

AL FILO DE SU COMPETENCIA *RATIONE MATERIAE*:
LA PROVIDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL
DE JUSTICIA EN EL ASUNTO *ALEGACIONES
DE GENOCIDIO EN VIRTUD DE LA CONVENCIÓN
PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL CRIMEN
DE GENOCIDIO (UCRANIA C. FEDERACIÓN RUSA)*

Asier GARRIDO MUÑOZ*

RESUMEN

AL FILO DE SU COMPETENCIA *RATIONE MATERIAE*: LA PROVIDENCIA
DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO *ALEGACIONES
DE GENOCIDIO EN VIRTUD DE LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN
Y LA SANCIÓN DEL CRIMEN DE GENOCIDIO (UCRANIA C. FEDERACIÓN RUSA)*

La CIJ («la Corte») ha dictado una importantísima providencia sobre medidas provisionales en el asunto *Alegaciones de Genocidio en virtud de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio (Ucrania c. Rusia)*. Su importancia deriva no solo del contexto, sino también del lenguaje utilizado por la Corte, ciertas afirmaciones vertidas por esta respecto de las actuaciones rusas en Ucrania, y las medidas decretadas. Sin embargo, el resultado no disipa las dudas que plantea la demanda ucraniana relativas a la competencia *ratione materiae* de la Corte. Este trabajo analiza esta cuestión basándose en los argumentos planteados hasta el momento ante la Corte, llegando a la conclusión de que, efectivamente, ni en el texto de la Convención sobre genocidio, ni en la protección de su objeto y fin, puede Ucrania encontrar un fundamento claro para sus pretensiones.

Palabras clave: genocidio, Corte Internacional de Justicia, medidas provisionales, competencia *ratione materiae*, acusaciones falsas, uso de la fuerza, objeto y fin, buena fe.

* Doctor en Derecho (Universidad de Salamanca), Profesor (*Lecturer*) de Derecho de las Organizaciones Internacionales (Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas). Antiguo letrado de la Corte Internacional de Justicia (2015-2019). Las páginas web referidas en este trabajo fueron consultadas por última vez el 6 de mayo de 2022 (excepto la referencia en la última nota al pie, que fue añadida el 30 de mayo de 2022). El autor agradece a los revisores anónimos sus detalladas sugerencias y comentarios respecto de una versión anterior de este trabajo. El nombre en español del asunto que centra el presente análisis es el utilizado oficiosamente por la propia Corte.

ABSTRACT

AT THE EDGE OF ITS JURISDICTION *RATIONE MATERIAE*: THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE'S ORDER IN THE CASE *ALLEGATIONS OF GENOCIDE UNDER THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE (UKRAINE V. RUSSIAN FEDERATION)*

The ICJ has delivered a most important order on provisional measures in the case *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*. Its relevance stems not only from the context, but also the language used by the Court, certain statements it made with regard to Russia's actions in Ukraine, and the measures ordered. Nevertheless, the outcome does not dispel the doubts arising from the Ukrainian application relating to the Court's jurisdiction *ratione materiae*. This work analyses this question based on the arguments presented so far before the Court and reaches the conclusion that, indeed, Ukraine cannot find a clear basis for its requests, in either the text of the Genocide Convention, or the protection of its object and purpose.

Keywords: genocide, International Court of Justice, provisional measures, jurisdiction *ratione materiae*, false accusations, use of force, object and purpose, good faith.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS ARGUMENTOS PLANTEADOS Y LA DECISIÓN DE LA CORTE.—2.1. El doble (o triple) componente de la argumentación ucraniana.—2.2. La argumentación rusa: entre la definición del objeto de la controversia y la competencia *ratione materiae* de la Corte.—2.3. La providencia de la Corte: conclusión previsible.—3. LA COMPETENCIA *RATIONE MATERIAE* DE LA CORTE SOBRE LA DEMANDA UCRANIANA: DOS CUESTIONES CLAVE Y VARIOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.—3.1. La determinación del objeto de la controversia.—3.2. La competencia *ratione materiae* de la Corte.—4. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO: PROBANDO LA ELASTICIDAD DEL ART. IX DE LA CONVENCIÓN SOBRE GENOCIDIO.—4.1. Primer componente: alegaciones sobre la ausencia de genocidio.—4.2. Segundo componente (y tercero escondido): uso de la fuerza y reconocimiento de repúblicas.—5. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Como en las ocasiones más relevantes. La Corte Internacional de Justicia («CIJ» o «la Corte») ha respondido con lenguaje claro y directo a la solicitud ucraniana de medidas provisionales en el asunto *Alegaciones de genocidio con base en la Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio (Ucrania c. Federación Rusa)* («*Alegaciones de genocidio*»). Lo ha hecho ordenando tres medidas: primero, la suspensión «inmediata» por la Federación Rusa de las operaciones militares comenzadas el 24 de febrero de 2022 en Ucrania; segundo, que el demandado se asegure de que ningún grupo armado militar o irregular «que pudiera ser dirigido o apoyado» por el demandado, así como «cualquier organización o personas que pudiera estar sometido a su control o dirección» tome medidas que contribuyan a las operaciones militares rusas¹; tercero, evitar cualquier medida que pueda agravar

¹ Este trabajo reproducirá los pasajes del inglés original, con la excepción de los elementos de la parte dispositiva mencionados en este párrafo. En cuanto a los nombres de los asuntos ante la Corte, se

la situación (siguiendo la práctica habitual de la Corte, esta última medida va también dirigida al demandante). La providencia ha sido adoptada por una amplia mayoría de trece votos contra dos favorable a la primera y segunda medidas².

Dada la excepcional gravedad del ataque ruso a principios básicos del Derecho internacional, se observa que la Corte ha tenido en cuenta su papel no solo como órgano jurisdiccional internacional que resuelve controversias jurídicas dentro de los límites de su competencia, sino más ampliamente como principal órgano judicial de las Naciones Unidas³. Así parece sugerirlo la propia providencia al reiterar «*its own responsibilities [de la Corte] in the maintenance of international peace and security as well as in the peaceful settlement of disputes under the Charter and the Statute of the Court*»⁴.

Dicho papel, más relevante si cabe en fase de medidas provisionales⁵, explica además ciertas afirmaciones audaces vertidas en los párrafos introductorios, algunas de las cuales rozan el límite de la competencia de la Corte. Un ejemplo aparece ya en el primer párrafo de la sección introductoria, donde la Corte afirma ser muy consciente de la extensión de la «*human tragedy that is taking place in Ukraine*» y se muestra «*deeply concerned about the continuing loss of life and human suffering*»⁶. Aún más allá va el párrafo siguiente, en el que la Corte llega a explicar que se encuentra «*profoundly concerned about the use of force by the Russian Federation in Ukraine, which raises very serious issues of international law*», por lo que estima necesario enfatizar que «*all States must act in conformity with their obligations under the United Nations Charter and other rules of international law, including international humanitarian law*»⁷.

Ahora bien, más allá de las importantes medidas ordenadas por la Corte, y de las citadas críticas (más o menos veladas) tanto a la agresión rusa como

utilizará el español en el texto principal y en las explicaciones en notas al pie, salvo para las referencias formales.

² La tercera medida ha sido adoptada por unanimidad.

³ SHAW, M. N., *Rosenne's Law and Practice of the International Court*, The Hague, Brill Nijhoff, 2016, vol. I, párr. 33 (versión online).

⁴ *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 16 March 2022, pendiente de publicación, párr. 18.

⁵ ANCELIN, J., «La Cour Internationale de Justice face à la situation en Ukraine: la quête de l'équitable. Observations à propos de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires du 19 avril 2017 dans l'Affaire de l'application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale», *AFDI*, 2017, vol. LXIII, pp. 177-203, esp. p. 203; KOLB, R., *The International Court of Justice*, Oxford-Portland, Hart Publishing, p. 638; ROSENNE, S. H., *Provisional Measures in International Law. The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2005, p. 222. En una dirección contraria fue la opinión individual del presidente JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA en el asunto *Aegean Sea Continental Shelf*, *Interim Protection*, Order of 11 September 1976, pp. 15-16.

⁶ *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, párr. 17.

⁷ *Ibid.*, párr. 18.

a los métodos de guerra utilizados, queda preguntarse por el recorrido de la demanda ucraniana ante la Corte⁸. La providencia considera cumplidos todos los criterios por la jurisprudencia de la Corte para decretar medidas provisionales. En efecto, la Corte afirma tener competencia *prima facie* sobre la demanda ucraniana, considera que los derechos cuya protección es invocada por Ucrania mediante medidas provisionales son «plausibles» (*plausible*), identifica un vínculo entre dichos derechos y las medidas solicitadas a la Corte, y acepta tanto la existencia de «riesgo de perjuicio irreparable» (*risk of irreparable prejudice*) para los citados derechos como la urgencia de la situación.

Sin embargo, como es sabido, en fase de medidas provisionales los estándares son más laxos, y hay más espacio para que la oportunidad module la relevancia de las consideraciones técnicas⁹. En este sentido, la providencia de la Corte es indudablemente oportuna. Sin embargo, no disipa las incertidumbres que encierra la demanda ucraniana, y que tendrán que pasar el filtro de una posible sentencia sobre excepciones preliminares. Dicho filtro no ha sido formalmente activado todavía por la propia Corte a pesar de la facultad que le otorga el art. 79.1 del Reglamento¹⁰; mediante providencia de 23 de marzo de 2022, la Corte ha establecido un plazo de seis meses para que cada una de las partes envíe sus escritos procesales (memoria y contramemoria)¹¹. Sin embargo, a nadie se le escapa que el demandado —hasta el momento, ausente del procedimiento y con al menos uno de sus abogados dimitido—¹², se acabará oponiendo a la competencia de la Corte.

De hecho, la Federación Rusa ya ha anticipado su postura en un escrito remitido a la Secretaría de la Corte el 7 de marzo de 2022, pocas horas después de que se cerraran las audiencias orales relativas a las medidas provisionales¹³. En esencia, el escrito plantea el problema de las demandas basadas

⁸ Podría plantearse cuál es el recorrido práctico de la providencia de la Corte en términos de influencia en el conflicto: a fin de cuentas, más que razonamientos jurídicos, lo que Ucrania necesita son resultados militares. Lamentablemente, los hechos no demuestran ni un ápice de influencia de la providencia en la conducta rusa. No es esta precisamente una excepción en controversias relativas a una situación de conflicto armado (piénsese en la República Democrática del Congo o Bosnia-Herzegovina).

⁹ LANDO, M., «Plausibility in the Provisional Measures Jurisprudence of the International Court of Justice», *LJIL*, vol. 31, núm. 3, pp. 641-668, esp. pp. 662-664.

¹⁰ Según esta disposición (en su versión actual), «[f]ollowing the submission of the application and after the President has met and consulted with the parties, the Court may decide, if the circumstances so warrant, that questions concerning its jurisdiction or the admissibility of the application shall be determined separately». El hecho de que la Corte no haya activado dicho mecanismo puede deberse a la ausencia rusa del procedimiento.

¹¹ *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 23 March 2022*, pendiente de publicación. Durante el verano de 2022, cuatro estados (Letonia, Lituania, Nueva Zelanda y el Reino Unido) han solicitado intervenir en procedimiento sobre la base del art. 63 del Estatuto de la Corte. Por su parte, la Unión Europea ha remitido información a la Corte sobre la base del art. 34.2 del Estatuto y el art. 69.2 del Reglamento de la Corte.

¹² PELLET, A., «Open Letter to my Russian Friends: Ukraine is Not Crimea», *EJIL Talk!*, 3 de marzo de 2022, disponible en <https://www.ejiltalk.org/>.

¹³ Una estrategia procesal muy cuestionable. La Corte fue ciertamente comprensiva con la situación al aceptar el escrito ruso. En sus propias palabras, «[T]hrough formally absent from the proceedings, non-appearing parties sometimes submit to the Court letters and documents in ways and by means not contemplated by its Rules [...] It is valuable for the Court to know the views of both parties in whatever

en una cláusula compromisoria con un componente jurídico, más o menos relacionado con el objeto de la controversia, que va más allá del contenido de dicha cláusula. En otras palabras, se plantea la cuestión de determinar en qué medida el demandante intenta hacer pasar por el filtro de una cláusula compromisoria una controversia cuyo alcance jurídico excede el contenido del tratado en cuestión. En este caso, el componente ajeno a la Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio («Convención sobre genocidio») es obviamente la legalidad de la agresión rusa a Ucrania.

El presente trabajo tiene por objeto abordar esta cuestión (cada vez más presente en la jurisprudencia de tribunales internacionales y arbitrales) en relación con la demanda ucraniana. Para ello, en el segundo apartado se examinan los diferentes componentes tanto de la argumentación ucraniana ante la Corte, como de la respuesta rusa y del razonamiento de la Corte en la providencia de 16 de marzo de 2022. El tercer apartado repasa varios hitos importantes en la jurisprudencia de la Corte, así como de otros tribunales internacionales, que explican el método a seguir para analizar controversias con un componente «ajeno» a la cláusula compromisoria invocada por el demandante. Basándose en este análisis, el cuarto apartado analiza los dos puntos clave que sustentan la demanda ucraniana: las pretensiones relativas a la ausencia de genocidio en el Donbás, y las alegaciones relativas al uso de la fuerza y el reconocimiento de repúblicas por parte del demandado. La última sección resume las conclusiones.

Se ha de aclarar que el análisis abordado en estas líneas es prospectivo, y por ende provisional. Habrá que esperar al desarrollo del procedimiento para observar cómo las partes desarrollan sus argumentos sobre la competencia de la Corte, que pueden no solo afinar, sino también variar.

2. LOS ARGUMENTOS PLANTEADOS Y LA DECISIÓN DE LA CORTE

En esta sección se identifican los principales argumentos planteados por Ucrania ante la Corte, se explica la respuesta rusa en su escrito presentado de forma intempestiva, y se aborda el razonamiento de la Corte en su providencia de 16 de marzo de 2022. No se trata aquí de realizar un repaso exhaustivo de todos los argumentos planteados o expuestos, sino de resaltar los elementos más relevantes para nuestro análisis, que se centra en la cuestión de la competencia *ratione materiae* de la Corte. La relación de argumentos y citas jurisprudenciales es más bien descriptiva.

form those views may have been expressed [...] The Court will therefore take account of the document communicated by the Russian Federation on 7 March 2022 to the extent that it finds this appropriate in discharging its duties» [Escrito de la Federación Rusa enviado a la Secretaría de la Corte el 7 de marzo de 2022 («Escrito de la Federación Rusa»), párr. 22]. Es de suponer que Ucrania habrá tenido la oportunidad de responder al escrito en aplicación del art. 56.2 del Reglamento de la Corte; si es así, el contenido de la respuesta ucraniana no se ha publicado todavía en la web de la Corte.

2.1. El doble (o triple) componente de la argumentación ucraniana

La demanda ucraniana es clara en cuanto al doble componente de sus pretensiones: por un lado, las reclamaciones rusas según las cuales se han producido actos de genocidio en los territorios (*oblast*) de Donetsk y Luhansk (las dos autoproclamadas repúblicas reconocidas por el demandado), y por otro, la invasión de Ucrania con fundamento en esta alegación¹⁴.

En relación con el primer componente, Ucrania explica que no hay «*factual basis for the existence of genocide [...] and Russia has advanced no evidence to substantiate its allegation*»¹⁵, y critica que «*Russia has turned the Genocide Convention on its head - making a false claim of genocide as a basis for actions on its part that constitute grave violations of the human rights of millions of people across Ukraine*»¹⁶. Para ello, se refiere a la ausencia de mención a esta cuestión en varios informes del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos relativos a la situación en Ucrania¹⁷. En términos jurídicos, Ucrania invoca los arts. I, II y III de la Convención, que en esencia establecen la obligación general de prevenir y sancionar el delito de genocidio, y definen el término y las formas de atribución de responsabilidad individual. El razonamiento utilizado para sustentar esta parte de la argumentación indica, en términos generales, que «*[t]he duty to prevent and punish genocide enshrined in Article I of the Convention necessarily implies that this duty must be performed in good faith and not abused*»¹⁸. El párr. 1 del *petitum* es, en todo caso claro: Ucrania solicita a la Corte que declare que no ha habido genocidio en Donetsk y Luhansk¹⁹.

En cuanto al segundo componente que fundamenta la argumentación ucraniana, el demandante argumenta, sobre la base de las mismas disposiciones citadas anteriormente, que «*one Contracting Party may not subject another Contracting Party to unlawful action, including armed attack, especially when it is based on a wholly unsubstantiated claim of preventing and punishing genocide*»²⁰. En el *petitum*, Ucrania reclama que la Corte declare, primero en términos generales, y luego específicamente en referencia a la invasión rusa, que la Convención sobre genocidio no puede fundamentar actuaciones cuyo fin es la prevención o la sanción del delito de genocidio cuando dichas actuaciones se basen en alegaciones falsas²¹.

Por último, existe un tercer componente en la demanda que solo aflora en el *petitum*: la reclamación a la Corte de que declare que la Convención sobre

¹⁴ *Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court on 26 February 2022 (Ukraine v. Russian Federation)*, párr. 8.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 21.

¹⁶ *Ibid.*, párr. 24.

¹⁷ *Ibid.*, párrs. 21-22.

¹⁸ *Ibid.*, párr. 27.

¹⁹ Ciertas partes de la demanda parecen sugerir que Ucrania acusa a Rusia ante la Corte de estar cometiendo un genocidio en Ucrania, si bien no tienen reflejo en el *petitum* (véase *ibid.*, párr. 24).

²⁰ *Ibid.*, párr. 28.

²¹ *Ibid.*, párrs. 30.b) y d).

genocidio no puede fundamentar el reconocimiento de las llamadas República Popular de Donetsk y Luhansk²².

Ucrania amplía varios aspectos de su argumentación en sus alegaciones relativas a las medidas provisionales. Por ejemplo, el escrito de solicitud de dichas medidas explica, en relación con la competencia *prima facie* de la Corte, que existe una triple controversia entre las partes: la primera, relativa a la base fáctica del genocidio invocado por la Federación Rusa; la segunda, relativa a la existencia de «*lawful basis to take military action in and against Ukraine to prevent and punish genocide pursuant to Article I of the Genocide Convention*»; la tercera se basa en el art. VIII de la Convención y tiene por objeto determinar la legalidad del uso de la fuerza por parte del demandado²³.

En línea con esta definición de la controversia, el escrito reitera los argumentos relativos a la buena fe y la imposibilidad de someter a otro Estado parte en la Convención sobre genocidio a un ataque armado basado en alegaciones «prefabricadas»²⁴. En relación con el art. VIII, el escrito indica que la propia Corte ha reconocido en su sentencia relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, que «*it is clear that every State may only act within the limits permitted by international law*»²⁵.

Durante las audiencias orales, Ucrania aportó más elementos fácticos para apoyar su razonamiento, por ejemplo, al repasar ocho años de relaciones entre ambas partes a fin de demostrar que las «grotescas» alegaciones de genocidio del presidente Putin en su discurso de 24 de febrero de 2022 forman parte de una controversia de larga data²⁶. También expandió sus ar-

²² *Ibid.*, párr. 30.c).

²³ De acuerdo con el art. VIII, «[t]oda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que estos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el art. III». Esta disposición solo es citada fugazmente en el escrito de demanda. En fase de medidas provisionales, Ucrania plantea que este aspecto de la controversia concierne la cuestión de determinar si la Federación Rusa «*may take such military steps unilaterally when that article provides that Contracting Parties may call upon "the competent organs of the United Nations to take such action under the Charter of the United Nations as they consider appropriate for the prevention and suppression of acts of genocide", and Russia is not acting in a manner permitted by the Charter of the United Nations*» (*Request for the Indication of Provisional Measures Submitted by Ukraine*, 26 de febrero de 2022, párr. 7).

²⁴ *Request for the Indication of Provisional Measures Submitted by Ukraine*, párr. 14.

²⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Judgment*, *ICJ Reports 2007*, p. 221, párr. 430. En este sentido, Ucrania alega que «*Russia's military action against a sovereign State based on a manifestly false claim of genocide is not consistent with either the Convention, or the provisions of the Charter referred to in Article VIII of the Convention, and thus exceeds the limits permitted by international law*» [*Request for the Indication of Provisional Measures Submitted by Ukraine*, párr. 15. Véase también CR 2022/05, p. 29, párr. 50 (Thouvenin) (énfasis original)].

²⁶ CR 2022/05, pp. 20-25, paras. 14-32 (Thouvenin). También repasó con más detalle la situación en Donetsk y Luhansk a fin de demostrar la ausencia de genocidio, incluso en relación con los hechos acaecidos una vez comenzado el conflicto armado [CR 2022/05, pp. 31-36, párrs. 7-24 (Zionts)].

gumentos relativos a la contradicción entre las actuaciones rusas y el objeto y el fin de la Convención sobre genocidio, por ejemplo al citar el siguiente párrafo de la Opinión consultiva de 1951 relativa a las *Reservas a la Convención sobre Genocidio*:

«[t]he Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose. It [was] indeed difficult to imagine a convention that might have this dual character to a greater degree, since its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality. In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention [minúscula en el original]. Consequently, in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties. The high ideals which inspired the Convention provide, by virtue of the common will of the parties, the foundation and measure of all its provisions»²⁷.

En relación con el uso de la fuerza, Ucrania estableció paralelismos con la sentencia en el asunto *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)*, donde la Corte indicó que «while the United States might form its own appraisal of the situation as to respect for human rights in Nicaragua, the use of force could not be the appropriate method to monitor or ensure such respect»²⁸. Y en relación con la buena fe, Ucrania recordó que dicho principio «obliges the Parties to apply it [el tratado en cuestión] in a reasonable way and in such a manner that its purpose can be realized»²⁹.

Hasta aquí en lo que respecta a los argumentos de hecho y de derecho que interesan a efectos de este trabajo. En cuanto a las medidas específicas solicitadas, estas consisten en ordenar al demandado tres medidas que, en esencia, son muy similares a las tres medidas finalmente ordenadas por la Corte³⁰. Con dos excepciones, sin embargo. En primer lugar, la tercera medida reclamada por Ucrania (que la Corte ordene a la Federación Rusa abstenerse de cualquier acto que agrave el procedimiento) recibió una respuesta más amplia de la Corte, también dirigida hacia el demandante. Ello sigue la línea de

²⁷ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951*, p. 23 [énfasis añadido por Ucrania en CR 2022/05, p. 39, párr. 6 (Cheek)].

²⁸ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986*, p. 134, párrs. 267-268.

²⁹ *Gabčíkovo-Nagymaros Project, Hungary/Slovakia, ICJ Reports 1997*, pp. 78-79, párr. 142 [citado en CR 2022/05, p. 44, párr. 21 (Cheek)]. Ucrania también reitera sus argumentos relativos al art. VIII de la Convención sobre genocidio [CR 2022/05, p. 47, párr. 34 (Cheek)]. A la hora de demostrar que la solicitud ucraniana de medidas provisionales cumple con el requisito de urgencia de la situación, Ucrania invoca los hechos comunicados a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional como constitutivos de crímenes de guerra, y explica en detalle las consecuencias humanitarias y medioambientales del conflicto [CR 2022/05, pp. 49-55, paras. 7-23 (Gimblett)].

³⁰ Véase la introducción a este trabajo. La lista de las medidas solicitadas por Ucrania al final de las audiencias orales puede encontrarse en CR 2022/25, p. 70, párr. 9 (Zolotaryova).

su jurisprudencia habitual³¹. En segundo lugar, Ucrania también reclama a la Corte que obligue al demandado a enviar un informe a la Corte una semana después de la providencia, y subsiguientemente en intervalos regulares³². Esta petición no fue aceptada.

2.2. La argumentación rusa: entre la definición del objeto de la controversia y la competencia *ratione materiae* de la Corte

El escrito remitido por la Federación Rusa ante la Corte presenta algunos elementos novedosos en relación con el discurso del presidente Putin de 24 de febrero de 2022. Respecto de este último, es interesante observar cómo, aunque su contenido jurídico sea más que cuestionable, el presidente Putin no dejó de invocar el Derecho internacional para justificar las actuaciones rusas³³: todo por el Derecho internacional, pero sin el Derecho internacional, como hace años afirmara Paz Andrés Sáez de Santamaría respecto de la agresión de la OTAN a Kosovo³⁴.

La argumentación rusa se centra ahora en la competencia *prima facie* de la Corte, y de manera incidental, en la definición de la controversia entre las partes. Como era de esperar, el demandado considera que la Corte «*ought not to indicate measures for the protection of any dispute rights other than those which might ultimately form the basis of a judgment in the exercise of the jurisdiction, thus prima facie established*»³⁵. En este sentido, explica que la Convención sobre genocidio «*does not regulate either the use of force between States or the recognition of States*»³⁶. Más concretamente, la Federación Rusa alega que

«[t]he reference to prevention in Article I of the Convention or the reference to the United Nations Charter in Article VIII of the Convention can neither make the United Nations Charter part of the Convention, thus, bringing issues related to Article 51 under the Court's jurisdiction, nor make Article IX of the Convention "a general provision for the settlement of disputes" by the Court [...] Nowhere in the Convention may one find any reference to the use of force between States or recog-

³¹ Véase, entre otras muchas, *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 19 April 2017, ICJ Reports 2017*, pp. 140-141, para. 2 de la parte dispositiva. La línea no es unánime: véase *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, ICJ Reports 2020*, p. 30, párr. 86.

³² Para una justificación de esta reclamación, véase CR 2022/05, pp. 66-67, párrs. 33-35 (Koh).

³³ MILANOVIC, M., «What is Russia's Legal Justification for Using Force against Ukraine?», *EJILTalk!*, 24 de febrero de 2022, disponible en <https://www.ejiltalk.org/>.

³⁴ ANDRÉS SÁEZ DE SANTAMARÍA, P., «Kosovo. Todo por el Derecho Internacional pero sin el Derecho Internacional», *Meridiano CERI*, agosto de 1999, núm. 28, pp. 4-8. Se entiende que el paralelismo se aplica a pesar de las importantes diferencias entre ambos contextos, que no es necesario explicar aquí.

³⁵ Escrito de la Federación Rusa, párr. 9. La referencia es *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Provisional Measures, Order of 13 September 1993, ICJ Reports 1993*, p. 325, párr. 36.

³⁶ Escrito de la Federación Rusa, párr. 10.

nitition of States, which are regulated by the United Nations Charter and customary international law. To read them into the Convention by implication would be to substantially amend and distort the object and purpose of the Convention»³⁷.

Lo más novedoso viene a continuación, cuando la Federación Rusa alega que su conducta se encuentra justificada por el derecho de legítima defensa recogido en el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas («CNU») y el Derecho consuetudinario³⁸. Para ello cita la carta remitida por su representante permanente al secretario general de la Organización y al Consejo de Seguridad, con fecha del día de la invasión³⁹. El discurso del presidente Putin no había invocado razonamiento alguno en estos términos. Sí que mencionaba, como ahora reitera el escrito ruso remitido a la Secretaría de la Corte, que el reconocimiento de las Repúblicas de Donetsk y Lugansk se basa en el derecho a la libre determinación de los pueblos⁴⁰. Finaliza el escrito solicitando a la Corte que rechace las medidas provisionales solicitadas por Ucrania⁴¹.

2.3. La providencia de la Corte: conclusión previsible

Amén de las importantes afirmaciones introductorias reproducidas con anterioridad en este trabajo, la providencia de la Corte comienza con una crítica a la ausencia del demandado durante las audiencias orales, como recientemente hiciera también en el asunto del *Laudo Arbitral de 3 de octubre de 1899 (Guayana c. Venezuela)*⁴². En cuanto a la competencia *prima facie*, la Corte parece seguir el camino de providencias recientes, en el sentido de centrar su razonamiento en determinar la existencia de una controversia entre las partes «relativa a la interpretación, aplicación o ejecución» de la Convención sobre genocidio. En la práctica, esta operación se limita a constatar la existencia de un desacuerdo entre las partes que se concreta en las referencias (más o menos detalladas) al objeto de la controversia durante los intercambios mantenidos entre las partes con anterioridad a la demanda. Siguiendo la jurisprudencia de la Corte, dichas referencias deben hacerse «*with sufficient clarity to enable the State against which a claim is made to ascertain that there is, or may be, a dispute with regard to that subject-matter*»⁴³.

En otros términos, la providencia de la Corte no entra de lleno a analizar si esta tiene o no competencia *ratione materiae*, aunque sea a nivel *prima facie*. Ciertamente, la providencia explica que «[a]t the stage of making an

³⁷ *Ibid.*, párrs. 11-12.

³⁸ *Ibid.*, párr. 15.

³⁹ *Ibid.*, párrs. 15-16.

⁴⁰ *Ibid.*, párrs. 18-19.

⁴¹ *Ibid.*, párr. 24.

⁴² *Allegations of Genocide*, párrs. 21-23. La referencia es *Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment, ICJ Reports 2020*, p. 464, párr. 25.

⁴³ *Allegations of Genocide*, párrs. 35-46, esp. párr. 44. La referencia es *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, *Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2011 (I)*, p. 85, párr. 30.

order on a request for the indication of provisional measures, the Court's task is to establish whether the acts complained of by Ukraine appear to be capable of falling within the provisions of the Genocide Convention». ⁴⁴ Pero el razonamiento seguido en los párrafos siguientes no sigue esa línea, dejando así los argumentos relativos a esta cuestión para el análisis de la plausibilidad de los derechos que la Corte debe proteger en fase de medidas provisionales. No es la providencia que nos ocupa un ejemplo aislado de esta manera de proceder, pero tampoco representa toda la jurisprudencia de la Corte (que, en todo caso, sí se detiene a considerar el cumplimiento de las condiciones procedimentales requeridas por el tratado de autos) ⁴⁵. La cuestión puede ser explicada en parte por la ausencia de Rusia del procedimiento.

A modo precisamente de enlace con la cuestión de la plausibilidad, se ha de subrayar que la providencia responde a un argumento que, es de esperar será invocado en fases posteriores del procedimiento. Se trata de la tesis según la cual, al existir una controversia entre las partes relativa al uso de la fuerza por parte del demandado, la Corte no puede ejercer su competencia, al no extenderse esta ni al art. 51 de la CNU ni a la prohibición del uso de la fuerza en Derecho consuetudinario. Aquí la Corte recuerda que «*certain acts or omissions may give raise to a dispute that falls within the ambit of more than one treaty*», por lo que «*[t]he above-referenced assertion of the Russian Federation does not therefore preclude a prima facie finding by the Court that the dispute presented in the Application relates to the interpretation, application or fulfilment of the Genocide Convention*» ⁴⁶.

Pasando ya a la plausibilidad, el estándar de la Corte se define en los siguientes términos: «*The Court is not called upon to determine definitively whether the rights which Ukraine wishes to see protected exist; it need only*

⁴⁴ *Allegations of Genocide*, párr. 43 (énfasis añadido).

⁴⁵ Véanse, entre otros asuntos recientes en los que la competencia *ratione materiae* basada en una cláusula compromisoria fue cuestionada en fase de medidas provisionales y la Corte se centró en analizar los intercambios entre las partes previos a la demanda, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbaijan), Provisional Measures, Order of 7 December 2021*, pendiente de publicación, párrs. 19-29; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia), Provisional Measures, Order of 7 December 2021*, pendiente de publicación, párrs. 19-28.

Como ejemplos de lo contrario, véanse las providencias en los asuntos *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Provisional Measures, Order of 3 October 2018*, *ICJ Reports 2018*, pp. 635-636, párr. 43, donde la Corte sí analizó la existencia en el tratado de los derechos invocados por el demandante, en respuesta a los argumentos estadounidenses relativos a esta cuestión. En *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, la Corte dejó expresamente abierta la cuestión de la interpretación del art. 1.1 de la Convención invocada en aquel asunto, cuestión que sería determinante en fase de excepciones preliminares (*Provisional Measures, Order of 23 July 2018*, *ICJ Reports 2018*, p. 417, párr. 27). Finalmente, en *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, la Corte analizó, entre otras cuestiones, el contenido del art. 4 de la Convención de Palermo y su relación con otras disposiciones de ese tratado (*Provisional Measures, Order of 7 December 2016*, *ICJ Reports 2016*, p. 1160, párr. 48).

⁴⁶ *Allegations of Genocide*, párr. 46. La referencia es *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Preliminary Objections, Judgment of 3 February 2021*, pendiente de publicación, párr. 56.

decide whether the rights claimed by Ukraine on the merits, and for which it is seeking protection, are plausible»⁴⁷. En relación con el art. I de la Convención sobre genocidio, la Corte explica que la obligación de «prevenir y sancionar» el delito de genocidio debe ser aplicada de buena fe, «*taking into account other parts of the Convention, in particular Articles VIII and IX, as well as its Preamble*»⁴⁸. Luego de reiterar el contenido de ambas disposiciones, la Corte acepta la tesis ucraniana según la cual todo Estado que actúe en cumplimiento de la obligación de prevenir el genocidio «*may only act within the limits permitted by international law*»⁴⁹.

Aún más, la Corte añade que «*[t]he acts undertaken by the Contracting Parties “to prevent and to punish” genocide must be in conformity with the spirit and aims of the United Nations, as set out in Article 1 of the United Nations Charter*»⁵⁰. Teniendo en cuenta que, en esta fase procesal, «*[t]he Court is not in possession of evidence substantiating the allegation of the Russian Federation that genocide has been committed on Ukrainian territory*»⁵¹, y de que (afirmación más relevante aún), «*it is doubtful that the Convention, in light of its object and purpose, authorizes a Contracting Party’s unilateral use of force in the territory of another State for the purpose of preventing or punishing an alleged genocide*»⁵², la Corte estima cumplido el criterio de la plausibilidad⁵³.

La providencia viene acompañada de cinco declaraciones (dos disidentes) y una opinión individual, que se resumirán en términos muy breves sin perjuicio de otras referencias posteriores. El vicepresidente Gevorgian se centra en la ausencia de competencia *ratione materiae* de la Corte en este caso. El juez Bennouna muestra sus simpatías por la demanda ucraniana, pero también cuestiona dicha competencia. La jueza Xue se centra en la, a su juicio, falta de plausibilidad de la demanda ucraniana debido al propósito último de esta: cuestionar la legalidad del uso de la fuerza por parte de la Federación Rusa. El juez Robinson expone los motivos por los que ha votado a favor de la providencia, incluidos los temas tratados en las tres opiniones anteriores. El juez Nolte se centra en la diferencia entre el presente asunto y los relativos a la *Legalidad del uso de la fuerza* que la antigua Serbia y Montenegro (actual Serbia, entonces llamada República Federal de Yugoslavia) planteó contra

⁴⁷ *Allegations of Genocide*, párr. 51.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 56.

⁴⁹ *Ibid.*, párr. 57.

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 58.

⁵¹ *Ibid.*, párr. 59.

⁵² *Ibid.*

⁵³ En relación con el resto de criterios necesarios para ordenar medidas provisionales, se indicará únicamente que la Corte aplica el conocido criterio de la «vulnerabilidad» de las víctimas (en este caso, la población civil ucraniana víctima del conflicto armado). En controversias relativas a la protección de derechos individuales o colectivos, dicho criterio modula tanto la determinación de la existencia de riesgo de daño irreparable como la urgencia de la situación. Para justificar su razonamiento, la Corte citó pasajes relevantes de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, donde esta expresa su gran preocupación por la suerte de los civiles ucranianos (AGNU, A/RES/ES-11/1, 2 de marzo de 2022).

diez Estados miembros de la OTAN⁵⁴. Por último, el juez *ad hoc* Daudet se centra en la tercera medida ordenada por la Corte (la no agravación del procedimiento por las partes).

3. LA COMPETENCIA *RATIONE MATERIAE* DE LA CORTE SOBRE LA DEMANDA UCRANIANA: DOS CUESTIONES CLAVE Y VARIOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

Tal y como se desprende de los argumentos formulados ante la Corte, parece haber dos precedentes relevantes a la hora de establecer paralelismos con la demanda ucraniana. El primero afecta a la competencia *ratione materiae* (o la plausibilidad, según se mire): son los diez asuntos planteados por la antigua Serbia y Montenegro contra Estados miembros de la OTAN. Tanto jueces disidentes de como favorables a la providencia se refieren, en particular, al siguiente pasaje de la demanda planteada contra Bélgica:

«*The threat or use of force against a State cannot in itself constitute an act of genocide within the meaning of Article II of the Genocide Convention [...] in the opinion of the Court, it d[id] not appear at the present stage of the proceedings that the bombings which form the subject of the Yugoslav Application “indeed entail[ed] the element of intent, towards a group as such, required by the provision quoted above”*»⁵⁵.

Como consecuencia de este razonamiento, la Corte concluyó que no disponía de competencia *prima facie* para decretar las medidas provisionales solicitadas por Serbia y Montenegro⁵⁶.

El otro precedente afecta a la plausibilidad: *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)*. Aquí la Corte indicó que el supuesto objetivo de asegurar la protección de los derechos humanos en Nicaragua (invocado por Estados Unidos) no podía justificar las medidas adoptadas por el demandado; entre otras, el minado de puertos, la destrucción de instalaciones petrolíferas y el entrenamiento y aprovisionamiento de los «contras» nicaragüenses. Nótese que la Corte indicó en 1986 que este argumento no solo era incapaz de justificar la conducta estadounidense en términos jurídicos, sino tampoco podía «*be reconciled with the legal strategy of the respondent State, which [was] based on the right of collective self-defence*»⁵⁷. En otras palabras, la Corte consideró incoherente invocar en paralelo el ejercicio de un supuesto derecho de intervención en aras de proteger derechos humanos (como hizo el Congreso estadounidense en un informe de 1985) con la legítima defensa. En el presente caso, Rusia parece encontrarse en una situación similar, en tanto en cuanto también ha invocado en paralelo

⁵⁴ *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, ICJ Reports 1999*, en particular p. 138, párr. 40.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*, p. 138, párr. 41.

⁵⁷ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, p. 135, párr. 268.

la protección de los habitantes del Donbás contra un supuesto genocidio y la legítima defensa.

Se trata, en todo caso, de precedentes que se refieren a aspectos puntuales de la competencia *ratione materiae* de la Corte, y que no agotan la panorámica de conjunto del posible Derecho aplicable. Además, hay que tener en cuenta que el paralelismo con la sentencia *Actividades Militares y Paramilitares* ha de ser tomado con cautela, dada la divergente base de competencia entre ambos casos⁵⁸. Por ello, este apartado amplía la perspectiva del Derecho aplicable en referencia a dos cuestiones clave o «momentos» del razonamiento que tendrá que considerar la Corte en una hipotética sentencia sobre excepciones preliminares: en primer lugar, el objeto de la controversia entre las partes; y en segundo, su competencia *ratione materiae* en un sentido más estricto.

3.1. La determinación del objeto de la controversia

Como es sabido, la determinación de la existencia de una controversia es una condición esencial para la competencia de la Corte. Como es sabido también, en los últimos años la Corte ha venido afinando (muchos afirman que endureciendo)⁵⁹ su jurisprudencia relativa a esta cuestión, por ejemplo, mediante el requisito de que los intercambios entre las partes, invocados para justificar la existencia de una controversia, se refieran con suficiente claridad al objeto de esta⁶⁰. La Corte ha llegado incluso a requerir que la existencia de la controversia tenga lugar antes del planteamiento de la demanda, evitando así que este último acto pueda en sí cumplir el trámite al comunicarse el escrito de demanda a la otra parte⁶¹.

En paralelo, se ha planteado el debate relativo a la «relevancia competencial» de la determinación por un tribunal internacional del objeto de su controversia. La cuestión fue relevante en las decisiones en los laudos *Arbitraje relativo al Área Protegida de las Chagos (Mauricio c. Reino Unido)* (18 de marzo de 2015) y en *Arbitraje relativo al Mar del Sur de China (Filipinas c. China)* (29 de octubre de 2015). En el primero, el demandado argumentó que lo que Mauricio presentó como cuestiones supuestamente relativas a la

⁵⁸ En efecto, al tratar aquel de una controversia planteada ante la Corte en virtud de la cláusula facultativa del art. 36.2 del Estatuto, la Corte tenía todo el margen de maniobra posible para pronunciarse sobre esta cuestión. En el presente caso, esta cuestión no puede ser respondida por la Corte sin antes asegurarse de que entra dentro del ámbito de aplicación de la Convención sobre genocidio.

⁵⁹ Véase, entre otros, BECKER, M., «The Dispute that Wasn't there: Judgments in the Nuclear Disarmament Cases at the International Court of Justice», *Cambridge International Law Journal*, 2017, vol. 6, núm. 1, pp. 4-26.

⁶⁰ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, p. 85, párr. 30 (asunto basado en una cláusula compromisoria).

⁶¹ *Obligations concerning Negotiate Nuclear Disarmament (Islas Marshall v. India)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports 2016*, pp. 271-272, paras. 39-40 (entre las tres demandas interpuestas por las Islas Marshall que dieron lugar a una sentencia). Para un análisis más detallado, véase GARRIDO MUÑOZ, A., «Los requisitos procesales en serio: la existencia de una “controversia internacional” en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia», *REDI*, enero-junio de 2018, vol. 70/1, pp. 127-153.

aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del mar de 1982 eran en realidad una reformulación de una controversia relativa a la soberanía sobre el Archipiélago de las Chagos (cuestión sobre la cual el tribunal arbitral no tenía competencia). El tribunal arbitral concluyó que, a fin de determinar si la competencia entraba dentro del ámbito de la citada Convención, «*the Tribunal [had to] evaluate where the relative weight of the dispute lie[d]*»⁶². En el segundo laudo, el tribunal estimó que le correspondía determinar una cuestión análoga relativa al contenido de la demanda filipina, que según el demandado concernía las reclamaciones chinas de soberanía territorial sobre ciertas formaciones marítimas⁶³. El razonamiento del tribunal siguió la lógica y contenido de la sentencia de la Corte en el asunto *Obligación de negociar un acceso al mar (Bolivia c. Chile)*, que se explica a continuación.

En relación con ambos laudos al menos una autora argumentó que el filtro de la determinación del objeto de la controversia rompía con la aproximación habitual en la jurisprudencia. Dicha aproximación se centraba en determinar la competencia *ratione materiae* de la Corte con base en interpretaciones no tanto del verdadero objeto de la controversia (operación de naturaleza más bien subjetiva), sino de las disposiciones del tratado de turno (operación de naturaleza más objetiva)⁶⁴. Baste aquí señalar que, en su Sentencia de 24 de septiembre de 2015 relativa a una excepción preliminar en *Bolivia c. Chile*, la Corte no observó problema alguno en seguir esta aproximación, y por tanto, determinar el contenido de la controversia a fin de determinar el alcance de su competencia. La Corte entendió que le correspondía determinar

«*on an objective basis the subject-matter of the dispute between the parties, that is, to “isolate the real issue in the case and to identify the object of the claim...”*. To identify the subject-matter of the dispute, the Court bases itself on the application, as well as the written and oral pleadings of the parties. In particular, it takes account of the facts that the applicant identifies as the basis for its claim»⁶⁵.

Nótese que el contexto de esta sentencia divergía del planteado ahora en *Alegaciones de genocidio*, en tanto que el problema en aquella no era la com-

⁶² *Award in the Arbitration regarding the Chagos Marine Protected Area between Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Award of 18 March 2015, RIAA*, pp. 457-458, párr. 211. El tribunal concluyó que esta parte de la controversia referida por Mauritius concernía efectivamente a la cuestión de la soberanía sobre las Chagos, y por tanto excedía su competencia (*ibid.*, párr. 212).

⁶³ *The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China, Award on Jurisdiction and Admissibility of 29 October 2015, RIAA*, vol. XXXIII, pp. 61-74, párrs. 148-178.

⁶⁴ HARRIS, C., «Claims with an Ulterior Purpose: Characterising Disputes Concerning the “Interpretation or Application” of a Treaty», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2019, núm. 18, pp. 279-299.

⁶⁵ *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile), Preliminary Objection, Judgment, ICJ Reports 2015*, pp. 602-603, párr. 26. Sobre esta sentencia, véase GONZÁLEZ VEGA, J., «En busca del esquivo mar: la controversia Bolivia-Chile ante la Corte Internacional de Justicia», *REDI*, 2019, vol. 71, núm. 2, pp. 75-99 (en particular el apdo. 4, que plantea lo que a nuestro juicio es una cuestionable interpretación del objeto de la controversia, por las razones explicadas por el juez Gaja en su declaración aneja a la sentencia).

petencia *ratione materiae* de la Corte, sino una excepción recogida en el Pacto de Bogotá (base de competencia de la Corte en aquel asunto) cuya aplicación habría excluido la competencia de la Corte sobre la demanda boliviana⁶⁶. No impide ello, a nuestro juicio, aplicar esta jurisprudencia a la problemática que nos compete en estas líneas. De hecho, la sentencia *Bolivia c. Chile* reflejó en términos estructurados una línea de razonamiento de larga trayectoria, línea que Hill-Cawthorne ha definido en términos de «separabilidad» (*severability*) de los elementos de una controversia en diferentes componentes. Como demuestra esta autora, esta aproximación ha sido aceptada no solo por la CIJ, sino también por los órganos de sistema de arreglo de controversias de la Organización Mundial del Comercio y tribunales arbitrales⁶⁷. La clave consiste en «desagregar» los elementos de una controversia en diversos componentes jurídicos que pueden ser invocados ante diferentes tribunales internacionales en función de la competencia de estos; ya antes del actual conflicto armado, el caso ucraniano era un excelente ejemplo de esta estrategia procesal.

No compartimos, pues, la premisa según la cual el contenido de la controversia debe ser analizado únicamente en relación con la operación intelectual, de objetivo distinto, que consiste en determinar la competencia *ratione materiae* de la Corte⁶⁸: es lógico que la Corte, antes de analizar esta cuestión, estime necesario determinar el contenido de la controversia de autos⁶⁹, cuestión que en sí, y de manera incidental, puede encerrar el problema de determinar las pretensiones últimas del demandante (en el caso ucraniano, presuntamente, activar la competencia de la Corte en relación con la cuestión del uso de la fuerza por parte de la Federación Rusa). Otra cosa es que en la práctica haya cierto solapamiento entre ambas categorías (objeto de la controversia y determinación de la competencia *ratione materiae* en sentido tradicional), pues ambas tienen por objetivo determinar si la controversia de turno entra dentro del ámbito de la cláusula compromisoria invocada. Pero eso es inevitable⁷⁰.

⁶⁶ Se trataba de la excepción recogida en el art. VI del Tratado americano de soluciones pacíficas («Pacto de Bogotá») de 1948. De acuerdo con esta disposición, «[t]ampoco podrán aplicarse dichos procedimientos [entre ellos, la CIJ] a los asuntos ya resueltos por arreglo de las partes, o por laudo arbitral, o por sentencia de un tribunal internacional, o que se hallen regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del presente Pacto».

⁶⁷ HILL-CAWTHORNE, C., «International Litigation and the Disaggregation of Disputes: Ukraine/Russia as a Case Study», *ICLQ*, octubre de 2019, vol. 68, pp. 779-815, esp. pp. 794-800 (y las referencias en la nota 98). Como justificación, baste el siguiente pasaje de la providencia de la CIJ en materia de medidas provisionales dictada en el asunto del *Personal Diplomático y Consular en Teherán (Estados Unidos c. Irán)*: «No provision of the Statute or Rules contemplates that the Court should decline to take cognizance of one aspect of a dispute merely because that dispute has other aspects, however important» [*Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran), Provisional Measures, Order of 15 December 1979, ICJ Reports 1979*, p. 15, párr. 24].

⁶⁸ HARRIS, C., *op. cit.*, pp. 294-298.

⁶⁹ FORTEAU, M., «Regulating the Competition between International Courts and Tribunals. The Role of *Ratione Materiae* Jurisdiction under Part XV of UNCLOS», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2006, vol. 15, pp. 190-206, esp. p. 203.

⁷⁰ También es inevitable el mayor margen de maniobra del que disponen los tribunales internacionales a la hora de caracterizar el objeto de la controversia, en contraposición con el que disponen a la

La relevancia de la operación consistente en determinar el objeto de la controversia ha sido confirmada en la Sentencia de 3 de febrero de 2021 en materia de objeciones preliminares en el asunto *Presuntas violaciones del Tratado de amistad, relaciones económicas y derechos consulares de 1955 (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América)*⁷¹. Citado solo en parte en la providencia sobre medidas provisionales en *Alegaciones de Genocidio*, el razonamiento expuesto en aquella afirma que:

«[t]he fact that the dispute between the Parties ha[d] arisen in connection with and in the context of the decision of the United States to withdraw from the JCPOA d[id] not in itself preclude the dispute from relating to the interpretation or application of the Treaty of Amity [...] Certain acts may [have] fall[en] within the ambit of more than one instrument and a dispute relating to those acts may [have] relate[d] to the “interpretation or application” of more than one treaty or other instrument. To the extent that the measures adopted by the United States following its decision to withdraw from the JCPOA might [have] constituted breaches of certain obligations under the Treaty of Amity, those measures relate[d] to the interpretation or application of that Treaty»⁷².

Las consecuencias de este pasaje sobre la demanda ucraniana son obvias, pues en la providencia de 16 de marzo de 2022 una mayoría de jueces ha aceptado, *prima facie*, el planteamiento del objeto de la demanda tal y como ha sido formulado por Ucrania. Sin embargo, es de notar que tres jueces han planteado dudas sobre las intenciones últimas del demandante en este caso, y por ende sobre la competencia de la Corte.

3.2. La competencia *ratione materiae* de la Corte

La determinación de la competencia *ratione materiae* de la Corte es una cuestión que suscita interrogantes cada vez más relevantes.

hora de determinar su competencia *ratione materiae*. En un contexto diferente, Kolb argumentó que la noción de controversia puede convertirse en un elemento maleable que permitirá a la Corte aplicar un «*certiorari* implícito» a fin de evitar demandas que puedan dificultar su función judicial (KOLB, R., «Chronique de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice en 2016», *RSDIUE*, 2017, vol. 27, núm. 1, pp. 69-101, esp. p. 97). Ciertamente, hay ejemplos jurisprudenciales de pretensiones rechazadas por la vía de la definición del objeto de la controversia (para un ejemplo del ámbito arbitral, además del citado *Chagos*, véase *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov and Kerch Strait (Ukraine v. Russian Federation)*, PCA Case No. 2017-06, Award Concerning the Preliminary Objections of the Russian Federation, 21 de febrero de 2020, párrs. 194-198, disponible en <https://pcacases.com/web/sendAttach/9272>).

⁷¹ Según Estados Unidos, la controversia planteada por el demandante no tenía por objeto la protección de los derechos comerciales o de otra naturaleza recogidos en el Tratado de 1955, sino la legalidad conforme al Plan Integral de Acción Conjunto de las sanciones adoptadas por el presidente Trump contra la República Islámica de Irán a partir del 8 de mayo de 2016. Recordemos que el citado Plan es el acuerdo que puso fin a las sanciones contra Irán relativas a la no proliferación nuclear, y que fue avalado por la Resolución S/RES/2231 (2015) del Consejo de Seguridad (20 de julio de 2015). Ante la Corte, la República Islámica de Irán reclamó la ilegalidad de las sanciones restablecidas por Estados Unidos contra Irán. Para ello, invocó el Tratado de 1955 como base de competencia.

⁷² *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Judgment of 3 February 2021*, párr. 56.

Cuando la base de competencia por un demandante ante la Corte es un tratado internacional, la determinación del consentimiento de las partes a la competencia de la Corte depende del contenido de la cláusula compromisoria. En la práctica, las cláusulas compromisorias suelen referirse a la competencia de la CIJ en relación con la «interpretación y aplicación» del tratado en cuestión, y por ende reenvían al contenido de sus disposiciones.

Este reenvío a las disposiciones del tratado explica que la Corte defina los límites de su competencia *ratione materiae* en función de la relación que tienen los hechos de la controversia con el contenido del tratado. En sus propias palabras, «*it is necessary to ascertain whether the acts of which the applicant complains “fall within the provisions” of the treaty containing the clause*»⁷³. La formulación del estándar (que ha sufrido ciertas variaciones terminológicas) parece en principio límpida, requiriendo a lo sumo una interpretación de las disposiciones del tratado para valorar si los hechos entran dentro de su ámbito de aplicación. No es un estándar *prima facie* (como el aplicable en fase de medidas provisionales), ni tampoco un estándar que requiera una conexión «manifiesta»; es por el contrario un estándar «neutro» desde el punto de vista de la intensidad de la relación entre hechos y tratado.

En la práctica, se producen ciertas complicaciones derivadas de la relación entre el estándar articulado por la Corte y el fondo del asunto; en otras palabras, entre la calificación de los hechos en fase de excepciones preliminares y las pretensiones del demandante que forman parte del fondo del asunto⁷⁴. A efectos de este trabajo, se abordará una dificultad de otro orden, pero íntimamente relacionada con la anterior: la de la competencia *ratione materiae* de la Corte sobre demandas que exceden del contenido de la cláusula compromisoria. Ambas divergen en tanto en cuanto la una es tributaria de la otra: en primer lugar, la Corte debe intentar resolver la cuestión preliminar; en otras palabras, debe determinar si, a la luz de los hechos planteados por el demandante, las disposiciones del tratado en cuestión pueden ser aplicables a la controversia de autos (tal y como esta la ha definido previamente). Solo si la respuesta a esta cuestión puede predeterminar el fondo del asunto, debe entonces la Corte plantearse la cuestión del momento procesal adecuado para responderla, de acuerdo con el art. 79 ter.4 de su Reglamento⁷⁵.

⁷³ Opinión individual de la jueza Higgins en el asunto *Plataformas petrolíferas [Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)]*, *Preliminary Objection, Judgment*, ICJ Reports 1996, pp. 809-810, párr. 16].

⁷⁴ Para un análisis de esta cuestión, véase GARRIDO MUÑOZ, A., «Un posible caballo de Troya en la CERD: la noción de “origen nacional” y los límites a la competencia *ratione materiae* de la CIJ en materia de discriminación racial», en TORRECUADRA GARCÍA-LOZANO, S. y ESPÓSITO, C. (dirs.), *Los desafíos de la Corte Internacional de Justicia frente a los Derechos Humanos. III Jornadas sobre los nuevos retos de la Corte Internacional de Justicia*, Madrid, Wolters Kluwer, 2022, pp. 61-86.

⁷⁵ De acuerdo con esta disposición, «[a]fter hearing the parties, the Court shall decide upon a preliminary question or uphold or reject a preliminary objection. The Court may however declare that, in the circumstances of the case, a question or objection does not possess an exclusively preliminary character». Como han recordado los jueces Tomka y Crawford en una opinión conjunta, «the presumption is [...] in favour of a decision at the preliminary stage, rather than joinder to the merits» [*Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Preliminary Objections, Judgment*, ICJ Reports

De entre las sentencias recientes que abordan esta problemática, quizá la más relevante para el asunto que nos ocupa sea la dictada en el asunto *Inmunidades y Procedimientos Penales (Guinea Ecuatorial c. Francia)*. La demanda se basaba en parte en la Convención de Palermo contra la delincuencia organizada transnacional. Guinea Ecuatorial argumentaba, entre otras pretensiones, que los procedimientos penales por lavado de dinero iniciados en Francia contra el vicepresidente encargado de la Defensa Nacional y la Seguridad del Estado (Teodoro Nguema Obiang Mangue), así como las medidas adoptadas en relación con los citados procedimientos (incluido el embargo de un lujoso edificio parisino que, según Guinea Ecuatorial, era la sede de su embajada), constituían una violación de las inmunidades de las que se benefician, respectivamente, el Sr. Nguema Obiang Mangue y el citado edificio⁷⁶. Para ello, Guinea Ecuatorial invocaba el art. 4.1 de la citada Convención de Palermo, de acuerdo con el cual «[l]os Estados parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados».

En su sentencia sobre excepciones preliminares de 6 de junio de 2018, la Corte se decantó por la línea de argumentación planteada por Francia. Para ello, la Corte interpretó el art. 4.1 como una disposición dependiente de las obligaciones establecidas en la Convención de Palermo. En particular, la Corte explicó que el art. 4.1 «*does not impose, through its reference to sovereign equality, an obligation on States parties to act in a manner consistent with the many rules of international law which protect sovereignty in general, as well as all the qualifications to those rules*»⁷⁷. Puesto que las inmunidades invocadas por Guinea Ecuatorial (en tanto que expresión de los principios de soberanía nacional y no intervención) no fueron incluidas en la Convención de Palermo, la Corte rechazó su competencia *ratione materiae* sobre esta parte de la demanda ecuatoguineana⁷⁸. Con ello, siguió la vía trazada previamente en su providencia sobre las medidas provisionales solicitadas por Guinea Ecuatorial en este caso⁷⁹.

Lo que se planteaba en esta parte de las excepciones preliminares francesas era, en suma, la cuestión de la elasticidad de una cláusula compromisoria

2019, p. 50, párr. 9]. Para llegar a esta presunción, la opinión analizó cuidadosamente el contexto en que tuvo lugar la reforma del Reglamento de 1972 (origen del actual art. 79 ter del Reglamento) y la jurisprudencia en la materia.

⁷⁶ En el caso del Sr. Teodoro Obiang Nguema Mangue, Guinea Ecuatorial se refería a sus inmunidades personales como vicepresidente; en el caso de la supuesta Embajada, a las inmunidades de Estado. En ambos casos, Guinea Ecuatorial argumentaba que la competencia de la Corte se fundamentaba en el art. 4 de la Convención de Palermo. El demandante se refería, en particular, al párr. 1 de dicha disposición, según el cual «[l]os Estados parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados».

⁷⁷ *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, *Preliminary Objections, Judgment*, ICJ Reports 2018, p. 321, párr. 93.

⁷⁸ Cuatro jueces votaron en contra de esta conclusión de la sentencia: la vicepresidenta Xue y los jueces Sebutinde, Robinson y Kateka (este último juez *ad hoc*).

⁷⁹ *Immunities and Criminal Proceedings, Provisional Measures*, p. 1160, párr. 49.

a la hora de incorporar normas de Derecho internacional que, en este caso, se derivaban de una norma mencionada en el propio tratado. Una cuestión no muy diferente se plantea ahora en *Alegaciones de genocidio* en torno a la aplicabilidad de la Convención sobre genocidio a la legalidad del uso de la fuerza por parte de la Federación Rusa. Con una salvedad: en este caso el tratado en cuestión no hace referencia alguna a otros principios de Derecho internacional.

La cuestión de la elasticidad de las cláusulas compromisorias hunde sus raíces en jurisprudencia consolidada de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) y la CIJ, que las ha interpretado con cierta liberalidad a fin de incorporar elementos formalmente ajenos al tratado en cuestión. Por citar dos ejemplos bien conocidos, en la sentencia sobre su propia competencia en el *asunto de la Fábrica de Chorzów*, la CPIJ indicó que las cuestiones de responsabilidad internacional vinculadas a la violación del tratado aplicable en aquel caso (la Convención de Ginebra de 1922 relativa a la Alta Silesia) se encontraban bajo la competencia de la Corte, pues

«[a]n interpretation which would [have] confined the Court to simply recording that the Convention had been incorrectly applied or that it had not been applied, without being able to lay down the conditions for the re-establishment of the treaty rights affected, would [have] be[en] contrary to what would, prima facie, be the natural object of the clause; for a jurisdiction of this kind, instead of settling a dispute once and for all, would [have] le[ft] open the possibility of further disputes»⁸⁰.

Más recientemente, en el asunto de las *Plataformas Petrolíferas (República Islámica de Irán c. Estados Unidos)*, la Corte concluyó en la fase de fondo que, a efectos de determinar la legalidad de las medidas de uso de la fuerza invocadas por el demandante, era necesario analizar la aplicabilidad del derecho de legítima defensa al caso concreto. Se discutía aquí una disposición del citado Tratado bilateral de 1955 que permitía a las partes adoptar medidas *«necessary to protect [their] essential security interests»*⁸¹. De acuerdo con el demandado, dicha cuestión quedaba fuera del ámbito de aplicación de la cláusula compromisoria del Tratado de 1955. La Corte planteó el problema en los términos siguientes:

«[t]he question [was] whether the parties to the 1955 Treaty, when providing therein that it should «not preclude the application of measures [...] necessary to protect [the] essential security interests» of either party, [had] intended that such should be the effect of the Treaty even where those measures involved a use of armed force; and if so, whether they [had] contemplated, or assumed, a limitation

⁸⁰ *Factory at Chorzów (Jurisdiction)*, Judgment of 26 July 1927, PCIJ Series A, núm. 9, p. 25.

⁸¹ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, p. 811, párr. 20. La Corte sin embargo reconoció la ambivalencia de la cláusula, que en su opinión *«could be interpreted as excluding certain measures from the actual scope of the Treaty and, consequently, as excluding the jurisdiction of the Court to test the lawfulness of such measures. It could also be understood as affording only a defence on the merits»*. Para ello se refirió a su sentencia sobre el fondo en *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (p. 116, párr. 222, y p. 136, párr. 271).

*that such use would have to comply with the conditions laid down by international law»*⁸².

En su análisis, la Corte, como es sabido, se refirió entre otros al método de interpretación sistémica recogido en el art. 31.3.c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, del que infirió que

*«[t]he Court c[ould not] accept that Article XX, paragraph 1 (d), of the 1955 Treaty was intended to operate wholly independently of the relevant rules of international law on the use of force, so as to be capable of being successfully invoked, even in the limited context of a claim for breach of the Treaty, in relation to an unlawful use of force»*⁸³.

Se trata de un razonamiento que, de momento, ha quedado aislado en la jurisprudencia de la Corte. Por ejemplo, si bien en un contexto diferente, un argumento similar fue invocado de manera infructuosa por Argentina en el asunto de las *Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*⁸⁴.

En todo caso, estos dos ejemplos, junto a otros posibles, muestran la receptividad de la Corte a la premisa de extender su competencia más allá de los límites estrictos de la cláusula compromisoria, bien de manera genérica en relación con una rama concreta del Derecho internacional (*Fábrica de Chorzów*), bien de manera *ad hoc* en función de los términos del tratado (*Plataformas petrolíferas*). Ahora bien, como contrapunto a esta línea jurisprudencial se encuentra un precedente que ha sido calificado de «elemento aberrante»⁸⁵, y que sin embargo puede ser relevante en el análisis de la demanda ucraniana que nos ocupa.

En efecto, en la sentencia sobre el fondo en *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)*, el demandante alegó que la conducta estadounidense había privado de su objeto y fin a un Tratado bilateral de amistad de 1956. La Corte rechazó esta línea de razonamiento sin aportar justificación alguna. A su juicio, *«the Court does not consider that a compromissory clause of the kind included in [la cláusula compromisoria del tratado de 1956, similar a la citada cláusula de salvaguardia considerada el asunto de las Plataformas Petrolíferas], providing for jurisdiction over disputes as to its interpretation or application, would [have] enable[d]*

⁸² *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, p. 182, párr. 40.

⁸³ *Ibid.*, p. 182, párr. 41.

⁸⁴ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, ICJ Reports 2010, pp. 42-46, párrs. 55-63. Según la Corte, *«[a]rticle 41 [del Estatuto sobre el Río Uruguay de 26 de febrero de 1975, la disposición invocada por Argentina a fin de justificar la aplicabilidad de otras normas de Derecho internacional] does not incorporate international agreements as such into the 1975 Statute but rather sets obligations for the parties to exercise their regulatory powers, in conformity with applicable international agreements, for the protection and preservation of the aquatic environment of the River Uruguay»*. De acuerdo con el art. 41.a) del citado Estatuto, *«las Partes se obligan a [...] Proteger y preservar el medio acuático y, en particular, prevenir su contaminación, dictando las normas y adoptando las medidas apropiadas, de conformidad con los convenios internacionales aplicables y con adecuación, en lo pertinente, a las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales»*. A la luz del contenido de esta disposición, se entiende que la Corte concluyera que el razonamiento argentino desbordaba los límites de la cláusula compromisoria.

⁸⁵ KOLB, R. *The International*, op. cit., pp. 437-438.

the Court to entertain a claim alleging conduct depriving the treaty of its object and purpose»⁸⁶.

En otros términos, la Corte consideró que una alegación genérica relativa al objeto y fin de un tratado, no vinculada a una violación de una disposición específica de este, no puede entrar dentro del ámbito de una cláusula compromisoria como la invocada por Nicaragua en aquel asunto. Si bien se entienden las razones por las que la Corte pudo llegar a esta conclusión⁸⁷, es posible afirmar, siguiendo a Kolb, que lo que está en juego en este tipo de alegaciones es la norma consuetudinaria relativa a la conservación del objeto y fin del tratado, norma que se encuentra tan íntimamente vinculada al mismo que solo las partes en el mismo pueden darle cumplimiento⁸⁸.

4. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO: PROBANDO LA ELASTICIDAD DEL ART. IX DE LA CONVENCIÓN SOBRE GENOCIDIO

El doble componente de la demanda ucraniana al que ya nos hemos referido refleja la existencia de dos factores que, en cierto sentido, operan en direcciones opuestas. Por un lado, tanto más nos centremos en el primer componente de la demanda ucraniana, es decir, en los argumentos relativos a la ausencia de genocidio en Ucrania, tanto más cerca estaremos del ámbito de aplicación de la cláusula compromisoria de la Convención sobre genocidio. Por el contrario, tanto más nos centremos en el problema de la legalidad de las medidas adoptadas por la Federación Rusa sobre la base del supuesto genocidio en el Donbás, tanto más pondremos en cuestión la competencia *ratione materiae* de la Corte. Ciertamente, existe un elemento que permea todo el razonamiento ucraniano, como es la obligación de cumplir de buena fe con las obligaciones derivadas de la Convención sobre genocidio. Sin embargo, la cuestión de la aplicabilidad de esta se plantea en términos diferentes en función de cuál de los dos componentes de la demanda se encuentre en juego. En esta sección se analizan ambos por separado, valorándose asimismo si se encuentran entrelazados de tal forma que el rechazo de la competencia sobre uno deba extenderse necesariamente al otro.

El estudio no se detendrá a considerar si, tal y como ha planteado la Federación Rusa en su escrito de 7 de marzo de 2022, el objeto verdadero de la

⁸⁶ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, pp. 136, párr: 271.

⁸⁷ Explicadas por el juez Jennings en su opinión disidente de la sentencia *Actividades y Paramilitares en y contra Nicaragua* (p. 539): «[s]uppose hostilities, or even war, should arise between parties to an FCN treaty, then the Court under a jurisdiction clause surely does not have jurisdiction to pass upon the general question of lawfulness or otherwise of the outbreak of hostilities or of war, on the ground only that this defeated the object and purpose of the treaty; though of course it might have jurisdiction for instance to decide whether there was a “war” or hostilities, for the purposes of interpreting and applying a war clause which was a term of the treaty. If it were otherwise, there would be no apparent limit to the kinds of dispute which might in certain circumstances be claimed to come under such a jurisdiction clause».

⁸⁸ KOLB, R., *op. cit.*, p. 438.

demanda ucraniana es otro bien distinto al pretendido por el demandante. Si bien nuestro análisis es provisional, este no parece un argumento convincente⁸⁹: como se deduce de la jurisprudencia ya mencionada en este trabajo, en la práctica es difícil que un demandado consiga convencer a la Corte de que no tiene competencia *ratione materiae* debido al contenido de las que, a su juicio, son las pretensiones últimas del demandado⁹⁰. El presente caso no parece una excepción.

4.1. Primer componente: alegaciones sobre la ausencia de genocidio

Parece difícil negar que la parte de la controversia relativa a las alegaciones sobre la ausencia de genocidio concierne una cuestión relativa a la «interpretación, aplicación o ejecución» de la Convención sobre genocidio. Si bien la petición ucraniana es ciertamente excepcional (una demanda que solicita a la Corte que declare que un tratado no ha sido violado)⁹¹, ello no menoscaba la conclusión de que se encuentra en cuestión la «aplicación o ejecución» de la Convención. En este sentido, la referencia a los arts. I, II y III como sustento competencial de esta parte del *petitum* ucraniano parece justificada⁹².

Dicho esto, a estas alturas de procedimiento no está claro en qué medida este aspecto de la demanda es separable del resto de peticiones ucranianas.

⁸⁹ Para un análisis *contra*, véanse las declaraciones del vicepresidente Gevorgian y la jueza Xue relativas a la providencia en *Alegaciones de genocidio*. Para el primero, «[i]t is evident that the dispute that Ukraine seeks to bring before the Court, in reality, relates to the use of force by the Russian Federation on Ukrainian territory» (párr. 5). Para la segunda, «Ukraine's claim ultimately boils down to the very question whether recourse to use of force is permitted under international law in case of genocide» (párr. 4). Véase también la declaración del juez Bennouna, párr. 11.

⁹⁰ Incluso en *Aplicación de la Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Georgia c. Federación Rusa)*, donde el demandado invocó un argumento similar al que nos ocupa, la Corte concluyó, en referencia a los intercambios entre las partes previos a la demanda entre las fechas del 9 y el 12 de agosto de 2008 (incluido ante el Consejo de Seguridad), que dichos intercambios «expressly referred to alleged ethnic cleansing by Russian forces», y por tanto, crearon una controversia relativa a la Convención que da título al asunto. Lo hizo a pesar de reconocer que dichos intercambios «were primarily claims about the allegedly unlawful use of force» [*Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*], p. 120, párr. 113]. Ahora bien, no se puede pasar por alto que Georgia fue incapaz de demostrar la misma alegación en relación con los intercambios que tuvieron lugar entre los años noventa y el 9-12 de agosto de 2008. Claro que, desde entonces, y en vista de las tres sentencias posteriormente dictadas en los asuntos relativos a las *Obligaciones relativas a las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armas nucleares y el desarme nuclear*, los demandantes ante la Corte han tomado buena nota de cómo asegurarse de que la controversia que plantean ya existe, y es relativa al tratado invocado [*Obligations concerning Negotiate Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India)*], pp. 266-277, párrs. 25-55].

⁹¹ La declaración del vicepresidente Gevorgian cita como precedente la sentencia *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)*, *Judgment, ICJ Reports 1952*, p. 176. En este asunto, Francia reclamó a la Corte que declarara, entre otras cuestiones, que el trato ofrecido a ciudadanos estadounidenses en Marruecos, relativo a ciertas restricciones comerciales, cumplía con las exigencias de un Tratado bilateral de 1836 entre Estados Unidos y Marruecos (ICJ, *Pleadings, Oral Arguments, Documents*, vol. I, Part I, Section A, párr. 12).

⁹² *Contra*, las declaraciones del vicepresidente Gevorgian (párr. 8) y el juez Bennouna (párrs. 4-6).

Por un lado, la demanda sugiere un vínculo entre las acusaciones rusas de genocidio y el deber de las partes de cumplir con sus obligaciones de buena fe. El principio de buena fe, en este caso, puede referirse específicamente al carácter abusivo o no de las acusaciones rusas de genocidio al margen de la cuestión de la legalidad de los actos basados en dichas acusaciones⁹³. Ahora bien, por otro lado, varios puntos del *petitum* vinculan dichas acusaciones con la solicitud a la Corte de que determine, entre otras cuestiones, la legalidad de la invasión de Ucrania.

Si prevaleciera la tesis de la «separabilidad» (y hay razones para ello), la Corte tendría competencia *ratione materiae* sobre esta parte de la demanda incluso aunque aceptara una hipotética excepción preliminar rusa relativa al resto de pretensiones ucranianas. Cabría entonces preguntarse por los efectos prácticos de la demanda.

La cuestión es simple: tanto más reduzcamos la controversia a una cuestión relativa a la veracidad de las acusaciones rusas contra Ucrania, tanto más cerca estaremos de una sentencia puramente declaratoria. En efecto, ¿qué otros *remedies* (amén de constatar que dicho genocidio no se ha producido) podría decretar la Corte que no afectaran a las cuestiones que quedan fuera de su competencia, es decir a la legalidad de la invasión de Ucrania o el reconocimiento de las autoproclamadas repúblicas del Donbás (por no hablar de reparaciones)? En todo caso, la jurisprudencia de la Corte es clara en el sentido de aceptar la admisibilidad de demandas que solicitan sentencias declaratorias. Toda duda que pudiera haber a este respecto quedó zanjada en la sentencia sobre objeciones preliminares en el asunto del *Camerún del Norte* de 1963⁹⁴. E incluso aunque un autor como Lauterpacht definiera las sentencias declaratorias como «*judgments unrelated to a concrete claim for redress in respect of an alleged particular act*»⁹⁵, la jurisprudencia de la Corte es clara en el sentido de aceptar que una declaración de ilegalidad de un acto —o de su ausencia, en este caso— puede constituir una «satisfacción apropiada» de las reclamaciones de una parte ante la Corte⁹⁶. Tanto más cuanto, en el presente asunto la conexión de la demanda ucraniana con una serie de hechos concretos es obvia.

⁹³ En realidad, Ucrania no necesita una alegación basada en el principio de buena fe para apoyar esta parte de su demanda: le basta con que la Corte determine si se ha producido o no un genocidio. En otras palabras, a Ucrania le basta con centrarse en la legalidad en sus propias actuaciones, dejando al margen la buena fe de las acusaciones rusas.

⁹⁴ *Case concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment of 2 December 1963: ICJ Reports 1963*, p. 37. La Corte indicó que «[t]hat the Court may, in an appropriate case, make a declaratory judgment is indisputable».

⁹⁵ LAUTERPACHT, H., *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge, England, Grotius Publications, 1982, p. 250 (énfasis añadido).

⁹⁶ Veáse, entre otras muchas, *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), Judgment of 5 December 2011, ICJ Reports 2011*, p. 693, párr. 169 (que, en sí, es una sentencia declaratoria).

4.2. Segundo componente (y tercero escondido): uso de la fuerza y reconocimiento de repúblicas

Si se acepta el razonamiento anterior, la Corte tendría competencia *ratione materiae* al menos para valorar si Ucrania ha cometido o no un genocidio en el Donbás. En caso de una sentencia declarativa limitada a esta cuestión, cualquier otra pretensión relativa a la legalidad del uso de la fuerza por la Federación Rusa (amén del reconocimiento de Donetsk y Luhansk) quedaría formalmente fuera del ámbito de la sentencia: no solo las cuestiones relativas a la aplicabilidad del derecho de legítima defensa invocada por la Federación Rusa ante las Naciones Unidas el mismo 24 de febrero de 2022, sino también las concernientes al supuesto ejercicio de un derecho de «intervención humanitaria» en aras de frenar un genocidio (aunque la Federación Rusa nunca lo haya definido así). Correspondería a las partes deducir las consecuencias que fueran necesarias.

Ahora bien, todo análisis del caso quedaría incompleto sin considerar precisamente la competencia *ratione materiae* de la Corte sobre el segundo y tercer componente de la demanda ucraniana⁹⁷, cuestión que constituyew el nudo gordiano de las «objeciones» planteadas por el demandado ante la Corte. Sobre esta cuestión realizaremos una serie de consideraciones.

En primer lugar, no parece que ninguno de los artículos de la Convención sobre genocidio contenga obligaciones relativas a la obligación de los estados de cumplir con otras normas de Derecho internacional cuando adoptan medidas para, pretendidamente, poner fin a un genocidio. Ciertamente, en su sentencia sobre el fondo en el asunto de la *Aplicación de la Convención internacional para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia)*, la Corte indicó en relación con el art. I (como ahora recuerda en su providencia) que las partes deben actuar dentro de los límites permitidos por el Derecho internacional a la hora de prevenir un genocidio. Pero de ahí a sugerir que la legalidad (basándose en la Carta de las Naciones Unidas o el Derecho consuetudinario) de las medidas que un estado pueda adoptar para prevenir o poner fin a un genocidio sea una cuestión que entra dentro del ámbito del art. I dista un importante salto argumental⁹⁸. La Convención ciertamente establece la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para prevenir un genocidio (incluso fuera del territorio del

⁹⁷ A este argumento se puede oponer otro: la Corte, indirecta pero inevitablemente, estaría resolviendo la controversia sobre la legalidad del uso de la fuerza basado en un genocidio que no existe. Ciertamente es un argumento razonable que nos remite a la problemática analizada en HILL-CAWTHORNE, C., *op. cit.*

⁹⁸ Si bien dictada en un contexto diferente, una posible obtener a deducir de la sentencia *Guinea Ecuatorial c. Francia* es la siguiente: no se ha de deducir automáticamente que toda cuestión relativa al respeto de normas de Derecho internacional derivadas de los principios de soberanía y no intervención, presuntamente violadas en ejecución de un tratado, entran dentro del ámbito de este. Incluso cuando hay una referencia explícita a dichos principios en el tratado, como era el caso de la Convención de Palermo.

Estado)⁹⁹. Dicha cuestión puede considerarse controvertida en el presente caso. Pero el problema se presenta aquí en términos inversos a los de la demanda planteada por Bosnia, que fundamentó el razonamiento de la Corte relativo al art. I: en juego se encuentra no la ausencia, sino el exceso de actuación por el demandado, y en particular la legalidad de sus actos en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho consuetudinario.

En segundo lugar, tampoco el art. VIII parece sustentar las pretensiones ucranianas. Recordemos que, de acuerdo con esta disposición, «[t]oda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que estos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el art. III». Siguiendo el análisis de Gaja, esta disposición tiene un carácter «expositivo» (*expository*) y no añade nada a los poderes de los órganos de las Naciones Unidas ni afecta su ejercicio en relación con alegaciones de genocidio¹⁰⁰. Tampoco parece que contenga obligación alguna relativa al respeto a los poderes de los órganos de las Naciones Unidas, y en particular del Consejo de Seguridad.

En tercer lugar, al margen de las disposiciones citadas, se encuentra la protección del objeto y fin humanitario de la Convención como posible base de competencia. Se trata de un argumento, como se ha observado, aceptado en parte por la Corte al afirmar en su providencia de 16 de marzo de 2022 que «*it is doubtful that the Convention, in light of its object and purpose, authorizes a Contracting Party's unilateral use of force in the territory of another State for the purpose of preventing or punishing an alleged genocide*»¹⁰¹. Sin embargo, se recordará también que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, la privación a un tratado de su objeto y su fin no puede en sí justificar su competencia *ratione materiae* en ausencia de una disposición específica en el tratado que se aplique a la controversia¹⁰². Por ende, la argumentación ucraniana en fases subsiguientes del procedimiento tendrá que salvar este obstáculo. De un lado, Ucrania deberá demostrar que la invasión rusa menoscaba seriamente al objeto y fin de la Convención sobre genocidio. De otro, deberá persuadir a la Corte de que se desvíe de su jurisprudencia anterior al existir «motivos» para fundamentar, al menos en este caso, la competencia de la Corte respecto de una reclamación «genérica» de protección del objeto y fin de un tratado¹⁰³.

⁹⁹ Como ha indicado la Corte, «*the substantive obligations arising from Articles I and III are not on their face limited by territory. They apply to a State wherever it may be acting or may be able to act in ways appropriate to meeting the obligations in question*» (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, p. 120, párr. 183; y por referencia, p. 221, párr. 430).

¹⁰⁰ GAJA, G., «The Role of the United Nations in Preventing and Suppressing Genocide», en GAETA, P., *The UN Genocide Convention: A Commentary*, New York, Oxford University Press, 2009, pp. 397-406, esp. p. 400.

¹⁰¹ *Allegations of Genocide*, párr. 59.

¹⁰² *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports 1988*, p. 105, párr. 94.

¹⁰³ La expresión «motivos» fue utilizada en *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Preliminary Objections, Judgment, ICJ*

Por su parte, la Corte podría desarrollar la argumentación expuesta en su providencia de 16 de marzo de 2022, pues sigue existiendo un salto argumental entre, por un lado, dudar de que la Convención sobre genocidio «autorice» el uso de la fuerza a un estado en las condiciones que aquí nos ocupan (como se afirma en la providencia), y por otro concluir que dicha Convención lo «prohíbe».

En fin, a la luz de la jurisprudencia de la Corte, no parece que una conclusión diferente se desprenda de la otra reclamación basada en el principio de buena fe planteada por Ucrania: el abuso de derecho por parte de la Federación Rusa¹⁰⁴. Ciertamente, esta «doctrina» encaja mejor en la lógica de la controversia, pues la actuación rusa parece más abusar del objeto y fin humanitario de la Convención sobre genocidio que frustrarlo (si bien hay espacio aquí para el debate). Mas los obstáculos competenciales siguen siendo los mismos, pues como indicara la propia Corte en una sentencia posterior, el principio de buena fe (del que deriva la prohibición del abuso de derecho) «*is not in itself a source of obligation where none would otherwise exist*»¹⁰⁵.

5. CONCLUSIÓN

En su declaración aneja a la providencia, el juez *ad hoc* Daudet ha afirmado que «*nombreux sont ceux qui ont placé leur espoir dans la voix du droit international que porterait la Cour mondiale*»¹⁰⁶. La Corte, contrariamente a lo sucedido respecto de tantos actos de flagrante agresión habidos desde el 1 de septiembre de 1939 (que jamás se han planteado ante instancia jurisdiccional alguna), ha podido esta vez pronunciarse sobre la invasión rusa, aunque haya sido *prima facie*. Y lo ha hecho respecto de la que, a juicio de muchos, es la mayor amenaza para la paz y la seguridad internacionales desde el 9 de mayo de 1945.

Las afirmaciones vertidas por la Corte en su providencia, y sobre todo las medidas decretadas, se encuentran a la altura de las circunstancias. Sin embargo, la argumentación ucraniana viste un ropaje jurídico que no acaba de quedar bien en el contexto de la controversia entre las partes. Las razones por las que Ucrania ha debido utilizar dicho ropaje no necesitan explicación; está por ver, en todo caso, si la elasticidad de la Convención sobre genocidio

Reports 1998, p. 292, párr. 28 *in fine*. Como hemos indicado, puede haber buenos motivos para que la Corte así haga. En todo caso, ha de tenerse cautela a la hora de deducir la existencia de obligaciones de tratados cuyo objeto y fin se encuentra definido en términos amplios, como demuestra la propia sentencia *Nicaragua c. Estados Unidos* (pp. 136-138, párrs. 272-276. Véase, para más detalle, KOLB, R., *La bonne foi en droit international public*, PUF, Genève, 2000, pp. 287-288).

¹⁰⁴ Para una aplicación reciente de esta «doctrina» por la Corte, véase *Jadhav (India v. Pakistan)*, *Judgment*, *ICJ Reports 2019*, pp. 451-452, párrs. 121-124.

¹⁰⁵ *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, p. 105, párr. 94. Lo que vale en nuestro análisis para el uso de la fuerza se aplica igualmente a la pretensión ucraniana relativa a la ilegalidad del reconocimiento de Donetsk y Luhansk como repúblicas independientes.

¹⁰⁶ Declaración del juez *ad hoc* DAUDET, para. 9.

(ya comprobada en ocasiones anteriores) permite llegar al fondo del asunto. A efectos de dictar medidas provisionales, Ucrania ha logrado todos sus objetivos. Pero dado el texto, contexto y objeto y fin de la citada Convención, por un lado; y los límites establecidos en la jurisprudencia de la Corte relativos a su competencia sobre reclamaciones basadas en el principio de buena fe, por otro, Ucrania tendrá que salvar importantes obstáculos.