

 II
Curso Brasileiro
Interdisciplinar em
Direitos Humanos

ANTÔNIO AUGUSTO
CANÇADO TRINDADE



LA PROTECCIÓN DE LA
PERSONA HUMANA
FRENTE A LOS CRÍMENES
INTERNACIONALES Y LA
INVOCACIÓN INDEBIDA DE
INMUNIDADES ESTATALES

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

**LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA HUMANA FRENTE A LOS CRÍMENES
INTERNACIONALES Y LA INVOCACIÓN INDEBIDA DE INMUNIDADES
ESTATALES**

Prólogo de

CÉSAR OLIVEIRA DE BARROS LEAL y ROBERTO CUÉLLAR

IBDH / IIDH

Fortaleza (Brasil) / San José (Costa Rica)

2012

[página interna]

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Juez de la Corte Internacional de Justicia (La Haya); Ex-Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Profesor Emérito de Derecho Internacional de la Universidad de Brasilia; Profesor Honorario de la Universidad de Utrecht; *Honorary Fellow* de la Universidad de Cambridge; Miembro del *Institut de Droit International*, del *Curatorium* de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, y de la *Academia Brasileira de Letras Jurídicas*; Presidente Honorario del *Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*; Presidente de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional

LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA HUMANA FRENTE A LOS CRÍMENES INTERNACIONALES Y LA INVOCACIÓN INDEBIDA DE INMUNIDADES ESTATALES

ÍNDICE

PREFACIO, de César Oliveira Barros Leal (IBDH) y Roberto Cuéllar (IIDH)

ESTUDIO INTRODUCTORIO DEL AUTOR: EL DIFÍCIL CAMINO DEL ACCESO DE LA PERSONA HUMANA A LA JUSTICIA INTERNACIONAL EN EL CONTENCIOSO INTER-ESTATAL

ESTUDIO DE CASO DEL AUTOR: LAS INMUNIDADES DEL ESTADO FRENTE A LOS CRÍMENES INTERNACIONALES DE SUJECCIÓN A TRABAJO FORZADO Y MASACRES: EL CASO DE LAS *INMUNIDADES JURISDICCIONALES DEL ESTADO (Alemania versus Italia, con Intervención de Grecia, Sentencia de la CIJ del 03.02.2012)* Y DISIDENCIA HISTÓRICA DEL AUTOR

ANEXO: OPINIÓN CONSULTIVA (2010) DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DE KOSOVO: VOTO RAZONADO DEL JUEZ ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

ESTUDIO INTRODUCTORIO:

EL DIFÍCIL CAMINO DEL ACCESO DE LA PERSONA HUMANA A LA JUSTICIA INTERNACIONAL EN EL CONTENCIOSO INTER-ESTATAL

de

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE

I. Introducción.

La emergencia del ser humano, en el nuevo *jus gentium* del siglo XXI, como sujeto de derechos emanados directamente del Orden jurídico internacional, es hoy ampliamente reconocida; sin embargo, persisten todavía algunas dificultades, que examinaré a continuación. Las dificultades aquí examinadas no constituyen razón para desánimo, pues deben ser consideradas en el marco más amplio de la concomitante expansión de la *personalidad* jurídica internacional así como de la *responsabilidad* internacional, - y los mecanismos de implementación de esta última, - expansión ésta que viene a fomentar el alentador proceso histórico en curso, de la *humanización* del derecho internacional. Dichas dificultades son las inevitables piedras en el camino, que hay que saber superar.

II. Los Fines Humanos del Estado y la Visión Humanista del Orden Jurídico Internacional: La Opinión Consultiva sobre la *Declaración de Independencia del Kosovo* (2010).

En mi extenso Voto Razonado en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el asunto de la *Declaración de Independencia del Kosovo*, del 22 de julio de 2010 (reproducido en el Anexo, *infra*), señalé la atención especial de los experimentos contemporáneos de Naciones Unidas de administración internacional de territorio con las condiciones de vida de la población (en la línea de la preocupación similar de experiencias precursoras del sistema de mandatos bajo la Liga o Sociedad de Naciones, y del sistema de tutela, - además del sistema de minorías bajo la Liga, y de los territorios sin-gobierno-propio bajo Naciones Unidas), revelando todos “una perspectiva *humanizadora*” (párr. 231). Las organizaciones internacionales contribuyeron para fomentar esta “visión esencialmente humanista” (párr. 76).

El *jus gentium (droit des gens)* contemporáneo - proseguí en mi referido Voto - avanza la visión *humanista* del orden jurídico internacional, dejando claro que el Estado, o cualesquiera otras formas de organización socio-política, “fueron todos concebidos, y pasaron a existir, para la persona humana, y no *vice-versa*. Las organizaciones internacionales, creadas por Estados, han adquirido vida propia, y sido fieles a la observancia del principio de humanidad *lato sensu*, situándolo bien más allá de la antigua y estricta dimensión interestatal. Los experimentos pioneros de los sistemas de mandatos y tutela aportan una clara evidencia histórica en este sentido” (párr. 76). Los seres humanos, la “población” o el “pueblo” constituyen “el más precioso elemento constitutivo de la condición de Estado” (*statehood*) (párr. 77)¹.

¹. Al respecto, en la *Ordonnance* del 18.07.2011 de la CIJ de Medidas Provisionales de Protección, en el caso del *Templo de Préah Vihear* (solicitud de interpretación, Cambodia *versus* Tailandia), presenté un Voto Razonado en el cual sostuve que, la determinación por la CIJ de la creación de una zona desmilitarizada alrededor del Templo y cerca de la frontera entre los dos países, busca proteger no solamente el territorio en cuestión, sino también las poblaciones que en él viven, así como un conjunto de monumentos ahí situados (conformando el Templo) que hoy día integra - por decisión de la UNESCO - el patrimonio cultural y espiritual de la humanidad (párrs. 66-95). Más allá del enfoque territorialista clásico encuéntrase el “factor humano”; trátase, - agregué, - de proteger, mediante dichas Medidas Provisionales, el derecho a la vida de los miembros de las poblaciones locales así como el patrimonio espiritual de la humanidad (párrs. 96-113). Subyacente a esta construcción jurisprudencial, - agregué, - encuéntrase el *principio de humanidad*, orientando la búsqueda de la mejoría de las condiciones de vida de la *societas gentium* y la realización del bien común (párrs. 114-115), en el marco del nuevo *jus gentium* de nuestros tiempos (párr. 117). Desde la emisión de dichas Medidas Provisionales de Protección por la CIJ hasta el presente (fines de agosto) la protección de la persona humana frente a los crímenes internacionales.doc

Efectivamente, si nos volvemos a las *causas* de aquellos experimentos pioneros de los sistemas de mandatos y de tutela (hoy día seguidos por la administración internacional de territorios), identificamos su propósito común: “salvaguardar los ‘pueblos’ o ‘poblaciones’ en cuestión (...) de la exploración, los abusos y la crueldad, y capacitarlos a ser maestros de su propio destino en una dimensión temporal. (...) Aquellos experimentos se inspiraron en el *principio fundamental de humanidad* (...), e buscaron salvaguardar la dignidad de la persona humana. (...)” (párr. 94).

Agregué en mi Voto supracitado en el asunto, ante la CIJ, de la *Declaración de Independencia del Kosovo*, que

“Las lecciones acumuladas, por aquellos que testimoniaron o sobrevivieron sucesivas masacres y atrocidades de los últimos cien años, y aquellos que los estudian y piensan en ellos seriamente hoy día, sólo pueden conllevar a este reconocimiento humanista: en las raíces de aquellas instituciones jurídicas (mandatos, tutela, administración internacional de territorios) detectamos la conciencia para el *deber de cuidado con el género humano*. Este es, al fin y al cabo, en mi propia percepción, su más valioso denominador común” (párr. 96).

En el seno de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), he, pues, igualmente sostenido mi postura principista y anti-voluntarista. Por ejemplo, en mi extenso Voto Razonado en la Opinión Consultiva de la CIJ (del 22.07.2010) sobre la *Conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración de Independencia de Kosovo*, destacué, *inter alia*, la importancia de los principios de derecho internacional en el marco del Derecho de las Naciones Unidas, y en relación con los *fines humanos* del Estado (párrs. 177-211), conllevando inclusive a la superación del paradigma estrictamente inter-estatal en el derecho internacional contemporáneo.

noviembre de 2011), los conflictos armados en los alrededores del *Templo de Préah Vihéar* en la región fronteriza entre Cambodia y Tailandia han cesado.

III. La Relevancia de las Cláusulas Compromisorias en los Tratados de Derechos Humanos: Los Casos de *Bélgica versus Senegal* (2009) y de *Georgia versus Rusia* (2010).

En dos ocasiones recientes, la CIJ fue accionada con base en cláusulas compromisorias contenidas en tratados generales de derechos humanos, a saber, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura de 1984 (artículo 30) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 (artículo 22). La CIJ dejó de llevar en cuenta la naturaleza especial de estos dos tratados generales de derechos humanos (de gran importancia histórica, y que integran las “*core Conventions*” de Naciones Unidas, que requieren una interpretación teleológica (en el marco del derecho de los tratados), y cuyas cláusulas compromisorias deben ser interpretadas teniendo presentes el objeto y fin de las Convenciones respectivas. Por consiguiente, en ambas ocasiones me sentí obligado a dejar constancia de mi posición disidente en cuanto a las decisiones tomadas por la mayoría.

1. Caso de *Bélgica versus Senegal* (2009).

En el caso de las *Cuestiones Relativas a la Obligación de Juzgar o Extraditar* (*Bélgica versus Senegal*, Medidas Provisionales), en su *Ordonnance* del 28.05.2009 la CIJ dejó de indicar medidas provisionales de protección solicitadas. Presenté un extenso Voto Disidente sosteniendo que la CIJ debía haber indicado o ordenado Medidas Provisionales, para asegurar la aplicación del principio de la jurisdicción universal (*aut dedere aut judicare*), con base en un tratado de derechos humanos (la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, artículo 7) (párrs. 60-63 y 69), sobre todo en relación con una prohibición del *jus cogens* (párrs. 68, 71 y 100).

La CIJ no tomó en debida cuenta el *rationale* de la cláusula compromisorias (del artículo 30) de la Convención contra la Tortura. La debida aplicación del principio de la jurisdicción universal, aún en la etapa de medidas provisionales de protección, era, a

mi juicio, un imperativo para asegurar la salvaguardia del derecho a la realización de la justicia (párrs. 95 y 101)², particularmente bajo la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura (invocada - su cláusula facultativa del artículo 30 - como base de jurisdicción de la CIJ), que consagra la prohibición absoluta de la tortura (propia del dominio del *jus cogens*)³, en todas y cualesquiera circunstancias.

En mi referido Voto Disidente, agregué que el segmento *aut judicare* - constante del principio de la jurisdicción universal, *aut dedere aut judicare* - prohíbe además atrasos indebidos en la realización de la justicia (párr. 63), y que las medidas provisionales de protección darían expresión a esta prohibición, en pro de la pronta realización de la justicia a niveles tanto nacional como internacional; dichas medidas preservarían el propio derecho a la realización de la justicia (párr. 60). Subrayé, en mi disidencia, que la impunidad prevaleciente hasta el presente en el *cas d'espèce* constituía “en efecto una *situación* continuada de daño irreparable” (párr. 62). Cabía tener presentes los derechos de la persona humana en cuestión, más allá de la dimensión puramente interestatal (párrs. 61 and 72).

2. Caso de *Georgia versus Rusia* (2010).

Posteriormente, en mi extenso Voto Disidente en el caso relativo a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (Georgia versus Federación Rusa, Sentencia del 01.04.2011),

². En la misma línea de pensamiento, en mi reciente Voto Razonado en la nueva *Ordonnance* (del 04.07.2011) de la Corte en el caso de las *Imunidades Jurisdiccionales del Estado* (Alemania versus Italia, Solicitud de Intervención de la Grecia), me permití llamar la atención - al apoyar la solicitud griega de intervención - para la presencia y la participación de los individuos en el ordenamiento jurídico internacional contemporáneo, y para la coexistencia, en el marco de este último, de derechos de los Estados así como derechos de los individuos (párrs. 9-61), ambos sujetos del Derecho Internacional.

³. No fue ésta la única vez en que he sostenido la necesidad de la construcción jurisprudencial del *jus cogens* en el seno de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Así, también en mi extenso Voto Razonado (párrs. 195 y 212-217) en la Opinión Consultiva de la CIJ sobre la *Declaración de Independencia del Kosovo* (del 22.07.2010), subrayé la importancia de elaborarla con particular atención a las violaciones graves del derecho internacional humanitario en el plano *intra*-estatal.

ante la interpretación de la CIJ, a mi juicio equivocada, de la cláusula compromisoria (artículo 22) de la referida Convención (CERD), sostuve que cláusulas compromisorias como la del artículo 22 de la Convención CERD están directamente ligadas al propio *derecho de acceso a la justicia* de los justiciables, bajo los tratados de derechos humanos (párr. 207). La Corte debería, a mi juicio, haber desestimado las excepciones preliminares, mediante la interpretación de la cláusula compromisoria a la luz de la Convención CERD como un todo, tomando en cuenta su naturaleza jurídica y contenido material (pars. 64-78), sobre todo para proteger los justiciables en situación de particular vulnerabilidad (párr. 185).

Al declararse sin competencia para proceder al examen de la demanda en cuanto al fondo, la CIJ, a mi juicio, dejó de valorar, desde la correcta perspectiva humanista, “los sufrimientos y las necesidades de protección de la población” victimada (*summum jus, summa injuria*) (párrs. 145-166). En mi referido Voto Disidente en el presente caso relativo a la *Aplicación de la Convención CERD*, sostuve que la cláusula compromisoria (artículo 22) de la referida Convención debe ser interpretada teniendo presentes la naturaleza y el contenido material de la referida Convención, además de su objeto y fin, como un tratado de derechos humanos (párrs. 64-118), y subrayé la necesidad apremiante de la realización de la justicia con base en aquella cláusula compromisoria; discrepé, así, de la postura voluntarista y restrictiva asumida por la mayoría de Corte en el *cas d’espèce* (párrs. 1-214).

IV. Violaciones de Derechos Humanos Establecidas por la CIJ: El Caso *A.S. Diallo* (Guinea versus R.D. Congo, 2010).

En el caso *A.S. Diallo* (Guinea versus R.D. Congo, Sentencia del 30.11.2010), presentado originalmente por Guinea a la CIJ en el ejercicio de la protección diplomática (inter-estatal) discrecional, en el curso del procedimiento en cuanto al fondo (etapas escrita y oral), se tornó claro, a partir de los argumentos de las propias

partes litigantes, que el caso concreto se refería en realidad a la protección de los derechos humanos. Por la primera vez en su historia, la CIJ estableció violaciones disposiciones de dos tratados de derechos humanos (el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981), además del artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 (párrs. 64-97), como consecuencia de las detenciones de A.S. Diallo en el R.D Congo y de su expulsión del país.

Además, también por la primera vez en su historia, la CIJ se refirió expresamente a la jurisprudencia relevante de dos tribunales internacionales de derechos humanos, las Cortes Interamericana y Europea (párr. 68). La CIJ, de ese modo, se movió del plano *inter-estatal*, al *intra-estatal*. En mi extenso Voto Razonado en el presente caso *A.S. Diallo*, enfatiqué la relevancia de la nueva posición asumida por la CIJ, e invoqué el *principio de humanidad* así como el principio *pro persona humana*, en la jurisprudencia de la Corte (actualmente) en evolución, en la lucha contra las manifestaciones del poder arbitrario. Asimismo, me referí, *inter alia*, a la hermenéutica de los tratados de derechos humanos (párrs. 82-92), y a la construcción jurisprudencial del derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, a partir de la pionera Opinión Consultiva n. 16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de 1999) sobre la materia (cf. *supra*), hasta la fecha, con la decisión de la CIJ en el caso *A.S. Diallo* (2010) (párrs. 158-188).

Endosé las supracitadas conclusiones de la CIJ así como su determinación de la violación del derecho individual a la información sobre la asistencia consular (artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963), pero lo hice con base en el enfoque avanzado y pionero propugnado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva n. 16 sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*,

dando testimonio del proceso corriente de humanización del derecho consular⁴. En el mismo Voto Razonado, expresé en fin mis esperanzas de avances hacia una nueva era de adjudicación internacional de casos de derechos humanos por la CIJ (párrs. 232-245).

En mi referido Voto en el caso *A.S. Diallo*, me permití, en fin, llamar la atención para la necesidad de determinar las reparaciones en casos congéneres, a partir de la perspectiva de las propias *víctimas*, los seres humanos (y no de sus Estados respectivos). El así-llamado principio *Mavrommatis*, - agregué, - parece hoy superado (párr. 205), pues pasamos decididamente del plano *inter-estatal* al *intra-estatal*, en la búsqueda de la realización de la justicia. Este desarrollo me parece verdaderamente irreversible. Con esto, - finalicé, - la CIJ demostró estar preparada para un posible advenimiento de la adjudicación internacional, por ella misma, de casos de derechos humanos (párrs. 232-245).

Muy significativamente, la propia CIJ, en el referido caso *A.S. Diallo* (Sentencia del 30.11.2010), por primera vez en su historia procedió a establecer violaciones de dos tratados de derechos humanos, a saber, el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en razón de las circunstancias de las detenciones de A.S. Diallo en la R.D. Congo y de su expulsión del país). Y también por primera vez en toda su historia, la CIJ reconoció expresamente el aporte de la jurisprudencia relevante de la CtEDH y de la CtIADH en la materia tratada (párr. 68). La CIJ se movió, de ese modo, del plano *inter-estatal* al *intra-estatal*.

⁴. Para un estudio, cf. A.A. Cançado Trindade, "The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice", 6 *Chinese Journal of International Law* (2007) n. 1, p. 1-16.

V. Derecho a la Igualdad Procesal en el Derecho Administrativo Internacional: La Opinión Consultiva sobre el *Procedimiento de Revisión de Sentencias del Tribunal Administrativo de la OIT (2012)*.

La Opinión Consultiva de la CIJ, emitida en el día 01 de febrero de 2012, sobre la *Revisión de una Sentencia (n. 2867) del Tribunal Administrativo de la OIT*, confirmó la validez de aquella Sentencia, a favor de la reclamante original, Sra. Ana Teresa Sáez García, funcionaria de Naciones Unidas, cuyo contrato de trabajo (en el Mecanismo Global bajo la Convención de Naciones Unidas para Combatir la Desertificación) no había sido renovado por el *International Fund for Agricultural Development (IFAD)*. La CIJ descartó el recurso del IFAD, y endosó la referida Sentencia del Tribunal Administrativo de la OIT en favor de la mencionada funcionaria de Naciones Unidas.

En mi Voto Razonado, compuesto de 15 partes, abordé cuestiones de epistemología jurídica que, a mi juicio, atañen a los fundamentos del derecho (internacional) contemporáneo así como del derecho interno de Naciones Unidas (parte I); entre ellas, se sitúa la emergencia de los individuos como sujetos del derecho internacional, dotados de capacidad jurídica internacional, y su empeño en pro de la observancia del principio de la igualdad procesal (*equality of arms*) en el contencioso administrativo internacional (partes II-III). Las dificultades encontradas en el *cas d'espèce* por la reclamante original, Sra. Ana Teresa Sáez García, al tener que tramitar sus argumentos ante la CIJ a través de la parte contraria, el IFAD, trajeron a colación - señalé - la aplicación del principio de la buena administración de la justicia (parte IV). Solamente el IFAD podía recurrir de una decisión (favorable a la reclamante original) del Tribunal Administrativo de la OIT, y solamente el IFAD tenía acceso jurídico a la CIJ; esto implicaba, en mi entender, una doble desigualdad procesal (parte V).

Este problema ya había conllevado a la extinción, en 1995, del procedimiento congénere ante el Tribunal Administrativo de Naciones Unidas (UNAT), pero persistía

hasta la fecha el procedimiento (*supra*) marcado por la desigualdad, ante el Tribunal Administrativo de la OIT (ILOAT); en el presente caso, esto llevó la propia Secretaría de la CIJ a intervenir dos veces, para asegurar la buena administración de la justicia (parte VI). Este problema, - proseguí, - ha persistido por más de medio siglo (56 años), en detrimento de los individuos, “sujetos del derecho administrativo internacional, o del derecho de Naciones Unidas” (parte VII). Procedí entonces a una revisión de los cinco episodios en que aquel procedimiento en cuestión fue accionado ante la CIJ (en 1954, 1956, 1973, 1982 y 1987), anteriormente a la presente Opinión Consultiva, presentando la misma desigualdad, y pareciendo desafiar el pasar del tiempo, como los juspositivistas tienen la vana pretensión de hacer.

El resultado ha sido un procedimiento fosilizado, prehistórico, basado en el dogma anacrónico de que los individuos no pueden comparecer ante la CIJ, porque no son por esta considerados como sujetos del derecho internacional; tal procedimiento desafía el sentido común, y es una reliquia del pasado, criticado inclusive por algunos de los Jueces mis predecesores en la CIJ, y se ha mantenido hasta hoy día por fuerza de la inercia mental. Además, en mi entender, el subterfugio utilizado por la CIJ de no realizar audiencias públicas para “contornar” el problema de la notoria desigualdad procesal, es “extremamente insatisfactorio”, y representa no una solución, sino más bien una “capitulación frente a un problema persistente” (parte VIII).

A mi juicio, - continué, - había que tomar en cuenta los avances del *jus gentium* contemporáneo en el sentido de la consolidación de los individuos como sujetos del derecho internacional (a ser dotados de *locus standi in judicio* y de *jus standi*), de modo a garantizar su acceso a la justicia (abarcando la igualdad procesal), para asegurar la correcta operación, en nuestros días y en el futuro, de las jurisdicciones administrativas internacionales (parte IX). Esto, a mi juicio, estaría en conformidad con el legado de los escritos de los “fundadores” del derecho de gentes (F. Vitoria, A. Gentili, F. Suárez, H. Grotius, S. Pufendorf, C. Wolff, C. Bynkershoek), sobre los sujetos del *jus gentium*.

Desarrollos doctrinales subsiguientes, y el advenimiento de jurisdicciones internacionales permanentes (como el de la Corte Centroamericana de Justicia en 1907), trascendieron un enfoque puramente interestatal del contencioso internacional. Agregué que, hoy día, con la coexistencia de las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos, - a las cuales se ha sumado recientemente la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, - su operación (a lo largo de una gradual y amplia evolución) da testimonio de la capacidad jurídica internacional de los individuos, como sujetos del derecho internacional. En realidad, los individuos han estado en contacto directo con el orden jurídico internacional ya por décadas (cf., v.g., CPJI, Opinión Consultiva sobre la *Jurisdicción de los Tribunales de Dantzig*, 1928), como en los experimentos de las minorías y de los mandatos bajo la Liga o Sociedad de Naciones, y de tutela y de los territorios-sin-gobierno-propio, además de los múltiples instrumentos - convencionales y extra-convencionales - de protección de los derechos humanos en la era de las Naciones Unidas.

La opción hecha, en 1920, por el Comité Consultivo de Juristas, de sólo reconocer el *status* de los Estados ante la CPJI (seguida por la CIJ), - agregué, - fue pronta y fuertemente criticada en la doctrina, y se estratificó con el pasar del tiempo en el Estatuto de la CIJ, que sigue ignorando dogmática e indebidamente la posición de los individuos como sujetos del derecho internacional. Sin embargo, muchos de los casos traídos a su conocimiento, - que me permití recordar en mi presente Voto, - se han referido a la situación concreta de individuos o grupos de individuos afectados, y no a cuestiones abstractas de interés exclusivo de los Estados litigantes *inter se*. Ejemplos más recientes en este sentido se encuentran en los casos *A.S. Diallo* (2010), *Georgia versus Rusia* (2010), *Cambodia versus Tailandia* (2011), y la anterior Opinión Consultiva sobre la *Declaración de Independencia del Kosovo* (2010). Así, la artificialidad del enfoque exclusivamente interestatal de la CIJ es manifiesta (parte XII).

Además, recordé que, ya a mediados de la década de los cincuenta, el Secretario General de Naciones Unidas (Dag Hammarskjöld) alertó (en un *Memorandum* de 1955) para la necesidad de divisar un procedimiento equitativo ante la CIJ, con “la posible participación de los individuos” como *sujetos de derechos*. De mi parte, sostuve firmemente “el imperativo de asegurar la igualdad de las partes” en el procedimiento en cuestión (del tipo de las “*review procedures*”). Al invocar el *principe du contradictoire*, recordé el legado de la jurisprudencia relevante de las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos (parte XIII).

Para garantizar dicha igualdad procesal (como componente del derecho de acceso a la justicia), subrayé la necesidad de asegurar el *locus standi in iudicio* y el *jus standi* de los individuos ante tribunales internacionales, “inclusive la CIJ” (parte XIV). El dogma obsoleto seguido por la CIJ ya no más se sostiene, - proseguí, - al impedir que un funcionario de Naciones Unidas comparezca ante la CIJ para presentar sus propios argumentos en un asunto que directamente le concierne. Una revisión de su dogmatismo así se impone, sobre todo en una época, como la presente⁵, del *rule of law* en los planos nacional e internacional, en la cual se debe asegurar la participación de los individuos en *review procedures* como la del *cas d'espèce*, para respetar los principios del *contradictoire*, y de la *bonne administration de la justice* (parte XV).

⁵. Hoy día, la solución de controversias internacionales (inclusive por la CIJ) no más se limita a las que ocurren a nivel *inter-estatal*, pero abarca también las que tienen lugar a nivel *intra-estatal*; además, es alentador verificar que existen hoy tribunales internacionales - tales como los tribunales internacionales de derechos humanos, y los tribunales penales internacionales, - que buscan solucionar también estas últimas, ampliando así el marco de la propia solución de controversias (K. Oellers-Frahm, “Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction - Problems and Possible Solutions”, 5 *Max-Planck Yearbook of United Nations Law* (2001) p. 69), en la medida en que, más allá de ésta, también *dicen lo que es el Derecho*. Así, en nada sorprende identificar, en la bibliografía especializada contemporánea, una creciente atención a la actuación legiferante (*law-making*) de los tribunales internacionales contemporáneos; cf., v.g., A. von Bogdandy e I. Venzke, “Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers”, 12 *German Law Journal* (2011) pp. 979-1003; M. Fynys, “Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights”, *in ibid.*, pp. 1231-1259.

Esto es, además, a mi juicio, lógico, por cuanto a la personalidad jurídica internacional de las partes debe corresponder su plena capacidad jurídica para vindicar sus derechos ante la Corte. Asimismo, su participación pública en el procedimiento ante la Corte reconoce el derecho de libre expresión de las propias partes litigantes, al proporcionarles la oportunidad de actuar como verdaderos sujetos de derecho. Esto asegura a aquellos que se sienten victimados, y están en búsqueda de justicia, una forma de reparación, al contribuir directamente - con su participación - a la paciente reconstitución y a la determinación de los hechos por la propia Corte. Todas estas consideraciones tornan la temática en cuestión, en mi percepción, propia para una más cuidadosa consideración, de aquí en adelante. Al concluir, ponderaré que, una vez que la CIJ debe desempeñar sus funciones en la altura de los desafíos de la actualidad, como la Corte Internacional *de Justicia*, debe ella en fin reconocer que los individuos son efectivamente sujetos del derecho internacional, del *jus gentium* de nuestros tiempos.

VI. Las Inmunidades del Estado frente a los Crímenes Internacionales de Sujeción a Trabajo Forzado y Masacres: El Caso de las *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania versus Italia, con Intervención de Grecia, Sentencia de la CIJ del 03.02.2012)* y Disidencia.

Como el reciente caso que opuso Alemania a Italia, con intervención de Grecia, ante la CIJ, se estudiará a continuación (cf. *infra*), en el presente Estudio Introductorio me limitaré a breves referencias a sus principales puntos centrales. A mi juicio, no pueden los Estados “renunciar” a reivindicaciones de derechos que no son los suyos, sino más bien inherentes a individuos victimados. Para examinar las reparaciones debidas a los seres humanos, víctimas de crímenes internacionales, hay que partir no de un prisma estadocéntrico, sino más bien de un enfoque *centrado en valores fundamentales y en la persona humana*, de conformidad con los orígenes del *droit des gens*⁶.

⁶. A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens - L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-187.

Mucho antes de la II guerra mundial, ya se sabía claramente que la deportación para someter personas a trabajo forzado en condiciones infra-humanas y de pobreza extrema constituía efectivamente un crimen internacional. En el plano normativo, dicha prohibición figuraba ya en la II Convención de La Haya de 1907 y en la Convención de la OIT sobre Trabajo Forzado de 1930. Dicha prohibición era reconocida en trabajos de codificación de la época, y pasó a contar con reconocimiento judicial; del mismo modo, el derecho a la reparación por crímenes de guerra era también reconocido, ya bien antes de la II guerra mundial, v.g., en la IV Convención de La Haya de 1907.

La tensión entre la inmunidad del Estado y el derecho de acceso a la justicia debe, en mi entendimiento, ser correctamente resuelta en favor de este último, particularmente en casos de crímenes internacionales. En mi percepción, sin el derecho de acceso a la justicia, simplemente no hay un sistema jurídico; estamos aquí en el dominio del *jus cogens*. El *derecho de acceso a la justicia lato sensu* abarca no solamente el acceso formal a la justicia (el derecho de iniciar procedimientos legales), por medio de un recurso efectivo, sino también las garantías del debido proceso legal (con la igualdad procesal, conformando un juicio justo (*procès équitable*), hasta la sentencia (como la *prestation juridictionnelle*), con su fiel ejecución, mediante la reparación debida⁷.

De ese modo, los victimados por la opresión tienen su *derecho al Derecho (droit au Droit)* debidamente vindicado. Es infundado presumir que el régimen de reparaciones por violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario se agotaría a nivel inter-estatal, en detrimento de los individuos que sufrieron las consecuencias de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. La *realización de la justicia* es, en efecto, *per se*, una forma de reparación (satisfacción) a las víctimas; es la reacción del Derecho a aquellas graves violaciones, conllevando al dominio del *jus cogens*. Los principios que aquí ocupan una

⁷. A.A. Cançado Trindade, *El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión*, Santiago de Chile, CECOHLibrotecnia, 2008, pp. 61-407; A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-235.

posición central son, a mi modo de ver, el principio de humanidad y el principio de la dignidad humana⁸.

El *jus cogens* se sitúa por encima de la prerrogativa o el privilegio de la inmunidad estatal, con todas las consecuencias que de ahí se desprenden, evitando así la denegación de justicia y la impunidad. A mi juicio, no hay inmunidad estatal para crímenes internacionales, para violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. En mi entendimiento, es esto lo que la Corte Internacional *de Justicia* debería haber decidido en el caso en aprecio, que es examinado a continuación.

⁸. A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, Paris, Pédone, 2012, pp. 45-368.

ESTUDIO DE CASO:

LAS INMUNIDADES DEL ESTADO FRENTE A LOS CRÍMENES INTERNACIONALES DE SUJECCIÓN A TRABAJO FORZADO Y MASACRES: EL CASO DE LAS *INMUNIDADES JURISDICCIONALES DEL ESTADO (Alemania versus Italia, con Intervención de Grecia, Sentencia de la CIJ del 03.02.2012)* Y DISIDENCIA HISTÓRICA DEL AUTOR

de

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE

NOTA INTRODUCTORIA

El día 23 de diciembre de 2008, Alemania interpuso una demanda contra Italia ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), con base en el artículo 1 de la Convención Europea sobre Solución Pacífica de Controversias (1957), alegando falta de respeto por parte del poder judicial italiano de sus inmunidades jurisdiccionales “como Estado soberano”. Alemania se refirió a una serie de decisiones de los tribunales italianos, que alcanzaron su punto “crítico” en la Sentencia de la *Corte di Cassazione* del 11.03.2004 en el caso *Ferrini*, atinente a reparaciones a una persona (un italiano) que había sido sometida a trabajo forzado, durante la II guerra mundial, en la industria bélica alemana. La Sentencia *Ferrini* fue confirmada en otras decisiones, de mayo y octubre de 2008,

del poder judicial italiano. Asimismo, reclamó Alemania de intentos, por parte de nacionales griegos, de buscar la ejecución (en Italia) de una Sentencia de la Corte Suprema griega, favorable a ellos, de reparaciones por una masacre perpetrada en Dístomo, Grecia, por las tropas nazistas, en 1944. Alemania solicitó a la CIJ que determinara el comprometimiento de la responsabilidad internacional de Italia, como consecuencia de las sentencias de sus tribunales nacionales y por permitir que se buscara ejecutar las sentencias de los tribunales griegos.

Todas estas sentencias (italianas y griegas) reconocieron el derecho a reparaciones de las personas victimadas por las atrocidades nazistas en la II guerra mundial, - sea las sometidas a trabajo forzado o esclavo en pobreza extrema en la industria bélica alemana (en 1943-1945), sea las victimadas por masacres perpetradas por las tropas nazistas (como los de Dístomo en Grecia, y de Civitella en Italia, ambas en 1944. Las víctimas ya habían intentado - en vano - obtener reparaciones ante el poder judicial alemán. El trámite del caso ante la CIJ (2009-2012) fue marcado por dos incidentes procesales significativos, que resultaron en dos *Ordonnances* de la CIJ, respectivamente, del 06 de julio de 2010, sobre una demanda reconvenicional de Italia, y del 04 de julio de 2011, sobre una solicitud de intervención por parte de Grecia.

En la primera *Ordonnance*, la CIJ rechazó sumariamente la demanda reconvenicional de Italia por “inadmisibles”, la cual buscaba relacionar la demanda alemana de inmunidad estatal con su propia demanda de reparaciones por crímenes de guerra. En su Voto Disidente solitario, el Juez A.A. Cançado Trindade se opuso a la decisión de la Corte por su falta de fundamentación jurídica y por haber sido tomada sin audiencia pública previa; al recordar todo el histórico de los *counter-claims* en la doctrina jurídica, ponderó que la demanda original y la demanda reconvenicional deben recibir el mismo tratamiento, y que la consecuencia de la sucinta y precipitada decisión de la mayoría de la Corte la conllevaría a considerar la inmunidad estatal en un *vacuum, in abstracto*. Además, la decisión de la mayoría, tal como tomada, a su juicio

no estuvo conforme a los principios del contradictorio y de la buena administración de la justicia, y dejó de asegurar la igualdad procesal de las partes.

Además, - prosiguió el Juez A.A. Cançado Trindade en su Voto Disidente en la referida *Ordonnance* del 06.07.2010, - la mayoría de la Corte no tomó en cuenta la noción de “situación continuada” (de denegación de justicia), y se olvidó de que los Estados no pueden renunciar a derechos que no son los suyos, y que son más bien inherentes a los seres humanos, cuya inobservancia acarrea violaciones flagrantes del *jus cogens* (violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario). Al oponerse a la posición voluntarista-positivista (con énfasis en la voluntad del Estado), señaló el Juez A.A. Cançado Trindade que no se puede seguir intentando mantener un orden jurídico internacional por encima del sufrimiento de las gentes; mucho antes de la II guerra mundial, - advirtió él, - ya se sabía claramente que la deportación para someter personas a trabajo forzado en condiciones infra-humanas y de pobreza extrema constituía un crimen internacional. Por encima de la voluntad, - concluyó, - está la conciencia, como fuente *material* última del derecho de gentes y de todo el Derecho, removiendo la injusticia manifiesta.

En la segunda *Ordonnance*, del 04.07.2011, la CIJ otorgó permisión a Grecia para intervenir como non-parte en el presente caso, en relación con “las decisiones de los tribunales griegos”. En su Voto Razonado, el Juez A.A. Cançado Trindade endosó dicha *Ordonnance* de la Corte, dado el “interés jurídico” demostrado por Grecia en el presente caso, e inclusive dado el hecho de que Alemania, en su demanda contra Italia, invocó expresamente las sentencias de los tribunales griegos. En el referido Voto Razonado, además de proceder a un análisis de las Sentencias pertinentes de 1997, 2000 y 2002 de los tribunales griegos (con atención especial al caso de la *masacre de Dístomo*), el Juez A.A. Cançado Trindade examinó la *titularidad* de derechos de los individuos contrapuesta a la de los Estados, los límites al consentimiento de los Estados ante los imperativos del *jus cogens*, y la significación de la *ressurrectio* de la

intervención en el presente procedimiento, trascendiendo la visión tradicional (de cuño arbitral) inter-estatal y orientándose hacia un derecho internacional *universal*.

Las audiencias públicas se realizaron del 12 al 16 de septiembre de 2011, cuando Alemania, Italia y Grecia presentaron a la CIJ sus argumentos orales. El 03 de febrero de 2012 la CIJ emitió su Sentencia en cuanto al fondo del caso. La Corte decidió, aún ante las graves circunstancias del caso en sus orígenes factuales (los crímenes del Tercer *Reich* en la II guerra mundial, en el período de 1943-1945), que Italia violó las inmunidades soberanas de Alemania en consecuencia de las sentencias de los tribunales italianos (en favor de las víctimas, dándoles acceso a la justicia), y por tornar posible la implementación de las decisiones de los tribunales griegos (también en favor de las víctimas, dándoles igualmente acceso a la justicia), aún tratándose de violaciones graves del derecho internacional humanitario. Además, la CIJ ordenó que Italia tornara sin efecto (por medios legislativos u otros), las decisiones de sus propios tribunales, y otros (en favor de las víctimas, dándoles acceso a la justicia), de modo a asegurar el respeto de las inmunidades soberanas de Alemania. El Juez A.A. Cançado Trindade presentó un extenso y contundente Voto Disidente (transcrito a continuación, *infra*).

En su Voto Disidente, compuesto de 27 partes, el Juez A.A. Cançado Trindade empezó por identificar el marco general de la solución de una controversia del tipo de la presente (parte I), sometida al juicio de la CIJ, e ineludiblemente vinculada al imperativo de la *realización de la justicia*; en efecto, dicha solución debe basarse en *consideraciones básicas de humanidad*, frente a las graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que se encuentran en los orígenes factuales del *cas d'espèce*. En seguida, en cuanto a la dimensión intertemporal (parte II), sostuvo la necesidad de examinar la materia en juicio teniendo presente la evolución del derecho; aún frente al rechazo, por la mayoría (y con su disidencia), de la demanda reconventional de Italia (cf. *supra*), las partes continuaron a referirse, a lo largo de todo el proceso (etapas escrita y oral) ante la Corte, a los hechos históricos que dieron origen al *cas d'espèce*, dando muestra - tal como afirmado en su disidencia

anterior - de que las inmunidades del Estado no pueden ser consideradas en un *vacuum*, pues están estrechamente vinculadas a las reivindicaciones de reparaciones por crímenes de guerra, por violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario (parte III). Además, en el curso del procedimiento ante la Corte, la propia Alemania reconoció expresamente su responsabilidad internacional, por los crímenes practicados por el Tercer *Reich* durante la II guerra mundial (part IV).

A continuación, el Juez A.A. Cançado Trindade recordó algunos desarrollos doctrinales (parte V) de una generación de juristas que conoció los horrores de dos guerras mundiales en el siglo XX, y que fueron elaborados no a partir de un prisma estado-céntrico, sino más bien a partir de un enfoque centrado en valores fundamentales y en la persona humana, de conformidad con los orígenes del *droit des gens*. También abordó los desarrollos doctrinales en asociaciones como el *Institut de Droit International* y la *International Law Association*. Se desprende de dichos desarrollos doctrinales, - agregó, - que las inmunidades del Estado son una prerrogativa o un privilegio, que no puede seguir haciendo abstracción de la evolución del derecho internacional, que hoy día ocurre a la luz de *valores humanos fundamentales*.

En el entender del Juez A.A. Cançado Trindade, la tensión entre la inmunidad del Estado y el derecho de acceso a la justicia debe ser correctamente resuelta en favor de este último, particularmente em casos de crímenes internacionales (parte VI). Hay que tener presentes los imperativos de la realización de la justicia, combatiendo así la impunidad y evitando la repetición de dichos crímenes en el futuro. El teste de la *gravedad* de las violaciones ocurridas (independientemente de quién las cometió, aún a servicio de políticas criminales del Estado) remueve cualquier obstáculo a la jurisdicción, en la búsqueda de la reparación a ser prestada a los individuos victimados (parte VII). A juicio del Juez A.A. Cançado Trindade, los Estados no pueden simplemente renunciar a derechos que no son los suyos, pero que son inherentes a los seres humanos; los intentos de “renuncia” a estos derechos por parte del Estado son contrarios al *ordre public* internacional, y son desprovistos de cualesquiera efectos

jurídicos (parte VIII). Esto lo reconoce la propia *conciencia jurídica universal*, la fuente *material* última de todo el Derecho.

El Juez Cançado Trindade demostró, a continuación, que, bien antes de la II guerra mundial, la deportación para trabajo forzado (como una forma de trabajo esclavo) ya era prohibida por el derecho internacional. En el plano normativo, dicha prohibición figuraba ya en la II Convención de La Haya de 1907 y en la Convención de la OIT sobre Trabajo Forzado de 1930. Dicha prohibición era reconocida en trabajos de codificación de la época, y pasó a contar con reconocimiento judicial. Del mismo modo, El derecho a la reparación por crímenes de guerra era también reconocido, ya bien antes de la II guerra mundial, v.g., en la IV Convención de La Haya de 1907 (parte XII). Lo que desestabiliza el orden jurídico internacional son los crímenes internacionales (seguidos de *cover-up* e impunidad), y no la búsqueda de justicia por parte de los individuos victimados (partes X y XIII). Cuando un Estado adopta una política criminal de exterminar segmentos de su propia población, y de la población de otros Estados, no puede situarse por detrás del escudo de las inmunidades soberanas, las cuales jamás fueron concebidas para este fin.

El Juez Cançado Trindade procedió entonces a una revisión de todas las respuestas de las partes litigantes (Alemania e Italia), así como del Estado interviniente (Grecia), a las cuestiones por él formuladas a ellos al final de las audiencias públicas ante la Corte, el 16.09.2011 (parte XI). Sostuvo él que violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, constituyendo crímenes internacionales, son actos anti-jurídicos, violaciones del *jus cogens*, que no pueden simplemente ser removidas o lanzadas en el olvido con base en la inmunidad estatal (partes XII-XIII). En seguida, el Juez Cançado Trindade pasó en revista la tensión prevaleciente, en la jurisprudencia tanto internacional como nacional, entre la inmunidad estatal y el derecho de las víctimas de acceso a la justicia (parte XIV), dando mayor peso a este último, en la era actual del *rule of law* en los planos nacional e internacional (tal como reconocida por la propia Asamblea General de Naciones

Unidas). Asimismo, el Juez Cançado Trindade descartó la distinción tradicional y superada entre *acta jure gestionis* y *acta jure imperii* como irrelevante en el presente caso. En su entendimiento, crímenes internacionales perpetrados por Estado (tales como los cometidos por el Tercer Reich en la II guerra mundial no son actos *jure gestionis*, ni tampoco actos *jure imperii*; son crímenes, *delicta imperii*, para los cuales no hay inmunidad alguna (parte XV).

Cabe trascender el enfoque estrictamente inter-estatal del pasado, y reconocer la presencia de la persona humana en el *droit des gens* (parte XVI), evitando así la impunidad; la inmunidad (por su propio origen etimológico) es tan sólo una “prerrogativa” del Estado, la cual no puede remover la jurisdicción en casos de crímenes internacionales, de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, en los cuales la primacía cabe a los derechos de las víctimas, inclusive contra su propio Estado (parte XVII). Los individuos son titulares de derechos y portadores de obligaciones que emanan *directamente* del derecho internacional. Desarrollos convergentes, en las últimas décadas, del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario, y del derecho internacional de los refugiados, dan testimonio inequívoco de esto. No hay inmunidades para crímenes contra la humanidad (partes XVIII-XIX). En casos de *delicta imperii*, - agregó el Juez Cançado Trindade, - no puede haber renuncia al derecho individual de acceso a la justicia, abarcando el derecho a la reparación por las violaciones graves de los derechos inherentes al individuo como persona humana. Sin aquel derecho, simplemente no hay un sistema jurídico; estamos aquí en el dominio del *jus cogens*.

Por consiguiente, a su juicio, no hay inmunidades del Estado para *delicta imperii*, tales como las masacres de civiles en situaciones de indefensión (v.g., la masacre de Dístomo, en Grecia, y la masacre de Civitella, en Italia, ambas en 1944), o la deportación y sujeción a trabajo forzado en la industria bélica (v.g., en 1943-1945) (parte XVIII). No importa si dichas violaciones graves fueron gubernamentales, o

privadas con la aquiescencia del Estado, ni si fueron cometidas enteramente en el Estado del *fórum* o no (la deportación para trabajo forzado es un crimen transfronterizo); se impone aquí la realización de la justicia, y la inmunidad estatal no puede ser invocada como obstáculo a ella, tratándose de violaciones graves de derechos fundamentales de la persona humana. Em seguida, sostuvo el Juez Cançado Trindade que el derecho de acceso a la justicia *lato sensu* abarca no solamente el acceso formal a la justicia (el derecho de iniciar procedimientos legales), por medio de un recurso efectivo, sino también las garantías del debido proceso legal (con la igualdad procesal, conformando un juicio justo (*procès équitable*), hasta la sentencia (como la *prestation juridictionnelle*), con su fiel ejecución, mediante la reparación debida (parte XIX).

La jurisprudencia internacional contemporánea contiene elementos en este sentido, apuntando hacia el *jus cogens* (partes XX-XXI). La propia realización de la justicia es, en sí misma, una forma de reparación, asegurando la *satisfacción* a la víctima. De ese modo, los victimados por la opresión tienen su *derecho al Derecho* (*droit au Droit*) debidamente vindicado (parte XXII). En el propio dominio de las inmunidades del Estado, - prosiguió él, - ha habido reconocimiento de los cambios por él sufridos, en el sentido de restringir o descartar tales inmunidades, en caso de violaciones graves, y dado el advenimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con atención centrada en el derecho de acceso a la justicia y la responsabilidad internacional, sosteniendo el deber estatal de reparación a las víctimas de violaciones como una obligación bajo el derecho internacional consuetudinario y conforme a un principio general fundamental de derecho (parte XXII).

En efecto, - agregó el Juez Cançado Trindade - admitir la remoción de la inmunidad estatal en el ámbito de las relaciones comerciales, o en relación con delitos como en accidentes de tránsito, y al mismo tiempo insistir en salvaguardar los Estados con inmunidad en casos de perpetración de crímenes internacionales - marcados por violaciones graves de los derechos humanos y Del derecho internacional humanitario, - en aplicación de políticas (criminales) del Estado, conlleva, en su entender, a un

verdadero absurdo jurídico. En casos de tamaña gravedad como el presente, oponiendo Alemania a Italia (con Grecia interviniendo), - agregó, - el derecho de acceso a la justicia *lato sensu* hay que ser abordado con atención centrada en su esencia, más bien como un derecho *fundamental* (como en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), y no a partir de “limitaciones” al mismo, permisibles o implícitas (como en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos). En su entender, violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario corresponden a violaciones del *jus cogens*, acarreado la responsabilidad del Estado y el derecho de reparación a las víctimas (partes XXI y XXIII). Se encuentra esto en conformidad, - agregó él, - con la idea de *rectitud* (en conformidad con la *recta ratio* del derecho natural), subyacente a la concepción del Derecho (en distintos sistemas jurídicos - *Recht / Diritto / Droit / Direito / Derecho / Right*) como un todo (parte XXIII).

A continuación, el Juez Cançado Trindade pasó a examinar el derecho de las víctimas a la reparación, el complemento indispensable de las violaciones graves del derecho internacional que les causaron daños. Este todo indisoluble, de violaciones y reparaciones, - acrecentó él, - se encuentra reconocido en la *jurisprudence constante* de la Corte de La Haya (CPJI y CIJ), y la incidencia equivocadamente presumida de la inmunidad estatal no puede aquí deshacer aquel todo indisoluble. Es infundado presumir que el régimen de reparaciones por violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario se agotaría a nivel inter-estatal, en detrimento de los individuos que sufrieron las consecuencias de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. El expediente del presente caso, - señaló el Juez Cançado Trindade, deja claro que hubo “*Italian Military Internees*” (IMIs, i.e., soldados que habían sido aprisionados y tuvieron negado su *status* de prisioneros de guerra), - que fueron enviados, justamente con civiles, al trabajo forzado en la industria bélica alemana (en 1943-1945), - víctimas de las graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, que efectivamente han sido dejados sin reparación hasta el presente (no obstante los dos Acuerdos de 1961 entre Alemania e Italia).

La propia Alemania admite que hay “IMIs” que no han recibido reparación, en consecuencia de una interpretación (con base en un dictamen de un perito) dada a la ley alemana de 2000 sobre la Fundación “*Remembrance, Responsibility and Future*”. Los “IMIs” que no recibieron reparación alguna sufrieron, así, en el entender del Juez Cançado Trindade, una doble injusticia: en primer lugar, cuando hubieron podido beneficiarse del status de prisioneros de guerra, tal status les fue negado; y ahora que buscan reparaciones por violaciones del derecho internacional humanitario de que fueron víctimas (inclusive la violación de haberles negado el status de prisioneros de guerra), pasan a ser tratados como prisioneros de guerra (parte XXV); ya es demasiado tarde para considerarlos como tales, y, peor aún, para negarles reparación. Deberían haber sido considerados como tales durante La II guerra mundial y en su término, para el propósito de protección, pero no lo fueron. No se puede dejar sin reparación a las víctimas de las atrocidades estatales de la Alemania nazista. La inmunidad estatal no puede servir de obstáculo a la jurisdicción, en circunstancias como las presentes, ni tampoco a la realización de la justicia. Esta última debe ser preservada, de modo a posibilitar a las víctimas buscar y obtener las reparaciones por los crímenes que sufrieron.

La *realización de la justicia* es, en efecto, *per se*, una forma de reparación (satisfacción) a las víctimas. Es la reacción del Derecho a aquellas graves violaciones, conllevando al dominio del *jus cogens*. En la concepción del Juez Cançado Trindade, a través de la *reparatio* (del término latino *reparare*, “disponer de nuevo”), el Derecho interviene para hacer cesar los efectos de sus violaciones, y asegurar la no-repetición de los actos lesivos. La *reparatio* no pone un fin a las violaciones de los derechos humanos ya perpetradas, pero, al hacer cesar sus efectos, por lo menos evita el agravamiento del daño ya causado (sea por la indiferencia del medio social, sea por la impunidad o por el olvido). La *reparatio*, - en su entendimiento, - tiene un doble sentido: provee satisfacción (como forma de reparación) a las víctimas, y, al mismo tiempo, restablece el orden jurídico quebrado por aquellas violaciones, - un orden jurídico erigido con base en el pleno respeto de los derechos inherentes a la persona

humana. El orden jurídico orden jurídico, así restablecido, requiere la garantía de la no-repetición de los actos lesivos.

En seguida, pasó el Juez Cançado Trindade a sostener, en su Voto Disidente, la primacía del *jus cogens*, y a presentar sus reflexiones como réplica a su desconstrucción (por la decisión de la mayoría - parte XXVI). En su entender, la mayoría partió de una presunción formalista y equivocada de la ausencia de un conflicto entre reglas “procesales” y “sustantivas”, privando indebidamente al *jus cogens* de sus efectos y consecuencias legales. De hecho, un conflicto material *existe*, y a su juicio es lamentable intentar negarlo a partir de una aserción meramente formalista. En el entendimiento del Juez Cançado Trindade, no puede haber la prerrogativa o el privilegio de la inmunidad estatal en casos de crímenes internacionales, tales como masacres de la población civil en territorio ocupado, y deportación de civiles y prisioneros de guerra para sujeción a trabajo forzado o esclavo; se trata de violaciones graves del *jus cogens*, para las cuales no hay inmunidades.

No se puede examinar y decidir casos como éste, - agregó él, - que revelan tales violaciones graves, sin una cuidadosa atención a *valores humanos fundamentales*. Al contrario de lo que presupone el positivismo jurídico, el derecho y la ética se encuentran inevitablemente interligados, y esto hay que ser tomado en cuenta para una fiel realización de la justicia, en los planos nacional e internacional. Los principios que aquí ocupan una posición central son, - en su percepción, - el principio de humanidad y el principio de la dignidad humana. No se puede situar indebidamente la inmunidad estatal por encima de la responsabilidad del Estado por crímenes internacionales y su inevitable complemento, el deber del Estado responsable de reparación a las víctimas.

La posición opuesta, indiferente a tales valores (adoptada por la mayoría), deriva de un ejercicio factual empírico de identificación de la jurisprudencia incongruente de tribunales nacionales y de la práctica inconsistente de unas pocas legislaciones

nacionales sobre la materia en examen. Este ejercicio es típico de la metodología del positivismo jurídico, muy atenta a los hechos y olvidándose de los valores. Aún bajo este prisma, el examen de las decisiones de los tribunales nacionales, - agregó él, - no conlleva a concluir que se aplicaría la inmunidad estatal en casos de crímenes internacionales. Se trata - en la percepción del Juez Cançado Trindade - de ejercicios positivistas acarreado la fosilización del derecho internacional, y revelando su subdesarrollo persistente, en lugar de su desarrollo progresivo, como sería de esperarse.

Hay, pues, así, un conflicto material, aunque no fácilmente y *prima facie* discernible, a partir de un enfoque formalista; es del todo lamentable embarcar, como lo ha hecho la mayoría, en una desconstrucción infundada del *jus cogens*, privando a este último de sus efectos y consecuencias jurídicas. El Juez Cançado Trindade añadió que no es esta la primera vez que esto ocurre; ha acontecido anteriormente, e.g., en la década pasada, en las Sentencias de la Corte en los casos del *Orden de Prisión* (2002) y de las *Actividades Armadas en el Territorio del Congo* (R.D. Congo tiempo, a su juicio, de dar al *jus cogens* toda la atención que él requiere y merece. Su desconstrucción, como en el presente caso, es - en su percepción, - en detrimento no solamente de los individuos víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, sino también del propio derecho internacional contemporáneo. En suma, en su entendimiento, no puede haber prerrogativa o privilegio alguno de inmunidad estatal en casos de crímenes internacionales, tales como masacres de la población civil en territorio ocupado, y deportaciones de civiles y prisioneros de guerra para sujeción a trabajo esclavo: estas son violaciones graves de prohibiciones absolutas del *jus cogens*, para las cuales no puede haber cualesquiera inmunidades.

No se puede continuar a abordar las inmunidades estatales desde un enfoque atomizado o autosuficiente (contemplando las inmunidades estatales en un *vacuum*), sino más bien a partir de una visión amplia del derecho internacional contemporáneo como un todo, y de su rol en la comunidad internacional. Agregó el Juez Cançado

Trindade que el derecho internacional no puede ser “congelado” por una continuada y prolongada sumisión a omisiones del pasado, sea en el plano normativo (v.g., en la redacción de la Convención de Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y Su Propiedad, de 2004), sea en el plano judicial (v.g., la decisión de la mayoría de la *Grand Chamber* de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Al-Adsani*, 2011, invocada por la Corte en el presente caso). En suma, - concluyó el Juez Cançado Trindade, - el *jus cogens* se sitúa por encima de la prerrogativa o el privilegio de la inmunidad estatal, con todas las consecuencias que de ahí se desprenden, evitando así la denegación de justicia y la impunidad. Con base en lo anteriormente expuesto, su firme posición es en el sentido de que no hay inmunidad estatal para crímenes internacionales, para violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. En su entendimiento, es esto lo que la Corte Internacional de Justicia debería haber decidido en el presente caso.

**VOTO DISIDENTE DEL JUEZ ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE / DISSENTING
OPINION OF JUDGE ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE**

Table of Contents:

| | Pages |
|--|--------------|
| I. <i>Prolegomena</i> | |
| II. Preliminary Issue: The Inter-Temporal Dimension in the Consideration of State Immunity..... | |
| III. State Immunities and War Reparation Claims: An Ineluctable Relationship in the Present Case..... | |
| IV. Germany’s Recognition of State Responsibility in the <i>Cas d’Espèce</i> | |
| V. Fundamental Human Values: Rescuing Some Forgotten Doctrinal Developments..... | |
| VI. The Collegial Doctrinal Work of Learned Institutions of International Law | |
| VII. The Threshold of the Gravity of the Breaches of Human Rights and of International Humanitarian Law..... | |
| VIII. The Question of Waiver of Claims in Respect of the Right of Access to Justice in the Pleadings before the Court: Assessment..... | |

| | |
|---|--|
| IX. The Inadmissibility of Inter-State Waiver of the Rights of the Individuals, Victims of Grave Violations of International Law..... | |
| X. Positions of the Contending Parties as to the Right of Access to Justice..... | |
| XI. Clarifications from the Contending Parties and from Greece in Response to Questions From the Bench..... | |
| 1. Questions Put to the Contending Parties and to Greece..... | |
| 2. First Round of Answers..... | |
| (a) Germany's and Italy's Answers..... | |
| (b) Greece's Answer..... | |
| 3. Second Round of Answers..... | |
| (a) Germany's Comments..... | |
| (b) Italy's Comments..... | |
| XII. The Prohibition of Forced Labour at the Time of the II World War | |
| 1. Normative Prohibition..... | |
| 2. Judicial Recognition of the Prohibition..... | |
| 3. The Prohibition in Works of Codification | |
| 4. International Crimes and the Prohibitions of <i>Jus Cogens</i> | |
| XIII. Oral Pleadings of the Parties, and the Intervening State, on <i>Jus Cogens</i> and Removal of Immunity: Assessment..... | |

| | |
|---|--|
| XIV. State Immunity <i>versus</i> The Right of Access to Justice..... | |
| 1. The Prevailing Tension in the Case-Law of the European Court of Human Rights..... | |
| (a) The <i>Al-Adsani</i> Case (2001) | |
| (b) The <i>McElhinney</i> Case (2001) | |
| (c) The <i>Fogarty</i> Case (2001) | |
| (d) The <i>Kalogeropoulou and Others</i> Case (2002) | |
| 2. The Prevailing Tension in the Case-Law of National Courts..... | |
| 3. The Aforementioned Tension in the Age of the Rule of Law at National and International Levels | |
| XV. The Contentions of the Parties as to Acts <i>Jure Imperii</i> and Acts <i>Jure Gestionis</i> | |
| XVI. The Human Person and State Immunities: The Shortsightedness of the Strict Inter-State Outlook..... | |
| XVII. The State-Centric Distorted Outlook in Face of the Imperative of Justice | |
| XVIII. The Human Person and State Immunities: The Overcoming of the Strict Inter-State Outlook..... | |
| XIX. No State Immunities for <i>Delicta Imperii</i> | |
| 1. Massacres of Civilians in Situations of Defencelessness..... | |
| (a) The Massacre of Distomo..... | |
| (b)(b) The Massacre of Civitella..... | |
| 2. Deportation and Subjection to Forced Labour in War Industry..... | |

| | |
|---|--|
| XX. The Prevalence of the Individual’s Right of Access to Justice: The Contending Parties’ Invocation of the Case <i>Goiburu et Alii</i> (IACtHR, 2006) | |
| XXI. The Individual’s Right of Access to Justice: The Evolving Case-Law Towards <i>Jus Cogens</i> | |
| XXII. Out of Lawlessness: The Individual Victim’s Right to the Law (<i>droit au Droit</i>) | |
| XXIII. Towards the Primacy of the Never-Vanishing <i>Recta Ratio</i> | |
| XXIV. The Individuals’ Right to Reparation as Victims of Grave Violations of Human Rights and of International Humanitarian Law..... | |
| 1. The State’s Duty to Provide Reparation to Individual Victims..... | |
| 2. The Categories of Victims in the <i>Cas d’Espèce</i> | |
| 3. The Legal Framework of the Foundation “Remembrance, Responsibility and Future” (2000) | |
| 4. Assessment of the Submissions of the Contending Parties..... | |
| XXV. The Imperative of Providing Reparation to Individual Victims of Grave Violations of Human Rights and of International Humanitarian Law..... | |
| 1. The Realization of Justice as a Form of Reparation..... | |
| 2. Reparation as the Reaction of Law to Grave Violations..... | |
| XXVI. The Primacy of <i>Jus Cogens</i> : A Rebuttal of Its Deconstruction..... | |

XXVII. A Recapitulation: Concluding Observations.....

I. *Prolegomena*

1. I regret not to be able to accompany the Court's majority in the decision which the Court has just adopted today, 3 February 2012, in the case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany *versus* Italy, Greece intervening). My dissenting position pertains to the decision as a whole, encompassing the adopted methodology, the approach pursued, the whole reasoning in its treatment of issues of substance, as well as the conclusions of the Judgment. This being so, I care to leave on the records the foundations of my dissenting position, given the considerable importance that I attach to the issues raised by Germany and Italy, as well as by Greece, in the course of the proceedings in the *cas d'espèce*, and bearing in mind the settlement of the dispute at issue ineluctably linked to the imperative of the *realization of justice*, as I perceive it.

2. I thus present with the utmost care the foundations of my entirely dissenting position on the whole matter dealt with by the Court in the Judgment which it has just adopted, out of respect for, and zeal in, the exercise of the international judicial function, guided above all by the ultimate goal precisely of the *realization of justice*. To this effect, I shall dwell upon all the aspects concerning the dispute brought before the Court which forms the object of its present Judgment, in the hope of thus contributing to the clarification of the issues raised and to the progressive development of international law, in particular in the international adjudication by this Court of cases of the kind on the basis of fundamental considerations of humanity, whenever grave breaches of human rights and of international humanitarian law lie at their factual origins, as in the *cas d'espèce*.

3. Preliminarily, I shall dwell upon the inter-temporal dimension in the consideration of State immunity, moving then onto my initial line of considerations, pertaining, first, to the ineluctable relationship (as I perceive it), in the present case, between State immunities and war reparation claims, and, secondly, to the recognition by Germany of State responsibility in the present case. I shall then seek to rescue some doctrinal developments, forgotten in our days, acknowledging fundamental human values, and to recall the pertinent collegial doctrinal work, on the subject-matter at

issue, of learned institutions in international law. I shall, next, turn to the threshold of the gravity of the breaches of human rights and of international humanitarian law.

4. This will lead me into the consideration of the question of waiver of claims in respect of the right of access to justice in the pleadings before the Court, and into the position upholding the inadmissibility of inter-State waiver of the rights of the individuals, victims of grave violations of international law. I shall then review the arguments of the contending parties as to the right of access to justice. Attention will then be drawn to the clarifications from the contending parties, Germany and Italy, and from the intervening State, Greece, in response to a series of questions I put to them in the oral hearings before the Court, on 16.09.2011.

5. I shall next consider the prohibition of forced labour at the time of the II world war, and the prohibitions of *jus cogens* and the removal of immunity. This will lead me to review the tension, in international case-law, between State immunity and the right of access to justice, as well as to assess the contentions of the parties in the present case as to acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*. My next line of considerations will focus on the human person and State immunities, singling out the shortsightedness of the strict inter-State outlook, particularly when facing the imperative of justice, and stressing the need to overcome that distorted inter-State outlook. This will lead me to sustain the position that there are no State immunities for *delicta imperii*, with the prevalence of the individual's right of access to justice, in the domain of *jus cogens*.

6. In sequence, I shall dwell upon the configuration of the individual victim's right to the Law (*droit au Droit*), bearing witness of the primacy of the never-vanishing *recta ratio*. My following line of reasoning will concentrate on the individuals' right to reparation as victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law, and on the imperative of the State's duty to provide reparation to those victims. This will lead me to uphold the primacy of *jus cogens*, with a rebuttal of its deconstruction. The path will then be paved, last but not least, for the presentation of my concluding observations.

II. Preliminary Issue: The Inter-Temporal Dimension in the Consideration of State Immunity

7. The consideration of the issue of the application of State immunity calls for addressing an ineluctable preliminary question, namely, the inter-temporal dimension

in that consideration. This raises the preliminary issue as to whether State immunity should be considered in the present case opposing Germany to Italy as it was understood at the time of the commission of acts for which immunity is claimed (in the 1940s), or as it stands when the Court was lately seized of the present dispute.

8. Germany claims, in this respect, that, at the time when German forces were present in Italy in 1943-1945, “the doctrine of absolute immunity was uncontested”⁹, and that, even today, “[a]bsolute jurisdictional immunity in respect of sovereign acts of government is still the generally acknowledged customary rule”¹⁰. Germany further contends that a departure from this doctrine, or the creation of new exceptions to State immunity with retroactive effect, would be in contradiction with general principles of international law¹¹.

9. Italy, for its part, argues that the acts *sub judice* in the present case, the Italian judgments from 2004 onwards, that have asserted jurisdiction *vis-à-vis* Germany, have applied correctly the modern-day understanding of the principle of State immunity¹². It further claims that immunity is a procedural rule, and as such it must be assessed on the basis of the law in force at the time that a Court is seized¹³; it adds that courts have generally applied the law in existence at the “moment of the judicial action and not of the original injurious facts”¹⁴.

10. Inter-temporal considerations for the application or otherwise of State immunity call into question two issues, namely: first, whether State immunity has changed, or evolved, in the past decades; and secondly, whether State immunity should be applied in the present case as it is understood today, the time when the Court is seized of the dispute. As to the first question, the law of State immunity has clearly developed and evolved; it has not remained static. Developments in the domains of international human rights law, of contemporary international criminal law, and of international humanitarian law, cannot be said to have had no influence on the evolving law of State immunity.

11. As to the second question, there is a case for focusing on State immunity as it stands when the Court is seized of the dispute. After all, it would not make sense to consider the matter at issue as it was understood at the time of the II world war, in

⁹ICJ, *Memorial of Germany*, para. 91; and ICJ, *Reply of Germany*, para. 37.

¹⁰ICJ, *Compte rendu* CR 2011/17, para. 29.

¹¹ICJ, *Memorial of Germany*, para. 91; and ICJ, *Reply of Germany*, para. 37.

¹²ICJ, *Counter-Memorial of Italy*, paras. 1.14-1.16; ICJ, *Compte rendu* CR 2011/18, pp. 23-24.

¹³ICJ, *Rejoinder of Italy*, para. 4.2.

¹⁴ICJ, *Counter-Memorial of Italy*, para. 4.47.

relation to Italian courts' judgments rendered from 2004 onwards, setting aside State immunity and awarding reparations to the individual victims. The formation and development of international law, as well as its interpretation and application, can hardly be dissociated from the inter-temporal dimension. The “inter-temporal law” issue came to the fore in the arbitral award of 04.04.1928, on the *Island of Palmas* case (Netherlands *versus* United States), wherein arbitrator Max Huber pondered that:

“As regards the question which of different legal systems prevailing at successive periods is to be applied in a particular case (the so-called intertemporal law), a distinction must be made between the creation of rights and the existence of rights. The same principle which subjects the act creative of a right to the law in force at the time the right arises, *demandes that the existence of the right, in other words its continued manifestation, shall follow the conditions required by the evolution of law*”¹⁵.

12. In modern times it has been clearly reckoned that there are no “immutable” rules of international law, as erroneously assumed in times long past. The *Institut de Droit International* covered the topic of “inter-temporal law”, in its Sessions of Rome (1973) and Wiesbaden (1975). There was general acknowledgement as to the basic proposition that any given situation is to be appreciated in the light of legal rules contemporary to it¹⁶, and evolving in time; awareness of the underlying tension was reflected in the cautious resolution adopted by the *Institut* in Wiesbaden in 1975¹⁷.

13. The impact or influence of the passage of time in the formation and evolution of the rules of international law is not a phenomenon external to law¹⁸. The surpassed positivist-voluntarist conception of international law nourished the pretension of attempting (in vain) to establish the independence of law in relation to time, while concomitantly privileging the method of observation (e.g., of State practice) in its undue minimization of the principles of international law, which touch on the foundations of our discipline.

¹⁵ *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II: *Island of Palmas* case (The Netherlands *versus* United States), 04.04.1928, p. 845 (emphasis added), and cf. pp. 829-871.

¹⁶ Cf. 55 *Annuaire de l'Institut de Droit International [AIDI]* (1973) pp. 33, 27, 37, 48, 50 and 86; 56 *AIDI* (1975) p. 536 (par. 1 of the resolution of the *Institut*).— And cf. M. Sorensen, “Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international — Rapport provisoire”, 55 *AIDI* (1973) pp. 35-36.

¹⁷ Cf. 56 *AIDI* (1975) pp. 536-541 (cf., particularly, the second *considerandum* of the preambular part of the resolution).

¹⁸ In the aforementioned work of the *Institut*, attention was in fact turned to the impact of the passage of time on the development of international law; cf. 55 *AIDI* (1953) pp. 108 and 114-115 (interventions by M. Lachs, P. Reuter and S. Rosenne).

14. Within the conceptual universe of this latter, aspects of inter-temporal law came to be studied, e.g., keeping in mind the relationship between the contents and the effectiveness of the norms of international law and the social transformations which took place in the new times. A *locus classicus* in this respect lies in the well-known *obiter dictum* of this Court, in its Advisory Opinion on Namibia (1971), wherein it affirmed that the system of mandates (territories under mandate)¹⁹ was “not static”, but “by definition evolutionary”; and it added that its interpretation of the matter could not fail to take into account the transformation occurred along the following fifty years, and the considerable evolution of the *corpus juris gentium* in time. In the words of the Court, “an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation”²⁰.

15. In respect of the present case opposing Germany to Italy, the fact remains that, even after Court’s Order of 6 July 2010²¹, dismissing as “inadmissible” the Italian counter-claim, and thus, much to my regret, trying to dissociate State immunities from war claims for reparations, the contending parties themselves, Germany and Italy, continued to relate their (written and oral) submissions on the issue of State immunities to the factual background of war reparations claims. This appears ineluctable to me, as one cannot consider State immunities in the void, outside the factual context (including the factual origin) wherein they are invoked. The two go together, as the proceedings in the present case clearly demonstrated. I shall come back to this point throughout the present Dissenting Opinion.

16. It is not warranted, in my view, to invoke the factual origin of a dispute simply to try to argue that forced labour in the war industry was not prohibited in the past (the II world war), or that *jus cogens* did not exist then, or that rights inherent to the human person were not yet recognized, and at the same time hide oneself behind the shield of

¹⁹ And in particular the concepts incorporated in Article 22 of the Covenant of the League of Nations.

²⁰ ICJ, Advisory Opinion on *Namibia*, *ICJ Reports* (1971) pp. 31-32, para. 53.

²¹ The effects of this Order of the Court were interpreted distinctly by the contending parties. Germany claimed that the *cas d’espèce* does not concern the II world war violations of international humanitarian law and the question of reparations, and that this ensues from the Court’s Order of 06.07.2010 (ICJ, *Compte rendu* CR 2011/17, p. 18, para. 11); in Germany’s view, the Court does not have jurisdiction to adjudicate upon this issue (ICJ, *Compte rendu* CR 2011/20, p. 11, para. 4). Italy, in turn, argued that the aforementioned Order of the Court does not bar it from raising the issue of reparations at this stage of the proceedings, in order to have Germany’s immunity lifted (ICJ, *Compte rendu* CR 2011/18, p. 13, para. 10). Turning to the inter-temporal dimension of the present dispute, Germany, however, went back to the times of the II world war, to claim that the question whether it enjoys immunity before Italian courts should be examined according to the standards in force from 1943-1945, since immunity is the procedural counterpart of the substantive rule that provides for war reparations at inter-State level (ICJ, *Compte rendu* CR 2011/17, pp. 35-36, para. 32). Italy, for its part, argued that the rules of State immunity, as procedural rules, must be applied by courts as they exist at the time of the filing of the complaint and not as they existed at the time the alleged violation of international law took place, and claims that such position is supported by Article 4 of the 2004 U.N. Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property (ICJ, *Compte rendu* CR 2011/18, pp. 23-24, paras. 15-18).

State immunity. That makes no sense to me at all, and leads to impunity and manifest injustice. That goes against international law. That is unacceptable today, as was unacceptable in the past. It goes against the *recta ratio*, which lies in the foundations of the law of nations, today as in the past.

17. One cannot take account of inter-temporal law only in a way that serves one's interests in litigation, accepting the passing of time and the evolution of law in relation to certain facts but not to others, of the same *continuing* situation. There may be greater awareness of the interrelatedness between State immunities and war reparations claims today, and this is reassuring. One cannot simply discard such interrelatedness without providing any foundation for such dogmatic position. One cannot hide behind static dogmas so as to escape the legal consequences of the perpetration of atrocities in the past. The evolution of law is to be taken into account, in the unending struggle to put an end to atrocities and to see to it that they do not happen again, anywhere in the world.

III. State Immunities and War Reparation Claims: An Ineluctable Relationship in the Present Case

18. It should not pass unnoticed that, *after* the Court's Order of 6 July 2010 summarily dismissing the Italian counter-claim, references to the facts underlying the dispute between the Parties, and conforming its historical background, continued to be made by the contending Parties (Germany and Italy). It is in fact striking to note that, even after the Court's Order of 06.07.2010, both Parties, — and, more significantly, Germany, — have kept on referring to the factual and historical background of the present case. More specifically as to the question of reparations, Germany has dedicated part of its written and oral pleadings to this topic.

19. In fact, *after* the Court's Order of 06.07.2010 concerning Italy's counter-claim, Germany submitted its Reply (of 05.10.2010) where it dedicates its section III, paras. 12-34, to "Reparation Issues Concerning Italy and Italian Citizens"²². As to Germany's arguments concerning the question of reparation and the factual context of the present case, in paragraph 13 of its Reply, for example, it claims that Italy was involved in the post-war reparations scheme and that it received appreciable amounts of compensation from Germany. In paragraph 34 of its Reply, Germany

²²ICJ, *Reply of Germany*, paras. 12-34.
(augusto) la protección de la persona humana frente a los crímenes internacionales.doc

further contends that, through the various mechanisms of reparation, in particular through collective reparations, it has fulfilled its duty to provide reparation in a fully satisfactory manner.

20. The same is true concerning the arguments of the Parties during the oral hearings²³. A statement by the counsel for Italy is illustrative of this:

“Is it not surprising to hear the Agent of Germany assert again at this stage that the question of reparation ‘do[es] not form part of the present proceedings’, whereas most of the discussions and the remarks your Court has heard throughout this week of pleadings have been and continue to be focused on this topic, and each of the counsel for the opposing Party has in particular made every effort to demonstrate that no violation of the obligations in question was ever committed?”²⁴.

21. While Germany states that the case is not about “the [II world war], violations of international humanitarian law committed during the war and the question of reparations”²⁵, during its second pleadings in the oral proceedings, the agent of Germany stated that she intended “to dispel any erroneous impression that might have been created by our Italian and Greek friends that victims of German war crimes were deliberately left without compensation”²⁶. She then went on to describe the mechanism of reparation that was put in place after the II world war, stating that:

- “—At the beginning of the 1960s the Federal Republic of Germany paid DM115 million to Greece for victims of racial and religious persecution. Germany likewise concluded the two treaties with Italy referred to in our Memorials, under which a lump sum of DM80 million was paid to Italy.
- Roughly 3,400 Italian civilians were compensated for their forced labour by the Foundation ‘Remembrance, Responsibility, Future’. The total amount of funds awarded to Italian individuals by this Foundation was close to €2 million.
- Furthermore, roughly 1,000 Italian military internees were awarded compensation for forced labour under the Foundation scheme.

²³Cf., e.g., ICJ, *Compte rendu* CR 2011/20, p. 11; ICJ, *Compte rendu* CR 2011/21, p. 14.

²⁴ICJ, *Compte rendu* CR 2011/21, p. 14 (official translation).

²⁵ICJ, *Compte rendu* CR 2011/17, p. 18.

²⁶ICJ, *Compte rendu* CR 2011/20, pp. 11-12.

— In addition, numerous Italian and Greek individuals received payments under the German post-war compensation legislation”²⁷.

22. The question is addressed again in the pleadings of counsel for Germany, wherein it is claimed that Italy’s stance that Germany has failed to provide reparation collectively “requires an explanation of the entire system of reparations as it was conceived by the community of States”²⁸. The argument goes on to explain the foundations of the system of reparations “conceived by the community of States having declared war on Germany . . . [which] were laid down at Potsdam, a few months after Germany’s surrender”²⁹. Thus, counsel for Germany presented “the political, historical and legal context of the waiver clause which must not be seen as a kind of accident, a derailing provision which does not fit into the system of international responsibility”³⁰.

23. In conclusion on the point at issue, one cannot make abstraction of the factual context, of the historical background of the facts which gave origin to the present case. State immunities cannot be considered in the void, they constitute a matter which is ineluctably linked to the facts which give origin to a contentious case. This is precisely what I upheld in my Dissenting Opinion in the Court’s Order of 06 July 2010, whereby the Court decided, however, to dismiss the Italian counter-claim, much to my regret. Shortly after that Order, the contending parties themselves (Germany and Italy) kept on relating their (written and oral) submissions on the issue of State immunities to the factual background of war reparations claims. It could not have been otherwise, as one and the other are ineluctably interrelated.

IV. Germany’s Recognition of State Responsibility in the *Cas d’Espèce*

24. Having established the ineluctable interrelatedness between the claims of State immunities and of war reparations in the *cas d’espèce (supra)*, I now move on to the next point, namely, Germany’s recognition of State responsibility for the wrongful acts which lie in the factual origin of the present case. This comes to reveal the uniqueness of the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, a very rare one in the inter-State *contentieux* before The Hague Court, and an unprecedented one in

²⁷ *Ibid.*, pp. 11-13.

²⁸ ICJ, *Compte rendu* CR 2011/20, pp. 25-26.

²⁹ *Ibid.*, pp. 25-26.

³⁰ *Ibid.*, p. 27.

that the complainant State recognizes its own responsibility for the harmful acts lying in the origins, and forming the factual background, of the present case.

25. Throughout the proceedings before this Court in the present case concerning *the Jurisdictional Immunities of the State*, in the written and oral phases, Germany took the commendable initiative of repeatedly recognizing State responsibility for the wrongful acts lying in the factual origins of the *cas d'espèce*, i.e., for the crimes committed by the Third *Reich* during the II world war³¹. Thus, in the written proceedings, in its Memorial Germany stated that:

“(...) the historical context of the dispute cannot be fully understood without at least a summary description of the unlawful conduct of the forces of the German Reich, on the one hand, and the steps undertaken by post-war Germany, at the inter-State level, to give effect to the international responsibility of Germany deriving from that conduct, on the other. (...)”

The democratic Germany, which emerged after the end of the Nazi dictatorship, has consistently expressed its deepest regrets over the egregious violations of international humanitarian law perpetrated by German forces during the period from 8/9 September 1943 until the liberation of Italy.”³².

26. Germany then referred to its own previous “symbolic gestures”, on many occasions, to remember the Italian citizens who became “victims of barbarous strategies in an aggressive war”. It added that it was “prepared to do so in the future” again. Germany recalled, in particular, the 2008 ceremony held in the memorial site “*La Risiera di San Sabba*” close to Trieste (which had been used as a concentration camp during the German occupation in the II world war), where Germany fully acknowledged

“the untold suffering inflicted on Italian men and women in particular during massacres, and on former Italian military internees”³³.

27. One of the conclusions of the meeting of German and Italian authorities during the ceremony in the memorial site near Trieste (on 18.11.2008) was the decision to create a joint commission of German and Italian historians:

³¹Cf., e.g., ICJ, *Memorial of Germany*, paras. 7, 15, 59, 94; ICJ, *Reply of Germany*, para. 2; CR 2011/17, p. 15, para. 5; pp. 18-19, para. 12; p. 31, para. 20; p. 48, para. 41; CR 2011/20, para. 1.

³²ICJ, *Memorial of Germany*, paras. 7 and 15.

³³*Ibid.*, para. 15.

“with the mandate to look into the common history of both countries during the period when they were both governed by totalitarian regimes, giving special attention to those who suffered from war crimes, including those Italian soldiers whom the authorities of the Third Reich abusively used as forced labourers (‘military internees’). In fact, the first conference of that joint commission, which comprises five eminent scholars from each side, was held on 28 March 2009 in Villa Vigoni, the prominent centre for cultural encounters in German-Italian relations”³⁴.

28. Germany added that it “does not challenge the assertion that indeed very serious violations, even crimes, were committed by its occupation forces in Italy”³⁵. It added that “[t]he unlawful actions of the armed forces of the Third *Reich* took place between 1943 and 1945. Since that time, no injurious new element was added to the damage originally caused”³⁶. In its Reply, Germany again referred to “[t]he horrendous events of World War II, when German occupation forces perpetrated indeed serious violations of the laws of war”³⁷ (which it sought, however, to separate from the issue of State immunity submitted to the jurisdiction of the Court).

29. Likewise, in the course of the oral proceedings, in the public sitting of 12.09.2011 before the Court, counsel for Germany stated that

“The democratic Germany which emerged after the end of the Nazi dictatorship has consistently expressed its deepest regret over the egregious violations of international humanitarian law perpetrated by German forces and fully acknowledges the suffering inflicted on the Italian people during the period from September 1943 until the liberation of Italy in May 1945. In this context, the German Government has, in co-operation with the Italian Government, made a number of gestures to reach out to the victims and their families. (...).

[...M]ost horrendous crimes were committed by Germans during World War II. Germany is fully aware of her responsibility in this regard. Those crimes were unique, as were the instruments and mechanisms for compensation and reparation — financially, politically and otherwise — set up and implemented by Germany since the end of the war. We cannot undo

³⁴ *Ibid.*, para. 15.

³⁵ *Ibid.*, para. 59.

³⁶ *Ibid.*, para. 94.

³⁷ ICJ, *Reply of Germany*, para. 2.

history. If victims or descendants of victims feel that these mechanisms were not sufficient, we do regret this”³⁸.

30. Shortly afterwards, in the public sitting of 15.11.2011 before the Court, counsel for Germany reiterated that:

“we are well aware that the complex legal nature of these proceedings on State immunity cannot do justice at all to the human dimension of the terrible wartime events for which Germany has accepted full responsibility. I would like to take this opportunity to emphasize our deepest respect for the victims, not only here in the courtroom”³⁹.

Germany further recognized its responsibility specifically for the *massacre of Distomo* in Greece, perpetrated on 10.06.1944 (cf. para. 188, *infra*).

31. The *massacre of Distomo* was by no means an isolated atrocity of the kind; there were other massacres in occupied Greece of that time, in a pattern of systematic oppression and extreme violence⁴⁰. The above statements before this Court, of acknowledgment of State responsibility on the part of Germany, commendable as they are, show again the impossibility of making abstraction of the factual background of the present case, pertaining to the claim of State immunity as ineluctably related to war reparation claims.

V. Fundamental Human Values: Rescuing Some Forgotten Doctrinal Developments

32. Since legal doctrine (i.e., “the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations”) is listed among the formal “sources” of international law, together with “judicial decisions”, in Article 38(1)(d) of the ICJ Statute, consideration of the basic issue raised in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany *versus* Italy, Greece intervening) cannot thus prescind from, and be exhausted in, a review only of case-law (both international and domestic) on the procedural issue of State immunity strictly. Attention is to be turned also to the most

³⁸ICJ, *Compte rendu* CR 2011/17, pp. 15 and 18, paras. 5 and 12; and cf. p. 31, para. 20, for yet another reference to the “grave breaches of the law perpetrated by the authorities of the German Third Reich”.

³⁹ICJ, *Compte rendu* CR 2011/20, p. 10, para. 1.

⁴⁰For one of the few general historical accounts available, cf. M. Mazower, *Inside Hitler's Greece The Experience of Occupation, 1941-44*, New Haven/London, Yale Nota Bene/Yale University Press, 2001, pp. 155-261.

lucid international legal thinking, drawing on the underlying human values. I thus turn my attention to some writings which I regard as particularly relevant to the consideration of the *cas d'espèce*.

33. I do not purport to be exhaustive, but rather selective, in singling out some ponderations which should not remain seemingly forgotten in our days, particularly by the active (if not hectic) legal profession, which appears today oblivious of the lessons of the past, in its persistent obsession of privileging strategies of litigation over consideration of fundamental human values. I draw attention to the apparently forgotten thoughts of three distinguished jurists, who belonged to the same generation which witnessed and survived two world wars, who were devoted to international law in the epoch of the anguish of the inter-war period and of the horrors of the II world war: Albert de La Pradelle (1871-1955), former member of the Advisory Committee of Jurists which in 1920 drafted the Statute of the old Permanent Court of International Justice (PCIJ), subsequently to become, with minor changes, the Statute of the ICJ; Max Huber (1874-1960), former Judge of the PCIJ⁴¹; and Alejandro Álvarez (1868-1960), former Judge of the ICJ.

34. At the same time of the rise of Nazism in Germany, humanism was being cultivated elsewhere, and not so far away, within the realm of international legal thinking. In an illuminating series of lectures, delivered in Paris, from November 1932 to May 1933, Albert de La Pradelle pondered that the *droit des gens* transcends inter-State relations, it regulates them so as to protect human beings: it is a true “law of the human community”. The *droit des gens* seeks to ensure respect for the rights of the human person, to ensure compliance by States of their duties *vis-à-vis* the human beings under the respective jurisdictions. International law — he added — was constructed as from human beings, it exists *by* and *for* them⁴².

35. Under the *droit des gens*, States ought to permit human beings who compose them to become masters of their own destiny. One is here before a true “*droit de l'humanité*”, in the framework of which general principles of law, — which are those of international law, emanating from natural law⁴³, — play an important and guiding role. The purely inter-State conception is dangerous, he warned; in his own words,

⁴¹ And its former President in the period 1925-1927.

⁴² A. de La Pradelle, *Droit international public* (cours sténographié), Paris, Institut des Hautes Études Internationales/Centre Européen de la Dotation Carnegie, November 1932/May 1933, pp. 49, 80-81, 244, 251, 263, 265-266 and 356.

⁴³ *Ibid.*, pp. 230, 257, 264 and 413.

“Il est extrêmement grave et dangereux que le droit international se forme sur la conception de droits et de devoirs réciproques des différents États. (. . .). [C]ette définition, on doit l’écarter. (. . .) [E]lle devient immédiatement périlleuse en menant les États à ne se préoccuper, dans l’organisation et le développement du droit international, que de leurs libertés particulières réunies sous une expression nouvelle qui est celle de *souveraineté*”⁴⁴.

Attention is, in his view, to be turned to those general principles, emanating from the *juridical conscience*, and to the “evolution of humankind”, respectful of the rights of the human person⁴⁵.

36. On his turn, Max Huber, in a book written in his years of maturity and published towards the end of his life, drew attention to the relevance of “superior values”, above “State interests”, in the whole realm of the *jus gentium* as a law of mankind (*droit de l’humanité*)⁴⁶. Looking back in time (writing in 1954), he pondered that

“Si l’on compare l’époque actuelle avec celle de 1914, on doit bien constater un affaiblissement du sens du droit, une diminution du respect instinctif des limites qu’il impose; conséquence certaine des dégradations subies à l’intérieur des structures juridiques des États (...). Dévalorisation de la personne et de la vie humaines ainsi qu’affaiblissement de la conscience juridique dans de larges milieux. Tout cela explique pourquoi une partie importante de l’humanité accepta, sans grandes réactions apparentes, de sérieuses altérations du droit de la guerre”⁴⁷.

37. The *jus gentium* beheld and advocated by M. Huber, in the light of natural law thinking, is meant to protect the human person. Contemporary international humanitarian law (as embodied, e.g., in the four Geneva Conventions),—he added,—purported ultimately to the protection of the human person as such, irrespective of nationality; it was centred on human beings. He further recalled the

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 33-34.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 261 and 412.

⁴⁶ M. Huber, *La pensée et l’action de la Croix-Rouge*, Genève, CICR, 1954, pp. 26, 247, 270 and 293.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 291-292.

ultimate ideal cultivated by some international legal philosophers of the *civitas maxima gentium*⁴⁸.

38. For his part, Alejandro Álvarez, in a book published (originally in Paris) one year before his death, titled *Le Droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples* (1959), also visualized the foundations of international law — subsequent to the “social cataclysm” of the II world war — as from its general principles⁴⁹, emanated from the “international juridical conscience”⁵⁰, wherefrom derive also — he added — precepts such as those pertaining to the crime against humanity⁵¹. To him as well, those general principles of international law emanated from the juridical conscience, and should be restated in the new times⁵².

39. They were endowed with much importance, as historically exemplified by the two Hague Peace Conferences (1899 and 1907)⁵³. A. Álvarez further observed that, as a result of the “dynamism” of the evolving international law,

“es a menudo difícil hacer en este Derecho la distinción tradicional entre la ‘*lex lata*’ y la ‘*lex ferenda*’. Al lado de un Derecho Internacional formado, hay siempre un Derecho Internacional en formación” [“it is rather often difficult to make in this Law the traditional distinction between ‘*lex lata*’ and ‘*lex ferenda*’. Beside a formed International Law, there is always an International Law in the process of formation”]⁵⁴.

40. This brief survey of doctrinal developments, centred on fundamental human values, discloses that, some of the most distinguished jurists of a generation which witnessed the horrors of two world wars in the XXth century did not at all pursue a State-centric approach to our discipline. On the contrary, they advanced an entirely distinct approach, centred on the human person. They were, in my understanding, faithful to the historical origins of the *droit des gens*, as one ought to be nowadays as well. Even a domain so heavily marked by the State-centric approach — which did not help at all to avoid the horrors of the world wars — such as that of State immunities has nowadays to be reassessed in the light of *fundamental human values*. State immunities

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 247, 270, 286 and 304.

⁴⁹ A. Álvarez, *El Nuevo Derecho Internacional en Sus Relaciones con la Vida Actual de los Pueblos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1962 [reed.], pp. 156, 163 and 292.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 49, 57, 77, 155-156 and 292.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 156 and 304.

⁵² *Ibid.*, pp. 163 and 304.

⁵³ Cf. *ibid.*, pp. 156 and 357.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 292 [my translation].

are, after all, a prerogative or a privilege, and they cannot keep on making abstraction of the evolution of international law, taking place nowadays, at last, in the light of fundamental human values.

VI. The Collegial Doctrinal Work of Learned Institutions of International Law

41. The work of learned institutions in the domain of international law can be invoked in this connection. The subject of the jurisdictional immunities of the State, central in the *cas d'espèce*, has attracted the attention of succeeding generations of legal scholars, as well as of learned institutions, such as the *Institut de Droit International* (IDI) and the International Law Association (ILA). The *Institut de Droit International*, since its early days in the late XIXth century up to the present time, has occupied itself of the theme. As early as in its Hambourg Session of 1891, its *Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers* (Drafting Committee and L. von Bar, J. Westlake and A. Hartmann) stated, in Article 4(6), that :

“Les seules actions recevables contre un Etat étranger sont: (...)

— Les actions en dommages-intérêts nées d'un délit ou d'un quasi-délit, commis sur le territoire”.

42. Over half-a-century later, its conclusions on *L'immunité de juridiction et d'exécution forcées des Etats étrangers* (Session of Aix-en-Provence, 1954 — *rapporteur*, E. Lémonon) held, in Article 3, that:

“Les tribunaux d'un Etat peuvent connaître des actions contre un Etat étranger et les personnes morales visées à l'article 1, toutes les fois que le litige a trait à un acte qui n'est pas de puissance publique.

La question de savoir si un acte n'est pas de puissance publique relève de la *lex fori* ”.

43. In 1991, at its Basel Session, its conclusions on *Contemporary Problems Concerning the Immunity of States in Relation to Questions of Jurisdiction and Enforcement* (*rapporteur*, I. Brownlie) provided (as to the criteria indicating the

competence of courts of the forum State in relation to jurisdictional immunity), in Article 2(2)(e), that:

“In the absence of agreement to the contrary, the following criteria are indicative of the competence of the relevant organs of the forum State to determine the substance of the claim, notwithstanding a claim to jurisdictional immunity by a foreign State which is a party: (...)

— The organs of the forum State are competent in respect of proceedings concerning the death of, or personal injury to, a person, or loss of or damage to tangible property, which are attributable to activities of a foreign State and its agents within the national jurisdiction of the forum State”.

44. One decade later, in its Session of Vancouver of 2001, the resolution of the IDI on *Les immunités de juridiction et d’exécution du chef d’Etat et de gouvernement en droit international* (rapporteur, J. Verhoeven) stated, in Article 3, that

“En matière civile ou administrative, le chef d’Etat ne jouit d’aucune immunité de juridiction devant le tribunal d’un Etat étranger, sauf lorsqu’il est assigné en raison d’actes qu’il a accomplis dans l’exercice de ses fonctions officielles; dans ce dernier cas, il ne jouit pas de l’immunité si la demande est reconventionnelle. Toutefois, aucun acte lié à l’exercice de la fonction juridictionnelle ne peut être accompli à son endroit lorsqu’il se trouve sur le territoire de cet Etat dans l’exercice de ses fonctions officielles”.

45. Four years later, in the Krakow Session of 2005, the *Institut*, in its conclusions on *Universal Criminal Jurisdiction with Regard to the Crime of Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes* (rapporteur, C. Tomuschat), was of the view (Article 3(a)) that

“Unless otherwise lawfully agreed, the exercise of universal jurisdiction shall be subject to the following provisions:

— Universal jurisdiction may be exercised over international crimes identified by international law as falling within that jurisdiction in matters such as genocide, crimes against humanity, grave breaches of the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims or other serious

violations of international humanitarian law committed in international or non-international armed conflict”.

46. Last but not least, in its resolution on *Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in Case of International Crimes* (*rapporteur*, Lady Fox), adopted at its Naples Session of 2008, the *Institut* was of the view (Articles II(2) and (3)) that

- “Pursuant to treaties and customary international law, States have an obligation to prevent and suppress international crimes. Immunities should not constitute an obstacle to the appropriate reparation to which victims of crimes addressed by this Resolution are entitled.
- States should consider waiving immunity where international crimes are allegedly committed by their agents”.

47. Furthermore, the same Naples resolution of 2009 of the IDI significantly added (Article III(1) and (3)(a) and (b)) that

- “No immunity from jurisdiction other than personal immunity in accordance with international law applies with regard to international crimes. (. . .)
- The above provisions are without prejudice to:
 - the responsibility under international law of a person referred to in the preceding paragraphs;
 - the attribution to a State of the act of any such person constituting an international crime”⁵⁵.

Article IV of the same resolution adds that the above provisions “are without prejudice to the issue whether and when a State enjoys immunity from jurisdiction before the national courts of another State in civil proceedings relating to an international crime committed by an agent of the former State”.

⁵⁵ And Article IV further stated that: — “The above provisions are without prejudice to the issue whether and when a State enjoys immunity from jurisdiction before the national courts of another State in civil proceedings relating to an international crime committed by an agent of the former State”.

48. It is clear from the above that, from the start, the IDI approached State immunities as evolving in time, certainly not static nor immutable, and having limitations or exceptions (Sessions of Hambourg of 1891, of Aix-en-Provence of 1954, and of Basel of 1991). The same may be said of immunities of Heads of State (Session of Vancouver of 2001). More recently (Session of Krakow of 2005), the IDI upheld universal jurisdiction over international crimes (grave violations of human rights and of international humanitarian law). And, in its most recent work on the subject (Session of Naples of 2009), the IDI held precisely that no State immunity applies with regard to international crimes (Article III(1)); the resolution was adopted by 43 votes to none, with 14 abstentions.

49. In the debates of that *confrèrie* which preceded the adoption of the aforementioned resolution of Naples of 2009, the following views were, *inter alia*, expressed: (a) State-planned and State-perpetrated crimes, engaging State responsibility, removed any bar to jurisdiction, at national and international levels, so as to avoid impunity (interventions by A.A. Cançado Trindade); (b) State immunity from jurisdiction cannot be understood as immunity from criminalization (interventions by G. Abi-Saab); (c) emphasis is to be laid on the need to avoid leaving the victims without any remedy (intervention by G. Burdeau); (d) there is need to take such progressive approach (intervention by R. Lee)⁵⁶.

50. The other learned institution aforementioned, the International Law Association (ILA), dwelt upon the matter as well. In its final report on *The Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences* (Conference of London of 2000), the ILA Committee on International Law and Practice employed the term “gross human rights offences” as shorthand for “serious violations of international humanitarian law and international human rights law that qualify as crimes under international law and that are of such gravity as to set them out as deserving special attention, *inter alia*, through their being subjected to universal jurisdiction” (p. 3). One of the “conclusions and recommendations” (nº. 4) reached by that ILA Committee was that:

“No immunities in respect of gross human rights offences subject to universal jurisdiction shall apply on the grounds that crimes were perpetrated in an official capacity” (p. 21).

⁵⁶Cf. 73 *Annuaire de l'Institut de Droit International* — Session de Naples (2009) pp. 144, 148, 158, 167, 175, 187, 198, 222 and 225.

51. One decade later, in its report on *Reparation for Victims of Armed Conflict* (ILA Conference of The Hague of 2010), the ILA Committee on Reparation for Victims of Armed Conflict (Substantive Issues) observed, in the commentary on Article 6 of its Draft Declaration of International Law Principles on Reparation for Victims of Armed Conflict (Substantive Issues), that the duty to make reparation has “its roots in general principles of State responsibility” (as expressed by the PCIJ in the *Chorzów Factory* case, 1928), in Article 3 of the IV Hague Convention of 1907 and in Article 91 of the I Additional Protocol of 1977 to the four Geneva Conventions of 1949 (p. 311). And the ILA Committee added that:

“Whilst claims of the individual were traditionally denied, the dominant view in the literature has increasingly come to recognize an individual right to reparation — not only under international human rights law, but also under international humanitarian law. The same shift is discernible in State practice” (p. 312)⁵⁷.

52. In sum and conclusion, contemporary international legal doctrine, including the work of learned institutions in international law, gradually resolves the tension between State immunity and the right of access to justice rightly in favour of the latter, particularly in cases of international crimes. It expresses its concern with the need to abide by the imperatives of justice and to avoid impunity in cases of perpetration of international crimes, thus seeking to guarantee their non-repetition in the future. It is nowadays generally acknowledged that criminal State policies and the ensuing perpetration of State atrocities cannot at all be covered up by the shield of State immunity.

VII. The Threshold of the Gravity of the Breaches of Human Rights and of International Humanitarian Law

53. This brings me to the consideration of a related aspect, not sufficiently developed in expert writing to date, namely, the threshold of the *gravity* of the breaches of human rights and of international humanitarian law, removing any bar to jurisdiction, in the quest for reparation to the victimized individuals. In this respect, there have been endeavours, at theoretical level, to demonstrate the feasibility of the

⁵⁷And cf. pp. 313-320, on the changes that have occurred in recent years, pointing towards the recognition of the individual’s right to reparation (cf. *infra*, on this particular point).

determination of the international criminal responsibility not only of individuals but also of States; it has been suggested that the acknowledgement of State responsibility for international crimes is emerging in general international law⁵⁸. It goes without saying that criminal practices of States entail consequences for the determination of reparations to individual victims, each and all of them, — even more cogently from the contemporary outlook — which I advance — of an international law *for* the human person, *for* humankind⁵⁹.

54. In this line of reasoning, it is important to dwell upon the needed configuration of the threshold of the *gravity* of the breaches of human rights, with ineluctable legal consequences for the removal of any bar to jurisdiction and for the question of reparations to the victims. It is indeed important to consider nowadays all mass atrocities in the light of the threshold of *gravity*, irrespective of who committed them; this may sound evident, but there subsist in practice regrettable attempts to exempt States from any kind of responsibility. From time to time there have been attempts to construe the threshold of the gravity of breaches of human rights; this concern has been expressed at times, e.g., in the work of the U.N. International Law Commission (ILC), albeit without concrete results to date.

55. In 1976, in its consideration of the Draft Articles on State Responsibility (*rappporteur*, Roberto Ago), the ILC admitted that there were some international wrongs that were “more serious than others”, that amounted to “international crimes”, as they were in breach of fundamental principles (such as those of the U.N. Charter) “deeply rooted in the conscience of mankind”, as well as of the foundations of “the legal order of international society”⁶⁰. In acknowledging the need of recognizing such “exceptionally serious wrongs”, the ILC, invoking the “the terrible memory of the unprecedented ravages of the [II world war]”, pondered, still in 1976:

“The feeling of horror left by the systematic massacres of millions of human beings perpetrated by the Nazi régime, and the outrage felt at utterly brutal assaults on human life and dignity, have both pointed to the need to ensure that not only the internal law of States but, above all, the law of the international community itself should lay down peremptory rules

⁵⁸N.H.B. Jorgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford, OUP, 2003, pp. 206-207, 231, 279-280 and 283.

⁵⁹Cf. A.A. Cançado Trindade, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law - Part I”, 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) pp. 31-439; A.A. Cançado Trindade, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law — Part II”, 317 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005), pp. 19-312.

⁶⁰U.N., *Yearbook of the International Law Commission* (1976), vol. II, Part II, pp. 109 and 113-114, and cf. p. 119.

guaranteeing that the fundamental rights of peoples and of the human person will be safeguarded and respected; all this has prompted the most vigorous affirmation of the prohibition of crimes such as genocide, *apartheid* and other inhuman practices of that kind”⁶¹.

56. One decade later, in the same line of concern, the ILC *rapporteur* on the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind (Doudou Thiam), in his Fifth Report (of 1987) made the point that the offences at issue were “crimes which affect the very foundations of human society”⁶². Shortly later, in 1989, the same *rapporteur* drew attention to the concept of “grave breaches” as incorporated into the four Geneva Conventions on International Humanitarian Law (1949) and Additional Protocol I (1977) thereto⁶³. One decade later, in its commentary on Article 7 of the aforementioned Draft Code (1996 *Report*), the ILC pondered that

“It would be paradoxical to allow the individuals who are, in some respects, the most responsible for the crimes covered by the Code, to invoke the sovereignty of the State and to hide behind the immunity that is conferred on them by virtue of their positions, particularly since these heinous crimes shock the conscience of mankind, violate some of the most fundamental rules of international law and threaten international peace and security”⁶⁴.

57. Grave breaches of international law were to make their appearance again in the 2001 Articles on State Responsibility, then adopted by the ILC. Article 40 defines as “serious breach” of an obligation under “a peremptory norm of general international law” that which involves “a gross or systematic failure by the responsible State” to fulfill the obligation. Article 41 again refers to “serious breach”. The commentary to those provisions underlines the “systematic, gross or egregious nature” of the breaches at issue⁶⁵. Those breaches engage *State* responsibility, which is not effaced by the international *individual* criminal responsibility⁶⁶. State responsibility, in case of grave breaches, subsists in general international law. State and individual responsibility

⁶¹ *Ibid.*, p. 101.

⁶² U.N. doc. A/CN.4/404/Corr.1, of 17.03.1987, p. 2, and cf. pp. 5-6.

⁶³ Cf. U.N., *Yearbook of the International Law Commission* (1989), vol. II, Part I, pp. 83-85.

⁶⁴ ILC, *Report of the International Law Commission on the Work of its 48th. Session* (6 May-26 July 1996), N.Y., U.N., 1996, p. 39, para. 1 (on Article 7).

⁶⁵ J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility — Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 247.

⁶⁶ A.A. Cançado Trindade, “Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited”, in *International Responsibility Today — Essays in Memory of O. Schachter* (ed. M. Ragazzi), Leiden, Nijhoff, 2005, pp. 253-269; P.S. Rao, “International Crimes and State Responsibility”, in *ibid.*, pp. 76-77.

complement each other, as developments in International Human Rights Law and in International Criminal Law indicate nowadays.

58. Moreover, in cases of grave breaches of human rights, the States concerned incur into responsibility for grave harm done ultimately to individuals, to human beings, and not to other States. The ILC itself so admitted, in its 2001 final *Report*, containing the commentaries on the Articles it had just adopted. The ILC conceded that:

“a State’s responsibility for the breach of an obligation under a treaty concerning the protection of human rights may exist towards all the other parties to the treaty, but the individuals concerned should be regarded as the ultimate beneficiaries and in that sense as the holders of the relevant rights”⁶⁷.

59. In sum, the *titulaires* of the right to reparation are the individuals concerned, the victimized human beings. In the perpetration of grave breaches of human rights and of international humanitarian law, the criminality of individual executioners acting in the name of States is ineluctably linked to the criminality of the responsible States themselves. After all, war crimes, crimes against peace, and crimes against humanity are committed in a planned and organized way, disclosing a collective criminality⁶⁸. They count on resources of the State, they are true crimes of State. There is thus need to take into account, jointly, the international responsibility of the *State* and the international criminal responsibility of the *individual*, complementary to each other as they are⁶⁹.

60. At *normative level*, the threshold of gravity of breaches of the fundamental rights of the human person comes to the fore time and time again, even though insufficiently developed to date. There are historical moments when it has attracted particular attention, e.g., shortly after the adoption of Additional Protocol I (of 1977, Article 85) to the four Geneva Conventions on International Humanitarian Law (of 1949)⁷⁰. The regime of grave breaches set forth in the four Geneva Conventions of 1949 (I Convention, Articles 49-50; II Convention, Articles 50-51; III Convention,

⁶⁷U.N., *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, U.N. doc. A/56/10, of 2001, Art. 33, para. 3, p. 95.

⁶⁸R. Maison, *La responsabilité individuelle pour crime d’État en Droit international public*, Bruxelles, Bruylant/Éds. de l’Université de Bruxelles, 2004, pp. 24, 85, 262-264 and 286-287.

⁶⁹*Ibid.*, pp. 294, 298, 409-410, 412, 459 and 511.

⁷⁰Cf. E.J. Roucouas, “Les infractions graves au Droit humanitaire”, 31 *Revue hellénique de Droit international* (1978) pp. 60-139.

Articles 129-130; IV Convention, Articles 146-147) is nowadays regarded as forming part of customary international law⁷¹.

61. At *jurisprudential level*, the threshold of gravity of human rights breaches is nowadays beginning to attract attention, and to be considered, within the framework of the emerging case-law in the domain of International Criminal Law⁷². It has much developed, above all, in the jurisprudential construction in recent years in the domain of the International Law of Human Rights⁷³. An example is afforded by the handling of the case of *D.R. Congo versus Burundi, Rwanda and Uganda* (2003) by the African Commission on Human and Peoples' Rights⁷⁴. The most notorious advances in this respect have been achieved by the jurisprudential construction, throughout the last decade, of the IACtHR, in the adjudication of the aforementioned cycle of cases of massacres⁷⁵.

62. Reference can here be made, in this connection, to the Judgments of the IACtHR in the cases, *inter alia*, of the *Massacre of Plan de Sánchez versus Guatemala* (of 29.04.2004), of the *Massacre of Mapiripán versus Colombia* (of 15.09.2005), of the *Massacres of Ituango versus Colombia* (of 01.07.2006), of *Goiburú et Alii versus Paraguay* (of 22.09.2006 — cf. *infra*), of *Almonacid Arellano versus Chile* (of 26.09.2006), of the *Prison of Castro-Castro versus Peru* (of 25.11.2006), of *La Cantuta versus Peru* (of 29.11.2006). There is here space for fostering a jurisprudential convergence between the International Law of Human Rights and contemporary International Criminal Law. Another area of convergence lies in the participation of the victims themselves — their *locus standi in judicio* — in the respective procedures between international human rights tribunals and international criminal tribunals.

⁷¹Cf. J.-M. Henckaerts, "The Grave Breaches Regime as Customary International Law", 7 *Journal of International Criminal Justice* (2008) pp. 683-701.

⁷²Cf., e.g., W.A. Schabas, "Gravity and the International Criminal Court", in *Protecting Humanity — Essays in International Law and Policy in Honour of N. Pillay* (ed. C. Eboe-Osuji), Leiden, Nijhoff, 2010, pp. 689-706.

⁷³The particular gravity of certain breaches of fundamental rights (e.g., forced disappearances of persons and summary or extra-legal executions) was, early in its history, acknowledged by the IACtHR; its pioneering case-law in that regard was served of inspiration to, and was followed by, the corresponding case-law of the ECtHR, in particular in the *cycle of Turkish cases*, towards the end of the XXth century. Cf. on this latter, e.g., J. Benzimra-Hazan, "En marge de l'arrêt *Timurtas contre la Turquie*: Vers l'homogénéisation des approches du phénomène des disparitions forcées de personnes", n. 48 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2001) pp. 983-997; Leo Zwaak, "The European Court of Human Rights Has the Turkish Security Forces Held Responsible for Violations of Human Rights: The Case of *Akdivar and Others*", 10 *Leiden Journal of International Law* (1997) pp. 99-110.

⁷⁴As I recently pointed out, in my Separate Opinion (para. 218, n. 158) in the case of *A.S. Diallo (Guinea versus D.R. Congo)*, Judgment of 30.11.2010).

⁷⁵For a recent assessment, cf. [Various Authors,] *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: La Cour interaméricaine, pionnière et modèle?* (Eds. E. Lambert Abdelgawad and K. Martin-Chenut), Paris, Société de Législation Comparée, 2010, pp. 17-334.

VIII. The Question of Waiver of Claims in Respect of the Right of Access to Justice in the Pleadings before the Court: Assessment

63. The question of the *waiver of claims* in respect of the *right of access to justice* (in order to seek reparation) was controverted in the arguments of the contending parties (Germany and Italy) as well as of the intervening State (Greece) in the course of the oral pleadings before this Court. Germany contended, challenging the Italian argument of an individual right to reparation⁷⁶, that the respect for the immunity of a foreign State is a lawful limitation to the right to access to justice⁷⁷. It further argued that there is no rule that prohibits the waiver of pecuniary claims, as the actual violation has already ceased⁷⁸. If the argument of Italy were to be accepted, — Germany went on, — the whole structure of the scheme of reparations built after the II world war would be destroyed, as massive claims could be raised both by and against Germany for violations of the laws of war by Germany and Allied Forces⁷⁹. Germany at last claimed that the system of reparation created was comprehensive and tried to balance the interests of the victim States and those of Germany⁸⁰.

64. Italy retorted that the waiver clause of Article 77(4) of the 1947 Peace Treaty does not cover violations of international humanitarian law. Taking issue with the German argument, it reiterated the position that claims of reparation for grave breaches of international humanitarian law have not been waived by Italy, as they were beyond the scope of the provision of Article 77(4) of the 1947 Peace Treaty. Italy thus claimed that the only interpretation of that provision of the 1947 Treaty is that it does not waive reparations for violations of international humanitarian law⁸¹. And even if the intention were to waive all such claims against Germany, — Italy added, — that would be

⁷⁶ICJ, *Compte rendu* CR 2011/17, pp. 41-42, paras. 14 and 16.

⁷⁷ICJ, *Compte rendu* CR 2011/17, pp. 43-44, paras. 23-24. In this respect, Germany added that even if a right to reparation and a cause of action exist under international law, it has abided by it, since it has given full and non-discriminatory access to its Courts to all plaintiffs (Italian and Greek); *ibid.*, p. 46, para. 30.

⁷⁸ICJ, *Compte rendu* CR 2011/20, pp. 15-16, paras. 2-3.

⁷⁹*Ibid.*, pp. 17-18, paras. 4-6.

⁸⁰*Ibid.*, pp. 23-26, paras. 17-24. Moreover, it included a waiver by Italy of all claims against Germany, as a sanction for its participation in the Axis; *ibid.*, pp. 26-27, paras. 23-25. And the two bilateral 1961 Agreements were a gesture towards Italy in order to further improve their relations, while the waiver clause remained in full force; *ibid.*, pp. 29-30, para. 32.

⁸¹ICJ, *Compte rendu* CR 2011/21, p. 24, para. 29, and cf. ICJ, *Compte rendu* CR 2011/18, pp. 26-27, paras. 4-8.

illegal, as it would absolve Germany from all war crimes committed, which was not allowed under the Geneva Conventions regime⁸².

65. Addressing specifically the right to reparation of the Italian Military Internees, Italy referred, in this respect, to the paradoxical treatment dispensed to them, who were excluded from the reparations regime provided by the Foundation on “Remembrance, Responsibility and Future”, because they were prisoners of war, whereas Nazi Germany had deprived them of this status and had used them as forced labourers⁸³. Italy added that the claims of the victims of massacres cannot be considered as waived, because at the time of the alleged waiver (either in the 1947 Peace Treaty or in the 1961 Agreements) the crimes had not yet been established; moreover, the recognition of such a waiver would lead to the absurd situation of the perpetrators of these crimes being criminally responsible but not civilly liable. Such a solution would also be contrary to all modern developments of international criminal law, which recognizes that criminal responsibility and civil liability are connected⁸⁴.

66. Greece, for its part, contended that Greek courts have accepted the existence of an individual right to reparation for grave violations of international humanitarian law, based on Article 3 of the 1907 IV Hague Convention⁸⁵, Article 91 of the 1977 Additional Protocol I⁸⁶, Rule 150 of the ICRC International Humanitarian Law Codification⁸⁷ (of customary international law, cf. *supra*), Article 33(2) of the ILC Articles on State Responsibility⁸⁸, and international practice. This is a point which was particularly stressed by Greece (cf. para. 147, *infra*), and which is deserving of close attention.

67. In effect, at an earlier stage of the proceedings in this case, I deemed it fit to address this point, in my Dissenting Opinion in the Court’s Order (which dismissed the Italian counter-claim) of 06.07.2010. Article 3 of the 1907 IV Hague Convention

⁸²Cf. ICJ, *Compte rendu* CR 2011/18, pp. 31 32, paras. 18 23; and cf. ICJ, *Compte rendu* CR 2011/18, pp. 20 21, para. 11 13, and cf. *ibid.*, pp. 22 23, para. 14. Italy claims that the cases of reparations that are at issue herein do not concern victims of Nazi persecution, to which reparations have been made; ICJ, *Compte rendu* CR 2011/21, p. 25, para. 33. The present concern is with victims such as the Military Internees, who have not received any reparation.

⁸³ICJ, *Compte rendu* CR 2011/18, p. 33, para. 28.

⁸⁴*Ibid.*, p. 34, paras. 29-30. Moreover, Italy notes that, as Germany conceded, even those *ex gratia* reparations were only partial; ICJ, *Compte rendu* CR 2011/21, pp. 25-26, paras. 34-35. Italy claims that there are a significant number of Italian citizens who are entitled to reparation and who have not yet received any. Italy thus claimed that their only avenue for redress is through the Italian courts, which would not have lifted Germany’s immunity had the German government agreed to take measures in order to offer them the reparations they are entitled to; ICJ, *Compte rendu* CR 2011/18, pp. 13-14, para. 11.

⁸⁵ICJ, *Compte rendu* CR 2011/19, p. 17, para. 28.

⁸⁶*Ibid.*, p. 32, para. 77.

⁸⁷*Ibid.*, p. 32, para. 78.

⁸⁸*Ibid.*, p. 34, para. 85.

determines that a belligerent State Party that violates the provisions of the Regulations annexed thereto is responsible for all acts committed by members of its armed forces, and “liable to pay compensation”. The *travaux préparatoires* of this provision (originated in a proposal by the German Delegate) supported the view that the indemnization was due to the individual persons who were victims of the aforementioned violations⁸⁹.

68. Seven decades later, this provision was updated by Article 91 of Protocol I Additional to the 1949 Geneva Conventions on International Humanitarian Law. There was no controversy nor dissent (neither in 1907 nor in 1977) as to the recognition of State responsibility for breaches of the 1907 Regulations and the ensuing duty of the State concerned to provide indemnization to the individual victims⁹⁰. To this effect, in my aforementioned Dissenting Opinion in the Court’s Order of 06.07.2010, I pondered that:

“In the days of the historical II Peace Conference, held here at The Hague, the participating States decided to set forth a general obligation, incumbent on *all* parties to an armed conflict, to make reparations (not only on the part of the defeated States in favour of the victorious powers, as was the case in previous State practice). This was done *on the basis of a German proposal*, which resulted in Article 3 of the IV Hague Convention IV⁹¹, the first provision dealing specifically with a *reparation* regime for violations of international humanitarian law⁹². Thanks to the reassuring German proposal, Article 3 of the IV Hague Convention of 1907 clarified that it was intended *to confer rights directly upon individuals*⁹³, *human beings*, rather than States.

⁸⁹F. Kalshoven, “Article 3 of the Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land, Signed at The Hague, 18 October 1907”, in *War and the Rights of Individuals – Renaissance of Individual Compensation* (eds. H. Fujita, I. Suzuki and K. Nagano), Tokyo, Nippon Hyoron-sha Co. Publs., 1999, pp. 34-36.

⁹⁰This, — it has been argued, — reflected “established customary law”; *ibid.*, pp. 36-37.

⁹¹Article 3 states: — “A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations [Regulations respecting the laws and customs of war on land, annexed to the IV Hague Convention] shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces”.

⁹²This article of the IV Hague Convention of 1907, came to be regarded as being also customary international law, and it was reiterated in Article 91 of the I Additional Protocol (of 1977) to the 1949 Geneva Conventions on International Humanitarian Law. Article 91 (Responsibility) of the I Protocol states: — “A Party to the conflict which violates the provisions of the Conventions or of this Protocol shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces”.

⁹³Cf., to this effect, E. David, “The Direct Effect of Article 3 of the Fourth Hague Convention of 18 October 1907 Respecting the Laws and Customs of War on Land”, in *War and the Rights of Individuals - Renaissance of Individual Compensation* (eds. H. Fujita, I. Suzuki and K. Nagano), Tokyo, Nippon Hyoron-sha Co. Publs., 1999, pp. 50-53; and cf. also, e.g., F. Kalshoven, “State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces”, 40 *International and Comparative Law Quarterly* (1991) pp. 831-833; D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 2nd ed., Oxford, University

This legacy of the II Hague Peace Conference of 1907 projects itself to our days⁹⁴. The time projection of the suffering of those subjected to deportation and sent to forced labour in the II World War (period 1943-1955) has been pointed out in expert writing, also in relation to the prolonged endeavours of the victims to obtain reparation. (. . .) Not only had those victims to endure inhuman and degrading treatment, but later crossed the final limit of their ungrateful lives living with impunity, without reparation and amidst manifest injustice. The time of human justice is definitively not the time of human beings” (paras. 116-118).

IX. The Inadmissibility of Inter-State Waiver of the Rights of the Individuals, Victims of Grave Violations of International Law

69. The relevance of the individual right of access to justice is thus beyond question. In case of those grave breaches, the individual victims can thus invoke the responsibility of the State concerned on their own initiative, and without the intermediation of any State; they can do so as subjects of the law of nations, and in conformity with the rule of law — as nowadays reckoned by the United Nations — at national and international levels. The traditional theory of the “act of State” cannot at all be relied upon, in face of grave breaches of human rights and of international humanitarian law by the State concerned.

70. In such circumstances, it is the individual victim’s right of access to justice, to seek reparation, that prevails. In sum, Article 3 of the IV Hague Convention of 1907 and Article 91 of Additional Protocol I of 1977 confer the right to reparation at international level to victims of those grave breaches. And the responsible States are bound to provide them such reparation. A vast practice to this effect has developed in recent years, in the domain of the *corpus juris* of the International Law of Human Rights, marking — being one of the multiple aspects of — the emancipation of the individuals from their own State, in the vindication of the rights inherent to them⁹⁵.

Press, 2006, p. 400.

⁹⁴For a general reassessment of that 1907 Conference, on the occasion of its centennial commemoration in 2007, cf.: [Various Authors,] *Actualité de la Conférence de La Haye de 1907, Deuxième Conférence de la Paix / Topicality of the 1907 Hague Conference, the Second Peace Conference* (ed. Yves Daudet), Leiden, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2008, pp. 3-302.

⁹⁵Cf. A.A. Cançado Trindade, “The Emancipation of the Individual from His Own State — The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations”, in *Human Rights, Democracy and the Rule of Law — Liber Amicorum L. (agosto) la protección de la persona humana frente a los crímenes internacionales.doc*

71. Also in my Dissenting Opinion in the Court's Order of 06.07.2010 in the present case of the *Jurisdictional Immunities of the State*, I furthermore set forth the foundations of my position that a State can waive only claims on its own behalf, but not claims on behalf of human beings pertaining to their own rights, as victims of grave violations of international law. The rights of victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law subsist, their vindication cannot be waived by their States, or by States *inter se*, on their behalf (paras. 114-115). Any purported waiver to that effect would be deprived of any juridical effects (paras. 151 and 153). And I added, in that same Dissenting Opinion, that:

“In any case, any purported waiver by a State of the rights inherent to the human person would, in my understanding, be against the international *ordre public*, and would be deprived of any juridical effects. To hold that this was not yet recognized at the time of the II World War and the 1947 Peace Treaty — a view remindful of the old positivist posture, with its ineluctable subservience to the established power, — would be, in my view, without foundation. It would amount to conceding that States could perpetrate crimes against humanity with total impunity, that they could systematically perpetrate manslaughter, humiliate and enslave people, deport them and subject them to forced labour, and then hide themselves behind the shield of a waiver clause negotiated with other State(s), and try to settle all claims by means of peace treaties with their counterpart State(s).

Already in the times of the Third *Reich*, and before them, this impossibility was deeply-engraved in human conscience, in the *universal juridical conscience*, which is, in my understanding, the ultimate *material* source of all Law. To hold that enforced labour was not prohibited at the time of the German Third *Reich* would not stand (. . .), not even on the basis on the old positivist dogmas. It does not stand at all, neither in times of armed conflict, nor in times of peace. The gradual restrictions leading to its prohibition, so as to avoid and condemn abuses of the past against the human person, became manifest not only in the domain of International Humanitarian Law, but also in that of the regulation of labour relations (proper of the international Conventions of the International Labour

Wildhaber (eds. S. Breitenmoser et alii), Zürich/Baden-Baden, Dike/Nomos, 2007, pp. 151-171; R.P. Mazzeschi, “Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview”, 1 *Journal of International Criminal Justice* (2003) pp. 343 and 345-347; M. Frulli, “When Are States Liable Towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The *Marković* Case”, 1 *Journal of International Criminal Justice* (2003) pp. 424 and 427.

Organization — ILO). In my own perception, even before all those instruments (. . .), enslavement and forced labour were proscribed by human conscience, as the gross abuses of the past weighed too heavily on this latter” (paras. 124-125).

72. Here, once again, one ought to go beyond the strict inter-State level. Still in my earlier Dissenting Opinion in the Court’s Order of 06.07.2010 (counter-claim) in the present case, I further pointed out that my own conception of international law, — quite distinct from that of the Court’s majority,

“goes well beyond the strict inter-State outlook, so as to reach the ultimate bearers (*titulaires*) of rights, the human beings, confronted with waiver of their claims of reparation of serious breaches of their rights by States supposed to protect, rather than to oppress, them.

States may, if they so wish, waive claims as to *their own* rights. But they cannot waive claims for reparation of serious breaches of rights that *are not* theirs, rights that are inherent to the human person. Any purported waiver to this effect runs against the international *ordre public*, is in breach of *jus cogens*. This broader outlook, in a higher scale of *values*, is in line with the vision of the so-called ‘founding fathers’ of the law of nations (the *droit des gens*, the *jus gentium*), and with what I regard as the most lucid trend of contemporary international legal thinking.

One cannot build (and try to maintain) an international legal order over the suffering of human beings, over the silence of the innocent destined to oblivion. At the time of mass deportation of civilians, sent to forced labour along the *two* World Wars (in 1916-1918 and in 1943-1945) of the XXth century (and not only the II World War), everyone already knew that that was a *wrongful* act, an atrocity, a serious violation of human rights and of international humanitarian law, which came to be reckoned as amounting also to a war crime and a crime against humanity. Above the will stands conscience, which is, after all, what moves the Law ahead, as its ultimate *material* source, removing manifest injustice” (paras. 177-179).

X. Positions of the Contending Parties as to the Right of Access to Justice

73. Germany and Italy understand the right to access to justice in fundamentally different ways. Both agree that access to justice is a fundamental right with two (complementary) components, namely, the right to an effective remedy and the right to a fair trial⁹⁶, but they disagree as to its scope and the consequences of its exercise in the case at issue. Germany argues that the right of access to justice entails an obligation the extent of which is limited to the guarantee of unimpeded and non-discriminatory access to nationals and aliens alike to effective remedies and to a fair trial⁹⁷, whereas Italy understands the right as entailing an obligation of satisfaction of the complaining party; it expands the right of access to justice to the outcome of the case and it argues that an aggrieved party⁹⁸ that has no other avenue ought to be allowed to seek an effective remedy before its national courts, even against a foreign State, and that in such case immunity has to be lifted in order to avoid a denial of justice⁹⁹.

74. Germany construes the right of access to justice very narrowly and argues that it is limited to the access to the judicial system of the *forum* State without discrimination and with full procedural rights. In this sense, Italian citizens have had full access to judicial remedies under German law, up to the Federal Constitutional Court¹⁰⁰; while Greek citizens had exactly the same opportunity¹⁰¹. Furthermore, Germany distinguishes the access to justice and the right to an effective remedy from the question whether a “plaintiff has a genuine legal claim which he/she can assert”¹⁰².

75. According to Germany, there is no individual right to reparation arising out of war crimes and other violations of international humanitarian law and consequently no (corollary) right of action. Similarly, the Peace Treaty of 1947 and the Agreement of 1961 provide for an inter-State reparation regime for injuries to Italian nationals due to the war and that cannot be changed retroactively¹⁰³. In addition, Germany argues that the common interpretation of Article 3 of the 1907 Hague Convention and the 1949 Geneva Conventions is in the sense that they do not create an individual right to compensation¹⁰⁴. It also notes that more recent developments, such as the U.N.

⁹⁶ICJ, *Compte rendu* CR 2011/17, p. 43, para. 24; ICJ, *Counter-Memorial of Italy*, para. 4.88.

⁹⁷ICJ, *Reply of Germany*, p. 19, para. 34; ICJ, *Compte rendu* CR 2011/17, p. 45, paras. 28-29.

⁹⁸ICJ, *Compte rendu* CR 2011/18, p. 62, para. 27.

⁹⁹ICJ, *Counter-Memorial of Italy*, p. 80, para. 4.103.

¹⁰⁰ICJ, *Reply of Germany*, p. 19, § 34.

¹⁰¹ICJ, *Compte rendu* CR 2011/17, p. 45, para. 30.

¹⁰²ICJ, *Reply of Germany*, p. 20, para. 34.

¹⁰³ICJ, *Memorial of Germany*, p. 12, para. 12.

¹⁰⁴ICJ, *Reply of Germany*, p. 23, para. 39.

General Assembly resolution 60/147 (2005) or the draft ILA Report (2010) on reparation of victims of armed conflict that refer to such an individual right are not based on an existing customary or conventional rule of international law but rather propose the introduction of new rules¹⁰⁵. Thus, the decisions of German courts in these cases are not a denial of justice but a recognition that the Italian nationals do not have the substantive rights they claim.

76. Even if such a right of action and to reparation were to be recognized, Germany argues that it has not violated it. Full access to all levels of the German judicial system was granted to all claimants and there has been no accusation of a violation of the procedural rights of Italian or Greek citizens; nor was there any discrimination against them due to their nationality¹⁰⁶. Germany at last argues that if the right of access to justice were to be interpreted as allowing an individual who has not been successful in his/her claims before the Courts of the State (that allegedly violated his/her rights) to sue such State before Courts of a foreign State (and maybe before Courts of more than one State successively or simultaneously), then a serious case of “forum shopping” could emerge¹⁰⁷.

77. For its part, and quite distinctly, Italy argues that an individual right to reparation and a parallel cause of action for war damages exist. In its view, the origin of this right lies in the post II world war arrangements of the Treaty of Versailles (Article 304) and the creation of the Mixed Arbitral Tribunals; it recognizes, however, that this path was not followed after the II world war¹⁰⁸. Nevertheless, it argues that, with the exception of the existence of an alternative international procedure, access to domestic remedies cannot be barred¹⁰⁹. In fact, Italian courts have allowed lawsuits against Italy, despite the Peace Treaty and the inter-State mechanism for compensation it provides for¹¹⁰. Italy goes further and presents the right to access to justice as understood by the different regional and global systems for the protection of human rights, and, based on a decision of the IACtHR (case *Goiburú et alii*, cf. section XVII, *infra*), it argues that the right to access to justice is a peremptory right if the substantive right violated is of the same status¹¹¹.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 24-25, paras. 40-42.

¹⁰⁶ ICJ, *Compte rendu* CR 2011/17, pp. 45-46, paras. 29-30.

¹⁰⁷ ICJ, *Compte rendu* CR 2011/17, pp. 46-48, paras. 33-39.

¹⁰⁸ ICJ, *Counter-Memorial of Italy*, p. 74, paras. 4.90-4.91.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 75, para. 4.92.

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 74-75, para. 4.91.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 76, paras. 4.93-4.94.

78. In addition, Italy argues that access to justice entails protection against denial of justice, which can be understood as “refusal to grant someone that which he is owed”¹¹². Thus, when Italian citizens, such as Mr. Ferrini and others before and after him, were not successful before German courts and administrative authorities¹¹³ they filed lawsuits against Germany before the Italian Courts, as their only available legal avenue¹¹⁴. Furthermore, the lifting of the immunity of the German State before the Italian Courts in such cases, where the victims are deprived of any other means of redress, is necessary for the effective exercise of their right of access to justice¹¹⁵.

79. These are the basic and opposing positions, sustained by Germany and Italy, on the right of access to justice. Before embarking on an assessment of them by dwelling further upon the matter (cf. section XII, *infra*), I deem it appropriate, next, to review their further clarifications of their arguments, in response to questions which I deemed it fit to pose to both of them, as well as to Greece as intervenor, in the course of the oral hearings before the Court. Once such clarifications are reviewed, I shall then proceed to the examination of the remaining aspects of the present case, in logical sequence.

XI. Clarifications from the Contending Parties and from Greece in Response to Questions From the Bench

1. Questions Put to the Contending Parties and to Greece

80. At the end of the oral hearings before the Court, on 16.09.2011, I deemed it fit to put a series of questions to the contending parties, Germany and Italy, as well as to the intervening State, Greece, in order to seek clarification on the respective submissions they had presented to the Court. The questions I asked, on that occasion, were the following:

“Pour garder l’équilibre linguistique de la Cour, je poserai mes questions en anglais. Trois questions à l’Allemagne et à l’Italie et une question à la Grèce.

¹¹²ICJ, *Compte rendu* CR 2011/18, p. 62, para. 27.

¹¹³ICJ, *Compte rendu* CR 2011/21, p. 48, para. 30; ICJ, *Counter-Memorial of Italy*, pp. 19-25, paras. 2.20-2.34.

¹¹⁴ICJ, *Counter-Memorial of Italy*, p. 29, para. 2.44.

¹¹⁵*Ibid.*, p. 80, para. 4.103.

My first question to Germany and Italy is the following: In relation to your arguments in these public sittings before the Court and bearing in mind the Settlement Agreements of 1961 between Germany and Italy, what is the precise scope of the waiver clauses contained therein, and of the waiver clause of Article 77(4) of the Peace Treaty of 1947? Can the issue of reparation be considered as entirely closed today? Or has any of its aspects remained open to date?

My second question to both Germany and Italy is the following: Is the delicts *exceptio* (territorial torts) limited to acts *jure gestionis*? Can it be? Are acts *jure imperii* understood to contain also a delicts *exceptio*? How can war crimes be considered as acts *jure* — I repeat, *jure* — *imperii*?

My third question to both Germany and Italy is the following: Have the specific Italian victims to whom the Respondent refers effectively received reparation? If not, are they entitled to it and how can they effectively receive it, if not through national proceedings? Can the regime of reparations for grave breaches of human rights and of international humanitarian law still be regarded as exhausting itself at inter-State level? Is the right to reparation related to the right of access to justice *lato sensu*? And what is the relationship of such right of access to justice with *jus cogens*?

And, finally, my question to Greece is the following: Within the Greek legal system, what are the legal effects of the Greek Special Supreme Court decision in the *Margelos* case upon the Areios Pagos decision in the *Distomo Massacre* case? Is the Areios Pagos decision in the *Distomo Massacre* case still pending of execution within and beyond the Greek legal system?"¹¹⁶.

2. First Round of Answers

81. For the sake of clarity, I proceed to revise and summarize the answers provided by Germany, Italy and Greece, to the questions I put to them at the close of the oral hearings before the Court, last 16 September 2011. I shall proceed first, to a review of the answers of Germany and Italy as contending parties, and then of Greece as the intervening State.

¹¹⁶ICJ, case concerning *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany versus Italy, Greece intervening), ICJ, *Compte rendu* CR 2011/21, public sitting of 16.09.2011, pp. 53-54.

(a) Germany's and Italy's Answers

82. In the relation to the *first question* I put to the contending parties¹¹⁷, Germany submitted that the Court's Order of 06.07.2010 (in particular paras. 27-28) determines the relevance of the 1947 Peace Treaty and of the two 1961 Agreements for the current proceedings. Germany reiterated its position that the question whether reparations related to the II world war are still due is not the subject of the present proceedings. Italy retorted that the two 1961 Agreements were the result of a process which demonstrated that there were differences of opinion between the parties as to the scope of the waiver clause of the 1947 Peace Treaty, and that Germany had to take some measures to address them. Italy thus argued that the Agreements were, on the one hand, a measure of reparation for some pending economic questions (the "Settlement Agreement") and, on the other, an indemnification for victims of persecution (the "Indemnity Agreement").

83. Italy contended that the Settlement Agreement represents conclusive evidence that Italy never accepted Germany's interpretation of the waiver clause and the Indemnity Agreement focused on a specific category of victims targeted on the basis of specific discriminatory grounds. In this regard, Italy submits that the 1961 Agreements only cover pending economic questions and reparations to victims of persecutions. While these Agreements contain waiver clauses, — it added, — these "merely referred to the subject-matter of the Agreement and were not (and could not have been) so expansive as to cover, in addition, war crimes reparation claims". As to the waiver clause of Article 77(4) of the 1947 Peace Treaty, Italy reiterated its position that this clause does not cover claims of compensation arising out of grave breaches of international humanitarian law.

84. With regard to the *second question* I posed to the contending parties¹¹⁸, Germany submitted that the delicts *exceptio* does not apply to military activities and that the cases subject to the proceedings before the Court concern acts having occurred during an armed conflict. It further contended that the qualification of an act of a State is based on the nature of the act and is independent of the legality of such act. In this sense, Germany argued that sovereign acts may also involve serious breaches of

¹¹⁷Namely: — "In relation to your arguments in these public sittings before the Court and bearing in mind the Settlement Agreements of 1961 between Germany and Italy, what is the precise scope of the waiver clauses contained therein, and of the waiver clause of Article 77(4) of the Peace Treaty of 1947? Can the issue of reparation be considered as entirely closed today? Or has any of its aspects remained open to date?"

¹¹⁸Namely: — "Is the delicts *exceptio* (territorial torts) limited to acts *jure gestionis*? Can it be? Are acts *jure imperii* understood to contain also a delicts *exceptio*? How can war crimes be considered as acts *jure* — I repeat, *jure* — *imperii*?"

international law and that international law counts on substantive rules on State responsibility and international criminal responsibility that do not repeal or derogate from State immunity.

85. For its part, Italy argued that the issue of reparations is not closed, as there are several categories of victims that have never been taken into account for the purpose of awarding reparations, including those categories referred to in the cases underlying the present dispute. Italy submitted that the delicts *exceptio* applies to both acts *jure gestionis* and *jure imperii*¹¹⁹, and added that there is no *obligation* to accord immunity for acts *jure imperii* in cases in which the delicts *exceptio* applies. Italy further submitted that “[t]here is nothing inherent in the notion of acts *jure imperii* which dictates the conclusion that the tort exception does not cover this category of acts. The justification of this exception to immunity is based on the assertion of local control or jurisdiction over torts committed within the territory of the forum State”. Italy thus contended that, on the basis of this justification, the exception applies to all acts of a foreign State that took place on the territory of the forum State, whether they were performed *jure imperii* or *jure gestionis*.

86. Italy added that, while it was aware of the view that crimes against humanity and war crimes cannot be considered sovereign acts for which a State is entitled to invoke the defence of sovereign immunity, it acknowledged that this area of the law of State immunity is undergoing a process of change. Thus, under the unique and specific circumstances of the cases submitted to Italian courts, Italy contended that its case before this Court is based on other arguments: the tort exception and the existence of an irreconcilable conflict between immunity and the effective enforcement of peremptory rules, which support its position that Italy had no obligation to accord immunity to Germany.

87. In respect of the *third question* I asked the contending parties¹²⁰, Germany again referred to the Court’s Order of 06.07.2010, arguing that the question whether reparations related to the II world war are still due is not, in its view, the subject of the present proceedings; it considered the reparation scheme for the II world war to be a

¹¹⁹ And argues that its view is confirmed by the practice of States, the ILC’s Commentary on the Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, Article 11 of the European Convention on Jurisdictional Immunity, and the relevant legal literature.

¹²⁰ Namely: — “Have the specific Italian victims to whom the Respondent refers effectively received reparation? If not, are they entitled to it and how can they effectively receive it, if not through national proceedings? Can the regime of reparations for grave breaches of human rights and of international humanitarian law still be regarded as exhausting itself at inter-State level? Is the right to reparation related to the right of access to justice *lato sensu*? And what is the relationship of such right of access to justice with *jus cogens*?”.

classic inter-State and comprehensive scheme. It further argued that those victims who consider to have a claim against Germany can institute proceedings in German courts, which abide by Article 6(1) of the European Convention of Human Rights that guarantees the right of access to justice.

88. Italy retorted that none of the categories of victims referred to in the cases underlying the present dispute has received reparation; it added that some categories of victims were never able to claim compensation because no mechanism was put in place while others have been trying to obtain compensation for a decade without any success. Italy further argued that there does not seem to be any willingness on Germany's part to conclude an agreement aimed at making reparation to these categories of victims. It also submitted that, at the moment, there is no other alternative than national proceedings for these categories of victims to receive reparation. Italy argues that had domestic judges not removed immunity, no other avenue would have remained open for war crime victims to obtain reparation, considering, for example, the strong reluctance of German authorities to enter into an agreement providing for reparation for the "Italian Military Internees".

89. Italy claimed that the regime of reparations for grave breaches of human rights and international humanitarian law does not exhaust itself at the inter-State level and that individual victims can address their claims in domestic courts. It also submitted that the removal of immunity is justified when resort to domestic courts represents the only and last means available to obtain some form of redress. Italy further argues that "[u]nder certain circumstances, the denial of access to justice because of the immunity granted to a foreign State may imply a denial of effective reparation". It next submitted that the concept of *jus cogens* does not confine itself to the realm of primary rules, but also relates to the remedies available in cases of grave breaches of obligations prescribed by norms having such character. In Italy's submission, when there is a conflict between rules that prevent individuals from having access to justice and the effective enforcement of *jus cogens* rules, if there is no other avenue open to obtain effective enforcement of *jus cogens*, "priority must be given to *jus cogens* by removing immunity, thereby allowing access to justice to individual victims".

(b) Greece's Answer

90. In answer to the question I put to the intervening State¹²¹ — (to the best of my knowledge, the first question ever put to a non-party intervenor in the history of

¹²¹Namely: — "Within the Greek legal system, what are the legal effects of the Greek Special Supreme Court decision in the (augusto) la protección de la persona humana frente a los crímenes internacionales.doc

The Hague Court), — Greece first recalled that the Special Supreme Court does not rank as a Supreme Court nor is it a constitutional court within the Greek legal system; rather, it has a *sui generis* legal status in Greece. It added that the Special Supreme Court is an independent and non-permanent organ which does not fit within the hierarchy of the Greek court system. Greece further argued that, as part of the Special Supreme Court’s function, it identifies or defines a customary rule of international law “in the present development of international law”. In this area of its functions, the Special Supreme Court judgments — it continued — have limited effects, and, in practice, a judgment by the Special Supreme Court is binding only on the courts which have posed to it the specific question. Greece further submitted that judgments of the Special Supreme Court do not have the force of *res judicata erga omnes*; it is for the ordinary courts or the Special Supreme Court to determine subsequently whether there has been any change in the assertion that a customary norm exists.

91. Greece added that a judgment of the Special Supreme Court “always reflects the considerations of an *opinio juris* expressed ‘at the same temporal stage of development of international law and its generally accepted rules’”. It argued that the judgment in the *Margellos and Others* case “has no effect whatever” or legal implications on the judgment of the *Areios Pagos* in the *Distomo Massacre* case, which was rendered prior to the *Margellos* judgment and concerned a different case. In this sense, Greece claimed that the *Areios Pagos* judgment “is final and irrevocable. It is in force and produces legal effects within the Greek legal order, remaining pending of execution”. Greece at last contended that the fact that the Minister of Justice has not authorized the enforcement of the *Areios Pagos* judgment yet does not signify that it is “emptied of meaning and unenforceable”; the *Distomo* judgment “remains open”.

3. Second Round of Answers

92. The contending parties saw it fit to comment on the answers they provided to the questions I put to them during the oral hearings before the Court (*supra*). These additional comments form the second round of their answers, which I proceed likewise to revise and summarize, for the sake of clarity as to the distinct positions taken by the contending parties in the present case on the *Jurisdictional Immunities of the State* before the Court.

Margellos case upon the Areios Pagos decision in the Distomo Massacre case? Is the Areios Pagos decision in the Distomo Massacre case still pending of execution within and beyond the Greek legal system?”.

(a) Germany's Comments

93. Germany only made observations on Greece's response to my question addressed to it. Germany first referred to Article 100(1) of the Greek Constitution, Article 54(1) of Greek Law n°. 345/1976 regarding the Greek Special Supreme Court, and to a ruling by the Special Supreme Court on this latter provision. On this basis, Germany argued that, since the Judgment of 2002 in the *Margellos and Others* case, "no Greek Court has issued a judgment disregarding Germany's state immunity for acts *jure imperii* during world war II and no measures of execution in the *Distomo* case have been taken". Germany then referred to two judgments of the *Areios Pagos* (in 2007 and in 2009) that followed the jurisprudence of the Special Supreme Court, "according to which the rule of jurisdictional immunity stands unaffected even in cases the subject matter of which are allegations of serious violations of international humanitarian law".

(b) Italy's Comments

94. In turn, Italy commented on some parts of Germany's responses to the questions I posed (*supra*). In relation to my first question, contrary to what Germany contended, Italy argued that the conclusion by the Court in the paragraphs of the Order of 06.07.2010 cited by Germany was strictly limited to the issue of the admissibility of Italy's counter-claim and it did not affect the solution of the question raised by Germany's main claim. Italy contended that it remains for the Court to examine Italy's arguments on the merits of Germany's main claim, and in particular, the argument whereby the obligation to make reparation for war crimes has some specific implications for State immunity.

95. As to Germany's response to my third question, Italy took issue with Germany's statement that the reparation regime set up for the II world war was "comprehensive". Italy argued that Germany itself, both in its written and oral submissions, admitted that reparations made in relation to Italian victims of war crimes were only "partial". Italy further contended that the 1961 Agreement provided only for reparations for victims of persecution. Thus, Italy added that the characterization of the reparation scheme as "comprehensive" cannot be accurate, in particular concerning Italian victims of war crimes. It further claimed that Germany's arguments make it clear that no reparation has been made to numerous Italian victims of war crimes¹²².

¹²²As Germany claims that it has been relieved of the obligation to make reparation on the basis of the waiver clause of Article 77 (augusto) la protección de la persona humana frente a los crímenes internacionales.doc

96. Italy at last contended that Germany's argument that Italian victims of war crimes did not receive compensation because Italy had been an ally of Germany until 08.09.1943 "is flawed because it confuses the regime of responsibility for violations of *jus ad bellum* with the consequences of violations of the provisions of *jus in bello*, and in particular it ignores the special regime of responsibility for serious breaches of international humanitarian law". Also in relation to my third question, Italy claimed that "[t]he fact that Italian victims had access to German courts does not mean that they were given an effective legal avenue to obtain reparation". It argued that German laws imposed a number of "unduly restrictive requirements" for Italian victims to receive reparation¹²³.

XII. The Prohibition of Forced Labour at the Time of the II World War

1. Normative Prohibition

97. The legal regulation of forced labour at the time of II world war was based on the 1930 ILO Convention (n. 29) on Forced Labour, which came into force on 01.05.1932. The Convention provided for a series of restrictions and prohibitions of forced labour, aiming ultimately to its total suppression. The 1930 ILO Convention (n. 29) made clear that prisoners of war may not be employed in any way that is connected with the operations of war (manufacture, transport of arms and munitions) or for unhealthy or dangerous work (Articles 31-32). In case of violations they have the right to complaint (Article 31); moreover, more arduous work cannot be used as a disciplinary measure (Article 31).

98. Forced labour, in the sense of labour imposed under coercion or the threat of penalty (Article 2 (1)), has been condemned and expressly prohibited ever since the 1930 ILO Convention (n° 29)¹²⁴, despite the distinct contexts wherein forced labour was imposed as time went on. The 1930 ILO Convention (n° 29) was followed by the 1957 Abolition of Forced Labour Convention, to meet practically universal acceptance.

of the 1947 Peace Treaty, an argument which Italy challenges in the present proceedings.

¹²³ Italy argued, in this respect, that the reference made by Germany to the jurisprudence of the European Court of Human Rights is "inapposite", as such jurisprudence relies on the assumption that "the Convention imposes no specific obligation on the Contracting States to provide redress for wrongs or damage caused prior to their ratification of the Convention". Italy added that the cases against Germany before the European Court were based on the right to property under Article 1 of Protocol n. 1 to the European Convention, and the Court considered those cases inadmissible as the facts at issue did not fall within the ambit of that norm.

¹²⁴ ILO/OIT, *Alto al Trabajo Forzoso — Informe Global con Arreglo al Seguimiento de la Declaración de la OIT Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, ILO, Geneva, 2001, pp. 9-10.

As I sustained in my earlier Dissenting Opinion (paras. 130-132) in the Court's Order of 06.07.2010 in the case of *the Jurisdictional Immunities of the State* (Germany versus Italy, counter-claim), their underlying principles, informing and conforming the abolition of forced labour in general international law, belong nowadays to the domain of *jus cogens*¹²⁵.

99. Furthermore, in the domain of international humanitarian law, the treatment of prisoners of war or civilian populations during armed conflict was governed, at the time of the II world war, by the 1907 IV Hague Convention and by the 1929 Geneva Convention on Prisoners of War; the 1929 Geneva Convention added the prohibition of forced labour that was unhealthy or dangerous for the prisoners of war (Articles 28-34). Still in connection with the prohibition of forced labour, at that same time, the 1926 Geneva Anti-Slavery Convention prohibited slavery and slave trade; it expressly set forth the obligation of States "to take all measures to prevent compulsory or forced labour from developing into conditions analogous to slavery" (Article 5).

100. The Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, annexed to the aforementioned 1907 IV Hague Convention, prohibited, with regard to forced labour of inhabitants of occupied territories, to involve those inhabitants in the work of "military operations against their own country" (Article 52). Germany signed the 1907 IV Hague Convention on 18.10.1907 and ratified it on 27.11.1909. In addition, it should be noted that Germany ratified the 1930 ILO Convention (n. 29) on Forced Labour only on 13.06.1956. Be that as it may, even if this later ratification removed *jurisdiction* on the basis of this Convention before mid-1956, the *responsibility* of Nazi Germany subsisted. No one would dare to deny the wrongfulness of forced labour, already at the time of the II world war.

101. The forced labour regime, as organised by Nazi Germany, could be equated to "enslavement", given the presence of the elements constitutive of this crime, namely, the subjection of a part of a population of an occupied territory, in order to sever forced or compulsory labour, meant to be permanent, and undertaken in conditions similar to slavery under the heel of private persons¹²⁶. It was the policy of Nazi German authorities to let exhausted forced labourers die; sometimes they actively killed forced

¹²⁵ Cf., to this effect, e.g., M. Kern and C. Sottas, "The Abolition of Forced or Compulsory Labour", in *Fundamental Rights at Work and International Labour Standards*, Geneva, ILO, 2003, p. 44, and cf. p. 33; and International Labour Office, *Eradication of Forced Labour*, Geneva, ILO, 2007, p. 111.

¹²⁶L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus/Finnish Lawyers' Publ. Co., 1988, pp. 455-456.

labourers when they could no longer work. Such circumstances could make their policy fall under the “enslavement” definition¹²⁷.

2. Judicial Recognition of the Prohibition.

102. That State policy of Nazi Germany was to have repercussions in the work and findings of the International Military Tribunal of Nuremberg, shortly after the II world war. The 1945 Charter of the Nuremberg Tribunal listed, among *war crimes*, the “deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory” (Article 6 (b)); and, among *crimes against humanity*, the “enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war” (Article 6 (c)). The prohibition of forced labour and enslavement was already established, as indicated above, in the *corpus juris gentium*, in international instruments of the ILO as well as of international humanitarian law.

103. It was then, with the work of the Nuremberg Tribunal, to gain judicial recognition as well. In fact, the question of forced labour during the II world war was examined by the Nuremberg Tribunal, which, in the case of the *Major War Criminals* (Judgment of 01.10.1946), recalled that Article 6(b) its Charter¹²⁸ provides that the “ill-treatment, or deportation to slave labour or for any other purpose, of civilian population of or in occupied territory shall be a war crime”. The Tribunal further reminded that “[t]he laws relating to forced labour by the inhabitants of occupied territories are found in Article 52 of the Hague Convention” of 1907¹²⁹.

104. In this regard, the Nuremberg Tribunal concluded that “[t]he policy of the German occupation authorities was in flagrant violation of the terms of [the Hague Convention of 1907]” and that an “idea of this policy may be gathered from the statement made by Hitler in a speech on 9th November, 1941”, asserting that “the German occupation authorities did succeed in forcing many of the inhabitants of the occupied territories to work for the German war effort, and in deporting at least 5,000,000 persons to Germany to serve German industry and agriculture”. It also noted that “[i]nhabitants of the occupied countries were conscripted and compelled to work in

¹²⁷Cf. ICRC, *Customary International Humanitarian Law*, Rule 95: Forced Labour, Deportation to Slave Labour, n° 19.

¹²⁸Hereinafter referred to as the “Nuremberg Charter”.

¹²⁹International Military Tribunal, Judgment of 1 October 1946, in *The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany*, Part 22 (22.08.1946 - 01.10.1946), p. 460.

local occupations, to assist the German war economy” and that “[i]n many cases they were forced to work on German fortifications and military installations”¹³⁰.

105. From the above statement by Hitler, singled out by the Nuremberg Tribunal itself, there can be no doubt whatsoever that widespread forced labour of inhabitants of the occupied territories in the German war industry during the II world war, was a State policy of Nazi Germany. Such State policy was in flagrant violation of International Law, both conventional and customary.

106. In fact, the Nuremberg Tribunal further observed that a vigorous propaganda campaign was set up to induce workers to volunteer to work in Germany, and, in some instances, labourers and their families were threatened by the police in case they refused to go to Germany¹³¹. The evidence before the Tribunal showed that the workers were sent under guard to Germany and were often crammed in trains without adequate food, heat, clothing or sanitary facilities, and demonstrated that the treatment of workers in Germany was, in many cases, brutal and degrading; the Tribunal also found that, many prisoners of war were allocated to work directly in relation to military operations, in violation of Article 31 of the 1929 Geneva Convention¹³².

107. As to the customary nature of the rules that it applied, the Nuremberg Tribunal further stated that:

“Article 6 of the Charter provides:

(b) War Crimes: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages or devastation not justified by military necessity;

(c) Crimes against Humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection

¹³⁰ *Ibid.*, p. 460.

¹³¹ *Ibid.*, p. 461.

¹³² *Ibid.*, p. 462.

with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated'.
(. . .)

The Tribunal is of course bound by the [Nuremberg] Charter, in the definition which it gives both of War Crimes and Crimes Against Humanity. With respect to War Crimes, however, as has already been pointed out, the crimes defined by Article 6, section (b), of the [Nuremberg] Charter were already recognized as War Crimes under International Law. They were covered by Articles 46, 50, 52, and 56 of The Hague Convention of 1907, and Articles 2, 3, 4, 46, and 51 of the Geneva Convention of 1929. That violations of these provisions constituted crimes for which the guilty individuals were punishable is too well determined to admit of argument.”¹³³

108. The Nuremberg Tribunal further found that, by 1939, the rules laid down in the Hague Convention of 1907 were recognized by all “civilised nations”, and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war referred to in Article 6 (b) of the Nuremberg Charter. As to crimes against humanity, the Nuremberg Tribunal concluded that “[t]he policy of terror was certainly carried out on a vast scale, and in many cases was organised and systematic” and concerning “[t]he policy of persecution, repression and murder of civilians in Germany before the war of 1939, who were likely to be hostile to the Government” it found that such policy “was most ruthlessly carried out”. The Tribunal thus concluded that “from the beginning of the war in 1939 war crimes were committed on a vast scale, which were also crimes against humanity” and held that “they were all committed in execution of, or in connection with, the aggressive war, and therefore constituted crimes against humanity”¹³⁴.

109. For its part, the International Military Tribunal for the Far East (the Tokyo Tribunal), in its Judgment of 12.11.1948, also expressed concern with regards to the use of forced labour, the method of recruitment, the confinement of labourers in camps; the Tokyo Tribunal was also concerned with the little or no distinction made

¹³³International Military Tribunal, Judgment of 01.10.1946, in *The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany*, Part 22 (22.08.1946 to 01.10.1946), p. 467. The Judgment also stated, in relation to the crimes committed in Czechoslovakia, that: —“Although Czechoslovakia was not a party to the Hague Convention of 1907, the rules of land warfare expressed in this Convention are declaratory of existing International Law and hence are applicable”, p. 524 (emphasis added).

¹³⁴*Ibid.*, p. 468.

“between these conscripted laborers on the one hand and prisoners of war and civilian internees on the other hand”, all being regarded as “slave laborers”¹³⁵.

110. In our days, in its recent adjudication of the case *Kononov versus Latvia* (2008-2010), lodged with the European Court of Human Rights (ECtHR) by a survivor of the II world war, the ECtHR (Former III Section, Judgment of 24.07.2008) saw it fit to undertake an examination of the evolution of International Humanitarian Law, from the I and II Hague Peace Conferences (1899 and 1907) to the aftermath of the II world war (the Nuremberg and Tokyo Tribunals trials, and the 1949 Geneva Conventions), to determine that the subjugation and the ill-treatment of civilians was already prohibited well before the II world war (paras. 55-70).

111. In the same line of reasoning, the ECtHR, in its subsequent Judgment (Grand Chamber, of 17.05.2010) in the *Kononov versus Latvia* case, deemed it fit to undertake to an ever greater depth such examination of the evolution of International Humanitarian Law, this time from the earlier codifications of the XIXth century to the aftermath of the II world war (paras. 206-217), to find that “the ill-treatment, wounding and killing” of villagers (in any case *hors de combat*) constituted, already by the time of the 1907 Hague Regulations, “a war crime” (para. 216). The Court pondered, *inter alia*, that:

“While the notion of war crimes can be traced back centuries, the mid-XIXth century saw a period of solid codification of the acts constituting a war crime and for which an individual could be held criminally liable. The Lieber Code [of] 1863 [the Oxford Manual of 1880 (. . .)], and in particular the [1874] Draft Brussels Declaration, (. . .) inspired The Hague Convention and Regulations [of] 1907. These latter instruments were the most influential of the earlier codifications and were, in 1907, declaratory of the laws and customs of war: they defined, *inter alia*, relevant key notions (combatants,

¹³⁵In the words of the Tribunal: — “Having decided upon a policy of employing prisoner of war and civilian internees on work directly contributing to the prosecution of the war, and having established a system to carry that policy into execution, the Japanese went further and supplemented this source of manpower by recruiting laborers from the native population of the occupied territories. This recruiting of laborers was accomplished by false promises, and by force. After being recruited, the laborers were transported to and confined in camps. Little or no distinction appears to have been made between these conscripted laborers on the one hand and prisoners of war and civilian internees on the other hand. They were all regarded as slave laborers to be used to the limit of their endurance. For this reason, we have included these conscripted laborers in the term ‘civilian internees’ (. . .). The lot of these conscripted laborers was made worse by the fact that generally they were ignorant of the principles of hygiene [sic] applicable to their unusual and crowded conditions and succumbed more readily to the diseases resulting from the insanitary conditions of confinement and work forced upon them by their Japanese captors”. International Military Tribunal for the Far East, Judgment of 12 November 1948, *in*: J. Pritchard and S.M. Zaide (eds.), *The Tokyo War Crimes Trial*, vol. 22, pp. 693-694.

levée en masse, hors de combat), they listed detailed offences against the laws and customs of war and they provided a residual protection through the Martens Clause, to inhabitants and belligerents for cases not covered by the specific provisions of The Hague Convention and Regulations [of] 1907. Responsibility therein was on States, which had to issue consistent instructions to their armed forces and pay compensation if their armed forces violated those rules” (para. 207).

112. After reviewing the “Hague” and the “Geneva” branches of humanitarian law, “the latter supplementing the former”, in the course of the second half of the XIXth century and the first half of the XXth century, the European Court further recalled that the Charter of the Nuremberg Tribunal provided a “non-exhaustive definition of war crimes”, and its judgment opined that the humanitarian rules enshrined into the 1907 Hague Convention and Regulations were generally recognized as being

“‘declaratory of the laws and customs of war’ by 1939 and that violations of those provisions constituted crimes for which individuals were punishable” (para. 207).

113. The ECtHR then added that “[i]nternational and national law (the latter including transposition of international norms) served as a basis for domestic prosecutions and liability” (para. 208)¹³⁶. In sum, from the review above, it is clear that there has also been further judicial recognition of the fact that, well before the II world war, ill-treatment of civilians (such as forced labour) was illegal, — it was a war crime, — and engaged both State and individual responsibility.

3. The Prohibition in Works of Codification

114. The prohibition of forced labour as a form of slavery is not to be taken lightly, keeping in mind the long time it has taken to eradicate it, and the fact that it still survives in our days. Time and time again attention has been drawn into the everlasting struggle against forced labour as slave work. In this respect, in 1958, for instance, J. H. W. Verzijl pointed out that it was “shocking to have to acknowledge” that any attempt to deal with stigmatized abuses and disgraces of the past was “relatively recent”. Thus,

¹³⁶Cf. also para. 212.
(augusto) la protección de la persona humana frente a los crímenes internacionales.doc

“It will suffice to remind ourselves of the humiliating historical evidence that the formal abolition of slavery was only reluctantly achieved, little by little, during the XIXth century, that hidden or even overt forms of serfdom still flourish (. . .), that it was still necessary in 1956 to conclude a Convention for the Abolition of Slavery, the Slave Trade and Institutions and Practices Similar to Slavery, (. . .) a still existing evil surviving from the past”¹³⁷.

115. When, early in its life and in the era of the United Nations itself, the International Law Commission (ILC) formulated the *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal* (1950), it included, among “war crimes”, the “deportation to slave-labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory” (Principle VI (b)); and it likewise included, among “crimes against humanity”, the “enslavement, deportation and other inhuman acts done against any civilian population” (Principle VI (c))¹³⁸. Codified in 1950, those principles were already deeply-engraved in the universal juridical conscience for a long time. Those crimes were already prohibited by international law likewise for a long time.

116. The fact remains that the prohibition of forced labour as a form of slavery soon marked its presence in endeavours of codification, not only of the ILC in the mid-XXth century, but also of the International Committee of the Red Cross (ICRC) in the middle of last decade. In fact, in accordance with a study undertaken by the ICRC on *Customary International Humanitarian Law*, published in 2005, uncompensated and abusive forced labour is prohibited; the study asserts that such prohibition of forced labour attained the status of “a norm of customary international law applicable in both international and non-international armed conflicts”¹³⁹ (Rule 95).

4. International Crimes and the Prohibitions of *Jus Cogens*

117. The fact remains that, by the time of the II world war, forced labour as a form of slave work was already prohibited by international law. Well before the II world war, and indeed before the I world war, its wrongfulness was widely acknowledged. The fact that wrongful practices nevertheless persisted, in times of

¹³⁷J.H.W. Verzijl, *Human Rights in Historical Perspective*, Haarlem, Haarlem Press, 1958, pp. 5-6.

¹³⁸U.N., *The Work of the International Law Commission*, 7th ed., vol. I, N.Y., U.N., 2007, p. 265.

¹³⁹ICRC, *Customary International Humanitarian Law*— vol. I: *Rules* (eds. J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck), Geneva/Cambridge, ICRC/Cambridge University Press, 2005, p. 330, and cf. pp. 331-334; and cf. also ICRC, *Customary International Humanitarian Law*— vol. II: *Practice*— Part I (eds. J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck), Geneva/Cambridge, ICRC/Cambridge University Press, 2005, pp. 2225-2262.

peace and or armed conflict, — as they still persist today, — does not mean that there was a legal void in that respect. The prohibitions of international law do not cease to exist because violations occur. Quite on the contrary, such violations entail legal consequences for those responsible for them.

118. Already at the beginning of the XXth century, the IV Hague Convention of 1907 contained, in its preamble, the *célèbre Martens clause* (cf. *infra*), invoking, for cases not included in the adopted Regulations annexed to it, “the principles of humanity” and “the dictates of the public conscience” (para. 8). Due attention had been taken not to leave anyone outside the protection granted by the *corpus juris gentium*, — by conventional and customary international law, — against forced and slave work in armaments industry. Such protection was extended by the *jus gentium* to human beings, well before the sinister nightmare and the horrors of the Third *Reich*.

119. In this line of thinking, in my previous Dissenting Opinion (paras. 144-146) in the Court’s Order of 06.07.2010 in the present case of the *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany *versus* Italy, counter-claim), I drew attention (in the light of the submissions of the contending parties themselves in the present case, not necessarily diverging herein) to the incidence of *jus cogens*, in the absolute prohibition of forced and slave work in the war industry. In this respect, I pondered therein:

“In fact, we can go back, — even before the II Hague Peace Conference (1907), — to the time of the I Hague Peace Conference (1899) (. . .). By the end of the XIXth century, in the days the I Hague Peace Conference, there was a sense that States could incur into delictual responsibility for mistreatment of persons (e.g., for transfer of civilians for forced labour); this heralded the subsequent age of criminal responsibility of the individual State officials, with the typification of war crimes and crimes against humanity.

The gradual awakening of human conscience led to the evolution from the conceptualization of the *delicta juris gentium* to that of the violations of international humanitarian law (in the form of war crimes and crimes against humanity), — the Nuremberg legacy, — and from these latter to that of the *grave* violations of international humanitarian law (with the four Geneva Conventions on International Humanitarian Law of 1949, and their I Additional Protocol of 1977)¹⁴⁰. With that gradual awakening of human

¹⁴⁰I Geneva Convention, Articles 49-50; II Geneva Convention, Articles 50-51; III Geneva Convention, Articles 129-130; IV Geneva Convention, Articles 146-147; I Additional Protocol, Articles 85-88. — The I Additional Protocol of 1977 (agosto) la protección de la persona humana frente a los crímenes internacionales.doc 82

conscience, likewise, human beings ceased to be *objects* of protection and became reckoned as *subjects* of rights, starting with the fundamental right to life, encompassing the *right of living* in dignified conditions.

Human beings were recognized as *subjects* of rights in all circumstances, in times of peace as well as of armed conflict. As to the former, may it here be briefly recalled that, well before the 1948 Universal Declaration of Human Rights, in the inter-war period, the pioneering experiments of the minorities system and the mandates system under the League of Nations granted direct access to the individuals concerned to international instances (the Minorities Committees and the Permanent Mandates Commission, respectively), in order to vindicate the rights emanated *directly* from the law of nations (the evolving *jus gentium*). As to the latter, likewise, as from the II Hague Peace Conference of 1907 onwards, human beings were recognized as being entitled to war reparations claims” (paras. 144-146).

120. This being so, such right to war reparations claims, being recognized well before the end of the II world war, could not be waived by States in their agreements with other States; it was related to other rights inherent to the human beings victimized by the cruelty and untold human suffering of arbitrary detention, deportation and forced labour in war industry. I have already considered this point in the present Dissenting Opinion (cf. item VII, *supra*). In a logical sequence, I deem it now appropriate to turn attention to the oral pleadings of the contending parties, and the intervening State, on *jus cogens* and removal of immunity, and next to the problem of the opposition of State immunity to the individuals’ right of access to justice.

XIII. Oral Pleadings of the Parties, and the Intervening State, on *Jus Cogens* and Removal of Immunity: Assessment

121. As to *jus cogens* and *State immunity*, Germany contends that reference is here made to primary rules of international law and not secondary rules (such as the

(Article 85) preferred to stick to the terminology of the four Geneva Conventions of 1949 in this particular respect, and maintained the expression of “grave breaches” on international humanitarian law, in view of the “purely humanitarian objectives” of those humanitarian treaties; yet, it saw it fit to state that “grave breaches” of those treaties (the four Geneva Conventions and the I Additional Protocol) “shall be regarded as war crimes” (Article 85 (5)). Cf. Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions of 1949*, Geneva, ICRC/Nijhoff, 1987, pp. 990 and 1003.

consequences of violations)¹⁴¹. Germany argues that there cannot be an issue of conflict between two rules of general international law, only a question of whether one of them has been modified by the operation of the other, and in the present case, in its view, State practice does not indicate that rules of State immunity have been modified in any way¹⁴².

122. Italy, in turn, claims that *jus cogens* norms have effects on the realm of State responsibility, also for the prevention of breaches of international law¹⁴³. Italy's position is that in some specific cases, there is a right to lift immunity in order to enforce *jus cogens* rules¹⁴⁴. Hence the correctness of the decision of the Italian Court of Cassation to lift immunity in such cases of violation of *jus cogens* rules, putting an end to the continuation of the violation by Germany¹⁴⁵.

123. Greece, for its part, argued that, according to the Greek courts, if rules endowed with a peremptory character have been breached, State immunity cannot be invoked¹⁴⁶; in its view, the attempt to draw a distinction between a substantive rule (*jus cogens*) and a procedural one (State immunity) does not have a legal value. A procedural rule cannot take precedence over the substantive *jus cogens* rule, since that would be inconsistent with the purpose and *ratio* of the substantive rule, and would result in impunity for the States that have committed such grave breaches of peremptory norms¹⁴⁷. Moreover, — it added, — such a distinction would hamper the right to an effective remedy, as provided for in international instruments¹⁴⁸; thus, effective access to courts for the enforcement of such rules (with no bar to jurisdiction due to immunity) ought to be recognized¹⁴⁹.

124. Germany retorted that a decision to set aside immunity would destabilize peace settlements and the principle of *pacta sunt servanda* itself, as all peace treaties would be undermined by individual suits for compensation (and even Italy itself could face such suits)¹⁵⁰. It also claimed that the common good ought not to be undermined

¹⁴¹ ICJ, *Compte rendu* CR 2011/17, pp. 49-50, para. 3; it further argues that *jus cogens* cannot be understood as expressing principles of law of higher value that override all other principles which express less high values.

¹⁴² *Ibid.*, p. 53, para. 6.

¹⁴³ ICJ, *Compte rendu* CR 2011/18, pp. 47-48, para. 25.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 49, para. 28.

¹⁴⁵ *Ibid.*, pp. 56-58, paras. 16-18.

¹⁴⁶ ICJ, *Compte rendu* CR 2011/19, p. 36, para. 98.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 37, para. 102.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 38, para. 106.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 38, para. 106.

¹⁵⁰ ICJ, *Compte rendu* CR 2011/17, pp. 55-56, para. 13. It further claimed that there is a risk of creating a culture of “forum shopping”, which would cause serious problems in international relations and would create an issue for the ownership of property abroad; *ibid.*, p. 59, para. 18.

for the individual good, — and thus human rights cannot be recognized to be able to jeopardize the structure of the international society.

125. Italy replied that what is requested from the Court is to examine the legality of certain decisions of Italian courts based on a very specific factual background, which makes the present case unique. Thus, the decision of the Court cannot be considered to have the catastrophic consequences that Germany claims that it may have on the whole international legal system¹⁵¹. Italy added that its view brings one closer to the “principle of complementarity”, as its argument is that an individual has the right to address his/her national courts only if he/she is unsuccessful before the courts of the State in breach¹⁵².

126. As to the Judgment of the *Areios Pagos* in the *Distomo Massacre* case, Greece recounts the proceedings before Greek Courts and the decisions thereof, and argues that the Greek Special Supreme Court is not a “constitutional court”; it enjoys such a role only in limited situations regarding the constitutionality of laws and it does not correspond to the Courts of other States, the decisions of which take precedence within their legal order¹⁵³. Thus, the impact of the decision in the Greek legal order raises some questions, but cannot be considered as having reversed the decision of *Areios Pagos* in the *Distomo Massacre* case¹⁵⁴.

127. In this respect, Germany claims that, despite the arguments raised by Greece, it is a fact that following the Special Supreme Court’s decision on the *Margellos* case, the Greek legal order does not recognize any limitation to sovereign immunity for acts *jure imperii*, as the decision of that Court is a binding precedent for all Greek courts¹⁵⁵. Germany also argues that the recognition and the enforcement of the Greek decision in the *Distomo* case by the Italian courts violated Germany’s immunity¹⁵⁶. In this regard, Germany also notes the acceptance of the Agent of Italy regarding the illegality of the judicial mortgage on the *Villa Vigoni* and the will of Italy to remedy the situation¹⁵⁷.

128. Italy argues that the enforcement of the *Distomo Massacre* judgment was not a consequence of the alleged “forum shopping” created by the *Ferrini* decision, and

¹⁵¹ ICJ, *Compte rendu* CR 2011/21, pp. 14-16, paras. 4-7. Italy further questioned whether the risk of “forum shopping”, as argued by Germany, is a real risk or not; Italy claimed that its argument and that of the Italian Court of Cassation have nothing to do with any sort of “universal civil jurisdiction”; *ibid.*, pp. 49-50, paras. 31-33.

¹⁵² *Ibid.*, pp. 49-50, paras. 31-33.

¹⁵³ ICJ, *Compte rendu* CR 2011/19, pp. 23-24.

¹⁵⁴ *Ibid.*, pp. 23-24, paras. 43, 46.

¹⁵⁵ ICJ, *Compte rendu* CR 2011/20, p. 19, para. 10.

¹⁵⁶ *Ibid.*, pp. 28-29, paras. 28-30.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 29, para. 31.

that there is no principle that renders any foreign State immune for recognitions proceedings. Furthermore, it argues that since the Greek courts had not recognized immunity to Germany based on the same justifications and on similar circumstances as those of the *Ferrini* case, Italy had no duty to accord immunity to Germany¹⁵⁸.

129. In my understanding, what jeopardizes or destabilizes the international legal order, are the international crimes, and not the individual suits for reparation in the search for justice. In my perception, what troubles the international legal order, are the cover-up of such international crimes accompanied by the impunity of the perpetrators, and not the victims' search for justice. When a State pursues a criminal policy of murdering segments of its own population, and of the population of other States, it cannot, later on, place itself behind the shield of sovereign immunities, as these latter were never conceived for that purpose. Grave breaches of human rights and of international humanitarian law, amounting to international crimes, are not at all acts *jure imperii*. They are anti-juridical acts, they are breaches of *jus cogens*, that cannot simply be removed or thrown into oblivion by reliance on State immunity. This would block the access to justice, and impose impunity. It is, in fact, the opposite should take place: breaches of *jus cogens* bring about the removal of claims of State immunity, so that justice can be done.

XIV. State Immunity *versus* The Right of Access to Justice

1. The Prevailing Tension in the Case-Law of the European Court of Human Rights.

(a) The *Al-Adsani* Case (2001)

130. The tension between the right of access to justice and State immunity has been present in the recent case-law of the European Court of Human Rights (ECtHR). The leading case of *Al-Adsani versus United Kingdom* (2001) concerned the claim of a dual British/Kuwaiti national against the United Kingdom, wherein he argued that British courts had failed, in breach of Articles 6 and 13 of the European Convention of Human Rights (ECHR), to protect his right of access to a court by granting State immunity to Kuwait, against which he had brought a civil suit for torture suffered while he was detained by the authorities in Kuwait.

¹⁵⁸ICJ, *Compte rendu* CR 2011/21, pp. 28-29, paras. 1-4.
(augusto) la protección de la persona humana frente a los crímenes internacionales.doc

131. In its Judgment of 21.11.2001, the ECtHR (Grand Chamber), while accepting that the prohibition of torture has acquired the status of a norm of *jus cogens* in international law, nevertheless found itself unable to discern any firm basis for the conclusion that a State “no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged”¹⁵⁹. This decision of the ECtHR (Grand Chamber) was taken by 9 votes to 8¹⁶⁰. The shortcomings of the majority’s reasoning are well formulated in the Joint Dissenting Opinion of Judges Rozakis and Caflisch joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić; they rightly concluded that, when there is a conflict between a *jus cogens* norm and any other rule of international law, the former prevails, with the consequence that the conflicting rule does not have legal effects which contradict the content of the preemptory rule¹⁶¹.

132. In my understanding, the Dissenting Judges touched upon the crux of the matter in the majority’s reasoning. Unlike the majority, they duly drew the necessary consequence of the finding that the prohibition of torture has attained the status of *jus cogens*, namely: a State cannot hide itself behind the rules of State immunity in order to evade the consequences of its actions and to avoid civil proceedings for a claim of torture before a foreign jurisdiction¹⁶². The Dissenting Judges also reasoned that the distinction drawn by the majority between criminal and civil proceedings is not in line with the very essence of the operation of *jus cogens* rules: indeed, the criminal or civil nature of the proceedings at issue is not material, as what really matters is the fact that there was a violation of a *jus cogens* norm and thus any jurisdictional bar has to be lifted “by the very interaction of the international rules involved”¹⁶³.

133. Similarly, in his Dissenting Opinion, Judge Loucaides pondered that, once it is accepted that the prohibition of torture is indeed a *jus cogens* norm, the consequence is that no immunity can be invoked in respect of proceedings whose object is the attribution of responsibility for acts of torture¹⁶⁴. It is indeed regrettable that the reasoning of the Court’s majority failed to draw the relevant conclusions of the finding that the prohibition of torture is a *jus cogens* norm, which would entail, in the circumstances of the *Al-Adsani* case, an invalidating effect on the plea of

¹⁵⁹ ECtHR, *Al-Adsani v United Kingdom*, Application No. 35763/97, Judgment of 21.11. 2001, paras. 59-61.

¹⁶⁰ On the question of the alleged violation of Article 6 of the Convention.

¹⁶¹ ECtHR, *Al-Adsani v. United Kingdom*, Application No. 35763/97, Judgment of 21.11.2001, Dissenting Opinion of Judges Rozakis and Caflisch, joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić, para. 1.

¹⁶² *Ibid.*, para. 3.

¹⁶³ *Ibid.*, para. 4.

¹⁶⁴ ECtHR, *Al-Adsani v. United Kingdom*, Application No. 35763/97, Judgment of 21.11.2001, Dissenting Opinion of Judge Loucaides, p. 1.

State immunity¹⁶⁵. Yet, the Court's majority at least accepted the customary law nature of rules on State immunity, with the recognition of their state of transition and of the possibility of imposing limitations upon them (even when States act *jure imperii*), which seems to leave the door open for future developments in the correct line¹⁶⁶.

134. In the present case of *Germany versus Italy* before this Court, Italian courts rightly drew the necessary legal conclusion on the effect of violations of norms that have the status of *jus cogens* upon the plea for State immunity in relation to civil claims. The facts underpinning the present case constitute violations of peremptory norms, and the responsibility of Germany for these violations is not contested. Thus, in the line of the right reasoning of the Dissenting Judges in the case of *Al-Adsani* before the ECtHR, the consequence is that Germany cannot hide behind rules of State immunity to avoid proceedings relating to reparations for violations of *jus cogens* norms before a foreign jurisdiction (Italy). In this regard, it should not pass unnoticed that, unlike in the *Al-Adsani* case, where the complained conduct did not take place in the *forum* State (but rather in Kuwait), some of the claims lodged with Italian courts pertained to crimes committed in whole or in part on the territory of Italy itself¹⁶⁷.

(b) The McElhinney Case (2001)

135. The *McElhinney versus Ireland* case (2001) concerned a claim for damages, pertaining to a legal action lodged in Ireland against both the British soldier who shot the claimant and the Secretary of State for Northern Ireland. The domestic courts rejected his claim on the basis of the plea of immunity submitted by the United Kingdom. The ECtHR (Grand Chamber), in its Judgment of 21.11.2001, held that, while there appeared to be “a trend in international and comparative law towards limiting State immunity” for personal injury caused by an act or omission committed in the territory of the *forum* State, the practice was “by no means universal” (para. 38). It then found, by 12 votes to 5, that the decisions of the Irish courts had not exceeded “the margin of appreciation in limiting an individual's right to access to court” (para. 40).

136. Two of the 5 Dissenting Judges (Rozakis and Loucaides), in their respective individual Dissenting Opinions, held that the majority's Decision did not take into account developments in international law, and disproportionately restricted the right of

¹⁶⁵Cf. Ch.L. Rozakis, “The Law of State Immunity Revisited: The Case Law of the European Court of Human Rights”, 61 *Revue hellénique de Droit International* (2008) pp. 579-680.

¹⁶⁶Cf. *ibid.*, p. 593.

¹⁶⁷Cf. ICJ, *Compte rendu* CR 2011/18, pp. 41-46.

access to courts, unduly affecting and impairing the essence of this right. Judge Loucaides added that

“The international law immunities originated at a time when individual rights were practically non-existent and when States needed greater protection from possible harassment through abusive judicial proceedings. The doctrine of State immunity has in modern times been subjected to an increasing number of restrictions, the trend being to reduce its application in view of developments in the field of human rights which strengthen the position of the individual” (para. 4).

137. The other three Dissenting Judges (Caflisch, Cabral Barreto and Vajic), in their Joint Dissenting Opinion, also supported compliance with the right of access to courts under Article 6 (1) of the European Convention (disproportionately restricted in the present case), as under Article 12 of the U.N. Convention on the Jurisdictional Immunity of States and their Property, there was at present “no international *duty*, on the part of States, to grant immunity to other States in matters of torts caused by the latter’s agents”. They further pondered that

“The principle of State immunity has long ceased to be a blanket rule exempting States from the jurisdiction of courts of law. (. . .) [T]he edifice of absolute immunity of jurisdiction (and even of execution) began to crumble, in the first quarter of the XXth century, with the advent of State trading (. . .).

(. . .) [E]xceptions to absolute immunity have gradually come to be recognized by national legislators and courts, initially in continental Western Europe and, much later, in common law countries (. . .)

The exceptions in question have also found their way into the international law on State immunity, especially the tort exception” (paras. 2-4).

138. In the present case of the *Jurisdictional Immunities of the State* before this Court, it is telling, — as Italy argues, — that the claimants pursued their suit before German courts, which did not find in their favour. Thus, the reasoning of the ECtHR in the *McElhinney* case, that it was open to the applicant to bring a legal action in Northern Ireland (as he in fact did), is not readily applicable to the circumstances of the present case before this Court, as the original claimant did pursue other avenues before

turning to Italian courts: in the present case there was no other reasonable alternative means to protect the rights at stake effectively¹⁶⁸.

(c) The *Fogarty Case* (2001)

139. The case of *Fogarty v. United Kingdom* (Judgment of 21.11.2001) concerned an employment-related dispute (an allegation of victimization and discrimination by a former employee of the U.S. Embassy in London). The ECtHR observed in this case that there was a trend in international and comparative law towards limiting State immunity with respect to employment-related disputes. It further noted that the ILC did not intend to exclude the application of State immunity when the subject of the proceedings was recruitment, including recruitment to a diplomatic mission.

140. The ECtHR concluded that State practice concerning employment of individuals by an Embassy of a foreign State is not uniform. The ECtHR observed that the limitations applied to the right of access to court must “not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired” (para. 33), but decided as in the other aforementioned cases. In the circumstances of the present case of the *Jurisdictional Immunities of the State* before this Court, it seems, however, — as Italy argued, — that “no other avenue would have remained open for war crime victims to obtain reparation”¹⁶⁹.

(d) The *Kalogeropoulou and Others Case* (2002)

141. Last but not least, the case of *Kalogeropoulou and Others* (2002) was brought by applicants who were relatives of the victims of the Distomo massacre. The applicants raised complaints under Article 6 of the ECHR and Article 1 of Protocol n. 1 to the ECHR. The ECtHR’s Chamber seized of the case declared it inadmissible (Decision of 12.12.2002), even though, unlike the case of *Al-Adsani*, this case of *Kalogeropoulou and Others* pertained to crimes against humanity committed in the territory of the *forum* State (i.e., Greece). Notwithstanding, the Court’s Chamber’s decision rested on the premise that the right of access to court may be subject to limitations (proportionate to the aim pursued). Such limitations, however, in my understanding cannot impair the very essence of the right of access to court.

¹⁶⁸Cf. ICJ, *Counter-Memorial of Italy*, para. 4.100. Cf. Also ICJ, *Written Response of Italy to the Questions Put by (. . .) Judge Cançado Trindade (. . .) at the End of the Public Sitting Held on 16 September 2011*, p. 9, where Italy states that “had domestic judges not removed immunity no other avenue would have remained open for war crime victims to obtain reparation”.

¹⁶⁹ICJ, *Written Response of Italy to the Questions Put by (. . .) Judge Cançado Trindade (. . .) at the End of the Public Sitting Held on 16 September 2011*, p. 9.

142. The conclusion reached by the Court's Chamber was that some restrictions on access to court ought to be regarded as an inherent to fair trial, and it referred to State immunity; but it added that this "does not preclude a development in customary international law in the future" (p. 9). This statement seems to go slightly further than the finding in the *Al-Adsani* and the *McElhinney* precedents, which did not expressly articulate this "open door" for future developments. Even if such an "open door" for future developments may not appear an entirely sufficient finding of the ECtHR's Chamber, it thus at least reckoned, one decade ago (in 2002), that the law on the matter at issue was undergoing a process of transition¹⁷⁰.

2. The Prevailing Tension in the Case-Law of National Courts

143. The aforementioned tension, prevailing also in the case-law of national courts, was object of attention of the contending parties in their oral pleadings before the Court, particularly in their respective views of the Judgment of the Italian Court of Cassation in the *Ferrini* case (2004). Germany claimed that the *Corte di Cassazione* decided to substitute itself for the legislator and introduce a new rule, which has not yet gained international support in State practice and judicial decisions of other States¹⁷¹; it further contended that the practice of domestic courts shows recognition of the rule of State immunity even in cases of international crimes¹⁷². Germany concluded on this point that the *Ferrini* Judgment of the *Corte di Cassazione* remained, in its view, an isolated decision in State practice, and that jurisdictional immunity in respect of acts *jure imperii* remains a firm rule in international law¹⁷³.

144. Italy, in turn, argued that the *Ferrini* decision did not harm the rule of immunity, which still remains fundamental, but rather redefined it in order to ensure compliance with the basic obligations of the international community¹⁷⁴; sovereign immunity for acts *jure imperii* is not to be regarded as absolute, as it is subject to

¹⁷⁰The Court's Chamber placed much emphasis on the fact that it was necessary, under Greek law, that the Minister of Justice authorized enforcements proceedings (Article 923 of the Greek Code of Civil Procedure), which was not obtained in the case at issue (cf. pp. 11-12). In this sense, the *Ferrini* case in Italy can be distinguished on this basis, since in Italy the consent of the Minister of Justice does not seem to be necessary for enforcement proceedings.

¹⁷¹ICJ, *Compte rendu* CR 2011/17, pp. 21-22, and 29-31, paras. 16-17, and pp. 27-28, paras. 13-14.

¹⁷²*Ibid.*, p. 33, para. 27, and cf. para. 26. It further argued that the *Ferrini* Judgment did not distinguish between substantive and procedural rules, besides disregarding the systemic context of war reparations, which allegedly falls under the exclusive competence of States and are based on mutual understandings (or the action of the Security Council); *ibid.*, p. 25, para. 9. Germany claimed, moreover, that the Judgment in the *Ferrini* case confused the concepts of personal and State immunity; *ibid.*, pp. 26-27, paras. 10-12.

¹⁷³*Ibid.*, pp. 61-62.

¹⁷⁴ICJ, *Compte rendu* CR 2011/18, p. 60, para. 24.

exceptions such as the tort exception. It is, in its view, for national courts to classify and define the acts of a foreign State in order to decide whether they are covered by immunity or not¹⁷⁵. Italy further contended that, in the *Ferrini* case, the *Corte di Cassazione* also ensured the effective access to justice for victims of violations, which has two constitutive elements: the right to a fair trial and the right to reparation. Since, according to the German courts, Mr. Ferrini and the other victims were not entitled to reparations based on German legislation, they could only have recourse to the Italian courts, and the *Corte di Cassazione* had thus to adjust the principle of immunity so as to preserve the coherence of the international rules that apply in this case¹⁷⁶.

145. The decision of the *Corte di Cassazione* in the *Ferrini* case (2004) was just one of the relevant decisions of the national courts invoked by the contending parties (Germany and Italy) and the intervening State (Greece) in the course of the proceedings of the present case on the *Jurisdictional Immunities of the State* before this Court. In the course of the proceedings, the contending parties as well as the intervening State referred to other pertinent decisions of national courts, in order to substantiate their arguments on the matter at issue. Thus, in so far as the practice of national courts pertaining to State immunity is concerned, for example, Germany referred, in support of its claims, to a recent summary decision of the Israeli District Court of Tel Aviv-Yafo¹⁷⁷, to a decision of the Federal Court in Rio de Janeiro¹⁷⁸, and to another decision of the Polish Supreme Court¹⁷⁹.

146. Italy, for its part, countered the claimant's argument by contending that "when confronted with claims arising from breaches of *jus cogens* rules, domestic courts have taken different views as regards the question of the immunity enjoyed by the wrongdoing State"¹⁸⁰. In support of this contention, Italy cites, in addition to the aforementioned judgments of the Greek *Areios Pagos* in the *Distomo Massacre* case and of the Italian *Corte di Cassazione* in the *Ferrini* case, two other recent judgments, respectively from the Superior Court of Quebec¹⁸¹, and from the French *Cour de*

¹⁷⁵ ICJ, *Compte rendu* CR 2011/18, p. 13, para. 9, and p. 16, para. 3.

¹⁷⁶ ICJ, *Compte rendu* CR 2011/18, pp. 61-62, para. 27.

¹⁷⁷ Case of *Orith Zemach et al. versus Federal Republic of Germany*, District Court Tel Aviv-Yafo, Decision of 31.12.2009, Case 2143-07, referred to by Germany in its oral pleadings: ICJ, *Compte rendu* CR 2011/17, p. 32, para. 24.

¹⁷⁸ Case of *Barreto versus Federal Republic of Germany*, Justiça Federal, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Ordinary Proceedings n. 2006.5101016944-1, 09.07.2008, referred to by Germany in its oral pleadings: ICJ, *Compte rendu* CR 2011/17, p. 32, para. 23. This decision remains pending of appeal to date.

¹⁷⁹ Case of *Natoniewski versus Federal Republic of Germany*, Polish Supreme Court, Decision of 29.10.2010, File ref. IV CSK 465/09, referred to by Germany in its oral pleadings: ICJ, *Compte rendu* CR 2011/17, p. 33, para. 25.

¹⁸⁰ ICJ, *Compte rendu* CR 2011/18, p. 40, para. 7.

¹⁸¹ Case of *Kazemi (Estate of) and Hashemi versus Iran, Ayatollah Ali Khamenei and others*, Superior Court of (augusto) la protección de la persona humana frente a los crímenes internacionales.doc

*Cassation*¹⁸², which, in its view, go “in the direction of recognizing that the principle of immunity for *acta iure imperii* may be subject to restrictions in this kind of cases”¹⁸³.

147. Greece, for its part, points out that “the fundamental argument in the position of the Greek courts is based on the recognition that there is an individual right to reparation in the event of grave violations of humanitarian law”¹⁸⁴. It argues that “the obligation on the State to compensate individuals for violations of the rules of humanitarian law seems to derive from Article 3 of the Fourth Hague Convention of 1907 (. . .). That is made clear by the fact that individuals are not excluded from the text of Article 3. This line of argument also emerges from the *travaux préparatoires* of the Second Hague Conference”¹⁸⁵. Greece adds that the obligation to pay reparation, on the part of the State which committed a wrongful act, is, in its view, well-established in international law¹⁸⁶. Human rights and international humanitarian law treaties contain some specific rules that lay down a State obligation of reparation to the benefit of individual victims of treaty breaches.

148. The over-all picture resulting from the pleadings before the Court discloses the tension which ensues from the relevant case-law of national courts, as to claims of State immunity and the exercise of the right of access to justice. The Court could hardly thus base its reasoning on the practice of national courts only. It has to resort to other present-day manifestations of international law, such as those listed in Article 38 of its Statute (the formal “sources” of international law), and to go beyond that, as it has done at times in the past. Only in this way can it perform properly its function, in the settlement of a contentious case like the present one, as “the principal judicial organ of the United Nations” (Article 92 of the U.N. Charter).

Québec, 25.01.2011, 2011 QCCS 196, referred to by Italy in its oral pleadings: ICJ, *Compte rendu* CR 2011/18, p. 40, para. 7.

¹⁸² *Cour de cassation, première chambre civile*, France, 09.03.2011, *numéro de pourvoi*: 09-14743, referred to by Italy in its oral pleadings: ICJ, *Compte rendu* CR 2011/18, p. 40, para. 7.

¹⁸³ ICJ, *Compte rendu* CR 2011/18, p. 40, para. 7.

¹⁸⁴ ICJ, *Compte rendu* CR 2011/19, p. 22 (translation).

¹⁸⁵ ICJ, *Compte rendu* CR 2011/19, pp. 22-23 (translation).

¹⁸⁶ Cf. passages *cit. in* p. 4 of this memorandum. Greece refers to the Ethiopia-Eritrea Claims Commission in support of its claim that “individuals are perceived as the holders of secondary rights under international humanitarian law”; ICJ, *Compte rendu* CR 2011/19, p. 26 (translation).

3. The Aforementioned Tension in the Age of the Rule of Law at National and International Levels

149. This is even more compelling if one bears in mind the aforementioned tension in the current age of the rule of law at national and international levels. The origins of this concept (the rule of law essentially at domestic level), in both civil law and common law countries, can be traced back to the end of the XVIIIth century, and it gradually takes shape throughout the XIXth century. It comes to be seen, especially in the XXth century, as being conformed by a set of fundamental principles and values, and the underlying idea of the needed *limitation* of power. One of such principles is that of *equality* of all before the law.

150. The concept of rule of law moves away from the shortsightedness of legal positivism (with its characteristic subservience to the established power), and comes closer to the idea of an “objective” justice, at national and international levels, in line with jusnaturalist legal thinking. Within the realm of this latter, it is attentive to the protection of human rights, anterior and superior to the State. Not surprisingly, the concept of rule of law has marked its presence also in the modern domain of the law of international organizations, within which it has gained currency in recent years.

151. We witness, nowadays, within the framework of the general phenomenon of our age, that of the *jurisdictionalization* of the international legal order itself, with the expansion of international jurisdiction (as evidenced by the creation and co-existence of multiple contemporary international tribunals)¹⁸⁷, the reassuring enlargement of the *access to justice* — at international level — to a growing number of *justiciables*¹⁸⁸. Not surprisingly, the theme of the rule of law (*prééminence du droit*) at national and international levels, has lately become one of the items of the U.N. General Assembly itself (from 2006 onwards), wherein it has been attracting growing attention to date¹⁸⁹.

¹⁸⁷Cf., e.g., Société Française pour le Droit International (SFDI), *La juridictionnalisation du droit international* (Colloque de Lille de 2002), Paris, Pédone, 2003, pp. 3-545; A.A. Cançado Trindade, “Le développement du Droit international des droits de l’homme à travers l’activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l’homme”, 16 *Revue universelle des droits de l’homme* (2004) pp. 177-180.

¹⁸⁸Cf., in this respect, A.A. Cançado Trindade, *El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión*, Santiago de Chile, CECO/ Librotecnia, 2008, pp. 61-407.

¹⁸⁹Cf., on the item “The Rule of Law at the National and International Levels”, the following resolutions of the U.N. General Assembly: resolutions A/RES/61/39, of 04.12.2006; A/RES/62/70, of 06.12.2007; A/RES/63/128, of 11.12.2008; A/RES/64/116, of 16.12.2009; A/RES/65/32, of 06.12.2010. For a recent examination of this issue, in the light of the aforementioned resolutions of the U.N. General Assembly, cf. A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 4th. ed., Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2009, pp. 584-587 and 645-651.

152. I have drawn attention to this development in my Dissenting Opinion (paras. 55 and 101) in the case concerning *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or to Extradite* (Belgium versus Senegal, Order of 28.05.2009). An impulse to this development in the U.N. General Assembly was given by the 2005 progress review in the implementation of the 2000 Millenium Declaration and the Millenium Development Goals. Attention was drawn then to a core group of multilateral treaties¹⁹⁰, concerned, ultimately and to a large extent, with the rights of the human person.

153. The World Summit Outcome, adopted in September 2005, recognized the needed adherence to, and implementation of, the rule of law at national and international levels. The main traits of that memorable exercise may thus be singled out: first, the aforementioned focus on multilateral treaties; secondly, the search for the primacy of the rule of law; thirdly, the assertion of that primacy at both national and international levels; and fourthly, the overcoming of the purely inter-State outlook of the matter.

154. This, in my view, has an incidence in distinct areas of contemporary international law. In so far as State immunities are concerned, for example, the 1972 European Convention on State Immunity (Article 11) and the 2004 U.N. Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (Article 12) provide for the personal injury (tort) exception. Both Conventions thus acknowledge that their subject-matter does not exhaust itself in purely inter-State relations.

155. It goes in fact beyond them, in encompassing the way States treat human beings under their respective jurisdictions. State immunities have not been devised to allow States that committed atrocities (*delicta imperii*) to shield themselves behind them. Before turning to this point, I shall address, in the following paragraphs, the old dichotomy between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis* (as considered in the present case), and the treatment of the human person in face of State immunities, disclosing the shortsightedness and the overcoming of the strict inter-State outlook.

¹⁹⁰Cf. U.N., *Multilateral Treaty Framework: An Invitation to Universal Participation — Focus 2005: Responding to Global Challenges*, N.Y., U.N., 2005, pp. 1-154.

XV. The Contentions of the Parties as to Acts *Jure Imperii* and Acts *Jure Gestionis*

156. In the present case before the Court opposing Germany to Italy, the contending parties put forward distinct lines of arguments concerning the distinction between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis* for the purpose of the application of sovereign immunity, and, more broadly, on the question of the evolution from absolute to relative immunity. Germany essentially argued that at the time of German presence on Italian soil from 1943-1945 “the doctrine of absolute sovereign immunity was uncontested”. It submitted that it was the United States Tate Letter, “based on a general consensus, [that] brought about a fundamental turn-around in 1952”. It argued that since then “judicial practice has distinguished between two categories of State activities, *acta jure imperii* and *acta jure gestionis*”¹⁹¹.

157. For its part, Italy argued that, at first, the exercise of jurisdiction was made exclusively based on the distinction between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis* and that “more recently the law and practice of many States” have also supported “exceptions to State immunity for some activities in the domain of sovereign acts”¹⁹². Italy submitted that the evolution from absolute immunity to relative immunity has its origins in the successive rulings of national courts. And Greece reiterated this view in its “Written Statement” of 04.08.2011 (paras. 43-49). In this regard, Italy referred to Belgian case-law as pioneer in the evolution of the private-acts exception to immunity and argued that Italian case-law, since the XIXth century, “has been consistent in distinguishing the State as a political entity exercising sovereign powers and entitled to immunity and the State as a legal person not entitled to immunity”¹⁹³.

158. Italy added that “Belgian and Italian case law did not long remain isolated”, and there were also repercussions in the same sense in legal doctrine as from the end of the XIXth century¹⁹⁴. Italy thus submitted that the turning point of the distinction between *acta jure imperii* and *jure gestionis*, was not, as Germany claimed, represented by the United States Tate Letter of 1952, as “well before the II world war, the denial of State immunity before municipal courts was not considered prejudicial to the dignity or sovereignty of a foreign State” and “the evolution towards restrictive immunity has its

¹⁹¹ ICJ, *Memorial of Germany*, paras. 91-92.

¹⁹² ICJ, *Counter-Memorial of Italy*, p. 45, para. 4.13.

¹⁹³ *Ibid.*, paras. 4.15-4.16.

¹⁹⁴ Cf. *ibid.*, para. 4.17.

ratio in the necessity of protecting private persons”. It then added that “exceptions to immunity are not limited to *acta jure gestionis*”¹⁹⁵.

159. In the course of the oral pleadings before the Court, turning to the personal injury (tort) exception — as provided for in Article 12 of the 2004 U.N. Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, — Germany claimed that that provision does not codify customary law, and does not apply to the actions of armed forces, and that international State practice excludes armed forces from any exception to immunity¹⁹⁶. Italy, for its part, argued that the tort exception provides for the lift of immunity if the tortuous act took place in whole or in part within the *forum* State, as it happened in the present case¹⁹⁷. It further claimed that Article 12 of the 2004 U.N. Convention does not make any distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*. And it added that the specific torts that German forces committed in Italy were not just torts, but grave violations of *jus cogens*; thus, the tendency to recognize the tort exception in order to provide relief and access to justice, coupled with the tendency to lift immunity in case of breaches of peremptory norms, means that there was no obligation of Italy to accord immunity to Germany for these acts¹⁹⁸.

160. This debate between the contending parties was confined to the paradigm of inter-State relations. It did not free itself from the chains of the lexicon of traditional international law, with the exception of the sole reference to *jus cogens*. The evolution of law to which the two contending parties referred, — with an entirely different reading and interpretation advanced by each of them, — can be better appreciated within a larger framework, going well beyond the strict outlook of an inter-State legal order. I purport to draw attention, in the following paragraphs, to this point, so as to arrive at a better understanding of the matter at issue.

XVI. The Human Person and State Immunities: The Shortsightedness of the Strict Inter-State Outlook

161. To that end, an appropriate starting-point lies in the identification of the distortions of the State-centric outlook of the international legal order, leading to an awareness of myth surrounding the role of the State. Shaken by the horrors of the

¹⁹⁵ *Ibid.*, paras. 4.20-4.50.

¹⁹⁶ ICJ, *Compte rendu* CR 2011/17, pp. 37-38, paras. 2-3.

¹⁹⁷ ICJ, *Compte rendu* CR 2011/18, p. 41, paras. 9-11.

¹⁹⁸ ICJ, *Compte rendu* CR 2011/21, pp. 35-36, paras. 16-17.

II world war and the collapse of reason (rational thinking) in European relations, Ernst Cassirer (1874-1945) studied the role played by myth in that collapse. He concluded, shortly before dying, that civilization was, — unlike what most people used to assume, — not solid at all, but rather a fragile layer, below which lay extreme violence and recurring massacres and atrocities throughout history¹⁹⁹. The learned thinker E. Cassirer, focusing on the XXth century myth of the State, identified the deleterious influence of traces of Machiavellian thinking (dismissal of, or indifference to, ethical considerations), of Hobbesian thinking (indissoluble links between the rulers and those ruled, with the subjection of the latter to the former), and of Hegelian thinking (the State as the supreme historical reality that has to preserve itself, the interests of which standing above anything, irrespective of any ethical considerations)²⁰⁰.

162. One has to be careful with myths, — E. Cassirer further warned, — including the “political myths”, in particular those who have led, in the XXth century, to so much extreme violence and to totalitarianism²⁰¹. Another learned thinker, the historian Arnold Toynbee, also propounded the same view in this particular respect. In an insightful essay published in 1948, A. Toynbee questioned the very bases of what was understood by *civilization* (as “a movement and not a condition”), characterizing this latter as no more than quite modest advances at social and ethical levels. Under its thin layer, — he added, — barbarism unfortunately persisted²⁰², as demonstrated by the uncontrolled and extreme violence of his times.

163. State-centric thinking, to the exclusion of human beings, gradually made its incursions into international legal thinking, — with disastrous consequences, as illustrated by the horrors of the II world war, and the successive atrocities throughout the XXth century and the beginning of the XXIst century. The term “sovereignty”, for example, has a long-standing and troubling history: from the times of Jean Bodin (1530-1596) and of Emerich de Vattel (1714-1767) up to the present, in the name of State sovereignty — unduly and inadvertently diverted from inter-State to intra-State relations, — millions of human beings were sacrificed. The misuses of language, having repercussions in international legal thinking, sought to exert influence in the international scenario, for whatever purposes, devoid of ethical considerations.

¹⁹⁹E. Cassirer, *El Mito del Estado*, Bogotá/Mexico City, Fondo de Cultura Económica, 1996 [reed.], pp. 338-339, and cf. pp. 347 and 350. His book *The Myth of State* was published posthumously in distinct idioms (1946 onwards).

²⁰⁰*Ibid.*, pp. 168 (Machiavelli), 207 (Hobbes) and 311 and 313 (Hegel), and cf. p. 323.

²⁰¹*Ibid.*, pp. 333-336, 341-342, 344-345 and 351.

²⁰²A. J. Toynbee, *Civilization on Trial*, Oxford/N.Y., Oxford University Press, 1948, pp. 54-55, 150-151, 159, 161, 213, 222 and 234.

164. Soon it was realized that there should be limits to what one could do, in the sphere of inter-State relations. International legal language became then engaged in the recognition and construction of the principle of the equality of States, but again in the framework of sovereignty (internal and external), pursuant to an essentially State-centric outlook and reasoning²⁰³. It was in the blurred inter-State outlook of sovereignties in potential or actual confrontation that some jargon, remindful of the Westphalian paradigm, was to flourish. Such was the case of State immunities.

165. In fact, the origins of the term “immunity” (from Latin *immunitas*, deriving from *immunis*) go back to the mid-XIIIth century; the word was used, from then onwards, to refer to the condition of someone exempted from taxes, or from any charges or duties. Towards the end of the XIXth century, the term “immunity” was introduced into the lexicon of constitutional law and international law (in relation to parliamentarians and diplomats, respectively)²⁰⁴. In criminal law, it became associated with “cause of impunity”²⁰⁵. In international law, the term came to be used also in respect of “prerogatives” of the sovereign State²⁰⁶.

166. In any case, as such, the term “immunity” has all the time meant to refer to something wholly exceptional, an exemption from jurisdiction or from execution²⁰⁷. It was never meant to be a “principle”, nor a norm of general application. It has certainly never been intended, by its invocation, to except jurisdiction on, and to cover-up, international crimes, let alone atrocities or grave violations of human rights or of international humanitarian law. It has certainly never been intended to exclude reparations to victims of such atrocities or grave violations. To argue otherwise would not only beg the question, but also incur into a serious distortion of the term “immunity”.

167. The theory of State immunity was erected at a time and in an atmosphere which displayed very little concern with the treatment dispensed by States to human beings under their respective jurisdictions. Gradually, pursuant to an inter-State outlook perceived with myopia, the gradual introduction was to take place, towards the

²⁰³S. Beaulac, *The Power of Language in the Making of International Law*, Leiden, Nijhoff, 2004, pp. 154-155 and 188, and cf. pp. 29, 190-191 and 196.

²⁰⁴*Dictionnaire Historique de la Langue Française* (dir. A. Rey), 3rd. ed., Paris, Dictionnaires Le Robert, 2000, pp. 1070-1071; *The Oxford English Dictionary* (prep. J. A. Simpson and E. S. C. Weiner), 2nd ed., vol. VII, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 691; *The Oxford Dictionary of English Etymology* (eds. C. T. Onions *et alii*), Oxford, Clarendon Press, 1966, p. 463; *Dictionnaire étymologique et historique du français* (eds. J. Dubois, H. Mitterand and A. Dauzat), Paris, Larousse, 2007, p. 415.

²⁰⁵G. Cornu/Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 8th rev. ed., Paris, PUF, 2007, p. 467.

²⁰⁶*Ibid.*, p. 468.

²⁰⁷*Dictionnaire de Droit International Public* (dir. J. Salmon), Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 559-560.

end of the XIXth century, — due to a large extent to the work of Italian and Belgian courts, and of national courts of the leading trading nations, — of the distinction between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis*: State immunity was then limited only to the former, to the so-called *acta jure imperii*.

168. As this development took place, those responsible for it did not have in mind international crimes: concern was rather turned to commercial transactions mainly, so as to exclude the incidence of immunity when the State was acting as a private entity. Reliance upon this distinction in legislative endeavours, including the drafting of conventions on State immunities — such as the 1972 European Convention on State Immunity, adopted in Basel four decades ago and in force as from 1976 — served at least to put an end to the notion of absolute immunity²⁰⁸. Likewise, in the American continent, the Inter-American Juridical Committee of the Organization of American States (OAS) concluded, in 1983, the Draft Inter-American Convention on Jurisdictional Immunities of States, which took into account the on-going evolution towards restricting State immunity.

169. Such evolution was prompted by the involvement of States in commercial relations, excluded from the domain of State immunity. The Inter-American Juridical Committee questioned the “rigidity” of the classic distinction between acts *jure imperii* and *jure gestionis*, and refused to make reference to such traditional categorization of acts²⁰⁹. In any case, it deliberately shifted away from absolute immunity. The fact remains that restrictive immunity entered into the lexicon of modern international law; but again, the underlying major concern, and the main motivation, were with commerce, essentially with commercial relations and transactions, excluded therefrom.

170. In his sharp criticism of State immunities in 1951, Hersch Lauterpacht challenged the prerogatives of the sovereign State that denied legal remedies to individuals for the vindication of their rights; to him, absolute immunity led to injustice, and the move towards restrictive immunity, on the ground of the distinction

²⁰⁸Cf., in general, *inter alia*, H. Fox, *The Law of State Immunity*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 502-598; M. Cosnard, *La soumission des États aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des États*, Paris, Pédone, 1996, pp. 203-403; T. R. Giuttari, *The American Law of Sovereign Immunity — An Analysis of Legal Interpretation*, London, Praeger Publs., 1970, pp. 63-142; I. Sinclair, “The Law of Sovereign Immunity — Recent Developments”, 167 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1980) pp. 121-217 and 243-266; P. D. Trooboff, “Foreign State Immunity: Emerging Consensus on Principles”, 200 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1986) pp. 252-274; W. W. Bishop Jr., “New United States Policy Limiting Sovereign Immunity”, 47 *American Journal of International Law* (1953) pp. 93-106; J. Combacau, “L’immunité de l’État étranger aux États-Unis: La lettre Tate vingt ans après”, 18 *Annuaire français de droit international* (1972) pp. 455-468; among others.

²⁰⁹Cf. Comité Jurídico Interamericano, *Informes y Recomendaciones*, vol. XV (1983), Washington D.C., OEA/Secretaría General, 1983, p. 48.

between acts *jure imperii* and *jure gestionis*, was not a solution either, it failed to provide a guide or basis for the development of international law²¹⁰. To H. Lauterpacht, the concept of State immunity was rather “absolutist”, a manifestation of the Hobbesian conception of the State; rather than a principle, it was an “anomaly”, to be reassessed in the gradual “general progression towards the rule of law within the State”²¹¹. After all, one could no longer “tolerate the injustice” arising whenever the State “screens itself behind the shield of immunity in order to defeat a legitimate claim”²¹².

171. This becomes clearer if we move away from the rather circumscribed historical context which motivated the formulation of the distinction between acts *jure imperii* and *jure gestionis*, namely, trade relations and transactions. If we enter the larger domain to the treatment dispensed by the State to human beings under their respective jurisdictions, that traditional distinction will appear even more insufficient and inadequate. One ought to proceed to the definitive overcoming of the strict and dangerous exclusively inter-State outlook of the past.

XVII. The State-Centric Distorted Outlook in Face of the Imperative of Justice

172. The beginning of the personification of the State — in fact, of the modern theory of the State — in the domain of International Law took place, in the mid-XVIII century, with the work of E. de Vattel (*Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758), which was to have much repercussion in the international legal practice of his times. The emphasis on State personality and sovereignty led to the conception of an International Law applicable strictly to the relations among States (the *jus inter gentes*, rather than the *jus gentium*), that is, an inter-State legal order; it amounted to a reductionist outlook of the subjects of the law of nations, admitting only and exclusively the States as such²¹³.

²¹⁰H. Lauterpacht, “The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States”, 28 *British Year Book of International Law* (1951) pp. 220 and 226-227.

²¹¹*Ibid.*, pp. 232-233 and 249-250.

²¹²*Ibid.*, p. 235.

²¹³Cf., e.g., E. Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du Droit international classique*, Paris, Pédone, 1998, pp. 255, 311, 318-319, 344 and 347.

173. The consequences of this State-centric distortion were to prove disastrous for human beings, as widely acknowledged in the mid-Xth century. In the heyday of the inter-State frenzy, individuals had been relegated to a secondary level. To G.W.F. Hegel (1770-1831), — apologist of the Prussian State, — for example, the individual was entirely subsumed under the State; society itself was likewise subordinated to the State²¹⁴. The State was an end in itself (*Selbstzweck*), and freedom could only be the one granted by the State itself²¹⁵. Hegel endorsed and justified the authoritarian and absolutely sovereign State; to him, the State should be stronger than society, and individuals could only pursue their interests within the sovereign State²¹⁶.

174. From the late XIXth century onwards, legal positivism wholly personified the State, endowing it with a “will of its own”, and reducing the rights of human beings to those which the State “conceded” to them. The consent of the “will” of the States (according to the voluntarist positivism) was erected into the alleged predominant criterion in International Law, denying *jus standi* to individuals, to human beings; this rendered difficult a proper understanding of the international community, and undermined International Law itself, reducing its dimension to that of a strictly inter-State law, no more *above* but rather *among* sovereign States²¹⁷. In fact, when the international legal order moved away from the universal vision of the so-called “founding fathers” of the law of nations (*droit des gens* — *supra*), successive atrocities were committed against human beings, against humankind.

175. Such succession of atrocities, — war crimes and crimes against humanity, — occurred amidst the myth of the all-powerful State, and even the social *milieu* was mobilized to that end. The criminal policies of the State — gradually taking shape from the outbreak of the I world war onwards — counted on “technical rationality” and bureaucratic organization; in face of the aforementioned crimes, without accountability, individuals became increasingly vulnerable²¹⁸, if not defenceless. It soon became clear that there was a great need for justice, not only for the victims of their crimes and their relatives, but for the social *milieu* as a whole; otherwise life

²¹⁴Eric Weil, *Hegel et l'État* [1950], 4th. ed., Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1974, pp. 11, 24 and 44.

²¹⁵*Ibid.*, pp. 45 and 53.

²¹⁶*Ibid.*, pp. 55-56, 59, 62, 100 and 103.

²¹⁷P.P. Remec, *The Position of the Individual in International Law According to Grotius and Vattel*, The Hague, Nijhoff, 1960, pp. 36-37.

²¹⁸G. Bensoussan, *Auschwitz en héritage? D'un bon usage de la mémoire*, 9th rev. ed., [Paris,] Mille et Une Nuits, 2006, pp. 174, 183, 187, 197 and 246.

would become unbearable, given the denial of the human person, her annihilation, perpetrated by those successive crimes of State²¹⁹.

176. It was at the time of the prevalence of the inter-State myopia that the practice on State immunity took shape and found its greatest development, discarding legal action on the part of individuals against what came to be regarded as sovereign “acts of State”. Yet, the individual's submission to the “will” of the State was never convincing to all, and it soon became openly challenged by the more lucid doctrine. The idea of absolute State sovereignty, — which led to the irresponsibility and the alleged omnipotence of the State, not impeding the successive atrocities committed by it (or in its name) against human beings, — appeared with the passing of time entirely unfounded. The State — it is nowadays acknowledged — is responsible for all its acts — both *jure gestionis* and *jure imperii* — as well as for all its omissions²²⁰. In case of (grave) violations of human rights, the *direct access* of the individuals concerned to the international jurisdiction is thus fully justified, to vindicate such rights, even against their own State²²¹.

XVIII. The Human Person and State Immunities: The Overcoming of the Strict Inter-State Outlook

177. In the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany *versus* Italy, Greece intervening) before this Court, we are faced with a matter entirely different from those which prompted the traditional doctrines of the past. We are here before the invocation of State immunity in respect of the perpetration of international crimes (of grave violations of human rights and of international humanitarian law), and of the individual victims’ right of access to justice, in order to vindicate their right to reparation under general international law. What is the relevance of that distinction between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis* for the consideration of the present case before the Court? None.

178. War crimes and crimes against humanity are not to be considered *acta jure gestionis*, or else “private acts”; they are crimes. They are not to be considered *acta jure imperii* either; they are grave *delicta*, crimes. The distinction

²¹⁹ *Ibid.*, p. 207.

²²⁰ *Ibid.*, pp. 247-259.

²²¹ S. Glaser, “Les droits de l’homme à la lumière du droit international positif”, in *Mélanges offerts à H. Rolin — Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964, pp. 117-118, and cf. pp. 105-106 and 114-116.

between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*, between sovereign or official acts of a State and acts of a private nature, is a remnant of traditional doctrines which are wholly inadequate to the examination of the present case on the *Jurisdictional Immunities of the State* before the Court. Such traditional theories, in their myopia of State-centrism, forgot the lessons of the founding-fathers of the law of nations, pointing to the acknowledgement that individuals are subjects of the law of nations (*droit des gens*).

179. No State can, nor was ever allowed, to invoke sovereignty to enslave and/or to exterminate human beings, and then to avoid the legal consequences by standing behind the shield of State immunity. There is no immunity for grave violations of human rights and of international humanitarian law, for war crimes and crimes against humanity. Immunity was never conceived for such iniquity. To insist on pursuing a strictly inter-State approach in the relationships of responsibility leads to manifest injustice. The present case of the *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany *versus* Italy, Greece intervening) gives eloquent testimony of this.

180. Individuals are indeed subjects of international law (not merely “actors”), and whenever legal doctrine departed from this, the consequences and results were catastrophic. Individuals are *titulaires* of rights and bearers of duties which emanate *directly* from international law (the *jus gentium*). Converging developments, in recent decades, of the International Law of Human Rights, of International Humanitarian Law, and of the International Law of Refugees, followed by those of International Criminal Law, give unequivocal testimony of this.

181. The doctrine of sovereign immunities, which blossomed with the myopia of a State-centric approach, — which could only behold inter-State relations, — unduly underestimated and irresponsibly neglected the position of the human person in international law, in the law of nations (*droit des gens*). The distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis* is of no assistance to a case like the present one before the Court. International crimes are not acts of State, nor are they “private acts” either; a crime is a crime, irrespective of who committed it.

182. History shows that war crimes and crimes against humanity are generally committed by individuals with the support of the so-called State “intelligence” (with all its cruelty), misuse of language, material resources and the apparatus of the State, in pursuance of State policies. The individual and the State responsibilities for such crimes are thus complementary, one does not exclude the other; there is no room for the invocation of State immunities in face of those crimes.

183. Perpetrators of such crimes — individuals and States alike — cannot seek to avoid the legal consequences of those anti-juridical acts, of those breaches of *jus cogens*, by invoking immunities. International legal doctrine in our days appears to be at last prepared to acknowledge the duties of States *vis-à-vis* individuals under their respective jurisdictions²²². This should have been the primary concern in the adjudication of the present case before the Court.

XIX. No State Immunities for *Delicta Imperii*

184. This brings me to the next point to consider, namely, the absence or inadmissibility of State immunities in face of *delicta imperii*, of international crimes in breach of *jus cogens*. I shall refer to two illustrations of such *delicta imperii* often referred in the course of proceedings of the *cas d'espèce*, namely, the perpetration of massacres of civilians in situations of defencelessness (as illustrated, *inter alia*, by the *massacre of Distomo* in Greece, and the *massacre of Civitella* in Italy), and the practice of deportation and subjection to forced labour in war industry, that took place during the II world war. Such *delicta imperii*, marking the factual origin of the claim of State immunity before the Court, were committed within a pattern of extreme violence which led to several other episodes of the kind, not only in Greece and Italy, but also in other occupied countries as well, during the II world war.

1. Massacres of Civilians in Situations of Defencelessness

(a) The Massacre of Distomo

185. In my Separate Opinion at a prior stage of the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, opposing Germany to Italy, with Greece intervening (Court's Order of 04.07.2011, on Greece's Request for Intervention), I have already referred to the massacre of Distomo (on 10 June 1944), — wherein 218 villagers (men, women and children) were murdered by the Nazi forces, — a massacre which was brought to the attention of the Court in the course of the proceedings. In that Separate Opinion, I evoked one of the historical accounts of it (para. 29).

²²²Cf., e.g., J. Stigen, "Which Immunity for Human Rights Atrocities?", in *Protecting Humanity – Essays in International Law and Policy in Honour of N. Pillay* (ed. C. Eboe-Osuji), Leiden, Nijhoff, 2010, pp. 750-751, 756, 758, 775-779, 785 and 787; M. Panezi, "Sovereign Immunity and Violation of *Jus Cogens* Norms", 56 *Revue hellénique de droit international* (2003) pp. 208-210 and 213-214; P. Gaeta, "Are Victims of Serious Violations of International Humanitarian Law Entitled to Compensation?", in *International Humanitarian Law and International Human Rights Law* (ed. O. Ben-Naftali), Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 319-320 and 325.

186. There are, furthermore, other historical accounts of that massacre, including one of the devastation of, and the desolation in, the Greek village of Distomo, shortly after its perpetration: this was recalled by Sture Linner, the (then) Head of the Mission of the International Committee of the Red Cross (ICRC) in Greece, who arrived at the village shortly after the aforementioned massacre in order to provide assistance. The account that follows (excerpt), describes the brutalities of the Nazi forces, as verified in the bodies of the victims that he found at the village of Distomo and on the way thereto:

“[...]Απαιτήθηκε ανυπόφορα μεγάλο χρονικό διάστημα έως ότου διασχίσουμε τους χαλασμένους δρόμους και τα πολλά μπλόκα για να φτάσουμε, χαράματα πια, στον κεντρικό δρόμο που οδηγούσε στο Δίστομο. Από τις άκρες του δρόμου ανασηκώνονταν γύπες από χαμηλό ύψος, αργά και απρόθυμα, όταν μας άκουγαν που πλησιάζαμε. Σε κάθε δέντρο, κατά μήκος του δρόμου για εκατοντάδες μέτρα, κρεμόντουσαν ανθρώπινα σώματα, σταθεροποιημένα με ξιφολόγχες, κάποια εκ των οποίων ήταν ακόμη ζωντανά. Ήταν οι κάτοικοι του χωριού που τιμωρήθηκαν με αυτόν τον τρόπο: θεωρήθηκαν ύποπτοι για παροχή βοήθειας στους αντάρτες της περιοχής, οι οποίοι επιτέθηκαν σε δύναμη των Ες Ες. Η μυρωδιά ήταν ανυπόφορη.

Μέσα στο χωριό σιγόκαιγε ακόμη φωτιά στα αποκαΐδια των σπιτιών. Στο χώμα κείτονταν διασκορπισμένοι εκατοντάδες άνθρωποι κάθε ηλικίας, από υπερήλικες έως νεογέννητα. Σε πολλές γυναίκες είχαν σχίσει τη μήτρα με την ξιφολόγχη και αφαιρέσει τα στήθη, άλλες κείτονταν στραγγαλισμένες, με τα εντόσθια τυλιγμένα γύρω από το λαιμό. Φαινόταν σαν να μην είχε επιζήσει κανείς.

Μα να! Ένας παππούς στην άκρη του χωριού! Από θαύμα είχε καταφέρει να γλυτώσει τη σφαγή. Ήταν σοκαρισμένος από τον τρόμο, με άδειο βλέμμα, τα λόγια του πλέον μη κατανοητά. Κατεβήκαμε στη μέση της συμφοράς και φωνάζαμε στα ελληνικά: «Ερυθρός Σταυρός! Ερυθρός Σταυρός! Ήρθαμε να βοηθήσουμε»²²³.

²²³[Unofficial translation:] “[. . .] We needed too much time to cross the broken roads and the many blockades to reach, at dawn, the central road that led to Distomo. From the edges of the road, vultures got up from low height, slowly and unwillingly, when they heard us approach. From every tree, along the road and for hundreds of meters, human bodies were hanging, stabilised with bayonets, some of whom were still alive. They were villagers who were punished in this way: they were suspected for helping the partisans of the area, who attacked an SS detachment. The smell was unbearable.

187. In the adjudication of the case of the *massacre of Distomo*, the legacy of the decisions of the Leivadia Court of 1st Instance (case of *Prefecture of Voiotia versus F.R. Germany*, 1997) and of the *Areios Pagos* (2001, upon appeal from Germany)— whether one fully agrees with the whole of their reasoning or not, — is that the Third Reich’s acts (of their armed forces) carried out in the territory of the *forum* State (i.e.; the massacre of Distomo, in Greece), were not acts *jure imperii*, but rather breaches of *jus cogens* (failing to comply with the obligations imposed upon it by the Regulations annexed to the IV Hague Convention (1907) Respecting the Laws and Customs of War on Land), thereby discarding the possibility of any invocation of sovereign immunity²²⁴.

188. Furthermore, it should not pass unnoticed that, in the course of the proceedings before this Court in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, counsel for Germany took the commendable initiative — in a sign of maturity — of recognizing the responsibility of the State for the *massacre of Distomo*. To this effect, in the public sitting before the Court, after recalling the origins of the claim against Germany “enshrined in the judgment of the Court of Leivadia”, pertaining to the *massacre of Distomo*, counsel for Germany, — though contending that the issue of State immunity was a distinct one, — stated:

“(. . .) Let me emphasize again: this was an abominable crime. We, as counsel for Germany, in the name of Germany, deplore deeply what happened at Distomo, being ourselves unable to understand how military forces may exceed any boundaries of law and humanity by killing women, children and elderly men (. . .)”²²⁵.

were lying on the ground. They [the Nazis] had torn the uterus and removed the breasts of many women; others were lying strangled with their intestines still tied around their necks. It seemed that no one had survived.

But! An elder man at the end of the village! He had miraculously survived the massacre. He was shocked by the terror, his gaze was empty and his speech was incomprehensible. We got out of the car in the middle of the disaster and we shouted in Greek: “The Red Cross, the Red Cross! We came to help”. Sture Linnér, *Min Odysseé* (1982), as reprinted in: Petros Antaios *et alii* (eds.), *H Μαύρη Βίβλος της Κατοχής (The Black Book of Occupation)*, 2nd ed., Athens, National Council for the Claim of Reparations Owed by Germany to Greece, 2006, pp. 114-115.

²²⁴For the view that the focus on territoriality (of those two Greek Courts’ decisions as well as of the decision of the Italian *Corte di Cassazione* in the *Ferrini* case, 2004) could have yielded to greater stress on *universal values* shared by the international community, cf. Xiaodong Yang, “*Jus Cogens* and State Immunity”, 3 *New Zealand Yearbook of International Law* (2006) pp. 163-164 and 167-169. And, on the divergences of State practice causing the erosion of State immunities, in face of the growing demand for protection of the rights of the human person, cf. R. Garnett, “Should Foreign State Immunity Be Abolished?”, 20 *Australian Year Book of International Law* (1999) pp. 175-177 and 190.

²²⁵ICJ, *Compte rendu* CR 2011/20, p. 28, para. 28.

(b) The Massacre of Civitella

189. Another massacre, in the same pattern of extreme violence, was perpetrated, on 29.06.1944, by the Nazi forces in the town of Civitella (near the town of Arezzo), in Italy, during which 203 civilians were killed. The matter was again brought into the cognizance of the Italian Court of Cassation, half a decade after its decision of 2004 in the *Ferrini* case. Thus, on 29.05.2008, the *Corte di Cassazione* rendered 12 identical decisions endorsing its position in the *Ferrini* case²²⁶, to the effect that State immunity does not apply in cases of international crimes (grave breaches of human rights and of international humanitarian law) amounting to breaches of *jus cogens*.

190. Shortly afterwards, on 13.01.2009, the Italian Court of Cassation again confirmed its position (Judgment of 21.10.2008), in the case of the *massacre of Civitella*. In effect, the case *Milde versus Civitella* concerned criminal proceedings against a Nazi officer, former member of the *Wehrmacht* (the armed forces), who took part in that massacre, conducted by the tank division Hermann Göring on 29.06.1944. The *Corte di Cassazione*, having found that the *massacre of Civitella* was an international crime, denied immunity from civil jurisdiction, and upheld the right to reparation of the victims or their surviving relatives, from the Federal Republic of Germany and from Milde (as joint debtors).

191. The key-point of the Italian Court of Cassation's decision, in the line of the interpretative guidelines of the *Ferrini* judgment²²⁷, was its denial of State immunity in the occurrence of State pursuance of a criminal policy conducive to the perpetration of crimes against humanity. The decision of the *Corte di Cassazione*, in the case of the *massacre of Civitella*, was clearly value-oriented, in the sense that a State cannot avail itself of immunity in case of grave violations of human rights; emphasis was led, in such circumstances, on the individual victim's right to reparation²²⁸.

²²⁶Cf. R. Pavoni and S. Beaulac, "L'immunité des États et le *jus cogens* en droit international — Étude croisée Italie/Canada", 43 *Revue juridique Thémis* — Montréal (2009) pp. 503-506 and 515-516; and A. Atteritano, "Immunity of States and Their Organs: The Contribution of Italian Jurisprudence over the Past Ten Years", 19 *Italian Yearbook of International Law* (2009), p. 35.

²²⁷Cf. A. Gianelli, "Crimini Internazionali ed Immunità degli Stati dalla Giurisdizione nella Sentenza *Ferrini*", 87 *Rivista di Diritto Internazionale* (2004), pp. 648-650, 655-657, 660-667, 671-680 and 683-684.

²²⁸A. Ciampi, "The Italian Court of Cassation Asserts Civil Jurisdiction over Germany in a Criminal Case Relating to the Second World War — The *Civitella* Case", 7 *Journal of International Criminal Justice* (2009), pp. 605 and 607-608; and cf. pp. 599-601, on the uniqueness of the *Civitella* proceedings.

2. Deportation and Subjection to Forced Labour in War Industry

192. Attention has already been drawn to the long-standing prohibition, in the realm of international humanitarian law, of ill-treatment of civilians, deported and subjected to forced labour in war industry, in inhuman conditions. This prohibition, as already pointed out, is set forth at normative level, and found in works of codification of international law. It amounts to cruel, inhuman and degrading treatment (in the domain of international human rights law), and belongs to the domain of *jus cogens*.

193. Such international crime soon met with judicial recognition, not only of international criminal tribunals, such as in the pioneering trials of the Nuremberg and the Tokyo Tribunals, but also of international human rights tribunals, as acknowledged by the recent adjudication by the ECtHR of the case *Kononov versus Latvia* (2008-2010). Such crime is not an act *jure imperii* nor an act *jure gestionis*: it is an international crime, irrespective of whom committed it, engaging both State and individual responsibility.

194. Parallel to the concentration camps (of extermination), in the course of the II world war Nazi Germany established also a network of forced labour camps, less studied by historians to date. They were intended to exploit the forced labour of detainees from the occupied countries. There were numerous camps of this kind, erected also by private enterprises within their premises; in this “privatized” system, the forced labour of detainees was exploited²²⁹, even without remuneration, and in infra-human conditions of living, or rather surviving.

195. Those subjected to this ordeal were detained civilians and prisoners of war from occupied countries, who were deported to work in private industry in Nazi Germany; there, they were subjected to forced labour in the production of weapons, in sub-human conditions of work²³⁰. They became part of a vast productive enterprise aimed at the planned destruction of the enemies and the perpetration of massacres, in a campaign of extermination in the so-called *total war*²³¹. Civilians, and prisoners of

²²⁹C.R. Browning, *À l'intérieur d'un camp de travail nazi — Récits des survivants: mémoire et histoire*, Paris, Les Belles Lettres, 2010, p. 24.

²³⁰E. Traverso, *La Violencia Nazi — Una Genealogía Europea*, Buenos Aires/Mexico D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 42-43, and cf. p. 92.

²³¹The sinister book by E. Ludendorff (*La guerre totale* [1935], Paris, Perrin, 2010 [reed.], pp. 49-286), a crude incitement to total war (of extermination) involving the whole population, launched in 1935, had by 1939 sold some 100 thousand copies, in anticipation of Hitler's total war of 1939-1945, with its devastating consequences.

war who became forced labourers²³², were all subsumed in this process of dehumanization of all those involved in this enterprise.

196. The regime of forced labour during the II world war — insufficiently studied to date — was marked by manipulation, distortions and lies; according to the few historical accounts available, workers were constantly threatened, and forced labour was reduced into slave work in Nazi Germany’s war industry²³³. From 1943 onwards, forced labour became vital to Nazi Germany’s war efforts; slave workers hoped to survive by participating, under coercion and domination, in the war industry of their persecutors²³⁴. Forced labour in occupied countries was put in practice by the Third *Reich* with a long-term projection, in order to sustain the war economy²³⁵.

197. Members of the civilian populations of the occupied countries during the II world war were deported and subjected to conditions of slave labour in the war industry in Germany. Likewise, — as the present case discloses, — besides civilians, members of the Italian armed forces were denied and deprived of the status of prisoners of war (and the protections ensuing from that status) and used as forced labourers in the German war industry. These crimes, perpetrated with great cruelty²³⁶, generated, not surprisingly, much resentment in occupied countries, and incited the organized resistance movements therein to struggle against them²³⁷.

198. It is estimated that, “[b]y the fall of 1944, 7.7 million foreign workers were in Germany”²³⁸. The conditions of “slave labour” and “forced labour” have thus been defined by German reparations law²³⁹:

²³²E. Traverso, *op. cit. supra*, n. (222), pp. 96 and 100.

²³³C.R. Browning, *op. cit. supra* n. (221), pp. 34 and 197.

²³⁴*Ibid.*, pp. 350-351.

²³⁵In this regard, Himmler is reported to have stressed, in a speech delivered to the senior leadership of the SS in June 1942, that “if we do not fill our camps with slaves (. . .), then even after years of war we will not have enough money to be able to equip the settlements in such a manner that real Germanic people can live there and take root in the first generation”; *cit. in* M. Mazower, *Hitler’s Empire — Nazi Rule in Occupied Europe*, London, Penguin Books, 2009, p. 309.

²³⁶In one of the testimonies on them, from Maideneck (*Communiqué of the Commission extraordinaire polono-soviétique*), it is reported that:

“Les Allemands ont fait faire un travail au-dessus de leurs forces — le transport de pierres lourdes — à de nombreux groupes (1200 personnes) de professeurs, médecins, ingénieurs et autres spécialistes amenés de la Grèce. Les SS frappaient à mort les savants qui tombaient, affaiblis par ce lourd travail. Tout ce groupe de savants grecs a été exterminé en cinq semaines par un système de famine, de travail épuisant, de matraquages et de meurtres”. *Cit. in: Paroles de déportés — Témoignages et rapports officiels*, Paris, Bartillat, 2009 [reed.], p. 113.

²³⁷J. Bourke, *La Segunda Guerra Mundial — Una Historia de las Víctimas*, Barcelona, Paidós, 2002, p. 43, and cf. pp. 144 and 175.

²³⁸J. Authers, “Making Good Again: German Compensation for Forced and Slave Laborers”, in *The Handbook of Reparations* (ed. P. de Greiff), Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 421-422.

²³⁹Of 2000, Section 11 (on “Eligible Persons”).

“[*Slave labour*:] Work performed by force in a concentration camp (as defined in the German Indemnification Law) or a ghetto or another place of confinement under comparable conditions of hardship, as determined by the German Foundation.

[*Forced labour*:] Work performed by force (other than ‘slave labour’) in the territory of the German *Reich* or in a German-occupied area, and outside the territory of Austria, under conditions resembling imprisonment or extremely harsh living conditions; or work performed by force under a program of implementing the National Socialist policy of ‘extermination through work’ (*Vernichtung durch Arbeit*) outside the territory of Austria”²⁴⁰.

XX. The Prevalence of the Individual’s Right of Access to Justice: The Contending Parties’ Invocation of the Case *Goiburu et Alii* (IACtHR, 2006)

199. From all the aforementioned, it results, in my perception, that it is not at all State immunity that cannot be waived, as some *droit d’étatistes* keep on insisting even in our days, seemingly incapable of learning the lessons of history (including international legal history). There is no immunity for crimes against humanity. In cases of international crimes, of *delicta imperii*, what cannot be waived, in my understanding, is the individual’s right of access to justice, encompassing the right to reparation for the grave violations of the rights inherent to him as a human being. Without that right, there is no credible legal system at all, at national or international levels.

200. Some decades ago, on the basis of a Kantian aphorism (— “Out of the crooked timber of humanity no straight thing was ever made”), Isaiah Berlin pondered that “[t]he first public obligation is to avoid extremes of suffering”²⁴¹. To force people into “neat uniforms” demanded by dogmatisms, — he added — is “almost always the road to inhumanity”; the unprecedented atrocities of the XXth century show that it is possible to attain “a high degree of scientific knowledge and skill” and yet to subjugate, humiliate and “destroy others without pity”²⁴².

²⁴⁰ *Cit. in J. Authers, op. cit. supra* n. (229), p. 435.

²⁴¹ I. Berlin, *The Crooked Timber of Humanity — Chapters in the History of Ideas* [1959], Princeton/N.J., Princeton University Press, 1991, p. 17, and cf. pp. 18-19.

²⁴² *Ibid.*, pp. 19 and 180.

201. Tragedy — distinct from mere disaster — is due to “avoidable human mistakes”, some with devastating consequences. At the end, — concluded I. Berlin, — we are left with a constant return to the idea of an “objective” justice, to universal principles, — in the line of natural law thinking, — forbidding the treatment of human beings “as means to ends”²⁴³. In this respect, another great thinker of the XXth century, Simone Weil, pondered, in an illuminating essay (of 1934, ever since republished in distinct countries and idioms)²⁴⁴, that, from the times of the *Illiad* of Homer until nowadays, the influence of war upon human beings has been constantly revealing an “essential evil” of humanity, namely, “the substitution of the ends by the means”; the search for power takes the place of the ends, and transforms human life into a means, which can be sacrificed²⁴⁵.

202. From Homer’s *Illiad* until today, — she added, — the unreasonable demands of the struggle for power leave no time to think of what is truly important; individuals are “completely abandoned to a blind collectivity”, incapable of “subjecting their actions to their thoughts”, incapable of thinking²⁴⁶. The terms, and distinction between “oppressors and oppressed”, almost lose meaning, given the “impotence” of all individuals in face of the “social machine” of destruction of the spirit and fabrication of the in conscience; all start living — or rather surviving — in the painful domain of the inhuman, in a world wherein “nothing is the measure of man”, wherein there is no attention at all to the needs of the spirit²⁴⁷.

203. The prevalence of the individual’s right of access to justice cannot be challenged even in the light of the stratified inter-State mechanism of litigation before the ICJ. In this respect, in my Dissenting Opinion in the case concerning *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium *versus* Senegal, Provisional Measures, Order of 28.05.2009), I deemed it fit to ponder that

“Facts tend to come before the norms, requiring of these latter the aptitude to cover new situations they are meant to regulate, with due attention to superior values”²⁴⁸. Before this Court, States keep on holding the

²⁴³ *Ibid.*, pp. 185, 204-205 and 257.

²⁴⁴ S. Weil, “Réflexions sur les causes de la liberté et de l’oppression sociale”, in *Oeuvres*, Paris, Quarto Gallimard, 1999, pp. 273-347.

²⁴⁵ S. Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Opression Social*, Barcelona, Ed. Paidós/Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, pp. 81-82.

²⁴⁶ *Ibid.*, pp. 84 and 130.

²⁴⁷ *Ibid.*, pp. 130-131.

²⁴⁸ Cf., *inter alia*, G. Morin, *La Révolte du Droit contre le Code — La révision nécessaire des concepts juridiques*, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1945, pp. 2, 6-7 and 109-115.

monopoly of *jus standi*, as well as *locus standi in judicio*, in so far as requests for provisional measures are concerned, but this has not proved incompatible with the preservation of the rights of the human person, together with those of States. The ultimate beneficiaries of the rights to be thereby preserved have been, not seldom and ultimately, human beings, alongside the States wherein they live. Reversely, requesting States themselves have, in their arguments before this Court, gone beyond the strictly inter-State outlook of the past, in invoking principles and norms of the International Law of Human Rights and of International Humanitarian Law, to safeguard the fundamental rights of the human person.

In so far as material or substantive law is concerned, the inter-State structure of litigation before this Court has not been an unsurmountable obstacle to such vindication of observance of principles and norms of International Human Rights Law and International Humanitarian Law (. . .)” (paras. 23-34).

204. Moreover, in my Separate Opinion appended to this Court’s Advisory Opinion of the day before yesterday, on *Judgment n. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development*, I dwell further upon this particular point. It is not my intention to repeat herein the critical reflections I developed two days ago (keeping in mind the Court’s mission as the principal judicial organ of the United Nations), in my Separate Opinion in that Advisory Opinion. I thus limit myself only to refer to those reflections herein, for the purposes of the present Dissenting Opinion.

205. In the course of the proceedings in the present case concerning *the Jurisdictional Immunities of the State*, both Germany and Italy expressly referred to the Judgment of 22.09.2006 of the IACtHR in the case of *Goiburu and Others versus Paraguay*. Italy was the first to invoke this Judgment of the IACtHR, in its Counter-Memorial, of 22.12.2009, in support of its argument that the right of access to justice “is conceived in all systems of human rights of protection as a necessary complement of the rights substantively granted” (para. 4.94). Italy added that,

“Accordingly, it is not surprising that the Inter-American Court of Human Rights has described access to justice as a preemptory norm of

international law in a case in which the substantive rights violated were also granted by *jus cogens*” (para. 4.94)²⁴⁹.

206. For its part, Germany referred to the IACtHR’s Judgment in the case of *Goiburú and Others*, in the first round of its oral pleadings, so as to respond to the argument of Italy in this regard. Germany first submits that the *Goiburú and Others* case (in the line of other cases decided by the IACtHR), in its view “did not concern war damages” (para. 25). Germany added that that case concerned the right of access to justice in the State which was responsible for the wrongful act and thus did not concern the rule of foreign State immunity (para. 25)²⁵⁰.

207. The case of *Goiburú et alii* pertained to the “Operation Condor”, whereby the States of the Southern Cone of South America, during the period of the dictatorships in the 70’s, mounted a network of collaboration of their so-called “intelligence services”, to pursue, at inter-State level, their joint criminal policies of repression. These latter were coordinated State policies of extermination of targeted segments of their respective populations, consisting of “anti-insurrection” trans-frontier operations, which comprised illegal or arbitrary detentions, kidnappings, torture, murders or extra-judicial executions, and forced disappearances of persons. Planned at the highest level of the State, the “Operation Condor” also secured the cover-up of the operations, and, with that, the irresponsibility and the absolute impunity of the official perpetrators²⁵¹.

208. In the *cas d’espèce* before the IACtHR, the respondent State itself recognized,— in a commendable spirit of procedural cooperation,— its own international responsibility for the existence, at the time the grave wrongs took place, of a *criminal State policy*. Those were *crimes of State*, of equivalent gravity to those perpetrated in Asia also in the 70’s, in Europe three decades earlier, and again in Europe, and in Africa, two decades later. Time and time again succeeding generations witnessed, in distinct regions of the world, the perpetration of true *crimes of State* (whether segments of the international legal doctrine like this expression or not).

²⁴⁹ ICJ, *Counter-Memorial of Italy*, pp. 76-77.

²⁵⁰ ICJ, *Compte rendu* CR 2011/17, p. 44, para. 25; Germany also referred to “an approach similar to that of the Inter-American Court on Human Rights”, taken one year later, by the U.N. Committee of Human Rights, in its “general comment” n. 32, on Article 14 of the U.N. Covenant on Civil and Political Rights.

²⁵¹ A.A. Cançado Trindade, *Évolution du droit international au droit des gens — L’accès des individus à la justice internationale: Le regard d’un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 174-175.

209. In its Judgment of 22.09.2006 in the case of *Goiburú et alii*, concerning Paraguay, the IACtHR established the grave violations of human rights that had taken place, and, accordingly, it ordered the corresponding reparations. In an *obiter dictum*, the IACtHR observed that, while the State, through its institutions, mechanisms and powers, should function “in such a way as to ensure protection against criminal action”, in the present case, however, the instrumentalization of the State power was a means to violate the rights that it should guarantee: worse still, such breaches counted on “inter-State collaboration”, with the State constituting itself as “the main factor of the grave crimes committed, giving place to a clear situation of ‘State terrorism’” (paras. 66-67).

210. In my Separate Opinion in the *Goiburú et alii* case, I sought *inter alia* to identify the elements of approximation and complementarity (insufficiently dealt with by international legal doctrine to date) between the international law of human rights and international criminal law, namely: (a) the (active and passive) international legal personality of the individual; (b) the complementarity of the international responsibility of the State and that of the individual; (c) the conceptualization of crimes against humanity; (d) the prevention and guarantee of non-repetition (of the grave violations of human rights); and (e) the reparatory justice in the confluence between the international law of human rights and international criminal law (para. 34)²⁵².

211. Although the “Operation Condor” belongs to the past, scars have not yet healed, and they probably never will. The countries where it was mounted still struggle with their past, each one in its own way. Yet, being a region with a strong tradition of international legal thinking, advances in international justice have occurred therein, as some cases, and other situations of the kind, have been brought to international justice (before the IACtHR), and no State of the region dares nowadays to invoke State immunity in respect of those crimes. May it here be recalled, in historical perspective, that Article 8 of the 1948 Universal Declaration of Human Rights, on the right to an effective remedy before competent national courts to safeguard fundamental rights, has, as its *travaux préparatoires* reveal, a Latin American origin, being a Latin American contribution to the Universal Declaration.

212. In effect, to uphold State immunity in cases of the utmost gravity amounts to a travesty or a miscarriage of justice, from the perspective not only of the victims (and their relatives), but also of the social *milieu* concerned as a whole. The upholding of

²⁵² *Ibid.*, pp. 139 and 167.

State immunity making abstraction of the gravity of the wrongs at issue amounts to a denial of justice to all the victims (including their relatives as indirect — or even direct — victims). Furthermore, it unduly impedes the legal order to react in due proportion to the harm done by the atrocities perpetrated, in pursuance of State policies.

213. The finding of the particularly grave violations of human rights and of international humanitarian law provides, in my understanding, a valuable test for the removal of any bar to jurisdiction, in pursuance of the necessary realization of justice. In sum and conclusion on this point: (a) there is no State immunity in such cases of extreme gravity, cases of *delicta imperii*; and (b) grave breaches of human rights and of international humanitarian law ineluctably entail the duty to provide reparation to the victims.

XXI. The Individual's Right of Access to Justice: The Evolving Case-Law Towards *Jus Cogens*

214. Unlike the IACtHR, the ECtHR has approached a fundamental right, such as that of access to justice — and to a fair trial — (Articles 6(1) and 13 of the European Convention of Human Rights), with attention drawn also to permissible or implicit limitations. Thus, in its *jurisprudence constante* (Judgments in cases *Ashingdane versus United Kingdom*, of 28.05.1985; *Waite and Kennedy versus Germany*, of 18.02.1999; *T.P. and K.M. versus United Kingdom*, of 10.05.2001; *Z and Others versus United Kingdom*, of 10.05.2001; *Cordova versus Italy*, of 30.01.2003; *Ernst versus Belgium*, of 15.07.2003; among others), the ECtHR has laid down the test for permissible limitations, namely, pursuance of a legitimate aim, proportionality, and no impairment of the essence of the right.

215. This flexibility was useful to the ECtHR's (Grand Chamber's) majority in the decisions on cases concerning immunities (cf. section XII, *supra*). But it should not pass unnoticed that the *Ashingdane* case, which marks the beginning of the adoption by the ECtHR of this inadequate approach to a fundamental right such as that of access to justice, was not a case of grave violations of human rights concerning several victims; it was rather a single individualized case, of alleged breaches of Articles 5(1) and (4) and 6(1) of the European Convention, wherein the ECtHR found no violation of this latter. In sum, a fundamental right is, in my view, to be approached as such, and not as from permissible or "implicit" limitations.

216. For its part, on the other side of the Atlantic, the IACtHR has focused, to a far greater extent, on the essence of the fundamental right of access to justice itself, and not on its “limitations”. These latter have not been used, or relied upon, to uphold State immunity, — not until now. The ECtHR has granted the “margin of appreciation” to Contracting States, the IACtHR has not done so (at least not in my times serving it). The result has been the approach, by the IACtHR, of the right of access to justice (Articles 8 and 25 of the American Convention on Human Rights) as a true *fundamental* right, with not much space left for consideration of “limitations”. The major concern has been with its guarantee.

217. The adjudication, by the IACtHR, of cases of *gravity* of violations of human rights, has led to a jurisprudential development stressing the fundamental character of the right of access to justice. This right assumes an imperative character in face of a crime of State: it is a true *droit au Droit*, a right to a legal order which effectively protects the fundamental rights of the human person²⁵³, which secures the intangibility of judicial guarantees (Articles 8 and 25 of the American Convention) in any circumstances. We are here, in sum, in the domain of *jus cogens*²⁵⁴, as the IACtHR itself acknowledged in its Judgments in the cases of *Goiburú et alii versus Paraguay* (of 22.09.2006) and of *La Cantuta versus Peru* (of 29.11.2006)²⁵⁵.

218. The ECtHR could have reached a similar conclusion, had its majority developed its reasoning on the corresponding provisions (Articles 6(1) and 13) of the European Convention with attention focused on the essence of the right of access to justice, rather than on its permissible or implicit “limitations”. Had it done so, — as it should, — the Court’s majority would not have upheld State immunity the way it did (cf. section XII, *supra*). In my perception, Articles 6 and 13 of the European Convention — like Articles 8 and 25 of the American Convention — point to an entirely different direction, and are not at all “limited” with regard to State immunity.

²⁵³IACtHR, case of *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (Judgment of 25.11.2003), Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 9-55.

²⁵⁴IACtHR, case of the *Massacre of Pueblo Bello*, concerning Colombia (Judgment of 31.01.2006), Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 60-62 and 64.

²⁵⁵Paragraphs 131 and 160, respectively. On this jurisprudential construction, cf. A.A. Cançado Trindade, “The Expansion of the Material Content of *Jus Cogens*: The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights”, in *La Convention Européenne des Droits de l’Homme, un instrument vivant — Mélanges en l’honneur de Chr.L. Rozakis* (eds. D. Spielmann et alii), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 27-46; A.A. Cançado Trindade, “*Jus Cogens*: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law”, in *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano — 2008*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2009, pp. 3-29; A.A. Cançado Trindade, “La Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens*”, in *XXXIV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano — 2007*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2008, pp. 1-15.

219. Otherwise States could perpetrate grave violations of human rights (such as massacres or subjection of persons to forced labour) and get away with that, by relying on State immunity, in a scenario of lawlessness. Quite on the contrary, States Parties are bound, by Articles 6 and 13 of the European Convention, to provide effective (domestic) remedies in a fair trial, with all the guarantees of the due process of law, in *any* circumstances. This is proper of the rule of law, referred to in the preamble of the European Convention. There is no room for the privilege of State immunity here²⁵⁶; where there is no right of access to justice, there is no legal system at all. Observance of the right of access to justice is imperative, it is not “limited” by State immunity; we are here in the domain of *jus cogens*.

220. It is immaterial whether the harmful act in grave breach of human rights was a governmental one (*jure imperii*), or a private one with the acquiescence of the State (*jure gestionis*), or whether it was committed entirely in the *forum* State or not (deportation to forced labour is a trans-frontier crime). This traditional language — the conceptual poverty of which is conspicuous — is alien to what we are here concerned with, namely, the imperative of the realization of justice in cases of grave breaches of human rights and of international humanitarian law. State immunity does not stand in the domain of redress for grave violations of the fundamental rights of the human person.

XXII. Out of Lawlessness: The Individual Victim’s Right to the Law (*droit au Droit*)

221. This leads me to the right of access to justice, in its proper dimension: the right of access to justice *lato sensu* comprises not only the formal access to justice (the right to institute legal proceedings), by means of an effective remedy, but also the guarantees of the due process of law (with equality of arms, conforming the *procès équitable*), up to the judgment (as the *prestation juridictionnelle*), with its faithful execution, with the provision of the reparation due. The realization of justice is in itself a form of reparation, granting *satisfaction* to the victim. In this way those victimized by oppression have their right to the Law (*droit au Droit*) duly vindicated.

²⁵⁶Cf., to this effect, J. Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, The Hague, Nijhoff, 1997, pp. 164, 181 and 186-188; W.P. Pahr, “Die Staatenimmunität und Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention”, in *Mélanges offerts à P. Modinos — Problèmes des droits de l’homme et de l’unification européenne*, Paris, Pédone, 1968, pp. 222-232.

222. It is not my intention to dwell much further on this point, — which I have done elsewhere²⁵⁷, — but just refer to it in the course of my reasoning in the present Dissenting Opinion. May I just recall that, in its *jurisprudence constante*, the IACtHR has rightly taken together the interrelated provisions of the right to an effective remedy and the guarantees of due process of law (Articles 25 and 8 of the American Convention on Human Rights), while the ECtHR has begun only more recently — in the course of the last decade, from the case *Kudla versus Poland* (Judgment of 18.10.2000) onwards — to follow the same approach, bringing together Articles 6(1) and 13 of the European Convention of Human Rights. This is reassuring, as the two provisions reinforce each other, to the benefit of the protected persons. The jurisprudential construction of the two international human rights tribunals is today converging, in respect of the right of access to justice *lato sensu*.

223. The individual's right to reparation, as already pointed out, is one of its components. In the case *Hornsby versus Greece* (Judgment of 19.03.1997), the ECtHR, after recalling the right to institute proceedings before a court and the right to procedural guarantees, added that the right of access to justice would be “illusory” if the legal system did not allow a final and operative binding judicial decision; in the view of the ECtHR, a judgment not duly executed would lead to situations incompatible with the rule of law which the States Parties undertook to respect when they ratified the European Convention.

224. The jurisprudential construction bringing the right of access to justice into the domain of *jus cogens* (*supra*) is, in my understanding, of great relevance here, to secure the ongoing evolution of contemporary international law upon humanist foundations. From this perspective, it is most unfortunate that the 2004 U.N. Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property olympically ignored the incidence of *jus cogens*. In its *travaux préparatoires* it had the occasion to take it in due account, but it preferred simply not to do so: its draftsmen dropped the matter in 1999, when the Working Group of the ILC was evasive about it, and the Working Group of the VI Committee of the U.N. General Assembly argued that the matter “was not yet ripe” for codification (as recalled with approval by the Court in the present Judgment, para. 89).

225. This is simply not true, as, by that time, the IACtHR and the *ad hoc* International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) were already

²⁵⁷A.A. Cançado Trindade, *Évolution du droit international au droit des gens — L'accès des individus à la justice internationale* (. . .), *op. cit. supra* n. (243), pp. 113-119.

engaged in their jurisprudential construction on the expanding material content of *jus cogens* (being the two contemporary international tribunals which have most contributed to that development to date)²⁵⁸. There were, moreover, other manifestations of contemporary international law that could have been taken into account, but were not. The 2004 U.N. Convention, which has not yet entered into force, has been heavily criticized²⁵⁹ for not having addressed the problem of the jurisdictional immunities of States in face of *grave violations of human rights and of international humanitarian law*.

226. Its draftsmen were aware of the problem, but the Working Groups of the ILC and of the VI Committee of the General Assembly, finding the matter “not ripe” to be taken into account, took the easier path to conclude the Convention and have it approved, leaving the problem unresolved, continuing to raise uncertainties, — as the present case before this Court concerning the *Jurisdictional Immunities of the State* bears witness of. Worse still, the majority of the ECtHR (Grand Chamber) in the *Al-Adsani* case (cf. *supra*) availed itself of that omission of the draftsmen of the 2004 U.N. Convention to arrive at its much-criticized decision in 2001²⁶⁰, and, over a decade later, the Court’s majority in the present case does the same in the Judgment (paras. 89-90) adopted today. I cannot at all accept that contemporary international law can thereby be “frozen”, and hence the care I have taken to elaborate and to present this Dissenting Opinion.

XXIII. Towards the Primacy of the Never-Vanishing *Recta Ratio*

227. Grave breaches of human rights and of international humanitarian law amount to breaches of *jus cogens*, entailing State responsibility with aggravating circumstances, and the right to reparation to the victims. This is in line with the idea of *rectitude* (in conformity with the *recta ratio* of natural law), underlying the conception of Law (in distinct legal systems — *Recht/Diritto/Droit/Direito/Derecho/Right*) as a

²⁵⁸Cf. n. (247), *supra*.

²⁵⁹E.g., L. Caflisch, “Immunité des États et droits de l’homme: Évolution récente”, in *Internationale Gemeinschaft und Menschenrecht — Festschrift für G. Ress*, Köln/Berlin, C. Heymanns Verlag, 2005, pp. 937-938, 943 and 945; C. Keith Hall, “U.N. Convention on State Immunity: The Need for a Human Rights Protocol”, 55 *International and Comparative Law Quarterly* (2006) pp. 412-413 and 426; L. McGregor, “Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty”, 18 *European Journal of International Law* (2007) pp. 903-904, 914 and 918-919; L. McGregor, “State Immunity and *Jus Cogens*”, 55 *International and Comparative Law Quarterly* (2006) pp. 437-439 and 445.

²⁶⁰The ECtHR (Grand Chamber) referred in detail to that omission of the Working Group of the ILC in 1999, in paragraphs 23-24, 62-63 and 65-67 of its Judgment of 21.11.2001 in the *Al-Adsani* case.

whole. Before I move on to this next point, may I, at this stage of the present Dissenting Opinion, raise just a couple of questions, which I find indeed appropriate to ask: when will human beings learn the lessons of the past, when will they learn from the terrible sufferings of previous generations, of the kind of the ones which lie in the factual origins of the present case? As they have not learned to date (as it seems), perhaps they never will.

228. When will they stop dehumanizing their fellow human beings? As they have not stopped to date, perhaps they never will. When will they reflect in their laws the superior values (*neminem laedere*) needed to live in peace and with justice? As they have not done it yet, perhaps they never will. In all probability, they will keep on living with evil, subjecting themselves thereunder. Yet, even in this grim horizon, endeavours towards the primacy of the *recta ratio* also seem never to vanish, as if suggesting that there is still always hope, in the perennial quest for justice, never reaching an end, like in the myth of Sisyphus.

229. It is thus not surprising to find that the (underlying) problem of evil has been and continues to be one raising major concern, throughout the history of human thinking. As lucidly warned, in the aftermath of the II world war, by R.P. Sertillanges, during centuries philosophers, theologians and writers have drawn their attention to that problem, without however finding a definite or entirely satisfactory answer to it. In his own words,

“L’angoisse du mal s’impose à toutes les âmes, à tous les groupes et à toutes civilisations. (. . .) Le problème du mal met en cause la destinée de chacun, l’avenir du genre humain”²⁶¹.

230. The effects of the planified criminal State policies of the Third *Reich* over the population have been addressed by various contemporaries of those years of darkness. The historical novels of the thirties, of a sensitive person like Klaus Mann, for example, while criticizing the intellectuals who let themselves be co-opted by Nazism (in *Mephisto*, published in 1936), or else describing the drama of those who emigrated into exile to escape persecution (in *Le Volcan*, published in 1939), are permeated by premonitions of the social cataclysm that was soon to take place (like a volcano that

²⁶¹R.P. Sertillanges, *Le problème du mal — l’histoire*, Paris, Aubier, 1948, p. 5.
(augusto) la protección de la persona humana frente a los crímenes internacionales.doc

was already erupting), and was to victimize millions of human beings²⁶², — amongst whom forced labourers from the occupied countries.

231. In fact, throughout the last century, there were States which indeed pursued criminal policies — through those who spoke and acted in their names (as institutions have no moral conscience) — and victimized millions of human beings, incurring in responsibility for grave violations of human rights and of international humanitarian law of various kinds. The facts are fully documented nowadays by historians. What remains to be further developed, by jurists, is the responsibility of States themselves (besides that of their officials) for the crimes perpetrated, which from time to time, along decades, became the object of some rather solitary and penetrating studies²⁶³.

232. The human suffering which ensued from those atrocities (narrated in some historical accounts and testimonies of surviving victims) can hardly be measured, goes beyond imagination, and is simply devastating. Moreover, suffering *projects itself in time*, especially if victims of grave violations of their rights have not found justice. In my own experience of the international adjudication (in the IACtHR) of cases of massacres, there were episodes when, many years after their occurrence, the surviving victims (or their *ayants-droits*) remained in search of judicial recognition of their suffering²⁶⁴. Unlike what one may easily assume, human suffering not always effaces with the passing of time: it may also increase, in face of manifest injustice, — and particularly in cultures that wisely cultivate the links of the living with their dead. Human suffering, in cases of persisting injustice, may project itself in an inter-generational scale.

233. The lucid German thinker Max Scheler (1874-1928), in an essay published posthumously (*Le sens de la souffrance*, 1951), expressed his belief that all sufferings of human beings have a meaning, and, the more profound they are, the harder is to struggle against their causes²⁶⁵. And in one of his thoughtful writings in the years following the II world war (an essay originally published in 1953), the learned German philosopher Karl Jaspers (1883-1969) pondered that reason exists “only by decision”, it

²⁶²Cf. K. Mann, *Mefisto* [*Mephisto*, 1936], Barcelona, Debolsillo, 2006 [reed.], pp. 31-366; K. Mann, *Le Volcan* [1939], Paris, Grasset, 1993, pp. 9-404.

²⁶³Cf., *inter alia*, Vespasien V. Pella, *Criminalité collective des États et le droit pénal de l'avenir*, Bucarest, Imprimerie de l'État, 1925, pp. 1-340; Roberto Ago, “Le délit international”, 68 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1939) pp. 419-545; Pieter N. Drost, *The Crime of State — Book I: Humanicide*, Leiden, Sijthoff, 1959, pp. 1-352; J. Verhaegen, *Le droit international penal de Nuremberg — acquis et regressions*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 3-222.

²⁶⁴Cf. A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional — Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2011, pp. 159-165.

²⁶⁵M. Scheler, *Le sens de la souffrance*, Paris, Aubier, [1951,] pp. 5 and 27.

“arises from freedom”, it is inseparable from existence itself; although we know that we stand all at the mercy of events beyond our control, “[r]eason can stand firm only in the strength of Reason itself”²⁶⁶.

234. Shortly afterwards, in his book *Origine et sens de l’histoire* (1954), K. Jaspers clearly expressed his belief that

“(. . .) C’est sur [le *droit naturel*] que se fonde le droit des gens, sur lui que se constituerait une juridiction, dans l’ordre mondial, pour protéger l’individu contre les abus de l’État en lui permettant de recourir à une justice efficace, exercée au nom de l’humanité souveraine.

(. . .) [O]n peut démontrer que l’État totalitaire, la guerre totale sont contraires au droit naturel, non seulement parce qu’ils prennent pour un but ce qui est moyens et conditions de la vie, mais aussi parce qu’ils proclament la valeur absolue des moyens, détruisant ainsi le sens de l’ensemble, les droits de l’homme.

Le droit naturel se borne à organiser les conditions vitales[,] (. . .) actualiser en ce monde la condition humaine dans son intégralité”²⁶⁷.

235. In an illuminating essay published in Germany promptly after the war, in 1946 (titled *Die Schuldfrage / La question de la culpabilité*), — derived from a course he delivered in the winter of 1945-1946 at the University of Heidelberg, which has been reedited ever since and has survived the onslaught of the passing of time, — Karl Jaspers distinguished between criminal guilt, political guilt, moral guilt and metaphysical guilt, seeking to establish degrees of personal responsibility proportional to one’s participation in the occurrences at issue. In one passage of his long-lasting essay, in addressing the “differentiation of the German guilt”, K. Jaspers, discarding excuses on the basis of State sovereignty, asserted, in respect of the II world war, that

“This time there can be no doubt that Germany planned and prepared this war and started it without provocation from any other side. It is altogether different from 1914. (. . .) Germany, (. . .) violating international

²⁶⁶K. Jaspers, *Reason and Anti-Reason in Our Time* [1953], Hamden/Conn., Archon Books, 1971 [reed.], pp. 50, 59 and 84.

²⁶⁷K. Jaspers, *Origine et sens de l’histoire*, Paris, Libr. Plon, 1954, p. 245.

law, has committed numerous acts resulting in the extermination of populations and in other inhumanities”²⁶⁸.

236. And then he identified the question, — which he phrased, — “How can we speak of crimes in the realm of political sovereignty?”, — with what he identified as “a habit of thought derived from the tradition of political life in Europe”. And he added that

“heads of States (. . .) are men and answer for their deeds. (. . .) The acts of States are also the acts of persons. Men are individually responsible and liable for them. (. . .) In the sense of humanity, of human rights and natural law, (. . .) laws already exist by which crimes may be determined”²⁶⁹.

In fact, throughout all the proceedings before this Court in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, Germany recognized its State responsibility (cf. paras. 24-31) for the historical facts lying in the origins of the *cas d’espèce*.

237. Moreover, in the course of the last decades it provided the corresponding compensation on distinct occasions and circumstances. In addition, on successive occasions, Germany, — homeland of universal thinkers and writers like, e.g., I. Kant (1724-1804) and J.W. Goethe (1749-1832), — expressed public apologies, such as the renowned silent apology of former Chancellor Willy Brandt in Warsaw, Poland, on 07 December 1970, among other and successive acts of contrition. This being so, I wonder why Germany has not yet provided reparation to the surviving IMIs who have not received it to date (cf. *infra*), instead of having brought the present case before this Court.

238. In my view, in the present Judgment the Court could and should have gone beyond expressing its “surprise” and “regret” (para. 99) at the persistence of the unresolved situation concerning the IMIs. In effect, to attempt to make abstraction of

²⁶⁸K. Jaspers, *The Question of German Guilt*, N.Y., Fordham University Press, 2001 [reed.], p. 47. And cf. K. Jaspers, *La culpabilité allemande*, Paris, Éditions de Minuit, 2007 [reed.], pp. 64-65: — “cette fois il n’est pas douteux que l’Allemagne ait préparé méthodiquement la guerre et qu’elle l’ait commencée sans provocation venue de l’autre côté. C’est tout différent de 1914. (. . .) [L’] Allemagne a commis de nombreuses actions (. . .) contraires au droit des gens, qui menaient à l’extermination de populations entières et à d’autres faits inhumains”.

²⁶⁹K. Jaspers, *The Question of German Guilt*, *op. cit. supra* n. (260), pp. 49-50. And cf. K. Jaspers, *La culpabilité allemande*, *op. cit. supra* n. (260), p. 66: — “comment peut-on parler de crime dans le domaine de la souveraineté politique? (. . .) [L]es chefs d’État (. . .) sont des hommes, et ils sont responsables de leurs actes. (. . .) Les actes de l’État sont en même temps des actes personnels, des actes personnels, des actes personnels. Ce sont des individus qui en portent la responsabilité. (. . .) [A]u sens de l’humanité, des droits de l’homme et du droit naturel, (. . .) il existe déjà des lois pouvant servir de normes à la détermination des crimes”.

grave violations of human rights or of international humanitarian law, or to attempt to assimilate them to any kind of “tort”, is like to try to withhold the sunlight with a blindfold. Even in the domain of State immunities properly, there has been acknowledgment of the changes undergone by it, in the sense of restricting or discarding such immunities in the occurrence of those grave breaches, due to the advent of the International Law of Human Rights, with attention focused on the right of access to justice and international accountability²⁷⁰.

239. There is nowadays a growing trend of opinion sustaining the removal of immunity in cases of international crimes, for which reparation is sought by the victims²⁷¹. In effect, to admit the removal of State immunity in the realm of trade relations, or in respect of local personal tort (e.g., in traffic accidents), and at the same time to insist on shielding States with immunity, in cases of international crimes — marked by grave violations of human rights and of international humanitarian law — in pursuance of State (criminal) policies, in my perception amounts to a juridical absurdity.

XXIV. The Individuals’ Right to Reparation as Victims of Grave Violations of Human Rights and of International Humanitarian Law

1. The State’s Duty to Provide Reparation to Individual Victims

240. As early as in 1927-1928, the PCIJ gave express judicial recognition to a precept of customary international law, reflecting a fundamental principle of international law, to the effect that

“the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation therefore is the indispensable complement of a failure to apply a convention” (PCIJ, *Chorzów Factory* case, Jurisdiction, 1927, p. 21).

²⁷⁰Cf. [Various Authors,] *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?* (Colloque de Paris de 2003, ed. J. Verhoeven), Paris/Bruxelles, LGDJ/Larcier, 2004, pp. 6-7, 52-53 and 55.

²⁷¹Cf. *ibid*, p. 121, and cf. pp. 128-129, 138 and 274. And cf. also: M. Frulli, *Immunità e Crimini Internazionali — L’Esercizio della Giurisdizione Penale e Civile nei Confronti degli Organi Statali Sospettati di Gravi Crimini Internazionali*, Torino, G. Giappichelli Edit., 2007, pp. 135, 140 and 307-309; [Various Authors,] *Droit des immunités et exigences du procès équitable* (Colloque de Paris de 2004, ed. I. Pingel), Paris, Pédone, 2004, pp. 20, 31, 150 and 152.

The PCIJ added that such reparation “must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed” (PCIJ, *Chorzów Factory* case, Merits, 1928, pp. 29 and 47-48).

241. In the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, as already indicated, Germany itself recognized its State responsibility for the grave breaches of human rights and of international humanitarian law which rest in the factual origins of the *cas d’espèce* (cf. section III, *supra*). The State’s obligation of reparation ineluctably ensues therefrom, as the “indispensable complement” of those grave breaches. As the *jurisprudence constante* of the old PCIJ further indicated, already in the inter-war period, that obligation is governed by international law in all its aspects (e.g., scope, forms, beneficiaries); compliance with it shall not be subject to modification or suspension by the respondent State, through the invocation of provisions, interpretations or alleged difficulties of its own domestic law (PCIJ, Advisory Opinion on the *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, 1928, pp. 26-27; PCIJ, Advisory Opinion on the *Greco-Bulgarian “Communities”*, 1930, pp. 32 and 35; PCIJ, case of the *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, 1932, p. 167; PCIJ, Advisory Opinion on *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, 1932, p. 24).

242. The individuals’ right to reparation as victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law was much discussed before this Court in the present case. In this regard, Germany contended that, under general international law, individuals are not granted the right of reparation, “and certainly not for war damages”²⁷². In its view, “Article 3 of the IV Hague Convention of 1907, as well as Article 91 of the First Additional Protocol (of 1977) to the Four Geneva Conventions on International Humanitarian Law of 1949, given the very structure of the Conventions, can only deal with State responsibility at inter-State level, and, hence, cannot have any direct effect for individuals”²⁷³. As to, more specifically, whether individual victims are conferred rights which can be invoked before courts of law, Germany argued that “it is hard to see how the unwarranted blend of two different concepts, one of which — the right of access to justice — is subjected to various limitations, and the other of which — the alleged right of action as a consequence of a

²⁷² ICJ, *Compte rendu* CR 2011/17, p. 42.

²⁷³ *Ibid.*, p. 42.

war crime — simply does not exist *de lege lata*, can together create a super-rule of *jus cogens*”²⁷⁴.

243. In turn, Italy contended that the goal of “preserving individual rights from an unjust privilege and granting the individual access to justice and to tort reparation also characterized further developments of the immunity rule and its exceptions”²⁷⁵. It further claimed that “[t]he restriction of immunity in cases of individuals bringing lawsuits to obtain redress for a grave breach of the most fundamental principles of human dignity granted by *jus cogens* rules seems to be a reasonably balanced solution”²⁷⁶. Moreover, it also argued that “[w]hen the victims of violations of fundamental rules of the international legal order, deprived of any other means of redress, resort to national courts, the procedural bars of State immunity cannot bring the effect of depriving such victims of the only available remedy”²⁷⁷.

244. For its part, Greece also held, in this respect, that, “the fundamental argument in the position of the Greek courts is based on the recognition that there is an individual right to reparation in the event of grave violations of humanitarian law”²⁷⁸. Greece claimed that “the obligation on the State to compensate individuals for violations of the rules of humanitarian law seems to derive from Article 3 of the Fourth Hague Convention of 1907, even though it is not expressly stated in that Article and even though individuals needed State mediation through inter-State treaties. (. . .) That is made clear by the fact that individuals are not excluded from the text of Article 3. This line of argument also emerges from the *travaux préparatoires* of the Second Hague [Peace] Conference”²⁷⁹.

245. The individual right to reparation is well-established in International Human Rights Law, which counts on a considerable case-law of international human rights tribunals (such as the European and Inter-American Courts) on the matter²⁸⁰. Beyond that, Public International Law itself has been undergoing a continuous development in

²⁷⁴*Ibid.*, p. 45.

²⁷⁵ICJ, *Counter-Memorial of Italy*, para. 4.22.

²⁷⁶*Ibid.*, para. 4.101.

²⁷⁷*Ibid.*, para. 4.103.

²⁷⁸ICJ, *Compte rendu* CR 2011/19, p. 22 (translation).

²⁷⁹*Ibid.*, pp. 22-23 (translation).

²⁸⁰The case-law on the matter of the IACtHR has been particularly singled out, for the *diversity of forms* of the reparations it has granted to the victims; cf., e.g., [Various Authors.] *Réparer les violations graves et massives des droits de l’homme: La Cour interaméricaine, pionnière et modèle?*, *op. cit. supra* n. (67), pp. 17-334; [Various Authors.] *Le particularisme interaméricain des droits de l’homme* (eds. L. Hennebel and H. Tigroudja), Paris, Pédone, 2009, pp. 7-413 ; [Various Authors.] *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity — Systems in Place and Systems in the Making* (eds. C. Ferstman, M. Goetz and A. Stephens), Leiden, Nijhoff, 2009, pp. 217-282.

relation to reparation for war-related individual claims, traditionally regarded as being subsumed by inter-State peace arrangements. From the nineties onwards, there have been attempts to re-structure such classical approach into the new line of the adjudication of individual claims by “regular courts of law”²⁸¹. After all, the ultimate victims of violations of international humanitarian law are individuals, not States.

246. Individuals subjected to forced labour in the German war industry (1943-1945), or the close relatives of those murdered in Distomo, Greece, or in Civitella, Italy, in 1944, during the II world war, or victimized by other State atrocities, are the *titulaires* (with their *ayants-droits*) of the corresponding right to reparation. Victims are the true bearers of rights, including the right to reparation, as generally recognized nowadays. Illustrations exist nowadays also in the domain of International Humanitarian Law. A study of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on customary international humanitarian law rules²⁸² can be recalled in this connection. Rule 150 reads as follows: — “A State responsible for violations of international humanitarian law is required to make full reparation for the loss or injury caused”²⁸³. As to, specifically, the question of “reparation sought directly by individuals”, Rule 150 refers to “an increasing trend in favour of enabling individual victims of violations of international humanitarian law to seek reparation directly from the responsible State”²⁸⁴.

247. Furthermore, the 2004 *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the U.N. Secretary-General*, after asserting that grave violations of human rights and of international humanitarian law “can entail not only the individual criminal liability of the perpetrator but also the international responsibility of the State (or State-like entity) on whose behalf the perpetrator was acting”, added that such international responsibility requires that that “the State (or the State-like entity) must pay compensation to the victim” (para. 593).

248. After singling out the impact of International Human Rights Law on the domain of State responsibility, the 2004 *Report* stated that there is nowadays “a strong

²⁸¹R. Dolzer, “The Settlement of War-Related Claims: Does International Law Recognize a Victim’s Private Right of Action? Lessons After 1945”, 20 *Berkeley Journal of International Law* (2002), p. 296.

²⁸²ICRC, *Customary International Humanitarian Law* (eds. J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck), vol. I: Rules, Geneva/Cambridge, Cambridge University Press, 2005, esp. pp. 537-550.

²⁸³*Ibid.*, p. 537; according to the appended summary, State practice establishes this Rule as one of “customary international law applicable in both international and non-international armed conflicts”.

²⁸⁴*Ibid.*, p. 541; in this regard, Rule 150 refers to Article 33(2) of the ILC Articles on State Responsibility and the commentary thereof, and asserts that reparations have been granted directly to individual victims through different procedures, ranging from mechanisms set up by inter-State agreements to reparations sought by individuals directly before national courts.

tendency towards providing compensation not only to States but also to individuals based on State responsibility” (p. 151 n. 217). The aforementioned *Report of the Commission on Darfur* then concluded that, under the impact of the International Law of Human Rights,

“the proposition is warranted that at present, whenever a gross breach of human rights is committed which also amounts to an international crime, customary international law not only provides for the criminal liability of the individuals who have committed that breach, but also imposes an obligation on States of which the perpetrators are nationals, or for which they acted as *de jure* or *de facto* organs, to make reparation (including compensation) for the damage made” (para. 598).

249. Reference can also be made to the legal regime of the Ethiopia-Eritrea Claims Commission: according to Article 5(1) of the Agreement of 12.12.2000 between the Governments of the State of Eritrea and of the Federal Democratic Republic of Ethiopia, the Commission was thereby set up in order

“to decide through binding arbitration all claims for loss, damage or injury by one Government against the other, and by nationals (. . .) of one party against the Government of the other party or entities owned or controlled by the other party”.

Furthermore, the 2010 Draft Declaration of International Law Principles on Reparation for Victims of Armed Conflict (Substantive Issues), of the ILA International Committee on Reparation for Victims of Armed Conflict, in addressing the right to reparation (under Article 6), acknowledges the enhanced position of individuals in International Human Rights Law, and sees no reason why individuals were to have a weaker position under the rules of international law applicable in armed conflicts.

250. In the same vein, the 2005 *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*²⁸⁵, sets forth, in Article 15, the duty of States to provide for reparation to victims:

“In accordance with its domestic laws and international legal obligations, a State shall provide reparation to victims for acts or omissions

²⁸⁵ Adopted and proclaimed by U.N. General Assembly resolution 60/147, of 16.12.2005. (agosto) la protección de la persona humana frente a los crímenes internacionales.doc

which can be attributed to the State and constitute gross violations of international human rights law or serious violations of international humanitarian law”.

All these recent developments go beyond the strict and traditional inter-State dimension, in establishing the individuals’ right to reparation as victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law.

251. It would appear odd, if not surreal, if the domain of State immunity were to remain oblivious of such significant developments in recent years. The *titulaires* of the right to reparation for those grave violations are the individual victims who suffered them. As I sustained in my Dissenting Opinion (para. 178) in this Court’s Order of 06.07.2010 (dismissing the Italian counter-claim) in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, States cannot at all waive rights that do not belong to them. One cannot at all turn one’s back to significant developments in areas of international law, such as those of the International Law of Human Rights and International Humanitarian Law, so as to deprive the human person of its right to redress. This would lead to manifest injustice.

252. It appears clearly to me without foundation to claim that the regime of reparations for grave breaches of human rights and of international humanitarian law would exhaust itself at inter-State level, to the detriment of the individuals who suffered the consequences of war crimes and crimes against humanity. After all, those individuals are the *titulaires* of the right to reparation, as a consequence of those grave violations of international law *inflicted upon them*. An interpretation of the regime of reparations as belonging purely to the inter-State level would furthermore equate to a complete misconception of the position of the individual in the international legal order. In my own conception, “the human person has emancipated herself from her own State, with the acknowledgement of her rights, which are prior and superior to this latter”²⁸⁶. Thus, the regime of reparations for grave breaches of human rights and of international humanitarian law cannot possibly exhaust itself at the inter-State level, wherein the individual is left at the end without any reparation at all.

253. It is also to be kept in mind that national courts are not the only avenue for victims to obtain redress for grave violations of human rights and of international humanitarian law. There have been, in fact, other avenues, in the international *fora*, for

²⁸⁶ A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 209; A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens — L’accès des individus à la justice internationale...*, *op. cit. supra* n. (243), pp. 29 and 146.

individuals to seek and obtain reparation. These include Mixed Claims Tribunals and Commissions, and quasi-judicial bodies set up either by the U.N. Security Council, or by peace treaties, or at the initiative of States or corporations, and “dormant claims” arbitrations²⁸⁷. Thus, national courts are one avenue for victims to obtain redress, depending on the circumstances of the case, but they are not the only one. In contemporary international law, national and international courts are in an increasingly closer contact with each other, in distinct domains.

254. For example, in the protection of individual rights, where there is a convergence between public domestic law and international law, they are so, by means of the States’ duty to provide effective local remedies²⁸⁸. In the realm of the law of regional integration, the preliminary ruling procedure (e.g., as under Article 234 of the EC Treaty) affords another example to the same effect. In international criminal law, the principle of complementarity provides yet another illustration. And the examples multiply, disclosing ultimately the *unity of the Law*. In fact, what ultimately matters is the *realization of justice* at national and international levels. After all, international crimes are not acts *jure imperii*, they remain *crimes* irrespective of who committed them; they are grave breaches of human rights and of international humanitarian law which require reparations to the victims; claims of State immunity cannot do away with the State’s duty to provide reparation to the individual victims.

255. In effect, the acknowledgment of the *individual’s* right to reparation (corresponding to that obligation of the State), as a component of the individual’s right of access to justice *lato sensu*, — with judicial recognition nowadays from both the IACtHR and the ECtHR, — becomes even more compelling in respect of *grave violations of human rights and of international humanitarian law*, like the ones which form the factual background of the present case relating to the *Jurisdictional Immunities of the State* before this Court. Immunities can hardly be considered in a legal *vacuum*. From the very start of the present case, in the written phase of the proceedings, up to the conclusion of the oral phase, the *punctum pruriens* of a major difference between the contending parties was precisely the counterposition of State immunities to the State’s duty to provide reparation to those victimized by grave violations of human rights and of international humanitarian law.

²⁸⁷Cf., e.g., E.-C. Gillard, “Reparation for Violations of International Humanitarian Law”, 85 *International Review of the Red Cross* (Sept. 2003) n. 851, pp. 539-545; and cf., generally, [Various Authors,] *Redressing Injustices through Mass Claims Processes — Innovative Responses to Unique Challenges*, Oxford, OUP/PCA, 2006, pp. 3-425.

²⁸⁸A.A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Remedies in International Law and the Role of National Courts”, 17 *Archiv des Völkerrechts* — Tübingen (1977-1978) pp. 333-370.

256. Germany's thesis, clearly expounded in its *Memorial*, is that "Italy is bound to abide by the principle of sovereign immunity which debars private parties from bringing suits against another State before the courts of the forum State" (para. 47). In its view, "Italy cannot rely on any justification for disregarding the immunity which Germany enjoys under that principle" (para. 47). Contrariwise, Italy's thesis, as expounded in its *Counter-Memorial*, is that "the State which has committed grave violations of fundamental rules cannot be regarded as being entitled to invoke immunity for its wrongful acts, even if these acts are to be qualified as *acta jure imperii*. If granted, immunity would amount to an absolute denial of justice for the victims and to impunity for the State" (para. 4.110). In its view,

"The international legal order cannot, on the one hand, establish that there are some fundamental substantive rules, which cannot be derogated from and whose violation cannot be condoned, and on the other hand grant immunity to the author of violations of these fundamental rules in situations in which it is clear that immunity substantially amounts to impunity" (para. 4.111).

257. Consideration of this matter, — the State's duty to provide reparation to individual victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law — cannot possibly be avoided. It is a State's duty under customary international law and pursuant to a fundamental general principle of law. This brings me now to the issue of compliance or otherwise, by the responsible State, with the duty to provide reparation to the victims — referred to by Italy — for those grave violations which took place in the II world war. The following points will be addressed in sequence: first, the categories of victims in the *cas d'espèce*; secondly, the legal framework of the Foundation "Remembrance, Responsibility and Future" (2000); and thirdly, assessment of the submissions of the contending parties.

2. The Categories of Victims in the *Cas d'Espèce*

258. According to Italy, there are three categories of victims of the aforementioned violations²⁸⁹, entitled to receive reparation, namely:

"(i) soldiers who were imprisoned, denied the status of prisoners of war, and sent to forced labour [the so-called 'Italian Military Internees']; (ii) civilians who were detained and transferred to detention camps where they

²⁸⁹ Germany also classifies the victims into the three categories described by Italy; cf. ICJ, *Memorial of Germany*, para. 13. (augusto) la protección de la persona humana frente a los crímenes internacionales.doc

were sent to forced labour; (iii) civilian populations who were massacred as part of a strategy of terror and reprisals against the actions of freedom fighters”²⁹⁰.

259. Italy contends that “none, or very few, of them has obtained [reparation] so far”²⁹¹. Italy further argues, with regard to Mr. Ferrini in particular, that he belongs to the category of (ii) civilians who were detained and transferred to detention camps to be used as forced labour²⁹². While Mr. Ferrini had already initiated proceedings before the *Tribunale di Arezzo* in 1998, he also sought to obtain reparation from German authorities. Italy claims that Mr. Ferrini decided not to submit a request for compensation under the Law of 02.08.2000 (establishing the Foundation “Remembrance, Responsibility and Future”) “since he had not been detained in ‘another place of confinement’ within the meaning of section 11 § 1 no. 1 of the Foundation Act and was furthermore not in a position to demonstrate that he met the requirements as set up by the guidelines of the Foundation”²⁹³.

260. Italy adds that “[i]n 2001 Mr. Ferrini, together with other complainants, also lodged a constitutional complaint against sections 10 § 1, 11 § 3 and 16 §§ 1 and 2 of the Foundation Law with the Federal Constitutional Court” and that “[t]his complaint was later rejected by the Federal Constitutional Court”²⁹⁴. Keeping this background information in mind, attention may now be turned to the legal framework of the Foundation “Remembrance, Responsibility and Future”, established in 2000.

3. The Legal Framework of the Foundation “Remembrance, Responsibility and Future” (2000)

261. In the years 1999-2000, Germany conducted diplomatic negotiations with a number of States — which formerly were belligerent parties in the II world war — concerning reparation for individuals who had, during the war, been subjected to forced labour in German companies and in the public sector²⁹⁵. According to Italy, those negotiations were triggered by lawsuits brought by former forced labourers against

²⁹⁰ ICJ, *Counter-Memorial of Italy*, para. 2.8.

²⁹¹ *Ibid.*, para. 2.8.

²⁹² In Italy’s words: “War crimes were widely committed against the civilian population, and thousands of civilians of military age, among them Mr. Ferrini, Mr. Mantelli, and Mr. Maietta (whose cases are referred to by the Applicant in its Memorial), were also transferred to detention camps in Germany, or in territories controlled by Germany, where they were employed as forced labour as another form of retaliation against the Italian civilian population”; *ibid.*, para. 2.7.

²⁹³ *Ibid.*, para. 2.43 (n. 43). Cf. summary of facts reported in *Associazione Nazionale Reduci dalla Prigionia dall’Internamento e dalla Guerra di Liberazione (A.N.R.P.) and 275 Others versus Germany*, p. 5 (Annex 10 to Italy’s *Counter-Memorial*).

²⁹⁴ ICJ, *Counter-Memorial of Italy*, para. 2.43 (n. 43).

²⁹⁵ *Ibid.*, para. 2.27. And cf., generally, J. Authers, *in op. cit. supra* n. (230), pp. 420-449.

German companies in U.S. courts, and, against that background, Germany and the United States concluded an agreement that envisaged the establishment of a mechanism for addressing reparation claims of former forced labourers²⁹⁶.

262. Upon the conclusion of such agreement, on 02.08.2000 a German Federal Law was adopted, setting up the Foundation “Remembrance, Responsibility and Future”²⁹⁷. The purpose of the Foundation was to make funds available to persons who had been victims of forced labour “and other injustices from the National Socialist period” (Article 2(1) of the Foundation Law). The Foundation did not provide reparation directly to individuals defined by the Foundation Law, but rather to so-called “partner organizations”, which received specified global amounts (Article 9 of the Foundation Law)²⁹⁸.

263. The categories of persons entitled to receive reparation, according to section 11 of the Foundation Law, were thus defined: *a*) individuals “detained in a concentration camp, or in another prison or camp, or in a ghetto under comparable conditions, and subjected to forced labour” (para. 11(1)); *b*) individuals “deported from their home country to Germany in the borders of 1937, or a territory occupied by Germany, and subjected to forced labour in a private company or in the public sector, and (. . .) detained (. . .) or subjected to particularly bad conditions of life” (para. 1(2)); and *c*) it was expressly stated — importantly for the proceedings of the present case — that the status of a prisoner of war does not give entitlement to payments or benefits under the Law (section 11(3))²⁹⁹.

264. Thus, although the Foundation Law was intended specifically to cover categories of victims who were left out of other German reparation arrangements, section 11(3) of the Foundation Law expressly excluded prisoners of war, stating that “[e]ligibility cannot be based on prisoner-of-war status”. As to the scope of this provision, it has been pointed out that, in the official commentary of the Foundation Law,

“the Federal Government explained the exclusory clause as follows:
‘Prisoners of war subjected to forced labour are in principle not entitled to payments because the rules of international law allowed a detaining power to

²⁹⁶ ICJ, *Counter-Memorial of Italy*, para. 2.27.

²⁹⁷ Hereinafter referred to as “the Foundation”.

²⁹⁸ Cf. B. Fassbender, “Compensation for Forced Labour in World War II: The German Compensation Law of 2 August 2000”, 3 *Journal of International Criminal Justice* (2005), pp. 244-245; cf. also, ICJ, *Counter-Memorial of Italy*, paras. 2.27-2.28.

²⁹⁹ Cf. B. Fassbender, “Compensation for Forced Labour in World War II . . .”, *op. cit. supra* n. (290), p. 246.

enlist prisoners of war as workers. However, persons released as prisoners of war who were made ‘civilian workers’ (*Zivilarbeiter*) can be entitled under the [Foundation Law] if the other requirements are met’. However, in ‘guidelines’ adopted in August 2001 in agreement with the Federal Ministry of Finance, the Board of the Foundation further limited the exclusionary effect of the clause by determining that ‘prisoners of war who have been taken to a concentration camp’ are not excluded from benefits under the Statute ‘because in this case special discrimination and mistreatment on account of the National Socialist ideology is relevant, and imprisonment in a concentration camp cannot be regarded as a general wartime fate (. . .)’³⁰⁰.

265. Against this background, an expert opinion (by C. Tomuschat) concerning the issue of the entitlement of “Italian military internees” to reparation under the Foundation Law³⁰¹ cannot pass unnoticed here. Such expert opinion advised the German Government that, although Germany treated persons that were to be given the status of prisoners of war (POWs) as forced labourers, their status was actually that of prisoners of war. In the words of the expert opinion, the “Italian military internees” “possessed, up until their final liberation after the end of the II world war, POW status in accordance with the rules of international law, although the German *Reich* massively infringed this status. Accordingly, the exclusion clause [section 11(3) of the Foundation Law] can in principle be applied to them”³⁰².

266. Thus, the expert opinion prioritized the military internees’ *de jure* status — a status (with all the rights attached to it) which was in fact denied to them — over their *de facto* treatment. On the basis of the advice provided by the aforementioned expert opinion, many victims fell under the exception of section 11(3) of the Foundation Law (*supra*) and were thus excluded from that reparation scheme. Against this background, Italy submits that, since the year 2000, “thousands of [Italian Military Internees] and Italian civilians subjected to forced labour had lodged requests for compensation” on the basis of the Foundation Law and those requests “were almost all rejected”. It adds that

“[i]n 2003, German administrative courts had dismissed the lawsuits filed by a certain number of [Italian military internees]. With the sole exception of

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 246.

³⁰¹ ICJ, *Counter-Memorial of Italy*, Annex 8.

³⁰² *Ibid.*, p. 31. The expert opinion concluded, however, that a different assessment should be given concerning “Italian military internees”, who, in addition to the violation of their prisoner of war status, suffered measures of racist persecution; *ibid.*, p. 44.

the *Ferrini* case, all the claims submitted before Italian courts were filed starting from 2004. At that time it was already evident that Italian forced labourers had no possibility of obtaining redress from German authorities³⁰³.

267. In my understanding, it is regrettable that the “Italian Military Internees” were actually precluded from obtaining reparation on the basis of a status which they were *de facto* denied. This was precisely one of the many violations committed by Nazi Germany against those persons: the denial of their right, under international law, to be treated as prisoners of war. Relying on this violation to commit yet another violation, — the denial of reparation, — amounts to, as Italy puts it, “a Kafkaesque black hole of law”³⁰⁴, and amounts to a double injustice³⁰⁵.

4. Assessment of the Submissions of the Contending Parties

268. May I now turn to the arguments of the contending parties concerning the issue of the reparations due to the victims referred to by Italy, put forward by them in the written and oral phases of the proceedings before the Court in the present case. The materials and submissions of Germany do not generally address which specific victims have in fact received reparation. While Germany does not provide a full account of the reparations it paid after 1945 by stating that “[t]his is not the place to provide a complete balance sheet of all the reparations which the Allied Powers received from Germany after 1945”, it nevertheless argues that, under the two 1961 Agreements between Germany and Italy, “considerable payments were made to Italy”³⁰⁶; it adds that it made payments to Italy “on grounds of equity”, despite the waiver clause of the Peace Treaty³⁰⁷.

³⁰³ ICJ, *Counter-Memorial of Italy*, para. 2.43. The assertion that Italian military internees have not received reparation for their forced labour is also found in expert writing; cf. R. Buxbaum, “German Reparations After the Second World War”, 6 *African-American Law and Policy Report* (2004) p. 39.

³⁰⁴ ICJ, *Compte rendu* CR 2011/18, p. 33, para. 28.

³⁰⁵ It has been pointed out, in this connection, that “[t]he Italians were not prisoners of war who happened also to be subjected to forced labour. Instead, the exploitation of their labour force was the principal reason for their continued detention in Germany”; B. Fassbender, “Compensation for Forced Labour in World War II . . .”, *op. cit. supra* n. (290), p. 251. Furthermore, “the living conditions of the Italians were worse than those of the Western Allied soldiers captured by Germany. In particular, Italian detainees suffered from poor nourishment. In a third period, between August 1944 and the end of the war, the detained Italian soldiers were given the status of “civilian workers” (*Zivilarbeitert*)” in order to “exploit their manpower in a more efficient way”; *ibid.*, p. 244 (n. 2).

³⁰⁶ ICJ, *Reply of Germany*, paras. 30-33.

³⁰⁷ *Ibid.*, para. 33.

269. The more telling submission of Germany is when it clearly admits that the “Italian Military Internees” have not received reparation on the basis of an interpretation given of the Foundation Law:

“It is only after the adoption of the 2000 German law on the ‘Remembrance, Responsibility and Future’ Foundation that Italy made representations to Germany on account of the *exclusion of the Italian military internees (‘IMIs’) from the scope ratione personae of that law. As prisoners of war, this group of persons was not taken into account for the purposes of that belated reparation scheme*”³⁰⁸.

270. For its part, in its written submissions, Italy notes that “[a] very large number of victims remained uncovered” by the two 1961 Agreements between Germany and Italy and “has never received appropriate reparation”³⁰⁹. While Italy recognizes that Germany has adopted and implemented, over the past decades, a number of measures in order to address the reparation claims from victims of war atrocities, and notes that two important pieces of legislation (the Federal Compensation Law of 1953 and the Foundation Law of 02.08.2000) were adopted, it adds that, nevertheless, neither provided an effective legal avenue for Italian victims to obtain reparation³¹⁰. In this regard, Italy argues that under the 1953 Federal compensation law, foreign nationals were generally excluded from compensation, and that, with regard to the Foundation Law:

“while more than 130,000 Italian forced labourers lodged requests for compensation under the Law of 2 August 2000, the great majority of such requests (more than 127,000) was rejected because of the unduly strict requirements for compensation set under that Law”³¹¹.

271. Italy also claims that “the measures adopted so far by Germany (both under the relevant agreements as well as in unilateral acts) have proved insufficient, in particular because such measures did not cover several categories of victims such as the Italian military internees and the victims of massacres perpetrated by German forces during the last months of Second World War”³¹². For its part, Germany does not make reference to specific victims, and, instead, only argues generally that “reparations were

³⁰⁸ ICJ, *Reply of Germany*, para. 13 (emphasis added); cf. also *supra*, p. 6.

³⁰⁹ ICJ, *Counter-Memorial of Italy*, para. 2.18.

³¹⁰ *Ibid.*, paras. 2.20-2.21.

³¹¹ *Ibid.*, para. 2.21.

³¹² *Ibid.*, para. 7.9.

made” through “a comprehensive scheme for all countries concerned and covering all war damages”³¹³.

272. Germany also recalls the lump-sum payments made to Italy and Greece, and claims that “[r]oughly 3,400 Italian civilians were compensated for their forced labour by the Foundation “Remembrance, Responsibility, Future”, and that “roughly 1,000 Italian military internees were awarded compensation for forced labour under the Foundation scheme”³¹⁴. As to this latter group of victims, Germany argues that it “decided to make *ex gratia* payments to former forced labourers in the year 2000”, but then admits that “prisoners of war were not included in this specific scheme”; only “those military internees who had also been subjected to racial and/or ideological persecution were entitled to payments”³¹⁵.

273. It ensues, from the aforementioned submissions, that not all “Italian Military Internees” were provided reparations, but only those who had also been victims of “racial and/or ideological persecution”³¹⁶. Italy retorts to this argument by Germany by arguing that the issue underlying the present dispute does not concern those latter victims, but rather hinges upon the “obligation to make reparation for war crimes committed against several thousands of Italian victims that *have not received any reparation, as indirectly admitted by Germany*”³¹⁷. Italy thus concludes that “there is plain and unrestricted recognition of the fact that the rest of the victims — in other words, those who were not victims of persecution, and these represent the vast majority — remained totally unsatisfied”³¹⁸.

274. As already pointed out, at the end of the oral hearings before the Court of 16.09.2011, one of the questions I put to the contending parties aimed at clarifying this particular factual issue: I then asked whether “the specific Italian victims to whom the Respondent refers effectively received reparation”, and, if they have not received reparation, whether “they are entitled to it and how can they effectively receive it, if not through national proceedings”³¹⁹. The responses of the contending parties to this question served to clarify their respective positions on the matter at issue.

³¹³ ICJ, *Compte rendu* CR 2011/20, pp. 11-12.

³¹⁴ *Ibid.*, pp. 12-13.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 13, para. 10.

³¹⁶ To whom Italy has already recognized that reparations were made, cf. ICJ, *Compte rendu* CR 2011/21, p. 25, para. 33.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 25, para. 33.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 26, para. 35.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 54.

275. Germany, for its part, seemed to evade the question by referring to the Court's Order of 06.07.2010 (counter-claim) and by arguing that "the question of whether reparations related to World War II are still due or not is not the subject matter of the proceedings before the Court"³²⁰. It also affirmed that the reparation scheme for the II world war was a classic inter-State and comprehensive³²¹ regime, and further argued that those victims who consider to have a claim against Germany can institute proceedings in German courts³²². Germany thus shed no light into the factual question of whether or not those specific victims have received reparations; it appeared to evade this question by relying, somewhat equivocally, on the Court's Order of 06.07.2010 (counter-claim).

276. Italy, for its part, provided a clear answer to this specific question, in affirming unambiguously that "[n]one of the categories of victims referred to in the cases underlying the present dispute has received reparation"³²³. It added that some categories of victims were never able to claim compensation because no mechanism was put in place while others have been trying to obtain compensation for a decade without any success. Italy further argues that there is strong reluctance on Germany's part to conclude an agreement aimed at making reparation to these categories of victims. It also claimed that the question of reparation for the Italian military internees was addressed by the Italian Ambassador in Berlin during discussions on the possibility of compensation by the Foundation³²⁴.

277. Italy also submitted that, at the moment, there is no other alternative than national proceedings for these categories of victims to receive reparation. Italy argued that had domestic judges not removed immunity, no other avenue would have remained open for war crime victims to obtain reparation³²⁵. In its comments on Germany's written reply to my question, Italy further claimed that Germany's arguments make it

³²⁰ ICJ, *Written Response of Germany to the Questions Put by (...) Judge Cançado Trindade (...) at the End of the Public Sitting Held on 16 September 2011*, p. 3.

³²¹ Italy takes issue with Germany's statement that the reparation regime set up for the II world war was "comprehensive". Italy argues that Germany itself, both in its written and oral submissions, admitted that reparations made in relation to Italian victims of war crimes were only "partial". Italy further contends that the 1961 Agreement only provided for reparations for victims of persecution. Thus, Italy submits that the characterization of the reparation scheme as "comprehensive" cannot be accurate, in particular concerning Italian victims of war crimes. ICJ, *Comments of Italy on Germany's Written Reply to the Questions Put by (...) Judge Cançado Trindade and on Greece's Written Reply to the Question put by Judge Cançado Trindade at the Public Sitting Held on 16 September 2011*, pp. 1-2.

³²² ICJ, *Written Response of Germany to the Questions Put by (...) Judge Cançado Trindade (...) at the End of the Public Sitting Held on 16 September 2011*, p. 3.

³²³ ICJ, *Written Response of Italy to the Questions Put by (...) Cançado Trindade (...) at the End of the Public Sitting Held on 16 September 2011*, p. 9.

³²⁴ *Ibid.*, pp. 9-10.

³²⁵ *Ibid.*, pp. 9-10.

clear that no reparation has been made to numerous Italian victims of war crimes, as its refusal to make reparation was grounded on the argument that it had been relieved of the obligation to make reparation on the basis of the waiver clause of Article 77 of the 1947 Peace Treaty³²⁶. Germany did not contest Italy's clear assertion that "[n]one of the categories of victims referred to in the cases underlying the present dispute has received reparation"³²⁷; in its comments to Italy's response to my question, Germany had an opportunity to rebut this statement and set the record straight. Yet, it remained silent to this strong statement³²⁸, and this should not pass unnoticed.

278. As already indicated, the question of whether reparations have or have not been paid has to be assessed in light of the records before the Court; both Parties have been given ample opportunity to clarify this issue in their written and oral proceedings. They have further been requested by me to provide a clear answer to a simple factual question. Italy did so; Germany evaded this question, arguing that the issue of reparations is excluded from the present dispute by virtue of the Court's Order of 06.07.2010 (counter-claim). This is far from convincing; had it provided a clear answer to my question, it would have assisted the Court to clarify further this factual question. On the basis of the foregoing, it appears, from the materials submitted by the contending Parties, together with their submissions, that the specific victims referred to in Italy's recent case-law have not in fact received reparation.

279. In conclusion on the matter at issue, the records before the Court show that Italy has repeatedly claimed in the present proceedings that none of the victims referred to in Italy's recent case-law received reparation. This is its basic argument, on which its case rests. Germany had ample opportunity, in its written and oral submissions, as well as in its responses and further comments to the questions I put to both contending parties (*supra*), to rebut this argument. It did not provide evidence of reparation made to these specific victims, and, instead, limited its arguments to general references of payments, while admitting that "Italian Military Internees" were left outside the scope of the scheme of the Foundation "Remembrance, Responsibility, Future".

280. In sum, and as already indicated, on the basis of an expert opinion (by C. Tomuschat), Germany did not make reparation to Italian prisoners of war used as

³²⁶ICJ, *Comments of Italy on Germany's Written Reply to the Question Put by (. . .) Judge Cançado Trindade and on Greece's Written Reply to the Question Put by Judge Cançado Trindade at the Public Sitting Held on 16 September 2011*, p. 2.

³²⁷ICJ, *Written Response of Italy to the Questions Put by (. . .) Judge Cançado Trindade (. . .) at the End of the Public Sitting Held on 16 September 2011*, p. 9.

³²⁸ICJ, *Comments of Germany on Italy's Written Reply to the question put by (. . .) Judge Cançado Trindade and on Greece's Written Reply to the Question Put by Judge Cançado Trindade at the Public Sitting Held on 16 September 2011*, p. 1-2.

forced labourers (“Italian Military Internees”) through the Foundation. It resorted to an appraisal which led to a treatment of those victims that incurs, in my understanding, into a double injustice to them: first, when they could have benefited from the rights attached to the status of prisoners of war, such status was denied to them; and secondly, now that they seek reparation for violations of international humanitarian law of which they were victims (including the violation of denying them the status of prisoners of war), they are seen to be treated as prisoners of war.

281. It is regrettably too late to consider them prisoners of war (and, worse still, to deny them reparation): they should be so considered during the II world war and in its immediate aftermath (for the purpose of protection), but they were not. These are the uncontested and the distressing facts. On the basis of the foregoing, it can thus at last be concluded, on the basis of the records before the Court, that many victims of Nazi Germany’s grave violations of human rights and of international humanitarian law have in fact been left without reparation.

XXV. The Imperative of Providing Reparation to Individual Victims of Grave Violations of Human Rights and of International Humanitarian Law

1. The Realization of Justice as a Form of Reparation

282. In my understanding, it is imperative that reparation is provided to the individual victims of the grave violations of human rights and of international humanitarian law at issue in the *cas d’espèce*. The individual victim’s right to reparation is ineluctably linked to the grave violations of human rights and of international humanitarian law that they suffered. In the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, the contending claims of war reparations and State immunities could not at all have been dissociated, and certainly not at all in the way they were by the Court’s Order of 06.07.2010, summarily dismissing the Italian counter-claim. That decision was taken by the Court (with my firm dissent), without a public hearing, and on the basis of two succinct paragraphs (28 and 29) containing, each of them, a *petitio principii*, simply begging the question³²⁹.

³²⁹Cf. ICJ, Advisory Opinion (of 01.02.2012) on *Judgment n° 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development*, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, para. 111.

283. Notwithstanding, as I have pointed out in the present Dissenting Opinion (paras. 18-23, *supra*), the contending Parties, Germany and Italy, kept on referring to the factual and historical background of the *cas d'espèce*, in advancing their opposite views on State immunities. This was not surprising, as claims of State immunities and war reparations, in the circumstances of the present case, go inevitably together, as the two faces of the same coin. This is one of the many lessons to be extracted from the present case. Its factual background confirms that, whenever a State sought to stand above the Law, abuses were committed against human beings³³⁰, including grave violations of human rights and of international humanitarian law.

284. The *rule of law* (*État de Droit*) implies restrictions imposed upon the power of the State by the Law, as no State stands above this latter; the rule of law seeks to preserve and guarantee certain fundamental values, in the line of natural law thinking. Whenever those values are forgotten, in the mounting of a State apparatus of oppression leading to systematic and grave violations of human rights and of international humanitarian law, Law reacts. And the *realization of justice*, which takes place also to put an end to impunity, in my view constitutes by itself a relevant form of reparation (satisfaction) to the victims.

2. Reparation as the Reaction of Law to Grave Violations

285. It indeed resembles a reaction of the Law to the extreme violence victimizing human beings. We enter here into the domain of *jus cogens* (cf. *infra*); Law reacts to assert its primacy over brute force, to seek to regulate human relations according to the precepts of the *recta ratio* (of natural law), and to mitigate human suffering. Hence the imperative of having justice done, and of providing reparation to the victims. In his work *L'Ordinamento Giuridico* (originally published in 1918), the Italian jusphilosopher Santi Romano sustained that sanction is not circumscribed to specific legal norms, but is rather immanent to the juridical order as a whole, operating as an “effective guarantee” of all the subjective rights set forth therein³³¹. In face of the acts of extreme violence victimizing human beings, violating fundamental rights inherent to them, the legal order (national and international) reacts, so as to secure the primacy of justice and to render viable the reparation (satisfaction) to the victims.

286. I had the occasion, one decade ago, to dwell upon this particular point, in the adjudication of a case in another international jurisdiction (the IACtHR). I then pointed

³³⁰E. Cassirer, *El Mito del Estado*, *op. cit. supra* n. (191), pp. 311-319; A. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 2nd ed., Buenos Aires, Eudeba, 1997, pp. 314-315.

³³¹Santi Romano, *L'ordre juridique* (transl., 2nd ed.), Paris, Dalloz, 2002 (reed.), p. 16.

out that the Law, emanating ultimately from human conscience and moved on by this latter, comes to provide the *reparatio* (from the Latin term *reparare*, “to dispose again”); and Law intervenes, moreover, to guarantee the non-repetition of the harmful acts³³². The *reparatio* does not put an end to the human rights violations already perpetrated³³³, but it at least avoids the aggravation of the harm already done (by the indifference of the social *milieu*, by impunity or by oblivion).

287. Under this outlook, the *reparatio* is endowed, in my understanding, with a double meaning, as I stated on that occasion, namely:

“it provides satisfaction (as a form of reparation) to the victims, or their relatives, whose rights have been violated, at the same time that it reestablishes the legal order broken by such violations,— a legal order erected on the full respect for the rights inherent to the human person. The legal order, thus reestablished, requires the guarantee of non-repetition of the harmful acts (. . .).

The *reparatio* disposes again, reorganizes the life of the victimized survivors, but it does not manage to eliminate the pain which is already ineluctably incorporated to their day-to-day existence. The loss is, from this angle, rigorously irreparable. Yet, the *reparatio* is an inescapable duty of those who have the responsibility to impart justice. In a stage of greater development of human conscience, and thus of Law itself, it is beyond doubt that the realization of justice overcomes every and any obstacle, including those ensuing from the abusive exercise of rules or institutes of positive law, thus rendering *imprescriptible* the grave breaches of human rights (. . .). The *reparatio* is a reaction, at the level of the law, to human cruelty, manifested in the most diverse forms: the violence in the treatment of fellow human beings *semejantes*, the impunity of those responsible on the part of the public power, the indifference and oblivion of the social *milieu*.

This reaction of the broken legal order (the *substratum* of which is precisely the observance of human rights) is moved, ultimately, by the spirit of human solidarity (. . .). The reparation, thus understood, encompassing, in

³³² IACtHR, case *Bulacio versus Argentina* (Judgment of 18.09.2003), Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, para. 35.

³³³ Human capacity of both promoting the common good and to commit evil has not ceased to attract the attention of human thinking throughout the centuries; cf., e.g., F. Alberoni, *Las Razones del Bien y del Mal*, México, Gedisa Edit., 1988, pp. 9-196; A.-D. Sertillanges, *Le problème du mal*, *op. cit. supra* n. (253), pp. 5-412.

the framework of the realization of justice, the satisfaction to the victims (or their relatives) and the guarantee of non-repetition of the harmful acts, (. . .) is endowed with undeniable importance. The rejection of the indifference and oblivion, and the guarantee of non-repetition of the violations, are manifestations of the links of solidarity between those victimized and those who can be so, in the violent world, devoid of values, wherein we live. This is, ultimately, an eloquent expression of the links of solidarity that unite the living to their dead³³⁴. (. . .)”³³⁵.

XXVI. The Primacy of *Jus Cogens*: A Rebuttal of Its Deconstruction

288. This leads me to my last line of considerations. In the present Dissenting Opinion, I have already expressed my firm opposition to the posture of stagnation in respect of *jus cogens* whenever claims of State immunity are at stake (paras. 224-227, *supra*). In fact, in this and other respects (methodology, approach adopted and pursued, reasoning, conclusions), there seems to be an abyss separating my own position from that of the Court’s majority in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*. In laying the foundations of my own personal position on the issues dealt with in the present Judgment, may I now concentrate my Dissenting Opinion, at last, on one point which is particularly dear to me: the consolidation and primacy of *jus cogens* in international law. In effect, without the primacy of *jus cogens*, international law would have a grim future. I could not accept that, as all hope for a better future would then vanish.

289. I am a surviving Judge from the painful international adjudication of a cycle of cases of massacres that recently reached a contemporary international tribunal, the IACtHR, during which I was in contact with the most somber side of human nature. Now that those cases have been decided, and belong to the history of contemporary international law (and in particular the International Law of Human Rights), I have organized my memories of that experience³³⁶, so that present and future generations of

³³⁴On these links of solidarity, cf. my Separate Opinions in the case *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (Judgments of the IACtHR on the merits, of 25.11.2000, and on reparations, of 22.02.2002).

³³⁵IACtHR, case *Bulacio versus Argentina* (Judgment of 18.09.2003), Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 36 and 38-40.

³³⁶A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional — Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit. *supra* n. (256), pp. 1-340; and cf. also A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice* (Inaugural Address, 10.11.2011), Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71; A.A. Cançado Trindade, “Die Entwicklung des interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte”, 70 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2010), pp. 629-699, esp. (agosto) la protección de la persona humana frente a los crímenes internacionales.doc

scholars of the law of nations (*droit des gens*) may perhaps benefit from the lessons I have extracted therefrom. It is not my intention to recollect those lessons in the present Dissenting Opinion, but only and briefly to refer to them and to point out that, in my view, one cannot approach cases of the kind involving grave breaches of human rights and of international humanitarian law — without close attention to *fundamental human values*. Unlike what legal positivism assumes, law and ethics go ineluctably together, and this should be kept in mind for the faithful realization of justice, at national and international levels.

290. The invocation of “elementary considerations of humanity”³³⁷ cannot be rhetorical, failing to guard coherence in not anticipating nor addressing the consequences of the application of those considerations in practice. Moreover, one should not pursue a very restrictive view of *opinio juris*³³⁸, reducing it to the subjective component of custom and distancing it from the general principles of law, up to a point of not taking account of it at all³³⁹. In the present case, the “acts committed on the territory of the forum State by the armed forces of a foreign State”³⁴⁰ (as the Court depicts them), are “acts” the illegality of which has been recognized by the responsible State itself, Germany, “at all stages of the proceedings”³⁴¹ of the present case. They are not *acta jure imperii*³⁴², as the Court repeatedly characterizes them; they are unlawful acts, *delicta imperii*, atrocities, international crimes of the utmost gravity, engaging the responsibility of the State and of the individuals that perpetrated them. The traditional distinction between acts *jure imperii* and *jure gestionis*, as I have already indicated, is immaterial here, in a case of the gravity of the present one.

291. The principle of the sovereign equality of States is indeed a fundamental principle applicable at the level of *inter-State* relations³⁴³: had it been duly observed, those atrocities or international crimes would not have occurred in the way and at the time they did (in 1943-1945). In any case, that principle is not the *punctum pruriens* here, as we are concerned in the *cas d’espèce* with atrocities or international crimes committed at *intra-State* level. The central principles at issue here are, in my perception, the principle of humanity and the principle of human dignity. State

pp. 695-699.

³³⁷Cf. para 52 of the present Judgment.

³³⁸Cf. para. 55 of the present Judgment.

³³⁹Cf. paragraph 78 of the present Judgment.

³⁴⁰Cf. paragraph 65 of the present Judgment.

³⁴¹Cf. paragraph 60 of the present Judgment.

³⁴²Cf. paragraph 60 of the present Judgment, and cf. also paragraphs 61-65, 72 and 77.

³⁴³Cf. paragraph 57 of the present Judgment.

immunity cannot, in my view, be unduly placed³⁴⁴ above State responsibility for international crimes and its ineluctable complement, the responsible State's duty of reparation to the victims.

292. As already indicated, the *jurisprudence constante* of The Hague Court (PCIJ and ICJ) upholds the understanding that, as a matter of principle, a violation of international law and the corresponding duty of providing reparation form an *indissoluble whole*, so as to make the consequences thereof cease. State immunities cannot be made to operate, like in the present Judgment, like a thunder coming out of a dark storm (the social cataclysm of the II world war) and falling upon that indissoluble whole dismantling it altogether. As I have further also indicated, State immunity is not a right but rather a prerogative or privilege; it cannot be upheld in a way that leads to manifest injustice.

293. In order to try to justify the upholding of State immunity even in the circumstances of the *cas d'espèce*, the Court's majority pursues an empirical factual exercise of identifying the incongruous case-law of national courts and the inconsistent practice of national legislations on the subject-matter at issue. This exercise is characteristic of the methodology of legal positivism, over-attentive to facts and oblivious of values. Be that as it may, even in its own outlook, the examination of national courts decisions, in my view, is not at all conclusive for upholding State immunity in cases of international crimes.

294. As to national legislations, pieces of sparse legislation in a handful of States³⁴⁵, in my view, cannot withhold the lifting of State immunity in cases of grave violations of human rights and of international humanitarian law. Such are positivist exercises leading to the fossilization of international law, and disclosing its persistent underdevelopment, rather than its progressive development, as one would expect. Such undue methodology is coupled with inadequate and unpersuasive conceptualizations, of the kind of the ones so widespread in the legal profession, such as, *inter alia*, the counterpositions of "primary" to "secondary" rules, or of "procedural" to "substantive" rules³⁴⁶, or of obligations of "conduct" to those of "result". Words, words, words . . . Where are the values?

295. At times, resort to conceptualizations of the kind may lead to manifest injustice, as in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*.

³⁴⁴Cf. paragraphs 90 and 106 of the present Judgment.

³⁴⁵Cf. paragraph 88 of the present Judgment.

³⁴⁶Cf. paragraphs 58 and 100 of the present Judgment.

Once again the Court resorts to the counterposition between procedural law (where it situates immunity, as it did in its earlier Judgment of 2002 in the *Arrest Warrant* case, opposing the D.R. Congo to Belgium) and substantive law³⁴⁷. To me, the separation between procedural and substantive law is not ontologically nor deontologically viable: *la forme conforme le fond*. Legal procedure is not an end in itself, it is a means to the realization of justice. And the application of substantive law is *finaliste*, it purports to have justice done.

296. In the present Judgment, the Court's majority starts from the wrong assumption that no conflict exists, or can exist, between the substantive "rules of *jus cogens*" (imposing the prohibitions of "the murder of civilians in occupied territory, the deportation of civilian inhabitants to slave labour and the deportation of prisoners of war to slave labour") and the procedural "rules of State immunity"³⁴⁸. This tautological assumption leads the Court to its upholding of State immunity even in the grave circumstances of the present case. There is thus a material conflict, even though a formalist one may not be discernible. The fact remains that a conflict does exist, and the Court's reasoning leads to what I perceive as a groundless deconstruction of *jus cogens*, depriving this latter of its effects and legal consequences.

297. This is not the first time that this happens; it has happened before, e.g., in the last decade, in the Court's Judgments in the cases of the *Arrest Warrant* (2002) and of the *Armed Activities on the Territory of the Congo* (D.R. Congo versus Rwanda, 2006), recalled by the Court with approval in the present Judgment³⁴⁹. It is high time to give *jus cogens* the attention it requires and deserves. Its deconstruction, as in the present case, is to the detriment not only of the individual victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law, but also of contemporary international law itself. In sum, in my understanding, there can be no prerogative or privilege of State immunity in cases of international crimes, such as massacres of the civilian population, and deportation of civilians and prisoners of war to subjection to slave labour: these are grave breaches of absolute prohibitions of *jus cogens*, for which there can be no immunities.

298. State immunities cannot keep on being approached in the light of an atomized or self-sufficient outlook (contemplating State immunities in a void), but rather pursuant to a comprehensive view of contemporary international law as a whole,

³⁴⁷Cf. paragraph 58 of the present Judgment.

³⁴⁸Cf. paragraph 93 of the present Judgment, and cf. also paragraph 95.

³⁴⁹Cf. paragraph 95 of the present Judgment.

and its role in the international community. International law cannot be frozen by continued and prolonged reliance on omissions of the past, either at normative level (e.g., in the drafting of the 2004 United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property), or at judicial level (e.g., the majority decision of the ECtHR [Grand Chamber] in the *Al-Adsani* case, 2001, and of this Court in the present case), already pointed out. The assertion by the Court, in the present Judgment, that, analogically, there is nothing “inherent in the concept of *jus cogens*” which would require the modification, or displace the application, of rules determining the scope and extent of jurisdiction³⁵⁰, simply begs the question: it requires persuasive demonstration, not provided to date.

299. The Court cannot, by its decisions, remain indifferent to, or oblivious of, the enormous suffering of victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law; it cannot remain over-attentive to the apparent sensitivities of States, to the point of conniving at denial of justice, by unduly ascribing to State immunities an absolute value. Quite on the contrary, the individual victims of State atrocities cannot be left without any form of redress. State immunity is not supposed to operate as a bar to jurisdiction in circumstances such as those prevailing in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*. It is not to stand in the way of the *realization of justice*. The pursuit of justice is to be preserved as the ultimate goal; securing justice to victims encompasses, *inter alia*, enabling them to seek and obtain redress for the crimes they suffered. *Jus cogens* stands above the prerogative or privilege of State immunity, with all the consequences that ensue therefrom, thus avoiding denial of justice and impunity.

XXVII. A Recapitulation: Concluding Observations

300. From all the preceding considerations, it is crystal clear that my own position, in respect of all the points which form the object of the present Judgment on the case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, stands in clear opposition to the view espoused by the Court’s majority. My dissenting position is grounded not only on the assessment of the arguments produced before the Court by the contending parties (Germany and Italy) and the intervening State (Greece), but above all on issues of principle and on fundamental values, to which I attach even greater importance. I have thus felt obliged, in the faithful exercise of the international

³⁵⁰ Cf. paragraph 95 of the present Judgment.
(augusto) la protección de la persona humana frente a los crímenes internacionales.doc

judicial function, to lay the foundations of my dissenting position in the *cas d'espèce* in the present Dissenting Opinion. I deem it fit, at this stage, to recapitulate all the points of my dissenting position, expressed herein, for the sake of clarity, and in order to stress their interrelatedness.

301. *Primus*: One cannot take account of inter-temporal law only in a way that serves one's interests in litigation, accepting the passing of time and the evolution of law in relation to certain facts but not to others, of the same *continuing* situation. One cannot hide behind static dogmas so as to escape the legal consequences of the perpetration of atrocities in the past; the evolution of law is to be taken into account. *Secundus*: Likewise, one cannot make abstraction of the factual context of the present case; State immunities cannot be considered in the void, they constitute a matter which is ineluctably linked to the facts which give origin to a contentious case. Recognition of this interrelatedness is even more forceful, in a unique and unprecedented case like the present one, in which the complainant State, throughout the proceedings before the Court (written and oral phases), recognized its own responsibility for the harmful acts lying in the origins, and forming the factual background, of the present case.

302. *Tertius*: There have been doctrinal developments, from a generation of jurists which witnessed the horrors of two world wars in the XXth century, which did not at all pursue a State-centric approach, and were centred on fundamental human values, and on the human person, guarding faithfulness to the historical origins of the *droit des gens*, as one ought to do nowadays as well. State immunities are, after all, a prerogative or a privilege, and they cannot keep on making abstraction of the evolution of international law, taking place nowadays in the light of fundamental human values.

303. *Quartus*: The more lucid contemporary international legal doctrine, including the work of learned institutions in international law, gradually resolves the tension between State immunity and the right of access to justice rightly in favour of the latter, particularly in cases of international crimes. It expresses its concern with the need to abide by the imperatives of justice and to avoid impunity in cases of perpetration of international crimes, thus seeking to guarantee their non-repetition in the future. *Quintus*: The threshold of the *gravity* of the breaches of human rights and of international humanitarian law removes any bar to jurisdiction, in the quest for reparation to the victimized individuals. It is indeed important that all mass atrocities are nowadays considered in the light of the threshold of *gravity*, irrespective of who committed them. Criminal State policies and the ensuing perpetration of State atrocities are not to be covered up by the shield of State immunity.

304. *Sextus*: Purported inter-State waivers of rights inherent to the human person are inadmissible; they stand against the international *ordre public*, and are to be deprived of any juridical effects. This is deeply-engraved in human conscience, in the *universal juridical conscience*, the ultimate material source of all Law. *Septimus*: By the time of the II world war, deportation to forced labour (as a form of slave work) was already prohibited by international law. Well before the II world war its wrongfulness was widely acknowledged, at normative level (in the IV Hague Convention of 1907 and in the 1930 ILO Convention on Forced Labour); there was recognition of that prohibition in works of codification. That prohibition has, furthermore, met with judicial recognition. *Octavus*: The right to war reparation claims was likewise recognized well before the end of the II world war (in the IV Hague Convention of 1907).

305. *Nonus*: What jeopardizes or destabilizes the international legal order, are the international crimes, and not the individual suits for reparation in the search for justice. What troubles the international legal order, are the cover-up of such international crimes accompanied by the impunity of the perpetrators, and not the victims' search for justice? When a State pursues a criminal policy of murdering segments of its own population, and of the population of other States, it cannot, later on, place itself behind the shield of sovereign immunities, as these latter were never conceived for that purpose.

306. *Decimus*: Grave breaches of human rights and of international humanitarian law, amounting to international crimes, are anti-juridical acts, are breaches of *jus cogens*, that cannot simply be removed or thrown into oblivion by reliance on State immunity. *Undecimus*: International crimes perpetrated by States are not acts *jure gestionis*, nor acts *jure imperii*; they are crimes, *delicta imperii*, for which there is no immunity. That traditional and eroded distinction is immaterial here.

307. *Duodecimus*: In case of grave violations of human rights and of international humanitarian law, the *direct access* of the individuals concerned to the international jurisdiction is thus fully justified, to vindicate those rights, even against their own State. *Tertius decimus*: Individuals are indeed subjects of international law (not merely "actors"), and whenever legal doctrine departed from this, the consequences and results were catastrophic. Individuals are *titulaires* of rights and bearers of duties which emanate *directly* from international law (the *jus gentium*). Converging developments, in recent decades, of the International Law of Human Rights, of International

Humanitarian Law, and of the International Law of Refugees, followed by those of International Criminal Law, give unequivocal testimony of this.

308. *Quartus decimus*: It is not at all State immunity that cannot be waived. There is no immunity for crimes against humanity. In cases of international crimes, of *delicta imperii*, what cannot be waived is the individual's right of access to justice, encompassing the right to reparation for the grave violations of the rights inherent to him as a human being. Without that right, there is no credible legal system at all, at national or international levels.

309. *Quintus decimus*: The finding of particularly grave violations of human rights and of international humanitarian law provides a valuable test for the removal of any bar to jurisdiction, in pursuance of the necessary realization of justice. *Sextus decimus*: It is immaterial whether the harmful act in grave breach of human rights was a governmental one, or a private one with the acquiescence of the State, or whether it was committed entirely in the *forum* State or not (deportation to forced labour is a trans-frontier crime). State immunity does not stand in the domain of redress for grave violations of the fundamental rights of the human person.

310. *Septimus decimus*: The right of access to justice *lato sensu* comprises not only the formal access to justice (the right to institute legal proceedings), by means of an effective remedy, but also the guarantees of the due process of law (with equality of arms, conforming the *proces équitable*), up to the judgment (as the *prestation juridictionnelle*), with its faithful execution, with the provision of the reparation due. The realization of justice is in itself a form of reparation, granting *satisfaction* to the victim. In this way those victimized by oppression have their right to the Law (*droit au Droit*) duly vindicated.

311. *Duodevicesimus*: Even in the domain of State immunities properly, there has been acknowledgment of the changes undergone by it, in the sense of restricting or discarding such immunities in the occurrence of those grave breaches, due to the advent of the International Law of Human Rights, with attention focused on the right of access to justice and international accountability. *Undevicesimus*: The State's duty to provide reparation to individual victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law is a duty under customary international law and pursuant to a fundamental general principle of law.

312. *Vicesimus*: There is nowadays a growing trend of opinion sustaining the removal of immunity in cases of international crimes, for which reparation is sought by

the victims. In effect, to admit the removal of State immunity in the realm of trade relations, or in respect of local personal tort (e.g., in traffic accidents), and at the same time to insist on shielding States with immunity, in cases of international crimes — marked by grave violations of human rights and of international humanitarian law — in pursuance of State (criminal) policies, amounts to a juridical absurdity.

313. *Vicesimus primus*: The right of access to justice *lato sensu* is to be approached with attention focused on its essence as a fundamental right, and not on permissible or implicit “limitations” to it. *Vicesimus secundus*: Grave breaches of human rights and of international humanitarian law amount to breaches of *jus cogens*, entailing State responsibility and the right to reparation to the victims. This is in line with the idea of *rectitude* (in conformity with the *recta ratio* of natural law), underlying the conception of Law (in distinct legal systems — *Recht/Diritto/Droit/Direito/Derecho/Right*) as a whole.

314. *Vicesimus tertius*: It is groundless to claim that the regime of reparations for grave breaches of human rights and of international humanitarian law would exhaust itself at inter-State level, to the detriment of the individuals who suffered the consequences of war crimes and crimes against humanity. It is clear from the records of present case that there are IMIs, victims of Nazi Germany’s grave violations of human rights and of international humanitarian law, who have in fact been left without reparation to date. *Vicesimus quartus*: Such individual victims of State atrocities cannot be left without any form of redress. State immunity is not supposed to operate as a bar to jurisdiction in circumstances such as those prevailing in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*. It is not to stand in the way of the *realization of justice*. The pursuit of justice is to be preserved as the ultimate goal; securing justice to victims encompasses, *inter alia*, enabling them to seek and obtain redress for the crimes they suffered.

315. *Vicesimus quintus*: One cannot embark on a wrongfully assumed and formalist lack of conflict between “procedural” and “substantive” rules, depriving *jus cogens* of its effects and legal consequences. The fact remains that a conflict does exist, and the primacy is of *jus cogens*, which resists to, and survives, such groundless attempt at its deconstruction. There can be no prerogative or privilege of State immunity in cases of international crimes, such as massacres of the civilian population, and deportation of civilians and prisoners of war to subjection to slave labour: these are grave breaches of absolute prohibitions of *jus cogens*, for which there can be no immunities.

316. *Vicesimus sextus*: *Jus cogens* stands above the prerogative or privilege of State immunity, with all the consequences that ensue therefrom, thus avoiding denial of justice and impunity. On the basis of all the aforesaid, my firm position is that there is no State immunity for international crimes, for grave violations of human rights and of international humanitarian law. In my understanding, this is what the International Court of Justice should have decided in the present Judgment.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

- ANEXO -

OPINIÓN CONSULTIVA (2010) DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DE KOSOVO: VOTO RAZONADO DEL JUEZ ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> |
|--|-----------------|
| I. <i>Prolegomena</i> | 1–3 |
| II. Consideraciones sobre cuestiones preliminares de competencia y prudencia judicial | 4–34 |
| 1. La competencia de la Corte, con atención a los aspectos humanitarios preponderantes..... | 4–12 |
| 2. La supuesta “discrecionalidad” judicial y el deber de la Corte de ejercer su función consultiva | 13–34 |
| III. Los antecedentes de hecho y el contexto de la cuestión planteada a la Corte | 35–52 |
| IV. El advenimiento de las organizaciones internacionales y la creciente atención a las necesidades y aspiraciones del “pueblo” o la “población” | 53–66 |
| 1. La Sociedad de las Naciones: el sistema de mandatos | 54–58 |
| 2. Las Naciones Unidas: el sistema de administración fiduciaria | 59–61 |
| 3. La administración internacional de territorios..... | 62–64 |
| 4. La recurrente preocupación por el “pueblo” o la “población” | 65–66 |

| | | |
|------|--|---------|
| V. | Consideraciones básicas de humanidad en el tratamiento de los pueblos con arreglo al derecho de gentes | 67–74 |
| | 1. Analogías de derecho privado | 68–70 |
| | 2. La posición central de los pueblos en los orígenes del derecho de gentes (<i>Law of Nations</i>) | 71–72 |
| | 3. La <i>civitas maxima gentium</i> en la visión de los ‘padres fundadores’ del derecho de gentes | 73–74 |
| VI. | La contemporaneidad del derecho de gentes: la visión humanista del orden jurídico internacional | 75–96 |
| | 1. El temprano reconocimiento judicial de los derechos de los seres humanos y de los pueblos | 78–87 |
| | 2. El legado humanista de los experimentos del pasado a la administración internacional de territorios por las Naciones Unidas ... | 88–96 |
| VII. | La preocupación de la Organización de las Naciones Unidas en su conjunto por la tragedia humanitaria en Kosovo | 97–131 |
| | 1. Reiteradas expresiones de grave preocupación del Consejo de Seguridad por la tragedia humanitaria en Kosovo | 98–102 |
| | 2. Reiteradas expresiones de grave preocupación de la Asamblea General por la tragedia humanitaria en Kosovo | 103–114 |
| | 3. Reiteradas expresiones de grave preocupación del Consejo Económico y Social por la tragedia humanitaria en Kosovo.. | 115–118 |
| | 4. Reiteradas expresiones de grave preocupación del Secretario General por la tragedia humanitaria en Kosovo | 119–129 |
| | 5. Apreciación general | 130–131 |
| VIII | <i>Ex Injuria Jus Non Oritur</i> | 132–137 |
| IX. | Condiciones de vida de la población en Kosovo (desde 1989): las argumentaciones formuladas en el procedimiento consultivo que la Corte tiene actualmente ante sí | 138–155 |
| | 1. Argumentos formulados durante la fase escrita del procedimiento | 139–148 |
| | 2. Argumentos formulados durante la fase oral del procedimiento | 149–155 |

| | | |
|------|--|---------|
| X. | Reconocimiento judicial de las atrocidades en Kosovo | 156–160 |
| XI. | Pruebas adicionales de las atrocidades en Kosovo: la centralidad de los sufrimientos del pueblo..... | 161–168 |
| XII. | El enfoque centrado en el pueblo en el derecho internacional contemporáneo..... | 169–176 |
| | 1. Nuevo examen del “pueblo” o la “población” y la condición de Estado | 169–172 |
| | 2. El principio de la libre determinación de los pueblos sometidos a una adversidad prolongada o una opresión sistemática..... | 173–176 |
| XIII | Los principios del derecho internacional, el derecho de las Naciones Unidas y los fines humanos del Estado | 177–211 |
| | 1. La integridad territorial en el marco de esos fines humanos | 177–181 |
| | 2. La superación del paradigma interestatal en el derecho internacional | 182–188 |
| | 3. El principio fundamental de igualdad y no discriminación | 189–195 |
| | 4. El principio fundamental de humanidad en el marco del derecho de las Naciones Unidas..... | 196–211 |
| XIV | Hacia una concepción comprensiva de la incidencia del <i>Jus Cogens</i> | 212–217 |
| XV. | Consideraciones finales: la independencia de Kosovo con supervisión de las Naciones Unidas | 218–240 |

I. PROLEGOMENA

1. Voto a favor de la adopción de la presente Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia relativa a Kosovo*, por haber concordado con las conclusiones a que llegó la Corte, enunciadas en el *dispositif*. Como he llegado a las mismas conclusiones sobre la base de un razonamiento distinto al de la Corte, me siento obligado a hacer constar los fundamentos de mi posición personal sobre el asunto en cuestión. Con tal fin, comienzo abordando las cuestiones preliminares de competencia y prudencia judicial, con la atención centrada en los aspectos humanitarios preponderantes de la cuestión planteada a la Corte, y en su deber de ejercer su función consultiva, sin atribuir a la llamada “discrecionalidad” judicial una dimensión que no tiene. A continuación, señalo a la atención la necesidad de proceder a un examen sumamente detenido de los antecedentes de hecho y el contexto de la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

2. Mi siguiente línea de reflexiones se dirige al advenimiento de las organizaciones internacionales y a la recurrente y creciente atención dispensada a las necesidades y aspiraciones del “pueblo” o la “población” (en el sistema de mandatos de la Sociedad de las Naciones, en el sistema de administración fiduciaria de las Naciones Unidas y en los experimentos contemporáneos de administración territorial internacional por las Naciones Unidas). Mi siguiente conjunto de consideraciones (en las partes V y VI de la presente opinión separada) propone un enfoque esencialmente humanista del tratamiento de los pueblos en el derecho de gentes, desde las perspectivas histórica y deontológica. A continuación procedo (en la parte VII) a un examen – eludido por la Corte en la presente Opinión consultiva – de la grave preocupación expresada por las Naciones Unidas *en conjunto* por la tragedia humanitaria en Kosovo.

3. Después de recordar el principio *ex injuria jus non oritur*, paso a un examen (en la parte IX) del importante aspecto de las condiciones de vida de la población en Kosovo (a partir de 1989), sobre la base de las argumentaciones formuladas por los participantes en el procedimiento consultivo que la Corte tiene actualmente ante sí, en sus fases escrita y oral. También recuerdo el reconocimiento judicial, y pruebas adicionales, de las atrocidades perpetradas en Kosovo (en el decenio 1989-1999), y atribuyo una posición central a los sufrimientos del pueblo, de conformidad con el enfoque centrado en el pueblo en el derecho internacional contemporáneo. A continuación paso a la consideración de la integridad territorial en el marco de los fines humanos del Estado, a la superación del paradigma interestatal en el derecho internacional contemporáneo, a la importancia preponderante de los principios fundamentales de humanidad, y de igualdad y no discriminación, y a una concepción comprensiva de la incidencia del *jus cogens*. Quedará entonces abierto el camino para la presentación de mis consideraciones finales.

II. CONSIDERACIONES SOBRE CUESTIONES PRELIMINARES DE COMPETENCIA Y PRUDENCIA JUDICIAL

1. La competencia de la Corte, con atención a los aspectos *humanitarios* preponderantes

4. Ante todo, la competencia de la Corte para emitir la presente Opinión consultiva está, en mi opinión, establecida más allá de toda duda, sobre la base del Artículo 65, párrafo 1, de su Estatuto, en virtud del cual la Corte “podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma”. Esas condiciones han sido reconocidas en la jurisprudencia de la Corte³⁵¹. Incumbe a la Corte Internacional de Justicia (CIJ), como dueña de su propia competencia, cerciorarse de que la solicitud de opinión consultiva proviene de un órgano dotado de competencia para formularla; en el caso de la Asamblea General, dicho órgano está autorizado por el Artículo 96, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas, a solicitar una opinión consultiva de la CIJ sobre “cualquier cuestión jurídica”. En su jurisprudencia, la Corte ha dado a veces indicaciones acerca de las relaciones entre el objeto de las solicitudes de que se trataba y las actividades de la Asamblea General³⁵².

5. El Artículo 10 de la Carta de las Naciones Unidas confiere a la Asamblea General competencia para considerar “cualesquier asuntos o cuestiones” comprendidos dentro de los límites de la Carta, y el Artículo 11, párrafo 2, le atribuye específicamente la competencia de discutir “toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que [se] presente a su consideración”. La cuestión planteada a la Corte por la resolución 63/3 de la Asamblea General, aprobada el 08 de octubre de 2008, está comprendida en el ámbito de las actividades de la Asamblea General, que, igual que el Consejo de Seguridad, ha estado tratando la situación en Kosovo durante más de un decenio (véase *infra*)³⁵³. El punto principal que puede plantearse aquí atañe al Artículo 12, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas, que dispone que “[m]ientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna esta Carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad”.

6. En todo caso, una solicitud de opinión consultiva no es en sí misma una “recomendación” de la Asamblea General con respecto a una “controversia o situación”. De conformidad con el Artículo 24 de la Carta, el Consejo de Seguridad tiene “la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales”³⁵⁴. Sin embargo, el Artículo 24 refiere a una competencia primordial, pero no necesariamente exclusiva. La Asamblea General tiene, entre otras cosas, en virtud del Artículo 14 de la Carta de las Naciones Unidas, el poder de “recomendar medidas para el arreglo pacífico” de diversas situaciones. La propia CIJ ha señalado recientemente³⁵⁵, en relación con la interpretación del Artículo 12

³⁵¹ Véase, por ejemplo, CIJ, Opinión Consultiva sobre la *Petición de revisión del fallo n. 273 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas*, 1982, párr. 21.

³⁵² CIJ, Opinión Consultiva sobre la *Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania* (1950) pág. 70; CIJ, Opinión Consultiva sobre *La amenaza o el uso de armas nucleares*, 1996, párrs. 11 y 12; CIJ, Opinión Consultiva, sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004, párrs. 16 y 25.

³⁵³ Con respecto a la situación en Kosovo, además del curso de acción principal adoptado por el Consejo de Seguridad, el papel de la Asamblea General comprende la adopción de decisiones – con el asesoramiento de su Quinta Comisión – sobre el presupuesto de la UNMIK. Y las responsabilidades del Secretario General comprenden el apoyo al mandato de la UNMIK.

³⁵⁴ Así pues, a ese respecto, puede imponer a los Estados una “explícita obligación de cumplimiento” si, por ejemplo, expide “una orden o un mandato” en virtud del Capítulo VII, y puede, con tal fin, “requerir ejecución por conducto de medidas coercitivas”; véase CIJ, Opinión Consultiva sobre *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, 1962, pág. 163.

de la Carta de las Naciones Unidas, que en los últimos años ha habido una “tendencia cada vez mayor” de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad a ocuparse “en forma paralela” de los mismos asuntos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales: mientras el Consejo de Seguridad tiende a centrarse en los aspectos de dichas cuestiones que se relacionan con la paz y la seguridad internacionales, la Asamblea General adopta un enfoque más amplio y *considera también sus aspectos humanitarios, sociales y económicos*.

7. La Asamblea General ha desarrollado la práctica de hacer recomendaciones sobre cuestiones que el Consejo de Seguridad también ha estado tratando; los Estados Miembros de las Naciones Unidas no han objetado tal práctica³⁵⁶, y el Consejo de Seguridad no se ha opuesto a ella. Esta ha sido la “práctica aceptada” de la Asamblea General, según ha evolucionado recientemente, en forma compatible con el Artículo 12, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas. Cuando aprobó, el 08 de octubre de 2008, la resolución 63/3, por la que solicitó una opinión consultiva de la CIJ acerca de la declaración de independencia por las autoridades de Kosovo, la Asamblea General no actuó *ultra vires* con respecto al Artículo 12, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas; estaba plenamente facultada para hacerlo, en el fiel ejercicio de sus funciones³⁵⁷ con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas.

8. El aspecto restante en relación con la competencia de la Corte es el de si la solicitud de la Asamblea General se relaciona con una “*cuestión jurídica*” en el sentido de la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Sobre este punto en particular, la CIJ ya ha indicado que las cuestiones que estén “formuladas en términos de derecho” y planteen “problemas de derecho internacional” son “por su propia naturaleza susceptibles de recibir una respuesta basada en el derecho” y parecen ser “cuestiones de carácter jurídico”³⁵⁸. Es irrelevante que la cuestión jurídica planteada a la Corte para que ejerza su función consultiva revele también aspectos políticos. Difícilmente podría dudarse de que la cuestión planteada por la Asamblea General a la CIJ para que ésta emita una opinión consultiva es una cuestión jurídica, pues se refiere a la conformidad con el *derecho internacional* de la declaración de independencia formulada por las autoridades de Kosovo. En su jurisprudencia constante, la CIJ ha dejado en claro que una cuestión jurídica puede también revelar aspectos políticos, “como ocurre, en la naturaleza de las cosas, con tantas cuestiones que surgen en la vida internacional”; ello “no basta para privarla de su carácter de ‘cuestión jurídica’ y ‘privar a la Corte de una competencia que su Estatuto le confiere expresamente’”³⁵⁹.

9. La CIJ ha dejado en claro que no puede atribuir carácter político a una solicitud de opinión consultiva que la invita a realizar una “tarea esencialmente judicial”³⁶⁰ atinente al alcance de obligaciones impuestas por el derecho internacional³⁶¹, a saber, una apreciación de “la legalidad de la posible conducta de

en el territorio palestino ocupado, 2004, párrs. 27 y 28.

³⁵⁶ Véase *United Nations Juridical Yearbook* (1964), págs. 228 y 237.

³⁵⁷ Sobre este punto en particular, la CIJ ya ha indicado que las cuestiones que estén “formuladas en términos de derecho” y planteen “problemas de derecho internacional” son “por su propia naturaleza susceptibles de recibir una respuesta basada en el derecho” y parecen ser “cuestiones de carácter jurídico”; CIJ, Opinión Consultiva sobre el *Sáhara Occidental*, 1975, párr. 15; CIJ, Opinión Consultiva sobre *La amenaza o el uso de armas nucleares*, 1996, párr. 11.

³⁵⁸ CIJ, Opinión consultiva sobre el *Sáhara Occidental*, 1975, párr. 15; CIJ, Opinión Consultiva sobre *La amenaza o el uso de armas nucleares*, 1996, párr. 11.

³⁵⁹ CIJ, Opinión Consultiva sobre la *Petición de revisión del fallo n. 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas*, 1973, párr. 14; CIJ, Opinión Consultiva sobre *La amenaza o el uso de armas nucleares*, 1996, párr. 13.

³⁶⁰ CIJ, Opinión Consultiva sobre *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, 1962, pág. 155.

³⁶¹ Véase CIJ, Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro*

los Estados” con respecto a obligaciones que les impone el derecho internacional³⁶². Desde los primeros años de la CIJ, se ha aclarado que la vieja distinción entre las cuestiones llamadas “jurídicas” y “políticas” no se tiene en pie, pues no hay cuestiones que, por su “naturaleza intrínseca”, puedan calificarse como esencialmente “jurídicas” o “políticas”; esas calificaciones corresponden más bien a los medios de solución de las cuestiones de que se trata³⁶³, que pueden ser “jurídicos” (judiciales) o de otra índole. Así pues, es algo sorprendente ver que este punto se plantea persistentemente ante la CIJ a lo largo de los años sin una fundamentación congruente.

10. A la luz de lo que antecede, se puede concluir que la presente solicitud de opinión consultiva formulada a la CIJ por la Asamblea General, mediante su resolución 63/3, de 08.10.2008, cumple las exigencias del Artículo 96, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas y del Artículo 65 del Estatuto de la Corte, con respecto tanto a la competencia del órgano solicitante (la Asamblea General) y a la sustancia de la solicitud, y revela tener la naturaleza de una cuestión jurídica. Ello es suficiente para determinar la cuestión de la competencia de la Corte. Además, ninguno de los elementos planteados en el curso del presente procedimiento consultivo podría llevar a la Corte a una conclusión diferente.

11. Consiguientemente, coincido con la opinión de la Corte de que tiene competencia para emitir la opinión consultiva solicitada. Esta debería prestar atención al panorama más amplio de la consideración de las cuestiones que tenía en vista la Asamblea General (véase *supra*), centrándose en los *aspectos humanitarios preponderantes* que rodean al tema de la conformidad o no con el derecho internacional de la declaración de independencia de que se trata. Ello exige una detenida consideración por la Corte del *complejo fáctico* de la solicitud que se le presentó (véase *infra*), de modo de evitar un razonamiento aséptico en la Opinión Consultiva.

12. Éste es un aspecto en relación con el cual mi razonamiento difiere del de la Corte. La consideración del *complejo fáctico* es de considerable importancia, pues las declaraciones de independencia no se proclaman en un vacío social, y exigen que se tengan en cuenta por lo menos sus *causas* inmediatas. Éste es un punto de mucho mayor importancia que los argumentos usuales atinentes a la llamada “discrecionalidad” judicial, a la que se refiere extensamente la Corte en la presente Opinión consultiva. Este argumento ha sido reiteradamente planteado ante esta Corte, en su práctica relativa al ejercicio de su competencia consultiva. Este punto no merecía más que un breve examen de la jurisprudencia constante de la Corte a su respecto, para poder concentrar la atención en otros puntos que son de mucho mayor importancia, como los antecedentes de hecho de la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General.

2. La supuesta “discrecionalidad” judicial y el deber de la Corte de ejercer su función consultiva

³⁶² Véase CIJ, Opinión Consultiva sobre las *Condiciones de admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas (Artículo 4 de la Carta)*, 1948, págs. 61 y 62; CIJ, Opinión Consultiva sobre la *Competencia de la Asamblea General para admitir a un Estado como Miembro de las Naciones Unidas*, 1950, págs. 6 y 7; CIJ, Opinión Consultiva sobre *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, 1962, pág. 155. Y véase también CIJ, Opinión Consultiva sobre *La amenaza o el uso de armas nucleares*, 1996, párr. 13; CIJ, Opinión Consultiva sobre la *Interpretación del acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto*, 1980, párr. 33.

³⁶³ Véase M. Vaucher, *Le problème de la justiciabilité et de la non-justiciabilité en droit international des différends dits “politiques” ou “non-juridiques” et les notions de compétence*

2.

13. La segunda línea de consideraciones en esta etapa preliminar, atinente a la “discrecionalidad” judicial (y no a la prudencia judicial), ha sido puesta en primer plano por determinados argumentos invocados por algunos participantes, en el curso del presente procedimiento. Dichos argumentos trataban de persuadir a la Corte de que de todos modos debía negarse, en ejercicio de su facultad discrecional, a emitir la opinión consultiva solicitada por la Asamblea General, sea porque la solicitud atañía a “asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados” (con arreglo al Artículo 2, párrafo 7, de la Carta de las Naciones Unidas), o porque se sostenía que el procedimiento se estaba usando primariamente para promover el interés de Estados individuales y no el del órgano solicitante, o porque la opinión consultiva de la Corte carecería de todo efecto útil, o porque podía sostenerse que la opinión de la Corte tendría efectos negativos respecto de la paz y la seguridad en la región, o porque no existía el consentimiento de Kosovo a la competencia de la Corte, o bien porque supuestamente sería políticamente inadecuado que la Corte emitiera la opinión consultiva. Considero que todos esos argumentos son totalmente inconvincentes.

14. Para comenzar, la propia CIJ observó, en una opinión consultiva emitida hace seis decenios, que el Artículo 65 de su Estatuto le da “el poder de examinar si las circunstancias de la causa son de tal carácter que deban llevarla a negarse a responder a la solicitud”³⁶⁴; además, advirtió que “la respuesta de la Corte, que es ella misma un ‘órgano de las Naciones Unidas’, representa su participación en las actividades de la Organización, y, en principio, no debería negarse”³⁶⁵. De conformidad con su propia jurisprudencia constante, sólo “razones imperiosas” podrían llevar a la CIJ a tal negativa³⁶⁶.

15. En cuanto al argumento de la jurisdicción interna (*supra*), ya en la causa de los *Decretos de nacionalidad en Túnez y Marruecos* (1923), la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) consideró que “[l]a cuestión de si determinado asunto pertenece o no exclusivamente a la jurisdicción interna de un Estado es una cuestión esencialmente relativa; depende del desarrollo de las relaciones internacionales” (págs. 23 y 24). Desde entonces, en su práctica constante, en la línea de ese *obiter dictum* de la CPJI, tanto los órganos principales de las Naciones Unidas como los Estados Miembros de las Naciones Unidas han reconocido la gradual erosión de la posible invocación de la jurisdicción interna con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas.

16. Esto ha sido reconocido también en la literatura jurídica internacional sobre este punto en particular. Así pues, se consideró, hace 35 años, que el hecho de que un Estado que planteaba una objeción fundada en la jurisdicción interna no pudiera impedir que el asunto se incluyera en el programa del órgano internacional que lo estuviese considerando ni su examen a nivel internacional, aportaba pruebas a

³⁶⁴ CIJ, opinión consultiva sobre la *Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania*, 1950, pág. 72.

³⁶⁵ *Ibid.*, pág. 71.

³⁶⁶ CIJ, Opinión Consultiva sobre los *Fallos dictados por el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo con motivo de las demandas presentadas contra la UNESCO*, 1956, pág. 86; CIJ, Opinión Consultiva sobre *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, 1962, pág. 155; opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (Africa Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, 1971, pág. 27; CIJ, Opinión Consultiva sobre la *Petición de revisión del fallo núm. 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas*, 1973, pág. 183; CIJ, Opinión Consultiva sobre el *Sáhara Occidental*, 1975, pág. 21; CIJ, Opinión Consultiva sobre la *Aplicabilidad de la sección 22 del artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas*, 1989, pág. 191; CIJ,

favor de la opinión de que el dominio reservado de los Estados ya estaba sufriendo un continuo proceso de reducción. La jurisdicción interna en este contexto pasa a ser un *residuum* de la autoridad discrecional dejada por el derecho internacional dentro del dominio reservado de los Estados³⁶⁷. Dos decenios después, se reafirmó que el Artículo 2, párrafo 7, de la Carta de las Naciones Unidas era inaplicable en la medida en que estuviese en juego el principio de la libre determinación, vinculado a la consideración de las cuestiones de derechos humanos, y de tal modo excluido del dominio de la jurisdicción interna³⁶⁸.

17. De hecho, la propia CIJ ha dicho que “[e]l fin de la opinión consultiva de la Corte no es resolver – al menos directamente – controversias entre Estados, sino brindar asesoramiento jurídico a los órganos e instituciones que solicitaron la opinión”³⁶⁹. La práctica de las Naciones Unidas con respecto a la crisis humanitaria de Kosovo ilustra el acuerdo generalizado acerca de que los poderes de los órganos principales de las Naciones Unidas (en particular el Consejo de Seguridad y la Asamblea General) para iniciar y emprender medidas encaminadas a lograr el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, son más bien amplios, – y no pueden ser restringidos por la invocación de la jurisdicción interna de los Estados en particular. Siendo así, la CIJ, en su calidad de “órgano judicial principal de las Naciones Unidas” (Artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas), no puede aceptar la invocación de la jurisdicción interna como razón para abstenerse de ejercer su función consultiva, y esto se aplica a la presente solicitud de opinión consultiva sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia relativa a Kosovo*.

18. Algunos participantes en el presente procedimiento consultivo plantearon otro argumento, según el cual supuestamente el procedimiento consultivo se estaría usando primariamente para promover el interés de Estados individualmente considerados, y no las preocupaciones de la Asamblea General como órgano de las Naciones Unidas que solicitó la opinión. Un grupo de participantes argumentó además que, habida cuenta de la ajustada votación en la aprobación de la resolución 63/3 de la Asamblea General, la CIJ tendría que ser sumamente cuidadosa al emitir la opinión consultiva, si es que la emitía; a juicio de esos participantes, la CIJ debía actuar con suma circunspección. En mi percepción, esos argumentos constituyen una petición de principio.

19. Todas esas consideraciones tendrían que haberse tenido presentes en el curso del examen del proyecto de resolución de la Asamblea General³⁷⁰, cuando todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas tenían la oportunidad de expresar sus opiniones a favor o en contra de la aprobación de ese proyecto de resolución. La propuesta de inclusión del tema en el programa de la Asamblea General fue formulada originalmente por Serbia, y todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas tuvieron la oportunidad de dar a conocer sus opiniones en la consideración de este tema del programa. Las circunstancias de la aprobación del proyecto de resolución en una votación bastante ajustada o dividida son, en mi opinión, irrelevantes.

³⁶⁷ A.A. Cançado Trindade, “The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organizations”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25 (1976), págs. 713 a 765.

³⁶⁸ A. Cassese, *Self-Determination of Peoples – A Legal Reappraisal*, Cambridge, University Press, 1995, págs. 174 y ss.

³⁶⁹ CIJ, Opinión Consultiva sobre *La amenaza o el uso de armas nucleares*, 1996, párr. 15; CIJ, opinión consultiva sobre la *Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania, Primera fase*, 1950, pág. 71.

³⁷⁰ Documento de las Naciones Unidas A/63/L.2.

20. La resolución 63/3 fue aprobada en nombre de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y no sólo de los Estados que votaron a favor de ella. Ello deriva de la personalidad jurídica internacional de las Naciones Unidas, que está dotada de una voluntad propia, sin duda distinta de la suma de las voluntades de sus Estados Miembros, o de algunos de ellos (los que votan a favor de una resolución de uno de sus órganos principales). En el caso concreto, los Estados Miembros de las Naciones Unidas consideraron el asunto en la Asamblea General, y ésta, como uno de los órganos principales de las Naciones Unidas, decidió hacer de la cuestión de la declaración de independencia de Kosovo una cuestión de “incumbencia de las Naciones Unidas”.

21. Así pues, la CIJ debía proceder con cuidado – como desde luego lo hizo – pero sin sentirse inhibida de emitir la presente Opinión consultiva. No compete a la Corte adentrarse en las circunstancias del debate político que precedió a la aprobación de la resolución 63/3 (2008) de la Asamblea General. La propia CIJ ha advertido que “la opinión de la Corte no se da a los Estados, sino al órgano que está facultado para solicitarla”³⁷¹. La comunidad internacional espera que la Corte actúe a la altura de las elevadas responsabilidades que le incumben, sin sucumbir a aprensiones o temores, frente a las aparentes sensibilidades de algunos Estados. Incumbe a la Corte decir el derecho (*juris dictio*)³⁷².

22. En todo caso, compete a la propia Corte apreciar las consecuencias de su decisión de emitir una opinión consultiva, teniendo presente que no puede en absoluto abstenerse de ejercer su función consultiva de *decir el derecho (juris dictio)*. Después de todo, la propia CIJ señaló, seis decenios atrás, que dar una respuesta correcta a una solicitud de opinión consultiva “representa su participación en las actividades de la Organización, y, en principio, no debería negarse”³⁷³.

23. Consiguientemente, el argumento de un par de participantes en el presente procedimiento consultivo en el sentido de que la opinión consultiva de la Corte carece de un fin útil, me parece totalmente infundado. Lo mismo se aplica a la alegada falta de “efecto práctico” de la opinión de la Corte: esa alegación es simplemente una petición de principio. A este respecto, cabe recordar la jurisprudencia constante de la Corte sobre el punto en cuestión³⁷⁴. En el caso

³⁷¹ CIJ, Opinión Consultiva sobre la *Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania*, 1950, pág. 71.

³⁷² La CIJ ha señalado, en diversas ocasiones, que “puede emitir una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica, abstracta o de otra índole”. CIJ, Opinión Consultiva sobre las *Condiciones de admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas*, 1948, pág. 61; CIJ, Opinión Consultiva sobre *Efectos de los fallos del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas en los que se fijan indemnizaciones*, 1954, pág. 51; CIJ, Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, 1971, párr. 40; CIJ, Opinión Consultiva sobre *La amenaza o el uso de armas nucleares*, 1996, párr. 14; CIJ, Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004, párr. 40.

³⁷³ CIJ, Opinión Consultiva sobre la *Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania – Primera fase*, 1950, pág. 71.

³⁷⁴ Así pues, en su Opinión Consultiva sobre el *Sáhara Occidental* (1975), la CIJ tuvo en cuenta que ninguna disposición de la Carta de las Naciones Unidas, o de su Estatuto, limitaba la competencia de la Asamblea General para solicitar una opinión consultiva, o su propia competencia para emitir una opinión, sobre cuestiones jurídicas relacionadas con derechos u obligaciones existentes (párr. 18). La opinión proporcionaría a la Asamblea General “elementos de carácter jurídico pertinentes para su ulterior tratamiento” del tema objeto de debate (párr. 32). Anteriormente, en su Opinión Consultiva sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (1951), la CIJ observó que el objeto de esa solicitud de opinión era “orientar a las Naciones Unidas con respecto a sus propias actividades” (pág. 19). Y hace un

concreto, el cometido de la Corte es emitir una opinión sobre la cuestión de la conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia de Kosovo; e incumbe a la Asamblea General sacar sus propias conclusiones de la opinión de la Corte y aplicarlas a su tratamiento ulterior de la situación en Kosovo. Al proceder de esta manera, la CIJ está contribuyendo al *estado de derecho* en el plano internacional, que, desde la Cumbre Mundial de 2005 de las Naciones Unidas ha estado atrayendo un interés y una atención cada vez mayores, y desde 2006 ha pasado a ser un importante tema del programa (“*El estado de derecho en los planos nacional e internacional*”) de la Asamblea General de las Naciones Unidas³⁷⁵.

24. El argumento siguiente, con una aparente incidencia en la “discrecionalidad” o la prudencia judicial, según el cual la opinión de la Corte supuestamente tendría “efectos negativos para la paz y la seguridad” en la región, análogamente constituye una petición de principio. No hay nada nuevo bajo el sol, y la propia Corte ya ha respondido a argumentos de esta índole en anteriores opiniones consultivas. Por ejemplo, en su opinión consultiva sobre *La amenaza o el uso de armas nucleares* (1996), la CIJ dijo:

“Se ha (...) argumentado que una respuesta de la Corte en la presente causa podría afectar negativamente a las negociaciones sobre desarme y, por consiguiente, sería contraria al interés de las Naciones Unidas. La Corte tiene conciencia de que, cualesquiera fueren sus conclusiones en la opinión que emita, serían pertinentes para el debate en curso sobre el asunto en la Asamblea General y presentarían un elemento adicional en las negociaciones sobre el asunto. Más allá de ello, el efecto de la opinión es un asunto de apreciación” (párr. 17)³⁷⁶.

25. No es de incumbencia de la Corte especular sobre los eventuales efectos de sus opiniones consultivas; en mi opinión, incumbe más bien a la Corte contribuir, en el fiel ejercicio de su función consultiva, a la *prevalencia del estado de derecho* en la conducción de las relaciones internacionales. Con ello puede muy bien ayudar a reducir la tensión y la controversia política en la región de que se trate. En el pasado más lejano, hubo una tendencia de opinión que era partidaria de reconocer a la Corte de la Haya una amplia discrecionalidad para decidir si emitía una opinión consultiva o no; fue seguida por otra tendencia de opinión que aceptaba esa discrecionalidad, pero sólo excepcionalmente y frente a “razones imperiosas” (*compelling reasons –raisons décisives*). Una tendencia de opinión más esclarecida descarta la discrecionalidad, aceptando sólo la inadmisibilidad para proteger la integridad judicial³⁷⁷.

26. En el párrafo 29 de la presente Opinión consultiva sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia relativa a Kosovo*, la Corte parece haber caído en una innecesaria confusión, al admitir, lamentablemente, una autolimitación en su función consultiva, y al atribuir a la llamada “discrecionalidad” una dimensión que no tiene. Ha confundido la

opiniones consultivas de la Corte debían considerarse como un medio para que un órgano o a una institución obtuvieran una aclaración jurídica en relación con una medida futura que tomarían”; CIJ, Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004, párr. 59.

³⁷⁵ Véanse las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 61/39, de 18.12.2006; 62/70, de 06.12.2007; 63/128, de 11.12.2008, y 64/116, de 16.12.2009.

³⁷⁶ Véase también CIJ, Opinión Consultiva sobre el *Sáhara Occidental*, 1975, párr. 73.

³⁷⁷ Véase R. Kolb, “De la prétendue discrétion de la Cour Internationale de Justice de refuser de donner un avis consultatif”, en *The International Legal System in Quest of Equity and Universality – Liber Amicorum G. Abi-Saab* (eds. L. Boisson de Chazournes y V. Gowlland-Debbas), La Haya, Nijhoff, 2001, págs. 614 a 618, y véanse págs. 619 a 627.

discrecionalidad con la prudencia judicial, ha omitido poner de relieve la postura proactiva que con acierto adoptó en la era de las Naciones Unidas, en ejercicio de su función consultiva, como órgano judicial principal de las Naciones Unidas (Artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas), y como baluarte final de la prevalencia del estado de derecho en la conducción de las relaciones internacionales³⁷⁸. Del mismo modo, es algo inquietante encontrar, en la desafortunada redacción del párrafo 29, que el fantasma de *Carelia Oriental* parece, como el ave fénix, haber resurgido de las cenizas...

27. La función consultiva de la Corte no es una simple facultad, que pueda utilizar en uso de su libre discrecionalidad: es una *función*, en definitiva de la mayor importancia para la comunidad internacional en su conjunto, del órgano judicial principal de las Naciones Unidas. El ejercicio de la discrecionalidad corresponde a los órganos políticos, como la Asamblea General o el Consejo de Seguridad, también cuando deciden solicitar una opinión consultiva a la CIJ. Esta, cuando conoce de un asunto – sea una solicitud de opinión consultiva o una causa contenciosa – tiene el deber de desempeñar fielmente sus funciones judiciales, sea en asuntos consultivos o en causas contenciosas. La Corte no puede permitirse apreciar la oportunidad de una opinión consultiva, y me resulta sorprendente que la Corte dedique tanta atención a esta cuestión en la presente Opinión consultiva (párrafos 29 a 48), hasta el punto de examinar tecnicismos (en los párrafos 36 y 39, en relación con los respectivos papeles y facultades del Consejo de Seguridad y la Asamblea General) y de eludir una detenida consideración de los antecedentes de hecho (véase *infra*) de la *grave crisis humanitaria en Kosovo*, que señalaron a su atención varios de los participantes en el curso de las fases escrita y oral del presente procedimiento consultivo.

28. Después de todo, nuestra edad es la edad de la tranquilizante multiplicación de los tribunales internacionales, como testimonio del reconocimiento de la primacía del derecho sobre la fuerza. Nuestra edad es la edad de la “jurisdiccionalización” del derecho y las relaciones internacionales, como testimonio de las mejoras en las modalidades de solución pacífica de controversias. Nuestra edad es la edad de la *expansión de la jurisdicción internacional*, como testimonio de los avances de la idea de una justicia objetiva. Nuestra edad es la edad de una atención constantemente creciente a los avances del *estado de derecho* en los planos nacional e internacional, una causa en la que ahora están empeñadas las Naciones Unidas en su conjunto, particularmente desde 2006 en adelante (véase *supra*). La invocación de la “discrecionalidad”, y la insistencia en ella – bastante discrecionalmente – parecen, en mi opinión, pasar por alto la evolución de la función judicial en el derecho internacional contemporáneo, si no tratar de obstruir su curso. Afortunadamente, la conciencia del fenómeno contemporáneo y tranquilizante de la jurisdiccionalización ha prevalecido en definitiva sobre la indebida politización, subrayando algunos de los argumentos examinados por la Corte, que ésta debería haber descartado rápidamente.

29. Pasando a otro aspecto relacionado, me parece además claro que la CIJ está plenamente facultada, si lo estima adecuado, para reformular la cuestión que se le planteó mediante la solicitud de opinión consultiva, de modo de lograr más claridad. Así pues, la supuesta falta de claridad o certidumbre en la redacción de una cuestión no puede ser invocada con el resultado de privar a la Corte de su competencia. Muy por el contrario, cualquier incertidumbre puede dar lugar a una

³⁷⁸ En su Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* (2004), la CIJ recordó que “[l]a Corte actual no se ha abstenido jamás de responder a una solicitud de opinión consultiva invocando su facultad discrecional. (...) Sólo en una ocasión el órgano predecesor de la Corte actual, la Corte Permanente de Justicia Internacional, estimó que no podía responder a una cuestión que se le había planteado (*Condición de Carelia Oriental*, Opinión Consultiva, 1923)” (párr. 44).

aclaración o reformulación por parte de la propia Corte. De hecho, a lo largo de los decenios, tanto la CPJI como la CIJ han observado reiteradamente que la redacción de una solicitud de opinión consultiva no expresaba adecuadamente la cuestión sobre la cual se solicitaba la opinión de la Corte³⁷⁹, o bien no correspondía a la “verdadera cuestión jurídica” que se estaba considerando³⁸⁰. En un caso particular, la CIJ señaló que la cuestión que se le había planteado, “a simple vista, a la vez estaba inadecuadamente expresada y era vaga”³⁸¹.

30. Consiguientemente, la Corte ha debido frecuentemente ampliar, interpretar e incluso reformular las cuestiones planteadas³⁸²; y concordantemente ha considerado adecuado “identificar los principios y normas existentes”, interpretarlos y aplicarlos, brindando de tal manera una respuesta a “la cuestión planteada sobre la base del derecho”³⁸³. Ello permite desechar el argumento totalmente inconvincente – si no inadecuado – de que supuestamente sería “políticamente inadecuado” que la CIJ emitiera la presente Opinión consultiva. Simplemente no se debería plantear un argumento de esa índole ante “el órgano *judicial* principal de las Naciones Unidas” (Artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas), que no puede atribuir un carácter político a una solicitud que se supone que la invita a emprender un cometido esencialmente judicial³⁸⁴. La propia CIJ ha reflexionado, a este respecto, que

“En las instituciones en las cuales las consideraciones políticas son prominentes, tal vez sea particularmente necesario que una organización internacional obtenga una opinión consultiva de la Corte acerca de los principios jurídicos aplicables con respecto al asunto en debate”³⁸⁵.

31. Sin embargo, en el curso del presente procedimiento consultivo se ha planteado otro argumento de índole análoga, a saber, la falta de consentimiento de Kosovo a la competencia de la Corte, cosa que supuestamente afectaría a la Corte como asunto de prudencia judicial: según el argumento, la CIJ debería abstenerse de ejercer su competencia en el presente caso, porque la solicitud de la Asamblea General atañe, según se afirma, a una controversia bilateral entre Kosovo y Serbia con respecto a la cual Kosovo no ha consentido en el ejercicio de esa competencia. En mi opinión, ese argumento también parece ser inconvincente e infundado.

32. Como es de conocimiento general, el consentimiento es requisito para el ejercicio de la función *contenciosa* de la Corte, y no de su función consultiva. Y no podría ser de otro modo, pues la finalidad de las opiniones consultivas es servir de orientación o guía de las Naciones Unidas y sus órganos. La propia CIJ ha

³⁷⁹ Véase, por ejemplo, CPJI, Opinión Consultiva sobre la *Interpretación del acuerdo greco-turco de 01.12.1926*, 1928, págs. 14 a 16.

³⁸⁰ CIJ, Opinión Consultiva sobre la *Interpretación del acuerdo de 25.03.1951 entre la OMS y Egipto*, 1980, párrs. 34 a 36.

³⁸¹ CIJ, Opinión Consultiva sobre la *Petición de revisión del fallo núm. 273 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas*, 1982, párr. 46.

³⁸² Véase, además de las tres opiniones consultivas mencionadas, también la Opinión Consultiva de la CIJ sobre la *Admisibilidad de solicitudes de audiencia por la Comisión del África Sudoccidental*, 1956, pág. 25; y la Opinión Consultiva de la CIJ sobre *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, 1962, págs. 157 a 162.

³⁸³ CIJ, Opinión Consultiva sobre *La amenaza o el uso de armas nucleares*, 1996, párr. 13; CIJ, Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004, párr. 38.

³⁸⁴ CIJ, Opinión Consultiva sobre *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, 1962, pág. 155.

³⁸⁵ CIJ, Opinión Consultiva sobre la *Interpretación del acuerdo de 25.03.1951 entre la OMS y Egipto*, 1980, pág. 87, párr. 33.

aclarado este aspecto, seis decenios atrás, en su célebre opinión consultiva sobre la *Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania (Primera fase)*, (1950), en la que dijo, textualmente, lo siguiente:

“El consentimiento de los Estados, partes en una controversia, es la base de la competencia de la Corte en los casos contenciosos. La situación es diferente en lo tocante al procedimiento consultivo, incluso cuando la solicitud de opinión se relaciona con una cuestión jurídica actualmente pendiente entre Estados. La respuesta de la Corte es sólo de carácter consultivo: como tal, no tiene fuerza vinculante. De ello se infiere que ningún Estado, ya sea Miembro de las Naciones Unidas o no, puede impedir que se emita una opinión consultiva que las Naciones Unidas consideran deseable a fin de obtener un esclarecimiento en cuanto al curso de acción que deberían adoptar. La opinión de la Corte no se da a los Estados, sino al órgano que está facultado para solicitarla; la respuesta de la Corte (...), en principio, no debería negarse” (pág. 71)³⁸⁶.

En el presente caso, el objeto de la solicitud de opinión consultiva de la CIJ es ilustrar a la Asamblea General en cuanto a si la declaración de independencia de Kosovo por sus autoridades se ajusta al derecho internacional o no.

33. Además, debe tenerse presente que, si bien el consentimiento previo de los Estados siempre ha sido una barrera para el ejercicio de la función de la CIJ de resolver los casos contenciosos, ocurre lo contrario en lo tocante al ejercicio de su función consultiva: ésta no está en absoluto condicionada por el consentimiento previo de los Estados. Aquí, la CIJ tiene un medio no sólo para aclarar las cuestiones que se le transmiten para que emita opiniones consultivas, sino también para contribuir con ello al desarrollo progresivo del derecho internacional. Hay tres notables ejemplos en este sentido en sus innovadoras opiniones consultivas sobre la *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, de 1949; sobre las *Reservas a la Convención sobre el Genocidio*, de 1951, y sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (Africa Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, de 1971.

34. En suma y conclusión acerca de la cuestión preliminar en consideración, ninguno de los argumentos formulados en el curso del presente procedimiento consultivo con el fin de tratar de persuadir a la CIJ de que se inhibiera y se abstuviera de cumplir su función consultiva en relación con la declaración de independencia de Kosovo por sus autoridades, resiste a un examen detenido. La competencia de la Corte está plenamente establecida en el presente asunto (véase *supra*), y no existe ninguna “razón imperiosa” para que la Corte no la ejerza. No es necesario aclarar mucho más a este respecto. Mi conclusión sobre este punto es que no se trata para nada de que la Corte actúe “discrecionalmente”; la Corte tiene que desempeñar su función consultiva, y debe emitir, como acaba de hacerlo, la opinión consultiva solicitada, cumpliendo así fielmente sus deberes como órgano judicial principal de las Naciones Unidas. A su vez, la Corte debería, en mi

³⁸⁶ La CIJ siguió este mismo razonamiento, hace un lustro, en su anterior Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* (2004). La Corte, después de examinar “la oposición de ciertos Estados interesados a la solicitud de [que] la Asamblea General” emitiera una opinión consultiva sobre el tema en debate, “desde el punto de vista de la prudencia judicial”, consideró que

“El objeto de la solicitud que tiene ante sí la Corte es obtener de ella una opinión que la Asamblea General considera de utilidad para el buen ejercicio de sus funciones. La opinión solicitada se refiere a una cuestión que preocupa especialmente a las Naciones Unidas y que se sitúa en un marco de referencia mucho más amplio que una controversia bilateral” (párr. 50).

opinión, haber dedicado una atención mucho mayor que la que dedicó en la presente Opinión consultiva al contexto fáctico – en particular los antecedentes de hecho – del asunto en cuestión.

III. LOS ANTECEDENTES DE HECHO Y EL CONTEXTO DE LA CUESTIÓN PLANTEADA A LA CORTE

35. En la presente Opinión Consultiva sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia relativa a Kosovo*, la Corte aplicó un enfoque minimalista de los antecedentes de hecho de la cuestión que le planteó la Asamblea General, concentrando su atención en la declaración de independencia de Kosovo de 17.02.2008, y haciendo abstracción de sus *causas*, relativas a la trágica sucesión de hechos de la prolongada y *grave crisis humanitaria de Kosovo*, que culminó con la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad. Como miembro de la Corte, me siento obligado a examinar esos antecedentes de hecho en la presente opinión separada, habida cuenta de que la Corte parece no haber considerado necesario hacerlo, a saber, considerar detenidamente la *grave crisis humanitaria* de Kosovo. Esta cuestión, a la que asigno gran importancia, fue, después de todo, señalada reiteradamente a la atención de la Corte, en el curso del presente procedimiento consultivo, por varios participantes, tanto en la fase escrita como en la oral. Tal vez la Corte, como la humanidad, “no puede soportar mucha realidad”³⁸⁷.

36. Al considerar, consiguientemente, los antecedentes de hecho y el contexto de la cuestión planteada por la solicitud formulada a la Corte por la Asamblea General a fin de que emitiera la presente Opinión consultiva, me permito señalar a la atención que, en ocasiones anteriores, bastante nítidamente, la CIJ consideró adecuado examinar detenidamente *toda la gama de hechos* que llevaron a las cuestiones llevadas a su conocimiento a los efectos de las opiniones consultivas solicitadas. Así pues, en su célebre opinión consultiva de 1971 sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, la CIJ dijo que

“Es algo incontrovertido, y está ampliamente apoyado por documentos anexados a la exposición escrita de Sudáfrica en el presente procedimiento, que la política gubernamental oficial seguida por Sudáfrica en Namibia consiste en lograr una completa separación física de razas y grupos étnicos en zonas separadas dentro del territorio. La aplicación de esa política ha requerido, según lo ha admitido Sudáfrica, medidas restrictivas de control adoptadas y hechas cumplir oficialmente en el Territorio por el poder coercitivo del ex mandatario. Dichas medidas establecen limitaciones, exclusiones o restricciones para los miembros de los grupos de población indígenas con respecto a su participación en determinados tipos de actividades, esferas de estudio o de formación, trabajo o empleo, y también los someten a restricciones o exclusiones de residencia y movimiento en grandes partes del territorio.

Con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas, el ex-mandatario se ha comprometido a observar y respetar, en un territorio que tiene una condición internacional, los derechos humanos y libertades fundamentales de todos sin

³⁸⁷ Parafraseando el soliloquio de Thomas Becket en Canterbury, su premonición frente a la inminencia de su sacrificio; véase T.S. Eliot, “Murder in the Cathedral” (de 1935), en *The Complete Poems and Plays 1909-1950*, N.Y./Londres, Harcourt Brace & Co., 1980 [reimpresión], págs. 208 y 209.

distinción por motivos de raza. Establecer, en lugar de ello, y hacer cumplir, distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones exclusivamente basadas en motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico que constituiría una denegación de los derechos humanos fundamentales es una flagrante violación de los propósitos y principios de la Carta” (párrs. 130 y 131).

37. Análogamente, en su opinión consultiva de 1975 sobre el *Sáhara Occidental*, la CIJ examinó el asunto llevado a su conocimiento “en el contexto de ese territorio y esa organización social y política de la población” (párr. 89), cosa que la llevó a hacer un detallado examen de los hechos (párrs. 90 a 107). Y, una vez más, en su opinión consultiva de 2004 sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, antes de determinar los principios y normas de derecho internacional que tenían importancia para apreciar la legalidad de las medidas tomadas por Israel, la Corte describió extensamente las obras que Israel había construido o estaba proyectando construir, basándose en el informe del Secretario General. La opinión consultiva dio abundantes detalles sobre el efecto de dichas obras para los palestinos (párrs. 79 a 85). Y la CIJ añadió que, para “los acontecimientos posteriores a la publicación” del informe del Secretario General, haría referencia a la información complementaria contenida en la exposición escrita de las Naciones Unidas, que según el Secretario General tenía la finalidad de complementar su informe (párr. 79).

38. En otra ocasión, en su sentencia de 19.12.2005 en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, la CIJ, después de un detenido análisis de los antecedentes de hecho de la causa y de la prueba producida ante ella, consideró que

“tiene suficientes pruebas fidedignas para concluir que las tropas de las Fuerzas de Defensa Popular de Uganda (UPDF) cometieron actos de matanza, tortura y otras formas de trato inhumano de la población civil, destruyeron aldeas y edificios civiles, no distinguieron entre objetivos civiles y militares y no protegieron a la población civil en la lucha con otros combatientes, incitaron conflictos étnicos y no tomaron medidas para poner fin a tales conflictos, estuvieron involucradas en el adiestramiento de niños soldados, y no tomaron medidas para asegurar el respeto de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en los territorios ocupados” (párr. 211).

En la misma sentencia dictada en 2005 en la causa en que se enfrentaban la República Democrática del Congo y Uganda, la Corte añadió que “las acciones de las diversas partes del complejo conflicto en la República Democrática del Congo han contribuido al inmenso sufrimiento a que se enfrentó la población congoleña. La Corte tiene dolorosa conciencia de que se han cometido muchas atrocidades en el curso del conflicto” (párr. 221).

39. En otra ocasión más, en la providencia que dictó el 10.07.2002 en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda: 2002, República Democrática del Congo c. Rwanda)*, la CIJ, teniendo en cuenta el contexto fáctico, se declaró “profundamente preocupada por la deplorable tragedia humana, pérdida de vidas, y enorme sufrimiento en el este de la República Democrática del Congo como resultado de los continuos combates en dicho lugar” (párr. 54). Análogamente, en su providencia de 02.06.1999 sobre Medidas provisionales en las causas relativas a la *Legalidad del uso de la fuerza*, la CIJ observó que estaba

“profundamente preocupada por la tragedia humana, la pérdida de vidas y el enorme sufrimiento en Kosovo que constituye el trasfondo de la presente controversia, así como por la continuación de la pérdida de vidas y el

sufrimiento humano en todas las partes de Yugoslavia”³⁸⁸.

En todas las ocasiones mencionadas, como cabía esperar, la CIJ no vaciló en examinar los *antecedentes de hecho* de las causas y asuntos llevados a su conocimiento, antes de pronunciarse sobre ellos.

40. Así pues, me parece bastante extraño que, en la presente Opinión consultiva sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia relativa a Kosovo*, la CIJ, después de haber dedicado – como ya se señaló – tanta atención a los puntos habitualmente planteados ante ella, en su práctica, relativos a la llamada “discrecionalidad” judicial – como si aparentemente estuviera tratando de justificar la emisión de la presente Opinión consultiva, – haya prestado apenas una breve y somera atención a los antecedentes de hecho de la cuestión que le planteó la Asamblea General a los efectos de la presente Opinión consultiva. Sin embargo, es precisamente la *catástrofe humanitaria* en Kosovo lo que llevó a la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, y los acontecimientos subsiguientes, que culminaron con la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 por las autoridades de Kosovo.

41. Así pues, considero que la *catástrofe humanitaria* de Kosovo merece una detenida atención por parte de la Corte, a los efectos de la presente Opinión consultiva. En mi opinión, la Corte debería haber prestado una explícita atención a los antecedentes de hecho y al contexto general de la solicitud de que emitiera una opinión consultiva. Después de todo, la *grave crisis humanitaria* en Kosovo siguió siendo, a lo largo del decenio 1989-1999, no sólo una continua amenaza a la paz y la seguridad internacionales – hasta la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, que estableció la administración internacional del territorio por las Naciones Unidas – pero también una tragedia humana marcada por un saldo masivo de muertes, heridas graves de todo tipo y terrible sufrimiento de la población. En mi opinión, la Corte no debería haberse autolimitado, como lo hizo en la presente Opinión consultiva, a seleccionar sólo los escasos hechos registrados e instantáneos de las circunstancias que rodearon a la declaración de independencia por las autoridades de Kosovo el 17.02.2008 y poco tiempo después, haciendo abstracción de los antecedentes de hecho que llevaron a la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y, un decenio después, a la proclamación de dicha declaración de independencia.

42. En efecto, esos antecedentes de hecho fueron en gran medida eludidos por la CIJ. En la presente Opinión consultiva, la Corte pareció contentarse con concentrarse en los acontecimientos de 2008-2009³⁸⁹, y, en lo tocante a la *grave crisis humanitaria* que los precedió y los explicó, sólo se refirió breve y elípticamente a esa crisis en Kosovo, y al “fin [...] a la violencia y a la represión”³⁹⁰ en Kosovo, sin más referencias concretas a los hechos que constituyeron esa prolongada crisis humanitaria. La Corte actuó así, a pesar de que esos antecedentes de hecho fueron señalados a su atención, detalladamente, por varios participantes (véase *infra*), en el curso del presente procedimiento consultivo, durante las fases escrita y oral.

43. Además, en mi opinión, ni la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, ni la declaración de independencia de Kosovo de 17.02.2008, pueden considerarse adecuadamente haciendo abstracción de sus antecedentes de hecho y contexto. En lo tocante a sus antecedentes de hecho, puede recordarse que, antes de

³⁸⁸ CIJ, causa relativa a la *Legalidad del uso de la fuerza (Yugoslavia c. Bélgica)*, *Solicitud de indicación de medidas provisionales*, *ICJ Reports (1999)* pág. 131, párr. 16, y los correspondientes *obiter dicta* en las otras causas relativas a la *Legalidad del uso de la fuerza* (1999).

³⁸⁹ Secciones III y IV de la presente Opinión Consultiva.

³⁹⁰ Véase el párrafo 58 de la presente Opinión Consultiva.

la irrupción y el agravamiento de la crisis de Kosovo (a fines del decenio de 1980 y comienzos del decenio de 1990), la estructura constitucional de la República Federativa Socialista de Yugoslavia comprendía seis Repúblicas (las Repúblicas Socialistas de Bosnia y Herzegovina, Croacia, Eslovenia, Macedonia, Montenegro y Serbia) y dos Provincias Autónomas (Kosovo y Vojvodina, dentro de la República Socialista de Serbia). En la Constitución de 1974 de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, la Provincia Socialista Autónoma de Kosovo tenía un “muy alto grado de autonomía”; de hecho, los “amplios poderes” otorgados por la Constitución de 1974 de la República Federativa Socialista de Yugoslavia determinaban una “igualdad *de facto*” entre las mencionadas Repúblicas y Provincias Autónomas³⁹¹.

44. En 1989, como resultado de los cambios introducidos en la Constitución de la República de Serbia, se revocó el estatuto de Provincia Autónoma de Kosovo³⁹², cosa que determinó un alto grado de tensión y una rápida reacción de Kosovo³⁹², procurando la independencia. Estalló la crisis humanitaria, y el período posterior a 1990 estuvo marcado por sistemáticas medidas discriminatorias y sucesivas y graves violaciones de derechos humanos, perpetradas en los primeros años por Las autoridades serbias contra un gran segmento de la población albanesa de Kosovo. A finales del decenio de 1990 la crisis se agravó, con la abominable práctica de la depuración étnica³⁹³ y graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

45. En el curso del presente procedimiento consultivo (fases escrita y oral) ante esta Corte, varios participantes se preocuparon por caracterizar a la situación de Kosovo como *sui generis*, o en otras formas. En las raíces de esa preocupación está la preocupación subyacente por la creación de un precedente, cualquiera fuese su resultado. Difícilmente se puede dejar de reconocer que cada caso es un caso, envuelto como está en su propia historia. Algunos casos pueden compartir los mismos rasgos históricos (como los casos de descolonización entre finales del decenio de 1960 y comienzos del decenio de 1980), conformando de tal modo una pauta determinada en el desarrollo histórico del *derecho de las Naciones Unidas*. Otros tal vez parezcan más bien singulares, también en el marco del *derecho de las Naciones Unidas*.

46. Así pues, se debe tener cuidadosamente presente la historia de cada caso. Y cada caso tiene una dinámica propia. Consiguientemente, en mi opinión, la declaración de independencia de Kosovo de 2008 no puede examinarse en abstracto, o aisladamente, sino en relación con sus *antecedentes de hecho* y su contexto histórico, que lo explican. En la misma línea, la declaración de independencia de 2008 debería considerarse en su conjunto. La crisis humanitaria de Kosovo a lo largo del decenio 1989-1999 apareció en relación con el proceso histórico de la ruptura de la ex Yugoslavia. Sus *hechos sociales* resistieron sucesivos intentos de solución pacífica, no respetaron marcos temporales³⁹⁴, ni estuvieron limitados por plazos. La historia de cada caso no se limita a los sucesivos intentos de solucionarlo pacíficamente: también comprende sus *causas* y *epifenómenos*, que también deben

³⁹¹ Véase, entre otros, R. Muharremi, “Kosovo’s Declaration of Independence: Self-Determination and Sovereignty Revisited”, *Review of Central and East European Law*, vol. 33 (2008), págs. 406 y 407.

³⁹² Al declararse, por su Asamblea, en julio de 1990, una República independiente dentro Yugoslavia.

³⁹³ Véase M. Grmek, M. Gjidara y N. Simac (eds.), *Le nettoyage ethnique (Documents historiques sur une idéologie serbe)*, París, Fayard/Éd. Seuil, 2002, págs. 43 a 353.

³⁹⁴ A diferencia de lo que la Comisión Badinter habría deseado hacernos creer (habiendo intentado en vano hacerlo). Véase, sobre este punto en particular, P. Radan, *The Break-up of Yugoslavia and*

tenerse cuidadosamente en cuenta.

47. En segundo lugar, la grave crisis humanitaria, tal como se desarrolló en Kosovo a lo largo del decenio de 1990, estuvo marcada por una prolongada pauta de sucesivos crímenes contra civiles, por graves violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, y por el surgimiento de uno de los más horribles crímenes de nuestro tiempo, el de la *depuración étnica*. Esta expresión entró en el vocabulario del derecho internacional contemporáneo por conducto de la rápida reacción de la ex Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que, a partir de agosto de 1992, comenzó a utilizarla específicamente en relación con los trágicos conflictos que comenzaron a asolar a la ex Yugoslavia. Desde finales de 1992 en adelante, la expresión “depuración étnica” había de aparecer sistemáticamente en otros documentos de las Naciones Unidas, inclusive resoluciones de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad.

48. Recuerdo bien las rápidas repercusiones que tuvieron las noticias de esos crímenes, a unos doscientos kilómetros de distancia, en Viena, durante la Segunda Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, donde yo estaba trabajando (en junio de 1993), en su Comité de Redacción. La decisión que había tomado la Conferencia Mundial de no considerar individualmente a ninguna situación, fue rápidamente abandonada, y revertida, habida cuenta de las horribles noticias que estaban llegando de la ex Yugoslavia: surgió una sensación general de que una Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos que hiciera abstracción de esa situación general simplemente perdería su razón de ser. Ello explica que – además de la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y el Informe Final de la Conferencia, – se aprobaran dos resoluciones, sobre Bosnia y Herzegovina y sobre Angola, respectivamente, ambas asoladas entonces por conflictos armados.

49. En tercer lugar, otro elemento característico de la crisis humanitaria de Kosovo fue la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aprobada el 10 de junio de 1999, de colocar a Kosovo bajo una administración internacional de transición de las Naciones Unidas –al paso que se reconocía la integridad territorial de Serbia – a la espera de una determinación definitiva de su estatuto futuro. A partir de entonces, Kosovo fue retirado de la “jurisdicción interna” de Serbia, al haber pasado a ser un asunto de legítima incumbencia internacional. El *derecho de las Naciones Unidas* pasó a ser aplicable a su estatuto, a los efectos de su administración internacional. El carácter singular de la situación de Kosovo fue señalado también por el Enviado Especial del Secretario General de las Naciones Unidas (Sr. M. Ahtisaari, designado el 14.11.2005), en su *Informe* sobre el estatuto futuro de Kosovo: “Kosovo es un caso especial que requiere una solución especial. No crea un precedente para otros conflictos sin resolver” (párr. 15)³⁹⁵.

50. Examinando retrospectivamente las *causas* y los *epifenómenos* de la crisis humanitaria de Kosovo (a los que la presente Opinión consultiva de la Corte se refiere apenas brevemente, evitando al mismo tiempo cualquier clase de examen de los hechos pertinentes que llevaron a ella), la privación de la autonomía de Kosovo (anteriormente garantizada por la Constitución de 1974) en 1989, abrió el camino para el ciclo de discriminación sistemática, violencia de máxima intensidad y atrocidades que victimizaron a grandes sectores de la población de Kosovo, a lo largo de un decenio (1989-1999), llevando a la aprobación de una serie de resoluciones de los principales órganos políticos de las Naciones Unidas, que

³⁹⁵ Análogamente, el Consejo de la Unión Europea reiteró, el 18.02.2008, su opinión de que la situación de Kosovo constituía un caso sui generis. Durante esos años, el cuadro general de toda la región cambió notablemente.

culminaron con la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad.

51. Para el examen de una crisis humanitaria como la de Kosovo, los intentos de solucionarlo amistosamente son indudablemente pertinentes³⁹⁶, pero, a fin de salir de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad para pasar a considerar la declaración de independencia de Kosovo de 17.02.2008, es necesario tener presentes las *causas* del conflicto precedente, que radican en la planificada y brutal represión de larga data de grandes sectores de la población de Kosovo (*infra*). Así pues, en mi opinión, los esfuerzos en pro de una solución pacífica no pueden abordarse de una manera “técnica” y aislada, separada de las *causas* del conflicto. En consecuencia, es importante, como ya se señaló, tener claramente presente en su totalidad el contexto y los *antecedentes de hecho* de la cuestión planteada a la CIJ por la Asamblea General para la presente Opinión consultiva (véase *infra*).

52. Antes de proceder a un examen de esa serie de resoluciones *en conjunto* (cosa que la CIJ también ha evitado hacer, concentrándose específicamente en la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad), estimo necesario insertar el asunto en el marco más general del *derecho de las Naciones Unidas*. Con tal fin, comenzaré por recordar los antecedentes pertinentes vinculados con el advenimiento de las organizaciones internacionales – que aquí no puede pasar inadvertido – en su creciente atención a las necesidades y aspiraciones del “pueblo” o la “población”.

IV. EL ADVENIMIENTO DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y LA CRECIENTE ATENCIÓN A LAS NECESIDADES Y ASPIRACIONES DEL “PUEBLO” O LA “POBLACIÓN”

53. El advenimiento de las organizaciones internacionales no sólo anunció la creciente expansión de la personalidad jurídica internacional (que ya no sería monopolio de los Estados), sino que además hizo que la atención se reorientara hacia la importancia de satisfacer las necesidades y aspiraciones del pueblo. En este sentido, las organizaciones internacionales han contribuido a un retorno al derecho de gentes, en el marco de los nuevos tiempos, y a un resurgimiento de su visión humanista, fiel a las enseñanzas de los “padres fundadores” del derecho de gentes (véase *infra*). Esa visión marcó su presencia en los anteriores experimentos del sistema de mandatos, en la Sociedad de las Naciones, y del sistema de administración fiduciaria, en las Naciones Unidas, como lo hace hoy en las iniciativas de administración internacional de territorios de las Naciones Unidas.

1. La Sociedad de las Naciones: el sistema de mandatos

³⁹⁶ Los esfuerzos y las iniciativas que se llevaron a cabo, en distintas etapas de la crisis de Kosovo, a fin de lograr una solución pacífica, deben, desde luego, ser tenidos en cuenta por la CIJ, junto con las causas del conflicto. Cabe recordar, a este respecto, en lo tocante a los intentos de solución pacífica, entre otros, las negociaciones entabladas por el Grupo de Contacto (1998-1999), los Acuerdos resultantes de la Conferencia de Rambouillet (1999), la propia resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, el Marco Constitucional para el establecimiento de un gobierno autónomo provisional de Kosovo (promulgado por el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas en mayo de 2001 y terminado de ponerse en práctica a finales de 2003), las conversaciones de la Troika (2007), el Informe del Enviado Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el estatuto futuro de Kosovo (2007). Para estudios recientes sobre los sucesivos intentos de solución pacífica, véase, por ejemplo, H.H. Perritt Jr., *The Road to Independence for Kosovo – A Chronicle of the Ahtisaari Plan*, Cambridge, University Press, 2010, págs. 1 a 278; J. Ker-Lindsay, *Kosovo: The Path to Contested Statehood in the Balkans*, Londres/N.Y., I.B. Tauris, 2009, págs. 1 a 126.

54. El sistema de mandatos surgió de la conciencia humana, como reacción contra los abusos del pasado, y para ponerles fin: la anexión de colonias, la política de adquisición de territorios (como emanación y afirmación de la soberanía del Estado) practicada por las grandes potencias de la época, la adquisición y explotación de recursos naturales. Todas esas prácticas abusivas solían ocurrir con flagrante y grosero menosprecio por las ya adversas condiciones de vida, y por la indefensión, de los pueblos nativos. La reacción contra esos abusos encontró expresión en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, que reorientó la atención hacia los pueblos que debían ser asistidos y protegidos.

55. El artículo 22, párrafos 1) y 2), del Pacto dejó en claro que, con arreglo al sistema de mandatos que se estaba estableciendo, a las potencias mandatarias se les encomendaba “el bienestar y el desarrollo”, así como “la tutela”, de los pueblos colocados bajo dicho régimen. La soberanía del Estado era ajena al sistema de mandatos: no tenía incidencia ni aplicación en su ámbito. La soberanía del Estado estaba claramente disociada de los deberes y responsabilidades de los mandatarios para con los pueblos bajo mandato, como una “misión sagrada de civilización”, de promover el bienestar y el desarrollo de dichos pueblos.

56. De tal modo se creó una nueva relación en derecho internacional, reemplazando, en el marco del sistema de mandatos, la vieja y tradicional concepción de la soberanía del Estado por la gobernanza de los pueblos, procurando realizar sus propios intereses y capacitándolos hacia el logro de la autonomía y el autogobierno. En las meditadas palabras escritas en 1930 por Norman Bentwich (entonces Fiscal General de Palestina, uno de los territorios bajo mandato),

“El mandatario es un protector con conciencia y – lo que es más – con un guardián de su conciencia, obligado a ejercer el gobierno según principios definidos, contener a los fuertes y proteger a los débiles, no obtener beneficios y no garantizar ningún privilegio”³⁹⁷.

57. Al asegurar el bienestar y el desarrollo de los pueblos de que se trataba, las potencias mandatarias estaban obligadas a garantizar su libertad de conciencia y el libre ejercicio de todas las religiones y formas de culto. La doble naturaleza de las potencias mandatarias se tornó evidente, al emanar del propio artículo 22 del Pacto: en primer lugar, y ante todo, tenían deberes frente a los pueblos bajo tutela (una relación personal); y, en segundo lugar, tenían deberes para con la sociedad internacional (de la época) en general, ante la Sociedad de las Naciones como supervisora del sistema de mandatos³⁹⁸ y, en definitiva, ante la humanidad en su conjunto.

58. Sin embargo, como todos los instrumentos, mecanismos e instituciones jurídicos, el sistema de mandatos fue un producto de su tiempo. Todos vivimos *dentro* del tiempo. Quedó en claro que sería necesario, de allí en adelante, además, evitar los estigmas del pasado, – fuente de muchos debates en esos días y más adelante – tales como el uso de algunos términos (como “tutela”, o incluso “guarda”), y el intento de clasificación de grados de civilización (como en la lista de mandatos A, B y C). En el siguiente experimento de las organizaciones internacionales, ya en la era de las Naciones Unidas – el del sistema de administración fiduciaria, – la atención pasó a centrarse en la libre determinación de los pueblos.

2. Las Naciones Unidas: el sistema de administración fiduciaria

³⁹⁷ N. Bentwich, *The Mandates System*, Londres, Longmans, 1930, pág. 5.

³⁹⁸ Véase *ibid.*, págs. 7 a 9 y 16 a 20.

59. En el sistema internacional de administración fiduciaria de las Naciones Unidas, en los Capítulos XII y XIII de la Carta, la atención estuvo centrada en los *pueblos* de que se trataba. Además, existía el Capítulo XI, relativo a los territorios no autónomos: en dicho Capítulo, el Artículo 73 reiteró la noción de “encargo sagrado”, en la protección de los pueblos de que se trataba “contra todo abuso”, y en el desarrollo progresivo de su “gobierno propio” teniendo en cuenta sus “aspiraciones”. En lo tocante al sistema de administración fiduciaria mismo (Capítulo XII), el Artículo 76 enumeraba los siguientes objetivos básicos:

- a) fomentar la paz y la seguridad internacionales;
- b) promover el adelanto político, económico, social y educativo de los habitantes de los territorios fideicometidos y su desarrollo progresivo hacia el gobierno propio o la independencia, teniéndose en cuenta las circunstancias particulares de cada territorio y de sus pueblos y los deseos libremente expresados de los pueblos interesados, y según se dispusiere en cada acuerdo sobre administración fiduciaria;
- c) promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, así como el reconocimiento de la interdependencia de los pueblos del mundo; y
- d) asegurar tratamiento igual para todos los Miembros de las Naciones Unidas y sus nacionales en materias de carácter social, económico y comercial, así como tratamiento igual para dichos nacionales en la administración de la justicia (...)."

60. Se desprende de esos objetivos, de la letra y el espíritu de su formulación en el Artículo 76 de la Carta de las Naciones Unidas, que el sistema de administración fiduciaria de las Naciones Unidas fue ideado y puesto en práctica, en consonancia con el pensamiento jusnaturalista, con el fin de asegurar el bienestar de los habitantes de los territorios fideicometidos, y de avanzar hacia su gobierno propio o su independencia³⁹⁹. Al promover el desarrollo social de los habitantes de los territorios fideicometidos, el sistema de administración fiduciaria estimuló la toma de conciencia acerca de sus derechos; además, tuvo presentes los intereses comunes de las generaciones presentes y futuras – de las poblaciones de dichos territorios⁴⁰⁰. Además, se propuso habilitar a sus poblaciones para que obtuviesen la capacidad de hacerse independientes, en cumplimiento de sus propias aspiraciones, de manera de asegurar la igualdad de tratamiento para todos⁴⁰¹.

61. Este enfoque se ha proyectado en los experimentos contemporáneos de administración internacional de territorios por las Naciones Unidas. El legado humanista de los anteriores experimentos de las organizaciones internacionales a las actuales iniciativas de administración internacional de territorios por las Naciones Unidas (véase *infra*) no puede pasar inadvertido aquí. Los anteriores experimentos de la Sociedad de las Naciones (el sistema de mandatos) y de las Naciones Unidas (el sistema de administración fiduciaria, además del régimen de los territorios no autónomos), fueron ideados, y puestos en funcionamiento, a medida que la conciencia humana iba despertando a la necesidad de hacerlo, para poner fin a los

³⁹⁹ Véase, en este sentido, por ejemplo, C.E. Toussaint, *The Trusteeship System of the United Nations*, Londres, Stevens, 1956, págs. 5, 21, 29, 248, 251 y 253.

⁴⁰⁰ Véase, en este sentido, C.V. Lakshmi-Narayan, *Analysis of the Principles and System of International Trusteeship in the Charter* (tesis), Ginebra, Universidad de Ginebra/IUHEI, 1951, págs. 131, 133, 139 y 140, 145 y 153.

⁴⁰¹ Véase, en este sentido, Jean Beauté, *Le droit de pétition dans les territoires sous tutelle*, París, LGDJ, 1962, págs. 14 y 15, y véase págs. 12 y 13.

abusos contra los seres humanos y evitar que se reiteraran los abusos del pasado.

3. La administración internacional de territorios

62. La administración territorial ejercida por las organizaciones internacionales (en lugar de por Estados extranjeros) también tiene antecedentes históricos: por ejemplo, en la era de la Sociedad de las Naciones, los casos de la Ciudad Libre de Danzig (1920-1939), y el Sarre (cuenca alemana del Sarre, 1920-1935), seguidos, en la era de las Naciones Unidas, por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia (establecido en 1967), y las funciones administrativas desempeñadas por las Naciones Unidas en Camboya (1991-1992). Tres decenios después de la creación del Consejo de las Naciones Unidas para Namibia, los experimentos contemporáneos de administración internacional de territorios por las Naciones Unidas comenzaron también a aplicar un enfoque centrado en el pueblo, de manera bastante proactiva, para poner fin a los abusos y corregir errores que afectaban a la población⁴⁰².

63. Los casos de Kosovo y Timor Oriental son ilustraciones pertinentes: los papeles de la UNMIK y la UNTAET han sido singulares, por haberse referido a las secuelas de conflictos *intraestatales*, y no interestatales⁴⁰³. Como se sabe, a partir del decenio de 1990, las operaciones de paz de las Naciones Unidas comenzaron a intervenir en la reconstrucción posterior a los conflictos⁴⁰⁴ y la construcción pacífica de Estados, desde una perspectiva centrada en el pueblo, atenta a la creación y la preservación de la participación pública. Esto se aplica aún más intensamente en los casos (como el de Kosovo) en los que la población estuvo sometida a sucesivas brutalidades, durante un período prolongado, por parte de las anteriores autoridades “soberanas”.

64. La prolongada opresión pone de relieve la apremiante necesidad de salvaguardar los derechos de los habitantes, y esto nuevamente trae a un primer plano la noción de *administración fiduciaria*, esta vez en relación con los experimentos contemporáneos de administración internacional de territorios⁴⁰⁵. En la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas de septiembre de 2005, el ex Consejo de Administración Fiduciaria de las Naciones Unidas llegó efectivamente al final de sus días, al quedar reemplazado por la Comisión de Consolidación de la Paz de las Naciones Unidas, pero la idea básica de *administración fiduciaria* parece haber sobrevivido en el nuevo contexto⁴⁰⁶. Así pues, no es sorprendente encontrar que, a

⁴⁰² R. Wilde, “From Danzig to Timor Oriental and Beyond: The Role of International Territorial Administration”, *American Journal of International Law*, vol. 95 (2001) págs. 586, 592 y 593, 599 y 600 y 605.

⁴⁰³ M. Bothe y T. Marauhn, “U.N. Administration of Kosovo and East Timor: Concept, Legality and Limitations of Security Council-Mandated Trusteeship Administration”, en *Kosovo and the International Community – A Legal Assessment* (ed. C. Tomuschat), La Haya, Kluwer, 2002, págs. 223, 233, 236 y 239, y véase pág. 242.

⁴⁰⁴ Véase B. Boutros-Ghali, *An Agenda for Peace (With the New Supplement)*, 2ª ed., Nueva York, Naciones Unidas, 1995, págs. 61 a 64.

⁴⁰⁵ T.B. Knudsen, “From UNMIK to Self-Determination? The Puzzle of Kosovo’s Future Status”, en *Kosovo between War and Peace – Nationalism, Peacebuilding and International Trusteeship* (eds. T.B. Knudsen y C.B. Laustsen), Londres, Routledge, 2006, págs. 158 y 159 y 163 a 165, y véase pág. 156; y véase T.B. Knudsen y C.B. Laustsen, “The Politics of International Trusteeship”, en *ibid.*, págs. 10 y 16.

⁴⁰⁶ Véase, en este sentido, R. Wilde, *International Territorial Administration – How Trusteeship and the Civilizing Mission Never Went Away*, Oxford, University Press, 2008, págs. 321 a 323, 325, 344

partir de un contexto de violencia de máxima intensidad como el de Kosovo en el decenio de 1989-1999, haya surgido la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, seguida de los objetivos de autogobierno e independencia supervisada por las Naciones Unidas procurados por la población victimizada.

4. la recurrente preocupación por el “pueblo” o la “población”

65. No es sorprendente que, en el tiempo de los experimentos de territorios bajo mandato o en el de los territorios fideicometidos, se haya prestado considerable atención al “*territorio*”. Sin embargo, el considerable desarrollo del derecho internacional en nuestros tiempos, nos ayuda, en el actual repensamiento de esas instituciones jurídicas, a identificar un elemento, que, en mi opinión, es de la mayor transcendencia en dichas instituciones jurídicas: el de la atención a las *condiciones de vida del “pueblo” o la “población”*. El pueblo y el territorio – considerados como dos de los elementos constitutivos de la calidad de Estado (sumados al del sistema normativo) – van juntos; sin embargo, cuando se colocan en una balanza, parafraseando a un magistrado de la Corte de la Haya del pasado, “incumbe al pueblo determinar el destino del territorio, y no al territorio determinar el destino del pueblo”⁴⁰⁷.

66. Esto nos lleva a considerar un aspecto clave que fue objeto de un insuficiente análisis separado en el pasado, a pesar de su gran importancia, y que, en mi opinión, sigue teniendo considerable importancia en el presente, a saber, las mencionadas *condiciones de vida de la población*. Pueblo y territorio van juntos, pero el *hincapié* pasa del estatuto del territorio a las necesidades y aspiraciones del pueblo. Es este elemento el que, en mi percepción, brinda el denominador común, en una dimensión intertemporal, de los experimentos de los mandatos, los territorios fideicometidos y la contemporánea administración internacional de territorios. Esas instituciones jurídicas – cada una de ellas producto de su tiempo – fueron concebidas y establecidas, en definitiva, para tener en cuenta las necesidades (incluso de protección) y las aspiraciones de los *pueblos*, de los seres humanos, y para dar respuesta a dichas necesidades y aspiraciones.

V. CONSIDERACIONES BÁSICAS DE HUMANIDAD EN EL TRATAMIENTO DE LOS PUEBLOS CON ARREGLO AL DERECHO DE GENTES

67. Así pues, a lo largo de los últimos decenios se han hecho intentos por caracterizar el papel de las organizaciones internacionales en los mencionados experimentos enfocados hacia el tratamiento del “pueblo” o la “población” (los sistemas de mandatos y administración fiduciaria, y la administración internacional de territorios). Si se puede detectar un denominador común de tal caracterización en relación con los distintos experimentos, radica en las consideraciones básicas de humanidad que los permean a todos ellos. Esas consideraciones van mucho más allá de la clásica concentración en las analogías de derecho privado.

International Civil Administration in Kosovo: A Commentary on Some Major Legal Issues”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 18 (2008) pág. 63.

⁴⁰⁷ CIJ, Opinión Consultiva sobre el *Sáhara Occidental*, ICJ Reports (1975), Voto Razonado del Juez Dillard, pág. 122.

1. Analogías de derecho privado

68. Al apreciar la creciente experiencia de las organizaciones internacionales con los experimentos del tipo del sistema de mandatos (en la era de la Sociedad de las Naciones) y el sistema de administración fiduciaria (en la era de las Naciones Unidas), seguida por la experiencia contemporánea de administración internacional de territorios, ha habido un esfuerzo, por parte de la doctrina especializada, de situarlas en el universo conceptual del derecho e identificar allí sus orígenes. Con tal fin, hubo una tendencia, especialmente en estudios hechos por autores formados en el *common law*, de recurrir a analogías de derecho privado, en particular con respecto a los sistemas de mandatos y de administración fiduciaria.

69. Cuando examinaban esos sistemas, la mayoría de los juristas parecían contentarse con identificar esas analogías de derecho privado, sin sentir la necesidad de profundizar en la doctrina jurídica *internacional* de un pasado más distante⁴⁰⁸. Así pues, “mandato” se identificó como derivado del *mandatum*, un contrato consensual de derecho romano; su beneficiario era un tercero. Las palabras inglesas “*trust*” y “*tutelage*” tenían raíces en la *tutela* de derecho romano, instituto de protección de los menores; ello revelaba una gran uniformidad en los sistemas jurídicos, como surge de la palabra inglesa *trust*, en cierta medida descendiente de los *fideicomissa* de derecho romano (en las relaciones “fiduciarias”). En todo caso, por esos medios se creaba una nueva relación, en los sistemas de mandatos y de administración fiduciaria, sobre la base de la confianza (el “encargo sagrado”, *infra*) y, en definitiva, de la conciencia humana.

70. Lo que en definitiva comenzó a importar fue el bienestar y el desarrollo humano de la *población*, de los habitantes de los territorios bajo mandato y territorios fideicometidos. En la infancia de esos experimentos dentro de las organizaciones internacionales, fue claramente señalado por Quincy Wright, por ejemplo, que los mandatos – en el sistema de mandatos de la Sociedad de las Naciones – tenían la finalidad de eludir la noción de soberanía territorial absoluta, que había pasado a ser “inadecuada” para la sociedad internacional de la época, y asimismo tenían la finalidad de dar “protección jurídica” a necesidades recientemente surgidas, a saber, las de “los pueblos bajo mandato”, por aplicación de las mencionadas analogías de derecho privado (*supra*); el mandatario, tutor o fideicomisario tenía “deberes y no derechos”⁴⁰⁹.

2. La posición central de los pueblos en los orígenes del derecho de gentes (*Law of Nations*)

71. Sin embargo, por más esclarecedor que sea un análisis de ese tipo (nadie lo negaría), quedaría incompleto si no estuviera acompañado por un examen de las enseñanzas de los llamados “padres fundadores” del derecho de gentes (*Law of Nations*). Este es notable por su perspectiva esencialmente humanista – que es la que siempre he aceptado. La conciencia humana se despertó tempranamente, y reaccionó ante las noticias de las atrocidades perpetradas a nivel internacional, en la época de formación del *jus gentium* (ya separado de sus orígenes en derecho romano), el derecho de gentes (*Law of Nations*). La atención se reorientó hacia las

⁴⁰⁸ Para una notable excepción, que se retrotrae al pensamiento de los teólogos españoles del siglo XVI (F. de Vitoria y B. de Las Casas), véase R.N. Chowdhuri, *International Mandates and Trusteeship Systems – A Comparative Study*, La Haya, Nijhoff, 1955, págs. 13, 16 a 18 y 20 a 22.

⁴⁰⁹ Quincy Wright, *Mandates under the League of Nations*, Chicago, University of Chicago Press, 1930, págs. 389 y 390, y véanse págs. 375 a 378, 382 a 386 y 387.

víctimas, el pueblo victimizado por la violencia y la crueldad de los dueños del poder de la época. Los pueblos asumieron una posición central en los primeros días del surgimiento del derecho de gentes.

72. Así pues, ya a mediados del siglo XVI, en su memorable relato de la cruel destrucción de las *Indias* (1552), Bartolomé de las Casas, invocando la *recta ratio* y el derecho natural, denunció audazmente las masacres y la destrucción de las aldeas, de los habitantes de las *Indias*, perpetrados con impunidad por los colonizadores⁴¹⁰. A pesar de que las víctimas eran totalmente inocentes⁴¹¹, ni siquiera las mujeres y los niños y las personas de edad fueron salvados de la crueldad y la violencia de quienes querían dominarlas, finalmente matándolos a todos; en algunas regiones toda la población fue exterminada⁴¹². La violencia se caracterizó por su inhumanidad y suma crueldad; a pesar de ello, la injusticia prevaleció⁴¹³. Pero la reacción del derecho de gentes surgió de ella.

3. La *civitas maxima gentium* en la visión de los “padres fundadores” del derecho de gentes

73. El ideal de la *civitas maxima gentium* había de ser poco después cultivado y propuesto en los escritos de los llamados “padres fundadores” del derecho internacional, a saber, las célebres *Relecciones Teológicas* (1538-1539), sobre todo la *De Indis - Relectio Prior*, de Francisco de Vitoria; el tratado *De Legibus ac Deo Legislatore* (1612), de Francisco Suárez; el *De Jure Belli ac Pacis* (1625), de Hugo Grocio; el *De Jure Belli* (1598), de Alberico Gentili; el *De Jure Naturae et Gentium* (1672), de Samuel Pufendorf, y el *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (1749), de Christian Wolff. En el momento de la elaboración y difusión de las obras clásicas de F. Vitoria y F. Suárez (*supra*), el *jus gentium* ya se había liberado de sus orígenes de derecho priyado (de derecho romano) para aplicarse universalmente a todos los seres humanos⁴¹⁴.

74. Como se ha recordado recientemente, en la concepción de los “padres fundadores” del *jus gentium* inspirada por el principio de humanidad *lato sensu* (que parece algo olvidado en nuestros días), el orden jurídico obliga a todos (a los gobernados tanto como a los gobernantes); el derecho de gentes regula una comunidad internacional que está constituida por seres humanos socialmente organizados en Estados y abarca a toda la humanidad (F. Vitoria); así concebida, es únicamente el derecho lo que regula las relaciones entre miembros de la *societas gentium* universal (A. Gentili). Esta última (*totus orbis*) prevalece sobre la voluntad individual de cada Estado (F. Vitoria). Así pues, existe un derecho de gentes

⁴¹⁰ Fray Bartolomé de Las Casas, *Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias* (1552), Barcelona, Ediciones 29, 2004 [reimpresión], págs. 7, 9, 17, 41, 50 y 72.

⁴¹¹ *Ibid.*, págs. 7 a 14.

⁴¹² *Ibid.*, págs. 23, 27 y 45. Según ese relato, algunas de las víctimas fueron quemadas vivas, y los sobrevivientes fueron hechos esclavos; *ibid.*, págs. 31, 45, 73, 87 y 89.

⁴¹³ *Ibid.*, págs. 89 y 90. Bartolomé de Las Casas afirmó que esas matanzas masivas y esa devastación causaron daño a la propia corona española, a los mismos Reyes de Castilla, y constituyeron una violación de todos los derechos; *ibid.*, págs. 41 y 42.

⁴¹⁴ A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2006, págs. 318 y 319.

necesario, y el derecho de gentes revela la unidad y la universalidad de la humanidad (F. Suárez). La razón de Estado tiene límites, y el Estado no es un fin en sí mismo, sino un medio para asegurar el orden social de conformidad con la recta razón, de modo de perfeccionar a la *societas gentium* que abarca a toda la humanidad (H. Grocio). El legislador está sujeto al derecho natural de la razón humana (S. Pufendorf), y los individuos, en su asociación en el Estado, deben promover conjuntamente el bien común (C. Wolff)⁴¹⁵.

VI. LA CONTEMPORANEIDAD DEL DERECHO DE GENTES: LA VISIÓN HUMANISTA DEL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL

75. Desde luego, el mundo ha cambiado totalmente desde la época de esos escritos, pero las aspiraciones humanas han seguido siendo las mismas. El advenimiento, a lo largo del siglo XX, de las organizaciones internacionales (como hemos llegado a conocerlas hoy), ha contribuido en alto grado, en una forma sumamente positiva, a poner fin a los abusos contra los seres humanos, así como a las violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Las Naciones Unidas, en nuestra época, ha procurado obtener la prevalencia de los dictados de la conciencia jurídica universal, especialmente cuando se proponen asegurar condiciones de vida dignas para todos los pueblos, en particular los que están sujetos a opresión.

76. Las organizaciones internacionales han contribuido a promover una perspectiva esencialmente humanista de los primeros experimentos de los mandatos y la administración fiduciaria bajo su supervisión, – una perspectiva que está en consonancia con el pensamiento jusnaturalista del *totus orbis*, o la *civitas maxima gentium*. En ese pensamiento, ya sea la vieja *polis*, ya el Estado, o bien cualesquiera otras formas de organización sociopolítica, fueron todas ellas concebidas, y llegaron a existir, para la persona humana, y no viceversa. Las organizaciones internacionales, creadas por los Estados, han adquirido una vida propia, y han sido fieles a la observancia del principio de humanidad *lato sensu*, llevando a dicho principio mucho más allá de la vieja y estricta dimensión interestatal. Los tempranos experimentos de los sistemas de mandatos y de administración fiduciaria brindan una clara prueba histórica en tal sentido.

77. Sin embargo, la doctrina jurídica internacional, obsesionada, a lo largo del siglo XX, con las ideas de la soberanía del Estado y la integridad territorial (que aquí no están en cuestión) con exclusión de otras, se olvidó del más precioso elemento constitutivo de la calidad de Estado: los seres humanos, la “población” o el “pueblo”. El estudio de la calidad de Estado *per se*, centrado en el Estado mismo sin más atención al pueblo, fue llevado a extremos por la profesión jurídica. En sucesivos decenios, la atención se centró, en instituciones de enseñanza (principalmente las facultades de derecho en numerosos países), en la llamada “teoría general del Estado” (*general theory of State/théorie générale de l’Etat/teoria geral do Estado/Allgemeine Staatslehre/teoria generale dello Stato*), repitiendo mecánicamente y *ad nauseam* algunos conceptos formulados por autores de tiempos pasados que tenían en mente preocupaciones distintas. Esa actitud acrítica llevó a muchos a creer que el Estado era el depositario permanente y definitivo de las aspiraciones humanas y la libertad humana.

⁴¹⁵ Véase *ibid.*, págs. 9 a 14, y véase págs. 172, 393 y 408.

1. El temprano reconocimiento judicial de los derechos de los seres humanos y de los pueblos

78. Las consecuencias de esa indiferencia ante el factor humano⁴¹⁶ fueron devastadoras. A medida que los abusos y atrocidades se volvieron recurrentes, comenzó a hacerse sentir la necesidad de reorientar la atención hacia las condiciones de vida de la población o el pueblo, hacia la satisfacción de sus necesidades y sus aspiraciones. A la conciencia jurídica internacional le llevó mucho tiempo despertarse a ello. Sin embargo, ya en el período interbélico los sistemas de minorías y de mandatos de la Sociedad de las Naciones prestaron atención al tema. La antigua Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) hizo su propia contribución al rescate de la “población” o el “pueblo”. Algunos de sus *obiter dicta* pertinentes no pueden pasar inadvertidos aquí, pues, ocho decenios después, parecen seguir estando dotados de contemporaneidad.

79. Así pues, en su opinión consultiva sobre las *Comunidades grecobúlgaras* (1930), la CPJI aprovechó la ocasión para decir que una comunidad es

“(…) un grupo de personas que viven en un país o una localidad determinados, que tienen una raza, una religión, un idioma y tradiciones propios y están unidas por esa identidad de raza, religión, idioma y tradiciones en un sentimiento de solidaridad, con miras a preservar sus tradiciones, mantener su forma de culto, asegurar la instrucción y la crianza de sus niños de conformidad con el espíritu y las tradiciones de su raza y prestarse asistencia mutua entre sí” (pág. 21).

80. Un lustro después, la CPJI, en su Opinión Consultiva sobre las *Escuelas de minorías en Albania* (1935), advirtió que “la idea en que se fundan los tratados de protección de minorías” era asegurar que “vivieran pacíficamente” junto a la población. Con tal fin, “se consideraban particularmente necesarias dos cosas”, a saber:

“La primera es asegurar que los nacionales pertenecientes a minorías raciales, religiosas o lingüísticas estén colocados en todos los aspectos en un pie de perfecta igualdad con los demás nacionales del Estado.

La segunda es asegurar a los elementos minoritarios la preservación de sus peculiaridades raciales, sus tradiciones y sus características nacionales.

Esas dos exigencias están de hecho estrechamente vinculadas entre sí, porque no habría una verdadera igualdad entre una mayoría y una minoría si ésta fuera privada de sus propias instituciones, y consiguientemente se viera compelida a renunciar a lo que constituye la esencia de ser una minoría” (pág. 17).

81. El tratado de minorías en cuestión, – añadió la CPJI – tenía la finalidad de “impedir que las diferencias de raza, idioma o religión se convirtieran en fundamentos de inferioridad en derecho o en obstáculos de hecho para el ejercicio de los derechos en cuestión” (pág. 18). La CPJI recordado asimismo que, doce años antes, en su otra opinión consultiva sobre los *Colonos alemanes en Polonia* (1923), había dicho que

“Debe haber igualdad de hecho así como ostensible igualdad jurídica en el sentido de discriminación en las palabras de la ley” (*cit. en* pág. 19).

⁴¹⁶ Parafraseando el título de la penetrante novela de Graham Greene.

82. El “principio del idéntico tratamiento de derecho y de hecho” fue reiterado por la CPJI en la mencionada opinión consultiva sobre las *Escuelas de minorías en Albania* (1935), en los términos siguientes:

“La igualdad de derecho impide cualquier tipo de discriminación; mientras que la igualdad de hecho puede entrañar la necesidad de un tratamiento diferente a fin de llegar a un resultado que establezca un equilibrio entre situaciones diferentes.

Es fácil imaginar casos en los que la igualdad de tratamiento de la mayoría y de la minoría, cuya situación y cuyas necesidades son diferentes, tenga como resultado una desigualdad de hecho (...). La igualdad entre los miembros de la mayoría y de la minoría debe ser una igualdad efectiva y auténtica (...)” (pág. 19)⁴¹⁷.

83. Así pues, es significativo que, incluso mucho antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el principio fundamental de igualdad y no discriminación había obtenido reconocimiento judicial. La Declaración Universal colocó al principio en una dimensión más amplia, al tomar al individuo *qua* individuo, *qua* ser humano, independientemente de si es miembro de una minoría, o habitante de un territorio bajo el sistema de mandatos (o, más tarde, bajo el sistema de administración fiduciaria). Sin embargo, la formulación del principio en relación con esos experimentos pioneros dentro de la Sociedad de las Naciones (los sistemas de minorías y de mandatos, este último seguido por el sistema de administración fiduciaria de las Naciones Unidas), contribuyó a dar una expresión universal a la igualdad y la no discriminación. Sin embargo, el principio de igualdad y no discriminación ya estaba grabado en la conciencia humana.

84. La Declaración Universal de Derechos Humanos lo proclamó en términos enfáticos. Su preámbulo comienza diciendo que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (primer párrafo). A continuación recordó que “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad” (segundo párrafo). Y además advirtió, siempre en su preámbulo, que es “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión” (tercer párrafo). La Declaración Universal proclamó a continuación, en su artículo 1, que

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

85. Ya en los primeros años de la era de las Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en su opinión consultiva sobre la *Situación jurídica internacional del África Sudoccidental* (1950), consideró adecuado reflexionar que el Artículo 80, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas se propone

“salvaguardar, no sólo los derechos de los Estados, sino también los derechos de los pueblos de los territorios bajo mandato hasta que se concierten los acuerdos sobre administración fiduciaria. El fin tiene que haber sido brindar una protección real para esos derechos; pero ninguno de tales derechos de los pueblos puede ser efectivamente salvaguardado sin supervisión internacional y sin el deber de presentar informes a un órgano de supervisión” (págs. 136 y 137).

⁴¹⁷ La CPJI añadió que “la idea incorporada en la expresión ‘derecho igual’ es la de que el derecho así conferido a los miembros de la minoría no puede en ningún caso ser inferior al correspondiente derecho de los demás nacionales albaneses” (pág. 20).

Así pues, como lo ha reconocido la CIJ, “la necesidad de supervisión sigue existiendo a pesar de la desaparición del órgano de supervisión existente en el sistema de mandatos” (pág. 136). La “función internacional de administración” (de los territorios bajo mandato) tenía la finalidad de “promover el bienestar y el desarrollo de los habitantes”⁴¹⁸.

86. La CIJ estimó adecuado recordar que el sistema de mandatos había sido creado

“en interés de los habitantes del territorio, y de la humanidad en general, como una institución internacional con un objeto internacional – una misión sagrada de civilización. Por consiguiente, no es posible sacar conclusión alguna por analogía con las nociones de mandato en el derecho nacional o de ninguna otra concepción jurídica de ese derecho” (pág. 132).

Además, en opinión de la CIJ, los derechos de los Estados y *los pueblos* no caducaron automáticamente por la disolución de la Sociedad de las Naciones; por el contrario, fueron salvaguardados “en todas las circunstancias y en todos los respectos, hasta que cada territorio estuviese colocado bajo el régimen de administración fiduciaria” (pág. 134).

87. La CIJ destacó “la obligación general de promover en todo lo posible el bienestar material y moral y el progreso social de los habitantes”, y que ello suponía “obligaciones particulares” en relación con los abusos del pasado⁴¹⁹. La CIJ procuró asegurar la continuidad de esas obligaciones. Así pues, en la misma opinión consultiva sobre la *Situación jurídica internacional del Africa Sudoccidental* (1950), recordó que la Asamblea de la Sociedad de las Naciones, en su resolución de 18.04.1946, reconoció que los Capítulos XI, XII y XIII de la Carta de las Naciones Unidas incorporaban principios correspondientes a los declarados en el artículo 22 del Pacto, en una clara indicación de que “las funciones de supervisión ejercidas por la Sociedad serían asumidas por las Naciones Unidas”. La competencia de la Asamblea General de las Naciones Unidas para ejercer tal supervisión derivaba del Artículo 10 de la Carta, que autoriza a la Asamblea a “discutir cualesquier asuntos o cuestiones dentro de los límites de la Carta y hacer recomendaciones sobre tales asuntos o cuestiones a los Miembros de las Naciones Unidas” (pág. 137). La Asamblea General de las Naciones Unidas comenzó, en una etapa temprana de su vida, a ejercer esa competencia, y la CIJ determinó, en esa opinión consultiva de 1950, que la Asamblea General estaba “jurídicamente calificada” para hacerlo (pág. 137).

2. El legado humanista de los experimentos del pasado a la administración internacional de territorios por las Naciones Unidas

88. Cada institución jurídica es producto de su tiempo. Los hechos sociales tienden a venir antes de las normas, y éstas surgen de principios jurídicos, a fin de regular nuevas formas de relaciones interindividuales y sociales. Las instituciones jurídicas constituyen respuestas a necesidades sociales de sus tiempos, incluida la protección. Las instituciones de los mandatos (en la Sociedad de las Naciones), la administración fiduciaria (en las Naciones Unidas hasta 2005) y de la

⁴¹⁸ Siendo ésta la “misión sagrada de civilización” mencionada en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones (pág. 133).

⁴¹⁹ Tales como “trata de esclavos, trabajo forzoso, tráfico de armas y municiones, bebidas y licores intoxicantes, instrucción y establecimientos militares, así como obligaciones relativas a la libertad de conciencia y el libre ejercicio de los cultos”; esas obligaciones representaban “la esencia misma de la misión sagrada de civilización” (pág. 133).

administración internacional de territorios (por las Naciones Unidas, del tipo de las que se desarrollaron en el decenio de 1990), no son una excepción a ello.

89. Aunque las experiencias de los mandatos y el sistema de administración fiduciaria pertenecen al pasado, ahora forman parte de la historia, esto no quiere decir que no se puedan extraer enseñanzas de ellas, para la consideración de nuevas instituciones jurídicas, que operan hoy en día también en respuesta a necesidades sociales, incluida la protección. Esto supone repensar las instituciones jurídicas del pasado, identificar su legado, pertinente para las nuevas necesidades sociales. En mi propia percepción, en al menos uno aspecto en particular, los experimentos de los mandatos y el sistema de administración fiduciaria se adelantaron a su tiempo: el del acceso de los respectivos habitantes (de los territorios bajo mandato y fideicomiso) a la justicia a nivel internacional.

90. A medida que la atención comenzó gradualmente a reorientarse hacia la “población” o el “pueblo” (con el despertar de la conciencia humana en lo tocante a sus necesidades de protección), se idearon y se pusieron en funcionamiento los experimentos pioneros: en la era de la Sociedad de las Naciones, los sistemas de minorías y de mandatos, colocados bajo su supervisión, y, más adelante, en la era de las Naciones Unidas, el sistema de administración fiduciaria. No es posible dudar de que los experimentos de los mandatos (además del sistema de minorías), y de los territorios fideicometidos, tuvieron como fin la satisfacción de las necesidades de los habitantes de los territorios en cuestión, y su empoderamiento, de modo de poner fin a los abusos del pasado. Los habitantes de los territorios bajo mandato y fideicometidos estaban, además, dotados del derecho de petición internacional individual⁴²⁰ (a la Comisión Permanente de Mandatos, a los Comités de Minorías y al Consejo de Administración Fiduciaria, respectivamente) – anunciando el advenimiento del acceso de los individuos a instancias internacionales a fin de reivindicar sus propios derechos, emanados directamente del derecho de gentes, del propio *Law of Nations*.

91. Si recorremos la generalidad de la doctrina especializada sobre los mandatos y el sistema de administración fiduciaria, especialmente los autores familiarizados con el funcionamiento de dichos sistemas, detectamos: *a)* analogías de derecho privado de las cuales se extrajo inspiración para el establecimiento de esas instituciones jurídicas; *b)* concepción de mecanismos de supervisión (de territorios y mandatos y en el sistema de administración fiduciaria), también a nivel internacional (recursos ante la ex Comisión Permanente de Mandatos y el ex Consejo de Administración Fiduciaria); *c)* interacciones entre los órdenes jurídicos interno e internacional; *d)* clasificación de unidades (mandatos y territorios fideicometidos); *e)* *modus operandi* de los respectivos sistemas.

92. Para repensar esos experimentos de los mandatos y los territorios fideicometidos no es necesario volver sobre esos aspectos, sobre los que se trabajó demasiado en el pasado; aquí la intención es concentrarse en las enseñanzas que han quedado para el presente y el futuro. Ello implica la consideración de sus causas, de lo que originó esas instituciones, así como de sus *finés*, de cuáles eran los objetivos que se proponían alcanzar. Gran parte de la energía dedicada a concebirlas – pero no toda ella – estuvo condicionada, tal vez inevitablemente, por las nociones

⁴²⁰ Igual que los miembros de minorías, en el sistema de minorías de la Sociedad de las Naciones. Los procedimientos variaban de un sistema a otro; sobre el derecho de petición individual internacional en esos experimentos pioneros, véase, por ejemplo, C.A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962, págs. 109 a 138; A.A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century”, *Netherlands International Law Review*, vol. 24 (1977), págs. 373 a 392; A.A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies in the Experiment of the United Nations Trusteeship System”, *Revue de Droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 61 (1983), Ginebra, págs. 49 a 66.

predominantes de sus tiempos. Sin embargo, dejaron una preciosa enseñanza para las generaciones posteriores, que no puede ser pasada por alto hoy.

93. Las instituciones jurídicas de los mandatos, la administración fiduciaria y la administración internacional de territorios surgieron, en sucesión, de la conciencia jurídica, para brindar protección a los “pueblos” o “poblaciones” que tenían – y tienen – necesidad de ella, en la historia moderna y contemporánea. Los respectivos arreglos “territoriales” fueron los medios ideados para lograr ese fin, de protección de las “poblaciones” o los “pueblos”. No se trataba de mandatos por los mandatos en sí, ni de administración fiduciaria por la administración fiduciaria en sí, ni se trata de la administración internacional de territorios por la administración en sí.

94. Si pasamos a las *causas*, como debemos hacerlo, identificamos su fin común: salvaguardar a los “pueblos” o las “poblaciones” en cuestión (independientemente de su raza, origen étnico, afiliación religiosa o cualquier otro rasgo) de la explotación, los abusos y la crueldad, y capacitarlos para ser los dueños de su propio destino en una dimensión temporal. En ese dominio de la protección, el derecho es inevitablemente *finalista*. Esos experimentos estuvieron inspirados por el fundamental *principio de humanidad* (véanse párrs. 196 a 211, *infra*), y se proponían salvaguardar la dignidad de la persona humana. El artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, relativo al sistema de mandatos, enunciaba “el principio de que el bienestar y desarrollo” de los “pueblos” en cuestión, bajo “tutela”, constituía “una misión sagrada de civilización”⁴²¹. El sistema de mandatos – añadía – debía asegurar la “libertad de conciencia y religión”, y establecer la prohibición de los abusos del pasado⁴²².

95. Por su parte, el Artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas, relativo a los territorios no autónomos, determina que

“Los Miembros de las Naciones Unidas que tengan o asuman la responsabilidad de administrar territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio, reconocen el principio de que los intereses de los habitantes de esos territorios están por encima de todo, aceptan como un encargo sagrado la obligación de promover en todo lo posible, dentro del sistema de paz y seguridad internacionales establecido por esta Carta, el bienestar de los habitantes de esos territorios, y asimismo se obligan:

“a) a asegurar, con el debido respeto a la cultura de los pueblos respectivos, su adelanto político, económico, social y educativo, el justo tratamiento de dichos pueblos y su protección contra todo abuso;

b) a desarrollar el gobierno propio, a tener debidamente en cuenta las aspiraciones políticas de los pueblos, y a ayudarlos en el desenvolvimiento progresivo de sus libres instituciones políticas, de acuerdo con las circunstancias especiales de cada territorio, de sus pueblos y de sus distintos grados de adelanto;

c) a promover la paz y la seguridad internacionales;

d) a promover medidas constructivas de desarrollo, estimular la investigación y cooperar unos con otros y, cuando y donde fuere el caso, con organismos internacionales especializados, para conseguir la realización práctica de los propósitos de carácter social, económico y científico expresados en este Artículo; y

⁴²¹ Añadía – en una categorización que no estuvo exenta de críticas – que “el carácter de el mandato” (es decir, los mandatos A, B o C) “según el grado de desarrollo del pueblo, la situación geográfica del territorio, sus condiciones económicas y cualquiera otra circunstancia análoga”.

e) a transmitir regularmente al Secretario General, a título informativo y dentro de los límites que la seguridad y consideraciones de orden constitucional requieran, la información estadística y de cualquier otra naturaleza técnica que verse sobre las condiciones económicas, sociales y educativas de los territorios por los cuales son respectivamente responsables, que no sean de los territorios a que se refieren los Capítulos XII y XIII de esta Carta”.

96. Las enseñanzas acumuladas, por los que presenciaron las sucesivas masacres y atrocidades de los cien últimos años, o sobrevivieron a ellas, y por quienes estudian y piensan seriamente acerca de ellas hoy, no puede más que desembocar en este reconocimiento humanista: en las raíces de esas instituciones jurídicas (mandatos, administración fiduciaria, administración internacional de territorios) detectamos la tardía toma de conciencia del *deber de cuidar de la especie humana*. Éste es, después de todo, en mi propia percepción, su más invaluable denominador común.

VII. LA PREOCUPACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS EN CONJUNTO POR LA TRAGEDIA HUMANITARIA EN KOSOVO

97. A la luz de las consideraciones que anteceden, ahora podemos pasar a las expresiones de la Organización de las Naciones Unidas *en su conjunto* acerca de la tragedia humanitaria en Kosovo, que victimizó a su población durante un decenio (1989-1999). No sólo el Consejo de Seguridad, sino también la Asamblea General, el Consejo Económico y Social y el Secretario General expresaron, en sucesivas ocasiones, su grave preocupación por esa crisis humanitaria. Se había convertido, de hecho, en un asunto de legítima preocupación de la comunidad internacional en su conjunto, en el marco de la Carta de las Naciones Unidas, como veremos ahora.

1. Reiteradas expresiones de grave preocupación del Consejo de Seguridad por la tragedia humanitaria en Kosovo

98. Hacia finales del siglo, en el período comprendido entre marzo de 1998 y septiembre de 2001, el Consejo de Seguridad expresó su preocupación por la grave crisis humanitaria en Kosovo. En su *resolución 1160* (de 31.03.1998), el Consejo de Seguridad condenó “el uso de una fuerza excesiva por las fuerzas policiales serbias contra civiles y manifestantes pacíficos en Kosovo” y “todos los actos de terrorismo del Ejército de Liberación de Kosovo”⁴²³. Algunos meses después, en la *resolución 1199* (de 23.09.1998), el Consejo de Seguridad expresó su grave preocupación por el “rápido deterioro de la situación humanitaria” en Kosovo⁴²⁴ y por las “violaciones cada vez más frecuentes de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional”⁴²⁵. En particular, la *resolución 1199* expresó su grave preocupación por

“los intensos combates recientes en Kosovo y, en particular, por el uso excesivo e indiscriminado de la fuerza por las fuerzas de seguridad serbias y por el ejército yugoslavo, lo que ha provocado numerosas bajas entre la

⁴²³ Tercer párrafo del preámbulo.

⁴²⁴ Párrafos décimo y 14° del preámbulo.

⁴²⁵

población civil y, según la estimación del Secretario General, el desplazamiento de más de 230.000 personas de sus hogares”⁴²⁶.

99. En la misma *resolución 1199*, el Consejo de Seguridad expresó su profunda preocupación por la “afluencia de refugiados” y el “creciente número de personas desplazadas” de los cuales hasta “50.000 carecen de alojamiento y otras necesidades básicas”⁴²⁷. A continuación formuló una advertencia acerca de la “inminente catástrofe humanitaria”⁴²⁸ en Kosovo, y reafirmó

“el derecho de todos los refugiados y personas desplazadas a regresar a sus hogares en condiciones de seguridad, y (...) la responsabilidad de la República Federativa de Yugoslavia de crear las condiciones que les permitan hacerlo”⁴²⁹.

El Consejo de Seguridad entonces exigió, siempre en la *resolución 1199*, el regreso a sus hogares en condiciones de seguridad de los refugiados y personas desplazadas, y “asistencia humanitaria para ellos”⁴³⁰, para mejorar la situación humanitaria y evitar la catástrofe humanitaria inminente”⁴³¹; también reconoció la necesidad de llevar “ante la justicia a los miembros de las fuerzas de seguridad que hayan participado en el maltrato de civiles y la destrucción deliberada de bienes”⁴³², mediante la plena cooperación con el Fiscal del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia “en la investigación de posibles violaciones” dentro de su jurisdicción⁴³³. En la resolución 1199 también se reafirmó el apoyo a una solución pacífica del problema de Kosovo, que incluiría “un estatuto reforzado para Kosovo, un grado considerablemente mayor de autonomía y una auténtica administración propia”⁴³⁴.

100. Un mes después, el Consejo de Seguridad aprobó la *resolución 1203* (de 24.10.1998), en la cual reiteró este último objetivo en los mismos términos⁴³⁵, así como su profunda “alarma” y preocupación por la “grave situación humanitaria que [seguía] existiendo en todo Kosovo” y la apremiante necesidad de impedir “la inminente catástrofe humanitaria”⁴³⁶ que constituía una “amenaza constante para la paz y la seguridad en la región”⁴³⁷. Asimismo, la *resolución 1203* reiteró su exigencia de que las autoridades de la República Federativa de Yugoslavia garantizaran el retorno de todos los refugiados y personas desplazadas a sus hogares con seguridad, en ejercicio de su derecho a la libertad de circulación⁴³⁸, – de modo de “prevenir la inminente catástrofe humanitaria”⁴³⁹. Por último, la *resolución 1203* pidió “una investigación rápida y completa” de “todas las atrocidades cometidas contra civiles”⁴⁴⁰, en plena cooperación con el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia.

101. Siete meses después, el Consejo de Seguridad aprobó la *resolución 1239* (de 14.05.1999), en la cual reiteró su “grave preocupación por la catástrofe humanitaria que [tenía] lugar en Kosovo y zonas adyacentes”, habida cuenta de la

⁴²⁶ Sexto párrafo del preámbulo.

⁴²⁷ Séptimo párrafo del preámbulo.

⁴²⁸ Décimo párrafo del preámbulo, y párr. 1.

⁴²⁹ Octavo párrafo del preámbulo.

⁴³⁰ Párrs. 5 c) y e), y 12.

⁴³¹ Párr. 2.

⁴³² Párr. 14.

⁴³³ Párr. 13.

⁴³⁴ Párrafo 12° del preámbulo.

⁴³⁵ Octavo párrafo del preámbulo.

⁴³⁶ Párrafo 11° del preámbulo.

⁴³⁷ Párrafo 15° del preámbulo.

⁴³⁸ Párrs. 12 y 9, y véase párr. 13.

⁴³⁹ Párr. 11.

⁴⁴⁰

“enorme cantidad de refugiados de Kosovo” y el “número cada vez mayor de personas desplazadas dentro de Kosovo”⁴⁴¹, y pidió una eficaz coordinación de las actividades “internacionales de socorro humanitario”⁴⁴². Después de reafirmar “el derecho de todos los refugiados y personas desplazadas a regresar a sus hogares de manera digna y en condiciones de seguridad”⁴⁴³, la resolución 1239 advirtió enérgicamente que “la situación humanitaria seguir[ía] empeorando si no se llega[ba] a una solución política de la crisis”⁴⁴⁴.

102. La siguiente medida adoptada por el Consejo de Seguridad, poco después, fue la aprobación de su significativa *resolución 1244* (de 10.06.1999), comentada *supra/infra*. Posteriormente, el Consejo de Seguridad aprobó la *resolución 1367* (2001), en la cual tomó nota, en relación con Kosovo, de la situación relativa a la seguridad en las fronteras, y destacó “la autoridad que, en virtud de la resolución 1244 (1999)”, seguía ejerciendo el Representante Especial del Secretario General “para limitar y controlar estrictamente la entrada, salida y circulación de armas en Kosovo”⁴⁴⁵.

2. Reiteradas expresiones de grave preocupación de la Asamblea General por la tragedia humanitaria en Kosovo

103. Antes que el Consejo de Seguridad, ya en 1994, la Asamblea General comenzó a expresar su preocupación por la grave crisis humanitaria en Kosovo. En su resolución 49/204 (de 23.12.1994) – la primera de una serie sobre la “Situación de los derechos humanos en Kosovo” – la Asamblea General reconoció el “continuo empeoramiento” de la situación de los derechos humanos en Kosovo, con “diversas medidas discriminatorias adoptadas en las esferas legislativa, administrativa y judicial, los actos de violencia y los arrestos arbitrarios perpetrados contra la población de origen albanés en Kosovo”, que incluían:

- “ a) Brutalidad policial contra las personas de origen albanés, la muerte de estas personas como resultado de esa violencia, allanamientos, incautaciones y arrestos arbitrarios, desahucios forzosos, torturas y malos tratos de detenidos y discriminación en la administración de justicia;
- b) Destitución discriminatoria y arbitraria de funcionarios públicos de origen albanés, especialmente de la policía y del sistema judicial, despidos en masa de personas de origen albanés, confiscación y expropiación de sus bienes, discriminación contra alumnos y maestros albaneses, cierre de las escuelas secundarias y la universidad de lengua albanesa y clausura de todas las instituciones culturales y científicas albanesas;
- c) Hostigamiento y persecución de los partidos políticos y las asociaciones de la etnia albanesa y sus dirigentes y actividades, a los que maltrata y encarcela;
- d) Intimidación y privación de libertad de periodistas de origen albanés y hostigamiento sistemático e interrupción de medios de difusión de lengua albanesa;
- e) Despido de médicos y otros miembros de la profesión médica de origen albanés de clínicas y hospitales;

⁴⁴¹ Párrafos tercero y cuarto del preámbulo.

⁴⁴² Quinto párrafo del preámbulo, y párrs. 1 y 2.

⁴⁴³ Párr. 4.

⁴⁴⁴ Párr. 5.

- f) Eliminación en la práctica del idioma albanés, especialmente en la administración y los servicios públicos;
- g) Aplicación grave y masiva de prácticas discriminatorias y represivas dirigidas contra los albaneses de Kosovo en general, cuyo resultado es la emigración involuntaria y generalizada⁴⁴⁶.

104. A continuación, la Asamblea General condenó firmemente, en la misma *resolución 49/204*, esas “medidas y prácticas discriminatorias” y “la represión en gran escala” de la “población de origen albanés indefensa”, y la discriminación en su contra “en las ramas administrativa y judicial del gobierno, la educación, la atención de la salud y el empleo, con el propósito de obligar a las personas de origen albanés a abandonar Kosovo”⁴⁴⁷. Asimismo exigió que las autoridades de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) pusieran “fin inmediatamente” a todas esas violaciones de los derechos humanos (en particular, la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; los allanamientos y detenciones arbitrarios, y la violación del derecho a un juicio imparcial, entre otras)⁴⁴⁸. Asimismo alentó al Secretario General de las Naciones Unidas a que prosiguiera sus “esfuerzos humanitarios” en la región, en colaboración con, entre otros organismos, el ACNUR y el UNICEF, “con miras a adoptar medidas prácticas urgentes para hacer frente a las críticas necesidades del pueblo de Kosovo, especialmente de los grupos más vulnerables afectados por el conflicto, y prest[ara] asistencia para el regreso voluntario de las personas desplazadas de sus hogares”⁴⁴⁹.

105. Un año después, la Asamblea General aprobó la *resolución 50/190* (de 22.12.1995), en la cual, reconociendo los mismos actos de discriminación y violencia⁴⁵⁰, reiteró – en un texto más extenso – sus preocupaciones por las violaciones de los derechos humanos en Kosovo⁴⁵¹. Exigió “con urgencia” que las autoridades de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro):

- “a) Adopt[aran] todas las medidas necesarias para poner fin inmediatamente a las violaciones de los derechos humanos cometidas contra las personas de origen albanés en Kosovo, en particular, las medidas y prácticas discriminatorias, los allanamientos y detenciones arbitrarios, la violación del derecho a un juicio imparcial y la práctica de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y revo[caran] todas las leyes discriminatorias, en particular las que han entrado en vigor desde 1989;
- b) Dej[aran] en libertad a todos los presos políticos y [pusieran] fin a la persecución de dirigentes políticos y miembros de organizaciones locales de derechos humanos
- c) Permit[ieran] el establecimiento de instituciones auténticamente democráticas en Kosovo, incluidos el Parlamento y el sistema judicial, y respet[aran] la voluntad de sus habitantes como la mejor manera de impedir que se agrav[ara] el conflicto existente;
- d) Revo[caran] la política oficial de asentamiento en la medida en que contribu[ía] a exacerbar las tensiones entre grupos étnicos en Kosovo;
- e) Reabr[ieran] las instituciones culturales y científicas de la población de origen albanés;
- f) Mant[uvieran] el diálogo con los representantes de la población de origen

⁴⁴⁶ Cuarto párrafo del preámbulo.

⁴⁴⁷ Párrs. 1 y 2.

⁴⁴⁸ Párr. 3.

⁴⁴⁹ Párr. 5.

⁴⁵⁰ Quinto párrafo del preámbulo.

albanés de Kosovo, lo que podría hacerse con los auspicios de la Conferencia Internacional sobre la ex Yugoslavia⁴⁵².

Y, una vez más, la Asamblea General alentó al Secretario General de las Naciones Unidas a que prosiguiera sus “esfuerzos humanitarios” en la región, junto con, entre otros organismos, el ACNUR y el UNICEF, “para hacer frente a las críticas necesidades del pueblo de Kosovo, especialmente de los grupos más vulnerables afectados por el conflicto”, y asimismo prestara “asistencia para el regreso voluntario de las personas desplazadas de sus hogares”⁴⁵³.

106. La continuación de la “grave situación de los derechos humanos en Kosovo” fue nuevamente objeto de preocupación para la Asamblea General, en su *resolución 51/111* (de 12.12.1996)⁴⁵⁴, en la cual la Asamblea condenó “todas las violaciones de derechos humanos en Kosovo, en particular la represión de la población de origen albanés y la discriminación que se ejerce en su contra, así como todos los actos de violencia cometidos en Kosovo”⁴⁵⁵. Reiteró sus anteriores exigencias a las autoridades de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro)⁴⁵⁶, y una vez más (párrs. 6 y 7) alentó al Secretario General de las Naciones Unidas a que prosiguiera su labor humanitaria con las entidades humanitarias pertinentes (como el ACNUR y el UNICEF)

“para hacer frente a las críticas necesidades del pueblo de Kosovo, especialmente de los grupos más vulnerables afectados por el conflicto, y prestara asistencia para el regreso voluntario de las personas desplazadas de sus hogares en condiciones de seguridad y dignidad”⁴⁵⁷.

Además, la *resolución 51/111* pidió la observancia de los “principios de no discriminación, igualdad de protección ante la ley y reducción y prevención de los casos de apatridia”⁴⁵⁸.

107. Un año después, la Asamblea General, en su *resolución 52/139* (de 12.12.1997), observó con preocupación “que la policía serbia utilizó la fuerza contra estudiantes albaneses de Kosovo que realizaban una protesta pacífica el 1º de octubre de 1997”⁴⁵⁹, y asimismo expresó su “profunda preocupación” acerca de “todas las violaciones de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en Kosovo, en particular la represión de la población de origen albanés y la discriminación de que es objeto y los actos de violencia cometidos en Kosovo”⁴⁶⁰. Consiguientemente, la Asamblea General pidió a las autoridades de la República Federativa de Yugoslavia que:

“a) Adopt[aran] todas las medidas necesarias para poner fin inmediatamente a las violaciones de los derechos humanos cometidas contra las personas de origen albanés en Kosovo, en particular, las medidas y prácticas discriminatorias, los allanamientos y detenciones arbitrarios, la violación del derecho a un juicio imparcial y la práctica de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y revo[caran] todas las leyes discriminatorias, en particular las que han entrado en vigor desde 1989;

b) P[usieran] en libertad a todos los presos políticos y p[usieran] fin a la persecución de dirigentes políticos y miembros de organizaciones locales de derechos humanos;

⁴⁵² Párr. 3.

⁴⁵³ Párr. 5.

⁴⁵⁴ Segundo párrafo del preámbulo.

⁴⁵⁵ Párr. 1.

⁴⁵⁶ Párr. 2.

⁴⁵⁷ Párr. 6.

⁴⁵⁸ Párr. 7.

⁴⁵⁹ Cuarto párrafo del preámbulo.

⁴⁶⁰

c) Permit[ieran] que los refugiados albaneses que se enc[ontraban] en Kosovo regres[aran] a sus hogares en condiciones de seguridad y dignidad;

d) Permit[ieran] el establecimiento de instituciones auténticamente democráticas en Kosovo, incluidos el parlamento y el sistema judicial, y respet[aran] la voluntad de sus habitantes como la mejor manera de impedir que se agrav[ara] el conflicto existente;

e) Permit[ieran] que se reabr[ieran] las instituciones culturales y científicas de la población de origen albanés⁴⁶¹.

Por último, la *resolución 52/139* reiteró las mismas palabras de aliento que había dirigido al Secretario General de las Naciones Unidas⁴⁶² en anteriores resoluciones de la Asamblea General sobre la situación de los derechos humanos en Kosovo (véase *supra*).

108. El año siguiente, la Asamblea General aprobó una extensa resolución sobre la situación de los derechos humanos en Kosovo: mediante su *resolución 53/164* (de 09.12.1998), la Asamblea General centró la atención en “la dimensión regional del conflicto de Kosovo”, y “las graves violaciones y los atropellos de los derechos humanos y del derecho humanitario que se [seguían] registrando en Kosovo”⁴⁶³. La Asamblea General expresó su “grave” preocupación por

“el temor que se impone en forma sistemática a la población de origen albanés, entre otras cosas, mediante la tortura, como se ha puesto de manifiesto en numerosas denuncias, así como mediante bombardeos indiscriminados y generalizados, desplazamientos forzados de poblaciones civiles, ejecuciones sumarias y la detención ilegal de ciudadanos de origen albanés (...) a manos de la policía y el ejército”⁴⁶⁴.

La Asamblea General expresó asimismo su preocupación por “las denuncias de actos de violencia cometidos por grupos de ciudadanos de origen albanés armados contra no combatientes y por las denuncias de detenciones ilegales de personas, sobre todo de origen serbio, practicadas por esos grupos”⁴⁶⁵.

109. En su pedido de respeto por los derechos humanos y el derecho internacional humanitario⁴⁶⁶, la *resolución 53/164* condenó “los actos de violencia cometidos por grupos armados de origen albanés, incluidos los secuestros, en especial contra no combatientes”⁴⁶⁷. Además, condenó “enérgicamente”

“las numerosísimas violaciones de los derechos humanos cometidas por las autoridades de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) y por la policía y los militares en Kosovo (...) entre las cuales se incluyen las ejecuciones sumarias, los ataques indiscriminados y generalizados contra civiles, la destrucción indiscriminada y generalizada de bienes, el desplazamiento forzoso de poblaciones civiles, la toma de rehenes civiles y las torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (...)”⁴⁶⁸.

110. Posteriormente, la Asamblea General, mediante su *resolución 53/241* (de 28.07.1999), pasó a centrar la atención en la financiación de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK). La siguiente resolución de la Asamblea General sobre el asunto – *resolución 54/183* (de 17.12.1999) – volvió a centrar la atención en la situación de los derechos humanos

⁴⁶¹ Párr. 2.

⁴⁶² Párr. 7.

⁴⁶³ Párrafos tercero y cuarto del preámbulo.

⁴⁶⁴ Quinto párrafo del preámbulo.

⁴⁶⁵ Sexto párrafo del preámbulo.

⁴⁶⁶ Párr. 6, y véanse también párrs. 14 e), 17, y 18 a) y b).

⁴⁶⁷ Párr. 9.

⁴⁶⁸

en Kosovo. Comenzó recordando los “años de represión, intolerancia y violencia en Kosovo”, y el persistente reto que significaba edificar allí “una sociedad multiétnica sobre la base de una autonomía apreciable”, así como “los problemas que se seguían planteando”, “los derechos humanos y situación humanitaria”, y la “dimensión regional del conflicto de Kosovo”⁴⁶⁹.

111. A continuación expresó su preocupación por las persistentes y “graves violaciones de los derechos humanos” y del derecho internacional humanitario en Kosovo, que afectaban a la población de origen albanés, y condenó dichas violaciones⁴⁷⁰. Había habido— añadía la *resolución 54/183* — muchos informes sobre casos de

“torturas, bombardeos indiscriminados y generalizados, desplazamientos forzados en masa de poblaciones civiles, ejecuciones sumarias y la detención ilegal de albaneses de Kosovo a manos de la policía y el ejército yugoslavo, [así como] frecuentes casos de hostigamiento, periódicos secuestros y asesinatos de personas de origen serbio, romaní y otras minorías de Kosovo perpetrados por los extremistas de origen albanés”⁴⁷¹.

112. A consecuencia de ello — continuaba la *resolución 54/183* — “toda la población de Kosovo se [había] visto afectada por el conflicto”⁴⁷². A continuación advirtió que todas las minorías nacionales debían disfrutar de “iguales y plenos derechos”⁴⁷³, y asimismo destacó “la urgente necesidad de que se apli[caran] medidas eficaces para poner fin al tráfico de mujeres y niños”⁴⁷⁴. En su parte dispositiva, la *resolución 54/183* pidió una solución de la crisis de Kosovo sobre la base de “principios generales”⁴⁷⁵, poniendo fin a cualquier acto que permita *de facto* o *de jure* una “fragmentación por motivos étnicos”⁴⁷⁶. Además, instó a todos los actores a “que se abst[uvieran] de todo acto violento”⁴⁷⁷, y

“facilit[aran] el regreso libre y sin obstáculos a sus hogares, en condiciones de seguridad y dignidad, de todas las personas desplazadas dentro del país y de los refugiados, cualquiera sea su origen étnico”⁴⁷⁸.

113. Además, la *resolución 54/183* solicitó a las entidades humanitarias, así como al ACNUR y a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que continuaran adoptando medidas prácticas

“para hacer frente a las necesidades acuciantes del pueblo de Kosovo y prestar asistencia para el regreso voluntario de las personas desplazadas a sus hogares en condiciones de seguridad y dignidad”⁴⁷⁹.

Asimismo instó a todas las partes en Kosovo a que apoyaran los esfuerzos del UNICEF

“para asegurar que todos los niños de Kosovo regres[aran] a las escuelas a la mayor brevedad posible, y a que contribuy[eran] a la reconstrucción y reparación de las escuelas destruidas o dañadas durante el conflicto de Kosovo”⁴⁸⁰.

⁴⁶⁹ Párrafos tercero y cuarto del preámbulo.

⁴⁷⁰ Párrafos quinto y sexto del preámbulo.

⁴⁷¹ Párrafos séptimo y octavo del preámbulo.

⁴⁷² Noveno párrafo del preámbulo.

⁴⁷³ Noveno párrafo del preámbulo.

⁴⁷⁴ Párrafo 12° del preámbulo.

⁴⁷⁵ Párrs. 1 y 2.

⁴⁷⁶ Párr. 7.

⁴⁷⁷ Párr. 6.

⁴⁷⁸ Párr. 11.

⁴⁷⁹ Párr. 14.

⁴⁸⁰

114. La Asamblea General siguió ocupándose de la crisis humanitaria de Kosovo. En los años anteriores a su solicitud (mediante la resolución 63/3, de 08.10.2008) de una opinión consultiva de esta Corte, aprobó una serie de catorce resoluciones sobre la financiación de la UNMIK⁴⁸¹. Y meses después de su solicitud de opinión consultiva de la CIJ, la Asamblea General aprobó otra resolución⁴⁸², nuevamente sobre la financiación de la UNMIK. Así pues, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha estado constantemente atenta, igual que el Consejo de Seguridad, a la evolución de la situación de Kosovo en los últimos años.

3. Reiteradas expresiones de grave preocupación del Consejo Económico y Social por la tragedia humanitaria en Kosovo

115. No sólo el Consejo de Seguridad y la Asamblea General, sino también el Consejo Económico y Social, se ha ocupado análogamente de la situación de los derechos humanos en Kosovo, en sus momentos más inquietantes. Mediante su *resolución 1998/272* (de 30.07.1998), el Consejo Económico y Social aprobó las solicitudes de la ex Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de que el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en la ex Yugoslavia llevara a cabo misiones en la República Federativa de Yugoslavia, incluso en Kosovo⁴⁸³. Un año después, en su *resolución 1999/232* (de 27.07.1999), el Consejo Económico y Social nuevamente aprobó una solicitud de la ex Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de que el mencionado Relator Especial llevara a cabo misiones, entre otros lugares, en Kosovo⁴⁸⁴; además, el Consejo Económico y Social hizo suya la decisión de la Comisión de Derechos Humanos de solicitar al Relator Especial que “present[ara] informes provisionales cuando correspond[iera] sobre la labor que realiz[aba] en apoyo de la iniciativa de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Kosovo”⁴⁸⁵.

116. La antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que presentaba informes al Consejo Económico y Social y al Secretario General, emitió en 1994 dos resoluciones en las que expresaba su grave preocupación por la tragedia humanitaria en Kosovo. En su *resolución 1994/72* (de 09.03.1994), la Comisión, expresó su “grave preocupación” ante el deterioro de la situación de los derechos humanos en Kosovo⁴⁸⁶, y condenó enérgicamente, en particular,

“las medidas y prácticas de discriminación contra los albaneses étnicos de Kosovo, así como las violaciones de los derechos humanos, y la represión en gran escala que llevan a cabo las autoridades serbias”⁴⁸⁷.

La Comisión exigió que dichas autoridades “respe[tasen] los derechos humanos” de los albaneses étnicos de Kosovo, y asimismo declaró “que el mejor medio de impedir la posible escalada del conflicto” era “salvaguardar los derechos humanos,

⁴⁸¹ A saber, resolución 54/245A, de 23.12.1999; resolución 54/245B, de 15.06.2000; resolución 55/227A, de 23.12.2000; resolución 55/227B, de 14.06.2001; resolución 56/295, de 27.06.2002; resolución 57/326, de 18.06.2003; resolución 58/305, de 18.06.2004; resolución 59/286A, de 13.04.2005; resolución 59/286B, de 22.06.2005; resolución 60/275, de 30.06.2006; resolución 61/285, de 29.05.2007; y resolución 62/262, de 20.06.2008; resolución 63/295, de 30.06.2009; y resolución 64/827 (distribución general, 18.06.2010, y véase doc. A/C.5/64/L.47, de 28.05.2010).

⁴⁸² Resolución 63/295, de 30.06.2009.

⁴⁸³ Punto c) iii), párr. 21.

⁴⁸⁴ Punto b) iii).

⁴⁸⁵ Punto c) i).

⁴⁸⁶ Párr. 25.

restaurar la autonomía de Kosovo y establecer instituciones democráticas en Kosovo”⁴⁸⁸.

117. Poco después, la Comisión, en su resolución 1994/76 (también de 09.03.1994), recordando un documento del Consejo Económico y Social⁴⁸⁹, nuevamente condenó enérgicamente las “medidas y prácticas discriminatorias, así como las violaciones de derechos humanos cometidas por las autoridades de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) contra los albaneses étnicos de Kosovo”⁴⁹⁰, y exigió urgentemente que dichas autoridades

“a) P[usieran] fin a todas las violaciones de derechos humanos, medidas y prácticas discriminatorias contra albaneses étnicos en Kosovo, en particular a las privaciones arbitrarias de libertad y a la violación del derecho a un juicio justo y a la práctica de torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes;

b) P[usieran] en libertad a todos los presos políticos y suspend[ieran] toda persecución de dirigentes políticos y miembros de organizaciones locales de derechos humanos;

c) Estable[cieran] instituciones democráticas en Kosovo y respet[aran] la voluntad de sus habitantes como la mejor manera de impedir que se agrav[ara] el conflicto (...)”⁴⁹¹.

118. La Comisión, en su resolución 1995/89 (de 08.03.1995), recordando nuevamente un documento del Consejo Económico y Social⁴⁹², consideró adecuado reiterar su profunda preocupación por la situación de los derechos humanos en Kosovo, y reiterar su enérgica condena de “las medidas y prácticas discriminatorias”⁴⁹³ y sus urgentes exigencias (*supra*) de que las autoridades de Serbia pusieran fin a ellas y a las violaciones de los derechos humanos, y “respet[asen] la voluntad de los habitantes de Kosovo”⁴⁹⁴. Más adelante, en su resolución 1996/71 (de 23.04.1996), la Comisión una vez más instó enérgicamente a las autoridades serbias “a que abrog[asen] toda la legislación discriminatoria y apli[casen] todas las demás leyes sin discriminación alguna, p[usiesen] en libertad a todos los detenidos políticos” y “permit[iesen] el regreso libre al Kosovo de los refugiados de origen albanés”⁴⁹⁵. Además, pidió con urgencia que las autoridades serbias

“adopt[asen] medidas inmediatamente para poner fin a la represión de las poblaciones no serbias del Kosovo e impedir la violencia contra ellas, incluidos los actos de hostigamiento, las palizas, la tortura, los registros injustificados, la detención arbitraria, los juicios injustos, las expulsiones y los desalojos y despidos arbitrarios e injustificados (...)”⁴⁹⁶.

⁴⁸⁸ Párr. 27.

⁴⁸⁹ Doc. E/CN.4/1994/110, refiriéndose al informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en la ex Yugoslavia (describiendo el continuo “deterioro” de dicha situación en Kosovo).

⁴⁹⁰ Párr. 1.

⁴⁹¹ Párr. 2.

⁴⁹² Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1995/57, refiriéndose al informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en la ex Yugoslavia (describiendo las brutalidades y medidas discriminatorias perpetradas en Kosovo).

⁴⁹³ Tales como despidos en masa de funcionarios públicos, discriminación contra alumnos y maestros de origen étnico albanés de las escuelas primarias, despido de clínicas y hospitales de médicos y otras categorías de miembros de la profesión médica de origen étnico albanés – generando así una migración forzada.

⁴⁹⁴ Párrs. 29 a 31.

⁴⁹⁵ Párr. 25.

4. Reiteradas expresiones de grave preocupación del Secretario General por la tragedia humanitaria en Kosovo

119. Igual que los demás órganos principales de las Naciones Unidas (la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social – *supra*), el Secretario General de las Naciones Unidas también expresó en distintas ocasiones su grave preocupación por la tragedia humanitaria en Kosovo. Así pues, en su *Informe* de 12.07.1999 sobre la UNMIK⁴⁹⁷, advirtió que

“Las consecuencias humanitarias del conflicto en el pueblo de Kosovo han sido profundas. De una población estimada en 1,7 millones en 1998, casi la mitad (800.000) se ha refugiado en la vecina Albania, la ex República Yugoslava de Macedonia y Montenegro el año pasado. Aunque las estimaciones varían, es posible que haya 500.000 personas desplazadas en el interior del territorio. Muchas de ellas están en peor estado de salud que los refugiados, pues han pasado semanas ocultas, sin comida ni refugio. Muchos refugiados y desplazados conservan cicatrices de traumas psicológicos y de malos tratos físicos.

Al 9 de julio de 1999, habían regresado a Kosovo más de 650.000 refugiados mediante una combinación de desplazamientos espontáneos y apoyados por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Con ello, se estima que 150.000 personas permanecen en regiones y países vecinos, 90.000 han sido evacuadas a terceros países y un número desconocido ha solicitado asilo. Quienes no han regresado a sus hogares seguirán necesitando una asistencia considerable en su país de acogida y a su regreso de él. En Kosovo un número aún desconocido de personas no ha regresado a sus hogares. (...)” (párrs. 8 y 9).

120. En el mismo *Informe*, el Secretario General de las Naciones Unidas consideró adecuado añadir, entre otras cosas, que

“La aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y el despliegue de la KFOR y la UNMIK han marcado el fin de un capítulo trágico en la historia del pueblo de Kosovo. La comunidad internacional tiene ante sí la tarea de ayudar al pueblo de Kosovo a reconstruir sus vidas y restaurar las heridas causadas por el conflicto. La reconciliación será un proceso lento y prolongado. Para llevarlo adelante se necesitará paciencia y persistencia” (párr. 117).

121. En su siguiente *Informe* sobre la UNMIK, de 16.09.1999⁴⁹⁸, el Secretario General señaló que “[e]l nivel y la naturaleza de la violencia en Kosovo, especialmente contra minorías vulnerables, sigue siendo una importante preocupación. Las medidas tomadas para hacer frente a este problema están teniendo un efecto positivo, pero es necesario mantener una continua vigilancia” (párr. 4). El *Informe* se refirió a algunas de las medidas más apremiantes que debían tomarse:

“Se han hecho encuestas de la situación en materia de vivienda en más del 90% de las aldeas afectadas por la guerra. Cerca de 50.000 casas han sufrido daños irreparables y otras 50.000 casas más han sufrido daños de hasta un 50%, pero que se pueden reparar. Una de las tareas más urgentes que es necesario terminar antes del invierno es la rehabilitación temporal de las 50.000 casas reparables” (párr. 11).

122. Con tal fin, la UNMIK contó con la asistencia del programa de

⁴⁹⁷ Documento de las Naciones Unidas S/1999/779, de 12.07.1999, págs. 1 a 25.

rehabilitación de emergencia del ACNUR (párr. 11). Otra de las prioridades era – añadió el *Informe* del Secretario General – la específica “asistencia a las mujeres y los niños”; con tal fin, la UNMIK contó con la asistencia del ACNUR, el UNICEF y organizaciones no gubernamentales internacionales y locales, que estaban “ejecutando una serie de proyectos en el marco de la ‘Iniciativa para la mujer de Kosovo’” (párr. 13). Paralelamente a esos dos *Informes*, a comienzos del mismo año 1999, el Secretario General también consideró adecuado emitir una declaración, el 16.01.1999 (el día siguiente a la masacre de Raçak), expresando su grave preocupación en la forma siguiente:

“Estoy sumamente conmovido al enterarme hoy de las denuncias de masacre de unas 40 personas, aparentemente civiles, en Kosovo. (...) Estoy profundamente preocupado por este último acontecimiento y reclamo que las autoridades competentes hagan una investigación. Hago un nuevo llamamiento a todas las partes en Kosovo para que se abstengan de toda medida que pueda causar un nuevo escalamiento en la trágica situación”⁴⁹⁹.

123. A partir de 1999, el Secretario General de las Naciones Unidas emitió periódicamente numerosos *Informes* sobre la evolución de la labor de la UNMIK. A comienzos del decenio (2002-2004), sus *Informes* abogaban por la supervisión de la política convenida de “Normas primero, estatuto después”⁵⁰⁰. En el período siguiente (2006-2008), antes de la declaración de independencia, el Secretario General señaló a la atención de todos los interesados la importancia de poner fin a la violencia para el futuro de Kosovo. Así pues, en su *Informe* de 05.06.2006⁵⁰¹, consideró que

“(...) La aplicación de las normas permite determinar cuán empeñados están los dirigentes políticos y las Instituciones Provisionales de Kosovo en hacer realidad una sociedad en que todas las personas puedan vivir con dignidad y sin temor. (...) [P]rogresar efectivamente en ese ámbito es una condición esencial para determinar el progreso del proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo. (...)”

La reconciliación sigue siendo esencial para el futuro de un Kosovo multiétnico, así como para la estabilidad de la región. Aunque todas las comunidades tienen una función que desempeñar en el mejoramiento de las condiciones para que todos puedan convivir y trabajar en armonía, la responsabilidad principal recae en la comunidad mayoritaria. (...)

(...) La violencia afectará al proceso relativo al estatuto futuro de Kosovo, y ninguna parte de la sociedad de Kosovo debe tolerarla. (...)”⁵⁰².

124. En sus siguientes *Informes* sobre la UNMIK, la atención se fue centrando cada vez más en el establecimiento de instituciones provisionales de autogobierno democrático y autónomo, es decir, de desarrollo de instituciones públicas, de modo de fomentar la consolidación del estado de derecho en una sociedad democrática⁵⁰³. En uno de esos *Informes* (el de 09.03.2007), el Secretario

⁴⁹⁹ Cit. en M. Weller, *The crisis in Kosovo, 1989-1999*, Cambridge, *Docs. & Analysis Publ.*, 1999, pág. 320. Dos días después (18.01.1999) la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los refugiados (Sra. S. Ogata) también expresó la grave preocupación del ACNUR y condenó las atrocidades; véase cit. en *ibíd.*, pág. 321.

⁵⁰⁰ Véase Secretario General, Informe de 09.10.2002 (documento de las Naciones Unidas S/2002/1126), párr. 2; Secretario General, Informe de 29.01.2003 (documento de las Naciones Unidas S/2003/113), párrs. 12 y 61; Secretario General, Informe de 16.01.2004 (documento de las Naciones Unidas S/2004/71), párr. 2.

⁵⁰¹ Documento de las Naciones Unidas S/2006/361, de 05.06.2006, págs. 1 a 9.

⁵⁰² *Ibíd.*, párrs. 24 y 26 y 27, pág. 8.

⁵⁰³ Véase Informe de 01.09.2006 (documento de las Naciones Unidas S/2006/707); Informe de

General dijo:

“Después de casi ocho años de administración provisional de las Naciones Unidas, Kosovo y su población necesitan tener una idea clara de su futuro. (...) El progreso hacia la conclusión oportuna del proceso del futuro estatuto político de Kosovo y hacia una solución sostenible a este respecto debe ser una prioridad de toda la comunidad internacional.

Dicha solución debe implicar necesariamente el establecimiento de un clima de estabilidad en Kosovo, en el que todas las comunidades convivan en paz. La utilización de la violencia por parte de grupos extremistas para lograr objetivos políticos no puede tolerarse y debe condenarse rotundamente⁵⁰⁴”.

125. En el siguiente *Informe* (de 29.06.2007), el Secretario General tomó nota del informe que le había presentado su Enviado Especial, en el cual éste “recomendaba la independencia de Kosovo, supervisada inicialmente por la comunidad internacional, y exponía su propuesta de acuerdo”⁵⁰⁵. En otro *Informe* (el de 20.11.2006), el Secretario General ya había exhortado a “los dirigentes y el pueblo de Kosovo” a que siguieran comprometidos con el arreglo político, y añadió que “[s]eguía siendo importante que las autoridades de Kosovo acrec[entaran] el progreso alcanzado y no p[erdieran] de vista todas las normas importantes para lograr unas instituciones más estables y eficaces y mejorar la prestación de servicios a toda la población de Kosovo”⁵⁰⁶.

126. Por último, hay una serie de *Informes del* Secretario General, que comprenden los nuevos acontecimientos atinentes a la UNMIK a partir de la declaración de independencia de Kosovo de 17 de febrero de 2008⁵⁰⁷. Poco después de la adopción de la declaración de independencia por la Asamblea de Kosovo el 17.02.2008, el Secretario General de las Naciones Unidas, en su *Informe* de 28.03.2008, tomó nota de la declaración (párr. 3) y añadió que la UNMIK seguía “operando en la inteligencia de que la resolución 1244 (1999) [seguía] en vigor” (párr. 29), pero al mismo tiempo concedió que

“la declaración de independencia de Kosovo ha tenido un profundo impacto en la situación en Kosovo. La declaración de independencia y los acontecimientos posteriores ocurridos en Kosovo han planteado importantes desafíos a la capacidad de la UNMIK de ejercer su autoridad administrativa en Kosovo.” (párr. 30).

127. En su subsiguiente *Informe* sobre la UNMIK (de 12.06.2008), el Secretario General tomó nota de la Constitución aprobada por la Asamblea de Kosovo el 09.04.2008, que entraría en vigor el 15.06.2008 (párr. 7). Ello planteaba, a su juicio, “problemas importantes” y “repercusiones operacionales” para la

de las Naciones Unidas S/2007/134); Informe de 29.06.2007 (documento de las Naciones Unidas S/2007/395); Informe de 28.09.2007 (documento de las Naciones Unidas S/2007/582); Informe de 03.01.2008 (documento de las Naciones Unidas S/2007/768).

⁵⁰⁴ Documento de las Naciones Unidas S/2007/134, de 09.03.2007, párrs. 24 y 25, págs. 7 y 8.

⁵⁰⁵ Documento de las Naciones Unidas S/2007/395, de 29.06.2007, párr. 2, pág. 1, y documentos allí mencionados.

⁵⁰⁶ Documento de las Naciones Unidas S/2006/906, de 20.11.2006, párr. 24, pág. 7.

⁵⁰⁷ Véase Secretario General, Informe de 28.03.2008 (documento de las Naciones Unidas S/2008/211); Secretario General, Informe de 12.06.2008 (documento de las Naciones Unidas S/2008/354); Secretario General, Informe de 15.07.2008 (documento de las Naciones Unidas S/2008/458); Secretario General, Informe de 24.11.2008 (documento de las Naciones Unidas S/2008/692); Secretario General, Informe de 17.03.2009 (documento de las Naciones Unidas S/2009/149); Secretario General, Informe de 10.06.2009 (documento de las Naciones Unidas S/2009/300); Secretario General, Informe de 30.09.2009 (documento de las Naciones Unidas S/2009/497); y Secretario General, Informe de 05.01.2010 (documento de las Naciones Unidas

capacidad de la Misión de ejercer su “autoridad administrativa” (párrs. 10, 14 y 17). En el siguiente *Informe* (de 15.07.2008), añadió que “las autoridades de Pristina han tomado varias medidas para afirmar su autoridad en Kosovo” (párr. 4), y “la situación que ha debido enfrentar la UNMIK en Kosovo es sustancialmente distinta” (párr. 29).

128. El siguiente *Informe* del Secretario General (de 24.11.2008) reconoció dificultad de conciliar la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y la Constitución de Kosovo (párr. 21). Por último, en un *Informe* posterior (de 10.06.2009), el Secretario General añadió que, si bien, para las autoridades de Kosovo, la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad ya no era pertinente (párr. 2), Naciones Unidas seguirían “adoptando una posición de estricta neutralidad en la cuestión del estatuto de Kosovo” (párr. 40).

129. Así pues, surge claramente de esos *Informes* y de los anteriores que, inicialmente, la preocupación principal del Secretario General de las Naciones Unidas y la UNMIK se refería a la seguridad y las condiciones de vida de la población. Posteriormente se centró en el desarrollo de instituciones públicas. La administración internacional de territorios no parece ser un fin en sí mismo, – no una administración internacional de territorios por la sola administración territorial – sino un medio para un fin, a saber, lograr el bienestar del “pueblo” o la “población”, y de los habitantes que viven en un estado de derecho en una sociedad democrática. En cuanto a los *Informes* más recientes, emitidos en la época de la declaración de independencia de Kosovo, y poco después, es difícil escapar a la impresión de que, para entonces, ya se estaba considerando a Kosovo como un Estado *in statu nascendi*.

5. Apreciación general

130. Del examen que antecede, queda en claro que la Organización de las Naciones Unidas *en su conjunto* estaba y ha estado preocupada por la tragedia humanitaria en Kosovo. Cada uno de sus órganos principales (la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social y la Secretaría General) expresaron en distintas ocasiones su grave preocupación por ella, y cada uno de ellos estaba y ha estado empeñado en la solución de la crisis, dentro de sus respectivas esferas de competencia. Esos dominios de competencia no son competitivos, sino complementarios, a fin de cumplir los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas, a la luz de los principios proclamados en ella (Artículos 1 y 2). La crisis era de incumbencia de la comunidad internacional en su conjunto, y consiguientemente la Organización de las Naciones Unidas *en su conjunto* actuó correctamente al hacerle frente.

131. La Corte Internacional de Justicia, órgano judicial principal de las Naciones Unidas (Artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas), ha sido ahora llamada a pronunciarse sobre un aspecto específico, a saber, el de la conformidad, o no, con el derecho internacional, de la declaración de independencia de Kosovo. En el ejercicio de su función consultiva, y teniendo presente su alta responsabilidad en su carácter de Corte mundial, se ha negado correctamente a dejarse llevar a un falso y artificial problema de delimitación de competencias entre los órganos principales de las Naciones Unidas. Ha tenido presentes los principios y propósitos de la Carta de las Naciones Unidas, junto con el derecho internacional general. Ha actuado como debía.

VIII. *EX INJURIA JUS NON ORITUR*

132. Según un bien establecido principio general de derecho internacional, un acto ilícito no puede convertirse en fuente de ventajas, beneficios o bien derechos para el autor del ilícito⁵⁰⁸: *ex injuria jus non oritur*. En el período comprendido entre la revocación de la autonomía de Kosovo en 1989 hasta la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, todos los interesados cometieron sucesivas graves violaciones del derecho internacional. Dichas graves violaciones, de todas partes, victimizaron gravemente a un gran sector de la población de Kosovo. Comprendieron graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario provenientes de virtualmente todos los que intervinieron en la crisis de Kosovo.

133. En el curso del procedimiento consultivo que la Corte tiene ante sí, un par de participantes invocaron el principio *ex injuria jus non oritur*, cada uno de ellos en referencia a uno de los sucesivos actos ilícitos, en el curso del decenio 1989-1999, y hasta la declaración de independencia de Kosovo de 17 de febrero de 2008. Ninguno de ellos se refirió a las sucesivas *injuriae* en su conjunto – entre ellas, tres injustificados bombardeos de Kosovo por la OTAN en 1999, fuera del marco de la Carta de las Naciones Unidas, que también generaron “bajas” entre cientos de inocentes civiles. De hecho, tuvieron lugar *injuriae* cometidas en toda la región en su conjunto, provenientes de una diversidad de fuentes (tanto estatales como no estatales).

134. El principio *ex injuria jus non oritur* se aplica a todas esas graves violaciones, a las atrocidades perpetradas contra la población, así como al injustificado uso de la fuerza en los bombardeos de Kosovo (que análogamente causaron numerosas víctimas inocentes en la población civil), fuera del marco de la Carta de las Naciones Unidas. Así pues, la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no puede leerse en el sentido de que aprueba actos ilícitos de cualquier origen o tipo, ni de que saca ventaja de ellos. Muy por el contrario: la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad reinsertó el tratamiento de la crisis humanitaria de Kosovo dentro del marco de la Carta de las Naciones Unidas, en uno de los grandes desafíos para *las Naciones Unidas en su conjunto* (no sólo su Consejo de Seguridad) en nuestros días. No es posible dudar de que el Consejo de Seguridad, procediendo en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, mediante su resolución 1244 (1999), actuó de manera decisiva para la restauración y la preservación de la paz en Kosovo y en toda la región.

135. Al establecer la UNMIK mediante dicha resolución, el Consejo de Seguridad tuvo cuidado de no anticipar ni prejuzgar el resultado de la administración provisional de Kosovo. Su posición equilibrada se transparenta en los términos de su resolución 1244 (1999) en su conjunto: en ninguna parte de ella profesó una obsesión – propia del derecho internacional tradicional del pasado – con el territorio en detrimento del pueblo, de la población local. Análogamente, tuvo en cuenta al pueblo. Tenía presente el principio *ex injuria jus non oritur*.

136. Este principio general, pese a estar bien establecido, a veces ha sido contrabalanceado por la máxima *ex factis jus oritur*⁵⁰⁹. Esto no quiere decir que pueda surgir derecho de graves violaciones del derecho internacional humanitario,

⁵⁰⁸ P. Guggenheim, “La validité et la nullité des actes juridiques internationaux”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1949), vol. 74, págs. 226 y 227, 230 y 231 y 256; H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge University Press, 1947, págs. 420 y 421.

⁵⁰⁹ H. Lauterpacht, “Règles générales du droit de la paix”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, vol. 62 (1937), págs. 287 y 288; P. Guggenheim, “La validité et la

sino como una respuesta o reacción posterior ante ellas. En el universo conceptual del derecho internacional, como del derecho en general, uno está en el dominio del *Sollen*, no del *Sein*, o al menos en el de la tensión entre *Sollen* y *Sein*. Es inconcebible que puedan surgir derechos para los Estados, o que tales derechos puedan preservarse, mediante un cuadro persistente de graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

137. Así pues, la máxima *ex factis jus oritur* no equivale a una carta blanca, pues el derecho también desempeña su papel en el surgimiento de derechos de la tensión entre *Sollen* y *Sein*. En la etapa actual de evolución del derecho de gentes (*Law of Nations*), es insostenible que un pueblo pueda verse forzado a vivir bajo la opresión, o que el control del territorio pueda usarse como medio para llevar a cabo una opresión planificada y perpetrada por el Estado. Ello equivaldría a una manifiesta y flagrante inversión de los fines del Estado, como promotor del bien común.

IX. CONDICIONES DE VIDA DE LA POBLACIÓN EN KOSOVO (DESDE 1989): LAS ARGUMENTACIONES FORMULADAS EN EL PROCEDIMIENTO CONSULTIVO QUE LA CORTE TIENE ACTUALMENTE ANTE SÍ

138. Con respecto a la presente solicitud de opinión consultiva de la CIJ formulada por la Asamblea General, me parece totalmente justificado, y realmente necesario, centrar la atención en las condiciones de vida – o, más bien, de sobrevivencia – de la población en Kosovo, desde que fue privada de su autonomía en 1989 y hasta que, en 1999, se estableció la administración internacional del territorio por las Naciones Unidas mediante la aprobación de la mencionada resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad. Este aspecto crucial fue, de hecho, objeto de atención, y fue puesto en conocimiento de la Corte, en el curso del presente procedimiento consultivo, en sus fases escrita y oral.

1. Argumentaciones formuladas durante la fase escrita del procedimiento

139. En el curso de la fase escrita, algunos de los participantes en el procedimiento trataron de presentar – además de una reseña descriptiva de los hechos – una evaluación de los acontecimientos que tuvieron lugar en ese decenio (1989-1999), independientemente de sus conclusiones sobre la cuestión en debate. Por ejemplo, Alemania argumentó en su exposición escrita que el Gobierno de Yugoslavia había creado “un clima de absoluta inobservancia generalizada de la ley en la región” y que

“las autoridades responsables no sólo no protegieron la vida y la integridad física de sus ciudadanos de origen étnico albanés, sino que dichos ciudadanos habían pasado a ser objeto de constante persecución, sometidos a la más completa arbitrariedad.... Se transmitió claramente a todas las personas de origen étnico albanés que su presencia era indeseable en Kosovo y lo mejor para ellos sería irse de la región definitivamente” (págs. 16 y 17).

Alemania concluyó entonces que “[los] hechos (...) hablan por sí mismos”, confirmando plenamente que “a comienzos de 1999 existía realmente, como lo observaron y documentaron terceras instituciones conocedoras de los hechos e imparciales, una emergencia humanitaria, causada por graves crímenes deliberada e intencionalmente cometidos por las fuerzas de seguridad y las fuerzas militares de la

impulso sin precedentes cuando se retiró la Misión de Verificación/Misión de Observación” (pág. 19).

140. Análogamente, en sus observaciones escritas, el Reino Unido destacó que esos acontecimientos de gran violencia (entre 1989 y 1999) fueron “horrorosos, bien documentados y probados abusos de los derechos humanos, abusos que han sido descritos y condenados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por el Consejo de Seguridad, por diversos órganos de las Naciones Unidas creados por tratados (como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité contra la Tortura), por la ex Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por los Relatores Especiales de las Naciones Unidas (de 1992 a 1997) y por el Comité Internacional de la Cruz Roja” (párr. 14). El Reino Unido también se refirió a esas fuentes en su exposición escrita (párrs. 2.25 a 2.40).

141. Por su parte, los Países Bajos, en su exposición escrita, recordando las comprobaciones del Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia (TPIY) en la causa *Milutinovic y otros* (2009 – véase *infra*), señaló que había habido “campañas de terror y violencia” que tuvieron como resultado “la denegación de los derechos humanos fundamentales en Kosovo”, representando un cuadro de violaciones que

“era grave porque era sistemático, una empresa criminal conjunta, en particular, que ponía en evidencia que la violación se llevaba a cabo de manera organizada y deliberada. La violación también era grave porque era manifiesta: la cantidad de kosovares de origen étnico albanés expulsados y la naturaleza y el grado de la violencia dirigida contra ellos constituía prueba del carácter flagrante de la violación, representando una agresión directa y sin ambages a los valores protegidos” (párr. 3.12).

142. A su vez, Noruega, en su exposición escrita, informó a la CIJ de que, en su carta de reconocimiento de Kosovo (por el Real Decreto de 28.03.2008), se había referido a la evaluación completa de la prueba llevada a cabo por el TPIY en la causa *Milutinovic y otros* (2009). Y, en sus observaciones escritas, Noruega recordó asimismo que los acuerdos de Rambouillet (de 1999) disponían que el estatuto definitivo de Kosovo sería determinado sobre la base de la “voluntad del pueblo”.

143. En su exposición escrita, en la misma línea de preocupación, Albania se refirió al informe publicado por la Comisión Internacional de Expertos para indicar que “mediante una campaña generalizada y sistemática de terror y violencia, la población albanesa de Kosovo había de ser desplazada por la fuerza tanto dentro como fuera de Kosovo”; el fin de esa campaña habría sido “desplazar a una cantidad de [kosovares de origen étnico albanés] suficiente para inclinar la balanza demográfica más hacia la igualdad étnica y a fin de atemorizar a los kosovares de origen étnico albanés para que aceptaran la sumisión” (párr. 29).

144. Albania se refirió a la represión sistemática, las violaciones cotidianas de los derechos humanos y las políticas estatales discriminatorias (entre 1990 y 1995 – párr. 11); asimismo invocó los informes del *Relator Especial* de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos en la ex Yugoslavia, y de Human Rights Watch (1997-1998 – párrs. 18 y 20). Además, también invocó la resolución 1998/79 de la ex Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la que se instaba a las autoridades de Serbia a poner fin a las torturas y malos tratos a las personas detenidas (párr. 18). Por último, Albania añadió que “la intención de reducir la población albanesa en Kosovo a aproximadamente 600.000 matando miembros del grupo o expulsándolos por la fuerza”, era “conocida para los altos funcionarios extranjeros, y según se informaba había sido públicamente enunciada por altos funcionarios serbios” (párr. 29). Esta preocupación fue retomada por varios participantes en el curso de la fase oral del presente procedimiento (véase *infra*).

exposición escrita, a diversas fuentes documentales, entre ellas, las constataciones de 2009 del TPIY en la causa *Milutinovic y otros*, que confirmaban las violaciones masivas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en Kosovo, a partir de la revocación de su autonomía en 1989 y hasta la perpetración de crímenes de lesa humanidad en 1999 (párrs. 5 a 9). En su exposición escrita, Estonia observó, análogamente, que la prolongada denegación de la libre determinación interna sufrida por el pueblo de Kosovo estuvo acompañada por graves violaciones de los derechos humanos y por la depuración étnica, como se revela en diversas fuentes documentales de las Naciones Unidas (párrs. 6 a 9).

146. Análogamente, Polonia señaló a la atención, en su exposición escrita, las violaciones sistemáticas y en gran escala de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en Kosovo a lo largo del decenio de 1990, marcadas por la generalización de la depuración étnica, el desplazamiento forzoso del pueblo, las detenciones arbitrarias y las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas de personas, y otros estallidos de violencia dirigidos contra la población civil de Kosovo (como lo estableció la Sala de Primera Instancia del TPIY en su sentencia de 2009 en la causa *Milutinovic y otros*), todo lo cual hizo que la situación de Kosovo fuera singular y sui géneris. Para Polonia, toda esta tragedia humanitaria debería ser tenida en cuenta al considerar la declaración de independencia de Kosovo de 17 de febrero de 2008 (párrs. 4.5.1 y 5.2.2.1).

147. Suiza también hizo referencia a las graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos en Kosovo, en su exposición escrita, en la que también mencionó resoluciones de la Asamblea General y las constataciones del TPIY en la causa *Milutinovic y otros* (*supra* – párrs. 81 a 85). Los Estados Unidos, análogamente, recordando diversas fuentes documentales de las Naciones Unidas (Asamblea General y Consejo de Seguridad, ex Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, TPIY), observaron en su exposición escrita que la totalidad de los antecedentes de hecho de la violencia y la represión masivas a lo largo del decenio de 1990 eran pertinentes para considerar la declaración de independencia de Kosovo de 17.02.2008 (II y III, párrs. 8 a 19).

148. También Eslovenia, en su exposición escrita, mencionó la represión sistemática de los kosovares de origen étnico albanés como uno de los factores que determinaron su reconocimiento de Kosovo el 05.03.2008 (párr. 5). Luxemburgo, en su exposición escrita, también tuvo en cuenta los antecedentes de hecho de la aguda crisis humanitaria en Kosovo en el decenio de 1990, especialmente a finales de dicho decenio, que exigían una respuesta de la comunidad internacional (párr. 6 núm. 1). Y Finlandia, también recordando las constataciones del TPIY en la causa *Milutinovic y otros* (*supra*), estimó en su exposición escrita que los antecedentes de hecho de la situación en Kosovo durante el período 1989-2007 debían ser tenidos en cuenta para la consideración de su declaración de independencia de 17.02.2008. A juicio de Finlandia, esa situación de hecho se insertaba en la violenta ruptura de Yugoslavia, dentro de la cual tuvo lugar la deliberada política de represión y persecución de los kosovares de origen étnico albanés a lo largo del decenio 1989-1999 (tratando de reducirlos a la indefensión), que culminó, en la primavera boreal de 1999, en un desplazamiento masivo del pueblo dentro y fuera de Kosovo (párrs. 10 y 11).

2. Argumentaciones formuladas durante la fase oral del procedimiento

149. Los antecedentes de hecho de la grave crisis humanitaria en Kosovo también fueron señalados a la atención de la CIJ en la fase oral del presente

independientemente de sus conclusiones sobre la declaración de independencia de Kosovo de 17.02.2008 – en las audiencias públicas de la CIJ en la primera mitad de diciembre de 2009. Por ejemplo, en sus argumentos orales, (la actual) Serbia tuvo el gran mérito de lamentar las tragedias y el dolor provocados por los conflictos de 1998-1999; admitió que hubo una depuración étnica en la ciudad de Pristina, y que todo esto – la violencia generalizada por parte de actores estatales y no estatales – llevó al establecimiento en 1999 de la administración internacional de territorios, y al propósito de sancionar penalmente a los individuos responsable de las graves violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario⁵¹⁰.

150. Por su parte, las autoridades de Kosovo, después de recordar las persecuciones en los decenios de 1920, 1950 y 1960, añadieron que la eliminación forzosa, mediante intimidación, de la autonomía de Kosovo en 1989 por S. Milosevic llevó a la “catástrofe humanitaria” de 1998-1999, cuando hubo discriminación a gran escala, violaciones graves de los derechos humanos, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, depuración étnica, corrientes masivas de refugiados, pérdida de vidas y gran sufrimiento – todo lo cual hacía imposible que el pueblo de Kosovo contemplara un futuro dentro de Serbia⁵¹¹. Análogamente, Albania se refirió a la ilegal privación de la autonomía de Kosovo, que llevó a esas violaciones sistemáticas y generalizadas de los derechos humanos, que comprendieron, además de la depuración étnica, ejecuciones sumarias, torturas y violaciones, desapariciones forzadas de personas, desplazamiento forzado de personas, a manos de las fuerzas serbias y de paramilitares⁵¹². Albania dijo que más de 1,5 millones de kosovares de origen étnico albanés expulsados por la fuerza de sus hogares, y argumentó que la denegación de la libre determinación interna de Kosovo hizo que se apuntara a su independencia⁵¹³.

151. Dinamarca también señaló los trágicos acontecimientos del decenio de 1990; sostuvo que esas violaciones manifiestas de los derechos humanos llevaron a la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, de modo de satisfacer las necesidades reales y cotidianas del “pueblo” de Kosovo⁵¹⁴. Brasil identificó, en la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, un “claro rechazo”, por “el sistema de seguridad colectiva” de las Naciones Unidas, del uso del velo de soberanía de un Estado para perpetrar crímenes abominables contra su propia población⁵¹⁵. En opinión de España, la grave situación de violaciones de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y de los derechos de las minorías en Kosovo, fue “resuelta” en 1999, con la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad⁵¹⁶. Rusia dijo, a su vez, que esa resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad era el resultado de la tragedia que cayó sobre Kosovo, del conflicto que victimizó a su “comunidad” y de los actos de terrorismo del Ejército de Liberación de Kosovo (ELK)⁵¹⁷.

152. Los Estados Unidos, por su parte, argumentaron que Kosovo, que había sufrido una tragedia, marcada por la opresión y por abusos masivos y sistemáticos de los derechos humanos, quedó separado de Serbia⁵¹⁸. A su vez, Croacia destacó que la ilegal eliminación de la autonomía de Kosovo estuvo seguida por una represión sistemática y graves violaciones de los derechos humanos de su población, que, a su vez, fueron seguidos por la administración internacional de

⁵¹⁰ CIJ, doc. CR 2009/24, de 01.12.2009, págs. 33 y 34.

⁵¹¹ CIJ, doc. CR 2009/25, de 02.12.2009, págs. 15 a 19.

⁵¹² CIJ, doc. CR 2009/26, de 02.12.2009, págs. 8 y 9.

⁵¹³ *Ibid.*, págs. 9 y 31.

⁵¹⁴ CIJ, doc. CR 2009/29, de 07.12.2009, págs. 66 y 74 y 75.

⁵¹⁵ CIJ, doc. CR 2009/28, de 04.12.2009, pág. 17.

⁵¹⁶ CIJ, doc. CR 2009/30, de 08.12.2009, pág. 18.

⁵¹⁷ CIJ, doc. CR 2009/30, de 08.12.2009, pág. 45.

Kosovo por las Naciones Unidas y el desarrollo, dentro de dicha administración, de la autoadministración de Kosovo⁵¹⁹; a juicio de Croacia, Kosovo tiene ahora elementos de la calidad de Estado, y todo este desarrollo debe ser tenido en cuenta por la CIJ⁵²⁰.

153. Jordania recordó la bien documentada historia de discriminación, brutalidad policial, prisión arbitraria, tortura, depuración étnica, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad en Kosovo, victimizando al “pueblo” de Kosovo, a partir de la denegación de su autonomía en 1989; asimismo recordó que la declaración de independencia de Kosovo de 17.02.2008 preveía su supervisión internacional y garantías de los derechos humanos⁵²¹; Jordania sostuvo además que, en esas circunstancias, el “pueblo” de Kosovo tiene derecho a la independencia, surgida en el contexto de la desintegración de la República Federativa Socialista de Yugoslavia en 1991⁵²². Los Países Bajos, análogamente, advirtieron que había una atmósfera de terror en Kosovo, con las matanzas, agresiones sexuales y desplazamientos forzosos; esas graves violaciones cometidas por Serbia – añadieron – generaron el legítimo ejercicio por el “pueblo” de Kosovo de libre determinación externa, y el reconocimiento de ese derecho por la CIJ contribuiría, a su juicio, a la paz y la estabilidad en la región⁵²³.

154. En la opinión de Finlandia, las atrocidades perpetradas en Kosovo hacen necesario crear las condiciones con arreglo a las cuales las “comunidades” de Kosovo puedan vivir en paz y justicia; de allí, con la imposibilidad de volver al *statu quo ante*, el surgimiento del Estado de Kosovo, con su declaración de independencia de 17.02.2008⁵²⁴. El Reino Unido, por su parte, después de recordar la “catástrofe en materia de derechos humanos” que siguió a la revocación de la autonomía de Kosovo en 1989, argumentó que la secesión no está regulada por el derecho internacional, la integridad territorial se aplica sólo a las relaciones internacionales, El artículo 1 de los dos Pactos de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos no está limitado sólo a los casos de descolonización, y la estabilidad que reina en la región hoy en día proviene, a su juicio, de la independencia de Kosovo⁵²⁵.

155. Todos los participantes mencionados, como acaba de verse, consideraron adecuado hacer particular hincapié en las condiciones de vida – realmente, de sobrevivencia – de la población de Kosovo en el período de que se trata, a saber, a partir de la revocación por Serbia de la autonomía de Kosovo (constitucionalmente garantizada desde 1974) en 1989, que llevó al gran sufrimiento impuesto a la población a lo largo de todo un decenio, hasta 1999. Me siento obligado a dejar constancia en el expediente de este aspecto del sustancial procedimiento consultivo ante esta Corte (fases escrita y oral), pues, por razones que escapan a mi comprensión, ni siquiera ha sido mencionado en la presente Opinión consultiva de la Corte. Significativamente, ese sufrimiento de la población de Kosovo ha encontrado ahora reconocimiento judicial, que pasaré a considerar a continuación.

X. RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LAS ATROCIDADES EN KOSOVO

156. Como ya se indicó, la reciente decisión del TPIY (Sala de Primera

⁵¹⁹ CIJ, doc. CR 2009/29, de 07.12.2009, pág. 57.

⁵²⁰ *Ibid.*, pág. 61.

⁵²¹ CIJ, doc. CR 2009/31, de 09.12.2009, págs. 28 a 31.

⁵²² *Ibid.*, págs. 30 a 32, 36 y 37, 39 y 41.

⁵²³ CIJ, doc. CR 2009/32, de 10.12.2009, págs. 8, 11, 13 y 16.

⁵²⁴ CIJ, doc. CR 2009/30, de 08.12.2009, págs. 52 y 53, 61 y 64.

⁵²⁵

Instancia) en la causa *Milutinovic y otros* (2009), fue efectivamente mencionada, en el curso de las fases escrita y oral del presente procedimiento ante la CIJ, por varios participantes (véase *supra*). Una cuidadosa lectura de la sentencia del TPIY (Sala de Primera Instancia) de 26 de febrero de 2009 revela hechos, determinados por dicha sentencia, que me parecen pertinentes para la CIJ a los efectos de la opinión consultiva solicitada. La Sala de Primera Instancia del TPIY dedicó mucha atención a las atrocidades perpetradas en Kosovo a lo largo del decenio de 1990. En mi opinión, la CIJ, en la misma línea de pensamiento, no puede hacer abstracción de ellos.

157. En su sentencia de 26 de febrero de 2009 en la causa *Milutinovic y otros*, la Sala de Primera Instancia del TPIY determinó que había habido en Kosovo, en el período de que se trataba, una “empresa criminal conjunta”, con la intención de cometer crímenes o encubrirlos (párrs. 95 y 96). Los grupos tomados como objetivo – las víctimas – eran civiles (párr. 145). Mediante la supresión de la autonomía de Kosovo y la mencionada “empresa criminal conjunta”, Kosovo fue colocado firmemente bajo el control de las autoridades serbias, y la población albanesa de Kosovo pasó a ser objeto de prácticas represivas y discriminatorias, que llevaron al surgimiento del ELK (párrs. 211 a 213 y 222). En 1990, Kosovo ya se había convertido en un “Estado policial”, con detenciones y restricciones a la libertad de información; en 1991, profesores y funcionarios de la Universidad de Pristina fueron destituidos y reemplazados por no albaneses (párrs. 224 y 225). Para entonces, ya se había impuesto un sistema de discriminación contra los trabajadores albaneses de Kosovo, que se mantuvo durante todo el decenio de 1990 (párrs. 226 a 228).

158. La discriminación sancionada por el Estado tuvo lugar incluso en los lugares de trabajo, en las relaciones laborales; en las Naciones Unidas se informó en 1992 del “despido de miles de trabajadores albaneses de Kosovo, y el efecto de la ‘Ley sobre las relaciones laborales en circunstancias especiales’”, así como “las medidas tomadas por las autoridades de Serbia en Kosovo” (párrs. 229 y 230). A partir de 1989, “se instituyeron leyes, políticas y prácticas que discriminaban contra los albaneses, alimentando el resentimiento local y los sentimientos de persecución” (párr. 237). Esos temores se incrementaron en 1996, con el surgimiento del ELK, y sus acciones posteriores (párr. 237).

159. Además, reinaba la impunidad, pues el sistema judicial local no era eficaz “en la investigación, el enjuiciamiento y el castigo de los responsables de la comisión de crímenes graves contra la población civil” (párr. 569). Como resultado de todo ello, y particularmente de “la fuerza excesiva e indiscriminada usada por las fuerzas de la República Federativa de Yugoslavia y Serbia en 1998”, se produjo un desplazamiento forzoso masivo: las Naciones Unidas (su Alta Comisionada para los Derechos Humanos) estimaron que 285.500 personas habían sido desplazadas internamente hacia finales de 1998 (párrs. 913 y 918 y 919). En su resolución 1199 (1998), de 23.09.1998, el Consejo de Seguridad expresó su “grave preocupación” por “el uso excesivo e indiscriminado de la fuerza por las fuerzas de seguridad serbias y por el ejército yugoslavo” (párr. 916). La Sala de Primera Instancia del TPIY estableció que había ocurrido un conflicto armado sobre el territorio de Kosovo en 1998-1999 (párr. 1217).

160. En último lugar, pero no menos importante, la Sala de Primera Instancia del TPIY consideró adecuado referirse también a los esfuerzos emprendidos para llegar a la solución pacífica de la crisis humanitaria de Kosovo. Recordó, a este respecto, que, en la Conferencia de Rambouillet (1999), los kosovares de origen étnico albanés – a diferencia de S. Milosevic por Serbia – firmaron el acuerdo sólo después de la inclusión del Capítulo 8, que preveía que se tuviera en cuenta, para la determinación del estatuto de Kosovo, ante todo, “la voluntad del pueblo de Kosovo” (párr. 401).

XI. PRUEBAS ADICIONALES DE LAS ATROCIDADES EN KOSOVO: LA CENTRALIDAD DE LOS SUFRIMIENTOS DEL PUEBLO

161. Las pruebas sustanciales obtenidas por el TPIY en su sentencia de 26 de febrero de 2009 en la causa *Milutinovic y otros* (2009), no son en modo alguno las únicas. En las detalladas observaciones escritas (de 17.07.2009) de Eslovenia, presentadas esta Corte, figura una detallada relación de las sistemáticas y manifiestas violaciones de los derechos de los trabajadores de Kosovo (desde 1990), con flagrante violación del principio fundamental de igualdad y no discriminación, y asimismo con “violación de los principios del estado de derecho”. Se podría hacer referencia a otras fuentes⁵²⁶.

162. El argumento de que ha pasado un decenio desde la violencia de máxima intensidad de 1998-1999 y el “conflicto ha terminado”, en cierta forma “sepultado” en el olvido, y que hoy hay paz en Kosovo y la represión mencionada pertenece al pasado, es, en mi opinión, superficial, si no insostenible. Lleva precisamente a enfocar el asunto desde un punto de vista “técnico”, haciendo

⁵²⁶ Por ejemplo, Amnistía Internacional inició su Informe sobre Kosovo de 24.07.2006 con la advertencia de que el “respeto de los derechos humanos de todos, sin discriminación, debería estar en el corazón del proceso de conversaciones. Esa debería ser una consideración central y unificadora en todas las decisiones y acuerdos acerca del futuro de Kosovo” (párr. 1). Casi un año después, en su siguiente Informe sobre Kosovo, de mayo de 2007, Amnistía Internacional, refiriéndose al desplazamiento forzoso de personas en curso, advirtió asimismo que “[a]demás de los ataques por motivos étnicos que se están cometiendo, la impunidad por la violencia interétnica del pasado – que comprendía crímenes de guerra, y en particular la impunidad por ‘desapariciones’ y secuestros, y la continua impunidad para los perpetradores de la violencia étnica de marzo de 2004 – sigue constituyendo una barrera masiva para el retorno de las minorías” (par. 3.2). – Por su parte, el Informe de 1999 de la Misión de Verificación en Kosovo de la OSCE hizo una relación de sus constataciones en el período comprendido entre octubre de 1998 y junio de 1999. En su prólogo, la magistrada Louise Arbour advirtió que “la violencia en Kosovo fue horrorosa, y una vez más resultó devastadora para las numerosas personas comunes que fueron sus víctimas” (pág. 1). Las atrocidades comprendieron arrestos y detenciones arbitrarios, denegación de juicio justo, torturas, violaciones y otras formas de violencia sexual (a veces aplicada como arma de guerra), matanzas, toma de niños como objetivos, expulsión forzosa a escala masiva, destrucción de bienes y saqueo – todos ellos “sumamente organizados y sistemáticos”. Se perpetraron actos de suma violencia, por ejemplo, en Rogovo, Rakovina, Kacanik, Raçak, Pristina. Según el Informe de la OSCE, hasta junio de 1999 más del 90% de la población de origen étnico albanés de Kosovo (más de 1,45 millones de personas) habían sido desplazados por el conflicto. En su resumen (pág. 2), el mismo Informe puso de relieve que “[p]or parte de las fuerzas yugoslavas y serbias, su intención de aplicar las matanzas en masa como instrumento de terror, coerción o castigo contra los kosovares de origen étnico albanés ya era evidente en 1998, y fue conmovedoramente demostrada por los incidentes de enero de 1999 (incluidas las matanzas en masa de Raçak y hechos posteriores)”. – A su vez, el Informe de Human Rights Watch sobre las violaciones del derecho humanitario en Kosovo, que abarca el período comprendido entre febrero y septiembre de 1998, hizo una relación detallada de las graves violaciones del derecho internacional humanitario que se cometieron (desapariciones forzosas, matanzas, destrucción de aldeas, arrestos arbitrarios, saqueo de hogares por la policía, quema de cosechas, toma de rehenes y ejecuciones extrajudiciales), victimizando sobre todo a civiles, e incluso “ataques indiscriminados a mujeres y niños”¹⁷⁶. Las fuerzas especiales de policía actuaron de manera planificada, rápida y bien organizada, y “no se hizo la autopsia de ninguna de las víctimas”¹⁷⁶. Hubo una pauta sostenida de graves crímenes (debidamente denunciados) cometidas por la policía especial serbia, en distintas localidades de Kosovo¹⁷⁶. En resumen, el Informe atribuyó la mayoría de esos actos de brutalidad a las fuerzas gubernamentales de la policía especial serbia (MUP) y el Ejército yugoslavo (VJ), bajo el mando del Presidente de Yugoslavia Slobodan Milosevic; atribuyó la violencia también, en “menor escala”, a la insurgencia de Los kosovares de origen étnico albanés, el Ejército de Liberación de Kosovo (ELK), y añadió: – “La responsabilidad primaria por los manifiestos abusos gubernamentales incumbe a Slobodan Milosevic, que llegó al poder a finales del decenio de 1980 incitando el chauvinismo nacionalista serbio en torno a la cuestión de Kosovo”; Human Rights Watch, *Humanitarian Law Violations in Kosovo*, Londres/N.Y., HRW, 1998, págs. 3 a 22 y 26 a

abstracción de los sufrimientos humanos del pasado reciente. Los efectos de la opresión siguen estando presentes y explican la declaración de independencia de Kosovo el 17 de febrero de 2008. No es posible borrar las violaciones masivas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario del pasado reciente, invocando el paso del tiempo. A este respecto, en las observaciones escritas que presentó a esta Corte, Francia ha considerado correctamente que

“[c]ualesquiera sean los cambios políticos operados en Serbia desde la caída del régimen de Milosevic, los traumas y las cicatrices del pasado distaban (y aún distan) mucho de haberse curado. La brutal represión – y los crímenes internacionales que la acompañaron – a que estuvo sometida la población de Kosovo en 1998-1999 no puede menos que impedir que ésta contemple un futuro dentro del Estado serbio, por lo profundas que eran (y siguen siendo) las heridas psicológicas y lo grabada en las mentes que estaba (y sigue estando) la memoria de las atrocidades cometidas. Hay crímenes que no pueden desaparecer de la memoria individual y colectiva” (párr. 18).

163. Tratar de hacer abstracción del sufrimiento del pueblo o la población de Kosovo en los años de represión es un ejercicio ilusorio. Se necesitará mucho tiempo para que se curen las cicatrices del derramamiento de sangre; se necesitarán generaciones enteras. A este respecto, la experiencia de la reciente decisión por tribunales internacionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de *casos de masacres* planteados ante ellos, contiene lecciones invaluable, dignas de atención y merecedoras de ser recordadas a este respecto. Una de esas lecciones radica en el realce de la *centralidad* de la posición de los que han sido victimizados por la crueldad humana, y de su sufrimiento.

164. Para recordar sólo un ejemplo del reciente ciclo de *casos de masacres* planteados ante tribunales internacionales de derechos humanos y decididos por ellos (un notorio avance respecto del viejo ideal de la realización de la justicia internacional), en el caso de la *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, la masacre de los miembros de dicha Comunidad (por perpetradores organizados, entrenados y armados por el Estado) había tenido lugar a finales de 1986, pero su caso, presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue decidido por la Corte recién dos decenios después, (Sentencia sobre el fondo, de 15.06.2005). En mi opinión separada en el caso de la *Comunidad Moiwana*, estimé adecuado reflexionar lo siguiente:

“Las circunstancias del presente caso de *Comunidad Moiwana vs. Suriname* invita a una breve reflexión, más allá de sus límites. Desde antes, como también con posterioridad, de que Suriname logre su condición de Estado, la existencia de las comunidades Maroon (como los Saramakas en el caso *Aloeboetoe* y los N’djukas en el presente caso de la *Comunidad Moiwana* sometido ante esta Corte) ha estado marcada por sufrimiento en su constante lucha contra las distintas formas de dominación.

La proyección del sufrimiento humano en el tiempo (en su dimensión temporal) está reconocida, por ejemplo, en el documento final de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las formas conexas de Intolerancia (Durban, 2001), su Declaración y Programa de Acción. Al respecto, dicha declaración comienza afirmando que

“Somos conscientes de que la historia de la humanidad está repleta de grandes atrocidades resultantes de violaciones manifiestas de los derechos humanos y pensamos que puede aprenderse de la historia, rememorándola, para evitar futuras tragedias” (párr.57).

Luego, subraya “la importancia y la necesidad de enseñar los hechos

manera amplia y objetiva las tragedias del pasado” (párr.98). En esta línea de razonamiento, el documento final de Durban reconoce y profundamente lamenta “los masivos sufrimientos humanos y el trágico padecimiento de millones de hombres, mujeres y niños causado por la esclavitud” y luego hace un llamamiento a los Estados interesados “para que honren la memoria de las víctimas de tragedias pasadas ” y afirma que donde quiera y cuando quiera que hubieran ocurrido “deben ser condenados y ha de impedirse que ocurran de nuevo” (párr.99).

El documento final de la Conferencia de Durban atribuye gran importancia a recordar los crímenes y abusos del pasado, en términos enfáticos como:

‘Subrayamos que recordar los crímenes e injusticias del pasado, cuando quiera y dondequiera que ocurrieron, condenar inequívocamente las tragedias racistas y decir la verdad sobre la historia son elementos esenciales para la reconciliación internacional y la creación de sociedades basadas en la justicia, la igualdad y la solidaridad’ (párr.106). (...)

En el presente caso de la *Comunidad Moiwana*, la *discapacidad*, o el sufrimiento, de los sobrevivientes de la masacre y los parientes cercanos de las víctimas directas de la masacre del 29 de noviembre de 1986 en la comunidad N’djuka Maroon de Moiwana, es espiritual. Según su cultura, permanecen aún atormentados por las circunstancias en que sucedieron las violentas muertes de sus seres queridos y por el hecho de que los fallecidos no tuvieron un entierro adecuado. Esta privación, que genera sufrimiento espiritual, ha durado casi veinte años, desde el momento de la masacre de 1986, en la que se vio comprometida la responsabilidad del Estado, hasta ahora. Los N’djukas no han olvidado a sus muertos. (...) Ni tampoco pueden hacerlo. (...)

Por primera vez en casi dos décadas, desde la masacre ocurrida en la aldea de Moiwana en 1986, los sobrevivientes encontraron reparación con la presente Sentencia de la Corte Interamericana. Durante este tiempo, los N’djuka no olvidaron, ni pudieron olvidar, a los seres queridos inocentes e indefensos que fueron asesinados a sangre fría. Nunca los olvidarán, pero su sufrimiento – el de ellos junto con el de los muertos – ha sido al menos reconocido ante la justicia. Su tan esperado deseo de justicia ha sido ahora cumplido, para que puedan descansar en paz junto a los seres queridos asesinados.

(...) La ceguera habitual de los que detentan el poder respecto de los valores humanos no ha logrado – ni nunca logrará – evitar que el pensamiento humano se extienda en la concepción de mortalidad humana a fin de reflejar los enigmas de la existencia y la muerte. (...)

El pensamiento humano respecto de la mortalidad, de hecho, ha estado presente en la humanidad en todas las épocas y culturas. En los tiempos del paleolítico, se hacía culto a la memoria y en los tiempos egipcios, los vivos y los muertos permanecían juntos⁵²⁷. En la antigua Grecia, surgió un nuevo sentimiento respecto del destino *post mortem*⁵²⁸. Solo es necesario recordar, como dos ejemplos, entre muchos otros, a saber, la contribución de Platón al garantizar la continuidad de la experiencia humana a través de la inmortalidad y la trasmigración del alma y la contribución de Buda respecto de la separación del sufrimiento humano de, desde su punto de vista lo que lo originaba, los

⁵²⁷ J.L. de León Azcárate, *La Muerte y Su Imaginario en la Historia de las Religiones*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2000, págs. 24 y 25, 37, 50 y 51 y 75.

deseos ⁵²⁹. El mito de la “vuelta eterna” (o repetición), tan conocida en las sociedades antiguas (como en Grecia) que otorgaba en el tiempo una estructura cíclica, intentando anular (incluso abolir) la irreversibilidad del paso del tiempo, a fin de contener o mantener su acrimonia y alentar su regeneración ⁵³⁰.

En tiempos modernos, sin embargo, los seres humanos se integraron, inevitablemente, en la historia y en la idea de “progreso”, que suponía “el abandono definitivo del paraíso de los arquetipos y de la repetición” ⁵³¹, propio de culturas y religiones antiguas. En el mundo occidental, en el siglo XX, prevaleció la actitud de evitar, claramente, referirse a la muerte; dominó el “gran silencio” sobre la muerte ⁵³². Las sociedades occidentales contemporáneas “prohibieron” el estudio de la muerte al mismo tiempo que alentaban el hedonismo y el bienestar material ⁵³³.

Mientras que las antiguas culturas eran muy respetuosas de los mayores, las sociedades “modernas” trataron, en cambio, de dejarlos de lado ⁵³⁴. Las culturas antiguas atribuían gran importancia a las relaciones entre los vivos y los muertos y la misma muerte como parte de la vida. Las sociedades modernas trataron en vano de minimizar o ignorar la muerte de manera casi patética. En la actualidad, existe un incentivo, simplemente, para olvidar (...) ⁵³⁵.

165. En la presente Opinión consultiva, la CIJ no debería haber eludido, como lo hizo, la consideración de los hechos – las atrocidades sufridas por el pueblo de Kosovo en el decenio 1989-1999 – que llevaron a la aprobación por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de su resolución 1244 (1999). Se tomó nota de esos antecedentes de hecho en varias resoluciones anteriores del propio Consejo de Seguridad, así como de la Asamblea General y el Consejo Económico y Social, y en informes del Secretario General de las Naciones Unidas. No se puede evitar la luz del sol vendándose los ojos. Esos antecedentes de hecho han sido debidamente capturados por la conciencia humana, por las Naciones Unidas en su conjunto – tanto si la CIJ los elude como si no lo hace. Es de gran importancia mantener presente la *grave tragedia humanitaria* de Kosovo, a fin de evitar que en el futuro se repitan los crímenes de lesa humanidad allí cometidos en el curso de un decenio.

166. A esta altura de mi opinión separada en la presente Opinión consultiva de la CIJ, me permito resumir los antecedentes de hecho y el contexto de la presente solicitud de opinión consultiva de la CIJ. Como señalaron varios participantes en sus exposiciones y observaciones escritas, así como en el curso de sus argumentos orales en las audiencias públicas ante esta Corte, la eliminación por la fuerza, en 1989, por las autoridades de Serbia, de la autonomía de Kosovo, llevó a la catástrofe humanitaria, que llegó al punto de mayor tensión en 1998-1999. Durante esa catástrofe, se cometieron graves y sucesivas violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, entre ellas, matanzas en masa, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, depuración étnica, corrientes masivas de refugiados, desplazamiento forzoso masivo de grandes sectores de la

⁵²⁹ J.P. Carse, *Muerte y Existencia - Una Historia Conceptual de la Mortalidad Humana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, págs. 85 y 167.

⁵³⁰ M. Eliade, *El Mito del Eterno Retorno*, Madrid/Buenos Aires, Alianza Ed./Emecé Ed., 2004, pág. 90 y 91.

⁵³¹ *Ibid.*, pág. 156.

⁵³² Ph. Ariès, *Morir en Occidente desde la Edad Media hasta Nuestros Días*, Buenos Aires, A. Hidalgo Ed., 2000 (reed.), pág. 196 a 199 y véanse págs. 213 y 238.

⁵³³ *Ibid.*, pág. 251.

⁵³⁴ Cfr. [Autores varios] *Diálogo entre Civilizaciones- La Mesa Redonda en la Víspera de la Cumbre del Milenio de Naciones Unidas*; París, UNESCO, 2001, pág. 84 (intervención de E. Morin).

⁵³⁵ CorteIDH, caso de la *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, Sentencia (fondo) de 15.06.2005, Serie C, núm. 124, opinión separada del magistrado A.A. Cançado Trindade, párrs. 24 a 27, 29 y 30, 33

población. Más de 1,5 millones de kosovares de origen étnico albanés fueron expulsados por la fuerza de sus hogares.

167. Hubo violaciones sistemáticas y generalizadas de los derechos humanos, que comprendieron torturas y violaciones, desaparición forzada de personas, secuestros, ataques indiscriminados a las mujeres, toma de niños como objetivos, toma de rehenes, arrestos arbitrarios, ejecuciones sumarias y extrajudiciales, a manos de fuerzas serbias y paramilitares. También hubo destrucción de bienes, saqueo de hogares por la policía, quema de cosechas – todo ello sumamente organizado y sistemático.

168. La discriminación sancionada por el Estado tuvo lugar en los lugares de trabajo, en las relaciones laborales, en la salud pública y en la educación. Dejaron de satisfacerse las necesidades básicas de la población, como resultado de la discriminación sancionada por el Estado. El sistema judicial no funcionaba y reinaba una impunidad total. Se produjeron (a partir de 1990) violaciones sistemáticas y manifiestas de los derechos de los trabajadores en Kosovo con flagrante violación del principio fundamental de igualdad y no discriminación, y como otra violación del estado de derecho. Como la violencia engendra violencia, a partir de mediados del decenio de 1990 la violencia del ELK se añadió al contexto de perturbación social en Kosovo. La opresión generalizada planificada por el Estado creó una atmósfera de terror, y llevó a la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, a fin de atender las acuciantes necesidades cotidianas del “pueblo” o la “población” de Kosovo.

XII. EL ENFOQUE CENTRADO EN EL PUEBLO EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

1. Nuevo examen del “pueblo” o la “población” y la condición de Estado

169. En el pasado, la doctrina especializada sobre la calidad de Estado parecía obsesionada con uno de los elementos constitutivos de la calidad de Estado, a saber, el territorio. Las obsesiones del pasado con el territorio pasaron a reflejarse, en la profesión jurídica, en la proliferación de escritos sobre el asunto, en particular sobre la adquisición de territorios. Esas obsesiones del pasado llevaron a la perpetración de los abusos del colonialismo, y otras formas de dominación u opresión. Todo ello ocurría en una época en la que el derecho internacional se enfocaba desde la perspectiva estricta y reduccionista de las relaciones interestatales, pasando por alto – o incluso aparentemente olvidando – las necesidades y legítimas aspiraciones de los pueblos subyugados.

170. Los requisitos para la calidad de Estado en derecho internacional siguen siendo los de un derecho internacional objetivo, independientemente de la “voluntad” de Estados individuales. En cuanto a los requisitos clásicos de la calidad de Estado, el hincapié se ha ido desplazando gradualmente del elemento del territorio al del sistema normativo⁵³⁶. En tiempos más recientes, ha pasado al de la población – de acuerdo con lo que yo denominaría el enfoque centrado en el pueblo en el derecho internacional contemporáneo, – reflejando el actual proceso de su *humanización*, como he sostenido durante muchos años. De hecho, el derecho de gentes nunca perdió de vista este elemento constitutivo – el más precioso – de la calidad de Estado: la “población” o el “pueblo”, independientemente de las

⁵³⁶ Véase, por ejemplo, K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, 2ª ed., Ginebra, Droz, 1968, págs. 1 a 619.

dificultades del pensamiento jurídico internacional⁵³⁷ para llegar a una definición universalmente aceptada de lo que significa “pueblo”.

171. Incluso algunos ejercicios del pasado, – que han demostrado ser duraderos y siguen siendo valiosos – revelaron una preocupación por las condiciones de vida del “pueblo” o la “población”, en un esfuerzo que en su tiempo tal vez no fue captado con suficiente claridad. Por ejemplo, la célebre Convención de Montevideo de 1933 sobre los derechos y deberes de los Estados fue adoptada en la VII Conferencia Internacional de los Estados Americanos, como el logro más significativo de una iniciativa latinoamericana impulsada por un resentimiento regional contra las políticas intervencionistas (y algunas políticas comerciales). Las *Actas* de la Conferencia de Montevideo revelan que los trabajos preparatorios de la mencionada Convención de 1933 estuvieron marcados por la invocación de principios de derecho internacional, de modo de proteger a las “naciones pequeñas o débiles”⁵³⁸.

172. Esos principios emanaban de la “conciencia jurídica” del continente⁵³⁹. En el curso de los debates de dicha Conferencia sobre el proyecto de Convención, hubo efectivamente reiteradas expresiones de preocupación por las condiciones de vida de los *pueblos (peoples)* del continente⁵⁴⁰. Así pues, no es para nada sorprendente que la Convención de Montevideo de 1933, adoptada el 26.12.1933 (y entrada en vigor el 26.12.1934), al abordar los requisitos de la calidad de Estado, ya en ese tiempo se haya referido *primero* a la población, y después a los demás elementos. En los términos de su artículo I,

“El Estado como persona de derecho internacional debe reunir los siguientes requisitos:

- I. Población permanente.
- II. Territorio determinado.
- III. Gobierno; y
- IV. Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados”.

2. El principio de la libre determinación de los pueblos sometidos a una adversidad prolongada o una opresión sistemática

173. En nuestra edad del advenimiento de las organizaciones internacionales, los anteriores experimentos del sistema de mandatos (en la era de la Sociedad de las Naciones) y del sistema de administración fiduciaria (en las Naciones Unidas), a los que pueden añadirse los experimentos contemporáneos (y distintos) de administración internacional de territorios por las Naciones Unidas (como los de Kosovo y Timor Oriental), tienen un denominador común: la preocupación por las condiciones de vida, el bienestar y el desarrollo humano de los

⁵³⁷ Los esfuerzos de conceptualización de “pueblo”, en relación con el ejercicio de la libre determinación en derecho internacional, han dado lugar en los últimos decenios a muchos debates, que, empero, hasta la fecha siguen siendo inconcluyentes. Véase, sobre este punto en particular, por ejemplo, J. Summers, *Peoples and International Law*, Leiden, Nijhoff, 2007, págs. XXXIII, 26, 73, 164, 174 y 175, 244 y 245, 269 y 270, 306, 314 y 404.

⁵³⁸ [*Actas de la*] VII Conferencia Internacional Americana (1933) – II Comisión: intervenciones de Haití (págs. 12 y 13), Nicaragua (págs. 15 y 60 y 61), Ecuador (pág. 34), Argentina (págs. 38 y 40 y 41), El Salvador (pág. 52) y Cuba (pág. 60) [documento original depositado en la Biblioteca Colón – OEA, Washington D.C.; hay una copia del documento en mi archivo].

⁵³⁹ *Ibid.*, intervenciones de Colombia (págs. 43 a 45 y 57 a 59), Brasil (pág. 55), Nicaragua (págs. 62 y 63 y 72) y Uruguay (págs. 65 a 67).

⁵⁴⁰ *Ibid.*, intervenciones de México (págs. 20 y 21), Ecuador (pág. 34), Chile (pág. 48) y Nicaragua

pueblos en cuestión, de modo de liberarlos de los abusos del pasado, y capacitarlos para que puedan ser dueños de su propio destino (véase *supra*).

174. El proceso histórico de emancipación de los pueblos en el pasado reciente (desde mediados del siglo XX en adelante) llegó a identificarse como una emanación del principio de libre determinación, más precisamente la libre determinación externa. Enfrentó y superó la opresión de los pueblos tan generalmente conocida en esa época. Se generalizó en el proceso histórico de descolonización. Más adelante, con la recurrencia de la opresión manifestada en otras formas, y dentro de Estados independientes, la emancipación de los pueblos llegó a inspirarse en el principio de libre determinación, más precisamente la libre determinación interna, de modo de oponerse a la tiranía.

175. Como la naturaleza humana es como es, la opresión sistemática ha ocurrido nuevamente, en distintos contextos; de allí la recurrencia de la necesidad, y del derecho, del pueblo a liberarse de ella. El principio de libre determinación ha sobrevivido a la descolonización, a fin de enfrentar hoy a nuevas y violentas manifestaciones de opresión sistemática de los pueblos. Así pues, la administración internacional de territorios ha surgido en la práctica de las Naciones Unidas (en distintos contextos con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas, como, por ejemplo, en Timor Oriental y en Kosovo). Es irrelevante si, en el marco de esos nuevos experimentos, a la libre determinación se le añade el calificativo de “correctiva”, u otro calificativo. Lo cierto es que ningún pueblo puede ser tomado como objetivo de atrocidades, no puede vivir bajo una opresión sistemática. El principio de libre determinación se aplica en nuevas situaciones de opresión sistemática, subyugación y tiranía.

176. Ningún Estado puede invocar la integridad territorial a fin de cometer atrocidades (como las prácticas de tortura y depuración étnica, y el desplazamiento forzoso masivo de la población), ni perpetrarlas a partir de la presunción de la soberanía del Estado, ni cometer atrocidades y luego basarse en una pretensión de integridad territorial a pesar de los sentimientos y los inevitables resentimientos del “pueblo” o “población” victimizado. Lo que ha ocurrido en Kosovo es que el “pueblo” o “población” victimizado ha procurado la independencia, en reacción contra el terror y la opresión sistemáticos y prolongados, perpetrados con flagrante violación del principio fundamental de igualdad y no discriminación (véase *infra*). La enseñanza básica es clara: ningún Estado puede usar el territorio para destruir a la población. Esas atrocidades representan una absurda inversión de los fines del Estado, que fue creado y existe para los seres humanos, y no vice-versa.

XIII. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL, EL DERECHO DE LAS NACIONES UNIDAS Y LOS FINES HUMANOS DEL ESTADO

1. La integridad territorial en el marco de esos fines humanos

177. Durante los cuatro últimos decenios, se ha prestado una creciente atención al tratamiento dispensado por los Estados a las respectivas poblaciones. Esto ha pasado a ser un asunto de incumbencia del derecho internacional contemporáneo. El debate sobre la seguridad *humana* ha tenido eco en la Asamblea General de las Naciones Unidas a lo largo del último decenio, recordando a los Estados que tienen el deber *de proteger y empoderar* a sus habitantes. No pueden llevar a cabo actividades criminales contra su población. La conciencia humana se ha despertado nuevamente para responder a la apremiante necesidad de asegurar que los abusos del pasado y el presente no vuelvan a cometerse en el futuro, en

178. La célebre resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1970, que contiene la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas⁵⁴¹, dice en el párrafo 5 7):

“Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta *acción alguna* encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes *que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descrito y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción de raza, credo o color*” [cursivas añadidas].

179. La Corte podía, y debía, haber prestado una estrecha atención a este párrafo en particular de la Declaración de Principios de las Naciones Unidas, cuando recordó otro pasaje de la Declaración de 1970 en el párrafo 80 de la presente Opinión consultiva sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia relativa a Kosovo*. Después de todo, este párrafo de la Declaración de Principios de las Naciones Unidas tiene una directa incidencia en la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General, y al menos debería haber sido considerado junto con el párrafo al que la Corte estimó oportuno hacer referencia. La relevancia del cumplimiento del principio de la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos, en relación con la integridad territorial de los Estados, como se enuncia en el párrafo 5 7) de la Declaración de 1970, no ha pasado inadvertida a lo largo de los años para la doctrina especializada en relación con este tema en particular⁵⁴².

180. Así pues, en consonancia con las consideraciones que anteceden, el gobierno de un Estado que incurre en graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos deja de representar al pueblo o población victimizado. Este entendimiento ha sido reiterado, en términos aún más enérgicos, en el resultado de la Segunda Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena, por la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 (párrafo 2), que lo reformula así:

“(…) La Conferencia considera que la denegación del derecho a la libre determinación constituye una violación de los derechos humanos y subraya la importancia de la realización efectiva de este derecho.

Con arreglo a la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, nada de lo anterior se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes *que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de*

⁵⁴¹ En adelante mencionada como la “Declaración de Principios de las Naciones Unidas de 1970”.

⁵⁴² Véase, por ejemplo, Milan Sahovic, “Codification des principes du Droit international des relations amicales et de la coopération entre les Etats”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1972), vol. 137, págs. 295 y 298; O. Sukovic, “Principle of Equal Rights and Self-Determination of Peoples”, en *Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation* (ed. M. Sahovic), Belgrado, Institute of International Politics and Economics/Oceana, 1972, págs. 338 a 341, 346 y 347 y 369 a 373; G. Arangio-Ruiz, *The U.N. Declaration on Friendly Relations and the System of the Sources of International Law*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff/Noordhoff, 1979, págs. 135 y 136 y 140 y 141; P. Thornberry, “The Principle of Self-Determination”, en *The United Nations and the Principles of International Law – Essays in Memory of M. Akehurst* (eds. V. Lowe y C. Warbrick), Londres/N.Y., Routledge, 1994, págs. 176

derechos y de la libre determinación de los pueblos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción alguna” [cursivas añadidas].

181. El documento final de una memorable Conferencia Mundial de las Naciones Unidas – la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 – fue más allá que la Declaración de Principios de 1970, al proscribir la discriminación *de todo tipo* [en inglés, “without distinction of any kind”; en español, “sin distinción alguna”]. Las violaciones masivas de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario a que estuvieron sometidos los kosovares de origen étnico albanés en el decenio de 1990 cumplen el criterio básico enunciado en la Declaración de Principios de las Naciones Unidas de 1970, cuyo alcance fue ampliado en el documento final de 1993 de la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Surgió el derecho a la libre determinación de la población victimizada, y al mismo tiempo los victimarios intencionales ya no podían invocar la pretensión de integridad territorial.

2. La superación del paradigma interestatal en el derecho internacional

182. Los principios del derecho internacional, formulados en la Carta de las Naciones Unidas (Artículo 2) y reformulados en la Declaración de Principios de las Naciones Unidas de 1970, además de mantener su plena validez en nuestros días, han tenido significativas proyecciones en el tiempo, acompañando *pari passu* la evolución del derecho internacional mismo, y orientándola. Esto se aplica a los siete principios reformulados⁵⁴³ en la Declaración de Principios de 1970 (a los que la CIJ ha prestado atención en su jurisprudencia)⁵⁴⁴, incluido *el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos*, apuntando hacia la superación de la tradicional dimensión interestatal del derecho internacional.

183. En la reformulación del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos por la Declaración de los Principios del derecho internacional de las Naciones Unidas de 1970, se explicó que incluso un territorio no autónomo (con arreglo al Capítulo XI de la Carta de las Naciones Unidas) tiene una condición jurídica distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra, hasta que el pueblo que vive en él haya ejercido su derecho de libre determinación de conformidad con los principios y propósitos de la Carta de las Naciones Unidas⁵⁴⁵.

⁵⁴³ A saber: 1) el principio de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; 2) el principio de la solución pacífica de las controversias; 3) el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados; 4) la obligación de los Estados de cooperar entre sí de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas; 5) el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos; 6) el principio de la igualdad soberana de los Estados, y 7) el principio de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

⁵⁴⁴ Como, por ejemplo, según es bien conocido, en su opinión consultiva sobre el Sáhara Occidental de 1975, y en sus sentencias en la causa de Nicaragua c. Estados Unidos, de 1986, y en la causa relativa a Timor Oriental, de 1995.

⁵⁴⁵ La condición jurídica internacional de ese territorio (con arreglo al Capítulo XI de la Carta de las Naciones Unidas) genera análogamente obligaciones de respeto del derecho a la libre determinación del pueblo que vive en él, así como de salvaguardia de los derechos humanos de sus habitantes; véase, a este respecto, por ejemplo, I. Brownlie, “The Rights of Peoples in Modern International Law”, en *The Rights of Peoples* (ed. J. Crawford), Oxford, Clarendon Press, 1988, págs. 1 a 16; [Autores varios] *Les résolutions dans la formation du droit international du*

184. Recientes desarrollos del derecho internacional contemporáneo llevaron a revelar las dimensiones *externa* e *interna* del derecho a la libre determinación de los pueblos: la primera significa el derecho de todo pueblo a estar libre de toda forma de dominación extranjera, y la segunda se refiere al derecho de todo pueblo a elegir su destino de conformidad con su propia voluntad, de ser necesario – en caso de opresión y subyugación sistemáticas – contra su propio gobierno. Esta distinción⁵⁴⁶ impugna el paradigma puramente interestatal del derecho internacional clásico. En la evolución actual del derecho internacional, la práctica internacional (de los Estados y de las organizaciones internacionales) brinda apoyo al ejercicio de la libre determinación por los pueblos⁵⁴⁷ que están bajo una permanente adversidad o una represión sistemática, más allá de los confines tradicionales del proceso histórico de descolonización. El derecho internacional contemporáneo ya no es más insensible a los cuadros de opresión y subyugación sistemáticas.

185. El surgimiento y la evolución del derecho internacional de los derechos humanos llevó a concentrar una mayor atención en el tratamiento dispensado por el Estado a todos los seres humanos bajo su jurisdicción, en las *condiciones de vida* de la población, en suma, en la función del Estado como promotor del bien común. Si puede hacerse un resumen del legado de la Segunda Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (1993) convocada por las Naciones Unidas, seguramente radica en el reconocimiento de *la legitimidad de la preocupación de la comunidad internacional en su conjunto por las condiciones de vida de la población en todas partes y en todo momento*⁵⁴⁸, con especial atención a quienes están en situación de mayor vulnerabilidad y consiguientemente tienen mayor necesidad de protección. Más que eso, éste es el denominador común del reciente ciclo de conferencias mundiales de las Naciones Unidas a lo largo del decenio de 1990, que procuró armonizar el programa de las Naciones Unidas para los albores del siglo XXI. Irónicamente, mientras la comunidad internacional estaba dedicada a esa actividad, al mismo tiempo en Kosovo seguían perpetrándose prácticas discriminatorias y graves violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, y las noticias de dichas prácticas y violaciones pronto tuvieron eco en las Naciones Unidas.

186. Tanto el Consejo de Seguridad como la Asamblea General y otros órganos de las Naciones Unidas respondieron con prontitud al agravamiento de la *crisis humanitaria* en Kosovo, mediante una serie de resoluciones que aprobaron (véase *supra*). La resolución 1244 (1999) del propio Consejo de Seguridad, aprobada el 10 de junio de 1999, estableció la UNMIK, señalando a la atención la “grave situación humanitaria en Kosovo”⁵⁴⁹, que representaba una “tragedia

⁵⁴⁶ Aceptada por la doctrina especializada; véase, por ejemplo, A. Cassese, *Self-Determination of Peoples – A Legal Reappraisal*, Cambridge, University Press, 1995, págs. 1 a 365; P. Thornberry, “The Principle of Self-Determination”, en *The United Nations and the Principles of International Law...*, op. cit. supra n. (192), págs. 175 a 203; Ch. Tomuschat, “Self-Determination in a Post-Colonial World”, en *Modern Law of Self-Determination* (ed. Ch. Tomuschat), Dordrecht, Nijhoff, 1993, págs. 1 a 20; A. Rosas, “Internal Self-Determination”, en *ibíd.*, págs. 225 a 251; J. Salmon, “Internal Aspects of the Right to Self-Determination: Towards a Democratic Legitimacy Principle?”, en *ibíd.*, págs. 253 a 282.

⁵⁴⁷ Véase, sobre el punto, por ejemplo, Naciones Unidas, *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos de derechos humanos creados por tratados*, Documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.3, de 15.08.1997, págs. 15 y 16, párrs. 1 y 2 y 6.

⁵⁴⁸ A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2ª ed., vol. I, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, págs. 241 y 242; *ibíd.*, 1ª ed., vol. II, 1999, págs. 263 a 276; *ibíd.*, 1ª ed., vol. III, 2003, págs. 509 y 510.

humanitaria”⁵⁵⁰. Condenó todos los actos de violencia contra la población de Kosovo, y la represión de dicha población⁵⁵¹. Pidió, con insistencia, el regreso voluntario y seguro a sus hogares de todos los refugiados y personas desplazadas⁵⁵².

187. Su principal preocupación tenía que ver con la población de Kosovo; así pues, decidió facilitar un “proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo”⁵⁵³. Con tal fin, y “hasta que se lleg[ase] a una solución definitiva”, decidió asimismo promover “una autonomía y un gobierno autónomo sustanciales en Kosovo”⁵⁵⁴. Consiguientemente, dos años después de la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, el Jefe de la UNMIK, Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas (Sr. H. Haekkerup), promulgó, el 15 de mayo de 2001, el recién creado “*Marco Constitucional para el autogobierno provisional en Kosovo*”⁵⁵⁵. La aprobación de este documento resultó de un diálogo concertado en que participaron la propia UNMIK, las autoridades de Kosovo y miembros de sus distintas comunidades; significativamente, el Marco Constitucional no estaba “conceptualmente vinculado” con ningún Estado, sino más bien dirigido a un “territorio internacionalizado”⁵⁵⁶.

188. El marco iba más allá del estricto paradigma interestatal en derecho internacional. El mencionado Marco Constitucional promovía el surgimiento de una “sociedad civil multiétnica”, guiada por los principios de protección a las comunidades nacionales y de supervisión por el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas. En ese entendido, delegó a las instituciones locales de Kosovo partes de la responsabilidad que la propia UNMIK había asumido desde mediados de 1999, dando así un importante paso hacia el logro del autogobierno en Kosovo⁵⁵⁷. En el orden jurídico interno que se estaba desarrollando en Kosovo en su nueva era, se reservaba un papel clave a los principios fundamentales de igualdad y no discriminación, así como de humanidad (en el marco del *derecho de las Naciones Unidas*), que pasará a considerar ahora.

3. El principio fundamental de igualdad y no-discriminación

189. Ya he hecho referencia al hecho de que el “principio del idéntico tratamiento de derecho y de hecho” había sido judicialmente reconocido, por la CPJI, antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (véanse párrs. 70 y 71, *supra*). E incluso antes de ello, estaba profundamente grabado en la conciencia humana. Más recientemente, la CIJ, en su célebre Opinión consultiva sobre *Namibia* de 1971, señaló que “la entidad lesionada” era un “pueblo”, que tenía que “dirigirse a la comunidad internacional en busca de asistencia (párr. 127). En su opinión separada, el magistrado Ammoun destacó la importancia de “los principios de igualdad, libertad y paz” consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de 1948 (págs. 72 y 76 y 77), y el magistrado Padilla Nervo puso de relieve el llamamiento de la Carta de las Naciones Unidas (Artículos 1, párrafo 3) y 76, apartado c)) a la promoción del respeto de los derechos humanos

⁵⁵⁰ Sexto párrafo del preámbulo.

⁵⁵¹ Quinto párrafo del preámbulo; párr. 3; Anexo 1; y Anexo 2, párr. 1.

⁵⁵² Séptimo párrafo del preámbulo; párrs. 9 c), 11 k) y 13; Anexo 1; Anexo 2 4) y 7).

⁵⁵³ Párr. 11 e).

⁵⁵⁴ Párr. 11 a).

⁵⁵⁵ Documento de las Naciones Unidas, Reglamento 2001/9 de la UNMIK.

⁵⁵⁶ Carsten Stahn, “Constitution without a State? Kosovo under the United Nations Constitutional Framework for Self-Government”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 14 (2001), págs. 542 y 544.

“de todos, sin distinción de raza (...)” (págs. 111 y 126).

190. El principio fundamental de igualdad y no discriminación es efectivamente de la mayor importancia en el marco del *derecho de las Naciones Unidas*. Cuando las Naciones Unidas se abocaron a la protección de los habitantes de los territorios fideicometidos (Capítulo XII de la Carta de las Naciones Unidas), o bien de los territorios no autónomos (Capítulo XI), sus iniciativas humanitarias se proponían introducir cambios en el propio orden jurídico internacional, como parte del proceso histórico de *humanización* de éste. Desde su punto de vista, la soberanía “residía en el pueblo, estaba a su servicio; esa “visión de la soberanía centrada en el pueblo” recordaba el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, evocando el “Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas”; son otras ilustraciones de esta perspectiva algunas concepciones bastante novedosas, tales como la sucesión automática de la Estados en los tratados sobre derechos humanos, o la aplicación extraterritorial de los derechos humanos⁵⁵⁸.

191. El derecho internacional, liberado de la estrictez y el reduccionismo del paradigma interestatal del pasado, actualmente está concebido teniendo debidamente en cuenta el principio fundamental de igualdad y no discriminación. El propio Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, órgano de supervisión creado por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, se ha pronunciado sobre la sucesión automática de los Estados en los tratados sobre derechos humanos (*Observación general* núm. 26, de 1997, sobre la “Continuidad de las obligaciones”, párr. 4) y sobre la aplicación extraterritorial de los derechos humanos (*Observación general* núm. 31, de 2004, sobre “La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, párr. 10)⁵⁵⁹.

192. Actualmente hay una considerable cantidad de instrumentos internacionales informados por el principio fundamental de igualdad y no discriminación, y conformados sobre la base de dicho principio. Es el caso, entre otros instrumentos, de la Convención de las Naciones Unidas de 1965 sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de la Convención de las Naciones Unidas de 1973 para la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de la Convención de las Naciones Unidas de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de la Convención de 1985 contra el *Apartheid* en los Deportes, de la Convención de las Naciones Unidas de 1990 sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de la Declaración de 1981 sobre la eliminación de todas las formas de

⁵⁵⁸ Como lo recordó oportunamente Carsten Stahn, *The Law and Practice of International Territorial Administration – Versailles to Iraq and Beyond*, Cambridge, University Press, 2008, págs. 112 y 755 y 756; y véanse págs. 753 y 759, para la proactiva práctica de las Naciones Unidas en materia de construcción de Estados, desarrollada a partir del decenio de 1990.

⁵⁵⁹ Véase el texto en: Naciones Unidas, *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos – Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos de derechos humanos creados por tratados*, Documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.9 (vol. I), de 27.05.2008, págs. 266 y 267 y 292. – En lo tocante a la sucesión de Estados, cabe recordar que una resolución del Instituto de Derecho Internacional (de 26.08.2001), aun cuando se refiere a la sucesión de Estados en asuntos relativos a bienes y deudas y no a tratados, de todos modos reconoció la necesidad de “aclarar y mejorar la situación de los individuos” (artículo 5, párrafo 2)), y afirmó, en el preámbulo, que “todas las situaciones que desembocan en una sucesión de Estados deben tener lugar en plena conformidad con el derecho internacional público, y en particular con el derecho humanitario y los derechos humanos”. Véase *Annuaire de l’Institut de Droit International – Período de sesiones de Vancouver (2000-2001)*, vol. 69, págs. 715 y 717. Y, en relación con la sucesión de Estados y la aplicación extraterritorial de los derechos humanos, véanse asimismo, entre otros, las observaciones en: F. Pocar, “Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici ed Estradizione”, en *Diritti dell’Uomo, Estradizione ed Espulsione (Atti del Convegno di Ferrara di 1999 per Salutare G. Battaglini)*, ed. F. Salerno, Padua/Milán, Cedam, 2003, págs. 89 y 90.

intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, de la Declaración de las Naciones Unidas de 1992 sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, del Convenio núm. 111 de la OIT, de 1958 sobre la discriminación (empleo y ocupación), de la Convención de la UNESCO de 1960 relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, para nombrar algunos.

193. Estaría fuera del ámbito de la presente opinión separada proceder a un examen de esos instrumentos. En esta etapa, me limitaré a añadir que, paralelamente a esa impresionante labor de creación de derecho sobre la base del principio fundamental de igualdad y no discriminación, este principio ha generado en los últimos decenios una gran cantidad de escritos doctrinales (sobre las disposiciones pertinentes de los tratados de derechos humanos en vigor)⁵⁶⁰ y una igualmente impresionante construcción jurisprudencial sobre el principio en cuestión. Como resultado de todo ello, el derecho internacional contemporáneo no pierde en modo alguno de vista el principio fundamental de igualdad y no discriminación, y lo tiene presente en todo momento y en distintas circunstancias, con todas las consecuencias de esta nueva postura.

194. De tal modo, la atención se ha reorientado, con acierto, de las prerrogativas “soberanas” irresponsables del pasado hacia los derechos centrados en el pueblo y la responsabilidad de las autoridades territoriales. Y ya era hora de que la conciencia humana se despertara al imperativo de actuar de tal manera, a fin de evitar la repetición de las atrocidades del pasado reciente. El principio fundamental de igualdad y no discriminación sirve de fundamento para una impresionante serie de tratados sobre derechos humanos (*supra*) que integran el *corpus juris gentium* del derecho internacional contemporáneo. Sin embargo, no se trata en modo alguno de un fenómeno sólo contemporáneo, pues el secular *principio de igualdad de tratamiento* en las relaciones entre los individuos así como entre los pueblos está profundamente arraigado en el derecho de gentes (*jus gentium*)⁵⁶¹.

195. En último lugar, pero no por ello menos importante, sobre este punto en particular, ya he tenido ocasión de referirme a la incidencia del principio fundamental de igualdad y no discriminación en una reciente decisión de esta Corte. En mi opinión disidente respecto de la providencia de la Corte de 06.07.2010 en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (demanda original y contrademanda, Alemania c. Italia)*, consideré oportuno observar que

“(…) Como se proclamó, poco después de la Segunda Guerra Mundial, por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, ‘[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos’ (artículo 1). Esta prohibición deriva del principio fundamental de igualdad y no discriminación. Este principio fundamental, según la opinión consultiva núm. 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), relativa a la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (de 17 de septiembre de 2003), pertenece al dominio del *jus cogens*.

En esa trascendental opinión consultiva de 2003, la CorteIDH, en consonancia con las enseñanzas humanistas de los ‘padres fundadores’ del derecho de gentes (*jus gentium*), señaló que, con arreglo a ese principio fundamental, el elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación, y la igualdad debe

⁵⁶⁰ Véanse, entre otros, por ejemplo, J. Symonides (ed.), *The Struggle against Discrimination*, París, UNESCO, 1996, págs. 3 a 43; T. Opsahl, *Law and Equality – Selected Articles on Human Rights*, Oslo, Ad Notam Gyldendal, 1996, págs. 165 a 206; M. Bossuyt, *L’interdiction de la discrimination dans le Droit international des droits de l’homme*, Bruselas, Bruylant, 1976, págs. 1 a 240; N. Lerner, *Group Rights and Discrimination in International Law*, 2ª ed., La Haya, Nijhoff, 2003, págs. 1 a 187.

⁵⁶¹ Véase Association Internationale Vitoria-Suárez, *Vitoria et Suárez: Contribution des théologiens au Droit international moderne*, París, Pédone, 1939, págs. 38 y 39.

garantizarse sin discriminación alguna. Esto está vinculado estrechamente con la dignidad esencial de la persona humana, que se desprende de la unidad del género humano. El principio fundamental de igualdad ante la ley y no discriminación permea todo el funcionamiento del poder del Estado, habiendo entrado hoy en el dominio del *jus cogens*⁵⁶². En una opinión separada, se destacó que el principio fundamental de igualdad y no discriminación permea todo el *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos, tiene un impacto en el derecho internacional público y se proyecta en el propio derecho internacional general o consuetudinario, e integra actualmente el contenido material en expansión del *jus cogens*⁵⁶³” (párrs. 134 y 135).

4. El principio fundamental de humanidad en el marco del derecho de las Naciones Unidas

196. En la presente opinión separada, ya he señalado que los experimentos de las organizaciones internacionales en lo tocante a mandatos, protección de minorías, territorios fideicometidos y, actualmente, administración internacional de territorios, no sólo han pasado a prestar una más estrecha atención al “pueblo” o la “población”, a la satisfacción de las necesidades y el empoderamiento de los habitantes, sino que también han promovido – cada uno a su manera – su acceso a la justicia a nivel internacional (párr. 90, *supra*). Ese acceso a la justicia se entiende *lato sensu*, es decir, como comprendiendo la *realización de la justicia*. Aquellos experimentos de las organizaciones internacionales (posibilitados por la contemporánea expansión de la personalidad jurídica internacional, que dejó de ser un monopolio de los Estados) han contribuido a la reivindicación por los individuos de sus propios derechos, emanados directamente del derecho de gentes, del propia *Law of Nations*.

197. En mi percepción, éste es uno de los rasgos fundamentales del nuevo *jus gentium* de nuestros tiempos. Después de todo, cada ser humano es un fin en sí mismo, y, individual o colectivamente, tiene derecho a gozar de la libertad de creencias y a estar liberado “del temor y la miseria”, como se proclama en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (segundo párrafo). Toda persona humana tiene derecho al respeto de su dignidad, como parte del género humano. El reconocimiento de este fundamental *principio de humanidad* es uno de los grandes e irreversibles logros del *jus gentium* de nuestro tiempo. A finales de este primer decenio del siglo XXI, ha llegado la hora de derivar las consecuencias del manifiesto incumplimiento de este principio fundamental de humanidad.

198. Los derechos inherentes a la persona humana están dotados de universalidad (la unidad del género humano) y atemporalidad, en el sentido de que, antes que haber sido “concedidos” por el poder público, verdaderamente preceden a

⁵⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n. 18 (de 17.09.2003), relativa a la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Serie A, núm. 18, párrs. 83, 97 a 99 y 100 y 101.

⁵⁶³ *Ibid.*, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 59 a 64 y 65 a 73. – En los últimos años, la CorteIDH, junto con el Tribunal Penal Internacional ad hoc para la ex Yugoslavia, han sido los tribunales internacionales contemporáneos que más han contribuido, en su jurisprudencia, a la evolución conceptual del *jus cogens* (mucho más allá del derecho de los tratados), y a la gradual expansión de su contenido material; véase A.A. Cançado Trindade, “*Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law*”, in *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico*

la formación de la sociedad y del Estado. Esos derechos son independientes de cualquier forma de organización sociopolítica, incluido el Estado creado por la sociedad. Los derechos inherentes a la persona humana preceden al Estado y son superiores a él. Todos los seres humanos deben gozar de los derechos inherentes a ellos, por pertenecer a la humanidad. Como corolario de ello, la salvaguardia de esos derechos no se agota – no puede agotarse – en la acción de los Estados. Por lo mismo, los Estados no deben valerse de su derecho a la integridad territorial para violar sistemáticamente la integridad personal de los seres humanos sometidos a sus respectivas jurisdicciones.

199. Los Estados, creados por los seres humanos reunidos en su medio social, están obligados a proteger, y de ningún modo a oprimir, a todos los que están bajo sus respectivas jurisdicciones. Esto corresponda al mínimo ético, universalmente reconocido por la comunidad internacional de nuestro tiempo. Los Estados están obligados a salvaguardar la integridad de la persona humana frente a la violencia sistemática y el trato discriminatorio y arbitrario. La concepción de derechos humanos fundamentales e inalienables está grabada en lo más hondo de la conciencia jurídica universal; sin perjuicio de las variaciones en su enunciación o formulación, su concepción marca presencia en todas las culturas, así como en la historia del pensamiento humano de todos los pueblos⁵⁶⁴.

200. Esto fue captado en uno de los raros momentos – si no vislumbres – de lucidez en el siglo XX (marcado por sucesivas atrocidades que victimizaron a millones de seres humanos), a saber, el de la proclamación, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 1948. En la presente Opinión consultiva sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo*, la CIJ ni siquiera mencionó – ni siquiera una vez – a la Declaración Universal de Derechos Humanos; sin embargo, siendo uno de los miembros de la Corte, me siento obligado a insistir en ella, habida cuenta de la considerable importancia que atribuyo a la Declaración Universal, en interacción con la Carta de las Naciones Unidas, para la consideración de un tema como el que se ha planteado ante la Corte para la presente Opinión consultiva.

201. Me siento no sólo obligado, sino igualmente enteramente libre para hacerlo, pues, a diferencia de la Opinión consultiva de la Corte, en la presente opinión separada tuve especial cuidado de llenar un vacío, no eludiendo la *causa* de la grave crisis humanitaria en Kosovo, que subyace no sólo a la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, sino también a la posterior declaración de independencia de Kosovo, formulada un decenio después, el 17.02.2008. De hecho, debería tenerse presente que el reconocimiento del principio del respeto de la dignidad humana fue introducido por la Universal Declaración de 1948, y está en el corazón de su perspectiva fundamental. La declaración dice firmemente: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (artículo 1). Y recuerda que “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad” (segundo párrafo del preámbulo). La Declaración Universal advierte que es

“esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión” (tercer párrafo del preámbulo);

y asimismo reconoce que

“la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento

⁵⁶⁴ Véase, por ejemplo, [Autores varios] *Universality of Human Rights in a Pluralistic World (Proceedings of the 1989 Strasbourg Colloquy)*, Estrasburgo/Kehl, N.P. Engel Verlag, 1990, págs.

de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (primer párrafo del preámbulo).

202. En el momento de la aprobación de la Declaración Universal, en 1948, difícilmente se podría haber previsto que se estaba poniendo en marcha un proceso histórico de generalización de la protección internacional de los derechos humanos, en una escala verdaderamente universal. A lo largo de más de seis decenios, de notable proyección histórica, la declaración ha adquirido gradualmente una autoridad que sus redactores no podían haber previsto. Ello ha ocurrido principalmente porque sucesivas generaciones de seres humanos, de distintas culturas y de todas partes del mundo, han reconocido en la Declaración un “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse” (tal como se proclamó originalmente), y que correspondía a sus más profundas y legítimas aspiraciones⁵⁶⁵.

203. Se reconoce generalmente que la Declaración Universal ha inspirado la aprobación de más de 70 tratados sobre derechos humanos⁵⁶⁶, y ha abierto el camino para que así ocurriera, y que ha servido de modelo para la promulgación de numerosas normas sobre derechos humanos en las constituciones y legislaciones nacionales, y ayudado a fundamentar las decisiones de tribunales nacionales e internacionales. La Declaración se ha incorporado al dominio del derecho internacional consuetudinario, contribuyendo en gran medida a convertir a los derechos humanos en el idioma común de la humanidad.

204. La Declaración Universal, además, es generalmente reconocida hoy como una interpretación autorizada de las disposiciones sobre derechos humanos de la propia Carta de las Naciones Unidas, que anunciaban la transformación del orden social e internacional a fin de asegurar el goce de los derechos proclamados. En el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, “los pueblos de las Naciones Unidas” expresan su determinación de “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra” (primer párrafo) y “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana” (segundo párrafo). Esta última afirmación se repite en la Declaración Universal de 1948 (quinto párrafo del preámbulo). La Carta de las Naciones Unidas, además, pide reiteradamente el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (Artículos 1, párrafo 3); 13, párrafo 1), apartado *b*); 55 apartado *c*), y 76 apartado *c*)).

⁵⁶⁵ Ya durante los trabajos preparatorios de la Declaración Universal (particularmente en los trece meses comprendidos entre mayo de 1947 y junio de 1948), prevaleció desde temprano la visión holística de todos los derechos que habían de proclamarse. Esa perspectiva fue adoptada en los trabajos preparatorios oficiales de la Declaración, es decir, los debates y la redacción en la ex Comisión de Derechos Humanos (relator, René Cassin) y posteriormente en la Tercera Comisión de la Asamblea General. Además, en 1947, en una contribución a la labor entonces en curso en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la UNESCO llevó a cabo un examen de los principales problemas teóricos planteados por la elaboración de la Declaración Universal; circuló entre algunos de los más influyentes pensadores de la época en todo el mundo, un cuestionario sobre las relaciones entre los derechos de los individuos y los grupos en sociedades de diferentes tipos y en distintas circunstancias históricas, así como las relaciones entre las libertades individuales y las responsabilidades sociales o colectivas. Para las respuestas, véase *Los Derechos del Hombre – Estudios y Comentarios en torno a la Nueva Declaración Universal Reunidos por la UNESCO*, México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949, págs. 97 y 98 (Teilhard de Chardin), 181 a 185 (Aldous Huxley), 14 a 22 y 69 a 74 (Jacques Maritain), 24 a 27 (E.H. Carr), 129 a 136 (Quincy Wright), 160 a 164 (Levi Carneiro), 90 a 96 (J. Haesaert), 75 a 87 (H. Laski), 143 a 159 (B. Tchechko), 169 a 172 (Chung-Shu Lo), 23 (M.K. Gandhi), 177 a 180 (S.V. Puntambekar), y 173 a 176 (H. Kabir). Las dos Conferencias Mundiales de Derechos Humanos (Teherán, 1968, y Viena, 1993) han dado expresión concreta a la interdependencia de todos los derechos humanos y a su universalidad, enriquecida por la diversidad cultural.

⁵⁶⁶ Aplicados hoy con carácter permanente en los niveles mundial (Naciones Unidas) y regional, y

205. Las graves violaciones de los derechos humanos fundamentales (como las matanzas en masa, la práctica de la tortura, la desaparición forzada de personas, la depuración étnica, la discriminación sistemática) se producen en violación del *corpus juris gentium*, enunciado en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal (que están por encima de las resoluciones de los órganos políticos de las Naciones Unidas) y son condenadas por la conciencia jurídica universal. Todo Estado que perpetre sistemáticamente esas graves violaciones actúa criminalmente, y pierde su legitimidad, deja de ser un Estado para la población victimizada, pues de tal modo incurre en una manifiesta y flagrante inversión de los fines humanos del Estado.

206. Con arreglo al *jus gentium* contemporáneo, ningún Estado puede revocar la autonomía constitucionalmente garantida de un “pueblo” o “población” para comenzar entonces a discriminar, torturar y matar a personas inocentes, o a expulsarlas de sus hogares y practicar la depuración étnica – sin sufrir las consecuencias de sus acciones u omisiones criminales. Ningún Estado puede, después de perpetrar esos abominables crímenes, invocar la integridad territorial o pretender valerse de ella; el hecho es que cualquier Estado que actúe de esa manera deja de comportarse como un Estado frente a la población victimizada.

207. Una organización internacional de vocación y alcance de acción universales como las Naciones Unidas, creada en nombre de los pueblos del mundo (*supra*), está plenamente facultada para colocar bajo su protección a una población que está siendo sistemáticamente objeto de discriminación, y que es victimizada por graves violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, por crímenes de guerra y por crímenes de lesa humanidad. Está plenamente facultada, según entiendo, para brindar asistencia a esa población a fin de que se convierta en dueña de su propio destino, y de tal modo está actuando en cumplimiento de su Carta y de los dictados de la conciencia jurídica universal.

208. En un contexto histórico como el que se está examinando, la pretensión de integridad territorial, aplicable en las *relaciones interestatales*, no es absoluta, como algunos tratan de hacernos creer. Si pasamos a las *relaciones intraestatales*, la integridad territorial y la integridad humana van juntas, con la autoridad del Estado ejerciéndose armoniosamente con la condición de la población, con la finalidad de satisfacer sus necesidades y aspiraciones. La integridad territorial, en su dimensión *intraestatal*, es un derecho de los Estados que actúan verdaderamente como Estados, y no como máquinas de destrucción de los seres humanos, de sus vidas y de su espíritu⁵⁶⁷. Por lo mismo, la libre determinación es

⁵⁶⁷ Ya los antiguos griegos tenían conciencia de los efectos devastadores del uso indiscriminado de la fuerza y de la guerra tanto para los vencedores como para los vencidos, revelando el gran mal de la sustitución de los fines por los medios: desde los tiempos de la *Ilíada* de Homero hasta hoy – tan perspicazmente captado por Simone Weil, una de las grandes pensadoras del siglo XX – todos los “beligerantes” son transformados en medios, en cosas, en la lucha sin sentido por el poder, incapaces incluso de “someter sus acciones a sus pensamientos”. Los términos “opresores y oprimidos” casi pierden sentido, ante la impotencia de todos frente a la máquina de guerra, convertida en una máquina de destrucción del espíritu y de fabricación de la “inconsciencia”; S. Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Opresión Social*, Barcelona, Ed. Paidós/Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, págs. 81 y 82, 84 y 130 y 131. Como en la *Ilíada* de Homero, no hay vencedores ni vencidos, todos son tomados por la fuerza, poseídos por la guerra, degradados por brutalidades y masacres; S. Weil, “L’Iliade ou le Poème de la Guerre (1940-1941)” en *Oeuvres*, Paris, Quarto Gallimard, 1999, págs. 527 a 552. El perenne mensaje de Homero – en cuanto a “la carnicería de hombres” y las “vidas miserables” de todos los involucrados en los combates sin fin (véase Homero, *The Iliad*, N.Y./Londres, Penguin Books, 1991 [reed.], págs. 222 y 543 y 544, versos 275 a 281 y 83 a 89) – es tan válido y conmovedor en sus tiempos de la antigua Grecia como en nuestros días. A lo largo de los siglos, la “carnicería de hombres” ha seguido ocurriendo sin fin (véase, por ejemplo, Bartolomé de Las Casas, *Tratados*, vol. I, México, Fondo de Cultura Económica, 1997 [reimpresión], págs. 14 a 199, y véanse págs. 219, 319 y 419), y todavía no parece que se hayan aprendido suficientemente las lecciones – en

un derecho de los “pueblos” o “poblaciones” subyugados en distintos contextos (no sólo el de la descolonización), sistemáticamente sometidos a la discriminación y la humillación, a la tiranía y la opresión. Esa condición de inhumana subyugación es contraria a la Declaración Universal y a la Carta de las Naciones Unidas en conjunto. Constituye una violación del *derecho de las Naciones Unidas*.

209. Por último, pero no menos importante, el principio fundamental de humanidad ha sido afirmado también en la jurisprudencia de los tribunales internacionales contemporáneos. Por ejemplo, en el caso de la *Masacre de Plan de Sánchez* (Sentencia de 29.04.2004), relativo a Guatemala, en cierta etapa del procedimiento ante la CorteIDH, el Estado demandado aceptó su responsabilidad internacional por violaciones de derechos garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y, en particular, “por no garantizar la libertad de manifestar las creencias religiosas, espirituales y culturales de los familiares de las [...] víctimas y miembros de la comunidad” (párr. 36). En mi opinión separada en esa causa, reflexioné que la primacía del principio de humanidad se identifica con el propio fin del Derecho, de todo el ordenamiento jurídico, tanto nacional como internacional, al reconocer la inalienabilidad de los derechos inherentes al ser humano (párr. 17).

210. Ese principio marca presencia – añadí – no sólo en el derecho internacional de los derechos humanos, sino también en el derecho internacional humanitario, y es aplicable en cualesquiera circunstancias. Tanto si se concibe como principio subyacente a la prohibición del trato inhumano (establecida por el artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949) o por referencia a la humanidad como un todo, o aún para calificar una determinada calidad de comportamiento humano (*humaneness*), el principio de humanidad está siempre e inevitablemente presente (párrs. 18 a 20). Análogamente, el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia (TPIY – Sala de Primera Instancia) dedicó atención a ese principio, por ejemplo, en sus sentencias en las causas *Mucic et alii* (de 20.02.2001) y *Celebici* (de 16.11.1998). Asimismo cabe recordar que la *cláusula Martens*, que permea el *corpus juris* del derecho internacional humanitario desde los tiempos de la Primera Conferencia de Paz de La Haya (1899) hasta nuestros días, invoca y sostiene la aplicabilidad continuada de los principios del derecho de gentes, los “principios de humanidad” y las “exigencias de la conciencia pública”⁵⁶⁸.

211. El mismo principio de humanidad –concluí en la mencionada opinión separada en el caso de la *Masacre de Plan de Sánchez* – también tiene incidencia en el dominio del derecho internacional de los refugiados, como lo revelan los hechos del caso concreto, que comprendían masacres y una política de Estado de *tierra arrasada*, es decir, la destrucción y quema de hogares, que generó un masivo desplazamiento forzoso de personas (párr. 23). Crueldades de este tipo ocurren en distintas latitudes, en Europa como en las Américas, y en las demás regiones del mundo – siendo la naturaleza humana como es. El punto que deseo afirmar aquí es que el principio de humanidad opera, en mi opinión, de manera de promover las

bruta. Así pues, ya en la antigua Roma, M.T. Cicerón meditaba, en su *De Legibus* (*On the Laws*, libro II, circa 51 a 43 a. de J.C.), que no había “nada más destructivo para los Estados, nada más contrario al derecho y a la ley, nada menos civil y humano, que el uso de la violencia en los asuntos públicos” (M.T. Cicerón, *On the Commonwealth and On the Laws* (ed. J.E.G. Zetzel), Cambridge, University Press, 2003 [reed.], libro III, *ibid.*, pág. 172). Y en su *De Republica* (circa late 50s-46 a. de J.C.), Cicerón añadió que nada era “más perjudicial para un Estado” ni “tan contrario a la justicia y el derecho” que el recurso “a la fuerza mediante una medida de violencia”, cuando un país tenía “una constitución asentada y establecida”; M.T. Cicerón, *The Republic-The Laws*, Oxford, University Press, 1998, pág. 166 (libro III, párr. 42). Todas esas advertencias suenan, siglos después, en nuestros días, bien contemporáneas...

⁵⁶⁸ Véase CIJ, causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* (*Providencia de 06.07.2010, demanda original y contrademanda, Alemania c. Italia*), opinión disidente del

convergencias entre las tres tendencias de la protección internacional de los derechos inherentes a la persona humana (el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados).

XIV. HACIA UNA CONCEPCIÓN INTEGRAL DE LA INCIDENCIA DEL *JUS COGENS*

212. Permítaseme ahora volver a mis breves reflexiones sobre el principio *ex injuria jus non oritur* (véase *supra*, párrs. 132 a 137), a fin de abordar otro punto tocado por la presente Opinión consultiva de la CIJ sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia relativa a Kosovo*. Como señalé allí, en los años anteriores a la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad – en el decenio 1989-1999 – las Naciones Unidas *en su conjunto* estaban profundamente preocupadas por todas las clases de *injuriae* perpetradas contra la población de Kosovo; hubo sucesivas violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, cometidas por todos los involucrados y provenientes de todas las partes, que victimizaron gravemente a esa población y agravaron la crisis humanitaria de Kosovo.

213. Sin embargo, la invocación del principio *ex injuria jus non oritur* por un par de participantes durante el procedimiento consultivo que la Corte tiene ante sí se refirió sólo, de manera atomizada, a una u otra de las sucesivas violaciones graves cometidas en ese período, y ninguno de ellos se refirió a las sucesivas *injuriae* en su conjunto (véase *supra*). En el párrafo 81 de la presente Opinión consultiva, la CIJ señaló a la atención el uso ilegítimo de la fuerza, u otras flagrantes violaciones del derecho internacional, en particular de normas imperativas de derecho internacional, y expresó su preocupación al respecto. Suscribo plenamente la preocupación de la Corte por violaciones de *jus cogens*, y voy más allá que la Corte a este respecto.

214. El *obiter dictum* de la Corte aparece (en el párrafo 81) al final de su razonamiento específicamente dirigido a un aspecto, a saber, el de la integridad territorial de los Estados, un principio básico aplicable a nivel *interestatal*. La Corte, habida cuenta de los rasgos clásicos de su propio Estatuto y de su Reglamento (*interna corporis*), está habituada a razonar dentro del chaleco de fuerza de la dimensión interestatal. Sin embargo, la incidencia del *jus cogens* trasciende esa dimensión. Muy lamentablemente, se han producido violaciones flagrantes del derecho internacional, en particular de normas imperativas del derecho internacional general, tanto a nivel *interestatal* (por ejemplo, el uso ilegítimo de la fuerza, como los bombardeos de Kosovo en 1999 fuera del marco de la Carta de las Naciones Unidas, que causaron numerosas víctimas), como a nivel *intraestatal* (por ejemplo, las graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario perpetradas en Kosovo a lo largo del decenio de 1989-1999, victimizando a su población).

215. En cuanto a estas últimas, en el derecho internacional contemporáneo está claro que las prohibiciones de la tortura, de la depuración étnica, de las ejecuciones sumarias o extrajudiciales, de la desaparición forzada de personas, son prohibiciones *absolutas*, en cualesquiera circunstancias: son prohibiciones de *jus cogens*. Las violaciones (a nivel *intraestatal*) de dichas prohibiciones, como las que ocurrieron en Kosovo durante su grave crisis humanitaria, son violaciones de normas imperativas del derecho internacional general (es decir, de *jus cogens*), que rápidamente comprometen la responsabilidad de sus perpetradores (Estados e individuos), con todas las consecuencias jurídicas que de ello emanan (que hasta la fecha no han sido suficientemente analizadas en detalle por la jurisprudencia y la doctrina jurídica internacional).

216. Al tener presente sólo la dimensión interestatal, el mencionado *obiter dictum* de la Corte ha aplicado también una insatisfactoria perspectiva atomizada. La verdad es que el *jus cogens* tiene una incidencia tanto en el nivel *interestatal* como en el nivel *intraestatal*, tanto en las relaciones entre los Estados *inter se* como en las relaciones entre los Estados y todos los seres humanos que están bajo sus respectivas jurisdicciones. Podemos ver aquí una dimensión *horizontal* (interestatal) y una dimensión *vertical* (intraestatal). Esta es la concepción comprensiva de la incidencia del *jus cogens* que, a mi juicio, debería adoptar la Corte de ahora en adelante.

217. En esta última dimensión (vertical), en nuestro tiempo, la integridad territorial del Estado está estrechamente vinculada con el hecho de que el Estado respete la integridad humana de todos los seres humanos bajo su jurisdicción y garantice el respeto de dicha integridad. El territorio de un Estado no puede ser usado por sus autoridades para poner en práctica políticas criminales, con violación de las prohibiciones de *jus cogens* (como las mencionadas). Las fronteras territoriales de un Estado no pueden ser usadas por sus autoridades, responsables de violaciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, como un refugio o un escudo para escapar al alcance de la ley y gozar de impunidad, después de haber cometido atrocidades que conmovieron la conciencia de la humanidad. Después de todo, *hominum causa omne jus constitutum est* (todo derecho es creado, en definitiva, en beneficio de los seres humanos); esta máxima, originada en el derecho romano, es hoy en día común a los órdenes jurídicos nacional e internacional (el *jus gentium* de nuestra época).

XV. CONSIDERACIONES FINALES: LA INDEPENDENCIA DE KOSOVO CON SUPERVISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

218. Habida cuenta de que el razonamiento de la Corte se funda casi enteramente en la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, me siento obligado a señalar un par de puntos adicionales en la presente opinión separada. En primer lugar, nadie podría negar la posición central que tiene aquí la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, pero el hecho es que la resolución 1244 (1999) es el resultado de una transacción política⁵⁶⁹, y, por encima de ella, como por encima de todas las resoluciones del Consejo de Seguridad (y de los demás órganos políticos de las Naciones Unidas), está la *Carta de las Naciones Unidas*. Es la Carta de las Naciones Unidas la que en definitiva guía todo razonamiento. En segundo lugar, el argumento de la Corte de que “no considera necesario pronunciarse” sobre las demás resoluciones del Consejo de Seguridad aprobadas “sobre la cuestión de Kosovo” (según se expresa en el párrafo 86) antes de la resolución 1244 (1999) (y de todos modos “recordadas” en el preámbulo de esta última), en mi opinión, no está bien fundada: constituye simplemente una petición de principio.

219. Simplemente permite que la Corte proceda a un examen “técnico” y

⁵⁶⁹ Después de su aprobación, subsistió el debate entre, por un lado, los Estados que hacían hincapié en la referencia a la “integridad territorial” de la República Federativa de Yugoslavia, que figuraba en un párrafo del preámbulo (y en el Anexo 2, párr. 8) de la resolución 1244(1999), y los Estados que destacaban que ese párrafo del preámbulo de la resolución en cuestión no creaba obligaciones vinculantes y se aplicaba sólo a la fase provisional de Kosovo, y no a su estatuto definitivo, que no estaba determinado por la resolución 1244 (1999); véase A. Tancredi, “Neither Authorized nor Prohibited? Secession and International Law after Kosovo, South Ossetia y Abkhazia”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 18 (2008), págs. 55 y 56. En efecto, el párrafo 11 a) de dicha resolución se refería expresamente a la promoción del “establecimiento, hasta que se llegue a una solución definitiva, de una autonomía y un gobierno autónomo sustanciales en Kosovo”.

aséptico de la declaración de independencia de Kosovo de 17.02.2008, haciendo abstracción de los complejos y trágicos antecedentes de hecho de la *grave crisis humanitaria de Kosovo*, que culminó con la aprobación por el Consejo de Seguridad de su resolución 1244 (1999). Mientras se abstiene de “pronunciarse” sobre otras resoluciones del Consejo de Seguridad (y ciertamente no de la Asamblea General, cuya importancia parece claro que minimiza indebidamente en el párrafo 38), la Corte se ve en aprietos cuando reconoce la necesidad de al menos tener en cuenta otras resoluciones del Consejo de Seguridad (sin “pronunciarse” sobre ellas), anteriores a la resolución 1244 (1999), sólo para ilustrar un aspecto de la crisis (en el párrafo 116), de manera incompleta⁵⁷⁰.

220. El resultado es que la Corte ha encontrado suficiente referirse sólo brevemente e *in passim* a la crisis de Kosovo⁵⁷¹, sin explicar en ninguna parte de la Opinión consultiva qué fue lo que causó esa crisis, y en qué consistió ésta; eso es exactamente lo que fue considerado detalladamente por las resoluciones del Consejo de Seguridad anteriores a la resolución 1244 (1999), y por las resoluciones de la Asamblea General, así como por manifestaciones de otros órganos de las Naciones Unidas. Como no acompaño ni suscribo el razonamiento de la Corte, me he sentido obligado, como miembro de la Corte, a consignar en la presente opinión separada mi propio razonamiento, que comprende una consideración de las reiteradas expresiones de *grave preocupación por la tragedia humanitaria en Kosovo* formuladas por el Consejo de Seguridad, la Asamblea General, el Consejo Económico y Social y el Secretario General (véase *supra*); en suma, de las *Naciones Unidas en su conjunto*.

221. Para mí, todos los antecedentes de hecho deberían haber sido tratados por la Corte con el mismo celo e igual atención a los detalles que los que la impulsaron a considerar las circunstancias de hecho que rodearon al acto de adopción de la declaración de independencia por la Asamblea de Kosovo. Yo he concluido, como la Corte, que la CIJ tiene competencia para emitir la opinión consultiva solicitada por la Asamblea General, que debía acceder a la solicitud de opinión consultiva formulada por la Asamblea General y que la declaración de independencia de Kosovo de 17 de febrero de 2008 no violó el derecho internacional; pero he llegado a esa conclusión sobre la base de mi propio razonamiento, desarrollado en la presente opinión separada, que es claramente diferente del razonamiento de la Corte.

222. Otro aspecto que no puede pasar inadvertido aquí atañe a la reciente práctica del Consejo de Seguridad, reflejada en algunas de sus resoluciones, de dirigirse no sólo a los Estados sino también a entidades no estatales, y de tal modo ir más allá de la dimensión estrictamente interestatal. La Corte se refiere brevemente a ella (párrafos 115 a 117), así como a la creciente necesidad de asegurar una correcta interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad (párrafo 94). Sin embargo, la Corte toca esos dos puntos sin mayor elaboración. Sin tener la intención de profundizar en este punto, me referiré aquí, empero, a un punto adicional, no tocado por la Corte, que en esta conexión no puede ser pasado por alto.

223. El creciente compromiso del Consejo de Seguridad, a partir de los comienzos del decenio de 1990, en operaciones no sólo de mantenimiento de la paz, sino también de prevención de conflictos, imposición de la paz y consolidación de la paz, ha ampliado su horizonte en lo tocante al ejercicio de sus funciones. Este es un conocido fenómeno contemporáneo dentro del *derecho de las Naciones Unidas*⁵⁷².

⁵⁷⁰ En los párrafos 91 y 98 se hacen breves referencias adicionales a esas otras resoluciones del Consejo de Seguridad.

⁵⁷¹ Por ejemplo, párrafos 95, 97, 98 y 116.

⁵⁷² Véanse, entre otros, por ejemplo, K. Manusama, *The United Nations Security Council in the Post-Cold War Era – Applying the Principle of Legality*, Leiden, Nijhoff, 2006, págs. 1 a 320; B.G. Ramcharan, *The Security Council and the Protection of Human Rights*, La Haya, Nijhoff, 2002, págs. 1 a 212.

En este contexto, el hecho de que últimamente el Consejo de Seguridad haya comenzado a imponer exigencias, además de a los Estados, también a entidades no estatales (incluso a grupos de individuos), no es tan sorprendente, después de todo. Sin embargo, lo que es necesario añadir – pues la Corte también parece haber pasado por alto este punto – es que el Consejo de Seguridad también tiene su “*marco constitucional*”: la Carta de las Naciones Unidas. Por amplios que sean sus poderes, o que puedan haber llegado a serlos hoy, siguen estando limitados por la propia Carta de las Naciones Unidas.

224. El Consejo de Seguridad no es el legislador del mundo, sino uno de los órganos políticos principales de las Naciones Unidas, y el órgano central encargado del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas. Para la consideración de la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General con respecto a la presente Opinión consultiva, la *Grundnorm* no es la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, sino la Carta de las Naciones Unidas. Y la Carta ha puesto límites a la acción de todos sus órganos, incluido el Consejo de Seguridad. En el caso de Kosovo, el Consejo de Seguridad ha actuado dentro de esos límites, y, mediante su resolución 1244 (1999), ha colocado a la grave crisis humanitaria de Kosovo dentro del marco del derecho de las Naciones Unidas. Este último, a su vez, ha estado particularmente atento a las condiciones de vida de la población, en Kosovo como en distintas partes del mundo, a fin de preservar la paz y la seguridad internacionales.

225. Aún queda una línea de consideraciones que estimo adecuado añadir aquí. Al final de las actuaciones orales ante esta Corte en relación con la presente Opinión consultiva sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia relativa a Kosovo*, en la audiencia de 11 de diciembre de 2009, formulé a los participantes la pregunta siguiente:

“La resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se refiere, en su párrafo 11 *a*), a ‘una autonomía y un gobierno autónomo sustanciales en Kosovo’, teniendo plenamente en cuenta los acuerdos de Rambouillet. En su interpretación, ¿cuál es el significado de este reenvío a los acuerdos de Rambouillet? ¿Tiene incidencia en las cuestiones de la libre determinación y/o la secesión? En caso afirmativo, ¿cuáles serían los requisitos para que un pueblo pueda aspirar a la calidad de Estado, en el marco del régimen jurídico establecido por la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad? ¿Y cuáles son los requisitos previos de hecho para las configuraciones de un ‘pueblo’, y de su posibilidad de aspirar a la calidad de Estado, con arreglo al derecho internacional general?”

226. Quince participantes tuvieron a bien dar sus respuestas a mi pregunta: Kosovo⁵⁷³, Serbia⁵⁷⁴, Albania⁵⁷⁵, la Argentina⁵⁷⁶, Austria⁵⁷⁷, Burundi⁵⁷⁸, Chipre⁵⁷⁹, Finlandia⁵⁸⁰, Francia⁵⁸¹, los Países Bajos⁵⁸², Rumania⁵⁸³, España⁵⁸⁴, el Reino Unido⁵⁸⁵, los Estados Unidos⁵⁸⁶ y Venezuela⁵⁸⁷. Después de leer

⁵⁷³ CIJ, doc. 2009/115.

⁵⁷⁴ CIJ, doc. 2009/111.

⁵⁷⁵ CIJ, doc. 2009/106.

⁵⁷⁶ CIJ, doc. 2009/110.

⁵⁷⁷ CIJ, doc. 2009/116.

⁵⁷⁸ CIJ, doc. 2009/117.

⁵⁷⁹ CIJ, doc. 2009/109.

⁵⁸⁰ CIJ, doc. 2009/107.

⁵⁸¹ CIJ, doc. 2009/118.

⁵⁸² CIJ, doc. 2009/108.

⁵⁸³ CIJ, doc. 2009/112.

⁵⁸⁴ CIJ, doc. 2009/114.

⁵⁸⁵ CIJ, doc. 2009/119.

cuidadosamente esas 15 respuestas, considero adecuado extraer y seleccionar un par de puntos formulados en ellas a los que asigno particular importancia.

227. El reenvío de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad a los acuerdos de Rambouillet tenía la finalidad de crear las condiciones para una autonomía sustancial y una amplia forma de autogobierno en Kosovo⁵⁸⁸, en vista de las “circunstancias singulares de Kosovo”⁵⁸⁹ (véase *supra*). En el curso del decenio siguiente (1999-2009), la población de Kosovo pudo, gracias a la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, desarrollar su capacidad para un autogobierno sustancial, como lo demuestra su declaración de independencia adoptada por la Asamblea de Kosovo el 17 de febrero de 2008. Las declaraciones de este tipo no están ni autorizadas ni prohibidas por el derecho internacional, pero sus consecuencias e implicaciones hacen que entre a jugar el derecho internacional.

228. Además, tampoco sería necesario hacer un ejercicio semántico acerca de lo que constituye un “pueblo”. Este es un punto que, según se reconoce, ha venido desafiando a la doctrina jurídica internacional hasta la fecha. En el contexto del presente tema, se ha señalado, por ejemplo, que expresiones tales como “la población de Kosovo”, “el pueblo de Kosovo”, “todo el pueblo de Kosovo”, “todos los habitantes en Kosovo”, aparecen indistintamente en la propia resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad⁵⁹⁰. De hecho, no hay ninguna precisión terminológica, en cuanto a lo que constituye un “pueblo” en derecho internacional⁵⁹¹, a pesar de la vasta experiencia en la materia. Lo que me resulta claro es que, para su configuración, hay una conjugación de factores, de carácter tanto objetivo como subjetivo, tales como las tradiciones y la cultura, el carácter étnico, los vínculos y el legado históricos, el idioma, la religión, el sentido de identidad o parentesco, la voluntad de constituir un pueblo⁵⁹². Son todos elementos *facticos*, no *jurídicos*, que habitualmente se superponen entre sí⁵⁹³.

229. Cabe recordar que el propio Marco Constitucional para Kosovo establecido por la UNMIK (2001) (véase *supra*), aclarando el enfoque de las Naciones Unidas respecto del asunto de que se trata, señaló que Kosovo es “una entidad” que, “con su pueblo, tiene atributos históricos, jurídicos, culturales y lingüísticos singulares” (párr. 1.1)⁵⁹⁴. A esos elementos yo añadiría otro más – y significativo – a saber, el del *sufrimiento común*: el sufrimiento común crea un

⁵⁸⁷ CIJ, doc. 2009/120.

⁵⁸⁸ Respuestas de Kosovo (párr. 19), Serbia (párr. 3.12), los Estados Unidos (págs. 1 y 4), el Reino Unido (párr. 11), la Argentina (párr. 4).

⁵⁸⁹ Respuesta del Reino Unido (párr. 12). – La Conferencia de Rambouillet incorporó a Europa – además de a las propias Naciones Unidas – al marco de la crisis de Kosovo, como nueva demostración de que la crisis había pasado a ser un asunto de “preocupación internacional”; E. Decaux, “La Conférence de Rambouillet – Négotiation de la dernière chance ou contrainte illicite?”, en *Kosovo and the International Community – A Legal Assessment* (ed. C. Tomuschat), La Haya, Kluwer, 2002, págs. 45 a 64.

⁵⁹⁰ En el quinto párrafo del preámbulo, el párr. 10, y el Anexo 2 párr. 5; en el Anexo 2 párr. 4, el párr. 10; en el Anexo 1 principio 4; y en el Anexo 2 párr. 5, respectivamente; Respuesta de España (párr. 20). [Las referencias son al texto en inglés. En el texto en español hay diferencias y, en particular, no aparece la expresión “el pueblo de Kosovo”.]

⁵⁹¹ Por ejemplo, se ha argumentado que, para que una colectividad humana o un grupo constituya un “pueblo” a fin de poder aspirar a la calidad de Estado, necesitaría: a) compartir antecedentes comunes de origen étnico, idioma, religión, historia y legado cultural; b) integridad territorial de la zona pretendida; c) el elemento subjetivo de la percepción autoconsciente del grupo como un “pueblo” distinto, capaz de formar una entidad política viable; para la opinión de que los kosovares cumplen esos requisitos y constituyen un “pueblo”, y, además, su derecho a la libre determinación interna no fue respetado por la Serbia encabezada por Milosevic, véase, por ejemplo, M. Sterio, “The Kosovar Declaration of Independence: ‘Botching the Balkans’ or Respecting International Law?”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 37 (2008-2009), págs. 277 y 287.

⁵⁹² Respuestas de los Países Bajos (párr. 16), y Albania (párrs. 20 y 21).

⁵⁹³ Respuesta de Finlandia (pág. 3).

fuerte sentido de identidad. Hace muchos siglos, Esquilo (525-circa 456 a. de J.C.) tuvo una intuición en tal sentido, en su penetrante trilogía, la *Orestíada*: dejó en claro – en la tercera oda coral en *Agamemnon*, y en la culminación de la procesión final en *Las Euménides*, – que los seres humanos aprenden mediante el sufrimiento, y que en definitiva aprenden no simplemente cómo evitar el sufrimiento, sino cómo actuar con arreglo a derecho y realizar la justicia. Hoy, en 2010, tantos siglos después, me pregunto si Esquilo, tal vez, estaba siendo demasiado confiado, pero, en todo caso, simpatizo mucho con su valiente mensaje, al que considero sumamente valioso y atemporal o perenne.

230. Es cierto que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no determine el estatuto final de Kosovo, ni previno o impidió que tuviera lugar la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 por la Asamblea de Kosovo. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no ha dictado sentencia alguna sobre la cadena de acontecimientos que han tenido lugar hasta ahora. Sigue existiendo la presencia de las Naciones Unidas en Kosovo, bajo la égida de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad. Ha operado a favor de la “autonomía sustancial”⁵⁹⁵ y el autogobierno de Kosovo, y, en opinión de algunos, también de su independencia.

231. Después de todo, esto no es tan sorprendente, si se tiene presente la especial atención prestada por los experimentos contemporáneos de administración internacional de territorios por las Naciones Unidas a las condiciones de vida de la población (en la línea de la análoga preocupación de los anteriores experimentos del sistema de mandatos de la Sociedad de las Naciones, y de los sistemas de administración fiduciaria de las Naciones Unidas – véase *supra*), que revelan una perspectiva *humanizante*. La permanencia de la presencia de las Naciones Unidas en Kosovo, también de ahora en adelante, parece necesaria, en aras de la seguridad humana, así como de la preservación de la paz y la seguridad internacionales en la región.

232. En el otro ejemplo contemporáneo de administración internacional de territorios por las Naciones Unidas, el de *Timor Oriental*, incluso varios años después de la culminación del cometido de la UNTAET y la proclamación de independencia de Timor Oriental, las Naciones Unidas han estado manteniendo una presencia residual en el nuevo Estado de Timor Leste hasta ahora (mediados de 2010)⁵⁹⁶. ¿Alguien se animaría a sugerir que debiera retirarse? Dificilmente. Con mucha mayor razón, en el caso de Kosovo, habida cuenta de sus antecedentes de hecho, la presencia de las Naciones Unidas allí parece seguir siendo muy necesaria. Kosovo, como Estado *in statu nascendi*, tiene suma necesidad de una “independencia supervisada”, como se recomendó en el *Informe* sobre el futuro de Kosovo (2007) presentado por el Enviado Especial del Secretario General de las Naciones Unidas (Sr. M. Ahtisaari).

233. Dicho *Informe*, presentado a mediados de marzo de 2007 junto con la *Propuesta integral de Acuerdo sobre el Estatuto de Kosovo* elaborada por el Enviado Especial⁵⁹⁷, contiene propuestas de medidas detalladas encaminadas a: *a*) asegurar la promoción y la protección de los derechos de las comunidades y sus miembros; *b*) la efectiva descentralización del gobierno y la administración pública (para fomentar la participación pública); *c*) la preservación y la protección del

⁵⁹⁵ Véase, en este sentido, por ejemplo, G. Serra, “The International Civil Administration in Kosovo (...)”, op. cit. *supra* núm. (56), págs. 77 y 78, 81 y 82 y 87.

⁵⁹⁶ Mediante su resolución 1704 (2006), de 25.08.2006, el Consejo de Seguridad estableció la nueva Misión Integrada de las Naciones Unidas en Timor Oriental (UNMIT), cuyo mandato se ha venido renovando desde entonces (resoluciones del Consejo de Seguridad 1802 (2008), de 25.02.2008, y 1867 (2009), de 26.02.2009); recientemente, mediante su resolución 1912 (2010), de 26.02.2010, el Consejo de Seguridad ha vuelto a renovar el mandato de la UNMIT por un año.

patrimonio cultural y religioso. El objetivo final es la formación y la consolidación de una sociedad democrática multiétnica. Con tal fin, Kosovo no tendrá una religión “oficial”, promoverá el retorno voluntario y seguro de los refugiados y desplazados internos, asegurará la *aplicabilidad directa* en el derecho interno de las disposiciones de los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos, asegurará la representación de las comunidades no mayoritarias en su Asamblea, tendrá como idiomas oficiales al albanés y al serbio, asegurará la formación y el establecimiento de un poder judicial independiente fundado en el estado de derecho.

234. Además, Kosovo asegurará la prevalencia del principio fundamental de igualdad y no discriminación, el ejercicio del derecho a la participación en la vida pública y del derecho a la igualdad de acceso a la justicia para todos. En el marco de todas esas medidas propuestas, la salvaguardia de los derechos de los miembros de la comunidad serbia (como minoría) asume especial importancia⁵⁹⁸ así como la promoción de la preservación del patrimonio cultural y religioso⁵⁹⁹ de todas las comunidades como parte integral del patrimonio de Kosovo.

235. En su declaración de independencia de 17 de febrero de 2008, la Asamblea de Kosovo expresamente acepta las recomendaciones del Enviado Especial de las Naciones Unidas en su *Propuesta integral de Acuerdo sobre el Estatuto de Kosovo*⁶⁰⁰, y añade que

“Declaramos que Kosovo es una república democrática, secular y multiétnica, guiada por los principios de no discriminación e igual protección con arreglo a la ley. Protegeremos y promoveremos los derechos de todas las comunidades en Kosovo (...)”⁶⁰¹.

En la declaración de independencia, la Asamblea de Kosovo, además, acepta la continuación de la presencia de las Naciones Unidas en Kosovo, sobre la base de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad⁶⁰², y expresa su compromiso de “actuar de manera compatible con los principios de derecho internacional y las resoluciones del Consejo de Seguridad”, incluida la resolución 1244 (1999)⁶⁰³.

236. El Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas continúa, en efecto, ejerciendo sus funciones en Kosovo hasta la fecha, como recuerda la Corte en el párrafo 92 de la presente Opinión consultiva sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia relativa a Kosovo*; pero, contra lo que podría inferirse de la breve referencia de la Corte (sin ningún análisis) a los *Informes del Secretario General sobre la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo*, emitidos después de la declaración de independencia por la Asamblea de Kosovo (período 2008-2010)⁶⁰⁴, la situación en Kosovo no es hoy la misma que en el momento de su declaración de independencia. Un examen de los mencionados *Informes* indica que la situación de Kosovo ha tenido cambios en el período 2008-2010.

237. Así pues, el *Informe del Secretario General* de 24.11.2008, por

⁵⁹⁸ Como indican los motines de 2004.

⁵⁹⁹ Con la existencia y actividad continuas y no perturbadas de la Iglesia Ortodoxa Serbia en Kosovo.

⁶⁰⁰ Párrafo 12° del preámbulo; párrs. 1, 3, 4, 5 y 12.

⁶⁰¹ Párr. 2.

⁶⁰² Párr. 5.

⁶⁰³ Párr. 12.

⁶⁰⁴ Desde la declaración de independencia de Kosovo, se han emitido seis Informes del Secretario General sobre la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo, que se reprodujeron en los siguientes documentos de las Naciones Unidas; S/2008/692, de 24.11.2008, págs. 1 a 23; S/2009/149, de 17.03.2009, págs. 1 a 18; S/2009/300, de 10.06.2009, págs. 1 a 17; S/2009/497, de 30.09.2009, págs. 1 a 19; S/2010/169, de 06.04.2010, págs. 1 a 19; y S/2010/5, de

ejemplo, comentó que la declaración de independencia de Kosovo y su nueva Constitución planteaban dificultades y problemas para la capacidad de la UNMIK de ejercer su autoridad administrativa, pero nunca ha dicho que las cambiantes circunstancias representarían una violación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad; nunca ha tratado de “anular” esa declaración de independencia (párr. 21). El Secretario General admitió que había hecho ajustes en la UNMIK a la luz de las cambiantes circunstancias, en lugar de oponerse a estas últimas, y añadió que los ajustes se harían mediante un “proceso de reconfiguración” de la presencia internacional en Kosovo (párrs. 22 a 25). Insistió en la mencionada “reconfiguración” de la UNMIK en su *Informe* de 17.03.2009 (párrs. 12 a 14 y 16 y 17), y de 10.06.2009 (párrs. 18 a 20).

238. En su siguiente *Informe*, de 30.09.2009, el Secretario General comunicó que el “ajuste gradual” y la “reconfiguración” de la UNMIK habían “concluido con éxito” (párr. 2), y su papel actual consistía en promover la seguridad y la estabilidad en Kosovo y en los Balcanes (párr. 3), aliviar las tensiones y facilitar la cooperación práctica con todas las comunidades en Kosovo, “así como entre las autoridades de Pristina y Belgrado” (párrs. 3 y 46 y 47). La misma perspectiva se ha mantenido en los dos últimos *Informes del Secretario General* (de 2010), que indican, como esferas de prioridad, las de elecciones y descentralización, seguridad, estado de derecho, regresos, patrimonio cultural y religioso, cuestiones comunitarias, derechos humanos y representación y participación de Kosovo en las reuniones internacionales y regionales (*Informe* de 05.01.2010, párrs. 15 a 46, y de 06.04.2010, párrs. 16 a 38). En suma, ha habido una aparente aceptación por la UNMIK de la nueva situación, después de la declaración de independencia de Kosovo, en vista de sus sucesivos esfuerzos por ajustarse a las circunstancias sobre el terreno, a fin de beneficiar a la población afectada.

239. En conclusión, los Estados existen para los seres humanos y no viceversa. El derecho internacional contemporáneo ya no es indiferente al destino de la población, el más precioso elemento constitutivo de la calidad de Estado. El advenimiento de las organizaciones internacionales, trascendiendo la vieja dimensión interestatal, ha ayudado a poner fin a la inversión de los fines del Estado. Esta distorsión llevó a los Estados a considerarse depositarios finales de la libertad humana, y tratar a los individuos como medios y no como fines en sí mismos, con todas las desastrosas consecuencias que de ello derivaron. La expansión de la personalidad jurídica internacional acarrió la expansión de la responsabilidad internacional.

240. Los Estados que se transformaron en máquinas de opresión y destrucción dejaron de ser Estados a los ojos de su población victimizada. Arrojadadas a la inobservancia generalizada de la ley, sus víctimas buscaron refugio y sobrevivencia en otras partes, en el *jus gentium*, en el derecho de gentes, y, en nuestros tiempos, en el *derecho de las Naciones Unidas*. Me atrevo a albergar la esperanza de que la conclusión de la presente Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia constituya el capítulo final de otro largo episodio de la eterna saga del género humano en su búsqueda de la emancipación de la tiranía y la opresión sistemática.

(Firmado) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

