vol. 58, 1949, pp. 1147-1149; también, MURPHY, M. P., “A Statement of Moral Purpose: The 1948 Genocide Convention”, *Fordham ILJ*, vol. 2 (1978), n.º 1, p. 57, para quien el artículo VIII no hace más que confirmar el derecho que ya tienen los Estados en virtud de la Carta; y SCHWELB, E., “The *Actio Popularis* and International Law”, *The Israel YB on Human Rights*, vol. 2 (1972), p. 50, quien no obstante añade que “it nevertheless emphasizes the fact that each Contracting Party has the specific right to set United Nations procedures in motion in the general interest”. W. SCHABAS (abogado de Myanmar en este caso) llegó a

consentimiento en relación con el Convenio por parte de los diferentes órganos de las Naciones Unidas, en ningún momento ha dejado constancia de ello esgrimiendo la reserva¹⁴¹.

Por lo demás, ésta es una reserva cuya eficacia se ve diluída, más allá del elemento consensual convencional, por la vigencia de la prohibición del genocidio en el ámbito del Derecho internacional general imperativo y la involucración de la comunidad internacional organizada en su prevención y represión. Porque ¿cómo impedir que la Asamblea general o el Consejo de derechos humanos se impliquen en las situaciones de genocidio (sea o no a petición de uno de los Estados partes en el Convenio)? ¿Y cómo impedir -lo que se ajustaría más al presupuesto del artículo VIII, aunque no se ha dado en este caso- que el Consejo de seguridad adoptase, conforme a la Carta, “medidas apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio”?¹⁴². Parece incontrovertible que el artículo VIII -y con él, la reserva birmana- adquiere una dimensión diferente a la luz de las “normas pertinentes de Derecho internacional aplicables a las relaciones entre las partes” (art. 31 – 3. c) del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados) y de las “obligaciones contraídas en virtud de la Carta” (artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas). Quizá estemos ante un efecto no previsto por la Corte en su dictamen de 1951.

Así pues, finalmente parece que el abogado de Myanmar tenía razón acerca de los peligros que se cernían sobre la reserva birmana: ha quedado “redundante y obsoleta”¹⁴³.

2. Una cuestión de interés

La *ultima ratio* de Myanmar en su oposición a la indicación de medidas provisionales por la Corte es la falta de legitimación procesal de Gambia (*ius standi*)¹⁴⁴. Como cabía

calificar el artículo de “innecesario” (“Genocide”, *MPEPIL*, párr. 13). Más recientemente, se ha relacionado el contenido del artículo con la “responsabilidad de proteger” (v. LEVY, A., “Rohingya in Myanmar: The United Nations’ Failure to Enforce Violations [sic] of Crimes Against Humanity and Genocide”, *The George Washington Int’l L. Rev.*, vol. 51, 2019, pp. 337-339), aunque este enfoque también es valorado con escepticismo (v. KOLB, A. S., *The UN Security Council Members’ Responsibility to Protect: A Legal Analysis*, Springer, Heidelberg, 2018, pp. 227 y 232).

¹⁴¹ Este hecho le impediría también invocarla, hipotéticamente, con la finalidad de impedir a la Corte, cuya competencia viene determinada y circunscrita por el propio ámbito del Convenio, la toma en consideración de los elementos de carácter multilateral en la determinación de la existencia de la controversia, como así ha hecho (vid *supra*, aptdo. I 2. C)).

¹⁴² V. en este sentido ISLAM, R., “Gambia’s Genocide Case Against Myanmar: A Legal Review”, *The Diplomat*, 19 noviembre 2019, <https://thediplomat.com/2019/11/gambias-genocide-case-against-myanmar-a-legal-review/>. Ello, abstracción hecha de los pobres resultados obtenidos realmente en relación con la prevención de los alegados actos de genocidio en Myanmar (v. al respecto LEVY, A., *loc. cit.* en n. 40, pp. 321-343).

¹⁴³ V. *supra*, n. 131.

¹⁴⁴ Como dice G. GAJA (“Standing: International Court of Justice (ICJ)”, *MPEiPro*, last updated June 2018, párr. 7), en ausencia de una alusión expresa en la normativa atinente a la Corte, la expresión ha sido utilizada en su jurisprudencia para designar diversos aspectos de la facultad (“*entitlement*”) de un sujeto de comparecer como parte ante su jurisdicción contenciosa, abarcando desde el tipo de sujetos o entidades autorizados hasta la capacidad para interponer una demanda relativa a una materia específica (normalmente

esperar, la demandada parte de la distinción entre el derecho a invocar la responsabilidad y la legitimación procesal, negando la correspondencia exacta entre ambos: el primero tendría un alcance mucho más amplio según el Derecho internacional consuetudinario, mientras que la legitimación procesal ante la Corte “está claramente regulada por su Estatuto y su jurisprudencia consolidada”¹⁴⁵. Si bien no puede por menos que admitir la demandada un posible interés de Gambia en relación con el cumplimiento de ciertas obligaciones del Convenio que tendrían el carácter *erga omnes partes*, “de eso no se sigue, sin más, que Gambia ostente también legitimación” para someter el asunto a la Corte sin estar especialmente afectada¹⁴⁶.

Claramente, el argumento evoca el planteamiento contenido en el proyecto de artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito: la distinción entre los Estados concernidos por un hecho internacionalmente ilícito (artículo 48) y los Estados considerados lesionados por estar especialmente afectados por la violación (artículo 42). A fin de acentuar la distinción, Myanmar saca incluso a colación el diferente tratamiento otorgado a unos y a otros en relación con la adopción de contramedidas¹⁴⁷. Pero la proyección de esa distinción sobre la legitimación procesal -en la que el proyecto de artículos no entra- fue rechazada por la demandante, que, por su parte, propuso una noción amplia de la “invocación de la responsabilidad” capaz de acoger la efectuada en sede judicial siempre que exista un vínculo jurisdiccional entre las partes¹⁴⁸.

Esta diferencia de criterio se proyecta, en última instancia, en la discusión sobre el reconocimiento exclusivo de la legitimación procesal a los Estados lesionados o, al menos, sobre el carácter excluyente de su legitimación en relación con la de los otros Estados con derecho a invocar la responsabilidad.

vinculada con el interés ostentado). En este estudio se utiliza, obviamente, en esta última acepción, alternando la expresión con la de “legitimación”.

¹⁴⁵ CR 2019/21, p. 14, párr. 12.

¹⁴⁶ CR 2019/19, p. 53, párr. 55.

¹⁴⁷ “If a State not specially affected can seek enforcement of *erga omnes partes* obligations by bringing a claim in this Court, there would be no reason why it could not seek enforcement of those obligations by other means permitted under international law, such as by taking countermeasures” (*Ibidem*, p. 54, párr. 57). Sin embargo, aunque es cierto, como dice la demandada, que la CDI no encontró base suficiente para admitir abiertamente esa posibilidad, la equiparación de la adopción de contramedidas con el recurso a medios pacíficos de arreglo (como es el judicial) resulta de todo punto inadecuada a los efectos de establecer el alcance del derecho de los Estados no lesionados a invocar la responsabilidad.

¹⁴⁸ “S’agissant de la distinction entre l’invocation de la responsabilité dans les relations internationales ou devant la Cour, elle paraît particulièrement obscure et injustifiée. Invoquer la responsabilité devant un juge ou dans des rapports diplomatiques a toujours pour but de dénoncer un manquement au droit” (CR 2019/19, p. 28, párr. 28). El abogado de Gambia se remite en este punto a una resolución del IDI en la que se afirma: “In the event of there being a jurisdictional link between a State alleged to have committed a breach of an obligation *erga omnes* and a State to which the obligation is owed, the latter State has standing to bring a claim to the International Court of Justice or other international judicial institution in relation to a dispute concerning compliance with that obligation” (IDI, *Obligations erga omnes in international law*, rapporteur G. GAJA, Krakow Session, 2005, artículo 3. Accesible en https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_01_en.pdf).

A) INTERÉS COMÚN, LEGITIMACIÓN PLURAL

Como se recordará, el derecho de los Estados “no lesionados, pero concernidos” por un hecho ilícito a invocar judicialmente la responsabilidad del Estado autor se planteó en el asunto relativo a la *obligación de perseguir o extraditar (Bélgica contra Senegal)* en el marco del Convenio contra la tortura¹⁴⁹. Senegal había intentado, efectivamente, refutar la admisibilidad de la demanda arguyendo que ninguna de las supuestas víctimas de las torturas atribuidas a H. Habré (cuya extradición reclamaba Bélgica) tenía nacionalidad belga en el momento de la comisión de los actos¹⁵⁰. Se trataba, pues, de una objeción al interés jurídico-procesal de Bélgica en el asunto.

La Corte dedicó varios párrafos de su sentencia a analizar “si el solo hecho de ser parte en el convenio es suficiente para que un Estado esté legitimado para someterle una demanda” relativa al incumplimiento de alguna de las obligaciones del mismo¹⁵¹. En su argumentación, la existencia de un *interés común* de todos los Estados parte en la prevención y sanción de los actos de tortura -con la consiguiente consideración de “obligaciones *erga omnes partes*” de las contenidas en sus disposiciones- tuvo un papel central:

“En raison des valeurs qu’ils partagent, les Etats parties à cet instrument ont un intérêt commun à assurer la prévention des actes de torture et, si de tels actes sont commis, à veiller à ce que leurs auteurs ne bénéficient pas de l’impunité. Les obligations qui incombent à un Etat partie [...] s’appliquent [...] quelle que soit la nationalité de l’intéressé ou celle des victimes, et quel que soit le lieu où les infractions alléguées ont été commises. Tous les autres Etats parties à la convention ont un intérêt commun à ce que l’Etat sur le territoire duquel se trouve l’auteur présumé respecte ces obligations. Cet intérêt commun implique que les obligations en question s’imposent à tout Etat partie à la convention à l’égard de tous les autres Etats parties. L’ensemble des Etats parties ont « un intérêt juridique » à ce que les droits en cause soient protégés [...]. Les obligations correspondantes peuvent donc être qualifiées d’« obligations *erga omnes partes* », en ce sens que, quelle que soit l’affaire, chaque Etat partie a un intérêt à ce qu’elles soient respectées”¹⁵².

La sentencia traslada, así, el razonamiento realizado por la Corte en el asunto de la *Barcelona Traction* más de tres décadas antes¹⁵³ al ámbito convencional multilateral (obligaciones *erga omnes partes*). Y, en cuanto al “interés común” de los Estados parte en el Convenio contra la tortura, lo equipara, precisamente, al que subyace en el Convenio contra el genocidio, en el sentido expresado en su dictamen de 1951:

“Dans une telle convention, les États contractants n’ont pas d’intérêts propres; ils ont seulement tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d’être de la convention”¹⁵⁴.

¹⁴⁹ *Questions concernant l’obligation de poursuivre ou d’extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422 ss.*

¹⁵⁰ *Ibidem*, párr. 64.

¹⁵¹ *Ibid.*, párr. 67.

¹⁵² *Ibid.*, párr. 68.

¹⁵³ *V. supra*, n. 110.

¹⁵⁴ *Réserves à la Convention sur le Génocide, Avis consultatif : C. I. J. Recueil 1951, p. 23.* Y añadía: “Il en résulte que l’on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d’avantages ou de désavantages

Así pues, en 2012 la Corte se encontró ya dispuesta a admitir que, si todos y cada uno de los Estados parte participan del interés común en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio, cualquiera de ellos puede comparecer en justicia haciendo valer ese interés:

“L’intérêt commun des Etats parties à ce que soient respectées les obligations pertinentes énoncées dans la convention contre la torture implique que chacun d’entre eux puisse demander qu’un autre Etat partie, qui aurait manqué auxdites obligations, mette fin à ces manquements. Si un intérêt particulier était requis à cet effet, aucun Etat ne serait, dans bien des cas, en mesure de présenter une telle demande. Il s’ensuit que tout Etat partie à la convention contre la torture peut invoquer la responsabilité d’un autre Etat partie dans le but de faire constater le manquement allégué de celui-ci à des obligations *erga omnes partes* [...]”¹⁵⁵.

Con este pronunciamiento, la Corte zanja la discusión sobre la proyección procedimental del derecho a invocar la responsabilidad reconocido a los Estados no lesionados pero interesados: el *ius standi* o legitimación activa.

Se ha alegado, sin embargo, que en este caso Bélgica actuaba, en realidad, en su condición de Estado especialmente afectado, en tanto que peticionario de la extradición cuya denegación constituía en parte el objeto de su demanda contra Senegal. En su opinión disidente, el juez Xue mantuvo el criterio del carácter bilateral de esa obligación, que excluiría su dimensión *erga omnes*. De este modo, “Belgium’s Application rests on the terms of the Convention rather than the existence of a common interest”¹⁵⁶.

Pero lo bien cierto es que la Corte, habiendo constatado la existencia de un interés común a todos los Estados parte (sin distinciones) en el cumplimiento de las obligaciones del Convenio contra la tortura, consideró la condición de parte de Bélgica como base suficiente de legitimación, y no estimó necesario llevar a cabo indagaciones adicionales acerca de su condición de Estado lesionado¹⁵⁷. La conclusión que se deriva es que, en el

individuels des États, non plus que d’un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges”. En 1996, la Corte extrajo del dictamen la conclusión de que “les droits et obligations consacrés par la convention sont des droits et obligations *erga omnes*” (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996*, p. 595, párr. 31).

¹⁵⁵ *Questions concernant l’obligation...*, cit. en n. 149, párr. 69. La proyección procesal del derecho a invocar la responsabilidad había sido ya insinuada por el juez B. Simma en su Opinión individual en el caso RDC c. Uganda (*Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, Separate Opinion of Judge Simma, I.C.J. Reports 2005, pp. 183 y 184, párr. 35).

¹⁵⁶ *Dissenting Opinion of Judge Xue, Questions concernant l’obligation...*, cit. en n. 149, p. 571 ss., párr. 18. V. también *Opinion dissidente de M. le juge ad hoc Sur*, *ibidem*, pp. 605 ss., párr. 26 – 46; *Separate Opinion of Judge Skotnikov*, *ibid.*, p. 481 ss., párr. 2 – 10; y *Declaration of Judge Owada*, *ibid.*, pp. 464 ss., párr. 16 – 22.

¹⁵⁷ “Dès lors, la Cour conclut qu’en la présente espèce la Belgique a, en tant qu’Etat partie à la convention contre la torture, qualité pour invoquer la responsabilité du Sénégal à raison des manquements allégués [...]. Dès lors, les demandes de la Belgique [...] sont recevables. En conséquence, il n’y a pas lieu pour la Cour de se prononcer sur la question de savoir si la Belgique a aussi un intérêt particulier à ce que le Sénégal se conforme aux dispositions pertinentes de la convention dans le cas de M. Habré” (*Questions concernant l’obligation...*, cit. en n. 149, párr. 70). Sobre las razones para esta opción “económica” adoptada por la Corte, que excluye la indagación sobre la condición de Estado lesionado de Bélgica, v., además de las

caso de las obligaciones *erga omnes partes*, la condición de Estado lesionado no es una condición separada, sino sólo *adicional* a la de Estado parte y, por consiguiente, la legitimación que aquél ostenta no tiene un carácter alternativo sino acumulativo.

Sin embargo, en el asunto que nos ocupa, el abogado de Myanmar niega que la sentencia en el asunto *Bélgica contra Senegal* pueda constituir un precedente en relación con la legitimación de Gambia. A su juicio, Bélgica era, en todo caso, un Estado especialmente afectado, por lo que no se trataba de un supuesto de genuina *actio popularis*, “brought by a State that was individually completely unaffected by the subject-matter of the claim”. Por tanto, “no decided case is precedent for standing for a pure *actio popularis* of this kind”. Y es que “[a]llowing a pure *actio popularis* would open potential floodgates, to use a hackneyed but apt expression”¹⁵⁸.

No obstante, enlazando con su *dictum* en el dictamen de 1951 y con su pronunciamiento en el caso *Bélgica c. Senegal*, la Corte ha establecido una conexión directa entre el carácter *erga omnes partes* de las obligaciones contenidas en el Convenio contra el genocidio (y el consiguiente derecho de todas las partes a invocar la responsabilidad) y la legitimación de cualquiera de ellas para interponer una demanda (en este caso -y *prima facie*- Gambia)¹⁵⁹. La ausencia de mayor fundamentación -incluida toda referencia al artículo 48 del proyecto de artículos de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados- se explica, cabe entender, además de por las exigencias de concisión en este incidente procesal, por la remisión a la sentencia de 2012 y su argumentación.

Pero, de nuevo, no todos los jueces compartieron esta posición. En honor a la congruencia, el vicepresidente Xue destacó en su opinión individual la diferencia entre este asunto y el de *Bélgica c. Senegal* en lo que a la legitimación activa se refiere. A su juicio, la distinción entre el interés jurídico de las partes y el *ius standi* se aplica también al Convenio contra el genocidio¹⁶⁰, con la consecuencia que “[l]ofty as it is, the *raison d’être* of the Genocide Convention, as illustrated by the Court in its Advisory Opinion [...], does not, in and by itself, afford each State party a jurisdictional basis and the legal standing before the Court”¹⁶¹. Tal como reconoció el mencionado dictamen, el Convenio admite reservas, por ejemplo a la cláusula compromisoria. Ese hecho no excluye a los Estados reservantes del mencionado interés común en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio, pero “[t]o what extent a State party may act on

opiniones mencionadas en la nota anterior, ANDENAS, M., y WEATHERALL, T., “International Court of Justice: Questions relating to the Obligation to Extradite or Prosecute (Belgium v Senegal) Judgment of 20 July 2012”, *ICLQ*, vol. 62 (2013), pp. 765-766.

¹⁵⁸ *CR 2019/19*, p. 56, párr. 64 y 65. Por oposición, parece que podría derivarse de ese planteamiento una especie de *tertium genus*, la *actio popularis* “impura” o no genuina, referida a aquella situación procesal que, aun basada formalmente en la mera condición de parte, vendría sin embargo suplementada por la existencia de una verdadera afectación directa.

¹⁵⁹ *Application of the Convention...*, cit. en n. 2, párr. 41 y 42. V. *infra*, aptdo. C).

¹⁶⁰ *Separate Opinion of Vice-President Xue*, párr. 5.

¹⁶¹ *Ibidem*, párr. 6.

behalf of the States parties for the common interest by instituting proceedings in the Court bears on international relations, as well as on the structure of international law”¹⁶².

Pero la cuestión quizá resida en que, al interponer su demanda, el Estado no actúa procesalmente *en nombre de* los Estados parte, sino en el suyo propio, es decir, esgrimiendo un interés que es común pero que sustenta un haz de legitimaciones individuales en favor de aquellos Estados que, *existiendo una base jurisdiccional* habilitante, decidan defender judicialmente dicho interés común, del que obviamente no están excluidos los Estados reservantes¹⁶³.

B) UNA LEGITIMACIÓN NO SUBORDINADA

Una derivación subsidiaria de esta dialéctica sobre el *ius standi* de Gambia tiene por objeto el supuesto carácter excluyente de la legitimación del “Estado lesionado”. Según esta tesis, la mera existencia de un Estado directamente afectado por un hecho internacionalmente ilícito excluiría la legitimación de otros Estados, aún ostentando éstos un interés en tanto que Estados “no lesionados pero concernidos”.

El razonamiento de Myanmar al respecto se desarrolla en dos ámbitos: primero, el que atañe al derecho a invocar la responsabilidad y, segundo, el relativo a la propia legitimación procesal.

Respecto del primer aspecto, la demandada esgrimió la codificación de la responsabilidad por hecho ilícito, en especial, precisamente, la distinción efectuada entre ambas categorías de Estados. Interpretando restrictivamente, se arguye que el artículo 48 de los ACDIRE estaría destinado a cubrir situaciones en las que no hay un Estado individualmente afectado¹⁶⁴. De otro lado, el papel preeminente que ese instrumento reconoce al Estado lesionado en la relación de responsabilidad tendría como consecuencia que, en los casos en que sí hay un Estado especialmente afectado, sea ese Estado, con exclusión de otros, el legitimado para invocar la responsabilidad del autor de la violación alegada¹⁶⁵.

¹⁶² *Ibid.*, párr. 6. El vicepresidente Xue señala que la posición de la Corte en su Auto pone a prueba el artículo 48 del proyecto de la CDI, y advierte de consecuencias imprevisibles: “How far this unintended interpretation of the Convention can go in practice remains to be seen, as its repercussions on general international law and State practice would likely extend far beyond this particular case” (*Ibid.*, párr. 8).

¹⁶³ En efecto, la posibilidad de formular reservas a la cláusula compromisoria (así como, por ejemplo, la opcionalidad de la competencia del Comité contra la tortura) tiene un alcance puramente “institucional” o “jurisdiccional” (v., en este sentido, *Declaration of Judge Donoghue, Questions concernant l’obligation...*, cit. en n. 149, p. 584 ss., párr. 16 y 17; v. tb. SHAH, S., “Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal)”, *HRLRev*, vol. 13 (2013), pp. 358-359), y en nada afecta a la integridad del derecho a invocar la responsabilidad, por parte de los Estados reservantes o en su contra, al margen de esos mecanismos.

¹⁶⁴ “The progressive development provided for in Article 48, paragraph 2, of the ILC’s Articles on State Responsibility[...] was thus merely intended to ensure that where there is *no* State at all that is individually injured, some third entity is available to invoke the responsibility of the violating State in the interest of the beneficiaries of that obligation breached” (*CR 2019/21*, p. 14, párr. 14 -Staker-).

¹⁶⁵ “In such a situation it is neither necessary, nor indeed desirable that any other State should then be able to invoke such responsibility as well” (*Ibidem*, pp. 14 y 15, párr. 15).

Ese sería, según la pretensión de Myanmar, el caso de Gambia, que vería postergado su derecho por efecto de la condición de Estado directamente afectado -según la demandada¹⁶⁶- de Bangladesh.

Sin embargo, la economía de medios que subyace en ese planteamiento de la reclamación no parece muy justificada, y responde a una visión desajustada de la relación secundaria de responsabilidad que se genera por el incumplimiento de las obligaciones multilaterales. El Estado no lesionado, pero concernido, esgrime un derecho propio y autónomo respecto del Estado responsable por el incumplimiento de una obligación multilateral. Precisamente lo que caracteriza la relación de responsabilidad en este tipo de obligaciones es esa incumbencia plural¹⁶⁷, acorde con el alcance subjetivo de su violación. La pretensión de relegar, supeditar o condicionar el ejercicio del derecho de los Estados concernidos a invocar la responsabilidad -sin perjuicio de la limitación del objeto de su reclamación¹⁶⁸- resulta incongruente con el carácter *erga omnes partes* de la obligación violada.

Por otro lado, en este asunto se da el caso, como sabemos, de que el Estado supuestamente lesionado se ve impedido de ejercer su derecho por la vía judicial en virtud del Convenio, habida cuenta de su reserva a la cláusula compromisoria. Y ésta sería la segunda vertiente (la procesal) del restrictivo argumento de Myanmar, según la cual el derecho de los Estados no lesionados a invocar la responsabilidad ante la Corte está supeditado al derecho del Estado lesionado. Hasta tal punto es así, que la reserva de Bangladesh -que se equipara de manera nada convincente a la renuncia a invocar la responsabilidad- acarrearía la pérdida del derecho de cualquier otro Estado a hacerlo¹⁶⁹.

De este modo, la imposibilidad del Estado directamente afectado no sólo no daría paso a la legitimación procesal de otros Estados parte, sino que -en contra de lo apuntado previamente- sería un motivo más para su exclusión, pues

“[i]f a State such as The Gambia that is *not* specially affected by an alleged breach of a treaty could bring a case, in circumstances where a State that *is* specially affected cannot, this would represent a major inroad into fundamental principles concerning the consensual nature of this Court’s jurisdiction”¹⁷⁰.

Myanmar apela así a la propia esencia de la jurisdicción de la Corte. Si Bangladesh ha rechazado su competencia en relación con posibles violaciones del Convenio a su

¹⁶⁶ *CR 2019/19*, p. 53, párr. 56 (Staker). De hecho, el abogado parece dispuesto a admitir la condición de “Estado directamente afectado” de cualquiera de los vecinos de Myanmar, pero señala que, a excepción de Laos, ninguno de los otros está en situación procesal de interponer la demanda, por efecto bien de la falta de condición de parte en el Convenio, bien de las reservas formuladas al artículo IX.

¹⁶⁷ Acogida por el artículo 33-1. del texto codificador de la CDI.

¹⁶⁸ Artículo 48-2. de los Artículos de la CDI.

¹⁶⁹ Myanmar alude a la pérdida del derecho a invocar la responsabilidad contemplada en el artículo 45 ACDIRE (por renuncia a la reclamación o aquiescencia del Estado lesionado), a la que equipara la situación derivada de la reserva (“when the specially affected State has, by entering a reservation to Article IX of the Genocide Convention, waived its right to vindicate the responsibility of the alleged wrongdoer before the Court”). (*CR 2019/21*, p. 15, párr. 17).

¹⁷⁰ *CR 2019/19*, p. 53, párr. 56, párr. 56.

respecto ¿cómo iba a ejercerla la Corte a petición de Gambia? El carácter regresivo de este planteamiento es evidente, pues, en un silogismo que recuerda mucho al del “tercero indispensable”¹⁷¹ (aplicado aquí a la parte actora), no contempla que Gambia pueda estar actuando en ejercicio de su propio derecho -no del de Bangladesh- en tanto que beneficiario directo de una obligación *erga omnes partes*. Este carácter multilateral de la obligación vulnerada, así como el de sus consecuencias, se vería desnaturalizado si el impedimento procesal del Estado lesionado acarreará también el de los demás Estados, desconociendo la jurisdicción de la Corte a su respecto.

En cualquier caso -y precisamente por ello-, la naturaleza consensual de la jurisdicción de la Corte permanece incólume, pues la demanda de Gambia en nada menoscaba la efectividad de la reserva de Bangladesh (cabe preguntarse, por lo demás, si no sería realmente en el caso inverso en el que se produciría la vulneración del consentimiento estatal).

C) ¿UN PASO MÁS HACIA LA EQUIPARACIÓN PROCESAL?

En su Auto sobre las medidas provisionales, la Corte tenía el camino allanado para abordar la cuestión del *ius standi* de Gambia. De un lado, en su dictamen de 1951 ya había establecido el interés común de los Estados parte en el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Convenio contra el genocidio, lo que le ha permitido ahora formular la consecuencia sustantiva de ese interés común en términos de relación primaria entre las partes: “That common interest implies that the obligations in question are owed by any State party to all the other States parties to the Convention”¹⁷² (se trata, pues, de obligaciones *erga omnes partes*).

De otro lado, ha podido remitirse a su sentencia sobre el caso de la *obligación de perseguir o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, en la que, asimilando las disposiciones relevantes del Convenio contra la tortura a las del Convenio contra el genocidio, había establecido que, en tanto que obligaciones *erga omnes partes*, “each State party has an interest in compliance with them in any given case”¹⁷³.

La inmediata conclusión en el ámbito procesal es expresada ahora por la Corte de manera inequívoca:

“It follows that any State party to the Genocide Convention, and not only a specially affected State, may invoke the responsibility of another State party with a view to ascertaining the alleged failure to comply with its obligations *erga omnes partes*, and to bring that failure to an end”¹⁷⁴.

En efecto, aunque se omite toda referencia al *ius standi* o a la invocación de la responsabilidad *ante la Corte*, el sentido de la frase no ofrece lugar a dudas, al aludir al

¹⁷¹ *East Timor (Portugal v. Australia)*..., *cit.* en n. 104.

¹⁷² *Application*..., *cit.* en n. 2, párr. 41.

¹⁷³ *Ibidem*, párr. 41 (citando el párr. 68 de su sentencia en el asunto *Bélgica c. Senegal*).

¹⁷⁴ *Ibid.*, párr. 41.

ejercicio de ese derecho con el objetivo de constatar la existencia de violación (“*to ascertaining the alleged failure*”) y ponerle fin. Y, por supuesto, ese sentido queda confirmado de manera irrefutable por la conclusión de que “Gambia tiene legitimación *prima facie* para someterle la diferencia con Myanmar sobre la base de las alegadas violaciones de las obligaciones derivadas del Convenio contra el genocidio”¹⁷⁵.

Sin perjuicio de que el resultado venía prefigurado -a pesar de la ambigua condición de Bélgica en ese caso- por la sentencia en el asunto de la *obligación de perseguir o extraditar*, la posición adoptada por la Corte en este auto supone la confirmación del criterio allí seguido, y también su ampliación: la condición de beneficiario de una obligación multilateral *erga omnes partes* otorga por sí sola el derecho a invocar la responsabilidad en caso de violación, incluso por vía judicial; pero ello, además, sin que esté supeditado su ejercicio a la acción o inacción del Estado directamente afectado o a su situación procesal¹⁷⁶.

Fuera ésa o no la intención de la CDI al redactar el artículo 48 de su proyecto¹⁷⁷, lo bien cierto es que la asunción de este postulado por parte de la Corte tiene por efecto implícito la equiparación de Estados lesionados y Estados –“sólo”- interesados en cuanto al *ius standi* se refiere, dejando, además, abierta la puerta a su extensión a los supuestos de violación de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto¹⁷⁸; en definitiva, a la *actio popularis* que Myanmar ha querido exorcizar a toda costa¹⁷⁹.

Está por ver si, en fase de objeciones preliminares, la Corte mantendrá su posición respecto de este importante elemento de innovación por lo que concierne al acceso a su jurisdicción contenciosa¹⁸⁰.

¹⁷⁵ *Ibid.*, párr. 42.

¹⁷⁶ Más allá del reconocimiento de ese derecho, algunos autores enmarcan la demanda de Gambia en el cumplimiento del deber, recayente en todos los Estados parte, de actuar con la debida diligencia para prevenir toda situación de genocidio, poniendo en ello “todos los medios a su alcance” (en referencia al Corte en el caso *Bosnia c. Serbia-Montenegro*) (v. RAJ SINGH, S., “Standing on “Shared Values”: The ICJ’s Myanmar Decision and its Implications for Atrocity Prevention”, *opiniojuris.org*, 29.01.2020, y los comentarios al *post*). Pero no parece que ese deber de prevenir pueda extenderse hasta el ámbito contencioso, convirtiendo lo que es un derecho de las partes en una obligación.

¹⁷⁷ Algunos pasajes de sus comentarios a los Artículos se han sacado a colación para sustentar la posición negativa (v. por ej. la Opinión individual del juez Skotnikov en el asunto *Bélgica c. Senegal*, *cit.* en n. 156, p. 485, párr. 21). V. las observaciones de GUTIÉRREZ ESPADA, C., “¿*Actio popularis* en derecho internacional? (El proyecto definitivo de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado de agosto de 2001)”, in Z. Drnas de Clément (coord.), *Estudios de Derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, vol. 1, 2002, pp. 549-576.

¹⁷⁸ Artículos 33 - 1. y 48 - 1. b) ACDIRE.

¹⁷⁹ Quizá no sea necesario reiterar la exigencia, en todo caso, de la jurisdicción *ratione personae* de la Corte.

¹⁸⁰ Aunque puede decirse que, en el ámbito doctrinal, se ha afianzado ya esa posición por lo que concierne al acceso a la jurisdicción contenciosa en virtud del artículo IX del Convenio. V. por ej., aparte de la resolución del IDI *cit. supra* n. 148, KOLB, R., y KRÄHENMANN, S., “The Scope *Ratione Personae* of the Compulsory Jurisdiction of the Court”, in P. Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention...*, *cit.* en n. 17, p. 429.

III. CONCLUSIÓN

La demanda de Gambia contra Myanmar ha llevado ante la Corte internacional de justicia una diferencia cuya dimensión multilateral la singulariza en relación con cualquier otro asunto precedente. Esa dimensión multilateral se proyecta en un doble ámbito. De un lado, el entorno en el que se ha gestado y fraguado, que es marcadamente multilateral sin perjuicio del liderazgo gambiano. Más allá de constituir un simple escenario, ese entorno multilateral ha jugado un papel importante en la iniciativa y en la propia configuración del objeto de la controversia, especialmente a través de los Informes presentados por la Misión de investigación de las Naciones Unidas en 2018 y 2019 y de su respaldo mayoritario, de manera que bien puede decirse que ha contribuido de forma decisiva a su sustanciación.

De otro lado, se encuentra la naturaleza multilateral de las obligaciones cuya violación se alega, en particular, su carácter *erga omnes partes*. Esa naturaleza otorga a la diferencia una dimensión colectiva, porque también es colectivo el interés que subyace respecto del cumplimiento de dichas obligaciones. Sin perjuicio de ello -o, quizá, por ello-, Gambia ha ejercido *su propio derecho* a invocar la responsabilidad de Myanmar en el marco del Convenio contra el genocidio y sobre la base de sendos reconocimientos de la jurisdicción de la Corte en virtud de la cláusula compromisoria.

A pesar de la provisionalidad del pronunciamiento sobre las cuestiones de jurisdicción y de legitimación procesal -así como del carácter escueto de su fundamentación en esta fase-, cabe decir que la posición adoptada por la Corte representa un paso significativo en la línea hacia el reconocimiento de un espacio procesal adecuado para este tipo de diferencias. Por una parte, se ha mostrado proclive a modular sus parámetros de determinación de la existencia de una controversia -base imprescindible de su jurisdicción-, adaptándolos a las especiales características del medio multilateral.

Por otra parte, y como aportación más importante, ha seguido la senda marcada por la sentencia en el caso *Bélgica c. Senegal* por lo que concierne a las obligaciones *erga omnes partes*, confirmando la proyección procesal del derecho a invocar la responsabilidad en favor de los Estados no lesionados por su violación, en la medida en que éstos actúan como partícipes de un interés colectivo y beneficiarios individuales de la obligación violada.

Las objeciones esgrimidas por la parte demandada no han tenido el fuste ni la congruencia suficientes como para permitir vaticinar una incidencia diferente sobre el parecer de la Corte en fase de objeciones preliminares. Pero es verdad que el espectro de la *actio popularis* es capaz de poner en guardia los más arraigados tabúes del estamento westfaliano. ¿Será la Corte capaz de mantener su posición? ¿Se ha tratado sólo de una táctica para permitirse la adopción de medidas provisionales a título de advertencia a Myanmar (dejando, obviamente, abierta cualquier posibilidad ulterior)?¹⁸¹

¹⁸¹ El precedente de *Georgia c. Rusia* avala la verosimilitud de esta hipótesis (v. *supra*, n. 10).

Hay que tener en cuenta que, con cada uno de estos pasos en la senda expansiva de su jurisdicción (que es consensual), la Corte asume un riesgo y, en este Auto, ha dejado muy expedita la vía al reconocimiento de la *actio popularis* al margen de toda base convencional. El peligro de la deserción (materializado en la “pérdida de clientela”) planea permanentemente sobre la Corte y sus decisiones¹⁸², y el alcance de la declaración facultativa ya ha experimentado notables mermas por parte de usuarios descontentos. La cuestión es que, en los tiempos que corren, ni siquiera el vínculo convencional a favor de su jurisdicción parece asegurar completamente la fidelización. Porque, ante la imposibilidad de formular reservas en diferido a la cláusula compromisoria, ¿qué impediría a cierto tipo de gobiernos contemplar la oportuna opción de la denuncia?

Con el reto de “disuadir a los genocidas sin disuadir a los usuarios”, parece que la Corte podría enfrentarse, si el asunto sigue su curso, a una decisión crucial.

¹⁸² V. las observaciones precautorias de SIMMA, B., “Human Rights Before the International Court of Justice: Community Interest Coming to Life?”, in C. Tams y J. Sloan, *The Development of International Law by the International Court of Justice*, OUP, Oxford, 2013, pp. 600-601.