

# LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONSTRUCCIÓN DE UN MURO EN EL TERRITORIO PALESTINO OCUPADO DE 9 DE JULIO DE 2004.

**Anna Badia Martí\***

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO ANTE LA CORTE. III. LA CUESTIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE. IV. RESPUESTA DE LA CORTE

## **I. INTRODUCCIÓN.**

El 8 de diciembre de 2003 la Asamblea General (AG) de las Naciones Unidas (NNUU), solicitaba, a través de la resolución ES-10/14, a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) una opinión consultiva sobre:

“¿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?”.

La Corte responde a la cuestión planteada siete meses más tarde, el 9 de julio de 2004, y prácticamente por unanimidad de todos sus miembros<sup>1</sup>. El pronunciamiento es altamente positivo, a mi juicio, en el doble sentido de la determinación del derecho aplicable y por el supuesto de hecho de que se trata. Por lo que se refiere al derecho aplicable entra en una materia especialmente sensible en el panorama actual de las relaciones internacionales: el derecho internacional humanitario. La práctica internacional reciente revela una constante conculcación del contenido de este sector del derecho, con

---

\* Catedrática de Derecho Internacional de la Universitat de Barcelona.

© Ana Badía Martí. Todos los derechos reservados.

<sup>1</sup> Salvo el voto en contra del Magistrado Buergenthal, que emite una declaración explicando su posicionamiento, y el magistrado Kooijmans que votó en contra del punto 4 referente a las consecuencias para terceros de la calificación de la construcción del muro de hecho ilícito internacional.

este dictamen, al menos, tenemos un pronunciamiento en sentido contrario, que nos recuerda su vigencia, lo cual valoro muy positivamente. Por lo que se refiere a la cuestión concreta, nos encontramos que, por primera vez, la Corte se pronuncia sobre la ocupación por parte de Israel del territorio palestino. Este pronunciamiento es especialmente significativo en un conflicto, de tan larga duración, tan polarizado y en el que recurrentemente se intenta mantener, dentro de los intereses de las partes, las explicaciones e interpretaciones de los hechos que se van sucediendo. Ello contrasta con el análisis de los hechos desde la perspectiva del ordenamiento jurídico internacional, desde cuyo enfoque, los elementos en presencia tienen una dimensión jurídica internacional fuera de toda duda y cuyo contenido afecta, tanto a las partes en la controversia, como a terceros Estados, y entra asimismo dentro del ámbito competencial de las NNUU. La opinión consultiva, a mi entender, deja fuera de toda duda esta cuestión.

Ello a mi juicio es la mayor aportación de la Corte, porque realmente a lo largo de todo el proceso su trabajo no fue fácil. Por un lado por la importancia de la cuestión que debe ventilarse. No podemos olvidar que se trata de una de las cuestiones claves del panorama de la Sociedad Internacional desde el fin de la II guerra mundial, lo cual sitúa a la Corte en el centro de todas las cuestiones políticas subyacentes en el conflicto palestino – israelí. Independientemente del resultado al que llegara la Corte, su trabajo siempre tendría una dimensión política<sup>2</sup>. Por otro lado, la Corte tuvo que vencer sus limitaciones estatutarias, en lo que atañe a materia de competencia. Desde mi punto de vista, los razonamientos seguidos por el tribunal reflejan un posicionamiento de mínimos, a los que se ve teledirigido el órgano, frente los argumentos para que se declarase no competente. En este punto, es oportuno recordar que tanto Israel como tres de los miembros del Cuarteto<sup>3</sup>, promotores de la conocida como Hoja de Ruta, eran firmes partidarios de que la Corte no se pronunciara

Desde la solicitud de la AG, se siguió con interés la labor de la Corte, lo que se refleja en el número de opiniones presentadas por escrito y la larga lista de participantes en el procedimiento oral, en el que no participó Israel.

Los intereses en presencia en la denominada “cuestión palestina”, punto central del conflicto de próximo oriente, han impedido el recurso a la Corte, incluso en su jurisdicción consultiva. Quizás de haber acudido a esta vía de actuación en momentos clave del conflicto se hubiese contribuido a no agravar la controversia, aunque ello es una mera especulación. La realidad es que aunque se planteó en 1947, con el fin del Mandato

---

<sup>2</sup>. En estos términos se expresaba el juez Kooijmans, en su opinión separada: “Sin dejar de reconocer que el riesgo de una posible politización es real, de todos modos llego a la conclusión de que dicho riesgo no resultaría neutralizado por una negativa a emitir la opinión” (Opinión Consultiva, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, CIJ 2004, Parf .21 p.79, en todas las referencias a la opinión consultiva se utiliza el texto en español reproducido en A/ES-10/273).

<sup>3</sup>. Estados Unidos, Rusia y la Unión Europea.

Británico<sup>4</sup>, no se ha acudido hasta 2003 para que se pronunciara sobre la ocupación<sup>5</sup>. La Corte se ha pronunciado con una posición unánime sobre la calificación de los hechos y el derecho aplicable, no hay ninguna opinión disidente<sup>6</sup>. Ahora bien también debemos de tener en cuenta que nunca antes se le había ocurrido a Israel construir un muro de separación.

La construcción que está realizando Israel la denominan “muro” tanto la Asamblea General como la CIJ, sin embargo, el SG se refiere a la misma como “barrera”<sup>7</sup> e Israel utiliza el término “valla”, entre otros. Como señala el Sr. Dugard<sup>8</sup>, “... El lenguaje es un instrumento muy poderoso. Ello explica que suelen evitar las palabras que describen exactamente una situación concreta por temor a que representen con demasiada vividez una situación determinada. En política suele preferirse el eufemismo a la expresión precisa. Igual ocurre con el Muro que Israel está levantado en el territorio de la Ribera occidental se le denomina “la división”, “la cerca de seguridad” o el muro de separación”<sup>9</sup>.

La propia Corte afirma: “...este “muro” es una obra compleja”<sup>10</sup>; efectivamente sí es una obra compleja, el “muro” al que nos estamos refiriendo comprende: “1. Una valla de sensores electrónicos; 2. Una zanja de hasta 4 metros de profundidad; 3. Una carretera asfaltada de dos carriles para patrullas; 4. Un camino de arena allanada para detectar huellas, que discurren en paralelo a la valla; 5. Seis rollos de alambre de púas apilados para marcar el perímetro de las instalaciones. Las instalaciones tienen un ancho de 50 a 70 metros, y alcanzan hasta 100 metros en algunos lugares. Se podrán añadir “barreras de profundidad” a las instalaciones”<sup>11</sup>, que son “...barreras secundarias que se bifurcan de la barrera principal hacia el este”<sup>12</sup>. A ello ha de añadirse los “muros de protección contra

---

<sup>4</sup>. Como recuerda el Juez Elaraby con mucha precisión (Vid. Opin. Con. Parrf. 1 p.98-99) en su opinión separada, antes de adoptarse la A/Res. 181 de 29 de noviembre de 1947, los órganos subsidiarios de AG que se ocuparon del tema se plantearon la conveniencia de dirigirse a la Corte.

<sup>5</sup>. No puede dejar de recordarse que en 1988 la CIJ emitió una opinión consultiva en la que se trata la condición de observador del OLP, la AG solicitó la opinión de la Corte a raíz de la entrada en vigor de una ley interna Norteamericana, que impedía ejercer los derechos reconocidos a los palestinos ante las NNUU. No se pronunció sobre la ocupación pero naturalmente tiene relación con la cuestión palestina.(Opinión consultiva de la CIJ de 26 de abril de 1988 “Aplicabilidad de la obligación de someter una controversia a arbitraje con arreglo a la sección 21 del acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de Naciones Unidas).

<sup>6</sup>. La opinión se acompaña de seis opiniones separadas de los magistrados: Koroma, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Elaraby y Owada y una declaración del magistrado Buergenthal

<sup>7</sup>. Vid. En este sentido, Informe del secretario general preparado en cumplimiento de lo dispuesto en la ES-10/13 de la Asamblea General, A/ES-10/248 de 24 de noviembre de 2003

<sup>8</sup>. Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en los territorios Ocupados por Israel.

<sup>9</sup>. Doc. E/CN.4/2004/6 de 8 de septiembre de 2003, Párr.6, p.4.

<sup>10</sup>. Opin. Con. Párr.67, p.27.

<sup>11</sup>. Opin. Con. Párr. 82 p.32.

<sup>12</sup>. Informe del Secretario General preparado en cumplimiento de lo dispuesto en la resolución ES-10/13 de la Asamblea General, Doc. A/ES-10/248 de 24 de noviembre de 2003, Párr. 10, p.5.

disparos”, que se encuentran generalmente en lugares en que hay centros de población palestinos colindantes con Israel.

Esta espectacular obra de ingeniería tiene un trazado a su vez también sorprendente. Su trazado final se extenderá 720 Km, adentrándose, a lo largo del recorrido, mas allá de la conocida como “línea verde” –línea del armisticio de la primera guerra árabe -israelí – es decir, se construye en territorio palestino; lo que afecta a 975 kilómetros cuadrados, que significan el 16,6% de la superficie total de Cjsjordania, y se ha construido por medio de requisas. Además el trazado del muro establece lo que en legislación israelí se conoce como “Zonas cerradas”, espacios entre el muro y la línea verde, lo que afecta a 73 Kilómetros cuadrados y a unos 5.300 palestinos que viven en 15 comunidades. Estas zonas, siguiendo la misma legislación, tienen un nuevo sistema de residencia. “Los residentes de la zona cerrada sólo podrán permanecer en el lugar y otros podrán acceder a él previa emisión de un permiso o tarjeta de identidad por las Fuerzas de Defensa israelí. Los ciudadanos israelíes, los residentes permanentes israelíes y todos los que tienen derecho a inmigrar a Israel en virtud de la ley de retorno pueden permanecer en la zona cerrada y moverse libremente por ella, así como entrar y salir sin tal permiso”<sup>13</sup>.

Los informes que NNUU realiza desde el inicio de la construcción revelan que ésta incide en dos ámbitos relevantes del ordenamiento jurídico internacional: 1) La naturaleza jurídica del territorio -- el trazado del muro no corresponde con la línea de demarcación, la línea verde, establecida en el armisticio de 1947, de lo que puede desprenderse la intencionalidad de cambiar la naturaleza jurídica de parte del territorio que pasaría de ser territorio ocupado a anexionarlo al territorio de Israel--; 2) Derecho internacional humanitario -- el muro aísla a comunidades palestinas, llegándose a plantear problemas de suministros y alimenticios que ponen en peligro la pervivencia de grupos humanos--. Sobre la base de los informes del SG, previos a la solicitud de la opinión<sup>14</sup>, y la exposición escrita que se presentó durante el proceso ante la Corte, ésta relata las características y la evolución de esta construcción<sup>15</sup>.

A continuación se sintetiza el contenido de la opinión, tanto en lo relativo a la competencia como a las cuestiones de fondo que fundamentan la decisión de la Corte.

<sup>13</sup>. Doc. , Cit. A/ES-10/248 Párr. 20 p.7

<sup>14</sup>. Son especialmente relevantes los siguientes informes: Informe del Comité Especial encargado de investigar las prácticas israelíes que afectan a los derechos humanos del pueblo palestino y otros habitantes árabes de los territorios ocupados (Doc. A/58/311 de 22 de agosto de 2003). Cuestión de la violación de los derechos humanos en los territorios árabes ocupados, incluida palestina, Informe del Sr. John Dugard, Relator especial (Doc E/CN.4/2004/6 y Add.1 de 8 de septiembre de 2003 y 27 de febrero de 2004). Los derechos económicos, sociales y culturales, el derecho a la alimentación. Informe del Relator Especial, Jean Ziegler (Doc. E/CN.4/2004/10/Add.2 ). Informe del Comité Especial para el ejercicio de los derechos inalienables del pueblo palestino (A/58/35).

<sup>15</sup>. Opin. Con., pp. 30 a 33.

Previamente nos referiremos al procedimiento seguido ante la Corte, ya que tiene alguna especificidad.

## **II. EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO ANTE LA CORTE.**

### **1. Antecedentes.**

NNUU, desde su creación, se viene ocupando de la conocida como “cuestión palestina” y, dependiendo del desarrollo de los hechos, ha ido ejerciendo sus competencias en la medida que la voluntad política de los Estados lo han permitido. En este contexto es relevante el papel desempeñado por la UNRWA, en la atención de los refugiados palestinos, el Comité de los derechos inalienables de los pueblos palestino así como el Comité sobre las prácticas israelíes en los territorios ocupados. Órganos ad-hoc, que han facilitado mantener la calificación de “internacional” de la “cuestión palestina”, a pesar de los intentos de considerarla exclusivamente una cuestión interna del Estado de Israel. Asimismo los órganos de NNUU han facilitado la participación del pueblo palestino con el estatus de observador permanente en todo el sistema onusiano lo que, además de los efectos político diplomáticos que ello representa, ha contribuido a dotar de contenido a esta forma de participar en los órganos de la Organización internacional.

Característica también de la actividad de las NNUU en este tema de su agenda, es la participación “tímida” del CdeS, ya que a pesar de ser una cuestión que reiteradamente se ha calificado de amenaza a la paz y la seguridad internacional, nunca se ha conseguido poner en marcha todos los mecanismos de que dispone en esta materia previstos en el Cáp. VI y VII, manifestándose una clara inoperancia al respecto.

Bien, pues es en este contexto en el que, en Abril 1997, cuando ya está totalmente paralizado el proceso de Oslo y por la imposibilidad de condenar la política de asentamientos de Israel en los territorios ocupados, un grupo de Estados árabes solicitó la convocatoria de un período extraordinario de emergencia de la AG, previstos en la A/Res. 377 (V)<sup>16</sup>.

Este período, el décimo de esta naturaleza, tiene un carácter continuo, a mi entender, derivado de las características propias del conflicto palestino-israelí y, hasta la solicitud de la opinión<sup>17</sup>, ha tenido 11 sesiones.

La decisión de solicitar la opinión se debe a que, el 9 de octubre de 2003<sup>18</sup>, se intentó que el CdeS se pronunciase sobre la violación del derecho internacional humanitario en el territorio palestino y cómo contribuye a ella la construcción del muro que, en aquella

---

<sup>16</sup>. Doc. A/ES-10/1.

<sup>17</sup>. A través de la citada resolución ES-10/14

<sup>18</sup>. Doc. S/2003/973

fecha, tiene trazado definitivo<sup>19</sup>. Ante la imposibilidad de que el CdeS adopte una decisión, el 15 de octubre se solicita la reanudación del período extraordinario de emergencia y se trata intensamente la cuestión del muro. Resultado de esta sesión es la resolución ES-10/13 de 21 de octubre de 2003, en la que se:

“...exige que Israel detenga y revierta la construcción del muro en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores, que se aparta de la línea de armisticio de 1949 y es incompatible con las disposiciones pertinentes del derecho internacional”,

y para dar cumplimiento a esta disposición se pide al SG que elabore un informe, que se publica el 24 de noviembre de 2003<sup>20</sup>. Es relevante la fecha<sup>21</sup> ya que el 19 de noviembre de 2003, el CdeS adopta la resolución 1515 (2003) en la que se aprueba la Hoja de Ruta, patrocinada por Estados Unidos, Rusia, NNUU y la Unión Europea, documento que propone la existencia de dos Estados, y establece un marco de negociación entre las partes. En ningún caso es una decisión adoptada por el Consejo en virtud del Capítulo VII de la Carta<sup>22</sup>.

El 8 de diciembre se reanuda la sesión extraordinaria de emergencia de la AG que aprobaría la solicitud de opinión a través de la citada resolución ES-10/14 de 10 de diciembre de 2004 que el SG transmitió a la Corte.

La CIJ, para dar curso a la solicitud presentada, emitió dos ordenanzas, una de 19 de diciembre de 2003, en la que establece los plazos para el procedimiento escrito y oral, y otra de 30 de enero de 2004, relativa a la composición de la Corte.

## **2. Ordenanza de 19 de diciembre de 2003.**

El texto determina el 30 de enero de 2004, como fecha límite para presentar exposiciones escritas, y el 23 de febrero de 2004, fecha de inicio de las audiencias públicas. La particularidad de la ordenanza está en que la Corte convoca a los Estados, a NNUU y a Palestina a participar tanto en la parte escrita como oral del proceso.

La participación de Palestina es realmente una innovación, ya que no es ni un Estado ni una Organización internacional. La Corte la justifica en atención al estatus de

---

<sup>19</sup>. Israel desde 1996, estaba dando vueltas a la idea de construir un muro, en el 2001 aprueba el plan de su construcción, en abril de 2002 empiezan las obras y el 1º de octubre de 2003 decide el trazado completo.

<sup>20</sup>. Doc. cit. A/ES-10/248

<sup>21</sup>. Interesa destacar las fechas ya que en el tema de la competencia de la Corte, se considera que la AG hubiese actuado *ultra vires*

<sup>22</sup>. El texto de la Hoja de Ruta, esta reproducido en Doc. S/2003/529 de 7 de mayo de 2003

observador permanente de Palestina ante NNUU y al hecho de que es coautora de la resolución que solicita la opinión<sup>23</sup>:

El fundamento en que se basa la Corte para convocar es el Art. 66 Párr. 2 de su estatuto, en el que se establece:

“El Secretario notificará también, mediante comunicación especial y directa a todo Estado con derecho a comparecer ante la Corte, y a toda organización internacional que a juicio de la Corte, o de su presidente si la Corte no estuviese reunida, puedan suministrar alguna información sobre la cuestión...”.

Lo que ha hecho la Corte es interpretar extensivamente el artículo, al autorizar a Palestina a suministrar información. A mi entender, es una manifestación del carácter funcional del status de observador que ostenta Palestina en el contexto de NNUU y la Corte es un órgano de NNUU. Esta interpretación, no creo que distorsione sus normas estatutarias, ya que no se trata de ampliar el acceso al recurso a la Corte en materia consultiva. Se trata de una cuestión de procedimiento, dirigida a configurar la opinión de la Corte.

En opinión del profesor Salmon, se está ante una interpretación “contra legem” del artículo transcrito pero, a su juicio, “Esta contradicción es la prueba que el no reconocimiento de Palestina como Estado resulta de posiciones políticas que se explican únicamente con el deseo de apoyar a Israel”<sup>24</sup>.

### **3. Ordenanza de 30 de enero de 2004**

Esta segunda ordenanza está dirigida a resolver la recusación de Israel de un miembro de la Corte.

El argumento israelí, para hacer valer sus pretensiones, parte de la premisa de que la solicitud de la opinión consultiva se sitúa en el marco más amplio del conflicto árabe-israelí, prueba de ello es que la Corte ha invitado a Palestina al proceso. El juez Elaraby ha participado, en su calidad de asesor y colaborador del ministerio de asuntos exteriores egipcio, en diferentes momentos del conflicto, entre ellas la conferencia de paz de Camp David e incluso en la AG de emergencia que ha iniciado el asunto y, en este contexto, ha manifestado una postura contraria a Israel. Estos hechos, en su opinión, entran dentro del

---

<sup>23</sup>. “Decide par ailleurs que, au vu de la résolution A/RES/ES-10/14 de l’Assemblée générale et du rapport du Secrétaire générale transmis à la Cour avec la requête, et compte tenu du fait que l’Assemblée générale a accordé à la Palestine un statut spécial d’observateur et que celle-ci est coauteur du projet de résolution demandant l’avis consultatif, la Palestine pourra également soumettre à la Cour un exposé écrit”.

<sup>24</sup>. J. Salmon, “Algunas reflexiones sobre la opinión consultiva de la C.I.J., Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, Texto presentado al Seminario celebrado en Barcelona el 1 y 2 de octubre, sobre la opinión consultiva, policopiado, p. 3.

supuesto previsto en el artículo 17-2° del estatuto de la Corte en el que se establece que sus miembros no podrán participar en la decisión de ningún asunto,

“... en que hayan intervenido anteriormente como agentes, consejeros, o abogados de cualquiera de las partes, o como miembros de un tribunal nacional o internacional o de una comisión investigadora o en cualquier otra calidad”.

La Corte, en su ordenanza, acude al precedente del asunto de la presencia de África del Sur en Namibia, en el que se resolvió la no aplicación del artículo transcrito, por considerar que el haber participado en órganos de las NNUU que trataban la cuestión de Namibia no entraba en el ámbito de aplicación de este artículo. La interpretación de la Corte es que las declaraciones de los agentes diplomáticas, como representantes de los Estados, no forman parte de las implicaciones en el asunto que conducen a la recusación como juez.

Esta interpretación es la que se sigue en el caso que nos ocupa y además se precisa que el magistrado Elaraby no se ha pronunciado sobre la cuestión del muro, ya que cuando este asunto se trata por la AG, él ya no participaba y no ha hecho declaraciones sobre el asunto que se ventila.

La ordenanza tiene el voto en contra del juez Buergenthal, en cuya opinión disidente, afirma que está de acuerdo con la línea argumental de la Corte, pero se ve forzado a votar en contra por una cuestión de principio referente a la administración de justicia que corresponde a los tribunales, ya que éstos no solo deben administrar justicia, sino también aparentarla<sup>25</sup>. Esta cuestión de principio, considera que el tema no se trata correctamente por la Corte al interpretar una entrevista de agosto de 2001, en la que el juez que se pide se recuse opina sobre la ocupación israelí, no sobre el muro cuya construcción todavía no había empezado. En aquella fecha además el juez no tenía ningún cargo de representación de su país<sup>26</sup>. Para el juez Buergenthal, este hecho, es susceptible de entrar dentro de los supuestos previsto en el artículo 17 Párr.2<sup>a</sup> y lamenta profundamente la interpretación formal y estrecha que se da a este artículo.

El juez Elaraby, en su opinión separada, no puede dejar de referirse a la situación vivida en su condición de miembro de la Corte y recuerda las palabras del juez Lachs, “Un juez, y no hace falta destacarlo, está obligado a ser imparcial, objetivo, desinteresado y ecuánime”<sup>27</sup>, máxima que afirma procurará tener presente en el examen del asunto<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup>. “... the fair and proper administration of justice requires that justice not only be done, but that it also be seen to be done” Parr. 11, opinión disidente.

<sup>26</sup>. Párrf. 12 de la ordonnance de 30 de enero de 2004.

<sup>27</sup>. Expresada en su opinión separada en el asunto de Nicaragua contra EUA de 1986.

<sup>28</sup>. Opinión separada del juez Elaraby, p. 97.

### **III. LA CUESTIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE.**

Como se ha indicado en párrafos precedentes, tanto la Unión Europea, como Rusia y Estados Unidos y, como no, Israel, entre otros, eran firmes partidarios de que la Corte no se pronunciara sobre el asunto, y la forma de conseguir sus objetivos era que la Corte se declarase no competente. El resultado, es que la Corte dedica casi el mismo espacio a resolver las cuestiones de competencia como las cuestiones de fondo y realmente, hasta que no se pronunció, surgieron importantes dudas sobre cuál sería su respuesta.

Los argumentos que se siguen se articulan en torno a dos cuestiones: a. si tiene competencia la AG para solicitar la opinión, y b. En caso afirmativo, si existe alguna razón para abstenerse.

#### **1. La competencia de la AG para solicitar la opinión.**

Los argumentos, en torno a la competencia del Tribunal, nos remiten a la competencia del órgano de la Organización Internacional que formula la solicitud y a la naturaleza de la cuestión planteada, tal como se establece en el artículo 65-1º del estatuto de la Corte. Los requisitos se reconducen, por tanto, a dos: que la solicite un órgano autorizado y que se trate de una cuestión jurídica. Veamos como se resuelven estos elementos.

i) Por lo que refiere al órgano autorizado, la AG, la cuestión determinante, en este asunto, es que no se haya extralimitado en el ejercicio de sus competencias y, en concreto, en el juego de las restricciones que le impone el artículo 12-1º de la Carta<sup>29</sup>, es decir, que no entre en colisión con la responsabilidad primordial del CdeS en el ámbito de mantenimiento de la paz y la seguridad internacional. Junto a esta cuestión de carácter constitucional, se añaden aspectos formales, vinculados a los requisitos y especificidades que se derivan del hecho que la opinión se solicita en el marco de una sesión extraordinaria de emergencia de la AG, de las previstas en la Resolución “Unión pro paz”. Esta separación entre la interpretación de la Carta y los aspectos de la convocatoria, derivados de la práctica del órgano, plantea algunas dificultades de encuadre jurídico, al menos para el magistrado Kooijmans para quien es difícil interpretar el artículo 12-1º de la Carta sin tener en cuenta, como elemento separado, la citada resolución Unión por Paz<sup>30</sup>.

La Corte parte de un estudio detallado de los hechos que conducen a la solicitud. A pesar de considerar que la solicitud de opinión no es “propiamente una recomendación con respecto a una controversia o situación”<sup>31</sup>, analiza en primer lugar el alcance del Art. 12- 1ª,

---

<sup>29</sup>. “Mientras 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”

<sup>30</sup>. Vid opinión separada del Magistrado Kooijmans, párrf. 15 a 18 y ss. p. 78-79.

<sup>31</sup>. Vid Parr. 25 p.14.

a la luz de las disposiciones de la Carta y de la práctica de la Organización, y en segundo lugar los requisitos que deben concurrir en las sesiones de emergencia de la AG.

Por lo que se refiere al análisis del artículo 12-1º, la Corte recoge el cambio que se ha producido en la práctica de NNUU, señalando que hasta la década de los 60, la inscripción de un tema en el programa del CdeS, significaba que la AG no se pronunciaba ni trataba el tema<sup>32</sup>. A partir de 1961, con la cuestión del Congo, la inscripción en el orden del día no significa que no pueda tratarse en la AG, siempre que el CdeS, no este cumpliendo sus funciones en aquel momento. Esta interpretación viene avalada por opinión jurídica de la Secretaría. Esta segunda vía de interpretación es la que se ha consolidado. Es decir que se trata el mismo tema en los dos órganos pero “Sucede con frecuencia que, 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”<sup>33</sup>. Este razonamiento le lleva a la Corte a la siguiente conclusión: “... la Asamblea General, al aprobar la resolución ES-10/14, en la que solicitó una opinión consultiva de la Corte, no infringió las disposiciones del párrafo 1 del Artículo 12 de la Carta. La Corte concluye que al formular esa solicitud, la Asamblea General no excedió los límites de su competencia”<sup>34</sup>.

Determinada la conformidad con el marco constitucional de la Carta, ante las alegaciones formuladas por Israel circunscritas, por un lado, a que no puede acusarse de inacción al CdeS porque nunca se le planteó que solicitase una opinión y, por otro, a cuestionar la validez del carácter continuo de la sesión de emergencia<sup>35</sup>, la Corte decide resolver estas cuestiones acudiendo al estudio de los requisitos previstos para este tipo de sesiones en la A/Res.377 A(V).

Para poner en marcha el mecanismo de la citada resolución, se requiere: a. Que el CdeS deje de cumplir su responsabilidad primordial como consecuencia del voto negativo, y b. que el supuesto de hecho constituya una amenaza a la paz a la paz y la seguridad internacional.

Por tanto, con este planteamiento, la Corte debe estudiar, paso a paso, la secuencia de los hechos para determinar, si estos requisitos, concurren en el décimo período extraordinario de emergencia<sup>36</sup> y llega a la conclusión de que sí reúne estos requisitos: “...

<sup>32</sup>. Por esta vía no se pronunció la AG sobre la Cuestión de Indonesia porque esta permanencia en el orden del día del CdeS. O bien en el caso de España, Grecia o Taiwán el CdeS eliminó el tema del programa para que se pronunciase la AG.

<sup>33</sup>. Parr. 27 in fine, p.15.

<sup>34</sup>. Párrf. 28. p.15

<sup>35</sup>. Recuérdese que esta se convocó por primera vez en 1997.

<sup>36</sup>. Párr. 30 p.16.

fue debidamente convocado y podía ocuparse validamente al amparo de lo dispuesto en la resolución 377(V), de la cuestión planteada actualmente ante la Corte<sup>37</sup>.

Finalmente, junto con las cuestiones planteadas, se alude a otras razones de procedimiento, a mayor abundamiento del argumento de que la AG se ha excedido en sus funciones. Entre ellas, se señala el carácter “continuo” del período extraordinario de emergencia y que éste coincidiera con el período ordinario de la AG.

La Corte da respuesta a cada una de las alegaciones y, añade otras precisiones como la de no haberse impugnado con anterioridad la validez de la convocatoria. Desde mi punto de vista, el argumento de mayor interés que utiliza la Corte para reafirmar sus competencias es el de acudir al artículo 9 Párr. b, del reglamento de la Asamblea General, según el cual, tal como lo interpretó en 1971<sup>38</sup> “una resolución de un órgano de las Naciones Unidas debidamente constituido que se aprueba de conformidad con el reglamento de dicho órgano y es declarada aprobada por su Presidente debe presumirse que ha sido válidamente aprobada”<sup>39</sup>.

ii) El segundo requisito que debe concurrir de acuerdo con el artículo 65-1<sup>a</sup> del estatuto y 96- 1<sup>o</sup> de la Carta, es que se trate de una cuestión jurídica. En este punto, se alega “... que no es posible determinar con certeza razonable el significado jurídico de la pregunta que se plantea a la Corte”<sup>40</sup>, “... que no tiene carácter “jurídico” debido a su imprecisión y su naturaleza abstracta”<sup>41</sup> y, en concreto, a este respecto que no se precisa para “quien” –AG, Israel, Palestina, Estados Miembros de NNUU, u otros—acarrea consecuencias la construcción del muro. Por último, se niega su carácter jurídico porque se trata de una cuestión política.

La respuesta de la Corte, en síntesis y acudiendo a pronunciamientos anteriores, advierte que se trata de calificar un supuesto de hecho a la luz del derecho internacional vigente, por tanto, se trata de una cuestión que por su naturaleza es susceptible de “... obtener una respuesta fundada en derecho” y, añade la Corte, “...en realidad difícilmente puede dársele una respuesta que no se funde en el derecho”<sup>42</sup>. En cuanto a la falta de claridad “...esta no puede privar a la Corte de jurisdicción”<sup>43</sup>. Finalmente, frente a la supuesta dicotomía entre una cuestión jurídica y política, el tribunal reafirma su jurisprudencia, reiteradamente unánime, de que una “cuestión jurídica también presenta aspectos políticos” y ello no priva a la Corte de su competencia<sup>44</sup>.

---

<sup>37</sup>. Párr. 31, in fine.

<sup>38</sup>. Consecuencias jurídicas de la presencia de Sudáfrica en Namibia.

<sup>39</sup>. Párr. 35 p. 17.

<sup>40</sup>. Párr. 36 p.18.

<sup>41</sup>. Párr.36, in fine, p.18.

<sup>42</sup>. Párr.37, in fine p.19.

<sup>43</sup>. Párr. 38 p.19.

<sup>44</sup>. Vid. Párr. 41 p.20.

## 2. Discrecionalidad de la Corte para ejercer la competencia consultiva.

El último apartado del razonamiento de la Corte, destinado a la competencia, lo dedica a resolver los argumentos que giran en torno a la consideración, alegada por Israel, de que debería "...abstenerse de ejercer su jurisdicción debido a que ciertas características específicas de la solicitud de la Asamblea General hacen que el ejercicio de la jurisdicción por parte de la Corte sea inadecuado y ajeno a la función judicial"<sup>45</sup>. El fundamento para hacer este tipo de alegaciones se encuentra en que el propio órgano ha considerado que la facultad de emitir opiniones consultivas es realmente una facultad, no una obligación, y tiene, en definitiva, carácter discrecional aunque, en principio, en cumplimiento de sus responsabilidades como órgano judicial, no debería negarse a ello. Una posible negativa, sólo se justifica por "razones imperiosas" que nunca se han considerado con relación a la competencia<sup>46</sup>, sino por circunstancias especiales<sup>47</sup>.

La Corte llega a la conclusión de "... que no existe ninguna razón imperiosa para que use su facultad discrecional para no emitir esa opinión"<sup>48</sup>. El razonamiento seguido por la Corte, así como la interpretación de su propia jurisprudencia, no merece la aprobación de todos los magistrados. A parte de la opinión de Buergenthal que vota en contra y a la que, al final de este apartado, me referiré, son relevantes las discrepancias de los magistrados Owada<sup>49</sup> y Higgins<sup>50</sup> que admiten la conclusión a la que llega la Corte, pero no las bases en que se funda.

En primer lugar, la Corte responde a la alegación de que se trata de una cuestión contenciosa que forma parte de la controversia "más amplia entre Israel y Palestina, que se refiere a las cuestiones del terrorismo, la seguridad, las fronteras, los asentamientos, Jerusalén y otros asuntos conexos"<sup>51</sup>; Israel nunca ha dado su consentimiento para que esta controversia se tratara ante la Corte, se ha optado por el método de negociación. Se

---

<sup>45</sup>. Párr.43 p.

<sup>46</sup>. Vid. Párr.44 p.21.

<sup>47</sup>. El precedente que se tiene en cuenta para esta argumentación es el pronunciamiento de la Corte permanente de 1923 sobre Carelia Oriental: "las especialísimas circunstancias del caso, entre las que se encontraba el hecho de que estaba directamente relacionado con una controversia ya existente, uno de cuyos estados parte, que no era ni parte en el Estatuto de la Corte Permanente ni miembro de la Sociedad de Naciones, se opuso al proceso y rehusó participar en él"(Párr. 44 p. 21).

<sup>48</sup>. Vid Párr. , 65 p.27.

<sup>49</sup>. El juez Owada no está de acuerdo con el razonamiento que sigue la Corte, y no sólo disiente "... en algunos puntos concretos de la Opinión, sino que también tengo reservas importantes acerca de la forma en que ha procedido la Corte... . Si bien reconozco que la forma en que ha actuado ha sido en gran medida inevitable teniendo en cuenta las circunstancias en cierta medida únicas y extraordinarias del caso, que no siempre pueden atribuirse a la responsabilidad de la Corte"(Opinión separada del magistrado Owada, Párr. 1 p.109).

<sup>50</sup>. La cuestión de la discrecionalidad y la prudencia la trata la Magistrada Higgins en su opinión separada en los Párr. 2 a 20 pp.64 a 68.

<sup>51</sup>. Párr.46 p. 22.

constata, por parte de la Corte, que la cuestión del consentimiento no es relevante para las opiniones consultivas, ya que no son vinculantes. En este punto, se acude al pronunciamiento sobre el Sáhara Occidental, asunto que se sigue en los razonamientos de algunos Estados, en el que se reconoció "... que 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"<sup>52</sup>.

Al respecto la Corte también constata que, en prácticamente todas las opiniones consultivas, existen diferencias de opinión sobre cuestiones de derecho y, en este caso, Israel y Palestina han expresado opiniones contrarias. A este razonamiento añade, y es un punto que incide en la naturaleza de los hechos, que el asunto que se consulta no es "únicamente una cuestión bilateral"<sup>53</sup>, sino que es un asunto que afecta al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional y, por tanto, directamente a las NNUU. Para reforzar esta postura la Corte acude a la práctica de la organización en relación la "cuestión palestina".

Para concluir, con esta alegación referida a la falta de consentimiento de una de las partes, la Corte afirma: "dadas las circunstancias, la Corte no cree que emitir una opinión equivalga a soslayar el principio del consentimiento en materia de arreglo judicial, y por consiguiente la Corte no puede, en el ejercicio de su discrecionalidad, dejar de emitir una opinión fundándose en ese motivo"<sup>54</sup>.

A mayor abundamiento de esta percepción de que se está en un asunto de naturaleza contenciosa, en argumento separado de los que estamos sintetizando, con relación a la oportunidad de ejercer la competencia consultiva, se indica que la Corte debe tener en cuenta la responsabilidad de Palestina en los actos de violencia contra Israel y que no se puede pedir a la Corte "...la reparación de una situación resultante de sus propios actos ilícitos"<sup>55</sup>, y se invoca la aplicación del principio de buena fe y manos limpias. La Corte concluye al respecto que se trata de responder a una cuestión que le ha planteado la AG y no está ante una controversia planteada por un Estado o una entidad.

En segundo lugar, la Corte analiza el argumento en virtud del cual un pronunciamiento sobre el muro podría entorpecer el proceso de paz en el marco de la Hoja de Ruta, propuesta por el cuarteto y apoyada por el CdeS en la Res. 1515 (2003). En concreto, se considera que no debería dar su opinión porque podría "...socavar el plan contenido en la "Hoja de ruta", y también "...podría complicar las negociaciones previstas" en ella<sup>56</sup>. La Corte indica que este tipo de argumentos se han presentado en otras ocasiones, como en el asunto de la legalidad de las armas nucleares. Además es consciente de que la

---

<sup>52</sup> Párr. 47 p.22.

<sup>53</sup> Párr.49. p.23.

<sup>54</sup> Párr.50 p.23.

<sup>55</sup> Párr. 63 p.27.

<sup>56</sup> Párr.51 p.24.

construcción del muro es un aspecto del conflicto árabe-israelí. Pero, considerando el conjunto de alegaciones, no cree que por ello deba dejar de responder<sup>57</sup>.

En tercer lugar, se alega que no debe pronunciarse, “porque no tiene a su disposición los hechos y las pruebas que necesita para poder alcanzar sus conclusiones”. En concreto Israel afirma 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 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”<sup>58</sup>. La Corte responde que es ella la que debe establecer si las pruebas disponibles son suficientes o no y precisa su afirmación acudiendo a dos pronunciamientos que recurrentemente se siguen en este caso: el del Sáhara Occidental y el de Carelia Oriental. La conclusión es que para el presente no existe “... falta de información que constituya una razón imperiosa para que la Corte deje de emitir la opinión solicitada”<sup>59</sup>, aludiendo a la documentación aportada por el Secretario General de NNUU.

Por último, en las exposiciones escritas, también se argumentó, que la opinión “... no tendría ninguna utilidad”<sup>60</sup> y, en un esfuerzo por convencer a la Corte de que no cumpliera con sus responsabilidades, se precisó que en este caso no se pedía una aclaración jurídica, sino que la AG ya había declarado la construcción del muro de ilegal. Además se objeta porque nunca se expresó claramente como pensaba utilizar la opinión solicitada. La respuesta a estos desafortunados argumentos, es negativa, y aludiendo a sus propios pronunciamientos se concluye:

“... La Corte no puede negarse a responder a la cuestión planteada aduciendo que su opinión no tendría utilidad. La Corte no puede pretender que su evaluación de la utilidad de la opinión solicitada sustituya la del órgano que la solicita, es decir, la Asamblea General. Además, en todo caso, la Corte considera que la Asamblea General aún no ha determinado todas las posibles consecuencias de su propia resolución. La tarea de la Corte consistirá en determinar en forma completa las consecuencias jurídicas de la construcción del muro, y por su parte la Asamblea General –y el Consejo de Seguridad- podrían entonces extraer sus propias conclusiones basándose en las determinaciones de la Corte”<sup>61</sup>.

El magistrado Buergenthal considera que la Corte debería haber ejercido sus facultades discrecionales y haberse abstenido de emitir la opinión consultiva, lo que le conduce a votar también en contra sobre el fondo “... porque la Corte no contó con los

<sup>57</sup>. Párr. 54 p.24.

<sup>58</sup>. Párr. 55 p.25.

<sup>59</sup>. Párr. 58 p.26.

<sup>60</sup>. Párr. 59 p.26.

<sup>61</sup>. Párr. 62 p.27.

elementos de hecho necesarios para establecer unas conclusiones tan rotundas”<sup>62</sup>. Sin poner en tela de juicio el derecho aplicable al caso en concreto, el magistrado considera que la Corte no ha motivado adecuadamente su construcción y que debía afrontar los temas de legítima defensa y de necesidades militares y seguridad que alega Israel, en respuesta a los ataques terroristas que provienen del territorio Palestino.

#### **IV. RESPUESTA DE LA CORTE.**

La Corte, en virtud de la cuestión planteada por la AG tal como se ha indicado, debe establecer las consecuencias jurídicas que se derivan de la construcción del muro por parte de Israel en el territorio ocupado de palestina. La Asamblea le precisa que debe calificar los hechos a la luz del derecho internacional y específicamente le remite al Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 y las resoluciones del CdeS y la AG<sup>63</sup>.

El razonamiento seguido en la cuestión de fondo se articula bajo los parámetros de la responsabilidad internacional y, de acuerdo, con este esquema se sintetiza el razonamiento que se sigue. Así, sucesivamente nos referiremos a: a) calificación de la construcción del muro de hecho ilícito internacional; b) consecuencias del hecho ilícito para Israel; c) consecuencias del hecho ilícito para terceros.

##### **1. Calificación de la construcción del muro de hecho ilícito internacional.**

La primera cuestión que debe establecer la Corte es si la construcción del muro constituye una vulneración del derecho internacional; para determinar si se está ante un hecho ilícito internacional. Para ello, la Corte parte de tres puntos: el análisis del estatuto jurídico del territorio palestino; describe la construcción de la obra que se califica de muro, y por último establece cuál es el derecho aplicable.

- El análisis del estatuto del territorio palestino<sup>64</sup>, confirma el estatuto jurídico internacional del mismo, distinto al del territorio de Israel, y que el origen de esta calificación se deriva del Mandato tipo A que ostentaba Gran Bretaña, en la etapa de la

---

<sup>62</sup>. Párr. 1 p.92. El magistrado parte de que la Corte en el asunto del Sahara Occidental declaró “... que la cuestión fundamental para determinar si debía o no ejercer sus facultades discrecionales para atender una solicitud de opinión consultiva era “si la Corte dispone de información y pruebas suficientes que le permitan llegar a una conclusión judicial acerca de cuestiones de hecho objeto de controversia y que es necesario determinar esa cuestión para que pueda emitir una opinión en condiciones compatibles con su carácter judicial”.

<sup>63</sup>. Para un comentario sobre las cuestiones de fondo de la opinión Vid. R. Abi-Saab “Conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le territoire palestinien occupé: quelques réflexions préliminaires sur l’avis consultatif de la Cour internationale de justice”, *Revue Internationale de la Croix Rouge*, 2004, vol.86, n° 855.

<sup>64</sup>. Párr. 70 a 78. p. 28 a 30.

Sociedad de Naciones. Se señalan los hitos más importantes de la “cuestión palestina” y la proclamación del Estado de Israel y la posterior ocupación del territorio en la guerra de 1967. Es importante señalar las precisiones<sup>65</sup> de la Corte entorno a los acuerdos de armisticio entre Israel y los Estados vecinos, que configuran la conocida como línea verde, considerada el límite internacional de la frontera entre Israel y el territorio palestino. Elemento importante ya que lo que corresponde a la Corte es determinar la construcción del muro que va mas allá de esta línea pactada internacionalmente.

Reconocimiento de esta delimitación internacional que la Corte corrobora a través de los pronunciamientos, especialmente del CdeS, en los que califica los resultados de la guerra de 1967 de ocupación y se destaca asimismo las actividades de Israel dirigidas a cambiar el estatuto internacional de Jerusalén Este para su anexión; y se refiere a que el CdeS desde 1980 califica reiteradamente a Israel de potencia ocupante

A partir del no reconocimiento de esta situación decidida unilateralmente por Israel, se mencionan los acuerdos bilaterales --alcanzados en el proceso de pacificación iniciado en la Conferencia de Madrid de 1991 y la posterior declaración de principios de Washington que conducen a los acuerdos de Oslo I y II-- entre Israel y la Organización para la liberación de palestina, en los que se recuerda textualmente “...Israel debía traspasar a las autoridades palestinas determinadas atribuciones y responsabilidades que ejercían sus autoridades militares y administración civil en el territorio palestino ocupado”<sup>66</sup>. En definitiva, pues, el territorio palestino es un territorio ocupado, no se ha cambiado esta calificación jurídica y, con esta calificación, se ha operado en el proceso, ahora frustrado, entre las partes en conflicto.

- Para la descripción de la construcción del muro<sup>67</sup>, se acude a la descripción, ya comentada en la introducción, y tomando como base el informe del SG, tal como se indica en la solicitud de opinión<sup>68</sup>. Sin embargo, también debe de tenerse en cuenta que, hasta el momento en que se pronuncia la Corte, el SG aporta información complementaria en la que se constata que el diseño inicial del trazado se ha modificado. Aunque continúan existiendo zonas cerradas y las condiciones generales que motivan la solicitud, se trata de rectificaciones que han sido objeto de pronunciamientos por tribunales Israelíes.

- La tercera premisa necesaria para la calificación del hecho de la construcción del muro a la luz del ordenamiento jurídico internacional es el establecimiento del derecho aplicable. La Corte establece tres ámbitos normativos.

---

<sup>65</sup>. Párr. 72 p.29

<sup>66</sup>. Párr. 77, p.30.

<sup>67</sup>. Párr. 79 a 85, p.30 a 33.

<sup>68</sup>. El informe A/ES-10/248.

En primer lugar, cita la Carta de NNUU, con la referencia a dos principios estructurales del ordenamiento, a saber, el principio de prohibición del uso de la fuerza armada y el principio de autodeterminación de los pueblos, especificando su contenido sobre la base de la Resolución 2625(XXV), relativa a los principios de derecho internacional y a sus principales pronunciamientos sobre los mismos.

El segundo ámbito normativo, es el Derecho internacional humanitario, cuyos textos de referencia son el Convenio de La Haya de 1907 y el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949. El primer texto se califica, una vez más, de norma consuetudinaria y, por tanto, oponible a Israel aunque no haya manifestado el consentimiento. La Corte también considera aplicable el segundo Convenio mencionado, contra argumentando la postura de Israel<sup>69</sup>, sostenida en diferentes etapas del conflicto, en virtud de la cual, este texto no opera en este caso, aunque Israel sea parte del convenio, porque sólo se aplica frente a una ocupación del territorio de un Estado que tiene un título legítimo de soberanía sobre el territorio que se ocupa. Además, la Corte señala el ámbito de aplicación del Cuarto Convenio de Ginebra sobre la base del Art. 2, que exige dos condiciones “... que exista un conflicto armado (independientemente de que se haya reconocido o no el estado de guerra) y que el conflicto haya surgido entre dos partes contratantes”<sup>70</sup>. Sobre este extremo se recuerda que Palestina emitió el 7 de julio de 1982 un compromiso unilateral de aplicación del Convenio, y que así se admitió por las partes en el Convenio en la conferencia celebrada el 15 de julio de 1999<sup>71</sup>.

El tercer ámbito normativo al que acude la Corte, no específicamente mencionado por la AG en la solicitud de opinión, es el de los convenios internacionales de derechos humanos, en concreto, los Pactos de derechos civiles y políticos y, económicos, sociales y culturales y el Convenio internacional de derechos del niño de 1989. La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos debe resolver la cuestión previa de, si este ámbito normativo, es aplicable en el territorio palestino, ante la postura de Israel<sup>72</sup>, que considera que los citados textos no son aplicables en tiempos de guerra, sino que son los que operan en tiempos de paz. Este posicionamiento nos recuerda la situación de indefensión en la que se encuentran los retenidos en Guantánamo calificados de “combatientes ilegales”, lo que les sitúa ante la no aplicación tanto del DIH como de los Pactos de derechos civiles y políticos; Afortunadamente la Corte Suprema norteamericana

---

<sup>69</sup>. Es parte del convenio desde 1951, y no ha formulado ninguna reserva al respecto.

<sup>70</sup>. Párr.95, p. 36.

<sup>71</sup>. La conclusión a la que llega la Corte, sobre el ámbito de aplicación del Cuarto Convenio de Ginebra, recurrentemente alegado por Israel es la siguiente, tal como lo establece el Párr. 101: “ ... el Cuarto Convenio de Ginebra es aplicable en cualquier territorio ocupado en caso de que surja un conflicto armado entre dos o varias Altas Partes Contratantes. Dado que Israel y Jordania eran parte en el Convenio cuando estalló el conflicto armado en 1967, la Corte estima que el Convenio es aplicable en los territorios palestinos que antes del conflicto estaban situados al este de la Línea Verde y que, durante dicho conflicto, fueron ocupados por Israel, sin que sea necesario determinar cuál era exactamente el estatuto anterior de esos territorios”

<sup>72</sup>. Vid. resumen de la posición jurídica del gobierno de Israel en Anexo I, al Doc. A/ES-10/248, en relación con los derechos humanos interesa párr. 4.

ha reconocido la protección judicial para determinar el estatus jurídico de los detenidos, pero por el momento el proceso sigue en curso.

La Corte resuelve la aplicación de los textos mencionados estudiando, por un lado, la relación existente entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, indicando que la protección del segundo ámbito normativo no cesa en caso de conflicto armado, salvo supuesto de suspensión que no procede en este caso<sup>73</sup>. Por otro lado, se plantea si los textos de derechos humanos señalados son aplicables fuera del territorio del Estado y, en caso afirmativo, en qué circunstancia. El argumento se centra, en este caso, en demostrar que Israel ejerce la jurisdicción de los territorios ocupados<sup>74</sup>.

Establecidas las premisas, la cuestión que debe resolverse, tal como se ha indicado, es si la construcción del muro es contraria a las normas señaladas. La Corte se reafirma en que estamos ante un hecho ilícito, repasando el marco normativo y especificando las disposiciones - destaca la enumeración pormenorizada de los artículos del Cuarto Convenio<sup>75</sup> - y también se tiene en cuenta la posibilidad de que concurra la suspensión de derechos por “exigencias militares en circunstancias especiales”<sup>76</sup>. La Corte llega a la conclusión de que, en estos supuestos, rige el principio de “proporcionalidad” que no se da en este caso, lo que le permite concluir que el trazado no es necesario “... para conseguir sus objetivos de seguridad”<sup>77</sup>.

En la determinación del derecho aplicable por Israel en los territorios ocupados, no quiero dejar de constatar, el señalamiento de los artículos aplicables del Pacto de los económicos, sociales y culturales por la escasez de pronunciamientos al respecto<sup>78</sup>.

La magistrada Higgins, es muy crítica con la determinación que hace la Corte del derecho aplicable para establecer la ilicitud del acto. No es que no esté de acuerdo sino, que se lamenta profundamente de la escasa solidez de los argumentos utilizados y la simplicidad en la determinación en este caso concreto<sup>79</sup>.

Establecido el elemento objetivo del hecho ilícito, la Corte se pregunta si concurren algunas de las causas que exoneran la ilicitud en materia de responsabilidad.

---

<sup>73</sup>. Párr.106 p.39 y 40.

<sup>74</sup>. Vid en concreto Párr. 111 y 113. p. 42 y 43.

<sup>75</sup>. Transcribe los artículos 47,49, 52, 53 y 59 del IV Convenio de Ginebra (párr 126, pp46 y 47).

<sup>76</sup>. Párr. 135 p.51.

<sup>77</sup>. Párr. 137. p.53.

<sup>78</sup>. Se señala específicamente los siguientes artículos: derechos al trabajo (Art. 6 y 7), la protección y asistencia a familias, niños y adolescentes (Art. 10), derecho a un nivel de vida adecuado, incluye alimentación, vestidos, vivienda y el derecho a estar protegido contra el hambre (Art. 11), derecho a la salud (Art. 12) y el derecho a la educación (Art. 13 y 14), Vid. Párr. 130 p. 49.

<sup>79</sup>. Párr. 21 a 35 p.68 a 71.

Concretamente, se refiere al derecho inmanente de legítima defensa y al estado de necesidad.

Israel alega que la construcción del muro entra en la calificación jurídica de legítima defensa, en la expresión concreta que autoriza el uso de la fuerza en defensa de actos terroristas. La reserva que le opone la Corte, es que Israel "... no alega que los ataques dirigidos contra él sean imputables a un Estado extranjero"<sup>80</sup>, que Israel ejerce el control en el territorio palestino, y que la "... amenaza por la que considera justificada la construcción del muro proviene de dentro, no de fuera, de este territorio"<sup>81</sup>, por estas tres razones no entra en las calificaciones de legítima defensa del uso de la fuerza frente actos terroristas, hechas por el CdeS en sus resoluciones 1368(2001) y 1373(2001), aprobadas después de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001.

En cuanto a la alegación del estado de necesidad, se recuerda que se está ante una norma consuetudinaria de carácter excepcional, que sólo se puede invocar en condiciones estrictamente definidas, una de las cuáles es que "... el hecho que se esté cuestionando "sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente"<sup>82</sup>. Se considera que la construcción y el trazado del muro, no es la única forma de salvaguardar los intereses de Israel.

Esta interpretación no menoscaba el derecho y deber de Israel de proteger la vida de los ciudadanos frente a los actos de violencia indiscriminada. Ahora bien la reacción de Israel debe de ser de *conformidad con el derecho internacional*<sup>83</sup>.

En definitiva las dos causas de exclusión de la ilicitud del hecho ilícito que se plantean, no operan en este caso, por tanto la "...la construcción del muro y su régimen conexo, contraviene el derecho internacional"<sup>84</sup>

## **2. Consecuencias del hecho ilícito para Israel.**

Las obligaciones jurídicas para el autor del hecho ilícito, de acuerdo con las normas generales de la responsabilidad internacional recogidas en el proyecto de artículos sobre la materia, aprobada por la Comisión de derecho internacional en 2001<sup>85</sup>, son: la continuidad del deber de cumplir la obligación<sup>86</sup>, cesación del acto y garantías de no repetición<sup>87</sup>, y la

---

<sup>80</sup>. Párr. 139, p.53.

<sup>81</sup>. *Ibíd.*

<sup>82</sup>. La Corte utiliza los términos del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos. Párr. 140, p.54.

<sup>83</sup>. Párr.141 p.54.

<sup>84</sup>. Párr.142, p.54

<sup>85</sup>. Vid. Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (Doc. A/56/10)

<sup>86</sup>. Art. 29 del proyecto

reparación<sup>88</sup>. La Corte constata estas consecuencias y procede a especificarlas en el caso concreto.

En lo que se refiere a la primera cuestión, la Corte recuerda a Israel las normas en juego que está obligado a cumplir: "...respetar el derecho del pueblo palestino a la libre determinación y sus obligaciones con arreglo al derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos. Además deben asegurar libertad de acceso los lugares sagrados que quedaron bajo su control luego de la guerra de 1967"<sup>89</sup>.

La cesación del acto consiste, en este caso, en tres tipos de acciones: parar la obra, desmantelar la construcción que está en Palestina y anular las disposiciones legislativas que dieron pie a la construcción<sup>90</sup>.

Por lo que se refiere a la reparación, la Corte recuerda cómo se ha llevado a cabo la construcción del muro, que se ha acudido a la "requisita", como medio de adquirir el terreno, y que su construcción ha comportado la destrucción de "hogares, empresas y establecimientos agrícolas"; elementos todos ellos que deben valorarse en la reparación<sup>91</sup>. La Corte recuerda que el objetivo de la reparación es volver, en la medida de lo posible, a la situación anterior a la realización del acto ilícito y eliminar las consecuencias del mismo, tal como establecen las normas consuetudinarias sobre la materia<sup>92</sup>.

La Corte concluye, estableciendo las siguientes obligaciones para Israel:

"... la obligación de devolver las tierras, huertos, olivares y demás inmuebles de los que haya despojado o cualesquiera personas físicas o jurídicas a los efectos de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado. En caso de que tal restitución resultase ser materialmente imposible, Israel tiene la obligación de compensar a las personas en cuestión por los daños sufridos. La Corte considera que Israel también tiene la obligación de compensar, de conformidad con las reglas aplicables del derecho internacional, a todas las personas físicas o jurídicas que hayan sufrido cualquier forma de daños materiales como consecuencia de la construcción del muro"<sup>93</sup>.

---

<sup>87</sup>. Art. 30 del proyecto.

<sup>88</sup>. Art. 31 del proyecto.

<sup>89</sup>. Párr. 149. P.56.

<sup>90</sup>. "... detener de inmediato las obras de construcción del muro que está levantando en el territorio palestino ocupado. Incluida Jerusalén oriental y sus alrededores. el inmediato desmantelamiento de las partes de dicha estructura situadas dentro del territorio palestino ocupado. Todos los actos legislativos y reglamentarios adoptados con miras a su construcción, y al establecimiento de su régimen conexo, deben ser inmediatamente derogados o dejados sin efectos "(Párr. 151. 56)

<sup>91</sup>. Vid. Párr. 152 p.57.

<sup>92</sup>. Las normas en materia de reparación se han codificado en los artículos 34 39 del proyecto de artículos.

<sup>93</sup>. Párr. 153, p. 57.

### 3. Consecuencias del hecho ilícito para terceros.

Las consecuencias de un hecho ilícito en atención al ámbito normativo aplicable comporta consecuencias no sólo para el Estado autor del acto sino también para terceros y, en este caso, la Corte se dirige a terceros Estados y a los órganos de las NNUU.

Respecto a los terceros Estados se alegó la obligación de no reconocer la situación resultante del hecho ilícito y la de no prestar ayuda para el mantenimiento de la misma. Esta alegación se corresponde con las disposiciones previstas en el Art. 41 del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional, relativa a las consecuencias particulares de la violación de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general.

La Corte constata que efectivamente dos ámbitos normativos, aplicables al asunto, contienen “obligaciones *erga omnes*”: el derecho del pueblo palestino a la libre determinación<sup>94</sup> y algunas obligaciones con arreglo al derecho internacional humanitario<sup>95</sup>, aunque ello lo considera improcedente la magistrada Higgins<sup>96</sup>

Determinada la naturaleza de la norma, la Corte le atribuye las consecuencias previstas en el artículo 41 del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional: no reconocer la situación “ilegal resultante” y la obligación de no prestar asistencia para el mantenimiento de dicha situación. Además, hace una referencia específica a las obligaciones de los Estados parte de los convenios de Ginebra de 1949. Al respecto se establece que:

“... todos los Estados parte en el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 12 de agosto de 1949, tienen la obligación, dentro del respeto por la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional, de hacer que Israel respete el derecho internacional humanitario incorporado en dicho convenio”<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup>. La Corte sustenta su afirmación, acudiendo a la calificación como tal en el asunto de Timor y a la oponibilidad del principio a todos los Estados de acuerdo con las disposiciones de la A/Res. 2625 (XXV) (Párr. 156, p. 57-58).

<sup>95</sup>. Se recuerda la opinión consultiva sobre la legalidad del uso o la amenaza de las armas nucleares, y el artículo 1º del Cuarto Convenio de Ginebra, en el que se establece que las partes en el mismo se comprometen a hacer respetar el convenio en todas las circunstancias. Párr. 157, p.58.

<sup>96</sup>. Para ella no es necesario acudir al concepto de *erga omnes* para determinar la obligación de no reconocer y la obligación de no prestar asistencia, en su argumento acude las interpretaciones jurisprudenciales de los artículos 24 y 25 de la Carta de las NNUU. En lo que se refiere la mención del DIH, de naturaleza *erga omnes*, lo entiende de no pertinente, ya que se trata de “... principios inviolables tienen un carácter vinculante general porque forman parte del derecho consuetudinario, ni más ni menos” ( Párr. 38 y 39 p. 72).

<sup>97</sup>. Párr. 159, p.58.

Como se ha indicado, este punto 3 d) de la parte dispositiva de la opinión tiene el voto en contra del magistrado Kooijmans<sup>98</sup> que no comparte en absoluto las consecuencias que se derivan de las normas *erga omnes* en los términos que establece la Corte. En su opinión separada, analiza el alcance y contenido de los artículos 41 y 42 antes citados, partiendo de las dificultades para la delimitación de las obligaciones *erga omnes*<sup>99</sup>. El razonamiento del magistrado le conduce a preguntarse respecto a la obligación de no reconocer, “¿Qué deben hacer los distintos destinatarios... a fin de cumplir con esta obligación?”<sup>100</sup>, y dado que 144 han condenado inequívocamente la construcción del muro, y que, salvo el caso de Israel, Estado alguno ha considerado la situación de legal, considera que “el deber de no reconocer equivale, ..a una obligación sin sustancia real”.

Tampoco comparte las obligaciones que, en opinión de la Corte, se derivan para los Estados parte del Convenio de Ginebra. No está de acuerdo con la interpretación del Art. 1 común que dispone, “Las Altas partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias”, por la falta de argumentos por parte del Tribunal. El magistrado, acude a la interpretación de la doctrina, a la interpretación recurrente del CICR, en cuyo comentario se interpreta que el Art. 1 “... contiene la obligación de todos los Estados parte de hacerlo respetar por los demás Estados parte”<sup>101</sup>, y a su jurisprudencia. Ante la diversidad de interpretaciones y la escasez de razonamientos de la Corte concluye:

“... no sé si el alcance que ha dado la Corte a este artículo en la presente opinión es correcto como expresión del derecho positivo. Como la Corte no da argumento alguno en su razonamiento, no me encuentro en condiciones de apoyar su determinación. Además, no veo qué tipo de acción positiva, resultante de esta obligación podría esperarse que tomaran los distintos Estados, fuera de gestiones diplomáticas”<sup>102</sup>.

Por último la Corte emplaza a la AG, destinataria de la opinión consultiva, y al CdeS, órgano competente en la controversia a “...considerar qué medidas adicionales son necesarias para poner fin a la situación ilegal resultante de la construcción del muro y del régimen conexo”<sup>103</sup> y le indica la necesidad de concluir con el conflicto árabe – israelí, que lo califica de amenaza a la paz y la seguridad internacional, al igual que reiteradamente lo ha hecho el Consejo de Seguridad, y cita la conveniencia de actuar en el contexto de la Hoja de Ruta, como marco de negociación sobre la base del derecho internacional.

<sup>98</sup>. Vid. La opinión separada en p.74 y ss.

<sup>99</sup>. Vid específicamente los Párr. 40, 41 y 42, p. 85.

<sup>100</sup>. Párr. 44, p.86.

<sup>101</sup>. Párr. 48 p. 87.

<sup>102</sup>. Párr. 50, p.87.

<sup>103</sup>. Párr. 160 p.58.

El magistrado Koroma, precisa el sentido de la opinión para el que la ha solicitado: “Corresponde ahora a la Asamblea general, en cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la Carta, tratar esta Opinión Consultiva con el respeto y la seriedad que merece, con vistas a no hacer recriminaciones, sino a utilizar estas conclusiones de manera de promover una solución justa y pacífica para el conflicto israelo-palestino”<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup>. Párr. 10 de la opinión separada del juez Koroma, p. 63.