

**249. Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio
(Gambia c. Myanmar) [Excepciones preliminares]**

Resumen del fallo de 22 de julio de 2022

El 22 de julio de 2022, la Corte Internacional de Justicia dictó fallo sobre las excepciones preliminares planteadas por Myanmar en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Gambia c. Myanmar). La Corte llegó a la conclusión de que, en virtud del artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, tenía competencia para conocer de la demanda interpuesta por Gambia el 11 de noviembre de 2019, y que dicha demanda era admisible.

La composición de la Corte fue la siguiente: Donoghue, Presidenta; Gevorgian, Vicepresidente; Tomka, Abraham, Bennouna, Yusuf, Xue, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Salam, Iwasawa y Nolte, Magistrados; Pillay, Kress, Magistrados *ad hoc*; Gautier, Secretario.

*

* *

Historia de las actuaciones judiciales (párrs. 1 a 27)

La Corte comienza recordando que el 11 de noviembre de 2019 la República de Gambia (en lo sucesivo “Gambia”) presentó en la Secretaría de la Corte una demanda contra Myanmar en relación con las presuntas violaciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 (en lo sucesivo, la “Convención sobre el Genocidio” o la “Convención”). En su demanda, Gambia pretende sustentar la competencia de la Corte en el artículo IX de la Convención sobre el Genocidio, interpretado en relación con el artículo IX de la Convención sobre el Genocidio, conjuntamente con el artículo 36, párrafo 1, del Estatuto de la Corte.

La demanda fue acompañada de una solicitud de medidas provisionales. Mediante una providencia de 23 de enero de 2020, la Corte dictó algunas medidas provisionales.

El 20 de enero de 2021, Myanmar opuso excepciones preliminares a la competencia de la Corte y a la admisibilidad de la demanda.

I. Introducción (párrs. 28 a 33)

La Corte observa que Gambia y Myanmar son partes en la Convención sobre el Genocidio y que ninguno de los dos países ha formulado reservas al artículo IX, que dice

lo siguiente:

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

Tras exponer las cuatro excepciones preliminares a la competencia de la Corte y a la admisibilidad de la demanda planteadas por Myanmar, la Corte señala que, al decidir sobre las excepciones preliminares, no está obligada a seguir el orden en que las presenta la demandada. En la presente causa, la Corte comienza abordando la excepción preliminar relativa a la “verdadera demandante” en la causa (primera excepción preliminar), antes de pasar a la existencia de una controversia (cuarta excepción preliminar) y a la reserva de Myanmar al artículo VIII de la Convención sobre el Genocidio (tercera excepción preliminar). Por último, la Corte aborda la excepción preliminar relativa a la legitimación de Gambia (segunda excepción preliminar), que solo plantea una cuestión de admisibilidad.

II. Si Gambia es la “verdadera demandante” en esta causa (primera excepción preliminar) (párrs. 34 a 50)

La Corte observa que, en su primera excepción preliminar, Myanmar sostiene que la Corte carece de competencia, o alternatively que la demanda es inadmisibile, porque la “verdadera demandante” en el procedimiento es la Organización de Cooperación Islámica (en lo sucesivo, la “OCI”), una organización internacional que no puede ser parte en un procedimiento ante la Corte, de conformidad con el artículo 34, párrafo 1, del Estatuto de la Corte. La Corte examina en primer lugar la cuestión de su competencia.

A. Competencia ratióne personae (párrs. 35 a 46)

La Corte explica que establece su competencia *ratióne personae* sobre la base de los requisitos establecidos en las disposiciones pertinentes de su Estatuto y de la Carta de las Naciones Unidas. Le corresponde examinar en primer lugar la cuestión de si la demandante cumple los requisitos establecidos en los artículos 34 y 35 del Estatuto y por ende si la Corte está abierta a ella. De acuerdo con el artículo 34, párrafo 1, del Estatuto, “Sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte”. Según el artículo 35, párrafo 1, del Estatuto, “La Corte estará abierta a los Estados partes en este Estatuto”. El párrafo 1 del artículo 93 de la Carta de las Naciones Unidas establece que “Todos los Miembros de las Naciones Unidas son *ipso facto* partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”. Gambia es Miembro de las Naciones Unidas desde el 21 de septiembre de 1965 y es *ipso facto* parte en el Estatuto de la Corte. Por lo tanto, la Corte considera que Gambia cumple los requisitos mencionados.

Sin embargo, Myanmar afirma que al presentar sus reclamaciones ante la Corte,

Gambia ha actuado de hecho como “órgano, agente o apoderado” de la OCI, que es la “verdadera demandante” en estas actuaciones procesales. Su principal argumento es que un tercero, a saber, la OCI, que no es un Estado y por ende no puede tener una aceptación recíproca de competencia con el Estado demandado, ha utilizado a Gambia como “apoderado” para eludir los límites de la competencia *ratione personae* de la Corte e invocar la cláusula compromisoria de la Convención sobre el Genocidio en su nombre.

La Corte observa que Gambia dio inicio a estas actuaciones judiciales en su propio nombre, como Estado parte en el Estatuto de la Corte y en la Convención sobre el Genocidio. También toma nota de la afirmación de Gambia de que mantiene una controversia con Myanmar en relación con sus propios derechos como Estado parte en esa Convención. La Corte observa que el hecho de que un Estado pueda haber aceptado la propuesta de una organización intergubernamental de la que es miembro para presentar una causa ante la Corte, o que pueda haber buscado y obtenido el apoyo financiero y político de dicha organización o de sus miembros para incoar este procedimiento, no le quita su condición de demandante ante la Corte. Además, la cuestión de lo que puede haber motivado a un Estado como Gambia a incoar un procedimiento no resulta pertinente a la hora de establecer la competencia de la Corte.

A continuación, la Corte responde al argumento de Myanmar de que el enfoque seguido por la Corte para establecer la existencia de una controversia debería seguirse en las causas en las que se cuestiona la identidad de “la verdadera demandante”. Según Myanmar, la Corte no debe limitarse a examinar la estrecha cuestión de a quién se nombra en las actuaciones judiciales como demandante sino determinar de forma objetiva la identidad de “la verdadera demandante” sobre la base de un examen de los hechos y circunstancias pertinentes en su conjunto. La Corte señala que considera que se trata de cuestiones jurídicas diferentes. En la presente causa, la Corte no ve razón alguna por la que deba mirar más allá del hecho de que Gambia haya incoado un procedimiento contra Myanmar en su propio nombre. Por lo tanto, la Corte está convencida de que la demandante en esta causa es Gambia.

La Corte concluye que, en vista de lo anterior, la primera excepción preliminar planteada por Myanmar, en la medida en que se refiere a la competencia de la Corte, debe ser rechazada.

B. Admisibilidad (párrs. 47 a 49)

La Corte recuerda que ya ha constatado que la demandante en este procedimiento es Gambia, Estado parte del Estatuto de la Corte y parte en la Convención sobre el Genocidio, la cual confiere a la Corte competencia para conocer de las controversias entre las partes contratantes relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la Convención. Como había señalado antes la Corte, solo en circunstancias excepcionales debe esta rechazar una demanda basada en un motivo de competencia válido por utilización abusiva de los medios procesales. La Corte observa que no se le ha presentado ninguna prueba que demuestre que la conducta de Gambia constituye un procedimiento abusivo. En la presente causa, la Corte

tampoco tiene ante sí ante otras causales de inadmisibilidad que le obligarían a declinar el ejercicio de su competencia. Por lo tanto, la primera excepción preliminar de Myanmar, en la medida en que se refiere a la admisibilidad de la demanda de Gambia, debe ser rechazada.

En vista de lo anterior, la Corte concluye que debe rechazarse la excepción preliminar de Myanmar.

III. Existencia de una controversia entre las partes (cuarta excepción preliminar)
(párrs. 51 a 77)

La Corte observa que, en su cuarta excepción preliminar Myanmar sostiene que la Corte carece de competencia, o alternatively que la demanda es inadmisibile, porque no existía ninguna controversia entre las partes en la fecha de presentación de la demanda por la cual se da inicio al procedimiento.

La Corte recuerda que la existencia de una controversia entre las partes es un requisito para su competencia en virtud del artículo IX de la Convención sobre el Genocidio. Según su jurisprudencia, una controversia es un desacuerdo sobre un aspecto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o intereses entre las partes. Para que exista una controversia debe demostrarse que la reclamación de una de las partes es impugnada positivamente por la otra. Ambas partes deben tener puntos de vista claramente opuestos sobre la cuestión del cumplimiento o incumplimiento de determinadas obligaciones internacionales. La determinación de la existencia de una controversia por parte de la Corte es una cuestión de fondo y no una cuestión de forma o de procedimiento. En principio, la fecha para determinar la existencia de una controversia es la fecha en que se presenta la demanda ante la Corte. Sin embargo, la conducta de las partes posterior a la demanda puede ser pertinente a diversos efectos, en particular para confirmar la existencia de una controversia. A efectos de efectuar dicha determinación, la Corte toma en cuenta en particular las declaraciones o los documentos que hayan intercambiado las partes, así como los intercambios realizados en entornos multilaterales. Al hacerlo, la Corte presta especial atención al “autor de la declaración o del documento, a su destinatario real o previsto y a su contenido”.

A ese respecto, la Corte señala que en la presente causa existen cuatro declaraciones pertinentes formuladas por los representantes de las partes ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2018 y en septiembre de 2019. Esas declaraciones se formularon durante los debates generales de la Asamblea correspondientes a 2018 y a 2019, que tuvieron lugar en las semanas posteriores a la publicación de dos informes de la Misión de Investigación sobre Myanmar establecida por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en lo sucesivo, la “misión de investigación de los hechos”), el 12 de septiembre de 2018 y el 8 de agosto de 2019, respectivamente. También resulta pertinente para la determinación de la existencia de una controversia la Nota Verbal que Gambia envió a la Misión Permanente de Myanmar ante las Naciones Unidas el 11 de octubre de 2019.

Tras examinar el contenido y el contexto de las declaraciones de las partes ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2018 y en septiembre de 2019, la Corte observa que Myanmar impugna la existencia de una controversia entre las partes por dos motivos. En primer lugar, Myanmar sostiene que las declaraciones hechas en la Asamblea General y la Nota Verbal enviada por Gambia el 11 de octubre de 2019 carecían de suficiente particularidad, en el sentido de que Gambia no articuló concretamente sus reclamaciones legales. En segundo lugar, Myanmar sostiene que no se cumple el requisito de “conocimiento mutuo” porque nunca ha rechazado reclamaciones específicas de Gambia. La Corte examina esos dos motivos aducidos por Myanmar para impugnar la existencia de una controversia entre las partes.

En cuanto al argumento de Myanmar de que la existencia de una controversia requiere lo que Myanmar denomina “conocimiento mutuo” por ambas partes de sus respectivas posturas claramente opuestas, la Corte opina que la conclusión de que las partes tienen puntos de vista claramente opuestos respecto al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones legales no requiere que la demandada deba oponerse expresamente a las pretensiones de la demandante. Si fuera así, un demandado podría impedir que se constatará la existencia de una controversia guardando silencio ante las reclamaciones legales de un demandante. Una consecuencia así sería inaceptable. Por este motivo la Corte considera que, en caso de que la demandada no haya respondido a las reclamaciones de la demandante, puede deducirse de este silencio, en determinadas circunstancias, que rechaza dichas reclamaciones y que por ende existe una controversia en el momento de la demanda. En consecuencia, la Corte considera que la exigencia de “conocimiento mutuo” basada en dos posturas explícitamente opuestas, tal como la plantea Myanmar, carece de fundamento jurídico.

Volviendo al argumento de Myanmar de que las declaraciones realizadas por Gambia ante la Asamblea General de las Naciones Unidas carecían de la suficiente particularidad, la Corte señala que dichas declaraciones no mencionaban específicamente la Convención sobre el Genocidio. Sin embargo, la Corte no considera que sea necesaria una referencia específica a un tratado o a sus disposiciones a este respecto. Como ha afirmado la Corte en el pasado, si bien no hace falta que un Estado se refiera expresamente a un tratado concreto en sus intercambios con el otro Estado para poder invocar posteriormente ese instrumento ante la Corte, los intercambios deben referirse al objeto del tratado con la suficiente claridad para que el Estado contra el que se formule una reclamación pueda identificar que existe, o puede existir, una controversia con respecto a dicho objeto. En ese contexto, la Corte observa que las declaraciones de Gambia en septiembre de 2018 y en septiembre de 2019 se hicieron poco después de la publicación de los informes de la misión de investigación de los hechos. En el informe de 2018 se alegó específicamente la perpetración de crímenes en el estado de Rakáin similares en naturaleza, gravedad y alcance a los que han permitido establecer la intención genocida en otros contextos, mientras que el informe de 2019 se refirió específicamente a la responsabilidad de Myanmar en virtud de la Convención sobre el Genocidio. Sin duda Gambia se refería en su declaración a las conclusiones de esos informes, que eran los principales informes de las Naciones Unidas sobre la situación de la población rohinyá en Myanmar y a los que se

ha hecho referencia en varios informes que tuvo ante sí la Asamblea General. En particular, el segundo informe de la misión de investigación de los hechos identificó a Gambia como uno de los Estados que procuraban presentar una demanda contra Myanmar ante la Corte de conformidad con la Convención. No era posible que Myanmar no estuviera al tanto de ese hecho. Del mismo modo, el rechazo de Myanmar a las conclusiones de esos informes demuestra que se oponía rotundamente a toda acusación de genocidio que sus fuerzas de seguridad estuvieran cometiendo contra las comunidades rohinyá en Myanmar, así como a las acusaciones de su responsabilidad en virtud de la Convención sobre el Genocidio por llevar a cabo actos de genocidio. Dichas acusaciones figuraban en los dos informes y fueron asumidas públicamente por Gambia.

La Corte considera que las declaraciones formuladas por las partes ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2018 y en 2019 indican la oposición de sus puntos de vista sobre la cuestión de si el tratamiento del grupo rohinyá se ajustaba a las obligaciones de Myanmar en virtud de la Convención sobre el Genocidio. No era posible que Myanmar no estuviera al tanto de que Gambia había expresado la opinión de que defendería un mecanismo de rendición de cuentas por los presuntos crímenes contra los rohinyá, tras la publicación del informe de la misión de investigación de los hechos de 2018. Lo que es más importante, Myanmar no podía desconocer el anuncio de la vicepresidenta de Gambia ante la Asamblea General, durante el debate general de septiembre de 2019, de que su Gobierno tenía la intención de liderar esfuerzos concertados para plantear la cuestión rohinyá ante la Corte. Fue Gambia, y solo Gambia, la que expresó esa intención ante la Asamblea General en 2019. Las declaraciones formuladas tanto en 2018 como en 2019 ante la Asamblea General por el Ministro de la Unión de Myanmar para la Oficina del Consejero de Estado expresan opiniones de su Gobierno opuestas a las de Gambia y rechazan claramente los informes y las conclusiones de la misión de investigación.

Por otra parte, la Nota Verbal enviada por Gambia a la Misión Permanente de Myanmar ante las Naciones Unidas el 11 de octubre de 2019 puso claramente de manifiesto la oposición positiva de puntos de vista entre las partes, al expresar específicamente y en términos jurídicos la posición de Gambia en relación con las supuestas violaciones de Myanmar de sus obligaciones en virtud de la Convención sobre el Genocidio. En su Nota Verbal, Gambia se refirió a las conclusiones de la misión de investigación de los hechos, especialmente las relativas al “genocidio en marcha contra el pueblo rohinyá de la República de la Unión de Myanmar en violación de las obligaciones de Myanmar en virtud de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”, que consideró “sustentadas en pruebas y altamente creíbles”. También “rechazó enfáticamente la negación por parte de Myanmar de su responsabilidad en el genocidio en marcha contra el pueblo rohinyá de Myanmar y su negativa a cumplir con sus obligaciones en virtud de la Convención sobre el Genocidio”, y pidió a Myanmar que cumpliera con esas obligaciones.

La Corte señala además que Myanmar nunca respondió a esta Nota Verbal. Como ya sostuvo la Corte, la oposición positiva a la reclamación de una de las partes por la otra no tiene por qué ser declarada *expressis verbis*; la postura o la actitud de una parte puede establecerse por inferencia, sea cual sea el punto de vista profesado por dicha parte. En

particular, la existencia de una controversia puede inferirse de la falta de respuesta de un Estado a una reclamación en circunstancias en las que se requiere una respuesta.

La Corte recuerda que Myanmar fue informada, a través de los informes de la misión de investigación de los hechos de 2018 y 2019, acerca de las denuncias formuladas contra el país referentes a las violaciones de la Convención sobre el Genocidio. También tuvo una indicación de la oposición de Gambia a sus puntos de vista sobre este asunto, como se refleja en las declaraciones de los representantes de Gambia y Myanmar ante la Asamblea General de las Naciones Unidas. Por ende, la Nota Verbal no constituía la primera vez que esas denuncias se daban a conocer a Myanmar. En vista del carácter y la gravedad de las denuncias formuladas en la Nota Verbal de Gambia y del conocimiento previo de Myanmar de su existencia, la Corte considera que el rechazo de Myanmar a las denuncias formuladas por Gambia también puede inferirse de su falta de respuesta a la Nota Verbal en el plazo de un mes anterior a la presentación de la demanda.

En vista de lo anterior, la Corte llega a la conclusión de que existía una controversia relativa a la interpretación, aplicación y cumplimiento de la Convención sobre el Genocidio entre las partes en el momento de la presentación de la demanda por parte de Gambia el 11 de noviembre de 2019, y que por ende la cuarta excepción preliminar de Myanmar debe ser rechazada.

*IV. Reserva de Myanmar al artículo VIII de la Convención sobre el Genocidio
(tercera excepción preliminar) (párrs. 78 a 92)*

La Corte observa que en su tercera excepción preliminar Myanmar sostiene que la Corte carece de competencia, o que la demanda de Gambia es inadmisibile, porque Gambia no puede recurrir válidamente a la Corte con arreglo a la Convención sobre el Genocidio. En opinión de Myanmar, este es el efecto de su reserva al artículo VIII de la Convención sobre el Genocidio. Myanmar argumenta que lo referente al sometimiento de una controversia ante la Corte se rige por el artículo VIII de la Convención sobre el Genocidio, que dispone lo siguiente:

“Toda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III”.

Myanmar, en ese entonces la Unión de Birmania, depositó su instrumento de ratificación de la Convención el 14 de marzo de 1956. Dicho instrumento de ratificación contenía la siguiente reserva: “Con referencia al artículo VIII, la Unión de Birmania formula la reserva de que dicho artículo no se aplicará a la Unión”. Myanmar sostiene que la referencia en el artículo VIII a los “órganos competentes de las Naciones Unidas” incluye a la Corte y que, dado que esa disposición rige el sometimiento de la controversia ante la Corte, la reserva de Myanmar a la misma impide el sometimiento válido ante la Corte por parte de Gambia

en la presente causa.

A efectos de determinar si el artículo VIII rige lo referente al sometimiento de una controversia ante la Corte, la Corte puede recurrir a las normas del derecho internacional consuetudinario sobre la interpretación de los tratados, tal como se refleja en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (en lo sucesivo, la “Convención de Viena”).

La Corte señala que el sentido habitual de la expresión “órganos competentes de las Naciones Unidas”, considerada de forma aislada, podría parecer que incluye a la Corte, principal órgano judicial de las Naciones Unidas. Sin embargo, la lectura del artículo VIII en su conjunto lleva a una interpretación diferente. En particular, el artículo VIII dispone que los órganos competentes de las Naciones Unidas podrán “adoptar las medidas... que consideren oportunas”, lo que sugiere que estos órganos ejercen su discreción para determinar las medidas que deben adoptarse con vistas a “la prevención y represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III”. La función de los órganos competentes prevista en esta disposición es, pues, diferente de la de la Corte, “cuya función es decidir, de conformidad con el derecho internacional, las controversias que le sean sometidas”, de conformidad con el artículo 38, párrafo 1, de su Estatuto, y emitir opiniones consultivas sobre cualquier cuestión jurídica, en virtud del artículo 65, párrafo 1, de su Estatuto. En este sentido, puede considerarse que el artículo VIII aborda la prevención y la supresión del genocidio en el plano político más que como una cuestión de responsabilidad jurídica.

Por otra parte, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, como se refleja en el artículo 31 de la Convención de Viena, los términos del artículo VIII deben interpretarse en su contexto y, en particular, a la luz de otras disposiciones de la Convención sobre el Genocidio. A este respecto, la Corte presta especial atención al artículo IX de la Convención sobre el Genocidio, que constituye la base de su jurisdicción en virtud de la Convención. En opinión de la Corte, los artículos VIII y IX de la Convención sobre el Genocidio abarcan ámbitos de aplicación diferentes. El artículo IX establece las condiciones para recurrir al órgano judicial principal de las Naciones Unidas en el marco de una disputa entre partes contratantes, mientras que el artículo VIII permite a cualquier parte contratante recurrir a otros órganos competentes de las Naciones Unidas, incluso en ausencia de una controversia con otra parte contratante.

Por lo tanto, a partir del significado habitual de los términos del artículo VIII, considerados en su contexto, cabe concluir que dicha disposición no rige lo referente al sometimiento de una controversia ante la Corte. En vista de esa conclusión, la Corte considera que no hace falta recurrir a métodos complementarios de interpretación, como los *travaux préparatoires* de la Convención sobre el Genocidio.

Dado que el artículo VIII no se refiere al sometimiento de la controversia ante la Corte, la reserva de Myanmar a esa disposición no resulta pertinente a los efectos de determinar si corresponde a la Corte conocer de la controversia que tiene planteada ante sí.

En consecuencia, no es necesario que la Corte examine el contenido de la reserva de Myanmar al artículo VIII.

Por ende, la Corte concluye que la tercera excepción preliminar de Myanmar debe ser rechazada.

V. Legitimación de Gambia para presentar la causa ante la Corte (segunda excepción preliminar) (párrs. 93 a 114)

La Corte observa que, en su segunda excepción preliminar Myanmar sostiene que la demanda de Gambia resulta inadmisibles porque Gambia carece de legitimación para presentar esta causa ante la Corte. En primer lugar, Myanmar considera que solo los “Estados lesionados”, que Myanmar define como Estados “afectados por un hecho internacionalmente ilícito”, tienen legitimación para presentar una reclamación ante la Corte. En opinión de Myanmar, Gambia no es un “Estado lesionado” y no ha demostrado un interés jurídico individual. Por lo tanto, según Myanmar, Gambia carece de legitimación con arreglo al artículo IX de la Convención sobre el Genocidio. En segundo lugar, Myanmar sostiene que las reclamaciones de Gambia son inadmisibles en la medida en que no se presentan ante la Corte de conformidad con la norma relativa a la nacionalidad de las reclamaciones que, según Myanmar, se refleja en el artículo 44 a) de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Myanmar afirma que la norma relativa a la nacionalidad de las reclamaciones se aplica a la invocación de la responsabilidad tanto por los Estados “lesionados” como por los “no lesionados” e independientemente de que la obligación incumplida sea una obligación *erga omnes partes* o *erga omnes*. En consecuencia, en opinión de Myanmar, Gambia carece de legitimación para invocar la responsabilidad de Myanmar en interés de los miembros del grupo rohinyá, que no son nacionales de Gambia. En tercer lugar, Myanmar sostiene que, incluso si se supone que las partes contratantes que no se ven “especialmente afectadas” por una supuesta violación de la Convención tienen legitimación para presentar una controversia ante la Corte en virtud del artículo IX, esta legitimación es subsidiaria y depende de la legitimación de los Estados que se ven “especialmente afectados”. Myanmar argumenta que Bangladesh sería “el Estado más natural” para entablar acciones judiciales en la presente causa, porque comparte frontera con Myanmar y ha recibido un número importante de las presuntas víctimas de genocidio. En opinión de Myanmar, la reserva de Bangladesh al artículo IX de la Convención sobre el Genocidio no solo impide a Bangladesh presentar una demanda contra Myanmar, sino que también impide a cualquier Estado “no lesionado”, como Gambia, hacerlo.

La Corte considera que la cuestión que debe responder es si Gambia tiene derecho a invocar la responsabilidad de Myanmar ante la Corte por supuestas violaciones de las obligaciones de Myanmar en virtud de la Convención sobre el Genocidio. La Corte recuerda la opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, en la que explicó la relación jurídica que se establece entre los Estados partes en virtud de la Convención sobre el Genocidio:

“En esa Convención, los Estados contratantes no tienen intereses propios; únicamente tienen todos y cada uno de ellos un interés común, a saber, la consecución de los elevados objetivos que constituyen la razón de ser de la Convención. Por consiguiente, en una convención de este tipo no se puede hablar de ventajas o desventajas individuales para los Estados, ni de mantenimiento de un perfecto equilibrio contractual entre derechos y deberes. Los altos ideales que inspiraron la Convención proporcionan, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones”.

Así pues, todos los Estados partes en la Convención sobre el Genocidio tienen un interés común en garantizar la prevención, la supresión y el castigo del genocidio, comprometiéndose a cumplir las obligaciones contenidas en la Convención. Dicho interés común implica que las obligaciones en cuestión son debidas por cualquier Estado parte a todos los demás Estados partes en la convención de que se trate; se trata de obligaciones *erga omnes partes* en el sentido de que todos los Estados partes tienen un interés en que se cumplan en cualquier caso.

El interés común en el cumplimiento de las obligaciones pertinentes en virtud de la Convención sobre el Genocidio implica que cualquier Estado parte, sin distinción, tiene derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado parte por un supuesto incumplimiento de sus obligaciones *erga omnes partes*. La responsabilidad por un supuesto incumplimiento de las obligaciones *erga omnes partes* en virtud de la Convención sobre el Genocidio puede invocarse incoando una acción judicial ante la Corte, independientemente de que pueda demostrarse un interés especial. Si se exigiera un interés especial para ello, en muchas situaciones ningún Estado estaría en condiciones de formular una reclamación.

A efectos de incoar una acción judicial ante la Corte, un Estado no necesita demostrar que las víctimas de un supuesto incumplimiento de las obligaciones en virtud de la Convención sobre el Genocidio son sus nacionales. La Corte recuerda que, cuando un Estado causa un perjuicio a una persona física o jurídica mediante un hecho internacionalmente ilícito, el Estado de nacionalidad de esa persona puede tener derecho a ejercer la protección diplomática, que consiste en invocar la responsabilidad del Estado por ese perjuicio. Sin embargo, el derecho a invocar la responsabilidad de un Estado parte en la Convención sobre el Genocidio ante la Corte por supuestos incumplimientos de obligaciones *erga omnes partes* es distinto del derecho que pueda tener un Estado a ejercer la protección diplomática en favor de sus nacionales. Dicho derecho se deriva del interés común de todos los Estados partes en el cumplimiento de esas obligaciones, y por ende no se limita al Estado de la nacionalidad de las presuntas víctimas. A ese respecto, la Corte observa que las víctimas de genocidio suelen ser nacionales del Estado que supuestamente ha incumplido sus obligaciones *erga omnes partes*.

En opinión de la Corte, la Convención sobre el Genocidio no establece condiciones adicionales para la invocación de la responsabilidad o la admisibilidad de las reclamaciones

presentadas a la Corte. El uso de la expresión “las Partes contratantes” en el artículo IX se explica por el hecho de que la competencia de la Corte en virtud del artículo IX requiere la existencia de una controversia entre dos o más partes contratantes. En cambio, “toda Parte contratante” puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas en virtud del artículo VIII, incluso en ausencia de una controversia con otra parte contratante. Además, el uso de la palabra “[c]ontroversias”, en lugar de “cualquier controversia” o “todas las controversias”, en el artículo IX de la Convención sobre el Genocidio, no es infrecuente en las cláusulas compromisorias contenidas en los tratados multilaterales. Del mismo modo, los términos del artículo IX que establecen que las controversias se someterán a la Corte “a petición de una de las Partes en la controversia”, a diferencia de cualquiera de las partes contratantes, no limitan la categoría de las partes contratantes con derecho a entablar demandas por presuntos incumplimientos de las obligaciones *erga omnes partes* en virtud de la Convención. Esta frase aclara que solo una parte en la controversia puede presentarla ante la Corte, pero no indica que dicha controversia solo pueda surgir entre un Estado parte que supuestamente viola la Convención y un Estado “especialmente afectado” por esa presunta violación.

De ello se desprende que todo Estado parte en la Convención sobre el Genocidio puede invocar la responsabilidad de otro Estado parte, incluso incoando una acción judicial ante la Corte, con el fin de determinar el presunto incumplimiento de sus obligaciones *erga omnes partes* en virtud de la Convención y poner fin a dicho incumplimiento.

La Corte reconoce que Bangladesh, país que comparte frontera con Myanmar, ha afrontado una gran afluencia de miembros del grupo rohinyá que han huido de Myanmar. Sin embargo, este hecho no afecta al derecho de todas las demás partes contratantes a hacer valer el interés común en el cumplimiento de las obligaciones *erga omnes partes* en la Convención y, por lo tanto, no excluye la legitimación de Gambia en la presente causa. En consecuencia, la Corte no necesita abordar los argumentos de Myanmar relativos a la reserva de Bangladesh al artículo IX de la Convención sobre el Genocidio.

Por estas razones, la Corte concluye que Gambia, como Estado parte de la Convención sobre el Genocidio, está legitimado para invocar la responsabilidad de Myanmar por los supuestos incumplimientos de sus obligaciones en virtud de los artículos I, III, IV y V de la Convención, y que, por lo tanto, la segunda excepción preliminar de Myanmar debe ser rechazada.

Parte dispositiva (párr. 115)

La Corte,

1) Por unanimidad,

Rechaza la primera excepción preliminar planteada por la República de la Unión de Myanmar;

2) Por unanimidad,

Rechaza la cuarta excepción preliminar planteada por la República de la Unión de Myanmar;

3) Por unanimidad,

Rechaza la tercera excepción preliminar planteada por la República de la Unión de Myanmar;

4) Por 15 votos contra 1,

Rechaza la segunda excepción preliminar planteada por la República de la Unión de Myanmar;

A favor: Donoghue, Presidenta; Gevorgian, Vicepresidente; Tomka, Abraham, Bennouna, Yusuf, Xue, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Salam, Iwasawa y Nolte, Magistrados; Pillay, Kress, Magistrados *ad hoc*;

en contra: Xue, Magistrada;

4) Por 15 votos contra 1,

Considera que tiene competencia, sobre la base del artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, para conocer de la demanda presentada por la República de Gambia el 11 de noviembre de 2019, y que dicha demanda es admisible.

A favor: Donoghue, Presidenta; Gevorgian, Vicepresidente; Tomka, Abraham, Bennouna, Yusuf, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Salam, Iwasawa, Nolte, Charlesworth, Magistrados; Pillay, Kress, Magistrados *ad hoc*;

en contra: Xue, Magistrada;

*

La Magistrada Xue adjunta una opinión disidente al fallo de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Kress adjunta una declaración al fallo de la Corte.

*

* *

Opinión disidente de la Magistrada Xue

1. En su opinión disidente, la Magistrada Xue lamenta no poder estar de acuerdo con la decisión de la Corte sobre la legitimación de Gambia y expone las siguientes razones para su voto sobre el párrafo 115 4) y 5) del fallo.

2. En primer lugar, la Magistrada Xue considera que la primera excepción preliminar de Myanmar plantea una cuestión de fondo, a saber, si la Corte tiene competencia, en virtud del Estatuto, para conocer de un asunto que, de hecho, ha sido iniciado por una organización internacional y encomendado a uno de sus miembros para que actúe en su nombre. Según la Magistrada Xue, las pruebas aportadas por la demandada demuestran

suficientemente que la Organización de Cooperación Islámica (en lo sucesivo, la “OCI”) encargó y designó a Gambia para entablar acción judicial contra Myanmar en la Corte. A este respecto, la Magistrada Xue se refiere, entre otras cosas, a las resoluciones aprobadas por la OCI y al reconocimiento público de sus Estados miembros, en particular de la propia Gambia. Afirma que, en su carácter de presidenta del Comité Ministerial *Ad Hoc* sobre la Rendición de Cuentas por las Violaciones de los Derechos Humanos contra los Rohinyás, Gambia recibió instrucciones y directrices específicas de la OCI para emprender acciones legales en la Corte y que la decisión de la OCI de entablar una causa en la Corte fue negociada y acordada entre sus miembros, especialmente en lo que respecta a la representación y la financiación de la acción legal prevista. La Magistrada Xue señala que Gambia no niega los hechos pertinentes, pero sostiene que entabló la acción en su propio nombre y que tiene una controversia con Myanmar relativa a “sus propios derechos”. Por otra parte, Gambia no alega ningún vínculo con los presuntos actos en Myanmar y afirma que no tiene ningún interés individual en la causa, sino que actúa por el interés común de los Estados partes de la Convención sobre el Genocidio. En vista del carácter de la acción legal de Gambia, la Magistrada Xue considera que dicha acción puede llegar a considerarse una controversia de interés público.

3. En opinión de la Magistrada Xue, el razonamiento de la Corte respecto a la primera excepción preliminar de la demandada evita la verdadera cuestión ardua que tiene ante sí la Corte. En virtud del párrafo 1 del artículo 34 del Estatuto, las organizaciones internacionales no tienen acceso a la Corte. Según la Magistrada Xue, la cuestión en la presente causa no estriba en saber en nombre de quién se ha incoado la acción judicial, cuál es el móvil de la demandante o quién ha organizado el equipo de abogados litigantes, sino en determinar si Gambia actúa en nombre de la OCI en defensa del interés común de sus Estados miembros, algunos de los cuales son partes en la Convención sobre el Genocidio, mientras que otros no lo son. En su opinión, las pruebas demuestran que fue la OCI, y no Gambia, la que tomó la decisión de someter la cuestión de los rohinyás a la Corte y que se encomendó a Gambia la ejecución de esa decisión. Además, la cuestión de los rohinyás nunca fue considerada como una controversia bilateral entre Gambia y Myanmar en la OCI. Aunque Gambia adoptó de forma independiente su decisión de entablar una acción judicial ante la Corte, la Magistrada Xue considera que lo cierto es que la acción legal de Gambia es iniciada por la OCI y que Gambia actúa bajo el mandato y con el apoyo financiero de la OCI. En su opinión, para establecer la existencia de una disputa bilateral entre las partes, debe existir algún vínculo entre la demandante y los supuestos actos de la demandada. Ese requisito del vínculo influye sustancialmente en la etapa de examen del fondo. Las acusaciones de genocidio requieren una investigación seria y pruebas. Cuando la demandante no tiene ningún vínculo con los hechos denunciados, parece difícil, si no imposible, que reúna pruebas y lleve a cabo la investigación por sí misma. Basarse totalmente en las pruebas y fuentes materiales recogidas por terceros no hace sino reforzar el argumento de que la causa consiste es una acción de interés público, *actio popularis*. Esta acción, incluso en forma de controversia bilateral, puede de hecho permitir que las organizaciones internacionales tengan acceso a la Corte en el futuro.

4. Si bien la Magistrada Xue está de acuerdo con la conclusión de la Corte de que la

conducta de Gambia para entablar una acción judicial no supone un abuso del proceso, duda mucho de la conclusión de la Corte de que no existen otros motivos de inadmisibilidad que le obliguen a declinar el ejercicio de su competencia.

5. La Magistrada Xue explica que, de acuerdo con el Estatuto, la función de la Corte en los casos contenciosos se limita a la solución de controversias entre dos o más Estados, y no es la entidad apropiada para conocer de acciones de interés público. Cuando la demandante actúa de hecho en representación de una organización internacional, aunque sea en su propio nombre, la demandada puede quedar en una posición de desventaja ante la Corte. Ello es especialmente cierto, en opinión de la Magistrada, si varios magistrados que conocen de la causa son nacionales de Estados miembros de la organización internacional en cuestión. En la presente causa, con la organización en la sombra, la desigualdad de las partes puede quedar oculta en la composición de la Corte, socavando así el principio de igualdad de las partes. La Magistrada Xue subraya que, por muy deseable que sea la protección judicial de las víctimas de los presuntos hechos, la demandada, en su calidad de parte, tiene derecho a un proceso judicial justo de acuerdo con las disposiciones del Estatuto y del Reglamento de la Corte.

6. Además, la Magistrada Xue observa que la acción legal de Gambia puede poner en tela de juicio el principio de finalidad en la resolución de la controversia. De acuerdo con los artículos 59 y 60 del Estatuto, la decisión de la Corte solo es vinculante para las partes en la controversia y será definitiva e inapelable. La Magistrada se pregunta si, en caso de que Gambia esté actuando por el interés común de los Estados partes de la Convención sobre el Genocidio, si la decisión de la Corte tendría también fuerza vinculante para todos los demás Estados partes. Señala que, según el razonamiento de la Corte, no se impedirá a esos otros Estados partes ejercer su derecho a entablar acciones judiciales aparte por la misma causa contra el mismo Estado ante la Corte, lo que, en su opinión, no es coherente con las normas de responsabilidad del Estado.

7. Para la Magistrada Xue, estas preocupaciones dan lugar a la cuestión de la oportunidad judicial para que la Corte considere si es apropiado ejercer la jurisdicción en la presente causa. En última instancia, se refieren a la propia cuestión de si la “controversia” sobre los presuntos actos de Myanmar podría ser resuelta por la Corte, como desean Gambia o la OCI.

8. Con respecto a la segunda excepción preliminar de Myanmar sobre la legitimación de Gambia, la Magistrada Xue señala que, debido al carácter de la acción legal de Gambia, en la presente causa la cuestión de la competencia *ratione personae* y el asunto de la legitimación están delicadamente interrelacionados. El hecho de que el artículo IX de la Convención sobre el Genocidio conceda competencia *ratione personae* a una causa incoada por un Estado parte no lesionado también influye en la legitimación de la demandante. La Magistrada Xue señala que la Corte, al determinar si tiene competencia *ratione personae*, solo examina si Gambia cumple las condiciones establecidas en los artículos 34 y 35 del Estatuto, sin examinar los términos de la cláusula compromisoria de la Convención sobre el Genocidio. Sin embargo, los artículos 34 y 35 se refieren

básicamente al derecho o a la “capacidad jurídica” de una parte para comparecer ante la Corte, que es una cuestión relativa a los requisitos legales para acceder a la Corte y no un asunto de consentimiento para la competencia. La Magistrada Xue opina que la cuestión que se plantea ante la Corte no es la capacidad jurídica de Gambia para incoar la acción judicial, sino si la Corte tiene competencia *ratione personae* para conocer de la causa incoada por un Estado no perjudicado. En su opinión, la cuestión se refiere ante todo a la interpretación del artículo IX de la Convención sobre el Genocidio, a saber, si los Estados partes han acordado conceder una legitimación general a todos los Estados partes para la invocación de la responsabilidad de cualquier otro Estado parte únicamente sobre la base de su interés común en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención.

9. La Magistrada Xue indica que la Convención sobre el Genocidio prevé varios medios y mecanismos para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención, que tienen en cuenta la situación en la que un Estado parte no lesionado puede plantear la cuestión del genocidio contra otro Estado parte. Sin embargo, entre los órganos de las Naciones Unidas a los que puede recurrir un Estado parte no lesionado no se encuentra la Corte Internacional de Justicia, interpretación que, según la Magistrada Xue, puede ser confirmada por los *travaux préparatoires* de la Convención sobre el Genocidio.

10. La Magistrada Xue señala que el tratado se redactó en una época en la que las nociones de obligaciones *erga omnes partes* o *erga omnes* no estaban establecidas en el derecho internacional general y que se presumía que el significado habitual del término “controversias” se refería a las controversias bilaterales. Observa que, aunque en el momento de las negociaciones de la Convención sobre el Genocidio las partes contratantes se centraron principalmente en el significado y el alcance de la frase “responsabilidad de un Estado por genocidio” y en la conveniencia de incluirla en la cláusula, los expedientes muestran que no tenían la intención de otorgar legitimación a ninguno de los Estados partes para invocar la responsabilidad del Estado de cualquier otro Estado parte. A su entender, debería aplicarse el principio de que solo puede entablarse una acción por una parte interesada en una causa y la responsabilidad surgiría siempre que un Estado cometiera genocidio en el territorio de otro Estado. En opinión de la Magistrada Xue, los *travaux préparatoires* no permiten afirmar que cualquier Estado parte tenga derecho a invocar la responsabilidad de cualquier otro Estado parte simplemente sobre la base de la razón de ser de la Convención sobre el Genocidio.

11. La Magistrada Xue está de acuerdo con la Corte en que en la presente causa Gambia no está ejerciendo la protección diplomática pero, en su opinión, ello no quiere decir que no deba haber un vínculo entre la demandante y los presuntos actos de la demandada. Aunque la palabra “[c]ontroversias” en el artículo IX no va acompañada de ningún calificativo, la divergencia de opiniones entre las dos partes debe referirse a un interés jurídico que la demandante pueda reclamar para sí misma en virtud del derecho internacional. Salvo que un tratado disponga expresamente lo contrario, no se puede presumir la legitimación general de los Estados partes. A este respecto, la Magistrada Xue hace referencia al artículo 33 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como disposición diferente.

12. En las causas relativas a presuntas violaciones de la Convención sobre el Genocidio, señala la Magistrada Xue, la Corte ha afirmado que el artículo IX incluye todas las formas de responsabilidad del Estado, incluida la responsabilidad de un Estado por un acto de genocidio perpetrado por el propio Estado a través de los actos de sus órganos, lo que refleja el desarrollo del derecho internacional sobre la responsabilidad del Estado. No obstante, señala que en ninguna de esas causas la Corte consideró o siquiera dio a entender que un Estado parte puede invocar la responsabilidad internacional de otro Estado parte únicamente sobre la base de la razón de ser de la Convención sobre el Genocidio; el demandante debe tener una conexión territorial, nacional o de otro tipo con los hechos alegados. En opinión de la Magistrada Xue, la interpretación de la Corte no favorece la seguridad ni la estabilidad de las relaciones convencionales entre los Estados partes.

13. Además, la Magistrada Xue considera que el hecho de que la Corte se base en el pronunciamiento de la Corte en la opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (en lo sucesivo, la “opinión consultiva”) para mantener la legitimación de Gambia no parece coherente con la práctica establecida de los Estados partes. A pesar del interés común que se señala en la opinión consultiva, la Corte no consideró que las reservas a la Convención sobre el Genocidio debieran estar categóricamente prohibidas. En cambio, estimó que la compatibilidad de una reserva con el objeto y la finalidad de la Convención debía constituir un criterio para evaluar una reserva concreta formulada por un Estado en el momento de la adhesión y para valorar una excepción a la reserva presentada por otro Estado. De acuerdo con ese criterio, en la práctica convencional posterior las reservas al artículo IX de la Convención sobre el Genocidio han sido generalmente aceptadas como permisibles por los Estados partes, posición que la jurisprudencia de la Corte ha confirmado.

14. La Magistrada Xue señala que, aunque las reservas al artículo IX también podrían dar lugar a muchas situaciones en las que ningún Estado parte estaría en condiciones de presentar una reclamación ante la Corte contra otro Estado parte que haya formulado una reserva a la competencia de la Corte, ningún Estado parte se ha quejado nunca de que las decisiones de la Corte que mantienen el efecto de las reservas pertinentes perjudiquen el interés común de los Estados partes en la Convención. Lógicamente, no puede alegarse la razón esgrimida por la Corte en la presente causa para descartar el requisito de un interés especial; al igual que en la situación de una reserva a la competencia de la Corte, la desestimación de una demanda por falta de legitimación de un Estado no perjudicado es también solo para excluir un medio particular de resolver un diferendo sobre la interpretación, la aplicación o el cumplimiento de la Convención, y no afecta a las obligaciones sustantivas relativas a los actos de genocidio en sí mismos en virtud de la Convención.

15. La Magistrada Xue observa que la decisión de la Corte en la segunda fase de las causas *África Sudoccidental* es un recordatorio constante de que en los casos en los que supuestamente está en juego el interés común de la comunidad internacional, la cuestión de la legitimación del demandante debe tratarse con sumo cuidado. Al tiempo que considera acertadas las nociones de obligaciones *erga omnes* o *erga omnes partes* como

un desarrollo positivo del derecho internacional, la Magistrada Xue señala que, en las causas *África Sudoccidental* se insertó una cláusula de resolución en el Mandato para África Sudoccidental entre las garantías proporcionadas para asegurar su éxito y que la legitimación de los Estados miembros ante la Corte se basó en las disposiciones legales del mandato y no simplemente en un interés común; se concedió por adelantado a los Estados miembros de la Liga, y posteriormente a los Estados Miembros de las Naciones Unidas sobre la base del consentimiento de los Estados Miembros. La Magistrada Xue afirma que este sistema único no puede generalizarse a todas las demás convenciones en las que pueda existir un interés común de los Estados partes.

16 La Magistrada Xue indica que, en gran medida a fin de rectificar su postura adoptada en las causas *África Sudoccidental*, en la causa *Barcelona Traction* la Corte hizo su primer pronunciamiento sobre el concepto de obligación *erga omnes*, reconociendo el interés común de la comunidad internacional en su conjunto en la protección de ciertos derechos importantes. Sin embargo, la Corte no indicó si dichas obligaciones, ya sea sobre la base de las disposiciones de los tratados o del derecho internacional consuetudinario, otorgarían por sí mismas legitimación a cualquier Estado para entablar una acción judicial contra cualquier otro Estado ante la Corte para la protección del interés común. La Magistrada Xue observa que, desde *Barcelona Traction*, la Corte se ha referido a las obligaciones *erga omnes* en varias otras causas, en ninguna de los cuales, sin embargo, abordó la relación entre dichas obligaciones y la cuestión de la legitimación.

17. La Magistrada Xue indica que la única causa en el que la Corte afirma expresamente el derecho de un Estado parte a presentar una reclamación contra otro Estado parte sobre la base del interés común en el cumplimiento de las obligaciones *erga omnes partes* es la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*. En cuanto a la cuestión de la legitimación, no desea repetir su opinión disidente adjunta a dicho fallo, pero destaca tres puntos.

18. En primer lugar, la Magistrada Xue señala que la cuestión planteada por la demandante en la causa *Bélgica c. Senegal* se refiere esencialmente a la interpretación y aplicación del principio de extradición o enjuiciamiento en virtud del artículo 7, apartado 1, de la Convención contra la Tortura. Dado que sus tribunales nacionales conocieron de las causas contra el Sr. Hissène Habré por presuntos delitos de tortura, Bélgica era un Estado especialmente afectado en esa causa. Bélgica alegó que el demandado, al no procesar al Sr. Habré y negarse a extraditarlo a Bélgica, había incumplido su obligación en virtud del artículo 7, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura. Lógicamente, la cuestión ante la Corte de si Senegal había cumplido con su obligación, en virtud del artículo 6, párrafo 2, de llevar a cabo una investigación preliminar sobre los hechos de los presuntos delitos constituía parte de las cuestiones jurídicas relacionadas con el principio de extradición o enjuiciamiento.

19. En segundo lugar, la Magistrada Xue señala que la Corte ha venido manteniendo sistemáticamente una clara distinción entre las normas sustantivas y las normas procesales. Ha sostenido con firmeza que “el carácter *erga omnes* de una norma y el principio del

consentimiento respecto de la competencia son dos cosas diferentes”. Según la Magistrada Xue, la inferencia extraída del interés común en la causa *Bélgica c. Senegal* y en la presente causa confunde el interés jurídico de los Estados partes en el cumplimiento con las obligaciones sustantivas de la Convención sobre el Genocidio y el procedimiento de solución de controversias.

20. En tercer lugar, la Magistrada Xue observa que el interés común enunciado por la Corte en la opinión consultiva no existe únicamente en la Convención sobre el Genocidio. Por analogía, ese interés común podría identificarse igualmente en muchas otras convenciones relativas, por ejemplo, a los derechos humanos, al desarme y al medio ambiente. Por lo tanto, si las obligaciones derivadas de dichas convenciones se consideran obligaciones *erga omnes partes*, en virtud del razonamiento de la Corte en la presente causa, quiere decir que cualquiera de los Estados partes, especialmente afectada o no por un supuesto incumplimiento de las obligaciones pertinentes, estaría legitimada para incoar una acción judicial ante la Corte contra el supuesto Estado parte, siempre que ninguna de las partes formule reservas a la competencia de la Corte. En opinión de la Magistrada Xue, este enfoque tiene dos consecuencias potenciales: una es que más Estados formularían reservas a la competencia de la Corte y la segunda es que podrían surgir alegaciones vagas e insustanciales.

21. La Magistrada Xue afirma que la situación de los rohinyás en Myanmar merece respuestas serias de la comunidad internacional. Señala que diversos órganos de las Naciones Unidas poseen facultades que pueden ejercerse para la prevención y represión de actos de genocidio por iniciativa de uno o varios Estados Miembros de las Naciones Unidas, incluso sin el ejercicio del derecho previsto en el artículo VIII de la Convención sobre el Genocidio. El hecho es que la situación de Myanmar y de los refugiados rohinyás ha estado en la agenda de varios órganos de las Naciones Unidas durante años, y la situación de los derechos humanos de los rohinyás ha sido objeto de una investigación por parte de una misión de determinación de los hechos de las Naciones Unidas y del Relator Especial para Myanmar. Por encima de todo, Myanmar sigue debiendo cumplir con sus obligaciones en virtud de la Convención sobre el Genocidio.

22. Por último, la Magistrada Xue observa que la situación en Myanmar, tal y como se recoge en el informe final de 2017 de la Comisión Asesora sobre el Estado de Rakáin, representa una crisis de desarrollo, una crisis de derechos humanos y una crisis de seguridad; si bien todas las comunidades han sufrido violencia y abusos, la prolongada apatridia y la profunda discriminación han hecho que la comunidad musulmana sea especialmente vulnerable a las violaciones de los derechos humanos. Reitera las palabras de Kofi Annan de que “los retos a los que se enfrentan el Estado de Rakáin y sus pueblos son complejos y la búsqueda de soluciones duraderas requerirá determinación, perseverancia y confianza”.

Declaración del Magistrado *ad hoc* Kress

Aunque expresa su acuerdo general con el fallo, el Magistrado *ad hoc* Kress formula

comentarios sobre dos grupos de cuestiones distintas. En primer lugar, hace algunas observaciones sobre el cambio en la representación de Myanmar que se produjo durante las actuaciones judiciales, y sobre el modo en que la Corte abordó esta cuestión. En segundo lugar, desarrolla el razonamiento de la Corte con respecto a la cuestión de la legitimación de Gambia.

En cuanto a la cuestión del cambio de representación de Myanmar, el Magistrado *ad hoc* Kress observa que fue el resultado de los acontecimientos que tuvieron lugar después de la declaración del estado de emergencia por parte de las fuerzas armadas de Myanmar y que fueron motivo de grave preocupación para la comunidad internacional, como atestiguan las declaraciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Considera que no es satisfactorio que en el fallo no se expongan los motivos que llevaron a la Corte a actuar en lo referente a dicha sustitución.

Sobre la cuestión de la legitimación de Gambia, el Magistrado *ad hoc* Kress acoge con satisfacción el hecho de que la Corte se haya abstenido de adoptar los términos “Estado lesionado” y “Estado distinto del Estado lesionado” utilizados por la Comisión de Derecho Internacional en relación con el derecho a invocar la responsabilidad, y que la Corte, en consonancia con su jurisprudencia anterior, haya optado por referirse a una noción amplia de “interés jurídico”. El Magistrado *ad hoc* Kress señala que el uso del término “interés jurídico” en un sentido más amplio transmite la dimensión comunitaria del concepto de obligación *erga omnes (partes)*, y que lo hace esencialmente de la misma manera que el concepto de *préjudice juridique*.

El Magistrado *ad hoc* Kress brinda a continuación algunas reflexiones adicionales sobre el concepto de *obligación erga omnes (partes)* y su aplicación en la presente causa.

En cuanto al rechazo por parte de la Corte del argumento de Myanmar basado en la reserva de Bangladesh al artículo IX de la Convención sobre el Genocidio y el hecho de que Bangladesh tuvo que hacer frente a una gran afluencia de refugiados, el Magistrado *ad hoc* Kress es muy reacio a aceptar que tales circunstancias puedan tener el efecto de convertir a Bangladesh en un “Estado especialmente afectado” en lo que respecta a las presuntas violaciones de la Convención sobre el Genocidio. El Magistrado *ad hoc* Kress opina que, incluso si Bangladesh pudiera ser considerado un “Estado especialmente afectado”, no podría deshacerse por completo del interés colectivo consagrado en las obligaciones *erga omnes (partes)* de la Convención sobre el Genocidio.

En respuesta a las inquietudes de Myanmar respecto a las posibles ramificaciones más amplias de admitir la legitimación de Gambia en la presente causa, el Magistrado *ad hoc* Kress observa que habría sido un error que la Corte, impresionada por la preocupación de un aumento de los litigios, dejara el interés comunitario fundamental en cuestión en la presente causa sin la protección judicial que le corresponde según el derecho aplicable. Al mismo tiempo, reconoce que podría ser necesario encontrar un equilibrio entre la protección de los intereses comunitarios y el riesgo de proliferación de conflictos.

Por último, el Magistrado *ad hoc* Kress subraya que es importante mostrar una especial sensibilidad con vistas a garantizar la equidad procesal de todas las partes en los procedimientos incoados para la protección de los intereses comunitarios. Señala que, si bien es ciertamente importante dotar de protección judicial internacional a los intereses colectivos y, en particular, a los intereses esenciales de la comunidad internacional en su conjunto, también es necesario no perder nunca de vista que el Estado demandado cuya responsabilidad por la violación de una obligación *erga omnes (partes)* ha sido invocada mediante un procedimiento ante el Tribunal puede no ser responsable de la supuesta violación.
