

LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CIJ SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONSTRUCCIÓN DEL MURO EN EL TERRITORIO PALESTINO OCUPADO: PROBLEMAS DE COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD JUDICIAL

Pilar POZO SERRANO

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA COMPETENCIA DE LA CORTE PARA EMITIR LA OPINIÓN CONSULTIVA 2.1. Alcance de la facultad de la Asamblea General para solicitar una opinión consultiva. 2.2. La pretendida actuación *ultra vires* de la Asamblea General. 2.3. Problemas relativos al objeto de la opinión solicitada y a su formulación.— 3. LA DISCRECIONALIDAD DE LA CORTE PARA EMITIR LA OPINIÓN CONSULTIVA Y LA “PRUDENCIA” JUDICIAL. 3.1. La existencia de una controversia bilateral relacionada con el objeto de la opinión consultiva. 3.2. La existencia de negociaciones diplomáticas en curso. 3.3. El objeto de la opinión consultiva y su contexto. 3.4. Los hechos del caso: fuentes de información y medios de prueba. 3.5. Utilidad y finalidad de la opinión consultiva solicitada. 3.6. La responsabilidad palestina.— 4. CONSIDERACIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

La Corte Internacional de Justicia emitió el 9 de julio de 2004 una opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro de separación por Israel en parte del territorio palestino ocupado. Con ella respondía a la solicitud de la Asamblea General que, mediante la resolución ES-10/14 de 8 de diciembre de 2003, había pedido a la Corte que emitiera “con urgencia” una opinión consultiva sobre la siguiente cuestión:

“¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de la construcción del muro que levanta Israel, la Potencia ocupante, en el territorio palestino

ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores, según se describe en el informe del Secretario General, teniendo en cuenta las normas y principios de derecho internacional, incluido el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 y las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General?”¹.

El Secretario General de la ONU remitió al Secretario de la Corte la solicitud de la opinión consultiva acompañada del informe que el Secretario General había presentado a la Asamblea General², en cumplimiento de la resolución A/ES-10/13 de 27 de octubre de 2003. La decisión de la Corte era esperada con expectación general por numerosas razones. Por un lado, para los principales afectados la decisión de la Corte podía representar un importante instrumento de presión. Por otro lado, aunque la pregunta planteada por la Asamblea General tenía un objeto muy limitado, requería el análisis de importantes problemas jurídicos aunque la Corte no tuviera que pronunciarse sobre todos ellos. La legalidad del muro con arreglo al derecho internacional, el derecho de los pueblos a la libre determinación, el estatuto de los territorios afectados por la construcción del muro, la aplicabilidad del IV Convenio de Ginebra y de diferentes instrumentos sobre derechos humanos, legítima defensa y estado de necesidad, etc. Todo ello teniendo como cruento e intrincado telón de fondo el conflicto israelo-palestino, en el que las partes parecen adoptar posturas cada vez más radicales y rodeado de un tenso debate político. Cualquiera que fuera su contenido, era evidente que la decisión de la Corte estaba llamada a ser un elemento más de ese debate.

De conformidad con el artículo 66.2 del Estatuto, la Corte ofreció la posibilidad de presentar informes sobre la cuestión a las Naciones Unidas, a sus Estados Miembros y también a Palestina, atendiendo a su estatuto especial de observador en la Asamblea General y a su condición de copatrocinadora del proyecto de resolución por el que se solicitaba la opinión consultiva. A las exposiciones escritas presentadas por 44 Estados Miembros, incluido Israel, hay que sumar las presentadas por Palestina, la Liga de los Estados Árabes, la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de la Conferencia Islámica, e Irlanda en nombre de la Unión Europea.

Ninguno de los escritos de alegaciones presentados respaldó la legalidad del muro, con excepción del presentado por Israel. Sin embargo, sí se aduje-

1. *Vide* el análisis de BEKKER, P. H. F.: “The General Assembly Requests a World Court Advisory Opinion On Israel’s Separation Barrier”, en *ASIL Insights*, diciembre 2003.

2. Informe del Secretario General A/ ES – 10/ 248, de 24 de noviembre de 2003.

ron motivos en contra de la oportunidad de emitir la opinión consultiva solicitada. Conviene recordar que la resolución S-10/14 fue adoptada con un elevado número de abstenciones, incluidas las de tres de los miembros del Cuarteto, Estados Unidos, la Federación de Rusia y la Unión Europea³. Este dato resulta muy ilustrativo del estado de opinión sobre el tema pero no disminuye la validez jurídica de la resolución que solicita la opinión consultiva. La opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* es clara en este sentido:

“una vez que la Asamblea, mediante la aprobación de una resolución, ha solicitado una opinión consultiva sobre una cuestión jurídica, la Corte, al determinar si hay razones imperiosas para negarse a emitir dicha opinión, no entrará a considerar los orígenes o los antecedentes políticos de la petición, ni la distribución de los votos con respecto a la resolución aprobada”⁴.

Algunos de los Estados que se abstuvieron o que votaron en contra de la resolución, presentaron alegaciones ante la Corte invocando argumentos de prudencia judicial y de oportunidad para que se abstuviera de emitir la opinión solicitada. Israel se limitó a tratar en su escrito los aspectos referentes a la competencia y oportunidad judicial sin abordar el fondo del caso, y se abstuvo de participar en la fase oral.

En cuanto a las conclusiones de la Corte, afirmó unánimemente su competencia para emitir la opinión consultiva⁵ y, considerando que no existían “razones imperiosas” para negarse a emitir la opinión consultiva solicitada⁶,

3. El Cuarteto está integrado por representantes de los Estados Unidos de América, la Unión Europea, la Federación de Rusia y las Naciones Unidas. La resolución fue aprobada por 90 votos a favor, 8 votos en contra, 74 abstención y 19 estados no participaron en la votación. La resolución ES - 10/15, aprobada el 2 de agosto de 2004, tras la adopción de la opinión consultiva de la Corte, fue adoptada por 150 votos a favor, 6 en contra, 10 abstenciones y 25 no votantes. Esta última resolución “exige que Israel, la Potencia ocupante, cumpla sus obligaciones en derecho señaladas en la opinión consultiva” (§ 2) y exhorta a los demás Estados miembros a que hagan lo propio (§ 3), y en particular, tratándose de Estados partes en el IV Convenio de Ginebra, a que se aseguren de que Israel respete el Convenio. Igualmente hace un llamamiento conjunto al gobierno israelí y a la Autoridad nacional Palestina para que, en cumplimiento de la resolución 1515(2003) del Consejo de Seguridad cumplan las obligaciones que se derivan de ella, destacando que ambos “tienen la obligación de respetar las normas de derecho internacional humanitario”(§ 6).

4. *I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 237, § 16.

5. § 163.1 de la opinión consultiva.

6. § 64.

decidió dar curso a la solicitud por mayoría, con el solo voto disidente del juez Buergenthal⁷.

En cuanto al fondo del asunto, la Corte respondió que la construcción del muro en “el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores”⁸ constituía una violación de diferentes normas de derecho internacional por parte de Israel y que, en consecuencia, Israel tenía la obligación de dismantelar el muro y de reparar los daños y perjuicios ocasionados⁹. Además, la Corte afirmó que los terceros estados tenían la obligación de no reconocer la situación y “de no prestar ayuda o asistencia para el mantenimiento de la situación creada por dicha construcción”. En lo que se refiere a las consecuencias jurídicas desde el derecho internacional humanitario, la Corte estableció que los Estados partes en el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 tenían “la obligación de hacer que Israel respete el derecho internacional humanitario incorporado en dicho Convenio”¹⁰. Por último, dirigiéndose a las Naciones Unidas en general y a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad en particular, les proponía que consideren las medidas necesarias para poner fin a la situación resultante de la construcción del muro¹¹.

La opinión consultiva, tanto en la argumentación como en el dispositivo, adolece de un claro desequilibrio porque se limita a señalar las infracciones cometidas por una de las partes. Sólo el pronunciamiento con el que la Corte cerró la exposición de motivos, antes de la parte dispositiva, se refirió al contexto más general poniendo de relieve

“que tanto Israel como Palestina tienen la obligación de observar escrupulosamente las reglas del derecho internacional humanitario, uno de cuyos objetivos fundamentales consiste en proteger la vida de las personas civiles. Todas las partes han realizado acciones ilícitas y tomado decisiones unilate-

7. § 163.2.

8. La Corte explicó su opción por el término “muro”, usado por la Asamblea General, rechazando que tuviera un carácter ideológico (cf. § 67 de la opinión consultiva). Se trata de una compleja construcción que responde mal a cualquier término y es descrita en el párrafo 82 de la opinión consultiva, tomando como base la descripción que realiza el informe del Secretario General. En cuanto a los sectores del muro construidos en territorio de Israel, ajustándose al tenor literal de la pregunta formulada por la Asamblea General la Corte consideró que no debía pronunciarse sobre los mismos (párrafo 67).

9. § 163.3, apartados A, B, C. Estos pronunciamientos fueron respaldados por 14 votos contra 1, el voto disidente del juez Buergenthal.

10. § 163.3, apartado D. En este caso, la decisión fue alcanzada por 13 votos a favor y con los votos disidentes del disidente de los jueces Buergenthal y Kooijmans.

11. § 163.3, apartado E.

rales, mientras que, en opinión de la Corte, sólo se puede poner fin a esta trágica situación mediante la aplicación de buena fe de todas las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, en particular las resoluciones 242 (1967) y 338 (1973). La “Hoja de ruta” aprobada por el Consejo de Seguridad en su resolución 1515 (2003) representa el más reciente de los esfuerzos por iniciar negociaciones con ese fin”¹².

Es difícil no compartir las conclusiones de la Corte en la parte dispositiva, pero eso no basta. La Corte Internacional de Justicia, está llamada a desempeñar sus funciones de acuerdo con su naturaleza judicial. No basta que las conclusiones jurídicas sean acertadas de modo abstracto, es necesario mostrar el razonamiento jurídico que conduce a su aplicación en un caso concreto. En la presente opinión consultiva, la Corte, con cierta frecuencia, recuerda principios jurídicos afirmados en su jurisprudencia y los aplica de manera automática, omitiendo toda justificación. Este fallo en lo que se refiere a la argumentación alcanza a toda la opinión consultiva, pero se puede percibir de modo especial en las consideraciones sobre la cuestión de la competencia y, sobre todo, de la prudencia judicial.

2. LA COMPETENCIA DE LA CORTE PARA EMITIR LA OPINIÓN CONSULTIVA

En el ejercicio de su competencia consultiva, es habitual que la Corte verifique que es competente para pronunciarse sobre la cuestión. Sobre este particular existe una abundante jurisprudencia a la que la Corte pudo recurrir para resolver todos los problemas suscitados en el presente caso. Como se ha señalado, el pronunciamiento sobre la competencia es el único que logró suscitar la unanimidad de los jueces. No obstante, el escrito de alegaciones de Israel había invocado numerosos argumentos jurídicos en contra de la competencia de la Corte por lo que ésta dedicó un detenido análisis a este aspecto.

La competencia consultiva de la Corte está regulada en el artículo 65.1 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

12. Párrafo 162. Para un breve análisis de la opinión consultiva, *vide* BEKKER, P. H. F.: “The World Court Rules that Israel’s West Bank Barrier Violates International Law”, *ASIL Insights*, julio 2004.

disposiciones de la misma.” Planteada la cuestión por la Asamblea General, la Corte tenía que analizar las previsiones de la Carta referentes a la competencia de la Asamblea en este ámbito.

2.1. *Alcance de la facultad de la Asamblea General para solicitar una opinión consultiva*

Las disposiciones de la Carta son claras sobre este particular. En virtud párrafo 1 del Artículo 96 de la Carta tanto la Asamblea General como el Consejo de Seguridad “podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica.” En el caso de estos dos órganos no existen las restricciones establecidas para otros órganos en el artículo 96.2. En particular, no es necesario que la cuestión jurídica planteada “surja dentro de la esfera de sus actividades.” La Corte ya se había pronunciado en este sentido:

“...para que la Corte tenga competencia es requisito esencial que la opinión consultiva sea solicitada por un órgano debidamente autorizado para ello de conformidad con la Carta; que se refiera a una cuestión jurídica y que, salvo en el caso de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad, dicha cuestión surja dentro de la esfera de actividades del órgano que solicita la opinión”¹³.

La claridad de la disposición no ha sido óbice para que la Corte haya destacado la relación entre la cuestión planteada en la solicitud de opinión consultiva y las actividades de la Asamblea General cuando lo ha estimado pertinente¹⁴, y así ha sido en el presente caso.

Como es bien sabido la Carta de Naciones Unidas, en el artículo 10, atribuye a la Asamblea General una competencia general para tratar cualquier

13. *Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1982*, pp. 333 y 334, § 21.

14. Por ejemplo, en la opinión consultiva sobre el asunto de la legalidad de la amenaza o del uso de las armas nucleares, algunos estados habían alegado que, pese a la diferente redacción de los dos párrafos del artículo 96 de la Carta, el Consejo de Seguridad y la Asamblea General debían quedar sujetos a la misma restricción material que los demás órganos y que, por lo tanto, sólo podían solicitar una opinión consultiva relacionada con su “esfera de actividades”. Además de señalar la interpretación correcta del artículo 96.1 de la Carta, la Corte demostró que el objeto de la opinión consultiva solicitada era relevante para numerosos aspectos de las actividades de la Asamblea General. Cfr. *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, CIJ Recueil 1996 (I)*, pp. 232-233, pár. 11 y 12.

asunto o cuestión “dentro de los límites de la Carta.” Por su parte, el Artículo 11.2 le confiere competencias específicas para “discutir toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que presente a su consideración cualquier Miembro de las Naciones Unidas...”. En ambos casos se le reconocen competencias para hacer recomendaciones sobre tales temas, con la salvedad prevista en el artículo 12, es decir, siempre que el Consejo de Seguridad no esté desempeñando sus funciones respecto a la misma controversia o situación.

Con la finalidad de responder a cualquier objeción referente a estos aspectos, la Corte recordó los hechos que condujeron a solicitar la opinión consultiva¹⁵. La resolución ES – 10/14, en virtud de la cual se solicita la opinión consultiva, fue adoptada en el décimo período extraordinario de sesiones de emergencia de la Asamblea General, celebrado a petición de varios estados miembros. Días antes, dos proyectos de resolución sobre asentamientos israelíes en territorios ocupados habían sido rechazados en el Consejo de Seguridad, como consecuencia del veto de un miembro permanente. En estas circunstancias, el Presidente del Grupo de Estados Árabes pidió que se convocara “un período extraordinario de sesiones de emergencia de la Asamblea General, en virtud de la resolución 377 A (V), ... titulada ‘Unión pro paz’” para examinar las “Medidas ilegales israelíes en las Jerusalén oriental ocupada y el resto del territorio palestino ocupado”¹⁶. La primera sesión comenzó el 24 de abril de 1997 y en ella fue adoptada la resolución ES-10/2, de 25 de abril de 1997, en la que la Asamblea consideró que la “repetida violación por Israel, la Potencia ocupante, del derecho internacional y el hecho de que no haya cumplido las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad y la Asamblea General... constituyen una amenaza a la paz y la seguridad internacionales”. Tras ser suspendido temporalmente, el décimo período extraordinario de sesiones de emergencia se reanudó en varias ocasiones, reiterando en todas ellas la condena de las prácticas ilegales israelíes en territorios ocupados.

Siguiendo esta dinámica, el problema de la construcción del muro sometido al Consejo de Seguridad, con varios proyectos de resolución e que se condenaba la construcción por Israel de un muro en territorios ocupados, por considerarla ilegal. El 14 de octubre de 2003 el pr

15. *Vide* párrafos 15-23 de la opinión consultiva.

16. Extracto de la Carta de 31 de marzo de 1997 dirigida por el representante de Qatar ante las Naciones Unidas al Secretario General, A/ES-10/1, de 22 de abril de 1997, Anexo, reproducida en el párr. 19 de la opinión consultiva.

la seguridad internacionales mientras la cuestión figurara en el orden del día del Consejo. La Asamblea, consecuentemente, se negó a recomendar medidas en varios supuestos aduciendo que el Consejo seguía ocupándose de la cuestión¹⁹. También se dieron casos en los que el Consejo de Seguridad decidió suprimir determinados temas de su orden del día con la finalidad de que la Asamblea General pudiera mantener deliberaciones sobre los mismos²⁰. Sin embargo esta práctica evolucionó pronto en una dirección diferente, según la cual el artículo 12.1 sólo restringía las facultades de la Asamblea General para adoptar recomendaciones respecto de controversias o situaciones *mientras* el Consejo de Seguridad estuviera desempeñando sus funciones respecto de tal controversia o situación. De acuerdo con esta interpretación, el mero hecho de que un cuestión figure en el orden del día del Consejo, si no ha aprobado ninguna resolución reciente al respecto, no impide a la Asamblea General el ejercicio de sus funciones. Y en caso de que el veto de un miembro permanente impida que el Consejo de Seguridad adopte una decisión, se considera que el Consejo ya no está ejerciendo sus funciones²¹. En consecuencia, como un miembro permanente del Consejo de Seguridad vetó el proyecto de resolución relativo a la construcción del muro sometido al Consejo, la Asamblea General no excedió los límites de su competencia ni infringió las disposiciones del párrafo 1 del Artículo 12 de la Carta al adoptar la resolución ES-10/14, por la que solicitó la opinión consultiva de la Corte²².

Otro aspecto del argumento de Israel es el referente al cumplimiento de los requisitos establecidos en la resolución *Unión pro paz*, a la que se recurrió para convocar el décimo período extraordinario de sesiones de emergencia de la Asamblea. Básicamente, son tres los elementos esgrimidos por Israel a este respecto. Por un lado, que la Asamblea General no podía invocar la inacción del Consejo porque no se había presentado ningún proyecto de resolución ante

19. Vide § 27 de la opinión consultiva, que cita el ejemplo de la cuestión de Indonesia (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuarto período de sesiones, Comisión Política Especial, Actas resumidas de las sesiones, 27 de septiembre a 7 de diciembre de 1949*, 56ª sesión, 3 de diciembre de 1949, p. 339, párr. 118).

20. § 27 de la opinión consultiva que cita la cuestión española (1946), los incidentes en la frontera griega (1947), la isla de Taiwán (1950) y el caso de la República de Corea (1951).

21. Aunque la opinión consultiva no haga referencia a esta cuestión, la doctrina ha destacado la contribución determinante de la resolución *Unión pro Paz* en esta interpretación del Artículo 12.1 de la Carta. Cf. MANIN, PH.: en COT, J. P., *La Charte des Naciones Unies*, 2ª edición, 1981, p. 298, así lo destaca también el juez Kooijmans en su opinión separada, § 16.

22. Opinión consultiva, § 27

el Consejo de Seguridad proponiendo la solicitud de una opinión consultiva²³. Por otro lado, que con la adopción de la resolución 1515 (2003), mediante la que había hecho suya la Hoja de ruta, el Consejo de Seguridad estaba cumpliendo con su responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, por lo que la Asamblea General se había excedido en sus competencias al intervenir. Finalmente, también cuestionó la validez del procedimiento seguido en el décimo período extraordinario de sesiones de emergencia, por su carácter continuo y por el hecho de que fuera convocado durante la celebración del período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

Con carácter previo, conviene recordar los requisitos establecidos en la resolución *Unión pro paz*, según la cual:

“si el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, deja de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales en todo caso en que resulte haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas ...”.

Para pronunciarse sobre el cumplimiento de las dos condiciones necesarias para poner en marcha el procedimiento previsto en esa resolución, era necesario examinar la actuación del Consejo de Seguridad en el momento en que la Asamblea decidió solicitar una opinión consultiva de la Corte. Según se recoge en relación de hechos realizada por la Corte en los párrafos 18 a 23 de la opinión, antes de la convocatoria del décimo período extraordinario de sesiones de emergencia, en 1997, el Consejo de Seguridad no había podido adoptar una resolución relativa a determinados asentamientos israelíes en el territorio palestino ocupado, por el veto de un miembro permanente. La Asamblea General ya había declarado que la situación representaba una amenaza a la paz y la seguridad internacionales mediante la resolución ES-10/2. Una situación similar se produjo en el año 2003, en el que la Asamblea General decidió reanudar el décimo período extraordinario de sesiones de emergencia tras el rechazo en el Consejo de Seguridad, el 14 de octubre de

23. El argumento relativo a la inexistencia de un proyecto de resolución para que el Consejo de Seguridad solicitara una opinión consultiva con el mismo contenido que la presentada por la Asamblea General carece de todo fundamento en la Carta y en la práctica de la Organización y la Corte se pronunció en este sentido. Cf. Opinión consultiva, § 32.

2003, de un proyecto de resolución relativo a la construcción del muro. De los hechos expuestos la Corte concluyó que se reunían las dos condiciones previstas en la resolución 377 A (V). La construcción del muro en los territorios palestinos ocupados había sido calificada reiteradamente por la Asamblea General como una amenaza para la paz y seguridad internacionales y el Consejo de Seguridad no había examinado la cuestión ni aprobado ninguna resolución sobre el particular. Por esta razón, debía considerarse que el décimo período extraordinario de sesiones de emergencia había sido válidamente convocado y que la Asamblea tenía competencia para tratar sobre el tema y para someterlo a la consideración de la Corte²⁴.

Finalmente, frente a la pretendida irregularidad del carácter continuo del décimo período extraordinario de sesiones de emergencia, la Corte se limitó a señalar la existencia de un precedente en la práctica de la Asamblea General, el séptimo período extraordinario de sesiones de emergencia, cuyas resoluciones nunca habían sido impugnadas.

La Corte observó, igualmente, que la celebración simultánea de un período de sesiones de emergencia y de un período ordinario de sesiones, no infringía “ninguna regla constitucional de la Organización cuya violación habría determinado la nulidad de la resolución por la cual se decidió solicitar la presente opinión consultiva.” Finalmente, consideraba la Corte, que tanto la convocatoria como la celebración de décimo período extraordinario de sesiones de emergencia habían respetado las normas aplicables²⁵ y, de acuerdo con su jurisprudencia, “las resoluciones adoptadas deben presumirse que han sido válidamente adoptadas”²⁶.

Superados así los argumentos referentes a la competencia de la Asamblea General, había que analizar el objeto planteado en la opinión consultiva.

2.3. *Problemas relativos al objeto de la opinión solicitada y a su formulación*

Israel había alegado que el objeto de la opinión consultiva planteada por la Asamblea General no era una “cuestión jurídica” porque no estaba formu-

24. Opinión consultiva, § 30 y 31.

25. Opinión consultiva, § 33-35.

26. Cf. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa notwithstanding Security Council Resolution 27 (1970), Advisory Opinión)* I.C.J. Reports 1971, p. 22, § 20.

lado de una manera razonablemente precisa, de modo que cualquier respuesta de la Corte no se ajustaría a las exigencias de su función judicial. Adicionalmente, negó que la cuestión pudiera tener carácter jurídico debido a su naturaleza abstracta, ya que no especificaba respecto a quién se pedía la determinación de consecuencias jurídicas. En algún momento se hizo referencia también al carácter político de la cuestión.

Todo este tipo de argumentos han sido objeto de numerosos pronunciamientos en el pasado y la Corte los abordó con detalle.

En cuanto al carácter jurídico de la cuestión, resulta difícil negar tal naturaleza al “examen de las consecuencias jurídicas derivadas de una situación de hecho determinada teniendo en cuenta los principios y normas del derecho internacional ...”²⁷ que se ajusta a los parámetros de opinión consultiva sobre la cuestión del *Sáhara Occidental*, en la medida en que suscita “problemas de derecho internacional” y “por su misma naturaleza” es susceptible de obtener una respuesta fundada en el derecho²⁸.

En lo que respecta a la falta de claridad en la formulación de la cuestión, la Corte ha afirmado de manera constante su competencia para determinar su significado en tales circunstancias, e incluso “para ampliar, interpretar e incluso reformular las cuestiones que se le plantean”²⁹. En el presente caso, para responder a la pregunta planteada por la Asamblea General sobre “las consecuencias jurídicas” de la construcción del muro, la Corte consideró que necesariamente debía valorar “si dicha construcción viola o no ciertas normas y principios del derecho internacional”.

En cuanto a la objeción referente al carácter abstracto de la cuestión, la Corte ya había señalado en el asunto relativo a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, que carecía de toda justificación y que la Corte podía emitir una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica, abstracta o no³⁰. No obstante, una vez descartado el argumento, la Corte añadió

27. § 37 de la opinión consultiva.

28. Cf. *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 18, párr. 15, citado en el párrafo 37 de la opinión consultiva.

29. Opinión consultiva, § 38, citando, entre otros los asuntos *Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926 (Final Protocol, Article IV), Advisory Opinion, 1928, P.C.I.J., Series B, No. 16 (I)*, pp. 14 a 16; *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1980*, pp. 87 a 89, párrs. 34 a 36; *Application for Review of Judgement No. 27 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1982*, p. 348, párr. 46; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 234, § 13.

30. *I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 236, § 15, citado en el párrafo 40 de la opinión consultiva, que cita numerosos precedentes en el mismo sentido.

que en el presente caso la cuestión referente a las consecuencias jurídicas de la construcción del muro no era abstracta, y que la Corte tenía competencia para determinar los destinatarios de tales consecuencias.

Finalmente, la objeción referente al carácter político de la cuestión planteada también ha sido descartada en la jurisprudencia constante de la Corte. No obstante, la opinión consultiva recuerda algunos de los principios fundamentales a este respecto, como el de que el hecho de que una cuestión jurídica también presente aspectos políticos, no le priva de su condición jurídica ni afecta, en consecuencia, a la competencia de la Corte para pronunciarse sobre la misma³¹.

En el presente contexto adquiere particular relevancia el pronunciamiento de la Corte en el asunto sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, citado en la opinión consultiva, según el cual:

“la naturaleza política de los motivos que pueda decirse que han inspirado la petición y las consecuencias políticas que la opinión emitida podría tener no son relevantes a la hora de determinar su competencia para emitir dicha opinión”³².

La Corte, en consecuencia, afirmó su competencia para emitir la opinión consultiva solicitada por la Asamblea General³³. La conclusión es incuestionable y obtuvo el respaldo unánime de los jueces. No obstante, ya se advierte el automatismo de la Corte en la aplicación de los principios jurídicos sentados en sus precedentes. En esta fase es menos grave porque las bases de la competencia son claras. El defecto se hace más evidente al tratar de materias menos definidas como es, por definición, la discrecionalidad de la Corte.

31. Opinión consultiva, § 41. En el mismo sentido, la Corte cita entre otros asuntos, *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)*, Advisory Opinion, 1948, I.C.J. Reports 1947-1948, pp. 61 y 62; *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, pp. 6 y 7; *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962, p. 155, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, I.C.J. Reports 1996 (I), p. 234, § 13.

32. I.C.J. Reports 1966 (I), p. 234, § 13.

33. Opinión Consultiva, §§ 42 y 163.1.

3. LA FACULTAD DISCRECIONAL DE LA CORTE PARA EMITIR LA OPINIÓN CONSULTIVA Y LA "PRUDENCIA" JUDICIAL

La objeción referente a que el ejercicio de la competencia consultiva de la Corte resultaba inoportuno en el presente caso³⁴ y era ajeno a su función judicial, planteaba problemas más delicados.

Algunos Estados habían afirmado que la Corte debía abstenerse de emitir la opinión porque en el presente caso existían "razones imperiosas" que así lo recomendaban. No es un problema nuevo. El tenor potestativo del artículo 65.1 del Estatuto de la Corte, según el cual "la Corte *podrá* emitir opiniones consultivas", ha llevado a la Corte a destacar su discrecionalidad para emitir una opinión consultiva y a afirmar su poder "de apreciar si las circunstancias del caso son tales que deben determinarla a no responder a tal solicitud"³⁵. Sobre este particular existe también una extensa jurisprudencia que sienta los criterios fundamentales y, precisamente, el criterio esencial es que como norma general la Corte no debería negarse a emitir una opinión consultiva. Este principio es consecuencia de la concepción que la Corte tiene de su actividad que "constituye una participación de la Corte, ella misma órgano de las Naciones Unidas, en la acción de la Organización"³⁶. Por esta razón, como afirma de manera constante en su jurisprudencia, la Corte sólo debería negarse a emitir una opinión consultiva por "razones imperiosas", según la terminología usada en el asunto de *Ciertos gastos de la Organización*³⁷. El gobierno israelí y los Estados participantes alegaron varias razones para que la Corte no emitiera la opinión consultiva haciendo uso de su discrecionalidad, por razones de prudencia judicial y de conveniencia. El análisis de la Corte distingue seis argumentos.

Si se analiza la práctica de la Corte se puede comprobar que nunca ha invocado su discrecionalidad para negarse a emitir una opinión consultiva. En efecto, en el caso de la opinión consultiva solicitada por la Organización Mundial de la Salud sobre la *Legalidad del empleo de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado*, la Corte consideró que faltaba una de las con-

34. Es la postura adoptada por el gobierno español en la exposición escrita presentada ante la Corte, aunque sin desarrollar argumentación al respecto.

35. *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 72.

36. *Interpretation of Peace Treaty with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 71.

37. *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962*, p. 155.

diciones esenciales exigidas en el artículo 96.2 de la Carta para que la Corte fuera competente ya que la cuestión planteada por la OMS no estaba vinculada a “la esfera de sus actividades”³⁸. En cuanto a la decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *asunto de Carelia oriental* consideró que no podía responder a la solicitud planteada porque concernía

“directamente al objeto principal de la controversia entre Finlandia y Rusia, y sólo puede ser decidido mediante una investigación de los hechos subyacentes. Responder a la cuestión equivaldría sustancialmente a resolver la controversia entre las partes”³⁹.

Las circunstancias de este asunto fueron muy peculiares pero presentaba, al menos en apariencia, algunas similitudes con el presente caso.

3.1. *La existencia de una controversia bilateral relacionada con el objeto de la opinión consultiva*

El primer argumento invocado por el gobierno israelí consistía en señalar que la cuestión sometida a la Corte se refiere a una controversia bilateral y más amplia entre Israel y Palestina a propósito de la cual Israel no había aceptado la competencia de la Corte. Parece innegable que existe una controversia entre dos actores internacionales, Israel y Palestina, uno de los cuales no es Estado independiente, y que la opinión consultiva solicitada trata sobre un aspecto de esa controversia. Así se desprende tanto del informe del Secretario General, en el resumen que realiza de la posición jurídica de “cada parte”, como del escrito de alegaciones presentado por Israel. Partiendo de este dato, la Corte procedió a examinar si la discrecionalidad debía llevarse a abstenerse de ejercer su competencia en este caso.

El pronunciamiento de la CPJI en el asunto de *Carelia oriental*, ciertamente, se presta a una interpretación errónea de la función consultiva que la asimile pura y simplemente a una decisión en materia contenciosa⁴⁰. Sin embargo, la práctica posterior de la Corte Internacional de Justicia ha explicado

38. *I.C.J Reports, 1966 (I)*, p. 235, § 14.

39. *Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J, Series B. No. 5.*

40. En este sentido, HERNDEL, K.: “Eastern Carelia (Request for Advisory Opinion)”, en BERNHARDT (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Volume II (1999), pp. 4-7.

la *ratio decidendi* del principio afirmado en el asunto de Carelia, y ha sentado principios claros en cuanto a la diferente naturaleza de las dos funciones que desempeña como órgano judicial principal de las Naciones Unidas.

Así, en primer lugar, en el asunto sobre la *Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania*, la Corte señaló:

“El consentimiento de los Estados que son partes en una controversia es el fundamento de la jurisdicción de la Corte en materia contenciosa. La situación es diferente con respecto a los procedimientos de índole consultiva, incluso cuando la petición de opinión consultiva se refiere a una cuestión jurídica pendiente entre Estados. La respuesta de la Corte tiene únicamente carácter consultivo y, como tal, no es vinculante. De ello se sigue que ningún Estado, sea o no Miembro de las Naciones Unidas, puede impedir que se emita una opinión consultiva que las Naciones Unidas consideren conveniente para poder discernir con claridad qué decisiones debe adoptar. La Corte no da su opinión a los Estados, sino al órgano autorizado para solicitarla; la respuesta de la Corte, que es un “órgano de las Naciones Unidas”, representa su participación en las actividades de la Organización y, en principio, no debiera denegarse”⁴¹.

Sentados estos principios, hay que acudir al del *Sáhara Occidental* para obtener orientaciones más precisas⁴². Tras citar el pronunciamiento arriba reproducido la Corte precisó que el principio del consentimiento no había dejado de ser pertinente en materia consultiva:

“la falta de consentimiento podía constituir un argumento para no emitir la opinión solicitada si, en las circunstancias de un caso particular, hubiese consideraciones de prudencia judicial que obligasen a la Corte a negarse a emitir una opinión [...]”

Así pues, en determinadas circunstancias, la falta de consentimiento de un Estado interesado puede dar lugar a que la emisión de una opinión consultiva sea incompatible con el carácter de la Corte. Tal sería el caso si las circunstancias revelaran que el hecho de dar una respuesta equivaldría a soslayar el

41. *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 71; véase también *Western Sahara, I.C.J. Reports 1975*, p. 24, § 31, citado en la opinión consultiva, § 47.

42. Como resaltan varios jueces, el asunto del Sáhara Occidental es el que presenta una mayor similitud con el presente caso, pues en él se halla implicada una controversia entre varios actores internacionales y respecto de la que la Corte no se había pronunciado con anterioridad, a diferencia del asunto de Namibia, en el que existían varias opiniones consultivas de la Corte. En este sentido, *vide* las opiniones de los jueces Higgins, Buergenthal y Kooijmans.

principio según el cual un Estado no está obligado a someter una controversia a un arreglo judicial si no ha prestado su consentimiento”⁴³.

En definitiva, según se desprende de los casos expuestos, para que la Corte considere que la existencia de una controversia jurídica y el rechazo de su competencia por una de las partes constituyen un motivo para negarse a emitir una opinión consultiva por razones de prudencia judicial, deben darse unas circunstancias específicas como las del asunto de Carelia oriental. Básicamente, que se trate de una controversia surgida estrictamente en el marco de las relaciones bilaterales de las partes, de modo que el ejercicio de la función consultiva de la Corte suponga claramente una desnaturalización de esta competencia jurisdiccional⁴⁴. En este sentido, el hecho de que Israel y la Autoridad Nacional Palestina mantengan posturas radicalmente contrarias sobre las consecuencias jurídicas de la construcción del muro no basta. No implica por sí mismo que la emisión de una opinión consultiva infrinja el principio del consentimiento en el ámbito de la solución jurisdiccional. Como ha subrayado la Corte en otra ocasión, “existen diferencias de opinión ... en cuestiones de derecho en casi todos los procedimientos consultivos”⁴⁵.

Aunque la presente opinión consultiva no se extendiera más en este tema, es interesante destacar otro criterio establecido en el caso del *Sáhara Occidental*. En ese asunto, tras explicar la relevancia y alcance del consentimiento en la función consultiva, la Corte reafirmó otro principio ya asentado en su jurisprudencia, en el sentido de que un miembro de las Naciones Unidas:

“no podía hacer una objeción válida a que la Asamblea General ejerciera sus facultades ... para recabar una opinión sobre cuestiones relativas al ejercicio de esas facultades”⁴⁶.

Es en lo referente “al ejercicio de las facultades” de la Asamblea donde el presente caso se distancia más de las circunstancias de los precedentes

43. *Western Sahara, I.C.J. Reports 1975*, p. 25, §§ 32 y 33.

44. *Western Sahara, I.C.J. Reports 1975*, p. 25, § 34.

45. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa notwithstanding Security Council Resolution 27 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 24, § 34, citado en el § 48 de la opinión consultiva.

46. *Western Sahara, I.C.J. Reports 1975*, p. 24, § 30. En el mismo sentido cf. *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 71.

citados, porque las competencias de la Asamblea General en relación con la cuestión de Palestina, no son equiparables a las del asunto de *Namibia*, en relación con los mandatos, ni a sus funciones respecto del territorio no autónomo del *Sáhara Occidental*. No obstante, la Corte supo subrayar con acierto el interés de la organización en la controversia desde sus orígenes, concluyendo que no podía dejar de emitir una opinión consultiva cuyo objeto:

“no ... pued[e] considerarse únicamente una cuestión bilateral entre Israel y Palestina. En vista de las facultades y responsabilidades de las Naciones Unidas en cuestiones relativas a la paz y la seguridad internacionales, la Corte opina que la construcción del muro debe considerarse un asunto que interesa directamente a las Naciones Unidas. La responsabilidad de las Naciones Unidas al respecto también tiene su origen en el Mandato y en la resolución sobre la Partición de Palestina”⁴⁷.

Por un lado, el objeto planteado afecta a la paz y seguridad internacionales y por lo tanto desborda el marco de lo estrictamente bilateral. Por otro, ese objeto forma parte de un problema mucho más amplio cuyo origen guarda una estrecha conexión con la actividad de la Organización, de ahí la referencia a la resolución de partición. Las Naciones Unidas han asumido un papel muy activo en relación con la denominada “cuestión de Palestina”, que se ha materializado, entre otras cosas, en la adopción de numerosas resoluciones tanto por el Consejo de Seguridad como por la Asamblea General.

3.2. *La existencia de negociaciones diplomáticas en curso*

El segundo argumento invocado por algunos Estados para defender que la Corte no debería emitir la opinión consultiva, sostiene que un pronunciamiento judicial sobre la legalidad del muro y las consecuencias jurídicas de su construcción podría perjudicar el proceso de negociaciones entre las partes para alcanzar una solución al conflicto israelo-palestino. En particular, tanto Israel como otros estados participantes, han subrayado sus posibles consecuencias sobre la Hoja de ruta. Como ya se ha señalado este documento marco para la negociación de las partes fue asumido por el Consejo de Seguridad e incorporado a su resolución 1515 (2003). Uno de los Estados que participó en el proceso destacó que, en caso de emitir la opinión consultiva, la Corte

47. Opinión consultiva, § 49.

debía tener presente dos aspectos claves del proceso de paz, según se desprende de la Hoja de ruta:

“el principio fundamental de que las cuestiones relativas al estatuto permanente deben resolverse por medio de negociaciones; y la necesidad de que durante el período de transición las partes cumplan con sus responsabilidades en materia de seguridad para que el proceso de paz pueda llegar a buen fin”⁴⁸.

La existencia de negociaciones diplomáticas en curso que podrían verse afectadas por la opinión consultiva, ha sido una objeción suscitada con anterioridad en varios casos. La argumentación judicial subrayó en todos ellos que “el efecto de la opinión es una cuestión de apreciación” y, en cada caso concreto, llegó a la conclusión de que no había criterios evidentes para preferir ninguno de los argumentos presentados, por lo tanto tampoco los contrarios al ejercicio de su jurisdicción⁴⁹. Siguiendo la misma línea de razonamiento la Corte concluyó que “no puede considerar que ese factor sea una razón convincente para dejar de ejercer su jurisdicción”⁵⁰. Nada que objetar, especialmente si se tiene en cuenta que la Corte se está moviendo dentro del ámbito de su discrecionalidad. Sin embargo, hubiera sido más útil una conclusión formulada en términos positivos, en la que la Corte afirmara que el ejercicio de su competencia no debía interpretarse como una revisión de los parámetros sentados en negociaciones entre las partes y que les recordara la obligación que el derecho internacional les impone en materia de procedimiento, de avanzar en la solución de la controversia por medios pacíficos.

3.3. *El objeto de la opinión consultiva y su contexto*

Un tercer argumento invocado por varios Estados destaca que “la cuestión de la construcción del muro era sólo un aspecto del conflicto israelo-palestino, que no se podía abordar adecuadamente en los procedimientos en curso.” La Corte pasó rápidamente sobre este problema respondiendo que sólo debía examinar el objeto de la opinión consultiva planteada por la Asamblea General, y que éste se ceñía a las consecuencias jurídicas de la construc-

48. Opinión consultiva, § 52.

49. *I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 237, § 17, citado en § 51 de la opinión.

50. Opinión consultiva, § 53.

ción del muro. El resto de las cuestiones, por tanto, sólo serían relevantes en función de su conexión con el pregunta planteada.

Pero en el presente caso el contexto es esencial, guarda una conexión estrecha con el núcleo del problema. Así lo reconoció la Corte al afirmar que era muy “consciente de que la cuestión del muro forma parte de un todo más amplio” y que pondría “el mayor cuidado en tener presente esa circunstancia en cualquier opinión que pudiera emitir”⁵¹. Aunque esta afirmación contrasta con el resto de la opinión consultiva, en la que se prescinde totalmente del contexto, con excepción del insuficiente párrafo 162.

Es evidente que la Corte, llamada a emitir una opinión consultiva sobre un elemento de un problema jurídico más amplio, no puede abarcar en su pronunciamiento todas las cuestiones jurídicas involucradas en ese “todo más amplio”. En el presente caso, cuando la Corte analiza la situación a la luz del derecho internacional humanitario, que impone obligaciones absolutas, es evidente que el contexto pierde relevancia. Pero en la opinión consultiva la Corte aborda otros ámbitos del derecho internacional en los que el contexto general sí resultaba pertinente. Al pronunciarse sobre el objeto planteado sin tener en cuenta los demás elementos de la cuestión más amplia la Corte asume una opción que desequilibra sus conclusiones.

3.4. *Los hechos del caso: fuentes de información y medios de prueba*

Corresponde a la Corte decidir en cada caso si posee o no la información necesaria para emitir una opinión consultiva. Se trata de un principio elemental que está claramente establecido en la jurisprudencia⁵² y que, en el presente procedimiento, no se cuestiona en cuanto tal. En lo que se centra el cuarto argumento analizado por la Corte en el ámbito de la “prudencia judicial” es en el aspecto fáctico⁵³. Algunos Estados habían alegado ante la Corte

51. Opinión consultiva, § 54.

52. En este sentido, *Western Sahara, I.C.J. Reports 1975*, pp. 28 y 29, § 46; *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 72; *Status of Eastern Carelia, P.C.I.J., Series B, No. 5*, p. 28.

53. Precisamente, la razón determinante del voto disidente del juez Buergenthal es la consideración de que la Corte no contaba “con los elementos de hecho necesarios para establecer unas conclusiones tan rotundas ... En mi opinión, la ausencia de la información y las pruebas necesarias vicia las conclusiones a que ha llegado la Corte con respecto al fondo de este asunto”. Cf. el párrafo 1 de su opinión disidente.

que ésta carecía de la información y de las pruebas necesarias para emitir una opinión consultiva. Israel, además, había señalado que la Corte no podía representarse los hechos de una manera adecuada sin escuchar a todas las partes en el conflicto y, en particular,

“que la Corte no podría emitir un dictamen sobre las consecuencias jurídicas de la construcción del muro sin investigar en primer lugar la naturaleza y el alcance de la amenaza a la seguridad a la que se pretende dar una respuesta con el muro, así como la eficacia de dicha respuesta, y en segundo lugar las consecuencias de la construcción para los palestinos”⁵⁴.

En respuesta, la Corte afirmó que disponía de información y de pruebas suficientes, incluida la exposición escrita de Israel, para emitir una opinión consultiva acorde con su naturaleza judicial, sin que ésta se vea afectada por la interpretación política o subjetiva que otros hayan realizado de tal información⁵⁵.

La afirmación de la Corte contrasta con el lenguaje utilizado al pronunciarse sobre algunos elementos del fondo. La Corte, en efecto, utiliza expresiones particularmente desafortunadas que podrían interpretarse como un reconocimiento de la insuficiencia de información. Por ejemplo, cuando señala que “basándose en el material de que dispone no ha llegado al convencimiento de que el trazado concreto que ha escogido Israel para el muro fuera necesario para conseguir sus objetivos en materia de seguridad”⁵⁶ y que “[a] la luz del material que tiene ante sí, la Corte no está convencida de que la construcción del muro a lo largo del trazado elegido fuera la única forma de salvaguardar los intereses de Israel contra el peligro que ha invocado como justificación de esa construcción”⁵⁷. A la luz de sus tajantes afirmaciones sobre el particular en los párrafos 57 y 58, estas palabras no pueden interpretarse como un reconocimiento por la Corte de haber alcanzado su conclusión sin disponer del material necesario. Se trata más bien de una nueva manifestación de la defectuosa técnica de razonamiento judicial usada en el presente caso. Una técnica desconcertante y poco persuasiva: la Corte se declara no

54. Opinión consultiva, § 55.

55. Opinión consultiva, §§ 57-58.

56. Opinión consultiva, § 137.

57. Opinión consultiva, § 140. Cf. en este sentido las consideraciones del juez Owada, párrafo 30 de su opinión separada.

convencida de un argumento para afirmar el contrario, pero no explica los motivos⁵⁸.

3.5. *Utilidad y finalidad de la opinión consultiva solicitada*

Conforme a los argumentos expuestos por algunos participantes, la Corte debería negarse a dar la opinión consultiva solicitada porque dicha opinión carecería de utilidad en el presente caso. Según este argumento, si la finalidad de las opiniones consultivas es aclarar una cuestión jurídica a un órgano o a una institución para que saquen las consecuencias legales, la Asamblea General no necesitaría una opinión porque ya había declarado que la construcción del muro era ilegal y había extraído diversas consecuencias jurídicas⁵⁹. Junto a este argumento, se había objetado que “la Asamblea General nunca expresó claramente cómo pensaba usar la opinión solicitada”⁶⁰.

En relación con estos argumentos la Corte reafirmó el principio según el cual “las opiniones consultivas tienen la finalidad de proporcionar a los órganos solicitantes los elementos de derecho necesarios para sus actividades”⁶¹, destacando que, en el presente caso, la opinión consultiva también presentaba esa finalidad. Por un lado, porque aunque la Asamblea General ya se hubiera pronunciado sobre la ilegalidad del muro no había extraído todas las consecuencias jurídicas posibles. Por otro, porque hay que diferenciar la tarea de la Corte, consistente en establecer de manera completa las consecuencias jurídicas de la construcción del muro, y el uso que la Asamblea General pueda hacer de las conclusiones de la Corte para deducir sus propias consecuencias.

En definitiva, la Corte concluyó que no le correspondía pronunciarse sobre la necesidad de una opinión consultiva para el órgano que la ha soli-

58. En este sentido, *vide* de la opinión consultiva del juez Buergenthal, § 7.

59. Es un argumento presente, por ejemplo en las alegaciones escritas del gobierno de la República Federal Alemana, apartado IV, 1).

60. Opinión consultiva, § 59.

61. Opinión consultiva, § 60. Sobre este punto también se cita una abundante jurisprudencia, por ejemplo, la opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, *I.C.J. Reports 1951*, p. 19, *Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia*, *I.C.J. Reports 1971*, p. 24, § 32.

citado⁶². No obstante, llama la atención el silencio de la Corte sobre un aspecto de la prudencia judicial que aparece en algunas de las opiniones consultivas citadas. La conclusión de la Corte no se habría visto alterada pero su alcance y el conjunto de la argumentación se habrían enriquecido. En el asunto del *Sáhara Occidental* la Corte afirmó:

“La Asamblea General no ha tenido por objeto presentar ante la Corte, en forma de solicitud de una opinión consultiva, un diferendo o una controversia jurídica, a fin de ejercer más tarde, sobre la base de la opinión de la Corte, sus facultades y funciones para el arreglo pacífico de ese diferendo o controversia. El objeto de la solicitud es totalmente distinto: consiste en obtener de la Corte una opinión que la Asamblea General considera útil para poder ejercer debidamente sus funciones ...”⁶³.

No era necesario entrar en la finalidad perseguida por la Asamblea General en el presente caso, hubiera bastado un mero recordatorio del criterio.

3.6. *La responsabilidad palestina*

El último argumento invocado por Israel en contra de la oportunidad de emitir una opinión consultiva en este procedimiento, hace referencia al grado de responsabilidad que incumbe a Palestina en los actos de violencia contra Israel y su población. Según este argumento, puesto que la construcción del muro es la respuesta de Israel frente a tales actos, el principio de la buena fe y de las “manos limpias” deberían ser determinantes para que la Corte se negara a responder a la solicitud planteada. La Corte rechazó el argumento, lo consideró desprovisto de toda pertinencia habida cuenta de que la opinión consultiva va dirigida al órgano que la ha solicitado y no a un Estado o una entidad concreta⁶⁴.

Como conclusión de los argumentos expuestos, la Corte afirmó su competencia para responder a la pregunta planteada por la Asamblea General y que no existía ninguna “razón imperiosa” para negarse a emitir la opinión

62. Opinión consultiva, §§ 61-62, citando la opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o del empleo del arma nuclear, *I.C.J. Reports 1996*, p. 237, § 16.

63. *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, pp. 26 y 27, § 39. Sobre este aspecto de la cuestión, *vide* la opinión separada de la juez Higgins (párrafo 12), del juez Kooijmans (§§ 22-25) y la del juez Owada (§ 12).

64. Opinión consultiva, § 63.

consultiva haciendo uso de la facultad discrecional que le reconoce su Estatuto.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Esperada con expectación, la opinión consultiva ha pasado a ser un elemento más del contexto de la controversia entre Israel y Palestina, de ese contexto que la Corte había relegado a un segundo plano. Un elemento anodino porque no contiene pronunciamientos que puedan considerarse especialmente útiles en la interpretación del derecho, y por su escasa o nula contribución al mantenimiento de la paz o a la solución del problema palestino, cualquiera que fuera la poco clara finalidad de la Asamblea General.

Pero incluso en ese difícil contexto la Corte hubiera podido proceder de un modo más equilibrado. A lo largo del trabajo se han apuntado algunas de las deficiencias que causan ese desequilibrio. Este es más acusado cuando se analiza el análisis del fondo o, simplemente, cuando se lee la parte dispositiva. La renuencia de la Corte a valorar las acciones bajo responsabilidad palestina resulta perjudicial, en primer lugar, para el pueblo palestino, porque resta credibilidad a la opinión consultiva.

Es evidente que la emisión de la opinión consultiva, de esta como de cualquier otra, tiene unas consecuencias políticas. También las habría tenido la negativa de la Corte a emitir la opinión solicitada, más cuando la Corte tenía una competencia claramente establecida. En términos de prudencia judicial se puede decir lo mismo. La Corte se encontraba en una posición comprometida que exigía un respeto escrupuloso de las reglas atinentes al ejercicio de su función judicial. La “audacia” de la Corte al decidir emitir la opinión consultiva va seguida, sin embargo, de un enfoque muy restrictivo de su competencia consultiva y de una llamativa deficiencia en la argumentación. El problema no es tanto lo que dice la Corte como lo que no dice. En el marco de la función consultiva la Corte disfrutaba de una flexibilidad y de un margen de acción, respetando siempre su carácter judicial, de los que carece en el ámbito contencioso. De ellos ha hecho uso en pronunciamientos que han contribuido al desarrollo del Derecho internacional. Por limitarnos a un aspecto, en el presente caso su contribución hubiera sido definitivamente más útil si se hubiera tenido en cuenta efectivamente el contexto, no sólo en dos párrafos de la argumentación, el 54 y el 162. Es en el párrafo 163, en la parte dispositiva, donde se debería recordar *a ambas partes* su obligación de

respetar el derecho internacional humanitario así como la de cumplir de buena fe las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, en particular, las resoluciones 242 (1967), 338 (1973) y 1515 (2003).

OTROS ESTUDIOS

