

238. APELACIÓN RELATIVA A LA COMPETENCIA DEL CONSEJO DE LA OACI EN VIRTUD DEL ARTÍCULO II, SECCIÓN 2, DEL ACUERDO DE 1944 RELATIVO AL TRÁNSITO DE LOS SERVICIOS AÉREOS INTERNACIONALES (BAHREIN, EGIPTO Y EMIRATOS ÁRABES UNIDOS C. QATAR)

Resumen del fallo de 14 de julio de 2020

El 14 de julio de 2020, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo en la causa referente a la *Apelación relativa a la competencia del Consejo de la OACI en virtud del artículo II, sección 2, del Acuerdo de 1944 relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales (Bahrein, Egipto y Emiratos Árabes Unidos c. Qatar)*.

La composición de la Corte fue la siguiente: Yusuf, Presidente; Xue, Vicepresidenta; Tomka, Abraham, Cançado Trindade, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Crawford y Gevorgian, Magistrados; Berman y Daudet, Magistrados *ad hoc*; Gautier, Secretario.

*

* *

La Corte comienza recordando que, el 4 de julio de 2018, Bahrein, Egipto y los Emiratos Árabes Unidos presentaron una demanda conjunta en la Secretaría de la Corte para apelar la decisión dictada el 29 de junio de 2018 por el Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) en un asunto planteado por Qatar contra esos Estados el 30 de octubre de 2017 conforme al artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales, aprobado en Chicago el 7 de diciembre de 1944. En esa decisión, el Consejo de la OACI rechazó las excepciones preliminares planteadas por los Estados demandantes en el sentido de que carecía de competencia “para resolver las reclamaciones planteadas” por Qatar en su demanda y de que las reclamaciones eran inadmisibles.

En su demanda, los Estados demandantes tratan de fundamentar la competencia de la Corte en el artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales y, por referencia, en el artículo 84 del Convenio de Chicago, interpretados en relación con los Artículos 36, párrafo 1, y 37 del Estatuto de la Corte.

A los efectos del presente fallo, los Estados demandantes se denominan colectivamente “recurrentes”. Al describir el procedimiento ante el Consejo de la OACI, se hace referencia a esos Estados como demandados ante dicho órgano.

I. Introducción (párrs. 21 a 36)*A. Antecedentes de hecho* (párrs. 21 a 26)

La Corte explica que, el 5 de junio de 2017, los Gobiernos de Bahrein, Egipto y los Emiratos Árabes Unidos, así como el de la Arabia Saudita, rompieron relaciones diplomáticas con Qatar y adoptaron una serie de medidas restrictivas relativas a las líneas de comunicación terrestres, marítimas y aéreas con Qatar, que incluían ciertas restricciones a la aviación. En virtud de estas restricciones, los recurrentes prohibieron a todas las aeronaves matriculadas en Qatar aterrizar en sus aeropuertos o salir de ellos y les negaron el derecho a sobrevolar sus respectivos territorios, incluido el mar territorial dentro de las correspondientes regiones de información de vuelo. También se aplicaban ciertas restricciones a las aeronaves no registradas en Qatar que volaban hacia y desde ese país, que debían obtener la aprobación previa de las autoridades de aviación civil de los recurrentes. Según estos últimos, esas medidas restrictivas se adoptaron en respuesta al presunto incumplimiento por parte de Qatar de sus obligaciones en virtud de determinados acuerdos internacionales en los que los recurrentes y Qatar son partes, a saber, el Acuerdo de Riad de 23 y 24 de noviembre de 2013, el Mecanismo de Aplicación del Acuerdo de Riad de 17 de abril de 2014 y el Acuerdo Suplementario de Riad de 16 de noviembre de 2014, así como de otras obligaciones derivadas del derecho internacional.

El 30 de octubre de 2017, de conformidad con el artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales, Qatar presentó una demanda y una memoria ante el Consejo de la OACI, en las que alegaba que las restricciones a la aviación adoptadas por Bahrein, Egipto y los Emiratos Árabes Unidos violaban sus obligaciones en virtud de dicho Acuerdo. El 19 de marzo de 2018, Bahrein, Egipto y los Emiratos Árabes Unidos, como demandados ante el Consejo de la OACI, plantearon dos excepciones preliminares. En la primera, argumentaron que el Consejo de la OACI carecía de competencia en virtud del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales, ya que la verdadera cuestión en disputa entre las partes implicaba asuntos que rebasaban el ámbito de aplicación de dicho instrumento, incluida la cuestión de si las restricciones a la aviación podían caracterizarse como contramedidas lícitas en virtud del derecho internacional. En la segunda, alegaron que Qatar no había cumplido el requisito previo de negociación establecido en el artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales, también reflejado en el artículo 2, apartado g), del Reglamento de la OACI para la Solución de Controversias y, en consecuencia, que el Consejo carecía de competencia para resolver las reclamaciones planteadas por Qatar o, subsidiariamente, que la demanda era inadmisibile. Mediante decisión de fecha 29 de junio de 2018, el Consejo de la OACI rechazó, por 18 votos a favor, 2 en contra y 5 abstenciones, las excepciones preliminares, que examinó como una única excepción.

El 4 de julio de 2018, los recurrentes presentaron una demanda conjunta ante la Corte para apelar la decisión del Consejo de fecha 29 de junio de 2018.

B. La función de apelación de la Corte y el alcance del derecho de apelación ante la Corte (párrs. 27 a 36)

La Corte observa que el artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales establece la competencia del Consejo de la OACI para decidir cualquier desavenencia “entre dos o más Estados contratantes sobre la interpretación o aplicación del presente Acuerdo” que no pueda “resolverse mediante negociación”. Con arreglo al Convenio de Chicago, al que se refiere el Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales, una decisión del Consejo puede ser apelada ante un tribunal de arbitraje *ad hoc* aceptado por las partes en la controversia, o ante la “Corte Permanente de Justicia Internacional”. En virtud del Artículo 37 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, “cuando un tratado o convención vigente disponga que un asunto sea sometido [...] a la Corte Permanente de Justicia Internacional, dicho asunto, por lo que respecta a las partes en este Estatuto, será sometido a la Corte Internacional de Justicia”. Por consiguiente, en virtud del artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales y del artículo 84 del Convenio de Chicago, la Corte es competente para conocer de un recurso contra una decisión del Consejo de la OACI.

La Corte observa que el artículo 84 del Convenio de Chicago (incorporado por referencia en el artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales) se titula “Solución de controversias”, mientras que el texto del artículo comienza con la expresión “si surge un desacuerdo”. En este contexto, recuerda que su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, definió una controversia como “un desacuerdo sobre un aspecto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o intereses entre dos partes”. La Corte señala que los recurrentes apelan una decisión del Consejo de la OACI sobre las excepciones preliminares que plantearon en el procedimiento seguido ante él. El texto del artículo 84 no especifica si solo son recurribles las decisiones definitivas del Consejo de la OACI sobre el fondo de las controversias que se le presentan. No obstante, la Corte resolvió esta cuestión en 1972, en la primera apelación que se le presentó contra una decisión del Consejo de la OACI, al considerar que “una apelación contra una decisión del Consejo en lo que respecta a su propia competencia debe ser, por tanto, admisible, ya que, desde el punto de vista de la supervisión por la Corte de la validez de los actos del Consejo, no hay fundamento alguno para distinguir entre supervisión en cuanto a la competencia y supervisión en cuanto al fondo” (*Apelación relativa a la jurisdicción del Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional (India c. Pakistán)* (fallo), *I.C.J. Reports 1972*, pág. 61, párr. 26). Por consiguiente, la Corte se considera competente para conocer de la presente apelación.

En cuanto al alcance del derecho de apelación, la Corte recuerda que su función de supervisión del Consejo en el ejercicio de las funciones de solución de controversias que le incumben en virtud del artículo 84 del Convenio de Chicago (incorporado por referencia en el artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales) consiste en determinar si la decisión impugnada es correcta. En la presente causa, su tarea consiste en decidir si el Consejo ha errado al desestimar las excepciones preliminares de los recurrentes a la competencia del Consejo de la OACI y a la admisibilidad de la demanda de Qatar.

II. *Motivos de apelación* (párrs. 37 a 126)

La Corte observa que no está obligada a seguir el orden en que los recurrentes invocan sus tres motivos de apelación. La Corte examina en primer lugar los motivos basados en los supuestos errores del Consejo de la OACI al desestimar las excepciones de los recurrentes (motivos de apelación segundo y tercero). A continuación, la Corte examina el motivo basado en la supuesta falta manifiesta de garantías procesales en el procedimiento seguido ante el Consejo (primer motivo de apelación).

A. *Segundo motivo de apelación: desestimación por el Consejo de la OACI de la primera excepción preliminar* (párrs. 41 a 63)

La Corte observa que, en su segundo motivo de apelación, los recurrentes afirman que el Consejo de la OACI cometió “un error de hecho y de derecho al desestimar la primera excepción preliminar [...] con respecto a la competencia del Consejo de la OACI”. Según los recurrentes, pronunciarse sobre la controversia exigiría que el Consejo decidiera sobre cuestiones que no son de su competencia, concretamente sobre la licitud de las contramedidas, incluidas “ciertas restricciones del espacio aéreo”, adoptadas por los recurrentes. Con carácter subsidiario, y por las mismas razones, sostienen que las alegaciones de Qatar son inadmisibles.

1. *Cuestión de si la controversia entre las partes se refiere a la interpretación o aplicación del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales* (párrs. 41 a 50)

La Corte debe determinar, en primer lugar, si la controversia planteada por Qatar ante el Consejo de la OACI es una desavenencia entre los recurrentes y Qatar sobre la interpretación o aplicación del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales. A tenor del artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales, la competencia *ratione materiae* del Consejo se circunscribe a este tipo de desavenencias.

La Corte observa que, en su demanda y memoria presentadas al Consejo de la OACI el 30 de octubre de 2017, Qatar solicitó al Consejo que determinara “que los demandados violaron, mediante sus acciones contra el Estado de Qatar, sus obligaciones en virtud del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales y otras normas del derecho internacional”. Además, pidió al Consejo que deplorara “las violaciones por los demandados de los principios fundamentales del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales”. Por consiguiente, Qatar solicitó al Consejo que instara a los demandados “a retirar, sin demora, todas las restricciones impuestas a las aeronaves registradas en Qatar y a cumplir sus obligaciones en virtud del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales” y “a negociar de buena fe para que en el futuro exista una cooperación armoniosa en la región que permita salvaguardar la seguridad, la protección, la regularidad y la economía de la aviación civil internacional”. En su memoria, Qatar afirmó que las partes en el Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales “se conceden mutuamente en los servicios aéreos internacionales regulares el privilegio de volar sobre su territorio sin aterrizar y el privilegio de aterrizar para fines no comerciales”. Además, afirmó que “con sus acciones

que comenzaron el 5 de junio de 2017 y que se prolongan hasta el presente, los demandados violaron la letra y el espíritu del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales” y que estaban “incumplimiento flagrantemente sus obligaciones dimanantes del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales”.

La Corte considera que la desavenencia entre las partes presentada ante el Consejo de la OACI se refiere en efecto a la interpretación y aplicación del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales y, por tanto, entra en el ámbito de aplicación del artículo II, sección 2, de dicho Acuerdo. El mero hecho de que esta desavenencia haya surgido en un contexto más amplio no priva al Consejo de la OACI de su competencia en virtud del artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales.

La Corte tampoco puede aceptar el argumento de que, dado que los recurrentes califican las restricciones a la aviación que han impuesto a las aeronaves registradas en Qatar como contramedidas lícitas, el Consejo no es competente para conocer de las reclamaciones de Qatar. Las contramedidas se encuentran entre las circunstancias que permiten excluir la ilicitud de un acto que de otro modo sería ilícito en virtud del derecho internacional, y a veces se invocan como medio de defensa. La posibilidad de que un demandado invoque una contramedida como defensa en un procedimiento sobre el fondo ante el Consejo de la OACI no tiene, en sí misma, ningún efecto sobre la competencia del Consejo dentro de los límites establecidos en el artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales.

Por consiguiente, la Corte concluye que el Consejo no erró al desestimar la primera excepción preliminar de los recurrentes en lo que respecta a su competencia.

2. *Cuestión de si las alegaciones de Qatar son inadmisibles por motivos relacionados con el principio de “oportunidad judicial” (párrs. 51 a 62)*

Desde el punto de vista de la Corte, la cuestión que se plantea es si la decisión del Consejo de la OACI de rechazar la primera excepción preliminar en lo que respecta a la admisibilidad de las reclamaciones de Qatar fue correcta. En otras palabras, la Corte debe comprobar si las reclamaciones presentadas ante el Consejo son admisibles.

La Corte observa que es difícil aplicar el concepto de “oportunidad judicial” al Consejo de la OACI. El Consejo es un órgano permanente responsable ante la Asamblea de la OACI, compuesto por representantes designados de los Estados contratantes elegidos por la Asamblea, y no por particulares que actúan de forma independiente a título personal, como es característico de un órgano judicial. Además de sus funciones ejecutivas y administrativas especificadas en los artículos 54 y 55 del Convenio de Chicago, el artículo 84 atribuyó al Consejo la función de resolver los desacuerdos entre dos o más Estados contratantes sobre la interpretación o la aplicación del Convenio y sus anexos. Sin embargo, esto no convierte al Consejo de la OACI en una institución judicial en el sentido propio del término. La Corte considera que, en cualquier caso, la integridad de la función de solución de controversias del Consejo de la OACI no se vería afectada si el Consejo examinara cuestiones ajenas a la aviación civil con el fin exclusivo de decidir

una controversia que es de su competencia en virtud del artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales. Por lo tanto, la posibilidad de que el Consejo de la OACI deba considerar cuestiones que quedan fuera del ámbito de aplicación del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales con el único fin de resolver una desavenencia sobre la interpretación o aplicación de dicho Acuerdo no haría inadmisibles las demandas en virtud de las cuales se le somete esa desavenencia.

Por consiguiente, la Corte concluye que el Consejo no erró al desestimar la primera excepción preliminar en la medida en que los demandados afirmaban la inadmisibilidad de las reclamaciones de Qatar.

*

Habida cuenta de lo anterior, la Corte considera que no puede estimarse el segundo motivo de apelación.

B. Tercer motivo de apelación: desestimación por el Consejo de la OACI de la segunda excepción preliminar (párrs. 64 a 108)

La Corte señala que, como tercer motivo de apelación, los recurrentes afirman que el Consejo de la OACI incurrió en un error al desestimar la segunda excepción preliminar que formularon como demandados ante el Consejo, en la que alegaron que el Consejo de la OACI carecía de competencia porque Qatar no había cumplido el requisito previo de negociación establecido en el artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales y que la demanda que Qatar le había planteado era inadmisibles porque no se ajustaba al artículo 2, apartado g), del Reglamento de la OACI para la Solución de Controversias.

1. El supuesto incumplimiento del requisito previo de negociación antes de la presentación de la demanda de Qatar ante el Consejo de la OACI (párrs. 65 a 99)

La Corte observa que el artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales se refiere al capítulo XVIII del Convenio de Chicago, titulado “Controversias e incumplimiento”. Este capítulo establece un procedimiento de solución de controversias que está disponible en caso de desacuerdos sobre la interpretación o la aplicación del Convenio y sus anexos. De ello se desprende que las desavenencias sobre la interpretación o aplicación del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales deben resolverse mediante el procedimiento previsto en el capítulo XVIII del Convenio de Chicago. En el artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales se especifica además que las desavenencias que deben resolverse por este procedimiento, que conlleva recurrir al Consejo de la OACI, son únicamente aquellas que “no puedan resolverse mediante negociación”. La Corte también señala que el artículo 14 del Reglamento de la OACI para la Solución de Controversias contempla que el Consejo puede invitar a las partes en una controversia a entablar negociaciones directas. Además, señala que la referencia del artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos

Internacionales a las desavenencias que “no puedan resolverse mediante negociación” es similar a la que figura en las cláusulas compromisorias de algunos otros tratados. Con anterioridad, la Corte ha estimado que varias cláusulas compromisorias de este tipo contienen requisitos previos de negociación que deben cumplirse para establecer la competencia de la Corte. Considera que esta jurisprudencia también es pertinente para la interpretación del artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales y para su aplicación a la hora de determinar la competencia del Consejo de la OACI. Por lo tanto, antes de presentar una demanda en virtud del artículo 84 del Convenio de Chicago (incorporado por referencia en el artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales), un Estado contratante debe hacer un verdadero intento de negociar con el otro Estado o los otros Estados interesados. Si las negociaciones o los intentos de negociación llegan al punto de hacerse inútiles o se estancan, eso significa que la desavenencia “no puede resolverse mediante negociación” y se cumple el requisito previo para la competencia de la OACI. En opinión de la Corte, puede realizarse un verdadero intento de negociación al margen de la diplomacia bilateral. Los intercambios que tienen lugar en el marco de una organización internacional también se reconocen como “modos establecidos de negociación internacional”.

La Corte señala que, al responder a la excepción preliminar presentada ante el Consejo de la OACI, Qatar citó una serie de comunicaciones en junio y julio de 2017 en las que instaba al Consejo a tomar medidas con respecto a las restricciones a la aviación. Estas comunicaciones se referían tanto a las restricciones a la aviación como a las disposiciones del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales que, según Qatar, resultaban aplicables como consecuencia de las restricciones. La Corte señala además que muchas de las interacciones relevantes para la cuestión de si se ha cumplido la condición previa de negociación en relación con el artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales tuvieron lugar en el contexto de la solicitud de Qatar de conformidad con el artículo 54 n) del Convenio de Chicago. Además, en algunas de estas interacciones participó la Arabia Saudita, que no es parte en la presente causa. Sin embargo, la Corte recuerda que el artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales establece que el capítulo XVIII del Convenio de Chicago será aplicable a la resolución de desavenencias en el marco de aquel de la misma manera que se aplica a la resolución de desacuerdos en el marco de dicho Convenio. Al considerar si la condición previa de la negociación se cumplió en la presente causa, la Corte considera apropiado tener en cuenta las interacciones que tuvieron lugar como consecuencia de la invocación por parte de Qatar del artículo 54 n) del Convenio de Chicago. Dichas interacciones se refieren a restricciones a la aviación que fueron adoptadas conjuntamente por cuatro Estados, incluidos los tres recurrentes, y que, según Qatar, son incompatibles con las obligaciones de los recurrentes conforme al Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales. La Corte observa además que la competencia de la OACI se extiende indudablemente a las cuestiones de sobrevuelo del territorio de los Estados contratantes, aspecto que se aborda tanto en el Convenio de Chicago como en el Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales. Las gestiones que Qatar realizó en el marco de la OACI estaban directamente relacionadas con el objeto de la desavenencia sobre la que versaba la demanda que posteriormente planteó al Consejo de la OACI en

virtud del artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales. La Corte concluye que Qatar intentó verdaderamente, en el seno de la OACI, resolver mediante negociación su desavenencia con los recurrentes sobre la interpretación y aplicación del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales.

En cuanto a la cuestión de si las negociaciones en el marco de la OACI habían pasado a ser inútiles o se habían estancado antes de que Qatar presentara su demanda ante el Consejo de la OACI, la Corte ha declarado anteriormente que la exigencia de que una controversia no pueda resolverse mediante negociaciones “no puede entenderse como una imposibilidad teórica de llegar a un acuerdo. Más bien implica que [...] ‘no existe ninguna probabilidad razonable de que nuevas negociaciones puedan llevar a un acuerdo’”. En causas anteriores, la Corte ha considerado que se cumplía el requisito previo de negociación cuando las “posiciones básicas de las partes no han evolucionado” después de varios intercambios de correspondencia diplomática o reuniones. En opinión de la Corte, la cuestión de si las negociaciones han sido suficientes es una cuestión de hecho.

La Corte observa que, antes de la sesión extraordinaria del Consejo de la OACI celebrada el 31 de julio de 2017, que se convocó en respuesta a la solicitud de Qatar, los recurrentes habían presentado un documento de trabajo en el que se instaba al Consejo a limitar cualquier debate en virtud del artículo 54 n) del Convenio de Chicago a cuestiones relacionadas con la seguridad de la aviación internacional. Durante la sesión extraordinaria, el Consejo se centró en asuntos distintos de las restricciones a la aviación que posteriormente fueron objeto de la demanda que Qatar presentó al Consejo de la OACI, prestando especial atención a los acuerdos de contingencia para facilitar el tráfico aéreo en alta mar. La Corte considera que, una vez concluida la sesión extraordinaria, la solución de la desavenencia mediante negociación en el seno de la OACI no era una posibilidad realista. La Corte también tiene en cuenta la evolución de la situación fuera de la OACI. Las relaciones diplomáticas entre Qatar y los recurrentes se habían roto el 5 de junio de 2017, simultáneamente a la imposición de las restricciones a la aviación. En estas circunstancias, la Corte considera que, a partir de la presentación de la demanda de Qatar ante el Consejo de la OACI, no había ninguna probabilidad razonable de que se llegara a una solución negociada de la desavenencia entre las partes en cuanto a la interpretación y aplicación del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales, ya fuera ante el Consejo de la OACI o en otro ámbito. La Corte también recuerda que Qatar sostiene que se enfrentaba a una situación en la que la inutilidad de la negociación era tan evidente que el requisito previo de negociación del artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales podía entenderse cumplido sin que tuviera que hacer un verdadero intento de negociar. Dado que la Corte ha constatado que Qatar efectivamente realizó un verdadero intento de negociación, que no logró resolver la controversia, no es necesario examinar este argumento.

Por las razones expuestas, la Corte considera que el Consejo de la OACI no erró al rechazar la alegación formulada por los demandados ante el Consejo de que Qatar no había cumplido el requisito previo de negociación previsto en el artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales antes de presentar su demanda ante el Consejo de la OACI.

2. *Cuestión de si el Consejo de la OACI erró al no declarar inadmisibile la demanda de Qatar sobre la base del artículo 2, apartado g), del Reglamento de la OACI para la Solución de Controversias* (párrs. 100 a 106)

La Corte señala que el artículo 2 del Reglamento de la OACI para la Solución de Controversias establece la información básica que deben contener las memorias que se adjunten a las demandas presentadas en virtud del artículo 84 del Convenio de Chicago (incorporado por referencia en el artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales), con el fin de facilitar el examen de dichas demandas por el Consejo de la OACI. Al exigir una declaración relativa a las negociaciones, el apartado g) del artículo 2 tiene en cuenta el requisito previo de negociación que figura en el artículo II, sección 2, del Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales.

La demanda y la memoria de Qatar ante el Consejo de la OACI contienen una sección titulada “Declaración relativa a los intentos de negociación”, en la que Qatar afirma que los demandados ante el Consejo de la OACI “no dieron ninguna oportunidad para que se celebraran negociaciones” sobre las restricciones a la aviación. La Secretaria General confirmó que había verificado que la demanda de Qatar se presentó “en la forma prevista en el artículo 2 del Reglamento [para la Solución de Controversias]” al remitir el documento a los demandados ante el Consejo de la OACI. La cuestión de fondo, es decir, si Qatar había cumplido el requisito previo de negociación, fue abordada por el Consejo en el marco del procedimiento de excepciones preliminares, de conformidad con el artículo 5 del Reglamento de la OACI para la Solución de Controversias.

La Corte no aprecia razón alguna para concluir que el Consejo de la OACI erró al no declarar inadmisibile la demanda que Qatar le había planteado por incumplimiento del artículo 2, apartado g), del Reglamento de la OACI para la Solución de Controversias.

*

Por las razones expuestas, la Corte no puede estimar el tercer motivo de apelación.

C. *Primer motivo de apelación: supuesta falta manifiesta de garantías procesales en el procedimiento ante el Consejo de la OACI* (párrs. 109 a 125)

La Corte recuerda que, en su primer motivo de apelación, los recurrentes alegaban que la decisión del Consejo “debería anularse por haberse dictado de resultados de un procedimiento que adolece de irregularidades manifiestas e ignora los principios fundamentales del debido proceso y el derecho a ser oído”.

La Corte señala que, en su fallo en la causa referente a la *Apelación relativa a la jurisdicción del Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional (India c. Pakistán)*, concluyó que, en el procedimiento en cuestión, el Consejo de la OACI había tomado la decisión correcta en cuanto a su competencia, que es una cuestión jurídica

objetiva. La Corte también observó que las irregularidades procesales alegadas por la recurrente no perjudicaban de manera fundamental las exigencias de un procedimiento justo. La Corte no tenía necesidad de examinar si una decisión del Consejo de la OACI que era jurídicamente correcta debía, sin embargo, ser anulada por irregularidades de procedimiento.

En la presente causa, la Corte ha desestimado los motivos de apelación segundo y tercero de los recurrentes contra la decisión del Consejo de la OACI. La Corte considera que las cuestiones planteadas en las excepciones preliminares que se presentaron al Consejo en este asunto son cuestiones jurídicas objetivas. Asimismo, considera que los procedimientos seguidos por el Consejo no perjudicaron de manera fundamental las exigencias de un procedimiento justo.

Por las razones expuestas, el primer motivo de apelación no puede ser estimado.

* *

Recordando que la Corte ya ha declarado, en su fallo en la causa referente a la *Apelación relativa a la jurisdicción del Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional (India c. Pakistán)*, que el Convenio de Chicago y el Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales otorgan a la Corte “un cierto grado de supervisión” de las decisiones del Consejo de la OACI, la Corte destaca que estará en mejores condiciones de pronunciarse sobre cualquier apelación futura si la decisión del Consejo de la OACI contiene los motivos de derecho y de hecho que explican las conclusiones a las que llega el Consejo.

III. Parte dispositiva (párr. 127)

La Corte,

1) Por unanimidad,

Desestima la apelación presentada por el Reino de Bahrein, la República Árabe de Egipto y los Emiratos Árabes Unidos el 4 de julio de 2018 contra la decisión del Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional, de fecha 29 de junio de 2018;

2) Por 15 votos contra 1,

Declara que el Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional es competente para conocer de la demanda que le presentó el Gobierno del Estado de Qatar el 30 de octubre de 2017 y que dicha demanda es admisible.

A FAVOR: Yusuf, Presidente; Xue, Vicepresidenta; Tomka, Abraham, Cançado Trindade, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Crawford, Gevorgian, Salam e Iwasawa, Magistrados; Daudet, Magistrado *ad hoc*;

EN CONTRA: Berman, Magistrado *ad hoc*.

*

El Magistrado Cançado Trindade adjunta una opinión separada al fallo de la Corte; el Magistrado Gevorgian adjunta una declaración al fallo de la Corte; y el Magistrado *ad hoc* Berman adjunta una opinión separada al fallo de la Corte.

*

* *

Opinión separada del Magistrado Cançado Trindade

1. En la causa referente a la *Apelación relativa a la competencia del Consejo de la OACI en virtud del artículo II, sección 2, del Acuerdo de 1944 relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales (ICAOB)*, el Magistrado Cançado Trindade presenta una opinión separada, compuesta de nueve partes, en la que comienza señalando que, si bien llega a las mismas conclusiones que figuran en la parte dispositiva del fallo de la Corte (ICAOB, párr. 127), lo hace sobre la base de un razonamiento distinto, en particular en lo que respecta a las llamadas “contramedidas”, que él mismo rechaza (párr. 2). Selecciona este aspecto, planteado por los Estados recurrentes, para examinar en su opinión separada la falta de fundamento jurídico de las “contramedidas” y sus efectos negativos en el derecho internacional y en la responsabilidad del Estado, y para dejar constancia de los fundamentos de su posición personal al respecto.

2. El Magistrado Cançado Trindade comienza abordando las “contramedidas” — indebidamente invocadas por los Estados recurrentes— en violación de los fundamentos del derecho de gentes y de la responsabilidad del Estado. Al recordar que “el orden jurídico internacional se basa en la justicia y no en la fuerza” (párr. 10), advierte que

“[I]as contramedidas recuerdan a la antigua práctica de las represalias y, se quiera admitir o no, se basan en la fuerza más que en la conciencia. El recurso a ellas revela el insuficiente grado de desarrollo del tratamiento de la responsabilidad del Estado” (párr. 9).

3. El Magistrado Cançado Trindade advierte además que conviene hacer hincapié no en los “medios coercitivos”, sino “en la conciencia y la primacía de la *opinio iuris communis*”, teniendo en cuenta “los fundamentos mismos de la responsabilidad internacional del Estado”; de este modo, la atención se centra “correctamente en el derecho y no en la fuerza, en la conciencia y no en la ‘voluntad’, lo que redundaría en la mayor eficacia del propio derecho internacional público” (párr. 12). En este sentido, lamenta profundamente que los Estados recurrentes hayan invocado las “contramedidas” en la presente causa ICAOB, con lo que hacen un flaco favor al derecho internacional (párr. 13).

4. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade examina en detalle las amplias y vigorosas críticas de que fueron objeto las “contramedidas” en los respectivos debates de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas (partes III y IV, respectivamente) durante el proceso de preparación (1992-2001) de los artículos de la Comisión de Derecho

Internacional sobre la responsabilidad del Estado (2001). Demuestra cómo, en esos prolongados debates, juristas de distintos continentes criticaron enérgicamente la inclusión de las “contramedidas” en tal documento.

5. Sin embargo, el Magistrado Cançado Trindade señala que, a pesar de esas críticas categóricas formuladas durante los trabajos preparatorios de las disposiciones correspondientes de ese documento, es “sorprendente y lamentable” que hubiera partidarios de incluir en él las “contramedidas”, “sin ningún fundamento jurídico”; además, el Magistrado Cançado Trindade indica que

“es igualmente sorprendente y lamentable que la propia Corte aluda a las ‘contramedidas’ en su fallo de 25 de septiembre de 1997 en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria/Eslovaquia)* (párrs. 82 a 85), y que vuelva a referirse a ellas en los fallos que dicta hoy en las causas ICAOB e ICAOA (párr. 49 de ambos fallos)” (párr. 38).

6. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade se centra en la primacía del imperativo del arreglo judicial sobre la “voluntad” del Estado, volviendo a criticar la iniciativa de examinar las llamadas “contramedidas” (párrs. 40 y 41), y recordando las enseñanzas que auténticos juristas han ofrecido a lo largo de décadas sobre la importancia que reviste la realización de la justicia (párrs. 42 a 44). Acto seguido, el Magistrado Cançado Trindade indica que, lamentablemente, “[u]na vez más, en el presente asunto, la Corte reitera su opinión de que la competencia se basa en el consentimiento del Estado, concepción a la que siempre me he opuesto en el seno de la Corte: en mi opinión, la conciencia humana está por encima de la *voluntas*” (párr. 39).

7. Por otra parte, el Magistrado Cançado Trindade recuerda que esta es la posición que ha venido sosteniendo en el seno de la Corte, como ilustra, por ejemplo, su largo razonamiento en la opinión disidente que emitió en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)* (fallo de 1 de abril de 2011) (párrs. 45 a 52). A su entender, es necesario asegurar “la reconstrucción y la evolución del *ius gentium* en nuestro tiempo, de conformidad con la *recta ratio*, como un nuevo y verdadero *derecho universal de la humanidad*. Se trata por tanto de un derecho más sensible a la identificación y realización de valores y objetivos comunes superiores, que se refieren a la humanidad en su conjunto” (párr. 52).

8. El Magistrado Cançado Trindade pasa a continuación a la siguiente parte (VI) de su opinión separada, en la que presenta sus propias reflexiones sobre el pensamiento jurídico internacional y la primacía de la conciencia humana (*recta ratio*) sobre la “voluntad”. Comienza por referirse a la identificación y el florecimiento de la *recta ratio* durante el proceso histórico de humanización del derecho de gentes a partir de los escritos de sus “padres fundadores” en los siglos XVI y XVII (párrs. 54 a 63), proceso que centra el nuevo *ius gentium* emergente en el ámbito del derecho natural y que continúa su desarrollo hasta nuestros días. La concepción de la *recta ratio* y de la justicia, que concibe a los seres humanos como dotados de una dignidad intrínseca, llegó a considerarse “indispensable para la primacía del propio derecho de gentes” (párr. 54).

9. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade critica enérgicamente la personificación del Estado poderoso y su desafortunada y lamentable influencia sobre el derecho internacional a finales del siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX; el “positivismo voluntarista”, basado en el consentimiento o la “voluntad” de los Estados, se convirtió en el criterio predominante, negando el *ius standi* a los seres humanos y contemplando “un derecho estrictamente interestatal, ya no *por encima de* Estados soberanos sino *entre* ellos”, lo que llevó a “la irresponsabilidad y la supuesta omnipotencia del Estado, y no impidió las sucesivas atrocidades que este cometió contra los seres humanos”, con “las desastrosas consecuencias de tal distorsión” (párrs. 64 y 65). Sin embargo —añade el Magistrado Cançado Trindade—, la confianza en el derecho de gentes afortunadamente ha sobrevivido, ya que

“desde la época de los ‘padres fundadores’ del derecho de gentes, basado en la *recta ratio*, hasta nuestros días, el pensamiento iusnaturalista en el derecho internacional nunca se ha desvanecido; superó todas las crisis, en la perenne reacción de la conciencia humana contra las sucesivas atrocidades cometidas contra los seres humanos, que lamentablemente contaron con el servilismo y la cobardía del positivismo jurídico” (párr. 66).

10. El Magistrado Cançado Trindade añade que el “renacimiento incesante” del derecho natural refuerza la salvaguarda de la universalidad de los derechos inherentes a todos los seres humanos —superando las normas positivas autónomas, privadas de universalidad porque varían de un medio social a otro— y reconoce la importancia de los principios fundamentales del derecho internacional (párr. 68). Sostener hoy en día este legado del *ius gentium* en evolución —prosigue— equivale a seguir “salvaguardando la concepción universalista del derecho internacional”, dando “expresión a los valores universales y avanzando en una concepción amplia de la personalidad jurídica internacional (que engloba a los seres humanos y a la humanidad en su conjunto); esto puede permitir que se aborden más adecuadamente los problemas a los que se enfrenta el *ius gentium* de nuestro tiempo, el derecho internacional para la humanidad” (véase A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 3ª ed. rev., La Haya, Nijhoff/Academia de Derecho Internacional de La Haya, 2020, págs. 1 a 655) (párr. 69).

11. El Magistrado Cançado Trindade recuerda además que el derecho internacional contemporáneo cuenta con “mecanismos de protección de los seres humanos en situaciones de adversidad (derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho internacional de los refugiados), así como con el funcionamiento del derecho de las organizaciones internacionales” (párr. 70). El conocimiento y el respeto de “los principios fundamentales del derecho internacional son esenciales para la primacía de los derechos” (párr. 71). En su percepción, el error básico de los positivistas jurídicos ha sido “su minimización de los *principios*, que constituyen los cimientos de cualquier sistema jurídico (nacional o internacional), y que informan y conforman el nuevo orden jurídico en su aspiración de hacer efectiva la justicia” (párr. 73).

12. Esto lleva al Magistrado Cançado Trindade a continuar sus reflexiones refiriéndose a la conciencia jurídica universal en el rechazo del voluntarismo y las “contramedidas”. Señala que, para quienes se dedican al derecho de gentes, se ha hecho evidente que solo se puede abordar con propiedad sus fundamentos y su validez desde la *conciencia jurídica universal*, conforme a la *recta ratio*, que prevalece sobre la “voluntad”. En cambio, el positivismo jurídico se centra de manera estática en la “voluntad” de los Estados. Al rechazar este punto de vista, el Magistrado Cançado Trindade critica que

“[I]a humanidad como sujeto de derecho internacional no puede considerarse de manera restrictiva desde la óptica exclusiva de los Estados; se hace imprescindible reconocer los límites de los Estados desde el punto de vista de la humanidad, siendo esta última igualmente objeto del derecho internacional contemporáneo.

Está claro que la conciencia humana prevalece ampliamente sobre la ‘voluntad’. El surgimiento, la formación, el desarrollo y la expansión del derecho de gentes se basan en la *recta ratio* y se guían por los principios generales del derecho y los valores humanos. El derecho y la justicia están interrelacionados, evolucionan juntos. Es lamentable que la gran mayoría de los profesionales del derecho internacional sobrevaloren la ‘voluntad’ de las partes en litigio, sin darse cuenta de la importancia de los principios fundamentales y los valores humanos superiores.

El voluntarismo y el positivismo han hecho en sí mismos un flaco favor al derecho internacional. Las llamadas ‘contramedidas’ son un ejemplo de la deconstrucción que resulta de ello, que no debería tener cabida en la práctica jurídica” (párrs. 75 a 78).

13. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade centra la atención en la interrelación entre el derecho y la justicia, así como en los principios generales del derecho como fundamento del nuevo *ius gentium*. Enumera una serie de aspectos que quedan por examinar: en primer lugar, las consideraciones básicas de humanidad en el *corpus iuris gentium* (párrs. 79 a 81); en segundo lugar, el sufrimiento humano y la necesidad de proteger a las víctimas; y, en tercer lugar, la interrelación entre el derecho y la justicia que orienta la construcción jurisprudencial. En cuanto al primer aspecto, observa que hoy en día la universalización y la humanización del derecho de gentes, que se encuentran en plena evolución, son “fieles al pensamiento de los ‘padres fundadores’ de la disciplina”, y tienen en cuenta “las necesidades y aspiraciones de la comunidad internacional y de la humanidad en su conjunto” (párr. 82).

14. En lo que se refiere al segundo aspecto, el Magistrado Cançado Trindade subraya la necesidad de prestar atención a las consecuencias de la crueldad humana y de ampliar la protección a las personas víctimas de la injusticia y el sufrimiento humano (párrs. 83 a 85). Recuerda que, en el año histórico de 1948, el propio derecho de gentes expresó su preocupación por la humanidad, como demuestran la aprobación sucesiva, a lo largo del año, de instrumentos como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de

la OEA (el 2 de mayo de 1948), la Convención de las Naciones Unidas contra el Genocidio (el 9 de diciembre de 1948) y la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (el 10 de diciembre de 1948); el “derecho internacional de los derechos humanos veía por fin la luz, realizando a partir de ese momento histórico la posición del ser humano y de sus derechos inherentes en el *corpus iuris gentium*” (párr. 86).

15. Por último, en relación con el tercer aspecto, el Magistrado Cançado Trindade señala que el reconocimiento de la interrelación entre derecho y justicia ha venido a orientar la construcción jurisprudencial, para “evitar el indebido y lamentable divorcio entre *derecho* y *justicia*, en el que habían incurrido los positivistas jurídicos” (párr. 87). Está claro que

“el *derecho* y la *justicia* no están en absoluto separados, sino que son interdependientes y avanzan juntos. Después de todo, es en el pensamiento iusnaturalista donde la noción de *justicia* siempre ha ocupado una posición central, orientando el *derecho* en su conjunto. En mi opinión, la *justicia* se encuentra, en suma, al principio de todo *derecho*, del cual constituye, además, su fin último (A. A. Cançado Trindade, ‘Reflexiones sobre la presencia de la persona humana en el contencioso interestatal ante la Corte Internacional de Justicia: desarrollos recientes’, *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Universidad del País Vasco (2017), vol. 17, págs. 223 a 271)” (párr. 89).

16. Por otro lado, el Magistrado Cançado Trindade subraya que el derecho de gentes “solo puede examinarse adecuadamente si se tienen en cuenta sus fundamentos y los principios básicos que impregnan todo su *corpus iuris*, en la línea del pensamiento del derecho natural” (párr. 90). A continuación, recuerda (párrs. 91, 92 y 94) que ha venido planteando esta cuestión a lo largo de los años en la jurisprudencia de la Corte, por ejemplo, en la opinión separada que emitió en relación con la opinión consultiva de la Corte (de 22 de julio de 2010) sobre la *Declaración de independencia de Kosovo*; en la opinión separada que adjuntó a la opinión consultiva de la Corte (de 25 de febrero de 2019) sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*; y en la opinión disidente que emitió en relación con el fallo de la Corte (de 1 de abril de 2011) en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)*.

17. Además, en su opinión separada en la causa relativa a la *Aplicación del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Ucrania c. Federación de Rusia)* (excepciones preliminares, fallo de 8 de noviembre de 2019), el Magistrado Cançado Trindade destacó la relevancia del derecho de reparación (párr. 95). En este sentido, en la conferencia que pronunció en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 2017 advirtió que “la posición fundamental de un tribunal internacional no puede basarse más que en los principios, sin hacer concesiones injustificadas al voluntarismo de los Estados”; en el “*ius gentium* en evolución, las consideraciones fundamentales de la humanidad desempeñan una función de la mayor

importancia (A. A. Cançado Trindade, ‘Les tribunaux internationaux et leur mission commune de réalisation de la justice: développements, état actuel et perspectives’, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye* (2017), vol. 391, págs. 59, 61 y 62)” (párr. 93).

18. El Magistrado Cançado Trindade añade que un tribunal internacional, además de resolver controversias, está facultado para decir el derecho (*iuris dictio*), teniendo en cuenta que el derecho de gentes contemporáneo se aplica directamente a los Estados, las organizaciones internacionales, los pueblos y las personas, así como a la humanidad. Los avances logrados hasta ahora se deben a la comprensión de que la conciencia humana está por encima de la “voluntad”; al fin y al cabo, los fundamentos del derecho internacional emanan claramente de la conciencia humana, de la conciencia jurídica universal, y no de la llamada “voluntad” de los Estados individuales (párrs. 96 a 99).

19. Sin embargo, estos avances deberían haber sido examinados con mayor detenimiento, ya que, según el Magistrado Cançado Trindade, en lugar de concentrarse en los principios generales del derecho, la Corte “ha dado indebidamente una importancia excesiva al ‘consentimiento’ del Estado”, actitud que él nunca ha dejado de criticar. En su opinión, los principios generales del derecho se encuentran en el fundamento mismo del derecho internacional, siendo esenciales para la realización de la justicia, y deben tenerse en cuenta en el marco más amplio que comprende la expansión de la jurisdicción internacional, y la ampliación concomitante de la personalidad y capacidad jurídicas en el plano internacional y de la responsabilidad internacional y los correspondientes mecanismos de aplicación (párr. 99).

20. El Magistrado Cançado Trindade añade que dicha ampliación (de la jurisdicción internacional, la personalidad y capacidad jurídicas y la responsabilidad), que es característica de nuestro tiempo, viene por su parte “a favorecer el alentador proceso histórico en curso de *humanización* del derecho internacional”. Ha habido casos en los que se han producido verdaderos avances mediante la necesaria superación de dificultades persistentes¹, y se han desechado los dogmas del pasado; en este sentido, subraya que los derechos de la persona humana también han “hecho efectivamente acto de presencia” en el marco de los tradicionales litigios interestatales de la Corte (párr. 100).

21. Por último, en un epílogo, el Magistrado Cançado Trindade procede a presentar sus consideraciones finales sobre las cuestiones tratadas en su opinión separada. Subraya que los presentes asuntos (ICAOB e ICAOA) ante la Corte demuestran una vez más que “el arreglo judicial internacional solo puede producirse adecuadamente desde una perspectiva humanista, evitando necesariamente los escollos de un voluntarismo estatal anticuado e impertinente” (párr. 105). En su opinión,

¹ En algunas decisiones dictadas en la última década, la Corte ha sabido ir más allá de la dimensión interestatal al impartir justicia, por ejemplo, en la causa de *A. S. Diallo (Guinea c. República Democrática del Congo)*, fallos sobre el fondo, de 30 de noviembre de 2010, y sobre la indemnización, de 19 de junio de 2012, ambos con sus correspondientes opiniones separadas, y en la causa relativa a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/Niger)*, fallo sobre el fondo, de 16 de abril de 2013, también con su correspondiente opinión separada, entre otros asuntos.

“[I]a *recta ratio* y el pensamiento iusnaturalista en el derecho internacional nunca se han desvanecido y perduran en nuestro tiempo como reacción perenne de la conciencia humana contra el servilismo y la cobardía del positivismo jurídico y las violaciones de los derechos del ser humano. [...] Los fundamentos y la validez del derecho de gentes solo pueden abordarse adecuadamente desde la *conciencia jurídica universal*, de conformidad con la *recta ratio*” (párr. 106).

22. La perspectiva interestatal tradicional del derecho internacional “ha sido seguramente superada” con la expansión de la personalidad jurídica internacional, que hoy en día abarca no solo a los Estados, sino a las organizaciones internacionales, las personas y los pueblos, así como a la humanidad (párr. 112). A lo largo de la presente opinión separada se sostiene con nitidez que los fundamentos del derecho de gentes emanan claramente de la conciencia humana —la conciencia jurídica universal—, y no de la llamada “voluntad” de los Estados individuales (párr. 111).

23. El Magistrado Cançado Trindade sostiene que “los principios generales del derecho son una manifestación de la conciencia jurídica universal”, recordando la atención que debe prestarse permanentemente a la preservación de la interrelación ineludible entre derecho y justicia; la comunidad internacional no puede prescindir de los “principios y valores universales del derecho de gentes”, que son esenciales para la realización de la justicia. El presente asunto ICAOB deja claro que las denominadas “contramedidas” carecen de fundamento y no sirven de base jurídica para ninguna acción legal (párrs. 109 y 110); además, pone de manifiesto “la importancia de tener presente cómo se ha formado históricamente el derecho de gentes, así como la necesidad de que la Corte se mantenga fiel a la realización de la justicia, que prevalece claramente sobre la ‘voluntad’ de los Estados” (párr. 114).

Declaración del Magistrado Gevorgian

En su declaración, el Magistrado Gevorgian explica su desacuerdo con ciertos aspectos del razonamiento de la Corte en relación con el segundo motivo de apelación de los demandantes, en particular en lo que se refiere a los párrafos 48 y 61 del fallo.

En su opinión, no está justificado que la Corte se base en la jurisprudencia relativa a su propia competencia —concretamente su fallo sobre el *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*— a la hora de evaluar la competencia del Consejo de la OACI. Las diferencias significativas entre los dos organismos, entre ellas el hecho de que el Consejo no está compuesto por magistrados independientes, sino por miembros que representan a los Estados contratantes, que estos miembros actúan siguiendo las instrucciones de sus Gobiernos y que el Consejo ejerce principalmente funciones de naturaleza técnica y administrativa, son razones para considerar que los principios sobre competencia que se aplican a la Corte no se aplican del mismo modo al Consejo de la OACI.

Además, la Corte va demasiado lejos al hacer la afirmación general de que la integridad de la función de solución de controversias del Consejo de la OACI “no se vería

afectada” si este examinara asuntos ajenos a la aviación civil con el fin de resolver una controversia sobre la que es competente. El principio básico sigue siendo que los Estados solo están sujetos a la competencia del Consejo en la medida en que hayan manifestado su consentimiento en ese sentido, y los Estados no han consentido en que el Consejo resuelva controversias no relacionadas con la aviación civil. La necesidad de respetar el principio del consentimiento es aún más importante en el contexto del Consejo de la OACI, cuyo mandato de solución de controversias es limitado.

Opinión separada del Magistrado *ad hoc* Berman

1. En su opinión separada, el Magistrado *ad hoc* Berman está de acuerdo en que los Estados demandantes no han justificado ninguno de sus tres motivos de apelación, por lo que la apelación debe ser rechazada. Sin embargo, la afirmación de la Corte de que el Consejo “es competente para conocer” de la demanda presentada por Qatar tiene poco que ver con las alegaciones que las partes han presentado realmente a la Corte, lo que, si no se matiza o explica, es muy probable que dé lugar a malentendidos o confusiones en la aplicación futura del artículo 84 del Convenio de Chicago. Por ello, el Magistrado *ad hoc* Berman ha votado contra el apartado 2 del párrafo 127 del fallo y explica las razones por las que lo ha hecho, con la esperanza de que esto sea realmente de utilidad para el Consejo de la OACI en el futuro.

2. En opinión del Magistrado *ad hoc* Berman, a tenor de su redacción, no está claro exactamente qué autoridad pretendía conferir el artículo 84 al Consejo de la OACI al margen de la que se desprende de las demás disposiciones del Convenio de Chicago tomadas en su conjunto, especialmente las funciones “obligatorias” del Consejo establecidas en el artículo 54; por lo tanto, lo que añade el artículo 84 debe estar relacionado con la naturaleza o el estatuto jurídico de la decisión que el Consejo dicta sobre una demanda de la que conoce en virtud del artículo 84, y no con su propia competencia para pronunciarse sobre la demanda. Al utilizar en la parte dispositiva el término “competente” en relación con las funciones del Consejo en virtud del artículo 84, con todas las connotaciones de poder y proceso judicial que ese término suele llevar aparejadas, la Corte ha contribuido, lamentablemente, a prolongar esta confusión en lugar de esforzarse en disiparla.

3. El Magistrado *ad hoc* Berman llama la atención sobre la redacción del artículo 84, que está concebido para tratar los “desacuerdos” entre los Estados contratantes “sobre” la interpretación o la aplicación del Convenio. Aunque en el título aparece el término “controversias” y en el cuerpo del texto se utiliza “controversia” dos veces más, lo cierto es que lo que el artículo contempla y lo que, por tanto, el Consejo debe “decidir” es un “desacuerdo entre dos o más Estados contratantes” que, si no se resuelve entre ellos, puede ser remitido al Consejo por cualquier Estado “interesado en” ese desacuerdo. La práctica reiterada de la Corte, en lo que respecta a las cláusulas de “atribución de competencia”, ha sido prestar una atención minuciosa a su texto, siguiendo los principios de interpretación de los tratados previstos en la Convención de Viena. Por lo tanto, es decepcionante que la Corte no entre a considerar el uso de estos dos términos distintos en el artículo 84, ya que, a cada uno de ellos, tal como se utilizan en este contexto, se le podría atribuir sin ninguna dificultad un significado propio y completo, con el fin de esclarecer el papel y la función que el artículo 84 asigna al Consejo.

4. Por lo tanto, aunque es cierto que el artículo 84, tomado en su conjunto, puede inscribirse de alguna manera en el marco de la “solución de controversias” —en el sentido amplio y ecuménico del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas—, el lenguaje utilizado, en opinión del Magistrado *ad hoc* Berman, claramente no es el del arreglo judicial. Y es el arreglo judicial el que lleva consigo la noción de “jurisdicción” (*ius dicere*) y, por tanto, del resultado jurídicamente vinculante que se deriva de su ejercicio.

5. A las razones expuestas por la Corte en el párrafo 60 del fallo para explicar que el Consejo no puede considerarse un órgano judicial en sentido ordinario, el Magistrado *ad hoc* Berman añade el hecho de que se acepta que los miembros del Consejo actúan siguiendo instrucciones de sus Gobiernos, incluso en el ejercicio de sus funciones en virtud del artículo 84. Además, le parece aún más significativo que, al elaborar su propio Reglamento para la aplicación del artículo 84, el mismo Consejo haya previsto diversas acciones, como el fomento de la negociación entre las partes con su propia asistencia y el nombramiento de conciliadores, que se asocian de forma natural y habitual con el máximo órgano ejecutivo de un organismo técnico de primer orden, o con un amigable componedor, pero no con un tribunal de ningún tipo. El fallo no extrae de lo anterior las conclusiones que habría correspondido extraer.

6. Por consiguiente, el Magistrado *ad hoc* Berman se pregunta si los Estados contratantes del Convenio de Chicago, o a su vez el propio Consejo al tratar de hacer efectivos sus deseos, pueden haber pensado en el artículo 84 como una forma de dotar al Consejo de algún tipo de poder judicial para decidir, con efecto jurídico vinculante, sobre las controversias entre el Estado miembro A y el Estado miembro B. Teniendo en cuenta que también es revelador que el artículo 84, en su tenor literal, amplía el derecho de apelación a *cualquier Estado contratante*, sea o no parte en una controversia o desacuerdo, el Magistrado *ad hoc* Berman considera convincente otra interpretación del artículo 84 según la cual el Consejo no sería titular de “competencia”, sino más bien de una alta función administrativa, basada en sus conocimientos y experiencia únicos en el campo de la aviación civil, que le permitiría emitir decisiones autorizadas de aplicación general en cuanto al sentido y las exigencias del Convenio, con independencia de que esas cuestiones sean parte o no de controversias específicas entre los Estados miembros sobre sus derechos y deberes mutuos. Según esta interpretación del artículo 84, las decisiones del Consejo constituirían determinaciones autorizadas de aplicación general que tendrían la misma fuerza para todos los Estados contratantes del Convenio de Chicago, lo que beneficiaría enormemente el régimen crucial de la aviación civil internacional. Ello permitiría al mismo tiempo atribuir a la propia Corte una responsabilidad más clara y manejable en su función de apelación, sin obligarla a implicarse en cuestiones de política aérea. Sin embargo, como, por decepcionante que parezca, ninguna de estas cuestiones fue analizada por las partes en su argumentación, la cuestión permanece abierta, y la Corte deberá pronunciarse sobre ella en una etapa posterior, cuando surjan la oportunidad y la necesidad.

7. El Magistrado *ad hoc* Berman añade dos cuestiones de carácter más específico, dirigidas a aspectos particulares del fallo.

8. La primera se refiere al párrafo 49 del fallo, en el que la Corte se abstiene inexplicablemente de extraer el corolario de su conclusión central según la cual el Consejo

de la OACI no puede ser despojado de su competencia en virtud del artículo 84 por el hecho de que una de las partes en un desacuerdo haya defendido sus acciones con argumentos ajenos al ámbito del Convenio de Chicago; por el mismo motivo, de lo anterior también debe desprenderse que la invocación de un medio de defensa jurídico más amplio tampoco puede tener por efecto ampliar o extender la competencia del Consejo en virtud del artículo 84. Esto está implícito en lo que dice la Corte, pero esta ha perdido una valiosa oportunidad de aclararlo expresamente.

9. La segunda cuestión versa sobre los aspectos relativos a las garantías procesales, que la Corte resuelve con cierta brusquedad en los párrafos 123 y 124 del fallo, en los que no se examina de forma más matizada, como exigirían las condiciones contemporáneas, la displicencia con que este asunto se abordó en el único precedente que existe sobre la materia, que data de 1972. Es fácil imaginar circunstancias, aunque sean poco probables, en las que una grave irregularidad de procedimiento pueda hacer que una decisión del Consejo sea nula o jurídicamente incorrecta. Habría que evitar dar, a través de una formulación excesivamente amplia, la más mínima impresión de que la cuestión de la irregularidad procesal es indiferente para la Corte. Por lo tanto, es de agradecer que esta al menos haya recordado al Consejo de la OACI, en el párrafo 126 del fallo, que la misma estructura del artículo 84 impone ciertos requisitos obligatorios al propio Consejo para hacer realidad el derecho de apelación previsto en dicho artículo, en particular la exigencia de motivar las decisiones. Resulta decepcionante que el Consejo haya adoptado las decisiones que ahora se apelan sin incluir siquiera un elemento mínimo de motivación, en contra de sus propias normas directamente aplicables; y habría sido mejor que la Corte hubiera estado dispuesta a declarar que esa forma de proceder no es jurídicamente aceptable, a fin de orientar al Consejo en sus decisiones futuras.