

# EL DISCRETO EJERCICIO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO KOSOVO

Carlos ESPÓSITO

Catedrático de Derecho Internacional Público  
Universidad Autónoma de Madrid

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA COMPETENCIA CONSULTIVA DE LA CORTE Y EL ALCANCE DE SU DISCRECIONALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.—2.1. Órganos y organismos autorizados para solicitar opiniones consultivas.—2.2. ¿Qué es una cuestión jurídica?—2.3. La discrecionalidad de la Corte para negarse a responder una cuestión consultiva y su alcance.—3. COMPETENCIA Y DISCRECIONALIDAD DE LA CORTE EN EL ASUNTO *KOSOVO*.—3.1. Sobre la competencia de la Corte en el asunto *Kosovo*.—3.1.1. La solicitud de Opinión consultiva de la Asamblea General.—3.1.2. La licitud de la declaración unilateral de independencia conforme al Derecho internacional: una cuestión jurídica.—3.2. La discrecionalidad de la Corte en el asunto *Kosovo*.—4. CONCLUSIÓN.

## 1. INTRODUCCIÓN

La Corte Internacional de Justicia ha afirmado siempre su poder discrecional para decidir si contesta o se niega a responder a una cuestión consultiva planteada de acuerdo con el Derecho por alguno de los órganos u organismos autorizados para solicitar este tipo de opiniones. La opinión consultiva sobre la adecuación al Derecho internacional de la declaración unilateral de independencia respecto de Kosovo no ha sido una excepción<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, ICJ Reports 2010, pár. 29, disponible en <http://www.icj-cij.org>. En este trabajo utilizaré la Opinión consultiva y todos los textos pertinentes relativos al asunto *Kosovo*, publicados en la página oficial de la Corte Internacional de Justicia: <http://www.icj-cij.org>.

Esa afirmación constante en su jurisprudencia consultiva se explica porque la Corte ha entendido que tiene la facultad de emitir opiniones consultivas, pero no está obligada por las normas que rigen su jurisdicción consultiva a responder las solicitudes de opiniones consultivas, aun cuando se hayan cubierto los requisitos que avalen su competencia consultiva. Para ejercer con discreción esa función judicial, la Corte tiene en cuenta consideraciones variadas de carácter fáctico, normativo e incluso político; todas esas variables confluyen en una cuestión principal: salvaguardar la integridad y la independencia de la Corte como un tribunal de justicia<sup>2</sup>. El principio de integridad judicial ha guiado siempre el juicio de discrecionalidad de la Corte, que como órgano principal judicial de las Naciones Unidas ha establecido una especie de obligación *prima facie* de cooperar con los entes autorizados para plantear cuestiones jurídicas y de esa forma participar en las actividades de la Organización<sup>3</sup>, salvo que existiesen razones decisivas para negarse a responder<sup>4</sup>.

En el asunto que ocupó a la Corte Internacional de Justicia relativo a la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo hubo una división importante de ideas sustantivas respecto de la discreción con que la Corte ejerció su poder para decidir si, una vez constatada su competencia, respondía a la pregunta planteada por la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el carácter jurídico de esa declaración de independencia. Una minoría importante de cinco jueces<sup>5</sup>, frente a una mayoría de nueve<sup>6</sup>, manifestaron su convicción de que éste era uno de esos casos excepcionales en el que existían razones decisivas para que la Corte se negase a responder la cuestión jurídica planteada por la Asamblea General. En estas páginas examinaré las razones que esgrimieron los Estados, la opiniones separadas o disidentes de los jueces y la Opinión consultiva de la Corte en relación con la discrecionalidad para denegar una respuesta a la solicitud por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 8 de octubre de 2008, de una Opinión consultiva sobre la legalidad de la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo según el

<sup>2</sup> «The Court, being a Court of Justice, cannot, even in giving advisory opinions, depart from the essential rules guiding their activity as a Court», *Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion*, 1923, PCIJ, Series B, núm. 5, p. 29. Este principio es un lugar común en la jurisprudencia consultiva de la Corte [*Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal*, ICJ Reports 1973, p. 175, párr. 24; *Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal*, ICJ Reports 1982, p. 334, párr. 22; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004 (I), pp. 156-157, párrs. 44-45]. Se puede decir que el principio irradia sus efectos también en la jurisprudencia contenciosa, al menos en los supuestos de sentencias declarativas, como se puede comprobar en el caso *Northern Cameroons (Cameroon c. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1963, p. 30.

<sup>3</sup> Por ejemplo, en la Opinión consultiva *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, ICJ Reports 1950, p. 71.

<sup>4</sup> Las versiones oficiales de los pronunciamientos de la Corte en inglés y francés utilizan las expresiones «compelling reasons» y «raisons décisives».

<sup>5</sup> El vicepresidente Tomka añadió una declaración, el juez Keith una opinión separada y los jueces Koroma, Bennouna y Skotnikov hicieron votos disidentes. Todos los documentos están disponibles en <http://www.icj-cij.org>.

<sup>6</sup> El presidente Owada y los jueces Al-Khasawneh, Buergenthal, Simma, Abraham, Sepúlveda-Amor, Cançado Trindade, Yusuf y Greenwood.

Derecho internacional<sup>7</sup> y finalmente respondida mediante la Opinión consultiva sobre la *adecuación al Derecho internacional de la Declaración Unilateral de Independencia en Kosovo* de 22 de julio de 2010<sup>8</sup>. Comenzaré exponiendo una necesaria síntesis de las reglas que gobiernan la jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia, para luego analizar las cuestiones relativas a la competencia y la discrecionalidad de la Corte en el asunto *Kosovo*. La parte final de esta contribución ofrece una breve conclusión que contiene una defensa de un espacio limitado para el ejercicio de discrecionalidad en el ámbito de la jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia como un instrumento de salvaguardia de la integridad e independencia judicial de la Corte, que favorece una mejor deliberación jurídica sobre el carácter y las funciones de la jurisdicción consultiva, sea en la determinación del Derecho internacional, la interpretación constitucional o la participación en casos que afecten a controversias pendientes entre Estados, teniendo en cuenta la finalidad pacificadora que deben tener los pronunciamientos de la Corte<sup>9</sup>.

## 2. LA COMPETENCIA CONSULTIVA DE LA CORTE Y EL ALCANCE DE SU DISCRECIONALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

Además de su competencia contenciosa, que sólo se puede ejercer respecto de controversias entre Estados y llevadas por éstos ante la Corte Internacional de Justicia<sup>10</sup>, ésta tiene competencia para emitir opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas ante la solicitud de órganos autorizados de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas. Una consecuencia directa y esencial de este dato es la falta de incidencia del consentimiento de los Estados para establecer la competencia consultiva. La Corte ha dicho, en este sentido, que el consentimiento de los Estados partes en una controversia es la base de su jurisdicción contenciosa y que «la situación es diferente respecto de los procedimientos consultivos aun cuando la solicitud de una Opinión consultiva verse sobre una cuestión jurídica actualmente pendiente entre Estados»<sup>11</sup>. El consentimiento de los Estados, en cambio, puede tener incidencia en el ejercicio de discrecionalidad de la Corte<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Resolución A/63/3, Solicitud de una Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia respecto de si la declaración unilateral de independencia de Kosovo se ajusta al Derecho internacional, adoptada el 8 de octubre de 2008 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

<sup>8</sup> *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, *supra*, nota 1.

<sup>9</sup> ESPÓSITO, C., *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, capítulos 7, 8 y 9, donde se proponen funciones cuasiconstitucionales, cuasicontenciosas y de apelación para la jurisdicción consultiva de la Corte.

<sup>10</sup> Art. 34.1 del Estatuto de la Corte: «Sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte». Véase el comentario de P.-M. DUPUY al art. 34 del Estatuto en ZIMMERMANN, A., *et al.* (eds.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Oxford University Press, 2006.

<sup>11</sup> *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, ICJ Reports 1950, p. 71.

<sup>12</sup> *Western Sahara*, ICJ Reports 1975, p. 25.

El procedimiento consultivo ante la Corte se inicia cuando un órgano autorizado formula una solicitud de opinión ante la Corte. La Carta de las Naciones Unidas establece en su art. 96 que «la Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una Opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica». Esa norma también habilita a la Asamblea General a autorizar a otros órganos de las Naciones Unidas para que puedan solicitar opiniones consultivas sobre «cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades». Por tanto, supuesta la capacidad de la Corte para responder a este tipo de solicitudes, la identificación de los órganos autorizados y la definición de la cuestión jurídica suscitada son los elementos básicos de la competencia consultiva.

## 2.1. Órganos y organismos autorizados para solicitar opiniones consultivas

La identificación de los órganos autorizados para solicitar opiniones consultivas no resulta problemática<sup>13</sup>. Estos órganos pueden tener una autorización directa, es decir, establecida en la propia Carta de Naciones Unidas, como ocurre con la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, o indirecta, esto es, otorgada por la Asamblea General sobre la base del poder que le atribuye la Carta en el segundo párrafo del art. 96<sup>14</sup>. La Asamblea General ha solicitado opiniones de la Corte en relación con numerosos asuntos que han sido examinados por la Corte<sup>15</sup>, mientras que el Consejo de Seguridad sólo lo ha hecho una vez<sup>16</sup>. La Corte ha recibido también solicitudes de otros órganos u organismos de Naciones Unidas autorizados por la Asamblea General para plantear cuestiones jurídicas que surjan dentro del ámbito de sus

<sup>13</sup> La Corte publica una lista de órganos, organismos y organizaciones autorizados para solicitar opiniones consultivas en su sitio de internet: <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=2&p3=1>.

<sup>14</sup> Art. 96.2 de la Carta: «Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades».

<sup>15</sup> *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)*, ICJ Reports 1947-1948; *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, ICJ Reports 1949; *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, ICJ Reports 1950; *Competence of the General Assembly for the Admission of a State*, ICJ Reports 1950; *International Status of South West Africa*, ICJ Reports 1950; *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, ICJ Reports 1951; *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal*, ICJ Reports 1954; *Voting Procedure on Questions relating to Reports and Petitions concerning the Territory of South West Africa*, ICJ Reports 1955; *Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa*, ICJ Reports 1956; *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, ICJ Reports 1962; *Western Sahara*, ICJ Reports 1975; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, ICJ Reports 1988; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2005; *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, *supra*, nota 1.

<sup>16</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, ICJ Reports 1971.

actividades, como la Organización Mundial de la Salud<sup>17</sup>, la UNESCO<sup>18</sup>, la Organización Marítima Internacional<sup>19</sup> y el Consejo Económico y Social<sup>20</sup>.

La autorización otorgada por la Carta a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad es amplísima<sup>21</sup>, ya que no está limitada por ninguna condición específica, salvo el carácter jurídico de la cuestión que se somete a la jurisdicción consultiva de la Corte. Desde el punto de vista material, es difícil encontrar limitaciones a los intereses que pueden ocupar a la Asamblea o al Consejo, porque éstos se identifican con los intereses de las Naciones Unidas y por tanto abarcan temas culturales, políticos, económicos, etcétera. En relación con la Asamblea General, se han señalado posibles limitaciones en los arts. 11 y 12 de la Carta, que obligan a la Asamblea a abstenerse de hacer recomendaciones sobre controversias o situaciones que estuviesen ocupando al Consejo de Seguridad<sup>22</sup>. Ésta es una de las cuestiones importantes que se plantearon en el asunto de Kosovo<sup>23</sup> y, aunque nos ocuparemos de las alegaciones específicas que se produjeron en ese asunto<sup>24</sup>, conviene avanzar que no considero que haya un obstáculo insalvable en esos mandatos de abstención, ya que se refieren a limitaciones a los poderes de acción de la Asamblea, no a la capacidad de tratar temas que pueden superponerse a los que estuviesen siendo considerados en el Consejo de Seguridad. La solicitud de Opinión consultiva no constituye una recomendación en el sentido del art. 12 de la Carta<sup>25</sup>.

A diferencia de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, los demás órganos y organismos de Naciones Unidas autorizados indirectamente por medio de resoluciones de la Asamblea General tienen como límite «las cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades». Éste es un límite que deberá analizarse caso por caso. La jurisprudencia de la Corte cuenta con un caso donde sus jueces constataron que un organismo autorizado, la Organización Mundial de la Salud, no tenía competencia para solicitar una Opinión consultiva de la Corte sobre la legalidad del uso de armas

<sup>17</sup> *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, ICJ Reports 1980; *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, ICJ Reports 1996.

<sup>18</sup> *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco*, ICJ Reports 1956.

<sup>19</sup> *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*, ICJ Reports 1960.

<sup>20</sup> *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, ICJ Reports 1989; *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, ICJ Reports 1999.

<sup>21</sup> BENVENUTI, P., *L'accertamento del diritto mediante i pareri consultivi della Corte Internazionale di Giustizia*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 116.

<sup>22</sup> Por ejemplo, ROSENNE, S., *The Law and Practice of the International Court*, 1920-2005, The Hague, Martinus Nijhoff, 2006, vol. 1, p. 114, y también p. 248, donde el autor aclara que el Consejo no goza de una competencia exclusiva.

<sup>23</sup> *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, *supra* en nota 1, párrs. 36-47.

<sup>24</sup> Véase, *infra*, apartado 3.

<sup>25</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004 (I), párr. 25 («a request for an advisory opinion is not in itself a "recommendation" by the General Assembly "with regard to a dispute or situation"»); ESPÓSITO, C., *supra* en nota 9, pp. 66-67.

nucleares por un Estado en conflictos armados<sup>26</sup>, una decisión que no tuvo mayor trascendencia porque, simultáneamente, la Asamblea General había planteado un cuestión similar ante la Corte, que ésta respondió en su Opinión consultiva de 1996<sup>27</sup>.

La lista de órganos y organismos autorizados para solicitar opiniones consultivas, además de excluir casos que se han discutido como posibles adiciones, como ocurre con el Secretario General de las Naciones Unidas<sup>28</sup>, dejan fuera a los señores de la jurisdicción contenciosa, a los Estados. Ciertamente, los Estados no están habilitados para solicitar opiniones consultivas de la Corte. Se puede pensar en varios fundamentos para denegar esta legitimación a los Estados. En un trabajo anterior consideré que el argumento más claro podía basarse en que una autorización de esas características equivaldría a crear «una especie de jurisdicción obligatoria en contradicción con los principios fundamentales de la sociedad internacional, especialmente el carácter voluntario de la jurisdicción internacional»<sup>29</sup>. Pero ahora no considero que sea un argumento tan fuerte, no sólo porque esos principios fundamentales pueden cambiar, sino especialmente porque hay al menos una jurisdicción consultiva de un tribunal internacional que admite solicitudes de Estados. En efecto, el art. 64 del Pacto Interamericano de Derechos Humanos faculta a todos los órganos de la OEA y a todos sus Estados miembros para solicitar opiniones consultivas, que incluso podrían referirse a controversias sobre las que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no fuese competente<sup>30</sup>. La propia Corte Interamericana ha admitido que su función consultiva es «única en el Derecho internacional contemporáneo» y que «la Convención, al permitir a los Estados miembros y a los órganos de la OEA solicitar opiniones consultivas, crea un sistema paralelo al del art. 62 y ofrece un método judicial alterno de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso»<sup>31</sup>. Ni la Carta de las Naciones Unidas ni el Estatuto de la Corte imaginaron un sistema parecido. Por tanto, como haremos en la próxima sección de este trabajo, cabe preguntarse qué incidencia tiene en el establecimiento de la competencia consultiva y en el ejercicio de discrecionalidad de la Corte, por

<sup>26</sup> *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, ICJ Reports 1996 (I).

<sup>27</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996.

<sup>28</sup> Véase SCHWEBEL, S, «Authorizing the Secretary-General of the UN to Request Advisory Opinions of the International Court of Justice», en MAKARZYK, J. (ed.), *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, The Hague, Nijhoff, 1984, pp. 519-529; HIGGINS, R., «A Comment on the Current Health of Advisory Opinions», en LOWE, V., y FITZMAURICE, M. (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice*, 1996, pp. 567-581, especialmente en las pp. 569-570. Véase también el informe del Secretario General de las Naciones Unidas, BOUTROS-GHALI, B., *Un programa de paz*, UN Doc S/24111, de 17 de junio de 1992, párr. 38, donde se pronuncia a favor de la autorización del Secretario General para solicitar opiniones consultivas de la Corte.

<sup>29</sup> ESPÓSITO, C., *supra* en nota 9, p. 71.

<sup>30</sup> Véase BUERGENTHAL, T., «The Advisory Function of the American Human Rights Court», *American Journal of International Law*, vol. 79, 1985, pp. 1-27.

<sup>31</sup> Opinión consultiva en el asunto de *las restricciones a la pena de muerte*, Series A y B, núm. 3, párr. 43.

un lado, el hecho de que la solicitud de Opinión consultiva en el asunto *Kosovo* fuese una iniciativa de un solo Estado, antes que del órgano autorizado a solicitar opiniones consultivas, y por otro lado, el hecho de que la eventual respuesta de la Corte fuese útil para ese Estado más que para el órgano que la solicita formalmente.

## 2.2. ¿Qué es una cuestión jurídica?

El objeto de las solicitudes de opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia debe ser una cuestión jurídica. Así lo establece el art. 96 de la Carta y el art. 65 del Estatuto, y así lo ha confirmado la Corte, por ejemplo, en el asunto *Ciertos gastos de Naciones Unidas*, cuando afirmó que «la Corte puede dar una Opinión consultiva sólo sobre una cuestión jurídica», y añadió: «Si una cuestión no es jurídica, la Corte no tiene discreción en la materia»<sup>32</sup>.

Aun cuando uno pudiera pensar, como hizo el juez Azevedo en el asunto de los *tratados de Paz*<sup>33</sup>, que la expresión incorporada en la Carta de las Naciones Unidas significaba una restricción del alcance de la expresión respecto del Pacto de la Sociedad de Naciones, cuyo art. 14 hablaba de «cualquier controversia o cuestión jurídica», lo cierto es que la Corte ha hecho una interpretación generosa de la fórmula «cualquier cuestión jurídica». Para la Corte, las cuestiones jurídicas son aquellas que por su propia naturaleza son capaces de recibir «una respuesta basada en Derecho»<sup>34</sup>. En este sentido, caso por caso, la Corte ha rechazado prácticamente todos los argumentos que pretendían atacar la juridicidad de las cuestiones planteadas en las solicitudes de opiniones consultivas, ya fueran referidos a problemas fácticos<sup>35</sup>, a la falta de claridad de la pregunta<sup>36</sup> o al carácter político<sup>37</sup> o abstracto<sup>38</sup> de la cuestión.

<sup>32</sup> ICJ Reports 1962, p. 115.

<sup>33</sup> ICJ Reports 1950, p. 82.

<sup>34</sup> *Western Sahara*, ICJ Reports 1975, p. 18 (*by their very nature susceptible of a reply based on law*). Esta expresión recuerda a la que acuñó Ch. de VISSCHER en su libro *Teorías y realidades en Derecho internacional público*, trad. de P. Sancho Riera, Barcelona, 1962, p. 387 (*se trata de todo problema susceptible de recibir una respuesta fundada en Derecho*).

<sup>35</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, ICJ Reports 1971, p. 27; *Western Sahara*, ICJ Reports 1975, p. 19.

<sup>36</sup> Por ejemplo, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004 (I), párr. 38.

<sup>37</sup> Por ejemplo, *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)*, ICJ Reports 1947-1948, p. 61; *Western Sahara*, ICJ Reports 1975, p. 18, párr. 15; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996 (I), p. 234, párr. 13; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004 (I), p. 155, párr. 41.

<sup>38</sup> *The Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004 (I), párr. 40; *Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996 (I), p. 236, párr. 15; *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)*, ICJ Reports 1947-1948, p. 61 (*la Corte puede dar una Opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica, abstracta o no*). Véase también ICJ Reports 1951, p. 21 (*purement abstrait*); e ICJ Reports 1954, p. 51 (*general and abstract*).

Una solicitud de Opinión consultiva también puede estar relacionada con una controversia actualmente pendiente entre Estados. Prueba de que ese tipo de relación no afecta a la competencia consultiva de la Corte es la aceptación de que la asimilación de los procesos consultivo y contencioso comprende también la aplicación de las reglas sobre designación de jueces ad hoc cuando las cuestiones jurídicas sean sobre materias referidas a controversias pendientes entre Estados<sup>39</sup>. Por supuesto, ese dato podría afectar al juicio de discrecionalidad de la Corte para afirmar su jurisdicción consultiva<sup>40</sup>.

### 2.3. La discrecionalidad de la Corte para negarse a responder una cuestión consultiva y su alcance

La Corte Internacional de Justicia nunca se ha negado a responder una solicitud de Opinión consultiva<sup>41</sup>. Sin embargo, la Corte goza de un poder discrecional<sup>42</sup> para decidir si da una Opinión consultiva con base en la letra del art. 65 del Estatuto: «La Corte podrá emitir opiniones consultivas [...】. En otras palabras, de acuerdo con el carácter discrecional de su jurisdicción consultiva, la Corte podría negarse a responder una solicitud de Opinión consultiva, aunque eso sólo sería posible si la Corte encontrase razones decisivas<sup>43</sup> que fundamentasen tal denegación. Esas razones decisivas no están claramente determinadas. Son causas que no pueden asimilarse a la mera falta de oportunidad o la inconveniencia de emitir una opinión por parte de

<sup>39</sup> Art. 102.3 del Reglamento de la Corte. Véase el comentario de FROWEIN, J. A., y OELLERS-FRAHM, K., al art. 65 del Estatuto en ZIMMERMANN, A., et al., *The Statute of the International Court of Justice*, p. 1408, párr. 20. En general, sobre los jueces ad hoc en el procedimiento consultivo, véase ESPÓSITO, C., *supra* en nota 9, pp. 42-55.

<sup>40</sup> Véase DOMINICÉ, C., «Request of Advisory Opinions in Contentious Cases», en BOISSON DE CHAZOURNES, L.; ROMANO, C. P. R., y MACKENZIE, R. (eds.), *International Organizations and International Dispute Settlements: Trends and Prospects*, 2002, pp. 91-103.

<sup>41</sup> La Corte Permanente de Justicia Internacional dijo que no era competente para dar su opinión en el caso de la *Carelia Oriental*, PCIJ, Series A/B, núm. 5, p. 23. Este caso, sin embargo, se refería a una controversia bilateral en la que uno de los Estados afectados se había formalizado su objeción al procedimiento, pero sobre todo no era parte en el Estatuto de la Corte Permanente ni miembro de la Sociedad de Naciones. Véase ESPÓSITO, C., *supra* en nota 9, pp. 227-230.

<sup>42</sup> *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1962, p. 155 («[t]he power granted is of a discretionary character»); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996 (I), pp. 234-235, párr. 14; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, pp. 156-157, párr. 44 («[t]he Court has a discretionary power to decline to give an advisory opinion even if the conditions of jurisdiction are met»). Véase OELLERS-FRAHM, K., «Article 96 United Nations Charter», en ZIMMERMANN, A.; TOMUSCHAT, Ch., y OELLERS-FRAHM, K. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Oxford University Press, 2006, pp. 187-188. Véase también ABI-SAAB, G., «On Discretion-Reflections on the Nature of the Consultative Function of the International Court of Justice», en BOISSON DE CHAZOURNES, L. (ed.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, 1999, pp. 36-50.

<sup>43</sup> *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, *supra* en nota 1; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996-I, p. 73, párr. 14; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004 (I), p. 24; etc. Véase ABI-SAAB, G., *supra*, nota 42.

la Corte. Las razones decisivas tienen que socavar esencialmente la integridad judicial de la Corte, dado que la función consultiva de la Corte es una función judicial<sup>44</sup> y la Corte, en el ejercicio de su función consultiva, no puede separarse de las reglas que guían su actividad judicial<sup>45</sup>.

La Corte ha tenido que argumentar jurídicamente sobre la falta de razones decisivas para denegar la emisión de opiniones consultivas en numerosas ocasiones. La Opinión consultiva sobre la declaración unilateral de independencia de Kosovo no ha sido una excepción, por supuesto, y de esa argumentación nos ocuparemos en la próxima parte de este trabajo. Por ahora, para completar esta síntesis de la jurisdicción consultiva necesaria como base para plantear las cuestiones que se suscitaron en el asunto sobre la declaración unilateral de independencia respecto de Kosovo, es suficiente con hacer referencia a las situaciones típicas donde aparece el problema del ejercicio de discrecionalidad de la Corte: consentimiento de los Estados, efectos políticos de la eventual Opinión consultiva y carencia de pruebas necesarias para responder a la cuestión planteada.

El principal motivo de discusión en este contexto ha sido el que viene unido a la posible pretensión de burlar la exigencia del consentimiento de los Estados interesados para someter una controversia a la Corte Internacional de Justicia<sup>46</sup>. Era un tema complicado para la Corte porque, en los primeros años de su andadura, cabía una interpretación extensiva del caso *Carelia Oriental*, donde su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, había dicho que no tenía competencia para responder a la cuestión que se le planteaba relativa a una controversia entre Finlandia y Rusia. En ese asunto la Corte Permanente dijo unas palabras que han sido muchas veces citadas: «Ningún Estado puede, sin su consentimiento, ser compelido a someter sus controversias con otros Estados a la mediación o al arbitraje, o a cualquier otra forma de arreglo pacífico». Sin embargo, según mi opinión, ése no era un caso de discrecionalidad, sino de competencia, y la clave para entenderlo así era la interpretación del art. 17 del Pacto de la Sociedad de Naciones<sup>47</sup>, que regulaba la situación jurídica de los Estados que no eran miembros de la Sociedad de Naciones, a los que el Consejo de la Sociedad de Naciones debía invitar a someterse a las obligaciones de sus miembros en relación con la solución de controversias. Rusia no era miembro de la Sociedad de Naciones y rechazó la invitación de su Consejo a participar en los procedimientos y, por tanto, como sostuvo la Corte Permanente, el Consejo de la Sociedad de Naciones no era competente para tratar la cuestión.

El tema se planteó por vez primera en la Corte Internacional de Justicia en el asunto de los *tratados de paz*, donde la Corte estableció un punto de partida

<sup>44</sup> ESPÓSITO, C., *supra* en nota 9, pp. 2-6.

<sup>45</sup> Véase la cita del asunto de la *Carelia Oriental*, *supra* en nota 2.

<sup>46</sup> Véase DOMINICÉ, C., *supra* en nota 40.

<sup>47</sup> Véase KEITH, K. J., *The Extent of the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Leyden, Kluwer, 1971, p. 94.

que fue bien calificado como «un prólogo para el futuro»<sup>48</sup> de la jurisdicción consultiva de la Corte. En ese asunto, la Corte afirmó que «ningún Estado, sea miembro de las Naciones Unidas o no, puede impedir la respuesta a una Opinión consultiva que las Naciones Unidas considera deseable con el fin de que le ilustre sobre el rumbo que debe tomar». Y en ese mismo párrafo pronunció unas líneas que han sido repetidas en todos los asuntos consultivos relevantes: «La opinión de la Corte se da no a los Estados, sino al órgano que está legitimado para solicitarla; la respuesta de la Corte, ella misma un “órgano de las Naciones Unidas”, representa su participación en las actividades de la Organización y, en principio, no debe ser rechazada»<sup>49</sup>. El tema se volvió a presentar en varias ocasiones, especialmente en los asuntos *Sáhara Occidental*<sup>50</sup> y la *Construcción de un muro israelí en territorio palestino*<sup>51</sup>, pero la Corte siempre ha mantenido firme su doctrina y ha rechazado la idea de que su opinión pueda significar una burla del principio del consentimiento de los Estados en la solución judicial de las controversias.

Los efectos políticos de las cuestiones jurídicas sometidas a la Corte han sido alegados por Estados participantes en procedimientos consultivos como razones decisivas para que en el ejercicio de su discrecionalidad decisoria la Corte rechace una solicitud de Opinión consultiva. La Corte no ha asumido esos puntos de vista. El caso más llamativo en este sentido es el de *la construcción de un muro israelí en territorio palestino*, donde la Corte negó que los efectos políticos de su respuesta jurídica fuesen una razón decisiva para impedir ejercer su deber de colaboración con la Asamblea General<sup>52</sup>.

El tercer supuesto en el que se ha planteado la eventual existencia de razones decisivas para denegar una Opinión consultiva de la Corte ha sido cuando los participantes en el procedimiento consultivo han señalado la imposibilidad para la Corte de conseguir las pruebas necesarias para responder a la cuestión planteada. La Corte, sin embargo, ha afirmado su jurisdicción consultiva en todos esos casos, sosteniendo que contaba con la información suficiente para responder las cuestiones jurídicas planteadas<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> GROSS, L., «The International Court of Justice and the United Nations», *Recueil des Cours*, 1967, vol. 20, p. 416.

<sup>49</sup> *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1950, p. 71; *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1999 (I), pp. 78-79, párr. 29; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004 (I), p. 156, párr. 44.

<sup>50</sup> *Western Sahara*, ICJ Reports 1975, pp. 24-25, párrs. 31-34.

<sup>51</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004 (I), pp. 157-158, párrs. 47-48. Cfr. la opinión separada de la juez Higgins en este caso, donde mantiene que esa opinión de la Corte es una revisión, antes que una mera aplicación, de los precedentes jurisprudenciales, especialmente en relación con el caso del *Sáhara Occidental* (p. 210, párrs. 12-13).

<sup>52</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004 (I), p. 159, párr. 51.

<sup>53</sup> *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1950, p. 72; *Western Sahara*, ICJ Reports 1950, pp. 28-29, párr. 46; *The Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004 (I), p. 162,

Esta jurisprudencia indica que el espacio para la discrecionalidad es muy limitado<sup>54</sup>, para algunos incluso inexistente<sup>55</sup>. En el asunto de *Kosovo*, ésta fue una cuestión que generó posiciones encontradas, como se revela en las declaraciones de los participantes en el procedimiento y, especialmente, en las declaraciones, opiniones separadas y opiniones disidentes que los jueces de la Corte adjuntaron a la Opinión consultiva.

### 3. COMPETENCIA Y DISCRECIONALIDAD DE LA CORTE EN EL ASUNTO *KOSOVO*

En el asunto de la *Declaración unilateral de independencia de Kosovo* la Corte tuvo que ocuparse de manera preliminar de ciertas objeciones a su competencia consultiva y de los argumentos que la instaban a ejercer su poder discrecional para negarse a responder la cuestión planteada por la Asamblea General. Una vez establecidas, en el apartado anterior, las bases normativas y jurisprudenciales que con carácter general son el fundamento de la jurisdicción consultiva de la Corte, esta parte analiza los fundamentos jurídicos de la Opinión consultiva sobre Kosovo, donde la Corte, como de costumbre<sup>56</sup>, se pronunció primero sobre su competencia y luego sobre si en el caso concreto existían razones decisivas que la forzaran a rechazar la solicitud de Opinión consultiva sobre la conformidad con el Derecho internacional de la declaración unilateral de independencia respecto de Kosovo.

#### 3.1. Sobre la competencia de la Corte en el asunto *Kosovo*

##### 3.1.1. *La solicitud de Opinión consultiva de la Asamblea General*

La Opinión consultiva fue solicitada por la Asamblea General el 8 de octubre de 2008 mediante una decisión adoptada según los procedimientos de ese órgano principal de las Naciones Unidas<sup>57</sup>. La Asamblea General, como ya se ha explicado<sup>58</sup>, está autorizada directamente en el art. 96 de la Carta de las Naciones Unidas para solicitar opiniones consultivas a la Corte Inter-

párr. 58 («*The Court finds that it has before it sufficient information and evidence to enable it to give the advisory opinion requested by the General Assembly*»).

<sup>54</sup> ABI-SAAB, G., *supra* en nota 42.

<sup>55</sup> Cfr. KOLB, K., «De la prétendue discretion de la Cour internationale de Justice de refuser de donner un avis consultatif», en *The International Legal System in Quest of Equity and Universality*, Liber Amicorum Georges Abi-Saab, 2001, pp. 609-627.

<sup>56</sup> *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, ICJ Reports 2010, párr. 17; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996 (I), p. 232, párr. 10; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004 (I), p. 144, párr. 13.

<sup>57</sup> Resolución A/63/3, Solicitud de una Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia respecto de si la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo se ajusta al Derecho internacional, adoptada el 8 de octubre de 2008 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (77 votos a favor, 6 en contra y 74 abstenciones).

<sup>58</sup> *Supra*, apartado 2.1.

nacional de Justicia. Sin embargo, hubo al menos dos puntos que deben ser considerados en relación con la legitimación de la Asamblea para solicitar la Opinión consultiva respecto de Kosovo, ambos de relevancia tanto en la determinación de la competencia de la Corte como en el ejercicio de su juicio de discrecionalidad. Me refiero, por un lado, a la competencia material de la Asamblea General para solicitar esta Opinión consultiva y, por otro lado, a las alegaciones contra la forma de adoptar la Resolución A/63/3 por parte de la Asamblea General, teniendo en cuenta que la iniciativa provino de un Estado en particular, es decir, Serbia. Son dos caras de un argumento unido a la determinación de los poderes de la Asamblea General que, desde mi punto de vista, no tienen mayor incidencia en la determinación de la competencia de la Corte en este caso.

En realidad, la cuestión relativa a la competencia material para solicitar opiniones consultivas es un tema que la Corte no necesitaría considerar cuando se trata de solicitudes provenientes de la Asamblea General o del Consejo. El art. 96 de la Carta dice expresamente que la Asamblea General puede solicitar opiniones consultivas a la Corte sobre «cualquier cuestión jurídica». Éste es el único límite que fija el art. 96 de la Carta<sup>59</sup>. Por tanto, cualquier limitación que se quiera imponer a la Asamblea tendrá que basarse en los límites de su función como uno de los órganos principales de las Naciones Unidas. Sin embargo, como dije anteriormente<sup>60</sup>, encontrar esos límites no es una tarea fácil, porque la Asamblea General tiene unas competencias amplísimas en relación con las numerosas materias que pueden ser objeto de su interés. Respecto de la competencia de la Asamblea en el asunto *Kosovo*, la Corte, como en otras ocasiones<sup>61</sup>, se refirió al derecho de la Asamblea para solicitar su opinión y, en especial, se ocupó de un tema que trajeron varios participantes en el procedimiento consultivo de la Corte, esto es, si la aplicación del art. 12.1 de la Carta tenía como efecto dejar fuera de la competencia de la Asamblea la posibilidad de pedir una Opinión consultiva.

En relación con las actividades de la Asamblea ligadas a la cuestión jurídica planteada, la Corte observó que el art. 10 de la Carta daba a la Asamblea un poder muy amplio de deliberación y recomendación. Ese artículo establece que:

«La Asamblea podrá discutir cualesquier asuntos o cuestiones dentro de los límites de esta Carta o que se refieran a los poderes y funciones de cualquiera de los órganos creados por esta Carta, y salvo lo dispuesto en el artículo 12 podrá hacer recomendaciones sobre tales asuntos o cuestiones a los Miembros de las Naciones Unidas o al Consejo de Seguridad o a éste y a aquéllos».

<sup>59</sup> La declaración escrita presentada por España en el asunto *Kosovo* presupone una postura de estas características, porque en este punto, en el párr. 7 del documento, se limita a señalar el contenido del art. 96.1 de la Carta de Naciones Unidas y el art. 65.1 del Estatuto de la Corte.

<sup>60</sup> Véase *supra*, apartado 2.1 de este trabajo.

<sup>61</sup> *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1950, p. 70; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1996 (I), pp. 232-233, párrs. 11-12; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, ICJ Reports 2004 (I), p. 145, párrs. 16-17.

Un poder de deliberación que se acrecienta con la capacidad de discutir sobre «toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que presente a su consideración cualquier Miembro de las Naciones Unidas», prevista en el párrafo segundo del art. 11 de la Carta, con el límite impuesto por el art. 12 de la Carta para hacer recomendaciones específicas. Este artículo, por su parte, establece en su primer párrafo que:

«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».

La Corte no aceptó la tesis, sostenida por algún interviniente en el procedimiento, sobre la falta de competencia de la Asamblea en este caso como consecuencia de la aplicación del límite prescrito en el párrafo citado del art. 12 de la Carta, dado que el Consejo de Seguridad se estaba ocupando de la situación de Kosovo. La Corte rechazó este argumento de impugnación de la competencia de la Asamblea de una manera muy sencilla, apoyándose en su doctrina jurisprudencial establecida en varios asuntos consultivos en la que se afirma que «la solicitud de Opinión consultiva no es en sí misma una “recomendación” de la Asamblea General “relativa a una controversia o situación”»<sup>62</sup>. En otros términos, la Corte sostuvo que el límite del art. 12 de la Carta no afectaba a la competencia de la Asamblea General para solicitar opiniones consultivas, sino a sus acciones posteriores a la recepción de la Opinión consultiva; en cambio, como observaremos en las páginas siguientes<sup>63</sup>, esa coincidencia podría constituir una razón decisiva para, admitida su competencia, decidir discrecionalmente rechazar el ejercicio de jurisdicción.

En cuanto a la segunda cuestión planteada, es decir, la falta de capacidad de los Estados para solicitar opiniones consultivas, se debe apuntar que hubo algunas intervenciones en los procedimientos que sostuvieron la necesidad de levantar el velo del proceso de adopción de la Resolución para demostrar que, en realidad, la solicitud respondía a la iniciativa de un solo miembro de las Naciones Unidas y que este dato incidía en la competencia de la Corte Internacional de Justicia para responder a la cuestión planteada respecto de Kosovo. En efecto, fueron varias las delegaciones que señalaron que la forma en que había llegado el asunto a la Asamblea era inusual, dado que había sido presentado por Serbia como una propuesta aislada, que no fue debatida suficientemente por los miembros de la Asamblea<sup>64</sup>. Al respecto, se debe admitir que es cierto que el tema fue introducido a instancia de Serbia en la agenda de la Asamblea General de forma precipitada, porque no estaba programada con antelación la discusión de la cuestión de Kosovo, y que llamó

<sup>62</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, ICJ Reports 2004 (I), p. 148, párr. 25.

<sup>63</sup> Véase *infra*, apartado 2 de esta parte.

<sup>64</sup> Véase, por ejemplo, el escrito del Reino Unido, de 17 de abril de 2009, párr. 1.5: «As the record shows (A/63/PV.22), there was virtually no discussion of any issues of substance in the plenary meeting of the General Assembly at which the draft resolution was adopted».

la atención la forma en que se expresó el Ministro de Asuntos Exteriores de Serbia al presentar la propuesta de Resolución, porque afirmó que votar contra la Resolución equivaldría a denegar el derecho de todo Estado a recurrir a la vía judicial mediante el sistema de las Naciones Unidas<sup>65</sup>. El problema, como ya se ha expuesto, es que la vía consultiva no está abierta a los Estados, sino a los órganos autorizados directa e indirectamente por la Carta de las Naciones Unidas: los Estados no están autorizados por sí mismos para solicitar opiniones consultivas de la Corte. Sin embargo, por más desafortunadas que parezcan esas palabras del Ministro serbio, el hecho es que fue la propia Asamblea General, aunque con una mayoría exigua<sup>66</sup>, la que aprobó la Resolución A/63/3, adoptada el 8 de octubre de 2008, que contiene la solicitud de Opinión consultiva para la Corte. La Asamblea habría cumplido, se podría decir, un papel instrumental<sup>67</sup> respecto de un Estado al solicitar la Opinión consultiva. Hay quienes consideran que un mero papel instrumental demuestra un *interés insuficiente*<sup>68</sup> de la Asamblea General, que debería conducir a la Corte a ejercer su buen juicio discrecional para negarse a responder la cuestión jurídica planteada, uno de los argumentos que se considerarán en los párrafos siguientes cuando veamos la respuesta de la Corte en relación con el ejercicio de su discrecionalidad. Por ahora, conviene dejar claro que ningún juez de la Corte dudó de la competencia de la misma frente a la cuestión jurídica planteada por la Asamblea General, hecho que quedó reflejado en el voto unánime de los jueces sobre la competencia de la Corte<sup>69</sup>.

### **3.1.2. *La licitud de la declaración unilateral de independencia conforme al Derecho internacional: una cuestión jurídica***

En la segunda parte de este trabajo dejé planteado cuán amplia puede ser la definición de «cuestión jurídica» a los efectos de la competencia consultiva de la Corte. En efecto, como se apuntó con claridad en la declaración escrita presentada por España<sup>70</sup> ante la Corte Internacional de Justicia en el procedimiento del asunto *Kosovo*, la expresión «cuestión jurídica» ha sido definida caso por caso por la Corte, pero siempre identificando una cuestión expresada en términos legales que expone problemas de Derecho internacional<sup>71</sup>, centrada en las consecuencias jurídicas de una situación fáctica dada tomando en cuenta reglas y principios de Derecho internacional; en definitiva, en los términos más generales ya avanzados en estas páginas, una

<sup>65</sup> A/63/PV.22 [*«To vote against (the draft resolution) would be in effect a vote to deny the right of any country to seek —now or in the future— judicial recourse through the United Nations system»*].

<sup>66</sup> 77 votos a favor, 6 votos en contra y 74 abstenciones.

<sup>67</sup> BENVENUTI, P., *op. cit.*, nota 21, p. 113.

<sup>68</sup> Opinión separada del juez Keith, *passim*; Declaración del juez Tomka, párr. 5 (*«I fail to see any "sufficient interest" for the Assembly in requesting the opinion»*).

<sup>69</sup> *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, ICJ Reports 2010, párr. 123.

<sup>70</sup> Véase la declaración escrita de España, párr. 7.

<sup>71</sup> *Western Sahara*, ICJ Reports 1975, p. 18, párr. 15.

questión que por su propia naturaleza es susceptible de una respuesta basada en Derecho.

La Corte también se hizo eco de su frase en el asunto *Sáhara Occidental* para afirmar que la pregunta planteada, es decir, si la declaración unilateral de independencia era conforme al Derecho internacional, estaba redactada en términos jurídicos y planteaba problemas de Derecho internacional<sup>72</sup>. Sin embargo, esta afirmación no fue aceptada por todos los participantes en el procedimiento consultivo. En efecto, hubo delegaciones que sostuvieron que no se trataba de una cuestión jurídica, sino de una cuestión política, formulada de manera «prejuiciosa y argumentativa»<sup>73</sup>, regulada por el Derecho interno y ajena al Derecho internacional. Uno de los escritos que más llama la atención en este sentido por su fuerza es el que presentó Francia, donde se sostuvo que, en el mejor de los casos, la pregunta planteada era «aparentemente una cuestión jurídica» que, en realidad, «no podía ser respondida dentro de un marco genuinamente jurídico y que, consecuentemente, la Corte no era competente para responderla»<sup>74</sup>. La Corte no discutió este tema en su Opinión consultiva en relación con la determinación de su competencia. Al respecto, procedió según su jurisprudencia constante frente a este tipo de alegaciones y mantuvo que los elementos y motivaciones políticas de las cuestiones suscitadas no excluían el carácter jurídico de las cuestiones sometidas a su jurisdicción consultiva<sup>75</sup>.

Más allá del carácter jurídico de la cuestión planteada, hubo varias delegaciones que pusieron énfasis sobre el carácter concreto y bien delimitado de la pregunta, que supondría límites respecto del contenido de la respuesta de la Corte y también en relación con el alcance de la posibilidad de reformular la pregunta de la Asamblea General por parte de la Corte<sup>76</sup>. Ésta, en

<sup>72</sup> *Western Sahara*, ICJ Reports 1975, p. 18, párr. 15 («framed in terms of law and raises problems of international law»).

<sup>73</sup> Declaración escrita presentada por los autores de la Declaración Unilateral de Independencia, de 17 de abril de 2009, párrs. 7.04-7.10.

<sup>74</sup> Declaración escrita presentada por Francia, de 17 de abril de 2009, párr. 1.5.

<sup>75</sup> *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, ICJ Reports 2010, párr. 27, apoyándose en sus opiniones consultivas sobre *Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal*, ICJ Reports 1973, p. 172, párr. 14; *Conditions of Admission of a State in Membership of the United Nations (Article 4 of the Charter)*, ICJ Reports 1947-1948, p. 61; y *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports, 1996 (I), p. 234, párr. 13. La declaración escrita de España señaló que la Corte había reafirmado la utilidad de esclarecer el Derecho en los casos en que hubiese diferencias sobre los elementos políticos de una cuestión jurídica, citando la Opinión consultiva *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, ICJ Reports 1980, p. 87, párr. 33 («in situations in which political considerations are prominent it may be particularly necessary for an international organization to obtain an advisory opinion from the Court as to the legal principles applicable with respect to the matter under debate, especially when these may include the interpretation of its constitution»).

<sup>76</sup> Para una visión crítica del poder de reformular las cuestiones planteadas, véase KAMMERHOFER, J., «Begging the Question? The Kosovo Opinion and the Reformulation of Advisory Requests» (29 de septiembre de 2010), disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1684539>. En este sentido, véase también la opinión del juez Tomka en su declaración añadida a la Opinión consultiva, párr. 10, donde señala que si, como dijo la Corte en el párr. 51 de la Opinión consultiva, la cuestión está claramente formulada y es limitada y específica, entonces no había necesidad de reformularla salvo para conse-

efecto, una vez asumida su competencia, interpretó la cuestión jurídica planteada por la Asamblea General para determinar el significado de la expresión «instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo»<sup>77</sup>, uno de los temas más controvertidos de la Opinión consultiva, que sin embargo se encuentra más allá del objeto de estudio de este trabajo.

### 3.2. La discrecionalidad de la Corte en el asunto *Kosovo*

La jurisdicción de la Corte para dar opiniones consultivas derivada del art. 65 del Estatuto se configura, en principio, tal como se ha expuesto previamente<sup>78</sup>, como una facultad, no como una obligación: el poder otorgado a la Corte es de «carácter discrecional»<sup>79</sup>, aun cuando las condiciones de la competencia hayan sido verificadas. Esta interpretación del párrafo primero del art. 65 del Estatuto se ha reiterado por parte de la Corte en varias ocasiones<sup>80</sup>. En el asunto *Kosovo* la Corte volvió a repetir esa misma afirmación para abrir sus consideraciones sobre la propiedad de responder a la pregunta planteada por la Asamblea General, alegando una vez más la necesidad de proteger la integridad de la función judicial de la Corte<sup>81</sup>. La Corte confirmó su creencia en que su respuesta a una solicitud de Opinión consultiva representa su participación en las actividades de la Organización y que, en principio, no debe ser denegada<sup>82</sup>. Una vez establecido este punto de partida, la Corte procedió a un análisis de las posibles razones decisivas que hubieran podido justificar una negativa a responder la cuestión jurídica planteada por la Asamblea General.

Las cuestiones específicas planteadas en el procedimiento del asunto *Kosovo* como fundamentos decisivos para convencer a la Corte de que su integridad judicial estaba en juego fueron numerosas. En su opinión separada<sup>83</sup>, el juez Cançado Trindade ha hecho una relación de los alegatos de los intervenientes en el procedimiento que incluye: falta de consentimiento en relación con la jurisdicción consultiva; que el problema correspondía a la jurisdicción

guir el resultado perseguido [*The question "is clearly formulated", and "narrow and specific" (Advisory Opinion, paragraph 51). There was, therefore, no need to "adjust" the question, if only for the outcome soughts*]. Sobre la reformulación de cuestiones jurídicas, en general, véase Espósito, C., *supra*, nota 9, pp. 93-95. Asimismo, en igual sentido, la opinión disidente del juez Koroma, párr. 3.

<sup>77</sup> *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, ICJ Reports 2010, párrs. 49-56.

<sup>78</sup> *Supra*, apartado 2.3.

<sup>79</sup> *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1962, p. 155.

<sup>80</sup> Por ejemplo, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004 (I), p. 157, párr. 45; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996 (I), pp. 234-235, párr. 14, y los casos citados en estos párrafos.

<sup>81</sup> *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, *supra*, nota 1, párr. 29.

<sup>82</sup> *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, *supra*, nota 1, párr. 30.

<sup>83</sup> Opinión separada del juez Cançado Trindade, párr. 13.

interna de los Estados y no al Derecho internacional; que el procedimiento estaba siendo utilizado para favorecer los intereses de Estados individuales en vez de los intereses del órgano requirente; que la Asamblea General carecía de competencia para tratar el conflicto de Kosovo; que la participación de la Corte no tenía utilidad para el órgano requirente; que la Opinión consultiva no tendría efectos jurídicos; que la Opinión consultiva tendría efectos adversos; que la Opinión consultiva sería políticamente inapropiada. La Corte abordó estos argumentos ordenándolos en torno a conceptos recurrentes de su jurisprudencia: la motivación de la solicitud de Opinión consultiva; los efectos potenciales de la Opinión consultiva y el límite del art. 12.1 de la Carta respecto de la competencia de la Asamblea General para solicitar la Opinión consultiva.

En relación con los *motivos* que pudieran esconderse tras la solicitud de Opinión consultiva, la Corte hubo de atender, especialmente, a la idea de que su opinión serviría a los intereses de un solo Estado antes que a los del órgano autorizado a pedir opiniones consultivas<sup>84</sup>. La Corte recordó las palabras del Ministro de Asuntos Exteriores serbio, antes aludidas en este trabajo, que para apoyar la iniciativa de solicitar una Opinión consultiva en la Asamblea General, habló de la necesidad de una guía políticamente neutra y autorizada judicialmente para los Estados que aún estaban deliberando acerca de cómo enfrentarse a las declaraciones unilaterales de independencia de acuerdo con el Derecho internacional. En esa ocasión, además, dijo que el apoyo a la solicitud implicaba la reafirmación de un principio fundamental que garantiza el derecho de cualquier Estado miembro de las Naciones Unidas a hacer una pregunta sencilla y básica sobre una materia que considera de importancia vital para la Corte. Más aún, el Ministro aseveró, como se recordará, que votar en contra de la iniciativa implicaría la negación del derecho de cualquier nación a perseguir, ahora o en el futuro, un recurso judicial mediante el sistema de las Naciones Unidas<sup>85</sup>.

La Corte negó que la jurisdicción consultiva fuese un recurso judicial de los Estados. La jurisdicción consultiva, dijo la Corte, es un medio para que los órganos autorizados de acuerdo con el art. 96 de la Carta de las Naciones Unidas puedan obtener una opinión de la Corte para ayudarles en sus actividades. En este sentido, la Corte reiteró una vez más que su opinión no se otorga a los Estados, sino al órgano que la solicita, y que, precisamente por esa razón, los motivos de los Estados patrocinadores de una solicitud de Opinión consultiva no son relevantes para tomar una decisión sobre la propiedad de responder la solicitud. La Corte citó su Opinión consultiva en el asunto de la *legalidad de la amenaza o uso de la fuerza nuclear* para reafirmarse en la idea de que, una vez hecha la solicitud de Opinión consultiva sobre una cuestión jurídica por parte de la Asamblea General mediante la adopción de una Resolución de acuerdo con sus reglas de procedimiento, la Corte no atenderá a los

<sup>84</sup> *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, *supra* en nota 1, párr. 32.

<sup>85</sup> Doc. A/63/PV.22, p. 1.

orígenes o a la historia política de la solicitud o a la distribución de los votos de la Resolución para determinar si existen razones decisivas para negarse a responder a esa cuestión<sup>86</sup>. La opinión de la mayoría no aceptó interpretar las citadas palabras como una prueba de que la Asamblea General estaba siendo utilizada para fines particulares de los Estados.

La Corte tampoco aceptó el argumento de la falta de *efecto útil* de la Opinión consultiva como una razón decisiva para negarse a dar una respuesta a la solicitud de la Asamblea General. La Corte reiteró su posición de que la necesidad de una Opinión consultiva debe ser valorada por el órgano requirente y no por la Corte<sup>87</sup>. Ofreció dos citas de su jurisprudencia consultiva para apoyar este argumento. Por un lado, se refirió a su Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares, donde sostuvo que «la Asamblea General tiene derecho a decidir por sí misma sobre la utilidad de una Opinión consultiva a la luz de sus propias necesidades»<sup>88</sup>. Por otro lado, la Corte se apoyó en su Opinión consultiva sobre las *consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio ocupado de Palestina*, donde afirmó que «la Corte no podía sustituir sus valoraciones sobre la utilidad de una opinión requerida por la del órgano que solicitaba esa opinión»<sup>89</sup>.

Con relación a los posibles *efectos políticos adversos* de la Opinión consultiva, la Corte no encontró buenos fundamentos para considerar esas posibles consecuencias de su opinión como razones decisivas para negarse a responder la cuestión jurídica planteada. La Corte, en sólo un escueto párrafo de su Opinión consultiva<sup>90</sup>, declaró que no estaba persuadida de que este argumento fuese persuasivo porque no había razones para sustituir su valoración sobre los potenciales efectos de participación por la del órgano requirente de la Opinión consultiva. La Corte se refirió a casos anteriores<sup>91</sup> para expresar su convencimiento de que no existían criterios evidentes para preferir valoraciones negativas o positivas sobre los efectos políticos de su intervención que debieran llevarla a rehusar su colaboración con la Organización.

La Corte dedicó la mayor parte de sus consideraciones sobre su discrecionalidad<sup>92</sup> para responder a la solicitud de Opinión consultiva en el asunto *Kosovo* a determinar si debía negarse a responder teniendo en cuenta que la cuestión jurídica había sido planteada por la Asamblea General en vez de por

<sup>86</sup> *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, *supra*, nota 1, párr. 33, donde la Corte cita su Opinión consultiva *Legality of the Threat or Use of Nuclear Force*, ICJ Reports 1996 (I), p. 237, párr. 16.

<sup>87</sup> *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, ICJ Reports 2010, párr. 34.

<sup>88</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Force*, ICJ Reports 1996 (I), p. 237, párr. 16.

<sup>89</sup> ICJ Reports 2004 (I), p. 163, párr. 16.

<sup>90</sup> *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, *supra*, nota 1, párr. 35.

<sup>91</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996 (I), p. 237, párr. 17; *Western Sahara*, ICJ Reports 1975, p. 37 párr. 73; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004 (I), pp. 159-160, párrs. 51-54.

<sup>92</sup> *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, *supra*, nota 1, párrs. 36-47.

el Consejo de Seguridad. En efecto, mientras que el Consejo de Seguridad se había ocupado de la situación en Kosovo desde 1998<sup>93</sup>, habiendo tomado importantes decisiones, como la autorización aprobada en la Resolución 1244 (1999), de 10 de junio, para la creación de la KFOR y la UNMIK, la Asamblea General solo había prestado atención al problema de Kosovo esporádicamente en relación con la situación de los derechos humanos. Es más, como ya se advirtió anteriormente en estas páginas, la Asamblea General tuvo que incorporar un nuevo punto en su agenda para considerar la propuesta de solicitar una opinión de la Corte en relación con la declaración unilateral de independencia de Kosovo.

Éste fue, sin duda, el argumento más fuerte que los participantes en el procedimiento alegaron para que la Corte ejerciese su discrecionalidad y negase dar una respuesta a la cuestión planteada, argumento que exponen los jueces que votaron contra la decisión de la mayoría sobre la procedencia de responder y, de manera muy elocuente, el juez Bennouna en su opinión disidente. Para este juez, la Corte tenía «todo que perder» al entrar en una contienda política de la que, a su entender, sólo el Consejo de Seguridad era competente, un órgano que no había solicitado la opinión de la Corte<sup>94</sup>. El juez Keith, apoyado por el juez Tomka en su declaración, aduce un argumento similar, y para justificar por qué la Corte no debía conocer en sede consultiva la cuestión suscitada, recurre a la idea del «interés insuficiente» de la Asamblea General.

La Corte, por su parte, no suscribió el argumento del interés insuficiente de la Asamblea General como razón determinante para excluir su jurisdicción. La Corte contestó este argumento afirmando, por un lado, la competencia y el interés legítimo de la Asamblea General para discutir la situación de Kosovo y, por otro lado, sosteniendo su capacidad para interpretar resoluciones del Consejo de Seguridad como paso necesario para elaborar su respuesta a la cuestión jurídica planteada.

En relación con el interés legítimo para discutir la situación creada por la declaración unilateral de independencia de Kosovo, la Corte recordó que, como se avanzó en la primera parte de este trabajo al tratar genéricamente su competencia consultiva, los arts. 10 y 11 de la Carta confieren a la Asamblea General un poder muy amplio para discutir materias que caen dentro del ámbito de las actividades de las Naciones Unidas, incluyendo cuestiones relativas a la paz y seguridad internacionales<sup>95</sup>. El art. 12 de la Carta impone un límite a las recomendaciones de la Asamblea General en temas que estuviere decidiendo el Consejo de Seguridad y no a las discusiones en la Asamblea General sobre esos temas<sup>96</sup>. Más aún, la Corte insistió en que la superposición de los temas considerados en el Consejo y la Asamblea consti-

<sup>93</sup> Resolución del Consejo de Seguridad 1160 (1998), de 31 de marzo de 1999.

<sup>94</sup> Opinión disidente del juez Bennouna, párr. 13.

<sup>95</sup> *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, ICJ Reports 2010, párr. 40.

<sup>96</sup> ROSENNE, S., *supra*, nota 22, p. 248.

tuye cada vez con mayor frecuencia la norma antes que la excepción, como sostuvo en el asunto del muro israelí<sup>97</sup>. Aun cuando la Corte reconoció que los hechos en ese asunto diferían en gran medida de los que se planteaban en el asunto *Kosovo*, reafirmó que servían para determinar que el reparto de competencias entre la Asamblea y el Consejo no suponían un obstáculo para su participación en las actividades de la Organización mediante la emisión de una Opinión consultiva.

Respecto de la necesidad de interpretar las resoluciones del Consejo de Seguridad para poder elaborar su opinión sobre la cuestión jurídica suscitada por la Asamblea General, la Corte señaló las distintas ocasiones en que había interpretado esas resoluciones y valorado sus efectos jurídicos, tanto en asuntos consultivos<sup>98</sup> como contenciosos<sup>99</sup>. En todo caso, la Corte no entendió que ésta fuese una razón decisiva para negarse a responder la cuestión jurídica sobre la legalidad de la declaración unilateral de independencia respecto de *Kosovo*<sup>100</sup>. La Corte afirmó que el hecho de que, como era el caso en el asunto *Kosovo*, su respuesta pudiera incidir sobre una decisión del Consejo de Seguridad, no era suficiente para justificar su negativa a responder a una cuestión jurídica que pudiera ser del interés legítimo de la Asamblea General<sup>101</sup>.

En realidad, a la luz de los argumentos y el razonamiento a los que recurre la Corte para sostener que ni las motivaciones políticas de las solicitudes de opiniones consultivas, ni la falta de efecto útil y las posibles consecuencias adversas de sus pronunciamientos son factores concluyentes para precluir la oportunidad de su decisión judicial, cabría preguntarse si hay un espacio real para la discrecionalidad. En opinión del juez Bennouna, que defiende la sujeción de la jurisdicción consultiva al filtro del juicio de discrecionalidad y en el asunto *Kosovo* apoyaba la existencia de elementos decisivos para que la Corte no se pronunciase, el hecho de que la Corte nunca se hubiere negado a responder las cuestiones planteadas por los órganos autorizados para solicitar opiniones consultivas tiene la consecuencia de hacer depender la respu-

<sup>97</sup> *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, *supra* en nota 1, párr. 41.

<sup>98</sup> *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, ICJ Reports 1962, p. 175; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, ICJ Reports 1971, pp. 51-54, párrs. 107-116.

<sup>99</sup> *Questions of the Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya c. United Kingdom)*, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, ICJ Reports 1992, p. 15, párrs. 39-41; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, ICJ Reports 1992, pp. 126-127, párrs. 42-44.

<sup>100</sup> *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, *supra* en nota 1, párrs. 46-47.

<sup>101</sup> *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, *supra* en nota 1, párr. 47. Además de los asuntos citados anteriormente, la Corte se refirió también a la Opinión consultiva en el asunto *Conditions of Admission of a State in the United Nations (Article 4 of the Charter)*, ICJ Reports 1947-1948, pp. 61-62, donde la solicitud de la Asamblea se refería a ciertas declaraciones realizadas en una reunión del Consejo de Seguridad.

ta de la Corte del órgano solicitante, privándola de su discrecionalidad<sup>102</sup>. El juez Cançado Trindade, sin embargo, parece responder directamente al argumento de la discrecionalidad como algo intrínseco a la función consultiva cuando afirma que esa jurisdicción de la Corte «no es una simple facultad, que la Corte puede utilizar a su libre discreción», sino una función de la máxima importancia para la comunidad internacional en su conjunto<sup>103</sup>.

El campo para el ejercicio de la discrecionalidad es, en efecto, muy pequeño. Debe ser así, por las mismas razones que defiende el juez Cançado Trindade. No obstante, antes que proponer su eliminación, mediante la adopción de una teoría procesalista de la jurisdicción consultiva, creo que se debe mantener la idea de la discrecionalidad como principio latente al menos por dos buenas razones. La primera es que permite salvaguardar en última instancia la integridad de la función consultiva de la Corte como una función judicial, que es en sí misma difícil de defender salvo por las características específicas de la justicia internacional, que carece de un desarrollo institucional completamente adecuado a las necesidades de la comunidad internacional. La segunda razón está conectada con la justicia material, porque el principio de discrecionalidad garantiza una deliberación pública en la que la Corte debe fundar sus posiciones mediante razonamientos jurídicos que, en definitiva, mejoran la calidad de sus opiniones y posibilitan una sana crítica robusta de sus decisiones.

#### 4. CONCLUSIÓN

Concuerdo con la Corte en que los requisitos de competencia estaban colmados y, en general, también estoy de acuerdo con los razonamientos jurídicos que llevaron a la Corte a emplear una vez más su discreta discrecionalidad para reafirmar su jurisdicción en el asunto sobre la conformidad con el Derecho internacional de la declaración unilateral de independencia respecto de Kosovo. En efecto, más allá del contenido específico de la Opinión consultiva, que paradójicamente parece haber beneficiado políticamente a aquellos que rechazaban la participación del órgano judicial principal de las Naciones Unidas, la Corte ha vuelto a reafirmar en el asunto *Kosovo* que es la guardiana de su integridad e independencia judicial<sup>104</sup>. Por supuesto, el ámbito de la independencia e integridad judicial en la jurisdicción consultiva puede concebirse de manera amplia o restringida, según las diferentes perspectivas de los actores relevantes y los participantes en los procedimientos concretos. En el asunto *Kosovo*, aparte de los defensores de la participación de la Corte en las actividades de la Organización mediante la emisión de una Opinión consultiva, hubo un par de participantes que impugnaron la competencia

<sup>102</sup> Opinión disidente del juez Bennouna, párr. 5.

<sup>103</sup> Opinión separada del juez Cançado Trindade, párrs. 26-27.

<sup>104</sup> «The Court itself, and not the parties, must be the guardian of the Court's judicial integrity», *Northern Cameroons (Cameroon c. United Kingdom)*, Preliminary Objections, ICJ Reports 1963, p. 29.

consultiva y muchos participantes que reclamaron el ejercicio de la discrecionalidad de la Corte para negarse a responder la cuestión jurídica planteada. La Corte, una vez más, afianzó su creencia en que, en principio, no debe rehusar responder a la solicitud de una Opinión consultiva planteada por un órgano debidamente autorizado.

Esta posición de la Corte deja poco espacio para el ejercicio de la discrecionalidad para negarse a dar respuesta a solicitudes de opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas suscitadas por órganos autorizados de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas. Hay incluso quienes sostienen que ese limitado espacio de discrecionalidad no debería existir, que se debería optar por una postura procesalista, no discrecional, que gobierne la jurisdicción consultiva de la Corte. Hemos visto cómo estas posturas se han manifestado en el asunto *Kosovo*, donde, frente a la determinación de la Corte de responder a la cuestión jurídica planteada, por un lado, el juez Bennouna se quejaba de que la discrecionalidad de la Corte se había transformado en una facultad aparente, que debería haber sido utilizada en esta ocasión para poner freno a las solicitudes «frívolas» de opiniones consultivas; y, por otro lado, el juez Cançado Trindade mantenía que la discrecionalidad es prácticamente incompatible con el carácter judicial de la Corte en el ejercicio de su jurisdicción consultiva. Ante estos puntos de vista, considero que se debe defender un espacio limitado pero relevante para el juicio de discrecionalidad en materia consultiva, anteponiendo siempre el deber de colaboración de la Corte con la Organización. Ese limitado alcance de la discrecionalidad judicial favorece una mejor deliberación y fundamentación jurídica de las opiniones consultivas, porque exige a la Corte un esfuerzo de motivación para responder a todas las objeciones al ejercicio de su función consultiva, además de permitirle salvaguardar en casos muy excepcionales y en última instancia su integridad e independencia judicial y el valor pacificador de su actuación.

## RESUMEN

### EL DISCRETO EJERCICIO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO KOSOVO

Este artículo examina las cuestiones relativas a la competencia de la Corte Internacional de Justicia y su poder discrecional para negarse a responder una solicitud de Opinión consultiva en el asunto sobre la *adecuación al Derecho internacional de la declaración unilateral de independencia en Kosovo* (2010). Tras la consideración de aspectos generales y particulares de la competencia y discrecionalidad de la Corte en el asunto *Kosovo*, el autor defiende un espacio limitado pero relevante para el ejercicio de discrecionalidad en el ámbito de la jurisdicción consultiva como un instrumento de salvaguardia de la integridad e independencia judicial de la Corte, que favorece una mejor deliberación jurídica sobre el carácter y las funciones de la jurisdicción consultiva aplicados a las solicitudes concretas de los órganos autorizados a buscar una guía judicial para sus actividades mediante el planteamiento de cuestiones jurídicas a la Corte.

**Palabras clave:** Cortes y tribunales internacionales, Corte Internacional de Justicia, jurisdicción consultiva, competencia consultiva, solución pacífica de controversias.

**ABSTRACT****THE DISCREET EXERCISE OF THE ADVISORY FUNCTION  
OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN THE MATTER OF KOSOVO**

The article examines the jurisdiction of the International Court of Justice, as well as its discretionary power to refuse to answer a request, in the Court's Advisory Opinion on the *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo* (2010). After considering general and specific aspects of the jurisdiction and discretion of the Court, the author upholds a limited but important space for the exercise of discretion by the Court in the sphere of its advisory jurisdiction as an instrument to safeguard its integrity and independence, and favours public deliberation on the character and functions of the advisory jurisdiction as applied to the actual requests by the organs authorized to seek judicial guidance for their activities from the Court.

**Keywords:** International Courts and Tribunals, International Court of Justice, Advisory Jurisdiction, Judicial Discretion, Peaceful Settlement of Disputes.

**RÉSUMÉ****LE DISCRET EXERCICE DE LA FONCTION CONSULTATIVE DE LA COUR  
INTERNATIONALE DE JUSTICE DANS L'AFFAIRE DU KOSOVO**

Cet article examine les questions relatives à la compétence de la Cour internationale de Justice, et au pouvoir discrétionnaire de celle-ci de refuser de répondre à une demande d'avis consultatif dans l'affaire relative à l'adéquation au *Droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo*. Après une considération générale et de certains aspects particuliers de la compétence et de la discréption de la Cour dans l'affaire du Kosovo, l'auteur défend l'existence d'un espace limité mais pertinent du pouvoir discrétionnaire comme instrument de sauvegarde de l'intégrité et de l'indépendance judiciaire de la Cour, qui favorise une meilleure délibération juridique sur le caractère et les fonctions de la juridiction consultative appliqués aux demandes concrètes des organes autorisés à chercher une orientation judiciaire de leurs activités au moyen d'une demande d'avis à la Cour.

**Mots clés:** Cours et tribunaux internationaux, Cour Internationale de Justice, juridiction consultative, compétence consultative, solution pacifique de controverses.

