

La Impugnación de la Competencia en Asuntos Contenciosos ante la Corte Internacional de Justicia*

Fecha de recepción: 5 de noviembre de 2007

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2008

Juan José Quintana**

Resumen: en el presente artículo se describen y analizan las modalidades procesales a las que puede recurrir un Estado parte en un litigio contencioso ante la Corte Internacional de Justicia que está interesado en bloquear el conocimiento del caso por la Corte. Se explican las diferentes instituciones procesales relativas a la impugnación de la jurisdicción, la forma como el tema se relaciona con la figura de las medidas provisionales de protección y la manera como la Corte le da trámite a dicha impugnación. El análisis de estos aspectos se hace con fundamento en las disposiciones del Estatuto y del Reglamento de la Corte, así como en la abundante jurisprudencia de la Corte en materia procesal.

Palabras clave: Corte Internacional de Justicia, asuntos contenciosos, jurisdicción, admisibilidad, procedimiento, excepciones preliminares.

Abstract: In this comment the different procedures available to a State which is unwilling to appear before the International Court of Justice are discussed. Challenges to the Court's jurisdiction or the admissibility of the application are explained, including the nexus of questions of jurisdiction with proceedings on provisional measures and the manner the Court handles such challenges. The analysis is based on the provisions of the Court's Statute and Rules, as well as its abundant jurisprudence on procedural matters.

Key words: International Court of Justice, contentious cases, jurisdiction, admissibility, procedure, preliminary objections.

* Las opiniones expresadas en el presente artículo son exclusivamente personales y no reflejan necesariamente la opinión del Gobierno de Colombia ni del Ministerio de Relaciones Exteriores.

** LL.M. en Derecho Internacional Público, Universidad de Leiden. Funcionario de la carrera diplomática, actualmente se desempeña como Consejero en la Embajada de Colombia en los Estados Unidos. Ha desempeñado funciones diplomáticas en La Haya, Sofía y Managua. Es autor de las obras Derecho Internacional Público Contemporáneo (Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000) y El procedimiento Contencioso ante la Corte Internacional de Justicia, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2001) y de numerosos artículos sobre temas de Derecho Internacional, aparecidos en revistas especializadas como la Revista Internacional de la Cruz Roja, la Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Leiden Journal of International Law, Netherlands International Law Review y American Journal of International Law.

1. Presentación

Cuando un Estado parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es objeto de una demanda ante ese tribunal tiene normalmente tres caminos a su disposición: (uno) acudir ante la Corte y presentar una defensa sobre el fondo de la materia de que trate la demanda; (dos) no comparecer ante la Corte y declararse abiertamente en rebeldía; y (tres) impugnar la competencia de la Corte o la admisibilidad de la demanda, es decir, adoptar un camino intermedio mediante el cual el Estado acude a la Corte pero no para defender el fondo del litigio, sino para demostrarle al tribunal, con argumentos de carácter jurídico, que éste no debe entrar a conocer del caso.

En el presente estudio se examinan las modalidades procesales mediante las cuales un Estado que ha sido citado ante la Corte puede recurrir a la maniobra de impugnar su competencia o jurisdicción, en el marco de los instrumentos jurídicos que regulan el procedimiento en asuntos contenciosos ante ella, así como la práctica de los Estados y la jurisprudencia del propio tribunal.

2. Ideas generales

La impugnación de la competencia de la Corte o la admisibilidad de la demanda se presenta con mucha frecuencia en los casos ante la Corte Internacional de Justicia, debido a que la jurisdicción de este tribunal es de carácter esencialmente voluntario, es decir que se fundamenta en el consentimiento de los Estados. Por tanto, y salvo casos excepcionales, cuando un Estado da el paso de presentar una demanda en contra de otro, es debido a que ambos Estados han prestado previamente su consentimiento respecto al ejercicio de jurisdicción por la Corte. De hecho, el Reglamento de la Corte ordena en su artículo 38-2 que una demanda (“application” o “requête”) que sea presentada conforme al artículo 40-1 del Estatuto indique, en la medida de lo posible, “los fundamentos de derecho en que se basa el demandante para considerar competente a la Corte”.¹ En situaciones de esta naturaleza, por regla general el Estado en contra del cual se presenta una demanda encuentra argumentos sólidos que le permiten impugnar dichos fundamentos de Derecho y sostener la tesis de que su consentimiento no es aplicable al caso concreto al que se refiere ésta o que fue manifestado dentro de determinadas condiciones o limitaciones, que no se cumplen en el caso de que se trata.

¹ Es importante destacar que, a diferencia de lo que sucede en muchos sistemas jurídicos internos, en el régimen de la Corte Internacional de Justicia la demanda es simplemente el acto de introducción de la instancia y no constituye un alegato jurídico de fondo. Tal como lo dispone el artículo 38-2 del Reglamento, la demanda es normalmente un documento muy sintético que se limita a esbozar en líneas generales las pretensiones del Estado que introduce el litigio y lo que se pide a la Corte que resuelva.

Conviene resaltar desde el comienzo que la impugnación de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia constituye un curso de acción perfectamente legítimo para cualquier Estado en contra del cual se presente una demanda ante la Corte y que esté convencido de que no ha otorgado su consentimiento con relación a esa controversia específica. Debido a que se trata de una jurisdicción enteramente consensual, no hay nada reprochable en que un Estado que se encuentre en esa situación busque evadir un litigio que él mismo no ha buscado y, más bien, cabría cuestionar la actitud del otro Estado, que se empeña por todos los medios en llevarlo ante la Corte. Es evidente que cuando un Estado ha dado su consentimiento debe estar preparado para comparecer ante la Corte al presentarse una demanda en su contra, pero cuando no lo ha hecho, no debería iniciarse ningún procedimiento judicial en su contra y es enteramente procedente que sus autoridades recurran a los mecanismos que ofrecen el Estatuto y el Reglamento de la Corte para evitar que se vea envuelta en cuestiones que, en esencia, le son ajenas.

En este contexto, cabe recordar que con alguna frecuencia los Estados demandantes que enfrentan la impugnación de la competencia por el demandado sostienen ante la Corte la tesis de que al formular determinadas excepciones de jurisdicción este último está abusando de los derechos que le otorgan el Estatuto o el Reglamento. En un caso reciente en el que se intentó este alegato, la Corte lo rechazó en términos particularmente enfáticos y aprovechó para subrayar que la formulación de excepciones de jurisdicción puede en muchos casos, por sí misma, facilitarle a la Corte el desempeño de sus funciones. Según la Corte:

La Corte ha tomado nota del retiro de la cuarta excepción preliminar de Yugoslavia y ha rechazado las otras excepciones preliminares. En conclusión, la Corte enfatiza que al hacerlo ella no considera que Yugoslavia, al presentar esas excepciones, haya incurrido en un abuso de los derechos que posee a la luz del Artículo 36, párrafo 6 del Estatuto y del Artículo 79 del Reglamento de la Corte. La Corte rechaza la solicitud en ese sentido hecha por Bosnia y Herzegovina en sus conclusiones finales. En todo caso que le sea sometido, la Corte debe verificar que tiene competencia para conocerlo y, de ser necesario, que la demanda es admisible y las excepciones que formule el demandado pueden ser útiles para clarificar la situación jurídica. Tal como las cosas están en este momento, las excepciones preliminares presentadas por Yugoslavia han servido para ese propósito.²

La situación es diferente cuando un Estado presenta una demanda en contra de otro Estado que todavía no ha aceptado la jurisdicción de la Corte y lo “invita” a hacerlo sobre una base enteramente *ad hoc* y a partir de ese momento. Esta situación se presentó con alguna frecuencia en una etapa temprana de funcionamiento de la actual Corte, con la infortunada consecuencia de que el caso ingresaba en la Lista General de la Corte y el Estado así demandado figuraba como Estado parte en un caso, aunque en realidad nunca llegara a tener dicha

² *Genocide Convention, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996*, par. No. 46, p. 622. La traducción es del autor, al igual que en los restantes extractos de jurisprudencia.

condición.³ Para remediar esta situación, en la reforma de 1978 al Reglamento se incluyó en el artículo 38 el actual párrafo 5, según el cual en estos casos la Secretaría se limita a transmitir la demanda al Estado en contra del cual se presenta ésta, pero no se inscribe el caso en la Lista General ni se efectúa ningún acto de procedimiento “hasta tanto el Estado contra quien se haga la solicitud no haya aceptado la competencia de la Corte a los efectos del asunto de que se trate.” Ha habido numerosos casos en los que diversos Estados han formulado estas “invitaciones” a otros Estados, pero en muy escasas ocasiones el Estado demandado ha consentido en acudir de buen grado a la Corte y litigar el caso.⁴

También es interesante registrar cuáles son las consecuencias jurídicas que tiene la decisión del Estado que ha sido objeto de una demanda de *abstenerse de impugnar la competencia* de la Corte en el caso de que se trate. Si se trata de un Estado que se ha sometido de antemano a la jurisdicción de la Corte, ya sea mediante un tratado que sea aplicable o mediante la formulación de una declaración bajo la llamada “Disposición Facultativa” del Estatuto de la Corte, sencillamente hay que concluir que las autoridades de dicho Estado se decidieron por la primera de las tres alternativas descritas al comienzo del presente comentario, esto es, entrar a litigar sin más el fondo del asunto y defender su caso ante la Corte. Pero si es un Estado que no ha consentido todavía a la jurisdicción respecto del Estado que presenta la demanda, se considera generalmente establecido que si decide en forma espontánea participar en el litigio sobre el fondo, realizando actos procesales como el nombramiento de un agente o la presentación de alegatos sobre el fondo, debe entenderse que no se opone a que la Corte conozca del caso; por ese hecho consiente, en forma tácita pero no menos válida, al ejercicio de jurisdicción (*forum prorogatum*).⁵

Un factor crucial para que la Corte asuma jurisdicción en virtud de esta especie de consentimiento implícito es que el Estado que es objeto de una demanda –sin que haya aceptado previamente la jurisdicción– se abstenga deliberadamente de impugnar la competencia de la Corte o la admisibilidad de la demanda, y por

3 Esta situación, denominada técnicamente “unilateral arraignment”, se presentó en ocho casos, a saber: *Treatment in Hungary of Aircraft and Crew of the United States of America* (United States v. Hungary) (United States v. USSR) (1954); *Antarctica* (United Kingdom v. Chile) (United Kingdom v. Argentina) (1955-1956); *Aerial Incident of 7 October 1952* (United States v. USSR) (1955-1956); *Aerial Incident of 10 March 1953* (United States v. Czechoslovakia) (1955-1956); *Aerial Incident of 4 September 1954* (United States v. USSR) (1958) y *Aerial Incident of 7 November 1954* (United States v. USSR) (1959). Los textos de las decisiones pertinentes pueden consultarse en la excelente página web de la Corte, en la dirección www.icj-cij.org

4 Esta situación se ha presentado solamente en dos casos, ambos involucrando a Francia como Estado demandado: *Certain Criminal Proceedings in France* (Republic of Congo v. France) y *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France). Ambos casos estaban en curso a la fecha de elaboración del presente comentario.

5 Quintana, J., *El Procedimiento Contencioso ante la Corte Internacional de Justicia*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2001, p.72 y ss. Una reciente recapitulación de la jurisprudencia de la Corte en relación con la doctrina del *forum prorogatum* figura en la Sentencia del 3 de febrero de 2006 en el caso *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of Congo v. Rwanda)*, p. 15, par. 21.

tanto se justifica inferir de ese comportamiento que ha consentido en acudir a la Corte y entrar a litigar directamente el fondo del asunto. En el caso *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*, la Corte planteó en términos muy claros esta situación al determinar que “La verdadera cuestión que surge en el presente caso es si, en el evento de que una parte no formule una excepción jurisdiccional en calidad de excepción preliminar, no podría entenderse que dicha parte ha consentido a la jurisdicción de la Corte”.⁶

A primera vista, podría pensarse que a la luz de las sucesivas enmiendas introducidas al Reglamento —especialmente las de 1978— ahora es relativamente difícil que se presente una situación de *forum prorogatum* ante la Corte. Por un lado, como las reglas exigen que en el texto de la demanda se identifique el instrumento o instrumentos en los cuales se basa la competencia de la Corte, es altamente probable que las autoridades del Estado en contra del cual se presente la demanda adviertan de entrada que no están en la obligación de acudir a la Corte y opten por manifestarlo así a la Corte en la primera oportunidad. Por otro lado, si ese Estado decide que en todo caso está dispuesto a ventilar el caso, aun cuando no está en la obligación de hacerlo, es probable que en lugar de realizar actos sucesivos de procedimiento recurra más bien a emitir un consentimiento expreso *ad hoc*, en aplicación de la norma prevista en el párrafo 5 del artículo 38 del Reglamento. Como lo sostiene Shabtai Rosenne, autoridad mundial en todos los aspectos relacionados con el funcionamiento de la Corte:

El lenguaje del anterior Artículo 35, párrafo 2 [del Reglamento], fue establecido en forma deliberada por la Corte Permanente en 1936, con la intención expresa de permitir la posibilidad de que se pudiera conferir jurisdicción a la Corte mediante actos sucesivos por el demandante y el demandado en el curso del procedimiento, lo que algunas veces se denomina el *forum prorogatum* y una demanda depositada sobre esas bases era tratada en las fases iniciales como cualquier otra demanda, incluso si no mencionaba ninguna base de jurisdicción para la Corte *prima facie*. Si bien no debe pensarse que la nueva formulación del párrafo 2 excluye del todo esta posibilidad (lo cual muchos considerarían un retroceso), hay escasas dudas de que, cuando esta norma es leída junto con el párrafo 5, tiene el efecto de volver más cuestionable esa modalidad unilateral de sometimiento de casos.⁷

3. Disposiciones reguladoras

El fundamento jurídico de la figura de la imputación de la competencia de la Corte se puede encontrar en el párrafo 6 del artículo 36 del Estatuto de la Corte, instrumento que, como se sabe, figura como anexo a la Carta de las Naciones Unidas, de la cual forma parte integrante. En los párrafos 1 a 5 del

⁶ *I.C.J. Reports 1972*, p. 52, par. 13.

⁷ Rosenne, S., *Procedure in the International Court*, Dordrecht, Nijhoff, 1983, p. 92. La traducción es del autor.

artículo 36 del Estatuto se consagran las diversas modalidades bajo las cuales los Estados partes pueden prestar su consentimiento a la jurisdicción de la Corte, ya sea mediante acuerdos especiales, mediante tratados o convenciones o mediante un acto unilateral, en aplicación del denominado “Sistema de la Disposición Facultativa”. En el párrafo 6 de la misma disposición se consagra una norma general que se aplica en los tres casos y que consiste en un principio bien arraigado del Derecho Judicial Internacional, que se conoce como la “competencia de la competencia” (“compétence de la compétence” o “jurisdiction as to jurisdiction”), en los siguientes términos:⁸ “6. En caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte decidirá.”⁹

Esto significa que una de las funciones naturales de la Corte es la de decidir si ella posee competencia en un caso que le ha sido sometido, cuestión que por regla general sólo surge si uno de los Estados partes en un caso opta por impugnar dicha competencia.¹⁰ La jurisdicción de la Corte para decidir sobre su propia competencia es una competencia especial que tiene carácter *estatutario*, puesto que le ha sido conferida por todos los Estados que han ratificado el Estatuto, con lo cual no se requiere de una aceptación adicional de parte de aquellos que son citados en juicio ante la Corte. Es también una competencia de carácter *incidental*, puesto que cuando es activada se genera un procedimiento interlocutorio que se adelanta en forma separada y paralela al procedimiento principal sobre el fondo del asunto.

Pero el principio de la “competencia de la competencia” tiene también un sustrato más profundo y en último análisis su justificación reposa en el hecho de que, como la jurisdicción de la Corte es de carácter absolutamente voluntario, ningún Estado está obligado a comparecer ante ella a menos que, y hasta tanto, dicha jurisdicción no haya sido establecida. La Corte lo admitió así en el caso *ICAO Council*, cuando concluyó que en casos en los que se discute su jurisdicción está involucrado un “principio jurídico esencial”, a saber que “una parte no debería tener que responder en relación con aspectos de fondo ante un tribunal que carece de jurisdicción en la materia o cuya jurisdicción no ha sido todavía establecida”.¹¹

En el Reglamento de la Corte, la impugnación de la competencia asume la forma de la figura procesal de las Excepciones Preliminares, las cuales son reguladas con cierto grado de detalle en el artículo 79, el cual figura en el título III (“Procedimiento Contencioso”), sección D (“Procedimientos Incidentales”).

8 El principio de la “competencia de la competencia” figura también en el artículo 53 del Estatuto, el cual regula la figura de la no comparecencia ante la Corte.

9 Este principio ha sido reafirmado por la Corte en varias ocasiones, entre ellas en los casos *Nottebohm*, *I.C.J. Reports 1953*, p. 119 y *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, *I.C.J. Reports 1991*, p. 53, par. 46.

10 Sin embargo, se acepta generalmente que la Corte puede *motu proprio* examinar si posee competencia en un asunto que le ha sido sometido. En el Estatuto esto está previsto únicamente para los casos de no comparecencia (artículo 53), pero la Corte ha dado a entender que se considera autorizada a hacerlo en otro tipo de casos (ver Quintana, op. cit., p. 163).

11 *I.C.J. Reports 1972*, p. 56, par. 18.

El Reglamento actualmente vigente fue adoptado por la Corte en 1978, pero en diciembre de 2000 se introdujeron al mismo unas modificaciones parciales, incluyendo importantes reformas al citado artículo 79, de las cuales se hablará más adelante.¹²

Finalmente, la impugnación de la competencia es también objeto de mención en dos de las “Instrucciones Prácticas” (“Practice Directions” o “instructions de procédure”) que la Corte adoptó en octubre de 2001, y que fueron modificadas en julio de 2004 (instrucciones V y VI).

4. Mecanismos para impugnar la competencia

El Estado que busca evitar que la Corte entre a conocer de un caso que ha sido sometido mediante demanda unilateral presentada por otro Estado debe recurrir a impugnar la competencia de la Corte o la admisibilidad de la demanda. Por regla general la impugnación de la competencia de la Corte sólo se presenta en litigios que hayan sido incoados mediante demanda unilateral, en aplicación del artículo 38 del Reglamento, pues en casos sometidos a la Corte mediante acuerdo especial o “compromiso”, es bastante improbable que uno de los Estados partes en dicho acuerdo opte por impugnar más adelante la competencia de la Corte,¹³ aunque sí puede perfectamente presentarse un debate preliminar sobre el alcance exacto de la jurisdicción de la Corte y sobre la interpretación de las cláusulas pertinentes del compromiso.¹⁴ Lo mismo sucede, como es natural, en los casos que se ventilan ante los tribunales arbitrales *ad hoc*.

Para impugnar la competencia de la Corte o la admisibilidad del caso existen cuatro mecanismos procesales alternativos que presentan importantes diferencias en el fondo y en la forma. En primer lugar, está el procedimiento tradicional, consagrado en el párrafo 1 del artículo 79 del Reglamento, que consiste en formular excepciones preliminares¹⁵ una vez se ha dado inicio al procedimiento escrito sobre el fondo. En segundo lugar, está el procedimiento más novedoso de propiciar un debate previo sobre las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad, antes de que se haya iniciado el procedimiento escrito sobre el fondo. Esta segunda alternativa fue desarrollada mediante la práctica de los Estados y de la propia Corte, hasta que en diciembre de 2000 fue codificada e incorporada al

12 Para facilitar la lectura, se incluye como apéndice el texto actual y completo del artículo 79 del Reglamento de la Corte.

13 Sin embargo, esto es lo que sucedió en el asunto *Borchgrave*, ante la Corte Permanente de Justicia Internacional (P.C.I.J., *Series A/B*, No.72, p. 157 y ss.).

14 El ejemplo más reciente de un litigio sometido mediante compromiso en el que una de las partes cuestionó la competencia de la Corte respecto a determinado aspecto es el caso *Frontier Dispute (Benin/Níger)*, *Judgment of 12 July 2005*, I.C.J. Reports 2005, pp. 141-142, pars.119-124 y ss. Para una buena –aunque desactualizada– discusión teórica sobre este aspecto ver Abi-Saab, G., *Les exceptions préliminaires dans le procédure de la Cour internationale*, París, Pedone, 1967, p. 19 y ss.

15 Si bien en idioma español se puede hablar indistintamente de “excepciones” u “objeciones”, la primera de estas expresiones parece ser la más adecuada. La expresión equivalente en inglés es “preliminary objections” y en francés “exceptions préliminaires”.

Reglamento en los nuevos párrafos 2 y 3 del artículo 79. En tercer lugar, también es posible que los Estados partes acuerden desde el comienzo que las excepciones de jurisdicción o admisibilidad sean resueltas junto con el fondo, lo cual está previsto en forma explícita en el párrafo 10 del artículo 79, que hasta la reforma de 2000 estaba numerado como párrafo 8. Finalmente, la Corte ha admitido en su jurisprudencia que un Estado puede todavía presentar excepciones de jurisdicción o de admisibilidad en su contramemoria, es decir como parte de su defensa sobre el fondo del asunto.

4.1. El Procedimiento tradicional: formulación de excepciones preliminares

El párrafo 1 del artículo 79 consagra un plazo relativamente breve para que el Estado que dese impugnar la competencia de la Corte o la admisibilidad de la demanda presente sus excepciones preliminares: el escrito de excepciones debe presentarse “tan pronto como sea posible, y no más tarde de tres meses después del depósito de la memoria”. Esta norma fue introducida en la reforma de 2000, puesto que en el Reglamento original se consagraba un plazo considerablemente más generoso: las excepciones podían presentarse “dentro del plazo fijado para el depósito de la contramemoria”. Debe recordarse que según el artículo 45-1 del mismo Reglamento, en los casos incoados por demanda la “contramemoria” constituye en principio el único alegato escrito que el Estado demandado está llamado a presentar sobre el fondo del asunto, en respuesta al alegato inicial del demandante, que se denomina “memoria”. Sin embargo, en el párrafo 2 del mismo artículo se contempla la posibilidad de que la Corte autorice la presentación de piezas escritas adicionales “...si las partes están de acuerdo a este respecto o si la Corte decide, de oficio o a instancia de parte, que estos alegatos escritos son necesarios.” La práctica enseña que muy rara vez los Estados se conforman con la presentación de un solo alegato escrito sobre el fondo, puesto que en estos casos suelen estar de por medio delicados intereses nacionales.

El objetivo de la reforma era el de acelerar la evacuación de las excepciones preliminares, en un esfuerzo por contrarrestar una preocupante tendencia a prolongar el manejo de los casos en los que se presenta este incidente. En los casos ante la Corte Permanente de Justicia Internacional y en los primeros casos sometidos a la actual Corte, los procedimientos incidentales sobre excepciones preliminares no tardaban más de unas pocas semanas o meses y nunca más de un año, mientras que en los casos conocidos por la Corte a partir de la década de 1990, este plazo ha pasado a ser de tres, cuatro o más años. Lamentablemente, el objetivo mencionado no ha sido logrado del todo, aunque esto se puede relacionar con hechos como el notable aumento del número de casos que la Corte tiene ante í en un momento dado o la complejidad de algunos de ellos.¹⁶

16 Así, por ejemplo, en varios casos cubiertos por el nuevo Reglamento en los cuales se han presentado excepciones preliminares y se ha dado cumplimiento al plazo de los tres meses, han transcurrido varios años sin que la Corte haya celebrado las audiencias orales correspondientes.

En principio, la impugnación de la jurisdicción de la Corte o la admisibilidad de la demanda le corresponde hacerla al Estado demandado. Sin embargo, se han dado casos en los que el propio Estado demandante ha formulado este tipo de alegatos, luego de presentada la demanda, y el Reglamento de la Corte consagra expresamente en su artículo 79-1 la posibilidad de que las excepciones preliminares sean formuladas "...por una parte que no sea el demandado".¹⁷ En estos casos, las excepciones deben presentarse dentro del plazo fijado para el depósito del primer alegato escrito de esa parte, es decir, la memoria sobre el fondo.

Por tanto, en la mayoría de los casos el Estado demandado aguardará hasta que el demandante presente su memoria y pueda, gracias a un análisis detenido de este documento, conocer a cabalidad el alcance exacto de las pretensiones y argumentos en los que se basan aquellas, para así elaborar su alegato de excepciones. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte deja en claro que dicho Estado puede perfectamente adelantarse y presentar sus excepciones únicamente sobre la base de lo expuesto en la Demanda. La situación se presentó con mucha claridad en el caso *Aerial Incident of 3 July 1988 (Irán v. Estados Unidos)*, en el cual el demandado informó a la Corte que tenía la intención de formular excepciones preliminares y que estaba dispuesto a hacerlo incluso antes de la presentación de la memoria por Irán.¹⁸ Ante la oposición de este Estado, la Corte recabó las opiniones de ambas partes y decidió la cuestión mediante Providencia del 13 de diciembre de 1989, en la cual concluyó que si bien está muy claro el derecho del demandado de conocer, antes de la presentación de las excepciones, el contenido y alcances de la posición de la otra parte tal como quedan formuladas en la memoria, dicho Estado puede simplemente renunciar a este derecho y formular las excepciones basándose únicamente en el texto de la Demanda.¹⁹

Otra situación que se puede presentar es que en la propia demanda el Estado que la presenta se reserve el derecho de modificarla o ampliarla y más adelante, por ejemplo al presentar la memoria sobre el fondo, decida ejercer este derecho e introducir un nuevo título de jurisdicción.²⁰ En el evento de que el demandado decida presentar excepciones preliminares con base en ese título de jurisdicción adicional, dichas excepciones solo podrían presentarse *después* del depósito de la memoria.²¹

17 Esta situación se presentó en el caso *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (I.C.J. Reports 1954, pp. 29 y 30)*.

18 La Corte ya se había tenido que enfrentar con esta situación, aunque en forma más tangencial, en el caso *Interhandel (I.C.J. Reports 1957, p. 122)*.

19 *I.C.J. Reports 1989*, p.132. La cuestión fue analizada con detalle en las opiniones separadas de los jueces Schwebel y Shahabuddeen (*ibid*, p.132, y pp. 136 y 145, respectivamente). Ver también J.J. Quintana. "Concerning Keith Highet's Comment 'The Peace Palace Beats Up: The World Court in Business Again'" (Letter to the Editor-in-Chief), *American Journal of International Law*, 1992, Vol.86, No.3, p.546.

20 Esto sucedió en el caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, aunque fue un caso en el que no se formularon excepciones preliminares, sino que se recurrió al procedimiento alternativo que se describe más adelante. En su Memoria Nicaragua invocó como título de jurisdicción subsidiario un tratado al que no había hecho referencia en la demanda, pero se trataba de la Memoria *sobre las cuestiones previas de jurisdicción y admisibilidad* y no de la Memoria sobre el fondo. En estas circunstancias, la Corte no tuvo mayores problemas en aceptar la invocación tardía de dicho instrumento y entró a considerar si tenía jurisdicción a la luz del mismo (*I.C.J. Reports 1984*, pp.426-429, pars.77-83).

21 Una variante de este escenario es que, sobre la base únicamente de la Demanda, el Estado de-

En sentido puramente procesal, la formulación de excepciones preliminares tiene dos importantes secuelas. Por un lado, al momento de presentar las Excepciones, *el procedimiento sobre el fondo se suspende* y se abre un procedimiento incidental consagrado a las cuestiones previas de jurisdicción y/o admisibilidad que hayan sido planteadas en dichas Excepciones (Reglamento, artículo 79-5). El procedimiento principal sólo continúa si la Corte rechaza las excepciones, una vez se haya agotado este procedimiento secundario que, al igual que el procedimiento principal, tiene una fase escrita y una fase oral, y culmina asimismo con una sentencia de la Corte (Reglamento, artículo 79-9).

En segundo lugar, como el procedimiento incidental sobre las excepciones es iniciado por el demandado, *se invierten los roles procesales* y este Estado es el que debe presentar sus alegatos en primer lugar, tanto el alegato escrito (las propias Excepciones Preliminares), como al intervenir en la audiencia pública que debe convocar la Corte. Al Estado demandante le corresponde entonces en esta fase un papel esencialmente reactivo, el cual desempeña mediante el depósito de una “Exposición Escrita” en respuesta al escrito de excepciones, seguidas de su intervención en la audiencia para controvertir los alegatos que presente el demandado. Si las excepciones son rechazadas, en forma total o parcial, los dos Estados regresan a sus roles naturales de demandante y demandado y en esa condición siguen participando en los procedimientos escritos y orales que todavía sean necesarios.

4.2. El procedimiento alternativo: discusión separada de las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad

Hay un segundo mecanismo mediante el cual el Estado demandado puede intentar persuadir a la Corte de que se abstenga de conocer del fondo del asunto y consiste en manifestarle al tribunal en una fecha muy temprana – por ejemplo durante la primera reunión de los agentes de las partes con el Presidente de la Corte, cuyo objetivo es recoger las opiniones de los dos gobiernos sobre los plazos a fijarse para la presentación de las piezas iniciales del procedimiento escrito– que en su opinión la Corte carece de jurisdicción o la demanda es inadmisibile. Si el demandante no lo objeta, la Corte adopta entonces una providencia mediante la cual decide “que todas las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad sean decididas por separado”, lo cual implica que la primera ronda de alegatos escritos se dedique a tales cuestiones preliminares (Reglamento, nuevo artículo 79-2).²² La Corte fija entonces los plazos y el orden para la presentación de dichos alegatos, los cuales, salvo circunstancias excepcionales, ya no son un “Escrito de Excepciones Preliminares” y una “Exposición Escrita”, sino una

mandado se muestre dispuesto a entrar a litigar el fondo del caso y sólo al examinar la Memoria del demandante sienta que está en capacidad de tomar la decisión de que le conviene más impugnar la jurisdicción o la admisibilidad.

²² Nótese que en esta disposición se utiliza la expresión “la Corte puede decidir”, lo cual enfatiza que ella tiene una amplia discrecionalidad en esta materia, con independencia de si se registra o no acuerdo entre las partes respecto al procedimiento a seguirse.

memoria y una contramemoria (Reglamento, nuevo artículo 79-3). Se dice en estos casos que la fase procesal previa sobre cuestiones de jurisdicción y admisibilidad fue abierta por la propia Corte y no por una de las partes, puesto que no tuvo lugar la invocación formal del párrafo 1 del artículo 79 del Reglamento por parte del Estado demandado, sino más bien la aplicación alternativa de los (nuevos) párrafos 2 y 3 del mismo, por decisión de la propia Corte, luego de consultado el parecer de las partes.

Este procedimiento venía siendo empleado en casos en los que se daba la situación de no comparecencia del Estado demandado, en los cuales el artículo 53 del Estatuto le impone a la Corte el deber de “asegurarse (...) de que tiene competencia conforme a las disposiciones de los artículos 36 y 37”. Sin embargo, a partir de mediados de la década de 1980 comenzó a emplearse en casos ordinarios en los cuales el Estado demandado se mostraba inclinado a impugnar la jurisdicción o la admisibilidad y ambas partes estaban de acuerdo en que las primeras fases del procedimiento se debían dedicar a las cuestiones previas relacionadas con dicha impugnación. En el caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* —en el cual hubo un debate inicial sobre jurisdicción y admisibilidad durante la fase de medidas provisionales— la Corte registró expresamente que se trataba de una práctica que debía ser regulada por analogía, en lo esencial, por las disposiciones del artículo 79 de dicho instrumento.²³ Por tanto, la reforma introducida en diciembre de 2000, consistente en la adición de dos nuevos párrafos a ese artículo, que ahora son los párrafos 2 y 3, se limitó a protocolizar por escrito un procedimiento que ya estaba firmemente cimentado en la práctica de los Estados y de la propia Corte.

Desde luego, siempre es posible que la parte demandante objete este procedimiento e insista en que luego de la reunión inicial con los agentes de las partes la Corte debe limitarse a fijar los plazos para las primeras piezas escritas sobre el fondo, alegando que el demandado puede en cualquier momento ulterior invocar formalmente el artículo 79-1 e interponer excepciones preliminares, utilizando el procedimiento reglamentario clásico. Si esto sucede, lo más probable es que la Corte se vea forzada a proceder conforme a tal disposición y entre a fijar dichos plazos, con lo cual no habría lugar al recurso a este procedimiento alternativo, el cual sólo tiene pleno sentido cuando las partes están de acuerdo en que la primera ronda de alegatos se dedique exclusivamente a las cuestiones previas de jurisdicción y admisibilidad.²⁴

Según un comentarista, a la luz del párrafo 2 del artículo 79, la Corte tiene la facultad de determinar las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad antes

23 *I.C.J. Reports 1984*, p. 425, par. 76.

24 Una situación de este tipo se presentó en varios de los casos *Legality of the Use of Force*, incoados en forma simultánea por Yugoslavia en contra de varios países miembros de la OTAN. Ver la Providencia del 30 de junio de 1999, en los casos contra Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Holanda, Portugal y el Reino Unido (*I.C.J. Reports 1999*, pp. 988, 991, 994, 997, 1000, 1003, 1006, 1009, respectivamente).

de que el caso entre a la fase de fondo *incluso si una de las partes se opone a ello*,²⁵ lo cual es dudoso, a la luz de la práctica seguida en los casos citados. En el único caso hasta ahora en el que han aplicado los párrafos 2 y 3 del artículo 79 el demandado propuso emplear ese procedimiento y el demandante simplemente "...declaró que le dejaba la decisión sobre este aspecto a la Corte".²⁶

Si se emplea este procedimiento, que podemos llamar "alternativo", no se registra la suspensión del procedimiento sobre el fondo, porque en realidad no hay lugar a que éste comience oficialmente. En términos estrictamente procesales, la más importante consecuencia de emplear este mecanismo consiste en que el alegato de impugnación de la competencia de la Corte o la admisibilidad del caso deberá elaborarse únicamente sobre la base de lo expuesto en la demanda, documento que, como se dijo, suele ser muy sucinto.

Se ha dicho que este procedimiento presenta ventajas evidentes para la Corte, puesto que le permite examinar las cuestiones preliminares *antes* de que tenga lugar el intercambio de alegatos escritos sobre el fondo, lo cual a su vez ayuda a acelerar los procedimientos y ahorrar recursos. Un comentarista sostiene también que este mecanismo es ventajoso para las propias partes en el caso, pues,

Si el demandado gana el caso sobre excepciones preliminares y la Corte rechaza la demanda, el demandante habrá hecho un ahorro considerable de costos, dado que ya no se verá en la necesidad de depositar una memoria definitiva sobre el fondo del asunto. Así mismo, el demandado se verá libre de las consecuencias políticas eventuales que tendría el hecho de que las pretensiones de hecho y de derecho en contra suya sean sustentadas y refinadas en una memoria. Si, por otra parte, el demandante gana, todas las cuestiones jurisdiccionales serán clarificadas desde el comienzo de los procedimientos y las partes se pueden concentrar en el fondo del asunto.²⁷

Esto es correcto en lo esencial, pero la situación debe también examinarse desde el punto de vista del Estado demandado, el cual muy probablemente ha sido citado ante la Corte en contra de su voluntad. Es posible que para ese Estado plantear excepciones preliminares siguiendo el procedimiento tradicional presente mayores atractivos, puesto que le permite conocer el alcance exacto de las pretensiones del demandante sobre el fondo, tal como éstas sean elaboradas y sustentadas en la memoria. De alguna manera, activando ese procedimiento se obliga al Estado que presentó la demanda a exponer su caso y a "mostrar sus cartas". Como beneficio adicional, en el evento de que ese Estado no tenga un caso muy sólido en materia de jurisdicción, logrará ampliar considerablemente el plazo total con que cuenta para preparar su contramemoria sobre el fondo, pues

25 Prager, D., "The 2001 Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice", en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, March 2002, vol.1, No.1, p. 168.

26 *Armed Activities in the Territory of Congo: New application: 2002 (Democratic Republic of Congo v. Rwanda)*, Order of 18 September 2002, I.C.J. Reports 2002, p. 299.

27 Prager, D., op. cit., p. 167.

puede utilizar para ello todo el tiempo que consuma el procedimiento incidental sobre las excepciones preliminares.

Si las partes –y la Corte– deciden recurrir al procedimiento alternativo, el nuevo párrafo 3 del artículo 79 del Reglamento autoriza una derogación de la regla contenida en el artículo 45-1 del Reglamento, según el cual el orden de los alegatos es el de una memoria por el demandante y una contramemoria por el demandado. La nueva disposición establece que cuando se recurre al procedimiento alternativo descrito para evacuar la fase preliminar de jurisdicción y admisibilidad, la Corte determinará el orden en que deben presentarse los alegatos escritos. La práctica desarrollada por la Corte muestra que en la mayoría de los casos este orden ha sido el tradicional de una memoria por el demandante, seguida de una contramemoria por el demandado, pero ha habido casos en los que este orden se ha invertido.²⁸ La verdad es que la primera de estas situaciones puede resultar un poco injusta para con el demandante, puesto que –a menos que se trate de un caso en el cual ha habido un debate inicial sobre cuestiones jurisdiccionales durante la fase de medidas provisionales– al momento de elaborar su memoria sobre jurisdicción y admisibilidad ese Estado no tiene forma de anticipar cuáles son los argumentos en que se basará el demandado para impugnar la competencia de la Corte o la admisibilidad de la demanda. Por esta razón, parecería más lógico que fuera el demandado quien presente *siempre* el alegato inicial, tal como sucede cuando se aplica el procedimiento tradicional de formulación de excepciones preliminares propiamente dichas.²⁹

4.3. El consentimiento de las partes a la consideración de la excepción junto con el fondo

Una tercera alternativa procesal para impugnar la competencia de la Corte o la admisibilidad de la demanda es que las partes en el caso pueden acordar entre ellas que cualquier excepción en ese sentido sea oída y resuelta por la Corte junto con el fondo del asunto. Esto figura en el párrafo 10 del artículo 79, el cual fue introducido en la reforma de 1972 al Reglamento, con el objeto de codificar una práctica que se presentó por primera vez en el caso *Norwegian Loans*, en 1957, con el resultado de que, si las partes están de acuerdo en que una excepción sea resuelta al examinar el fondo, la Corte está obligada a “darle efecto” a dicho acuerdo, como lo establece dicha disposición.

28 La presentación del alegato inicial por el demandado solo se ha presentado en dos casos, ambos antes de la reforma de 2000 al Reglamento: *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)* y *Armed Activities in the Territory of Congo (Democratic Republic of Congo v. Burundi)* y *(Democratic Republic of Congo v. Rwanda)*. Bajo el Reglamento en su forma enmendada, en el único caso en que se ha dado aplicación a los nuevos párrafos 2 y 3 del artículo 79, también se registró que la Corte decidió que la presentación de la memoria le correspondía al Estado demandado (*Armed Activities in the Territory of Congo (Democratic Republic of Congo v. Rwanda; New application: 2002)*, Order of 18 September 2002, I.C.J. Reports 2002, p. 300.

29 Sobre esto ver Prager, D., op. cit., p.168 y ss.

Conviene registrar que según los términos en que está redactado, el párrafo 10 del artículo 79 solamente sería aplicable a “una excepción planteada en virtud del párrafo 1 de este Artículo”, esto es, una genuina excepción preliminar que ha sido presentada formalmente dentro del plazo de los tres meses consagrado en esa disposición, en casos en los que el demandado ha decidido no presentar por el momento su contramemoria. A primera vista, por tanto, el párrafo 10 no sería aplicable como tal cuando el demandado anuncia su intención de plantear cuestiones de jurisdicción o admisibilidad en la propia contramemoria y la otra parte no objeta este procedimiento. Pero en varios casos esto es justamente lo que ha sucedido, aunque en las providencias de la Corte mediante las cuales se le “da efecto” a ese acuerdo entre las partes no se ha mencionado el párrafo 10 del artículo 79 como fundamento legal de la decisión.³⁰

Este párrafo emplea un lenguaje muy amplio, lo que permite que el “acuerdo entre las partes” que se menciona allí se registre en cualquier momento, a partir de la fecha en que se da comienzo al caso. Sin embargo –y sin perjuicio de la práctica seguida hasta ahora en aplicación del antiguo párrafo 8 del artículo 79– como el nuevo párrafo 1 del artículo 79 introduce un plazo perentorio de tres meses a partir de la fecha del depósito de la memoria para la formulación de las excepciones, puede pensarse que el Estado que planea formular una excepción preliminar y quiere proponerle a la contraparte que, de común acuerdo, ella sea resuelta al examinar el fondo, debería indicarlo así en las etapas tempranas del caso. En todo caso, como veremos en el punto siguiente de la presente sección, todavía podría formular ésta más adelante, como simple excepción (no preliminar) de jurisdicción o de admisibilidad, para lo cual ya no se requiere el consentimiento de la contraparte.

4.4. La presentación de excepciones junto con el fondo

Finalmente, al igual que sucede en otros tribunales, en el régimen de la Corte Internacional también se permite formular excepciones de jurisdicción o de admisibilidad como un medio de defensa durante la fase de fondo (“plea in bar” o “moyen d’irrecevabilité”). Ante la actual Corte esta práctica fue inaugurada por Guatemala en el caso *Nottebohm*, en el cual ese país formuló una excepción de jurisdicción, que fue rechazada por la Corte luego del correspondiente procedimiento incidental, y más adelante, al depositar su contramemoria sobre el

30 Asuntos *East Timor* (*Judgment*, I.C.J. Reports 1995, p. 92, par. 4 y p. 98, par. 19) y *Arrest Warrant* (*Order of 13 December 2000*, ICJ Reports 2000, p. 236). Por el contrario, en el asunto *Elettronica Sicula*, en el cual el demandado presentó una excepción de admisibilidad en la contramemoria, el entonces párrafo 8 del artículo 79 fue debidamente invocado y citado por la Corte en las decisiones correspondientes (*Order of 17 November 1987*, I.C.J. Reports 1987, p. 185 y *Judgment of 20 July 1989*, I.C.J. Reports 1989, p. 18, par. 5). Esto puede estar relacionado con el hecho de que en la versión del Reglamento vigente para entonces no figuraba el plazo de los tres meses y las excepciones podían formularse en cualquier momento “dentro del plazo fijado para el depósito de la contramemoria”. Con la reforma de 2000 esta situación cambió radicalmente.

fondo, formuló una nueva excepción, esta vez de admisibilidad. La Corte se limitó a tomar nota de esta situación sin hacer ningún comentario al respecto.³¹

La cuestión surgió en forma más visible en el caso *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*, en el cual el Estado demandado, Pakistán, no formuló excepciones preliminares pero incluyó en su primer alegato escrito unos argumentos mediante los cuales se impugnaba la competencia de la Corte para conocer del caso. La India sostuvo que el Estado demandado no tenía derecho a actuar de esa forma, argumentando que las excepciones deberían haber sido planteadas durante la etapa previa del procedimiento en calidad de excepciones preliminares, en cumplimiento de lo estipulado en el artículo 62 del Reglamento de la Corte.³² La Corte se limitó a destacar que “Ciertamente, es deseable que las excepciones a la jurisdicción de la Corte sean planteadas como excepciones preliminares para que sean decididas en forma separada y antes del procedimiento sobre el fondo” y resolvió la cuestión afirmando que, en todo caso, “La Corte siempre debe asegurarse de que posee competencia y de ser necesario debe incursionar en esta cuestión proprio motu”.³³

De mayor interés a este respecto es el caso *Avena and Other Mexican Nationals (México v. United States)*, en el cual el Estado demandado incluyó en su contramemoria varias pretensiones que denominó “excepciones” y que se referían tanto a cuestiones de jurisdicción como de admisibilidad, con las cuales buscaba que la Corte se abstuviera de entrar a conocer del fondo del asunto. México alegó ante la Corte que esas pretensiones eran inadmisibles por extemporáneas, sosteniendo que, al no haber invocado oportunamente el artículo 79-1, ni haberle propuesto a México la celebración de un acuerdo para darle aplicación al artículo 79-10, el Estado demandado había renunciado a su derecho a interponer excepciones a la jurisdicción de la Corte o a la admisibilidad de las pretensiones del demandante y estaba obligado a entrar a litigar sin más el fondo del asunto. La Corte rechazó esta línea de argumentación y concluyó lo siguiente:

24. (...) La Corte nota (...) que el Artículo 79 del Reglamento se aplica únicamente a las excepciones preliminares, tal como lo indica el título de esta subsección del Reglamento, la cual está constituida íntegramente por ese artículo. Como la Corte observó en los casos *Lockerbie*, “para que quede cubierta por el Artículo 79, una excepción debe poseer ... un carácter ‘preliminar’”, y “El párrafo 1 del Artículo 79 caracteriza como ‘preliminar’ a toda excepción ‘sobre la cual el demandado pide que la Corte se pronuncie antes de continuar el procedimiento sobre el fondo’” (*Lockerbie cases, Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1998, p. 26, par. 47; p. 131, par. 46*); y el efecto de la presentación oportuna de una excepción de esa naturaleza consiste en que el procedimiento sobre el fondo se suspende (párrafo 5 del Artículo 79). Por el simple hecho de que no sea presentada en calidad de excepción preliminar de conformidad con el párrafo 1 del artículo 79, una excepción no

31 *Nottebohm (second phase), Judgment of April 6th, 1955, I.C. J. Reports 1955, p. 12.*

32 El artículo 62 del Reglamento entonces vigente corresponde al artículo 79 del Reglamento actual.

33 *Judgment, I.C.J. Reports 1972, p. 52, par. 13.*

se torna inadmisibile. Desde luego, existen circunstancias en las cuales podría considerarse que una parte que se abstiene de formular una excepción a la jurisdicción ha consentido a la jurisdicción (*ICAO Council case, Judgment, I.C.J. Reports 1972, p. 52, par. 13*). Sin embargo, aparte de tales circunstancias, una parte que opte por no invocar el procedimiento del Artículo 79 puede renunciar al derecho de producir una suspensión del procedimiento sobre el fondo, pero todavía puede alegar la excepción junto con el fondo del asunto. Esto es precisamente lo que los Estados Unidos han hecho en este caso y, por razones que serán indicadas más adelante, muchas de sus excepciones son de tal naturaleza que en todo caso ellas debían probablemente ser examinadas junto con el fondo. La Corte concluye que ella no debe excluir de su consideración a las excepciones de los Estados Unidos a la jurisdicción y a la admisibilidad en virtud del hecho de que ellas no fueron presentadas dentro de los tres meses a partir de la fecha del depósito de la Memoria.³⁴

Conviene destacar que en el caso *Avena* los Estados Unidos decidieron desde el comienzo ignorar los diversos mecanismos previstos en el artículo 79 del Reglamento y abstenerse de propiciar formalmente un debate previo en materia de jurisdicción y admisibilidad. Las excepciones (no preliminares) incorporadas en la contramemoria fueron entonces las *únicas* excepciones que presentó el demandado en ese caso. Por la forma como está redactado el pasaje transcrito de la sentencia, cabe preguntarse si la conclusión descrita de la Corte se aplicaría *únicamente* cuando una parte opta desde un comienzo por no invocar el artículo 79 y no tendría aplicación en el evento diferente de que un Estado haya invocado dicho artículo y haya recurrido ya a la formulación de excepciones preliminares. En otros términos, parecería difícil de aceptar que en un mismo caso se presenten dos rondas consecutivas de excepciones de jurisdicción y/o de admisibilidad, una primera incluyendo excepciones preliminares según el artículo 79 del Reglamento, y una segunda incluyendo nuevas excepciones, no preliminares, según el pronunciamiento citado de la Corte en el caso *Avena*.

Sin embargo, esto es justamente lo que sucedió en el ulterior caso, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, resuelto por la Corte en febrero de 2007. En las etapas iniciales de este caso el demandado invocó el artículo 79-1 del Reglamento y formuló una serie de excepciones preliminares que fueron rechazadas por la Corte y, más adelante, cuando el procedimiento se reinició y el caso pasó a la fase de fondo, dicho Estado volvió a plantear excepciones de jurisdicción, lo cual fue duramente objetado por el demandante. La Corte citó el precedente del caso *Avena* y resolvió la cuestión a favor del demandado en los siguientes términos:

³⁴ *Judgment of 31 March 2004, I.C.J. Reports 2004, p. 29, par. 24*. De los jueces que añadieron opiniones individuales o disidentes a la sentencia, únicamente el juez Parra Aranguren y el juez *ad hoc* Sepúlveda se pronunciaron sobre este aspecto del caso, en ambos casos para criticar la forma como la Corte lo abordó (*ibíd.*, *Separate Opinion of Judge Parra Aranguren*, p. 1, pars. 2-4 y *Separate Opinion of Judge ad hoc Sepúlveda*, p. 2, pars. 3 y 4).

101. Bosnia y Hercegovina ha alegado que aceptar la excepción presentada por el demandado “equivaldría a que un demandado, después de haber alegado una o más excepciones preliminares, puede todavía plantear otras, en detrimento de una efectiva administración de justicia, de una conducción expedita de los procedimientos y, en el presente caso, de la doctrina de *res judicata*”. Sin embargo, debe observarse que si una parte en un procedimiento ante la Corte elige no plantear una cuestión de jurisdicción por medio del procedimiento sobre excepciones preliminares a la luz del Artículo 79 del Reglamento, dicha parte no está por ese hecho necesariamente impedida para plantear esa cuestión durante el procedimiento sobre el fondo del caso.³⁵

Con base en estos pronunciamientos tan terminantes, cabe concluir que el único valor agregado que representa el empleo de los procedimientos previstos en los párrafos 1 a 3 del artículo 79 consiste en bloquear temporalmente el procedimiento sobre el fondo, con lo cual, si desde el comienzo el Estado que ha sido demandado no tiene inconveniente en que tanto él como el demandante expongan ante la Corte la totalidad de sus argumentos sobre el fondo, puede sencillamente optar por soslayar lo dispuesto en esa norma y formular sus excepciones de jurisdicción o de admisibilidad al momento de presentar su contramemoria sobre el fondo, en calidad de “plea in bar”.

Sin embargo, cabe hacer varias observaciones a este respecto. En primer lugar, en el caso *Avena* se dio la circunstancia adicional de que hubo un procedimiento incidental relativo a la solicitud de medidas provisionales de protección solicitadas por México al momento de presentar su demanda. En el curso de este procedimiento, Estados Unidos anunció que estaba considerando la posibilidad de formular argumentos en materia jurisdiccional “durante la etapa apropiada”. Este hecho —que fue registrado de manera expresa por la Corte, tanto en su Providencia sobre medidas provisionales como en la Sentencia sobre el fondo—³⁶ indica que, hasta cierto punto, al formular tardíamente sus excepciones, el Estado demandado estaba ejerciendo un derecho que ya se había reservado el mismo en forma explícita. Lo mismo sucedió, en esencia, en el caso entre Bosnia-Herzegovina y Yugoslavia.

En segundo lugar, el *caveat* que la Corte incluyó haciendo referencia al pasaje del caso *ICAO Council* —ya citado en el presente comentario— implica que la doctrina del *forum prorogatum* le impone un límite claro a la posibilidad de que el demandado presente excepciones en forma tardía o extemporánea, es decir al momento de depositar su contramemoria sobre el fondo. Esto significa que esta última posibilidad simplemente *no existe* si se trata de un caso en el cual esté en duda la existencia del consentimiento de parte del Estado demandado y, luego de que le es transmitida la demanda, dicho Estado se abstiene de cuestionar la jurisdicción de la Corte para conocer del caso y realiza actos sucesivos de los

³⁵ *Judgment of 26 February 2007*, p. 39, par. 101.

³⁶ *Order of 5 February 2003, I.C.J. Reports 2003*, p. 87, par. 41; *Judgment of 31 March 2004, I.C.J. Reports 2004*, p. 28, par. 24.

cuales pueda deducirse que consiente en forma implícita al ejercicio de la misma, lo cual claramente nunca sucedió respecto a los demandados en los dos casos citados.

En tercer lugar, es posible pensar que la disposición que la Corte ha mostrado respecto a admitir excepciones de jurisdicción o admisibilidad que sean planteadas por el demandado en su primer alegato escrito sobre el fondo puede producir el efecto colateral de privar de efectos a la regla contenida en el párrafo 10 del artículo 79, ya analizada en el punto anterior. En efecto, un Estado que desee impugnar la jurisdicción de la Corte o la admisibilidad de la demanda durante la fase de fondo y se sienta autorizado a hacerlo en forma autónoma al momento de depositar su contramemoria tendrá escasas motivaciones para buscar un acuerdo con la contraparte a la luz del párrafo 10 del artículo 79.

Finalmente, conviene subrayar la gran diferencia que existe, en términos del grado de elaboración de los argumentos de las partes, entre un caso en el cual se registra la impugnación de la competencia en forma previa, según alguno de los mecanismos previstos en el artículo 79, y la formulación de excepciones junto con la contramemoria sobre el fondo. En el primer caso, las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad son objeto de una ronda completa de alegatos escritos y de un procedimiento oral exclusivamente dedicado a ellas, en el cual habrá tantas audiencias como la Corte encuentre necesario. En el segundo caso, como el demandante únicamente puede conocer el contenido de las excepciones al examinar la Contramemoria, la única oportunidad que tiene para presentar sus argumentos de respuesta en materia de jurisdicción y admisibilidad es durante el procedimiento oral, buena parte del cual debe, por supuesto, dedicarse al fondo.³⁷ Aquí, nuevamente, el criterio fundamental es el de las conveniencias inmediatas del Estado que decide impugnar la competencia o la admisibilidad: si las autoridades de dicho Estado se contentan con que las excepciones sean manejadas mediante un procedimiento sumario como el descrito, nada le impide emplear éste y renunciar a su derecho de invocar el artículo 79 en las etapas iniciales del proceso.³⁸ Si considera que lo beneficia más un procedimiento pleno en el cual las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad sean debatidas con cierto detalle, tanto en los alegatos escritos como en las audiencias, puede ampararse en dicho artículo y emplear uno de los procedimientos previstos allí, ya descritos en los puntos 4.1 y 4.2 del presente trabajo.

5. Las cuestiones de jurisdicción y las medidas provisionales

Puesto que en los asuntos contenciosos que son incoados mediante demanda unilateral se presentan con cierta frecuencia solicitudes de indicación de medidas provisionales de protección, es necesario referirnos brevemente a las implicaciones que esta otra modalidad de procedimiento incidental puede tener sobre las cuestiones jurisdiccionales ante la Corte.

³⁷ A menos, claro está, que se realice una segunda ronda de alegatos escritos, como suele suceder.

³⁸ Como es natural, en el supuesto de que se dé aplicación al párrafo 10 del artículo 79, se requiere que el procedimiento de considerar las excepciones junto con el fondo del asunto responda a las conveniencias de *ambas* partes.

Para empezar, debe distinguirse entre la jurisdicción de la Corte para conocer del fondo del asunto, la jurisdicción para determinar si ella posee o no jurisdicción (“competencia de la competencia”) y la jurisdicción para dictar medidas provisionales. La jurisdicción para conocer de un caso se fundamenta en los párrafos 1 y 2 del artículo 36 del Estatuto de la Corte, en los cuales se consagra el principio del consentimiento en sus diferentes modalidades. La “competencia de la competencia”, como ya se dijo, se basa exclusivamente en lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 36, el cual le confiere a la Corte la facultad de ser el único juez de su propia competencia. En cuanto a la jurisdicción para indicar medidas provisionales, ella figura en el artículo 41 del Estatuto, norma que le otorga a la Corte la facultad de dictar las medidas provisionales que deban tomarse “para resguardar los derechos de cada una de las partes”, con la única condición de que ella misma “consider[e] que las circunstancias así lo exigen”. Se trata, por tanto –y al igual que en el caso de la “competencia de la competencia”– de una jurisdicción *estatutaria* que no depende directamente del consentimiento de las partes en el caso, o, más precisamente, que se fundamenta en el consentimiento ya otorgado por ellas al momento de ratificar el Estatuto de la Corte.

Sin embargo, los procedimientos incidentales que se abren cuando se presenta una solicitud de medidas provisionales guardan una relación estrecha con las cuestiones de jurisdicción y esta relación se manifiesta de dos maneras fundamentales. En primer lugar, aunque la jurisdicción de la Corte para dictar medidas provisionales es totalmente independiente de la jurisdicción sobre el fondo y la indicación de medidas provisionales no prejuzga en manera alguna la cuestión de si la Corte tiene o no jurisdicción para conocer del caso, la Corte ha desarrollado y aplicado en forma constante –totalmente al margen del Estatuto y del Reglamento– un parámetro especial consistente en que en los casos en los que se invoca el artículo 41 del Estatuto ella entra a examinar si posee *prima facie* jurisdicción para conocer de la controversia, como paso previo a la indicación de las medidas provisionales. La formulación del llamado “test de jurisdicción *prima facie*” que la Corte emplea religiosamente en todos los casos en los que surge un incidente sobre medidas provisionales es:

...en relación con una solicitud de indicación de medidas provisionales y antes de decidir si las indica o no, la Corte no necesita asegurarse de manera definitiva de que posee jurisdicción sobre el fondo del caso, aunque no debe indicar tales medidas a menos que las disposiciones invocadas por el demandante parezcan, *prima facie*, suministrar un fundamento sobre el cual se pueda establecer la jurisdicción de la Corte.³⁹

Desde cuando la Corte introdujo este test en su práctica, a comienzos de la década de 1970, en todos los casos en los que ha concluido que posee jurisdicción *prima facie* ha confirmado posteriormente que posee jurisdicción definitiva para conocer del caso. Por otro lado, en un caso reciente en el que

³⁹ *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of Congo v. France)*, Order of 17 June 2003, I.C.J. Reports 2003, p. 106, par. 20.

encontró que no tenía jurisdicción *prima facie* y, sobre esa base, rechazó la solicitud de indicación de medidas provisionales, la Corte mantuvo de todas maneras abierto el caso relativo a las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad. Negando las medidas provisionales, en su providencia la Corte rechazó una petición expresa del demandado en el sentido de que removiera el caso de su Lista General, con fundamento en que no se había probado ante ella una “manifiesta ausencia de jurisdicción”.⁴⁰ En un fallo ulterior, como era previsible, la Corte concluyó que definitivamente carecía de jurisdicción para conocer del caso.

En segundo lugar, como el criterio que preside toda la discusión relativa a la figura de la indicación de medidas provisionales es el de la *urgencia*, sucede con frecuencia que el primer acercamiento que tiene la Corte con un caso se presenta durante las audiencias orales que debe organizar para escuchar las posiciones de las partes respecto a la solicitud de medidas provisionales, asunto que, según el artículo 74-1 del Reglamento, tiene una prioridad absoluta sobre todos los demás casos. Si, además, se trata de un caso en el cual una de las partes ha decidido impugnar la jurisdicción de la Corte o la admisibilidad de la demanda, muy seguramente aprovechará esa audiencia para plantear, así sea en esbozo, sus tesis al respecto. La vista oral en materia de medidas provisionales se convierte así en una especie de “ensayo general” de lo que será, bien el procedimiento incidental que se abrirá después sobre excepciones preliminares, o bien el procedimiento especial en materia de jurisdicción y admisibilidad que tendrá lugar con anterioridad al procedimiento sobre el fondo.

Esto no suele presentar ningún problema en la práctica, puesto que la Corte siempre ha sido muy cuidadosa en dejar toda clase de salvaguardas respecto a que el ejercicio de su jurisdicción para indicar medidas provisionales no prejuzga en ningún sentido sobre la cuestión diferente de si ella es o no competente para conocer del fondo, ni tampoco sobre el fondo mismo del asunto. Le corresponde entonces al Estado que está considerando la posibilidad de impugnar más adelante la competencia decidir con qué grado de detalle se refiere al tema durante la fase oral del procedimiento sobre medidas provisionales o, incluso, si por el momento guarda total silencio al respecto.

6. Caracterización de las excepciones

Según la definición clásica dada por la Corte Permanente en el caso *Panevezys-Saldutiskis Railway*, una excepción preliminar es “cualquier excepción que, de ser admitida, produce el efecto de interrumpir el procedimiento en el caso y que por tanto hace aconsejable que la Corte la considere antes de entrar al fondo del asunto”.⁴¹ Dentro de este marco, el párrafo 1 del artículo 79 del Reglamento deja en claro que en

40 *Armed Activities on the territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of Congo v. Rwanda)*, Order of 10 July 2002, I.C.J. Reports 2002, p. 249, par. 91. En su decisión subsiguiente sobre jurisdicción en este mismo caso, la Corte explicó el sentido y alcances de esta determinación (*Judgment of 3 February 2006*, pp. 16-17, par. 25).

41 *Panevezys-Saldutiskis Railway, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 76*, p. 16.

los litigios contenciosos ante la Corte pueden existir tres tipos de excepciones preliminares, a saber:

- (1) las excepciones a la jurisdicción o competencia de la Corte;
- (2) las excepciones a la admisibilidad de la demanda; y,
- (3) una categoría residual que comprende “cualquier otra excepción sobre la cual el demandado pide que la Corte se pronuncie antes de continuar el procedimiento sobre el fondo”.

Refiriéndose a esta disposición, la Corte expresó lo siguiente en el caso *Lockerbie*:

47. La Corte debe comprobar que dicha excepción efectivamente cae dentro de los supuestos del Artículo 79 del Reglamento, el cual ha sido invocado por el demandado. En el párrafo 1, este Artículo se refiere a “Cualquier excepción ... a la competencia de la Corte o a la admisibilidad de la solicitud, *o cualquier otra excepción*” (subrayado añadido); por lo tanto, su campo de aplicación *ratione materiae* no está limitado únicamente a las excepciones relativas a la competencia o la admisibilidad. Sin embargo, para que quede cubierta por el Artículo 79, una excepción debe poseer también un carácter “preliminar”. El párrafo 1 del Artículo 79 caracteriza como “preliminar” a toda excepción “sobre la cual el demandado pide que la Corte se pronuncie antes de continuar el procedimiento sobre el fondo.”⁴²

Esta formulación fue introducida en el Reglamento en 1972, con el objetivo declarado de ampliar el alcance conceptual de la figura procesal de las excepciones preliminares, evitando así mismo que los Estados que recurren a ella se vean obligados a categorizar de determinada manera las excepciones que presentan. Como resultado, los Estados que deciden impugnar la competencia de la Corte disponen ahora de un amplio rango de opciones para formular sus alegatos de excepciones preliminares.

Un aspecto interesante es que aunque no existe ningún orden jerárquico entre estas tres categorías de excepciones, la práctica constante de la Corte consiste en examinar primero las cuestiones de jurisdicción y pasar a considerar las excepciones a la admisibilidad *únicamente* si encuentra que efectivamente posee competencia.⁴³ Aunque es una cuestión que dependerá de las circunstancias particulares de cada caso —la Corte cuenta con un margen de maniobra muy amplio en cuanto al orden en el cual aborda los diferentes asuntos que le son sometidos—, cabe pensar que este orden se mantendrá y que si en un caso se

42 *Questions Concerning the Application and Interpretation of the 1971 Montreal Convention arising out of the Aerial Incident in Lockerbie, Preliminary Objections, Judgment of 27 February 1998, I.C.J. Reports 1998*, p. 26, par. 47 y p. 131, par. 46.

43 En un caso reciente la Corte se refirió a esta práctica como “su jurisprudencia establecida” (*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of Congo v. Rwanda), Judgment of 3 February 2006*, p. 14, par. 18).

plantean excepciones de los tres grupos la Corte comenzará por examinar si posee jurisdicción, luego pasará a verificar si la demanda es admisible y, solo si responde afirmativamente a estos interrogantes, pasará a considerar las excepciones del tercer tipo.

7. Tramitación de las excepciones por la Corte

Hasta la enmienda al Reglamento aprobada en 1972, la Corte tenía tres alternativas para decidir los casos en los que se impugnaba la competencia o se planteaban cuestiones de admisibilidad mediante la formulación de excepciones preliminares: aceptar las excepciones; rechazarlas íntegramente o unirlas al fondo del asunto. En las alternativas segunda y tercera, la consecuencia procesal inmediata era que el procedimiento sobre el fondo se reiniciaba en el punto en el cual había sido suspendido al formularse las excepciones preliminares. En la primera alternativa, como es obvio, el litigio concluía y era retirado de la Lista General de la Corte.

A mediados de la década de 1960 y comienzos de la de 1970 se empezó a generar entre los Estados que constituyen la “clientela” de la Corte un movimiento caracterizado por un alto grado de escepticismo sobre la eficacia e independencia del tribunal, al cual se acusaba de responder a los intereses de un pequeño grupo de Estados y pasar por alto los intereses superiores de la justicia internacional. El punto más bajo de este proceso fue quizás en el año de 1972, cuando la Corte no tuvo inscrito en su Lista General ni un solo litigio contencioso.

Como reacción parcial a esto, la Asamblea General de las Naciones Unidas se ocupó del funcionamiento de la Corte y discutió el tema durante varios períodos consecutivos de sesiones. La Corte, a su vez, se mostró muy receptiva frente a las opiniones expresadas por los diversos Estados en el curso de estas discusiones y decidió tomar varias medidas encaminadas a agilizar y abaratar los procedimientos, la primera de las cuales consistió en aprobar en 1972 unas enmiendas parciales a su Reglamento, las cuales serían conservadas y sistematizadas en la reforma integral adoptada en 1978.

Una de las principales enmiendas consistió justamente en eliminar la posibilidad que la Corte tenía de unir las excepciones preliminares al fondo del asunto y reemplazarla por la facultad de alcance más genérico de declarar “que la excepción no posee, en las circunstancias del caso, un carácter exclusivamente preliminar”. La diferencia es sutil y consiste en que ahora la Corte debe precisar la razón por la cual no se siente en capacidad de resolver sobre la excepción en la fase preliminar, que es o debe ser la de que ella no posea “en las circunstancias del caso, un carácter exclusivamente preliminar”. En la práctica, el resultado es el mismo y la excepción pasa a ser considerada junto con el fondo en la siguiente fase del procedimiento, pero se admite generalmente que lo que se logró con esta modificación en la terminología del artículo 79 fue restringir al máximo la

facultad de la Corte para unir las excepciones al fondo y obligarla a examinar toda excepción desde el punto de vista de su naturaleza intrínseca, es decir evaluando en cada caso si su carácter es en verdad exclusivamente preliminar o no.⁴⁴

Conviene recordar que la enmienda de 1972 frente a este aspecto del procedimiento obedeció a que muchos Estados se mostraron descontentos con la forma como la Corte venía empleando la opción de unir las excepciones preliminares al fondo, con el resultado de que los procesos se alargaban en forma exagerada. En dos de los grandes –y polémicos– casos ventilados ante la Corte en la época mencionada (*Barcelona Traction: 1962-1970* y *Southwest Africa: 1960-1966*), la Corte recurrió al mecanismo de unir una excepción al fondo, para eventualmente llegar a la conclusión de que debía abstenerse de conocer del caso, luego de varios años de extenuante litigio.

En su sentencia en el caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (fondo), la Corte recapituló de la siguiente manera esta evolución de su práctica respecto al manejo de excepciones preliminares:

39. Según el Reglamento de la Corte que data de 1936 (el cual en esta materia reflejaba una práctica todavía más temprana), la Corte tenía la facultad de unir una excepción al fondo “cuando quiera que los intereses de una buena administración de justicia así lo exigiera” (*Panewzys-Saldutiskis Railway, PCIJ, Series A/B, No.75, p. 56*), y, en particular, cuando la Corte, si fuera a decidir sobre la excepción, “correría el riesgo de decidir sobre cuestiones que corresponden al fondo del caso o de prejuzgar sobre la solución de las mismas” (*ibíd.*). Si se ejercía esta facultad, siempre existía un peligro, a saber, que eventualmente la Corte estaría decidiendo el caso sobre las excepciones preliminares después de haberle exigido a las partes exponer la totalidad de sus argumentos sobre el fondo, –y esto de hecho ocurrió (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, I.C.J. Reports 1970, p. 3*). El resultado fue considerado en ciertos sectores como una prolongación innecesaria de un procedimiento costoso que además consumía demasiado tiempo.

40. Teniendo en cuenta el amplio catálogo de cuestiones que pueden presentarse en calidad de excepciones preliminares, el problema que la Corte enfrentaba era si debía revisar el Reglamento con el fin de excluir del todo la posibilidad futura de la unión al fondo, de manera que toda excepción tendría que ser resuelta durante la fase preliminar, o si debía buscar una solución que resultara más flexible.⁴⁵

44 Jiménez de Aréchaga, E., “The Amendment to the Rules of Procedure of the International Court of Justice”, en *American Journal of International Law*, vol. 67, 1973, p. 1 y ss., especialmente pp. 16-18.

45 *Judgment of 27 June 1986, I.C.J. Reports 1986*, pp. 29-30, pars. 39-40. Conviene anotar que en este caso no hubo, en sentido estricto, un procedimiento sobre excepciones preliminares, sino que se empleó el procedimiento alternativo de evacuar por separado las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad, el mismo que en diciembre del 2000 iba a ser codificado en los nuevos párrafos 2 y 3 del artículo 79 del Reglamento. Esto confirma que las restantes reglas contenidas en dicho artículo –incluida la opción de declarar que la excepción no posee, en las circunstancias del caso, un carácter exclusivamente preliminar– son plenamente aplicables en los casos en los que se recurre a dicho procedimiento. Ver el

Así mismo, en un caso posterior la Corte recapituló de la siguiente forma el sentido de la reforma de 1972: “La solución adoptada en 1972 consiste en que no se excluyó del todo la facultad de examinar una excepción preliminar durante la fase de fondo, pero se limitó al máximo el ejercicio de esa facultad, mediante el procedimiento de estipular las condiciones en una forma más estricta”.⁴⁶

Por tanto, cuando se ve enfrentada a un alegato preliminar en materia de jurisdicción o admisibilidad, la Corte puede siempre optar por la salida discreta de no resolver la cuestión durante la fase previa, sino pasar a considerarla junto con el fondo, para lo cual debe declarar –y, presumiblemente razonar debidamente– que la cuestión no posee, en las circunstancias del caso, un carácter exclusivamente preliminar.

8. El procedimiento para evacuar la fase de jurisdicción y admisibilidad

Cuando hay lugar a una fase separada dedicada a las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad –ya se trate del mecanismo tradicional de formulación de excepciones preliminares o del mecanismo alternativo de litigar primero dichas cuestiones– el procedimiento que se emplea es esencialmente el mismo y se rige ante todo por lo dispuesto en los párrafos 3 a 8 del Reglamento de la Corte. La principal diferencia es que en el primer caso se configura un verdadero procedimiento *incidental*, que se desarrolla en forma paralela y al margen del procedimiento principal sobre el fondo, el cual se interrumpe o “suspende” al darse aplicación al párrafo 5 del artículo 79. En el segundo caso, se trata más bien de un procedimiento *previo* o *preliminar* al procedimiento sobre el fondo, el cual sólo se inicia formal y materialmente una vez la Corte haya resuelto las cuestiones de jurisdicción o admisibilidad.

Así, por ejemplo, en ambos casos se registra una fase escrita y una fase oral y la primera está constituida, salvo casos excepcionales, por una sola ronda de alegatos.⁴⁷ En el caso de las excepciones preliminares este único alegato es, por lo que respecta a la parte que formula la excepción, “el escrito mediante el cual se plantea la excepción preliminar” a que hace referencia el artículo 79 en su párrafo 5. En cuanto al contenido, este escrito debe comprender, según la misma disposición, los siguientes elementos:

- Una exposición de los hechos y fundamentos de derecho en que se basa

texto correspondiente a la nota 23, *supra*.

46 *Questions Concerning the Application and Interpretation of the 1971 Montreal Convention arising out of the Aerial Incident in Lockerbie, Preliminary Objections, Judgment of 27 February 1998, I.C.J. Reports 1998*, p. 28, par. 49.

47 La única excepción conocida hasta ahora es el caso *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, en el cual se aplicó el procedimiento alternativo y la Corte autorizó una segunda ronda de alegatos escritos (*Order of 26 June 1992, I.C.J. Reports 1992*, p.237). En el caso *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, también bajo el procedimiento alternativo, la Corte se negó a autorizar una segunda ronda de alegatos escritos, por considerar que ella estaba ya lo suficientemente informada acerca de las posiciones de las partes sobre las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad (*Order of 8 May 1996, I.C.J. Reports 1996*, p. 58. El juez *ad hoc* de España, Torres Bernárdez, añadió una opinión disidente).

- la excepción;
- Las conclusiones;
- Una lista de los documentos en apoyo; y,
- Una mención de los medios de prueba que la parte se proponga producir.

Además, a dicho escrito debe acompañarse “copias de los documentos en apoyo”. En el caso de la contraparte, según la misma disposición, le corresponde presentar una “exposición escrita”, en la cual consten sus observaciones y conclusiones y se indiquen “los medios de pruebas que se proponga producir”. A este escrito, igualmente, “se acompañarán los documentos en apoyo”.

Es interesante registrar que el párrafo 5 del artículo 79 del Reglamento guarda silencio sobre el plazo dentro del cual debe presentarse el escrito de respuesta a las excepciones preliminares y se limita a conferir a la Corte –o a su presidente, si ella no está reunida– la facultad de fijar dicho plazo con entera libertad. En la Instrucción Práctica No. V, aprobada en 2001, se consagra que dicho plazo no deberá por lo general ser superior a cuatro meses, lo cual fue hecho “con el ánimo de acelerar los procedimientos relativos a las excepciones preliminares”.⁴⁸

Obsérvese que, después de convivir durante muchos años con un régimen marcadamente flexible en materia de excepciones preliminares, en el cual no había plazos fijos ni para la presentación del escrito de excepciones ni para el depósito de la exposición escrita de la contraparte, en el año 2000 la Corte decidió introducir un plazo de tres meses después del depósito de la memoria para la primera acción, y –un año después– introdujo un plazo de cuatro meses para la presentación de la exposición escrita de la contraparte, todo con el loable propósito de acelerar el manejo de los procedimientos incidentales sobre excepciones preliminares. En todo caso, cualquier decisión que la Corte deba tomar frente a estos aspectos no puede menos que ser influida por lo dispuesto en el artículo 48 del Reglamento, según el cual “Los plazos serán tan breves como la naturaleza del asunto lo permita”.

En el caso del procedimiento alternativo, el Reglamento solo hace referencia genérica a “los alegatos sobre jurisdicción y admisibilidad” que cada parte debe producir, según lo que decida la Corte respecto al número y orden de estos, así como el plazo para presentarlos. Como ya se dijo, en la práctica se trata de una memoria por una de las partes y una contramemoria por la otra. Hasta la fecha, en la mayoría de los casos en los que se ha utilizado este mecanismo el papel activo le ha correspondido al demandante y el pasivo al demandado. Aunque el Reglamento no lo dice, al fijar los plazos para el depósito de estos alegatos, es

⁴⁸ Esta disposición ha sido criticada con el argumento de que parece ir dirigida a las partes en el caso, cuando es a la Corte a la que le corresponde fijar con entera libertad el plazo para la presentación de la exposición escrita en respuesta al escrito de excepciones preliminares (Prager, D., “The 2001 Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice”, op. cit., p. 176).

presumible que la Corte tendrá en cuenta lo que disponen las normas aplicables al escrito de excepciones preliminares y a la exposición escrita de respuesta a las mismas, en especial en lo que respecta a la fijación de plazos relativamente breves para el depósito de los respectivos alegatos.

Así mismo, es evidente que el contenido de estos alegatos debe ser esencialmente el mismo de los escritos que se producen cuando se plantea una excepción preliminar, de la misma forma como la norma contenida en el párrafo 7, que consagra que los alegatos –escritos y orales– y los medios de prueba deberán limitarse “a los puntos a que se refiera la excepción”, deberá aplicarse por analogía en los casos en que haya lugar a la aplicación de los párrafos 2 y 3 del mismo artículo 79.

En cuanto a la fase oral, el párrafo 6 se limita a ordenar que tenga lugar una audiencia “salvo decisión contraria de la Corte”. En la “Instrucción Práctica” VI, emitida en octubre de 2001, se cita *verbatim* el texto del párrafo 1 del artículo 60 del Reglamento –relativo a la brevedad y concisión requeridas para las intervenciones de los abogados de las partes– y se precisa, en forma por demás tautológica, que “Cuando se están considerando excepciones de falta de jurisdicción o de inadmisibilidad, el procedimiento oral deberá limitarse a exposiciones sobre las excepciones”.

Además, en ausencia de otras normas específicas sobre procedimiento, debe entenderse que se aplican por analogía las normas generales del Reglamento que gobiernan las ocurrencias ordinarias propias del procedimiento oral, en concreto los artículos 54 a 72, en los que se reglamentan aspectos como la fijación de la fecha de las vistas; la producción de documentos nuevos; los medios de prueba; el orden de presentación de los argumentos; las preguntas de la Corte o de los jueces; la comparecencia de testigos o peritos; las medidas de instrucción ordenadas por la Corte; la solicitud de información a un organización internacional; los idiomas a usarse durante la audiencia; y las actas de las sesiones.

La práctica enseña que en la mayoría de los casos las audiencias orales en estos casos son relativamente breves, puesto que las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad suelen referirse a puntos de derecho de carácter técnico y muy raramente involucran cuestiones de hecho sobre las cuales se requieran medios de prueba muy sofisticados. Sin embargo, en el párrafo 8 del artículo 79 se anticipa que, cuando están de por medio cuestiones de jurisdicción –lo que parece sugerir que no se aplica cuando se trata de una excepción de admisibilidad o de una excepción del tercer tipo contemplado en el párrafo 1 del mismo artículo–, la Corte puede entrar a ejercer un control sobre el desarrollo del caso que es superior al que normalmente ella asume. Dicha norma establece que la Corte podrá “invitar a las partes a debatir todo punto de hecho y de derecho y a producir todo medio de prueba que se relacione con la cuestión”. En la práctica, esto podría traducirse en que la Corte ordene a las partes la presentación de piezas escritas adicionales, algo de lo cual

todavía no hay ningún ejemplo.

Finalmente, hasta ahora en ningún caso relativo a cuestiones de jurisdicción o admisibilidad se ha omitido ninguna de las dos fases del procedimiento. Ha habido casos en los que las partes le han manifestado a la Corte su deseo de prescindir, o bien de la presentación de piezas escritas, o bien de la realización de una audiencia, pero por diversas razones no ha habido lugar a que la Corte autorice una desviación tan radical de las normas reguladoras de su procedimiento en asuntos contenciosos.

* * *

Apéndice

REGLAMENTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Adoptado el 14 de abril de 1978

Modificado el 5 de diciembre de 2000

Artículo 79

1. Cualquier excepción a la competencia de la Corte o a la admisibilidad de la solicitud, o cualquier otra excepción sobre la cual el demandado pide que la Corte se pronuncie antes de continuar el procedimiento sobre el fondo, deberá ser presentada por escrito tan pronto como sea posible, y no más tarde de tres meses después del depósito de la Memoria. Cualquier excepción opuesta por una parte que no sea el demandado deberá depositarse dentro del plazo fijado para el depósito del primer alegato escrito de esa parte.
2. Sin perjuicio del párrafo 1, luego de la presentación de la solicitud y después de que el Presidente se ha reunido con las partes y las ha consultado, la Corte puede decidir que todas las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad sean decididas por separado.
3. Cuando la Corte así lo decida, las partes presentarán los alegatos sobre jurisdicción y admisibilidad a que haya lugar dentro de los plazos fijados por la Corte y en el orden determinado por ella, sin perjuicio del Artículo 45, párrafo 1.
4. El escrito mediante el cual se plantee la excepción preliminar contendrá una exposición de los hechos y fundamentos de derecho en que se basa la excepción, las conclusiones y una lista de los documentos en apoyo; mencionará los medios de prueba que la parte se proponga producir. Se

- acompañarán copias de los documentos en apoyo.
5. Al recibo por la Secretaría de la Corte del escrito planteando la excepción preliminar se suspenderá el procedimiento sobre el fondo y la Corte, o si no estuviese reunida el Presidente, fijará un plazo dentro del cual la otra parte podrá presentar una exposición escrita con sus observaciones y conclusiones; se acompañarán los documentos en apoyo y se indicarán los medios de pruebas que se proponga producir.
 6. Salvo decisión contraria de la Corte, la continuación del procedimiento sobre la excepción será oral.
 7. Las exposiciones de hechos y de fundamentos de derecho referidas en los párrafos 4 y 5 de este Artículo y los alegatos y medios de prueba presentados durante las vistas previstas en el párrafo 6, se limitarán a los puntos a que se refiera la excepción.
 8. A fin de que la Corte pueda pronunciarse sobre su competencia en la fase preliminar del procedimiento, la Corte podrá, cuando sea necesario, invitar a las partes a debatir todo punto de hecho y de derecho y a producir todo medio de prueba que se relacione con la cuestión.
 9. La Corte, oídas las partes, decidirá por medio de un fallo, en el que aceptará o rechazará la excepción o declarará que la excepción no tiene, en las circunstancias del caso, un carácter exclusivamente preliminar. Si la Corte rechazara la excepción o declarara que no tiene un carácter exclusivamente preliminar, fijará los plazos para la continuación del procedimiento.
 10. La Corte dará efecto a todo acuerdo entre las partes encaminado a que una excepción planteada en virtud del párrafo 1 de este Artículo sea resuelta al examinar el fondo.

Post-scriptum: la sentencia sobre excepciones preliminares en el caso entre Nicaragua y Colombia

Cuando este artículo estaba en prensa, la Corte Internacional de Justicia emitió sentencia en la fase de excepciones preliminares del caso *Controversia Territorial y Marítima (Nicaragua v. Colombia)*, sometido a ese tribunal mediante demanda presentada por Nicaragua el 6 de diciembre de 2001.

En su sentencia, la Corte aceptó las dos excepciones preliminares formuladas por Colombia, pero únicamente respecto a la soberanía sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y reafirmó la validez y plena vigencia del Tratado Esguerra-Barcenas de 1928.

Respecto a la soberanía sobre los restantes accidentes insulares que Nicaragua reclama y a la delimitación marítima entre Colombia y Nicaragua, la Corte rechazó las excepciones preliminares y decidió que posee competencia.

1. Reseña del procedimiento

Luego de la presentación de la demanda, el presidente de la Corte sostuvo una reunión con los agentes de las partes, tal como lo prescribe el artículo 31 del Reglamento. El 26 de febrero de 2002, la Corte emitió una providencia fijando los siguientes plazos para la presentación de las piezas del procedimiento escrito:

- El 28 de abril de 2003 para la memoria de Nicaragua; y
- El 28 de junio de 2004 para la contramemoria de Colombia.

El 21 de julio de 2003, dentro del plazo consagrado en el artículo 79-1 del Reglamento, Colombia presentó excepciones preliminares, produciendo la suspensión del procedimiento sobre el fondo. El 24 de septiembre de 2003 la Corte emitió una providencia fijando el 26 de enero de 2004 como plazo para la presentación de las observaciones escritas de Nicaragua respecto de las excepciones preliminares de Colombia.

El 15 de noviembre de 2006 la Corte anunció la convocatoria de audiencias orales relativas a las excepciones preliminares, a partir del 4 de junio de 2007. El 8 de junio de 2007 concluyeron las audiencias y el caso quedó listo para deliberación.

La Corte emitió su sentencia sobre las excepciones preliminares el 13 de diciembre de 2007.

2. Principales elementos de la Sentencia del 13 de diciembre de 2007⁴⁹

- Objeto-materia de la controversia y vigencia del Tratado de 1928

La Corte examinó en primer lugar la excepción preliminar colombiana fundada en los artículos 6 y 34 del Pacto de Bogotá. Para ello, la Corte tomó como punto de partida que, por la forma como Colombia planteó sus argumentos sobre falta de jurisdicción, la cuestión de determinar si el Tratado Esguerra-Barcenas de 1928 y el Acta de Canje de 1930 estaban vigentes a la fecha de la celebración del Pacto de Bogotá y resolvieron que los asuntos en disputa entre Nicaragua y Colombia no constituía, en las circunstancias del caso, parte del objeto-materia de la controversia, sino una cuestión que debía resolverse previamente, con miras a poder determinar si ella tenía competencia. Al tratarse entonces de una cuestión previa, la Corte podía y debía resolverla en la fase de excepciones preliminares [40].

Respecto a la validez y vigencia del Tratado de 1928 y el Acta de 1930, la Corte halló que el Tratado fue celebrado válidamente y estaba en vigor en la fecha de celebración del Pacto de Bogotá, principalmente con base en la conducta de Nicaragua en el intervalo precedente a la declaración de nulidad de 1980 [79]. La Corte encontró también que no tenía necesidad de responder a la argumentación nicaragüense relativa a la presunta terminación del Tratado como consecuencia de su violación, toda vez que lo determinante a la luz del Pacto de Bogotá era constatar si el Tratado estaba vigente en la fecha de la celebración del mismo, algo que ella ya había hecho en la Sentencia [82].⁵⁰

La Corte concluyó entonces que el verdadero objeto-materia de la controversia estaba constituido por dos elementos sustantivos, a saber: (1) la soberanía sobre ciertos territorios (las islas mencionadas con nombre propio en el artículo 1 del Tratado de 1928 y otras formaciones insulares⁵¹ reclamadas por Nicaragua) y (2) el curso de la frontera marítima entre los dos países [42].

- Primera excepción preliminar: Pacto de Bogotá

La Corte aceptó la primera excepción preliminar en lo que respecta a la soberanía sobre las islas que se mencionan por nombre propio en el Tratado, a saber, San Andrés, Providencia y Santa Catalina [88]. La Corte concluyó que la

49 Los números entre corchetes se refieren a los párrafos numerados de la Sentencia. El texto puede consultarse en la página web de la Corte: www.icj-cij.org

50 La argumentación nicaragüense sobre la pretendida terminación del Tratado, formulada por primera vez en la memoria presentada en abril de 2003, representa probablemente la construcción más artificial y desprovista de fundamento de todas las contenidas en ese alegato. Inclusive el juez *ad hoc* de Nicaragua se refirió al tema en una declaración adjunta al fallo y sostuvo que es imposible pretender que por interpretar un tratado en determinada forma un Estado comete una violación grave del tratado.

51 Este término es de difícil traducción al idioma español. La expresión utilizada por la Corte en la versión en francés del fallo –la que hace fe– es “*formations maritimes*”. En la versión en inglés se usa “*maritime features*”.

cuestión de la soberanía sobre esas tres islas fue claramente resuelta por el Tratado de 1928 y que, por tanto, no hay nada relacionado con esta cuestión que deba ser elucidado durante la fase de fondo. En lo que respecta a las restantes formaciones insulares reclamadas por Nicaragua, la Corte rechazó la excepción, con base en el hecho de que la letra misma del artículo 1 del Tratado no le permitía identificar cuáles formaciones insulares, aparte de las tres islas mencionadas, forman parte del archipiélago de San Andrés, y están por ende sujetas a la soberanía colombiana [97]. Por tanto, la Corte se declaró competente para conocer de la cuestión de la soberanía sobre las formaciones insulares diferentes de las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina [142 -Dispositivo (3)(a)].

Por otra parte, como el Tratado de 1928 menciona expresamente a los cayos de Roncador, Quitasueño y Serrana en su artículo 1 –en el sentido de que ellos no se consideraban incluidos en el Tratado debido a que la soberanía sobre los mismos estaba para entonces en litigio entre Colombia y los Estados Unidos–, la Corte se refirió en forma expresa a ellos y encontró que el sentido del texto del artículo 1 en esta parte es claro e implica que el Tratado no se aplica a esos tres cayos. En consecuencia, la excepción preliminar basada en el artículo 6 no los cobija y la Corte posee competencia [104].

Respecto a la cuestión de la delimitación marítima, la Corte concluyó que los términos del Acta de Canje de 1930, en su sentido natural y corriente, no pueden ser interpretados en el sentido de que efectúan una delimitación de la frontera marítima entre Colombia y Nicaragua. Con base en esto, la Corte decidió que el Tratado y el Acta no produjeron una delimitación general de la frontera marítima entre Colombia y Nicaragua, que la disputa relativa a la delimitación marítima no fue resuelta por dichos instrumentos y que la Corte posee competencia [115 y 120].

- Segunda excepción preliminar: declaraciones bajo la disposición facultativa

La Corte pasó entonces a examinar si tiene competencia a la luz de la segunda base de jurisdicción invocada por Nicaragua, es decir, las declaraciones de aceptación de la jurisdicción de la Corte bajo el artículo 36-2 del Estatuto de la Corte –la disposición facultativa– formuladas, respectivamente, por Nicaragua en 1929 y por Colombia en 1937.

Al respecto, la Corte puntualizó que esta cuestión debía examinarse únicamente respecto a aquellos aspectos de la controversia sobre los cuales ya había tomado una decisión inhibitoria en materia de jurisdicción, es decir, la cuestión de la soberanía sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Como sobre los otros aspectos de la controversia (las restantes formaciones insulares reclamadas por Nicaragua y el curso de la frontera marítima entre los dos países) la Corte ya había decidido que posee competencia bajo el Pacto de Bogotá, no era necesario entrar a considerar si también podría tener jurisdicción sobre ellos con base en la disposición facultativa.

En relación con este aspecto, la Corte encontró que, como ya había concluido que la controversia sobre las tres islas fue resuelta mediante el Tratado de 1928, la conclusión inescapable es que sobre este tema no hay ninguna controversia subsistente entre las partes suscriptoras del Tratado. Como la existencia de una “controversia de orden jurídico” constituye un prerequisite para la aplicación del artículo 36-2 del Estatuto, la Corte carece de jurisdicción sobre esto, también a la luz de la disposición facultativa [138].

3. Análisis

Se hacen a continuación unos comentarios, necesariamente preliminares, sobre la forma como la Corte abordó algunos aspectos del tema de la impugnación de la jurisdicción, objeto del presente artículo:

- a) *Procedimiento*. En primer lugar, el procedimiento utilizado por Colombia fue el procedimiento tradicional, consistente en formular excepciones preliminares luego de presentada la memoria de Nicaragua, de conformidad con la versión revisada del párrafo 1 del artículo 79 del Reglamento de la Corte. Desde este punto de vista, llama la atención la desusada prolongación del trámite de las excepciones. En concreto, aunque Colombia se ciñó al plazo de tres meses desde la fecha del depósito de la memoria para presentar su alegato de excepciones preliminares y Nicaragua presentó sus observaciones escritas dentro del plazo correspondiente de cuatro meses, la Corte se tomó dos años y medio para celebrar la audiencia oral prescrita en el párrafo 6 del artículo 79. Como resultado directo de esto, el fallo sobre las excepciones preliminares sólo vino a ser emitido seis años después de presentada la demanda, duración que es a todas luces excesiva para un incidente procesal como éste, en especial luego de la reforma al Reglamento aprobada en diciembre de 2000.

En cuanto al procedimiento que se debe seguir de aquí en adelante, en el párrafo 141 de la Sentencia la Corte dispone la reanudación del procedimiento escrito sobre el fondo en el punto donde fue interrumpido con la presentación de las excepciones preliminares. En fecha próxima, la Corte deberá emitir una providencia fijando la fecha para la presentación del siguiente alegato escrito, que debe ser una contramemoria por parte de Colombia. A la luz de lo dispuesto en el artículo 45 del Reglamento de la Corte, con el depósito de este alegato se cerraría la fase escrita del procedimiento, aunque no puede descartarse que Nicaragua solicite y obtenga de la Corte autorización para una segunda ronda de alegatos escritos, algo que suele suceder en controversias sobre asuntos territoriales o marítimos.

- b) *Evacuación de las excepciones en la fase preliminar.* En cuanto al manejo de las excepciones, la Corte declinó hacer uso de la alternativa de declarar que alguna de ellas, o ambas, no posee, en las circunstancias del caso, un carácter exclusivamente preliminar (artículo 79-9 del Reglamento) y se limitó a aceptar las excepciones respecto a determinados aspectos de la controversia y a rechazarlas respecto a otros, con la consecuencia de que terminó declarándose competente, pero únicamente respecto de algunas de las cuestiones planteadas en la demanda de Nicaragua.

En esencia, esto significa que la principal argumentación esgrimida por Nicaragua durante la fase de excepciones preliminares —la de que lo procedente era unir las excepciones al fondo del caso— no fue aceptada por la Corte respecto a dos aspectos cruciales de las pretensiones contenidas en su memoria, esto es, la validez y vigencia del Tratado y la soberanía sobre las islas principales del archipiélago. No cabe duda de que éste constituye el verdadero eje articulador de la decisión de la Corte y lo que le permitió entrar a considerar y dirimir de una vez por todas la absurda reclamación nicaragüense sobre la presunta falta de validez del Tratado y, de contera, la pretensión de soberanía sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

En el plano puramente procesal, lo que Colombia logró fue persuadir a la Corte de que ella estaba en capacidad de resolver sobre sus excepciones durante la etapa preliminar del procedimiento y antes de continuar con el procedimiento sobre el fondo del asunto. La Corte fundamentó esta forma de actuar con la proposición genérica de que “En principio, la parte que formula excepciones preliminares tiene derecho a que éstas sean resueltas durante la etapa preliminar del procedimiento”, la cual no había sido enunciada nunca en términos tan claros en la jurisprudencia del tribunal [51]. Esta regla, sin embargo, tiene dos excepciones, a saber: (1) que la Corte no posea a estas alturas del procedimiento todos los elementos de juicio que le permitan decidir sobre las cuestiones planteadas; y (2) que al responder la excepción preliminar la Corte esté decidiendo el fondo, o parte del fondo, de la controversia. La Corte llegó a la conclusión de que, en el caso concreto entre Nicaragua y Colombia, ninguna de estas situaciones se presentaba y recordó que según la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, al determinar su jurisdicción ella puede tener que “rozar” ciertos aspectos del fondo del caso [*ibid.*].

Sobre este aspecto los cuatro jueces que votaron en contra de esta parte del dispositivo añadieron opiniones separadas o disidentes en las cuales explican las razones por las cuales consideraron que la Corte no ha debido

pronunciarse sobre ningún aspecto de la primera excepción colombiana durante esta fase del procedimiento. Sin embargo, conviene resaltar que, respecto a la soberanía sobre las tres islas, ninguno de estos jueces fue de la opinión de que la excepción colombiana debía rechazarse, como lo solicitaba Nicaragua en calidad de petición principal durante esta fase del juicio. Estos jueces –entre los que, significativamente, no se cuenta el juez *ad hoc* designado por Nicaragua– sostuvieron que, especialmente respecto a la validez y vigencia del Tratado de 1928, la excepción no tenía un carácter exclusivamente preliminar y que por tanto la Corte solamente podía tomar una decisión al respecto después de oír los argumentos de las partes sobre el fondo. Lo que se destaca es que para ellos es igualmente claro que esa decisión podía perfectamente consistir en la eventual aceptación de la excepción.

Si esta tesis hubiera hecho carrera, la fase de fondo del caso que ahora se inicia hubiera sido considerablemente compleja, en la medida en que las partes hubieran tenido que presentar argumentos sobre las circunstancias de la celebración del tratado y, eventualmente, sobre los títulos históricos y jurídicos sobre el archipiélago. Como resultado de la decisión de la mayoría, la segunda fase se limitará a las cuestiones puntuales de la soberanía sobre las restantes formaciones insulares que Nicaragua reclama y la delimitación de los espacios marítimos.

- c) *Objeto de la disputa y fragmentación de las excepciones.* La Corte arribó a su propia definición de lo que constituye el verdadero objeto-materia de la controversia, apoyándose en el precedente del caso *Jurisdicción sobre Pesquerías (España v. Canadá)* y en lo decidido por ella misma en el caso *Ensayos Nucleares* respecto a la facultad que tiene para interpretar las peticiones de las partes, como mecanismo para circunscribir “el verdadero problema” en el caso y precisar el objeto de la demanda [38]. Como se dijo atrás, para la Corte el verdadero objeto-materia de la controversia en este caso está constituido por la cuestión de la soberanía sobre ciertos territorios insulares reclamados por Nicaragua y el trazado de la frontera marítima entre los dos países.

Adicionalmente, la Corte recurrió al método de dividir o fragmentar dicho objeto-materia en sus diferentes componentes o “elementos”, con miras a examinar, en forma separada y secuencial, si cada uno de ellos había sido resuelto por el Tratado de 1928 y el Acta de Canje de 1930. En el caso *Controversia Territorial, Insular y Marítima (El Salvador v. Honduras)*, la Corte ya había utilizado el procedimiento de fragmentar el objeto-materia de la controversia con el fin de resolver sobre un incidente procesal –la

solicitud de intervención de Nicaragua. Sin embargo, para fundamentar esta parte de la decisión, la Corte no mencionó ese caso sino que invocó otros casos más recientes *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea v. República Democrática del Congo)* y *Plataformas Petroleras (Irán v. Estados Unidos)*, así como un viejo precedente de la Corte Permanente, el caso *Compañía de Electricidad de Sofía y Bulgaria (Bélgica v. Bulgaria)* [85].

- d) *Títulos concurrentes de jurisdicción.* También es interesante el tratamiento que la Corte le dio a esta cuestión, puesto que un argumento cardinal de Colombia se refería a que, a la luz de la jurisprudencia sentada en el caso *Acciones Armadas Fronterizas y Transfronterizas (Nicaragua v. Honduras)*, entre Estados partes en el Pacto de Bogotá que acuden a la Corte Internacional el Pacto prevalece como fuente de jurisdicción sobre cualquier otra fuente existente, en este caso las declaraciones de aceptación de la jurisdicción bajo la disposición facultativa. La Corte acogió una interpretación diferente de esta jurisprudencia y encontró que el Pacto y las declaraciones “representan dos bases distintas para la competencia de la Corte, las cuales no se excluyen mutuamente” [133][136].⁵²

Sin embargo, para todos los fines prácticos, al examinar en primer lugar si tenía competencia bajo el Pacto, la Corte hizo prevalecer de hecho las disposiciones de este instrumento sobre las declaraciones. Por ejemplo, al concluir que no tenía necesidad de considerar la cuestión de su competencia bajo las declaraciones respecto de las formaciones insulares diferentes de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la Corte estaba admitiendo que la cuestión quedaba regulada, en forma prevalente, por el Pacto. Así mismo, la conclusión a la que llegó la Corte en el sentido de que la controversia sobre las tres islas había sido resuelta por el Tratado de 1928 fue hecha para efectos y en el marco del Pacto de Bogotá, pero resultó definitiva para definir también la competencia –o, más precisamente, la falta de competencia– a la luz de las declaraciones [138].

Por tanto, en esta sección del fallo la Corte aceptó la esencia de un argumento presentado por Colombia sobre otras bases, a saber, que si la Corte aplicaba el artículo 34 del Pacto y declaraba la controversia terminada no quedaría ninguna controversia en existencia a la cual pudiera aplicarse la jurisdicción de la Corte bajo las declaraciones. La Corte declinó aplicar el artículo 34 del Pacto, pero concluyó con mucha firmeza que la inexistencia de una controversia subsistente le

52 Sobre este aspecto, el juez Parra Aranguren (Venezuela) se apartó de la decisión de la Corte y añadió una declaración en la que fue incluso más allá de lo sostenido por Colombia, puesto que concluyó que entre los Estados partes en el Pacto de Bogotá las declaraciones de la disposición facultativa dejaron de tener efectos jurídicos.

impedía entrar a considerar si era procedente darle aplicación a las declaraciones. Al proceder de esta forma, la Corte soslayó del todo la consideración de otros aspectos planteados como parte de la segunda excepción preliminar de Colombia, en particular lo relativo al retiro de la declaración colombiana antes de la presentación de la demanda o los efectos de la reserva *ratione temporis* presente en dicha declaración.

Al leer el fallo y contrastarlo con los alegatos de las partes, uno no puede evitar la impresión de que cuando escogió la metodología que iba a utilizar frente a las múltiples bases de jurisdicción invocadas por Nicaragua, la mayoría de la Corte prefirió evitar entrar a examinar los complejos problemas de interpretación del régimen aplicable a la disposición facultativa que planteaba la segunda excepción preliminar. En este aspecto, entonces, cabe concluir que la estrategia utilizada por Colombia resultó también la más acertada.

- e) *Artículo 34 del Pacto de Bogotá.* Como se dijo, la Corte se abstuvo de darle aplicación al artículo 34 del Pacto de Bogotá, conforme al cual, si la Corte se declara incompetente por los motivos enunciados en los artículos 5, 6 y 7 del mismo Pacto, “se declarará terminada la controversia”. En este caso la Corte efectivamente se declaró incompetente, por los motivos enunciados en el artículo 6 del Pacto, respecto de la soberanía sobre las islas, lo cual sugiere que le hubiera correspondido además declarar terminada la controversia, tal como lo solicitaba Colombia.

Sobre esto, la Corte parece haber acogido una posición extremadamente formalista, consistente en recordar que el propio Pacto en su artículo 37 ordena que “El procedimiento a que deba ajustarse la Corte será el establecido en su Estatuto” y que el propio Estatuto en su artículo 36-6 —que es la norma fundamental reguladora de su jurisdicción— la faculta únicamente para decidir si tiene o no jurisdicción en un caso que le ha sido sometido [59]. Con esta decisión, la Corte puede haber condenado al artículo 34 del Pacto al penoso destino de letra muerta, puesto que es difícil imaginarse una situación más clara que ésta, en la cual habría lugar a aplicar lo dispuesto allí.

- f) *Aspectos no tratados en la Sentencia.* Finalmente, conviene recordar aquellos aspectos del caso sobre los cuales la Corte decidió no pronunciarse, esencialmente por razones de economía procesal. Aparte de unas cuestiones técnicas menores, estos son el retiro con efecto inmediato de la declaración colombiana de 1937 y el efecto de la reserva relativa a controversias surgidas de hechos anteriores al 6 de enero de 1932, presente en dicha declaración.

Sobre este último punto, es interesante registrar que el magistrado Gaja, juez *ad hoc* designado por la propia Nicaragua en este caso, sostuvo en una declaración que añadió al fallo que, como todos los hechos relacionados con el contenido y validez del Tratado de 1928 son anteriores a 1932, en la medida en que se refieren a la celebración de ese Tratado, la reserva era aplicable y la Corte carecía de jurisdicción sobre la parte de la controversia relativa a las islas reconocidas como colombianas en virtud del Tratado. En esencia, el juez Gaja aceptó aquí uno de los dos pilares en los que se basaba la segunda excepción preliminar planteada por Colombia. En todo caso, como esa declaración ya dejó de regir para Colombia, concluida la fase jurisdiccional de este litigio esa cuestión solo tiene interés en el plano puramente teórico.

* * *

Diciembre de 2007