Naciones Unidas A/78/968/Add.1

Asamblea General

Distr. general
9 de septiembre de 2024
Español
Original: francés/inglés

Septuagésimo octavo período de sesiones
Tema 50 del programa
Prácticas y actividades de asentamiento israelíes que afectan a los derechos del pueblo palestino y otros habitantes árabes de los territorios ocupados

Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental

Nota del Secretario General

Adición

1. En la continuación de la 56ª sesión plenaria de su septuagésimo séptimo período de sesiones, que tuvo lugar el 30 de diciembre de 2022, la Asamblea General, en su resolución 77/247, decidió, de conformidad con el Artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, solicitar a la Corte Internacional de Justicia, en virtud del Artículo 65 del Estatuto de la Corte, que emitiera una opinión consultiva sobre las siguientes cuestiones, teniendo en cuenta las normas y los principios del derecho internacional, lo cual incluye la Carta de las Naciones Unidas, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos, las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, la Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos, y la opinión consultiva de la Corte de fecha 9 de julio de 2004:

a) "¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de que Israel continúe violando el derecho del pueblo palestino a la libre determinación, de sus prolongados actos de ocupación, asentamiento y anexión del territorio palestino ocupado desde 1967, incluidas las medidas destinadas a alterar la composición demográfica, el carácter y el estatuto de la Ciudad Santa de Jerusalén, y de la aprobación por Israel de legislación y medidas discriminatorias conexas?"

b) "¿Cómo afectan las políticas y prácticas de Israel que se mencionan en el párrafo 18 a) al estatuto jurídico de la ocupación y qué consecuencias jurídicas se derivan de ese estatuto para todos los Estados y para las Naciones Unidas?".

2. El 19 de julio de 2024, la Corte Internacional de Justicia emitió su opinión consultiva sobre las mencionadas cuestiones.

Se ruega reciclar

3. El 24 de julio de 2024 recibí el testimonio de esa opinión consultiva de la Corte debidamente firmado y sellado.

4. El 24 de julio de 2024, transmití a la Asamblea General la opinión consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia el 19 de julio de 2024 sobre el asunto relativo a las *Consecuencias jurídicas que se derivan de las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental* (A/78/968).

5. Por la presente transmito a la Asamblea General las opiniones individuales, opiniones separadas y declaraciones anexas a dicha opinión consultiva.

[Original: inglés]

Declaración del Presidente Salam

Conformidad con el razonamiento y las conclusiones de la Corte en la presente opinión consultiva — Conocimiento por Israel desde 1967 de la naturaleza ilegal de su política de asentamientos — Políticas y prácticas discriminatorias israelíes equivalentes a las del apartheid *— Cuestión de la ilegalidad ab initio de la ocupación — Efectos de la resolución 181 (II) y sus consecuencias jurídicas para Israel — Modalidades de reparación derivadas de las violaciones de Israel — Necesidad de adoptar medidas concretas por parte de las Naciones Unidas — Papel de la Corte y consecución de la paz mediante el derecho.*

1. Estoy plenamente de acuerdo tanto con el razonamiento como con las conclusiones de la Corte en la presente opinión consultiva, razón por la cual he votado a favor de todos los puntos de la parte dispositiva. En esta declaración desearía exponer algunas razones adicionales que no se plantean en la opinión consultiva pero que, a mi juicio, contribuyen a justificar las conclusiones alcanzadas por la Corte, en particular la conclusión de que la presencia continuada de Israel en el Territorio Palestino Ocupado es ilegal y que Israel tiene la obligación de poner fin lo antes posible a su presencia ilegal y cesar inmediatamente todas las nuevas actividades de asentamiento y retirar a todos los colonos.

2. Por lo tanto, presentaré mis opiniones adicionales sobre los siguientes puntos: las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, la ilegalidad de la ocupación, los efectos de la resolución 181 (II) de la Asamblea General de las Naciones Unidas y las modalidades de las reparaciones exigibles a Israel por sus violaciones del derecho internacional en el Territorio Palestino Ocupado.

1. Observaciones adicionales sobre determinadas políticas y prácticas israelíes

3. La Corte dedica gran parte de su opinión al análisis de las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado (párrafos 103 a 243). Se trata de un análisis exhaustivo basado en fuentes de gran credibilidad, cuyas conclusiones son difíciles de rebatir. Estoy totalmente de acuerdo con estas conclusiones. Sin embargo, me gustaría centrarme de manera específica en dos de estas políticas que, en mi opinión, demuestran el carácter sistemático y deliberado de la conducta de Israel contraria al derecho internacional en el Territorio Palestino Ocupado, a saber, el asentamiento y el *apartheid*.

4. En cuanto al primer punto, la Corte recuerda que Israel ha aplicado una política de asentamientos y anexión durante toda su ocupación del territorio palestino. La opinión consultiva destaca los siguientes componentes de esta política: el traslado de civiles israelíes al Territorio Palestino Ocupado, el desplazamiento forzoso de la población palestina, la confiscación de tierras, la explotación de los recursos naturales y la extensión del derecho israelí a este territorio. Cada una de ellas constituye ya en sí misma una grave violación de las normas pertinentes del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos que Israel, como Potencia ocupante, está obligado a cumplir.

5. Lo que es importante señalar en primer lugar es que se ha recordado en repetidas ocasiones a Israel la naturaleza ilegal de estas políticas y su obligación de ponerles fin de inmediato. La opinión consultiva hace referencia a numerosas resoluciones de diversos órganos e instituciones de las Naciones Unidas, incluidos el Consejo de Seguridad, la Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos, así

como a informes de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y del Secretario General, todos los cuales han deplorado reiteradamente tanto la política de establecimiento de asentamientos en el Territorio Palestino Ocupado como las medidas que la acompañan. Estas han contribuido a privar a los palestinos de los territorios ocupados del disfrute de los derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana, han socavado la integridad del territorio palestino y, sobre todo, han impedido al pueblo palestino ejercer su derecho a la libre determinación.

6. Lamentablemente, Israel se ha negado en reiteradas ocasiones a atender estos llamamientos para que respete el derecho internacional y cumpla sus obligaciones internacionales, ignorando así la opinión de 2004 de la Corte, en la que se afirma que "los asentamientos israelíes en el Territorio Palestino Ocupado (incluida Jerusalén Oriental) se han establecido en contravención del derecho internacional" (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 184, párr. 120).

7. Del mismo modo, Israel debía conocer las conclusiones del "guardián" de los Convenios de Ginebra, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), cuyo presidente declaró lo siguiente:

> "La postura declarada públicamente del CICR es que esta política equivale a una violación del DIH, en particular de la disposición del Cuarto Convenio de Ginebra que prohíbe el traslado de parte de la población de la Potencia ocupante, en este caso ciudadanos israelíes, a los territorios ocupados [...]. El apoyo decisivo y sistemático del Gobierno israelí a lo largo de los años al establecimiento de asentamientos, incluso mediante la expropiación de tierras, ha logrado en efecto precisamente eso: una profunda alteración del paisaje económico y social de la Ribera Occidental, que obstaculiza su desarrollo como nación viable y socava las perspectivas futuras de reconciliación". (Peter Maurer, "Challenges to international humanitarian law: Israel's occupation policy", CICR, vol. 94, núm. 888, 2012, pág. 1507).

8. Sin embargo, lo más importante es señalar que las autoridades israelíes fueron advertidas desde los primeros meses de la ocupación de que el establecimiento de asentamientos en el Territorio Palestino Ocupado constituía una violación del derecho internacional. De hecho, el entonces Asesor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Israel, Theodor Meron, había dejado claro en un memorando dirigido a la oficina del Primer Ministro israelí, ya en septiembre de 1967, que el establecimiento de asentamientos civiles en la Ribera Occidental ocupada y otros territorios conquistados viola el Cuarto Convenio de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de guerra y, en concreto, su prohibición de los asentamientos (artículo 49 6)).

9. Meron explicó lo siguiente:

> "Esta prohibición, escribí, es categórica y 'no está condicionada por los motivos o propósitos del traslado, y tiene por objeto impedir la colonización en territorio conquistado por ciudadanos del Estado conquistador'. Cualquier medida para situar a ciudadanos en tierra ocupada solo podría ser adoptada 'por cuerpos militares y no civiles [por motivos militares]' y sería de carácter claramente temporal. En referencia a la postura del gobierno de Israel de que la Ribera Occidental era territorio en disputa y, por tanto, no 'territorio ocupado', opiné que esta postura no había sido aceptada por la comunidad internacional, que considera el territorio en cuestión como simples territorios ocupados. Los asentamientos israelíes en la zona de 'Gush Etzion' se considerarían una prueba de la intención de anexionarse esa zona, advertí". (T. Meron, "The West Bank and International Humanitarian Law on the Eve of the Fiftieth Anniversary of

the Six-Day War", *American Journal of International Law*, vol. 111, 2017, núm. 2, pág. 358).

10. Meron también había advertido a las autoridades israelíes de la ilegalidad de las deportaciones y la demolición de viviendas palestinas en los territorios ocupados (memorando de Theodor Meron, Asesor Jurídico del Ministerio de Relaciones de Israel, al Director General de la Oficina del Primer Ministro sobre "Geneva Convention: Blasting Homes and Deportation", 12 de marzo de 1968, citado en T. Meron, "The West Bank and International Humanitarian Law on the Eve of the Fiftieth Anniversary of the Six-Day War", *American Journal of International Law*, vol. 111, 2017, núm. 2, págs. 358 y 359).

11. Por tanto, con pleno conocimiento de la ilegalidad de sus acciones, en lugar de poner fin a su asentamiento en los territorios ocupados, Israel ha intensificado sus esfuerzos desde 1967. A modo de ejemplo, cabe señalar que

> "durante los últimos diez años, la población de los asentamientos en la Ribera Occidental ocupada, incluida Jerusalén Oriental, ha pasado de 520.000 en 2012 a algo menos de 700.000. La población vive en 279 asentamientos israelíes repartidos por la Ribera Occidental, incluidos 14 asentamientos en Jerusalén Oriental, con una población total de más de 229.000 personas". (Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 15 de marzo de 2023, A/HRC/52/76, párr. 5.)

12. La opinión señala acertadamente en el párrafo 115 que el establecimiento de estos asentamientos constituye una clara violación del artículo 49 6) del Cuarto Convenio de Ginebra, que prohíbe la deportación de la población de los territorios ocupados y el traslado por la Potencia ocupante de su población a dicho territorio. Se trata, por tanto, de violaciones graves que los Estados partes en los Convenios de Ginebra están obligados a castigar; asimismo, tienen la obligación de localizar a los responsables de cometer u ordenar la comisión de tales delitos. El CICR ha señalado que esta obligación también es consuetudinaria y se extiende a todos los Estados, que no solo deben investigar las infracciones graves presuntamente cometidas por sus nacionales o sus fuerzas armadas, o en su territorio, sino que también tienen derecho a atribuir a sus tribunales nacionales la jurisdicción universal para castigar esas infracciones graves que no pueden prescribir (estudio del CICR sobre el derecho internacional consuetudinario, normas 156 a 158, 160 y 161).

13. A este respecto, sin duda también conviene recordar que la "deportación de población" es un acto constitutivo de crimen de lesa humanidad en virtud del artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, "Estatuto de Roma"). Del mismo modo, el traslado directo o indirecto por una Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa constituye un crimen de guerra en virtud del artículo 8 del Estatuto de Roma. También cabe señalar que, según el artículo 8 bis 2 del Estatuto de Roma, "toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él" constituye un crimen de agresión "independientemente de que haya o no declaración de guerra". De conformidad con sus obligaciones en virtud del Estatuto de Roma, los Estados partes deben extraer todas las conclusiones jurídicas de las conclusiones de la Corte en esta opinión consultiva para prevenir y castigar a los autores de dichos actos.

*

14. La segunda política que me gustaría abordar se refiere a la legislación y las medidas discriminatorias de Israel en los Territorios Palestinos Ocupados (párrafos 180 a 229 de la opinión consultiva). Sobre este punto, la Corte concluye que "la legislación y las medidas de Israel imponen y sirven para mantener una separación casi total en la Ribera Occidental y Jerusalén Oriental entre las comunidades de

colonos y las comunidades palestinas", y por tanto "constituyen una violación del artículo 3 de la Convención contra la Discriminación Racial [Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial]" (párrafo 229 de la opinión).

15. El artículo 3 de la Convención contra la Discriminación Racial dispone lo siguiente: "Los Estados partes condenan especialmente la segregación racial y el *apartheid* y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esta naturaleza". La conclusión de la Corte sobre este punto es de especial relevancia dada la reticencia de algunos internacionalistas a referirse al crimen especialmente atroz del *apartheid* fuera del contexto de Sudáfrica.

16. Si bien hay que reconocer que la definición de *apartheid* que figura en el artículo II de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* (en adelante, "Convención sobre el *Apartheid*") está marcada por la experiencia de Sudáfrica, que se menciona expresamente, ello no puede significar que para que cualquier política pueda calificarse de constitutiva de *apartheid* deba reproducir de manera íntegra las políticas y medidas aplicadas en Sudáfrica en aquella época. Tal planteamiento privaría, de hecho, a la Convención sobre el *Apartheid* de todo efecto en la actualidad, ya que es dudoso que ningún Estado del mundo actual pretenda abiertamente seguir una política de segregación racial como la que se practicaba en Sudáfrica en el momento en que se adoptó la Convención. Para prevenir y castigar lo que constituye un delito de derecho internacional, cuya prohibición es una norma de *ius cogens* indiscutible, es necesaria, por tanto, una lectura no restrictiva de esta definición.

17. Como ya se ha señalado, el artículo 3 de la Convención contra la Discriminación Racial, de la que Israel es parte, establece la obligación de prevenir, prohibir y erradicar todo acto de *apartheid*. Además, aunque Israel no es parte ni de la Convención sobre el *Apartheid* ni del Estatuto de Roma, no cabe duda de que la prohibición del *apartheid* es una norma consuetudinaria, reconocida como norma imperativa inderogable y cuya violación constituye un crimen de lesa humanidad. Cabe señalar que, siguiendo los pasos de la Asamblea General de las Naciones Unidas (véase la resolución 2202 (XXI), de 16 de diciembre de 1966), el Consejo de Seguridad calificó el *apartheid* de "crimen contra la conciencia y la dignidad de la humanidad [que] es incompatible con los derechos y la dignidad del hombre, la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, y perturba gravemente la paz y la seguridad internacionales" (resolución 473 de 13 de junio de 1980, párr. 3).

18. En su opinión consultiva sobre Namibia, la Corte identificó los efectos de las medidas adoptadas por Sudáfrica en Namibia como característicos de una política de *apartheid*. Según esta jurisprudencia, las medidas podrían constituir *apartheid* si

> "se imponen limitaciones, exclusiones o restricciones a los miembros de los grupos de población indígena con respecto a su participación en determinados tipos de actividades, campos de estudio o de formación, trabajo o empleo y también les someten a restricciones o exclusiones de residencia y movimiento en grandes partes del territorio" (*Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 57, párr. 130).

19. Además, la Corte declaró inequívocamente en dicha opinión que un Estado puede ser culpable de *apartheid* fuera de su territorio nacional y contra personas que no son sus nacionales (*Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no*

obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 57, párr. 130).

20. Evidentemente, no era apropiado que la Corte tratara de determinar los elementos constitutivos del *apartheid* en el derecho internacional consuetudinario en esta opinión consultiva. Sin embargo, en función de los elementos destacados por la Corte en su opinión consultiva de 1971 y en las disposiciones del artículo II de la Convención sobre el *Apartheid* y del artículo 7 2) h) del Estatuto de Roma, es posible identificar los elementos que constituyen la esencia de este crimen y, por tanto, evaluar si Israel ha aplicado tal política en el Territorio Palestino Ocupado. En consecuencia, el *apartheid* se establecería sobre la base de los siguientes elementos: la existencia de dos o más grupos raciales distintos; la comisión de actos inhumanos contra uno o varios grupos; un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre otro u otros grupos raciales y la intención de mantener este régimen.

21. En cuanto al primer elemento, cabe señalar que en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, el término "raza" o "grupo racial" debe entenderse en su sentido más amplio. Así, al afirmar que el término "discriminación racial" se refiere a "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico", el artículo 1 de la Convención contra la Discriminación Racial indica claramente que la "raza" no es el único criterio de discriminación racial. Además, en su recomendación general núm. 8 relativa a la interpretación y la aplicación de los párrafos 1 y 4 del artículo 1 de la Convención contra la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial considera que la definición de las personas pertenecientes a uno o varios grupos raciales o étnicos determinados "si nada justifica lo contrario, se basará en la definición hecha por la persona interesada" (recomendación general núm. 8 de la Convención contra la Discriminación Racial relativa a la interpretación y la aplicación de los párrafos 1 y 4 del artículo 1 de la Convención, sobre la manera en que se define la condición de miembro de un determinado grupo o grupos raciales o étnicos, 38º período de sesiones del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, A/45/18, 28 de septiembre de 1990, pág. 89). Como han señalado los tribunales penales internacionales, al considerar la definición de "grupo racial" en el contexto de otros crímenes de derecho internacional, a falta de una definición científica o de un método objetivo para determinar si una persona pertenece a una supuesta "raza", es necesario remitirse a la percepción de los grupos afectados de su identidad diferenciada. Así, en la causa *Rutaganda*, la Sala de Primera Instancia I del Tribunal Penal Internacional para Rwanda señala que, a efectos de la aplicación de la Convención contra el Genocidio, la pertenencia a un grupo es, en esencia, un concepto subjetivo y no objetivo. La víctima es percibida por el autor del genocidio como perteneciente a un grupo destinado a la destrucción. En algunos casos, la víctima puede percibirse a sí misma como perteneciente a dicho grupo (Tribunal Penal Internacional para Rwanda, *Fiscalía c. George Anderson Nderubumwe Rutaganda*, ICTR-96-3-T, 6 de diciembre de 1999, párr. 56). En el mismo sentido, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia declaró que un grupo nacional, étnico, racial o religioso se identifica utilizando como criterio la estigmatización del grupo, en particular por los autores del delito, sobre la base de sus características nacionales, étnicas, raciales o religiosas percibidas (Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia I, Sección A, *Fiscalía c. Vidoje Blagojević y Dragan Jokić*, IT-02-60-T, 17 de enero de 2005, párr. 667).

22. Los palestinos y los judíos israelíes se identifican a sí mismos como dos grupos distintos en función de elementos "subjetivos" relativos a la "ascendencia u origen nacional o étnico", incluidos los referentes a la religión y la cultura, por lo que deben ser considerados como dos "grupos raciales" en el sentido del primer elemento

constitutivo del *apartheid*. A este respecto, cabe señalar también que la Ley Básica israelí de 2018 establece que "[l]a Tierra de Israel es la patria histórica del pueblo judío" y que el Estado se esforzará por garantizar el bienestar de los miembros del pueblo judío, estableciendo así una clara distinción entre personas judías y no judías. (Ley Básica: Israel, Estado Nación del Pueblo Judío, 5778-2018, artículo 1 a) y artículo 6 a), véase el texto completo en https://main.knesset.gov.il/EN/activity /documents/BasicLawsPDF/BasicLawNationState.pdf). Del mismo modo, cabe señalar que la Corte declaró recientemente que los palestinos parecen constituir un grupo nacional, étnico, racial o religioso distinto (*Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en la Franja de Gaza (Sudáfrica c. Israel)*, medidas provisionales, providencia de 26 de enero de 2024, párr. 45).

23. En cuanto al segundo elemento, la comisión de actos inhumanos, la opinión consultiva expone numerosas violaciones que sin duda entran dentro de este epígrafe, algunas de las cuales se enumeran expresamente en la Convención sobre el *Apartheid* y en el Estatuto de Roma. Incluyen el traslado de miembros de la población israelí a los territorios ocupados, junto con la deportación de parte de la población palestina (párrafo 118); la demolición punitiva de bienes palestinos (párrafos 208 a 212); desalojos forzosos, numerosas demoliciones de viviendas por falta de permisos de construcción y restricciones de residencia que dejan a los miembros de la población palestina sin otra opción que abandonar su lugar de residencia (párrafo 147); la confiscación de tierras (párrafos 118 a 123), privando así a los palestinos de los territorios ocupados de sus medios de subsistencia; explotación de los recursos naturales en los territorios ocupados, "incluidos el agua, los minerales y otros recursos, en beneficio de su propia población [israelí] y en detrimento, o incluso con exclusión, de la población palestina local" (párrafo 126); numerosos actos de violencia contra la población palestina, tanto por parte de los colonos en el Territorio Palestino Ocupado como de las fuerzas de seguridad israelíes (párrafos 148 a 154); restricciones injustificadas y abusivas de la libertad de circulación de la población palestina en los territorios ocupados (párrafos 200 a 206).

24. La magnitud y la coherencia de estas violaciones ponen de manifiesto que no se trata de actos aislados, sino que forman parte de un régimen institucionalizado de opresión sistemática de los israelíes sobre los palestinos en los territorios ocupados. Como demuestra la opinión, colonos y palestinos viven en los territorios ocupados bajo un régimen establecido por Israel que concede derechos y beneficios diferentes a cada uno de los dos grupos. Numerosos informes de órganos de las Naciones Unidas ya han constatado y denunciado esta situación. Por ejemplo, la misión internacional independiente de investigación creada por la Asamblea General concluyó que

> "[l]os asentamientos se han establecido para beneficiar exclusivamente a los judíos israelíes y se mantienen y desarrollan sobre la base de un sistema de segregación total entre los colonos y el resto de la población que vive en el Territorio Palestino Ocupado. Este sistema de segregación se apoya y facilita mediante un estricto control del ejército y los cuerpos de seguridad en detrimento de los derechos de la población palestina" (misión internacional independiente de investigación de las repercusiones de los asentamientos israelíes en los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales del pueblo palestino en todo el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén Oriental, 7 de febrero de 2013, A/HRC/22/63, párr. 103).

25. El carácter sistemático de la opresión de los palestinos por parte de la Potencia ocupante también se pone de manifiesto en las medidas discriminatorias relacionadas con la vivienda y los derechos sobre la tierra y la propiedad. Como señaló el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,

> “[e]stá claro que los regímenes israelíes de planificación y zonificación en la zona C y Jerusalén Oriental son discriminatorios, lo que hace casi imposible que los palestinos obtengan permisos de construcción. Datos de la Administración Civil israelí hechos públicos en diciembre de 2021 revelaron que entre 2016 y 2020 se habían aprobado menos del 1 % de los permisos de construcción palestinos (24 de 2.550) en la zona C. En cambio, se expidieron 8.356 permisos para viviendas en asentamientos israelíes”. (Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 15 de marzo de 2023, A/HRC/52/76, párr. 30).

26. Además, existen restricciones a la libertad de circulación que, según la misión internacional de investigación, citada por la Corte, “revisten múltiples formas, entre otras la restricción del uso de carreteras únicamente a colonos, el establecimiento de un régimen de puestos de control y puestos fronterizos (obstáculos de cierre), los impedimentos creados por el muro y su régimen de puertas y permisos, y las restricciones administrativas” (párrafo 200 de la opinión).

27. La opinión consultiva señala también que Israel ha implantado dos ordenamientos jurídicos diferentes en el Territorio Palestino Ocupado, que se aplican por separado a cada uno de los dos grupos. Así, mientras que “las autoridades militares israelíes competentes aplican a los colonos el derecho aplicable a los civiles en Israel, así como a los judíos no israelíes presentes en la Ribera Occidental” y que “[p]or consiguiente, los colonos de la Ribera Occidental gozan de los derechos y privilegios de la ciudadanía israelí, así como de la protección de las leyes internas y las prestaciones sociales israelíes”, los palestinos de la Ribera Occidental están sujetos al derecho militar y a los tribunales militares de Israel (párrafo 136).

28. Por último, la continuación por parte de Israel de su política de expansión de los asentamientos y anexión, así como las repetidas declaraciones de altos funcionarios israelíes sobre su intención de permanecer en el Territorio Palestino Ocupado, demuestran que Israel tiene toda la intención de continuar con el régimen establecido de dominación de los palestinos en el que se basa esta política. En diciembre de 2022, el Primer Ministro israelí Netanyahu escribió en X (antes Twitter) que

> “[e]l pueblo judío tiene un derecho exclusivo e incuestionable a todas las zonas de la tierra de Israel. El Gobierno promoverá y ampliará los asentamientos en todas las zonas de la Tierra de Israel: en Galilea, el Néguev, los altos del Golán, Judea y Samaria” (Benjamin Netanyahu, Twitter, 28 de diciembre de 2022: https://x.com/netanyahu/status/1608039943817007105).

Más recientemente, en septiembre de 2023, el Sr. Netanyahu mostró a la Asamblea General de las Naciones Unidas un mapa que representa el “nuevo Oriente Medio”, que incorpora todo el Territorio Palestino Ocupado al Estado de Israel (https://www.gov.il/en/pages/epmungaspeech, https://www.youtube.com/watch?v=V0M7eoAjBdE, en el minuto 9:18).

29. La comisión por Israel de actos inhumanos contra los palestinos como parte de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas, y su intención de mantener ese régimen, son innegablemente la expresión de una política que equivale al *apartheid*.

30. Esta es también la conclusión a la que han llegado los Relatores Especiales de las Naciones Unidas sobre el Territorio Palestino Ocupado desde 2007 (véanse, por ejemplo, A/HRC/53/59, de 28 de agosto de 2023, A/HRC/49/87, de 21 de marzo de 2022, A/HRC/40/73, de 30 de mayo de 2019, A/HRC/25/67, de 13 de enero de 2014, A/HRC/16/72, de 10 de enero de 2011 o A/HRC/4/17, de 29 de enero de 2007), las principales organizaciones como Amnistía Internacional (véase *El apartheid de*

Israel contra la población palestina: cruel sistema de dominación y crimen de lesa humanidad, 2022) y Human Rights Watch (véase *A threshold crossed. Israel Authorities and the Crimes of Apartheid and Persecution*, 2021), y renombradas organizaciones israelíes de derechos humanos (véase, en particular, Betselem, "A Regime of Jewish Supremacy from the Jordan River to the Mediterranean Sea: This is Apartheid", pág. 3, (https://www.btselem.org/sites/default/files/publications /202101_this_is_apartheid_fr.pdf)) y Yesh Din (Volunteers for Human Rights, "The Israeli Occupation of the West Bank and the Crime of Apartheid, Legal Opinion", junio de 2020, pág. 57).

31. Numerosas personalidades israelíes que fueron testigos privilegiados de los acontecimientos en el Territorio Palestino Ocupado también han llegado a la conclusión de que estos actos equivalen a una situación de *apartheid*. Por ejemplo, Michael Ben-Yair, ex Fiscal General de Israel, dijo en 2022 que Israel se había convertido en "un régimen de *apartheid* [...], la realidad de un solo Estado, en el que viven dos pueblos diferentes con derechos desiguales". Ami Ayalon, ex-Director del Shin Bet (el servicio de inteligencia israelí), escribió en sus memorias: "Ya hemos creado una situación de *apartheid* en Judea y Samaria, donde controlamos a los palestinos por la fuerza, negándoles la libre determinación". Por último, es significativo que dos ex-Embajadores israelíes en Sudáfrica, Ilan Baruch y Alon Liel, declararan en 2021 que la discriminación sistemática de Israel, "por motivos de nacionalidad y etnia", constituía *apartheid* (Michael Ben-Yair, "Former AG of Israel: with great sadness I conclude that my country is now an apartheid regime", thejournal.ie, 10 de febrero de 2022; Ami Ayalon, *Friendly Fire* (Steerforth Press, 2021), pág. 260; Ilan Baruch y Alon Liel, "It's apartheid, say Israeli ambassadors to South Africa", GroundUp, 8 de junio de 2021).

32. Y lo que es aún más revelador, muchos de los que vivieron bajo el *apartheid* en Sudáfrica afirman que, basándose en su experiencia, la política discriminatoria y segregacionista aplicada por Israel en los Territorios Palestinos Ocupados es similar a la de Sudáfrica durante el *apartheid*. Según el arzobispo sudafricano Desmond Tutu, Premio Nobel de la Paz en 1984 por su lucha contra el *apartheid*,

> "[m]uchos sudafricanos negros han viajado a la Ribera Occidental ocupada y se han sentido horrorizados por las carreteras israelíes construidas para los colonos judíos a las que se niega el acceso a los palestinos de la Ribera Occidental, y por las colonias solo para judíos construidas en tierras palestinas en violación del derecho internacional. Los sudafricanos negros y otras personas de todo el mundo han visto el informe de Human Rights Watch de 2010 que 'describe el sistema de dos niveles de leyes, normas y servicios que Israel aplica a las dos poblaciones en las zonas de la Ribera Occidental bajo su control exclusivo, que proporcionan servicios, desarrollo y prestaciones preferentes a los colonos judíos mientras imponen duras condiciones a los palestinos'. Esto, en mi opinión, es *apartheid*. Es insostenible". (Desmond Tutu, "Justice requires action to stop subjugation of Palestinians", Tampa Bay Times (30 de abril de 2021), https://www.tampabay.com/ opinion/columns/justice-requires-action-to-stop-subjugation-of-palestinians/1227722/. Véase también John Dugard, *Confronting Apartheid*, Jacana, Sunnyside, 2018, págs. 171 a 268).

2. Ilegalidad de la ocupación israelí y sus consecuencias jurídicas

33. La Corte recuerda en su razonamiento que

> "las normas y principios del derecho internacional general y de la Carta de las Naciones Unidas sobre el uso de la fuerza en territorio extranjero (*ius ad bellum*) deben distinguirse de las normas y principios que se aplican a la conducta de la

> Potencia ocupante en virtud del derecho internacional humanitario (*ius in bello*) y el derecho internacional de los derechos humanos".

Explica que "[l]as primeras normas determinan la legalidad de la presencia continuada de la Potencia ocupante en el territorio ocupado, mientras que las segundas se siguen aplicando a la Potencia ocupante, independientemente de la legalidad o ilegalidad de su presencia. Son [por tanto] las normas y principios de la primera categoría, relativos al uso de la fuerza, junto con el derecho de los pueblos a la libre determinación, los que la Corte considera aplicables" en su respuesta a la pregunta respecto a la legalidad de la ocupación (párrafo 251 de la opinión consultiva).

34. Comparto tanto el razonamiento de la Corte como su conclusión de que

> "las violaciones por Israel de la prohibición de adquisición de territorio por la fuerza y del derecho del pueblo palestino a la libre determinación *tienen un efecto directo sobre la legalidad de la presencia continuada de Israel, como Potencia ocupante, en el Territorio Palestino Ocupado*. El abuso continuado por Israel de su posición como Potencia ocupante, a través de la anexión del Territorio Palestino Ocupado y la imposición de un control permanente sobre él y de la continua frustración del derecho del pueblo palestino a la libre determinación, viola principios fundamentales del derecho internacional y hace ilegal la presencia de Israel en el Territorio Palestino Ocupado". (párrafo 261 de la opinión consultiva; sin cursiva en el original.)

35. La cuestión planteada por la Asamblea General se refería a la "presencia continuada" de Israel y no a las circunstancias en que se produjo su ocupación del territorio palestino. Por tanto, no correspondía a la Corte pronunciarse sobre este último aspecto, es decir, sobre la legalidad *ab initio* de la ocupación. No obstante, conviene recordar que la Asamblea General ha tenido ocasión de afirmar varias veces la ilegalidad *ab initio* de la ocupación israelí. En 1977, expresó estar "[p]rofundamente preocupada por el hecho de que los territorios árabes ocupados desde 1967 hayan continuado estando bajo *ocupación ilegal israelí* durante más de diez años y porque el pueblo palestino, después de tres decenios, aún se ve privado del ejercicio de sus derechos nacionales inalienables" y "reafirm[ó] que la adquisición de territorio por la fuerza es inadmisible y que todos los territorios así ocupados deben ser devueltos"; concluyó "[c]ondena[ndo] la continuación de la ocupación por Israel de los territorios árabes, en violación de la Carta de las Naciones Unidas" (resolución 32/20, La situación en Oriente Medio, 25 de noviembre de 1977; (sin cursiva en el original). Véase también la resolución 33/29, La situación en Oriente Medio, de 7 de diciembre de 1978, y la resolución 34/70, La situación en Oriente Medio, de 6 de diciembre de 1979).

36. Recordar la conclusión de la Asamblea General sobre la ilegalidad *ab initio* de la ocupación israelí en 1967 del territorio palestino, y su condena de la continuación de esta ocupación en violación de la Carta de las Naciones Unidas, no puede sino reforzar las conclusiones de la Corte en esta opinión sobre la ilegalidad de la presencia continuada de Israel en el Territorio Palestino Ocupado.

37. La Corte considera, en el párrafo 267 de la opinión, que la presencia ilícita de Israel en el Territorio Palestino Ocupado constituye un hecho que compromete la responsabilidad internacional de dicho Estado, y añade que se trata de un hecho ilícito de carácter continuado "que ha sido provocado por las violaciones de la prohibición de adquisición de territorio por la fuerza y del derecho a la libre determinación del pueblo palestino que Israel ha cometido mediante sus políticas y prácticas". Aunque suscribo plenamente la conclusión de la Corte de que Israel tiene la obligación de "poner fin a su presencia en el Territorio Palestino Ocupado lo antes posible", en mi opinión su razonamiento requiere una precisión y un añadido. Cabe aclarar que, si

bien las políticas y prácticas de Israel en el territorio palestino ocupado desde 1967 constituyen una clara violación del derecho del pueblo palestino a la libre determinación, el incumplimiento de este derecho se remonta a 1948 y no a 1967, como recuerda la resolución 32/20 de la Asamblea General, aprobada en 1977 y citada anteriormente, en la que la Asamblea se muestra "[p]rofundamente preocupada [...] porque el pueblo palestino, *después de tres decenios*, aún se v[iera] privado del ejercicio de sus derechos nacionales inalienables" (sin cursiva en el original). A este respecto, creo que el razonamiento de la Corte debería completarse con una referencia a las obligaciones de Israel en virtud de la resolución 181 (II).

38. Como se recuerda en la opinión consultiva (véase el párrafo 52), el 29 de noviembre de 1947, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una importante resolución, la resolución 181 (II), que, en mi opinión, sigue siendo la piedra angular de cualquier solución duradera al conflicto israelo-palestino basada en la visión de dos Estados. En esta resolución, la Asamblea General aprobó un "Plan de Partición" que preveía la creación de dos Estados independientes en el territorio de Palestina, uno árabe y otro judío, que "empezarán a existir [...] dos meses después de concluido el retiro de las fuerzas armadas de la Potencia mandataria, pero en ningún caso después del 1 de octubre de 1948", y la creación de un régimen internacional especial (*corpus separatum*) para la ciudad de Jerusalén que sería administrada por las Naciones Unidas.

39. Fue sobre la base de la resolución 181 (II) que tanto Israel como Palestina proclamaron su existencia (véanse los párrafos 53 y 64 de la opinión) y solicitaron su admisión en las Naciones Unidas, cada uno en su momento, como Estado miembro y como Estado observador (véanse los párrafos 55 y 70 de la opinión). Esta resolución forma un todo, cuyos términos deben leerse conjunta e inseparablemente. En otras palabras, ni Israel ni Palestina pueden pretender derivar derechos de la resolución mientras rechazan o ignoran los derechos de la otra parte consagrados en el mismo texto. De ello se deduce que la proclamación de un Estado judío independiente el 14 de mayo de 1948 sobre la base de la resolución 181 (II) implica necesariamente un compromiso con la creación de un Estado árabe independiente. A este respecto, cabe recordar que la proclamación de independencia del Estado de Israel establece que este está "dispuesto a cooperar con los organismos y representantes de las Naciones Unidas en la aplicación de [dicha] resolución". Por lo tanto, Israel se ha comprometido indiscutiblemente no solo a respetar la resolución 181 (II), sino también a aplicarla.

40. En cualquier caso, Israel fue admitido en las Naciones Unidas con esta condición expresa. Así, en la resolución 273 (III) por la que admitió a Israel como Miembro de las Naciones Unidas, la Asamblea General declaró que lo hacía "[r]ecordando sus resoluciones del 29 de noviembre de 1947 [181 II] y del 11 de diciembre de 1948 [194 III] y tomando nota de las declaraciones y explicaciones formuladas por el representante [del Gobierno] de Israel ante la Comisión Política *ad hoc,* respecto a la ejecución de dichas resoluciones".

41. Sin embargo, en esta opinión la Corte no ha determinado todas las consecuencias jurídicas derivadas de esta situación, en particular las obligaciones que incumben a Israel. La admisión de Israel en las Naciones Unidas genera derechos, pero también obligaciones jurídicas. Por tanto, al haberse comprometido a aplicar la resolución 181 (II), Israel tiene la obligación legal de no obstaculizar el ejercicio del derecho del pueblo palestino a la libre determinación, ni de oponerse a la proclamación de un Estado palestino por los representantes del pueblo palestino, y de hecho no puede hacerlo sin menoscabar sus propios derechos, ya que la existencia de los dos Estados está inextricablemente vinculada en el mismo instrumento jurídico.

42. Tras haberse comprometido a aplicar la resolución 181 (II), Israel también tiene la obligación permanente de cooperar con las Naciones Unidas para garantizar que el Estado de Palestina, proclamado en Argel en 1988 y admitido en las Naciones Unidas como Estado observador sobre la base de la resolución 181 (II), pueda ejercer la plena soberanía sobre su territorio y lograr la independencia total, lo que exige la retirada completa de Israel del Territorio Palestino Ocupado.

43. A este respecto, cabe señalar que en el intercambio de correspondencia del 9 de septiembre de 1993 entre Yasser Arafat, Presidente de la Organización de Liberación de Palestina (en adelante, "OLP"), e Isaac Rabin, Primer Ministro de Israel, el Presidente de la OLP reconoció "el derecho del Estado de Israel a existir en paz y seguridad" (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 183, párr. 118).

*

44. Además, como señala la Corte, las obligaciones que Israel ha infringido incluyen obligaciones *erga omnes* (párrafo 274 de la opinión), que implican "obligaciones jurídicas especiales" para otros Estados de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, como se refleja en el artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En consecuencia, con respecto a las políticas y prácticas israelíes que infringen el derecho del pueblo palestino a la libre determinación, las obligaciones consuetudinarias establecidas en dicho artículo son vinculantes para todos los Estados. Esto requiere no solo no tomar ninguna medida que pueda obstaculizar el ejercicio de ese derecho, sino también proporcionar el apoyo legal necesario para hacer efectivo ese derecho y cooperar activamente con las Naciones Unidas a tal fin. La Corte ha expuesto en términos generales el contenido de estas obligaciones para todos los Estados en los párrafos 275 a 279 de la opinión.

45. Estas obligaciones son tanto negativas como positivas. Las obligaciones negativas exigen a los Estados que se abstengan de alentar, ayudar o asistir a Israel en la violación de las normas del derecho internacional humanitario aplicables en los Territorios Palestinos Ocupados. Como aclaró el CICR en su comentario de 2016 sobre el Primer Convenio de Ginebra,

> "la ayuda financiera, material o de otro tipo que se presta con conocimiento de que será empleada para cometer violaciones del derecho humanitario sería, por tanto, violatoria del artículo 1 común, incluso si no equivale a ayudar o asistir al Estado receptor en la comisión de un hecho ilícito para efectos de la responsabilidad del Estado". (Véase el Comentario del CICR, Convenios de Ginebra, artículo 1 común, https://ihl-databases.icrc.org/es/ihl-treaties/gci-1949?activeTab=1949GCs-APs-and-commentaries, párr. 160).

Por lo tanto, cualquier ayuda financiera, económica, militar o tecnológica incondicional a Israel constituiría un incumplimiento de esta obligación.

46. Con respecto a las obligaciones positivas, los Estados deben adoptar medidas proactivas para poner fin a las violaciones y garantizar el respeto de los convenios pertinentes en el Territorio Palestino Ocupado, incluso utilizando su influencia sobre Israel (véase el Comentario del CICR, Convenios de Ginebra, artículo 1 común, https://ihl-databases.icrc.org/es/, párr. 164).

47. Como escribió nuestro estimado difunto colega James Crawford, es importante señalar que la obligación de garantizar el respeto no se satisface con meras protestas diplomáticas (James Crawford, "Third Party Obligations with respect to Israeli Settlements in the Occupied Palestinian Territories", https://www.militarycourtwatch.org/page.php?id=QA2pesuJIWa28530AcRDr3iFZm

t, párr. 86), o únicamente cooperando con las Naciones Unidas. En efecto, como ha subrayado la Corte en relación con el delito de genocidio, el hecho de que un Estado remita una violación de obligaciones *erga omnes* a los órganos de las Naciones Unidas no exime a los demás Estados de sus obligaciones de adoptar las medidas que puedan para garantizar el respeto de dichas obligaciones y prevenir o castigar las violaciones de estas, respetando al mismo tiempo la Carta de las Naciones Unidas y las decisiones que puedan haber adoptado sus órganos competentes (véase *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro*), fallo, *I.C.J. Reports 2007 (I)*, pág. 220, párr. 427).

*

48. La naturaleza de las obligaciones que Israel ha violado también tiene numerosas implicaciones para las Naciones Unidas y sus diversos órganos e instituciones. El "deber" de la Organización y de sus instituciones de "velar por que se respete el derecho internacional" en el Territorio Palestino Ocupado, como se recuerda en el párrafo 277 de la opinión consultiva, les exige tomar medidas concretas para poner fin a las violaciones cometidas por Israel que se identifican en la opinión, y permitir el pleno ejercicio por parte del pueblo palestino de su derecho a la libre determinación.

49. Por supuesto, como la Corte ha declarado anteriormente, no le corresponde a ella "determinar qué medidas quizás desee adoptar la Asamblea General después de recibir la opinión de la Corte o qué efecto podría tener la opinión en relación con esas medidas" (*Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010 (II)*, pág. 421, párr. 44) y corresponde a la Asamblea General, así como al Consejo de Seguridad, "considerar qué medidas adicionales son necesarias para poner fin a la presencia ilegal de Israel, teniendo en cuenta la presente opinión consultiva" (párrafo 281 de la opinión).

50. Sin embargo, lo cierto es que las Naciones Unidas, sus órganos principales y sus instituciones deben velar por que las medidas que adopten sean eficientes y efectivas, dado que aquellas dirigidas a Israel en casi todas las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad han quedado sin efecto. Se trata, en particular, de las resoluciones del Consejo de Seguridad 237 (1967), 242 (1967), 252 (1968), 267 (1969), 298 (1971), 338 (1973), 446 (1979), 452 (1979), 465 (1980), 476 (1980), 478 (1980), 484 (1980), 592 (1986), 605 (1987), 607 (1988), 672 (1990), 681 (1990), 904 (1994), 1073 (1996), 1322 (2000), 1397 (2002), 1515 (2003), 1544 (2004), 1850 (2008), 1860 (2009), 2334 (2016) y 2720 (2023), en violación del Artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas, que establece que "[l]os Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta".

51. Por lo tanto, es esencial que el Consejo de Seguridad y la Asamblea General adopten nuevas medidas apropiadas y concretas para poner fin, sin demora y en un plazo bien definido, a las violaciones del derecho internacional derivadas de las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado.

52. En particular, el Consejo de Seguridad podría actualizar la hoja de ruta del Cuarteto respaldada por su resolución 1515 (2003) para que "hagan realidad la visión de dos Estados que vivan uno junto al otro en paz y seguridad" y llegar a un acuerdo definitivo y global negociado entre las partes, basado en las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, que prevén la resolución de las "cuestiones relativas al estatuto definitivo" (resolución 2334 (2016) del Consejo de Seguridad, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7853ª sesión, celebrada el 23 de diciembre de 2016, S/RES/2334 (2016), párr. 8).

53. Para ello, las Naciones Unidas deben reforzar la cooperación internacional entre sus Estados Miembros y utilizar todos los medios previstos en la Carta, en particular los del Capítulo VI y, si es necesario, el Capítulo VII.

54. En resumen, como ya se indica en la resolución 2334 (2016) del Consejo de Seguridad, citada en el párrafo 71 de la opinión, las Naciones Unidas deben trabajar para

> "que se intensifi[quen] y aceler[en] el apoyo y los esfuerzos diplomáticos regionales e internacionales con objeto de lograr sin demora una paz amplia, justa y duradera en Oriente Medio, sobre la base de las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas, los principios de referencia de la Conferencia de Madrid, incluido el principio de territorio por paz, la Iniciativa de Paz Árabe y la hoja de ruta del Cuarteto, y de poner fin a la ocupación israelí que se inició en 1967" (resolución 2334 (2016) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7853ª sesión, celebrada el 23 de diciembre de 2016, S/RES/2334 (2016), párr. 9).

3. Modalidades de reparación

55. El último punto que me gustaría abordar es el de las reparaciones exigibles para los palestinos y Palestina como consecuencia de las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, que infringen el derecho internacional.

56. La principal consecuencia de las violaciones debe ser la obligación de ponerles fin. Esto conlleva principal y necesariamente la obligación de Israel de poner fin a su presencia ilegal en el Territorio Palestino Ocupado (véase el párrafo 267 de la opinión). Solo la retirada imperativa de Israel del Territorio Palestino Ocupado permitirá al pueblo palestino ejercer su pleno derecho a la libre determinación, incluido su derecho a un Estado completamente independiente, soberano y viable. Este es, por tanto, el principal objetivo que deben perseguir las Naciones Unidas y todos los Estados.

57. Por consiguiente, esta retirada no puede estar condicionada al éxito de unas negociaciones cuyo resultado dependerá de la aprobación de Israel. En particular, Israel no puede invocar la necesidad de un acuerdo previo sobre sus reivindicaciones de seguridad, ya que tal condición puede conducir a perpetuar su ocupación ilegal. En efecto, de acuerdo con el principio expresado por la máxima *ex iniuria ius non oritur,* nadie puede beneficiarse de su propio acto ilegal. De lo contrario, el cese de las violaciones del derecho internacional, incluidas las violaciones de normas imperativas (*ius cogens*), estaría sujeto al veto del autor de dichas violaciones.

58. Las negociaciones entre las partes, que siguen siendo necesarias, se centrarían entonces principalmente en las modalidades de aplicación, más que en la cuestión de la retirada de Israel, que debe producirse, según los términos de la opinión, "lo antes posible". También se centrarían en otros asuntos necesarios para lograr una paz justa, global y duradera, como la cuestión de los refugiados, los acuerdos de seguridad mutua entre ambos Estados y los cambios que podrían introducirse de mutuo acuerdo en las líneas fronterizas de 1967.

59. Esas negociaciones tendrían más probabilidades de éxito si se celebrasen bajo los auspicios de las Naciones Unidas y sobre la base del derecho internacional, cuya imparcialidad y legitimidad respectivas contribuirían en cierta medida a compensar el gran desequilibrio de poder entre ocupantes y ocupados.

60. El otro punto importante que debe mencionarse es el de las reparaciones que debe Israel por sus violaciones del derecho internacional a las víctimas del Territorio Palestino Ocupado y al pueblo palestino. Tiene que ser una "reparación

integral", que incluya la restitución y la indemnización, que debe, según la conocida fórmula de la Corte Permanente de Justicia Internacional en la causa de la *Fábrica de Chorzôw*, "en cuanto sea posible, hacer desaparecer todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido el hecho" (véase el párrafo 269 de la opinión).

61. Así pues, como ya declaró la Corte en 2004, Israel tiene la obligación, entre otras cosas, de "devolver las tierras, huertos, olivares y demás bienes inmuebles de los que haya despojado a cualesquiera personas físicas o jurídicas" de forma abusiva, discriminatoria y en violación del derecho internacional 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" (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 198, párr. 153).

62. Por lo que respecta a la indemnización, no corresponde a la Corte, en el contexto de la presente opinión, establecer los elementos específicos o la cuantía de esta. Ha afirmado el principio y ahora corresponde a todas las partes interesadas determinar las modalidades de dicha indemnización, que debe efectuarse de conformidad con las normas del derecho internacional. Como señala la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas, el perjuicio que debe repararse "comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado". La indemnización cubre "todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que este sea comprobado" (CDI, párrafo 2 del comentario al artículo 31 y párrafo 1 del comentario al artículo 36, proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/56/10)). Hay muchos precedentes que podrían guiar este enfoque.

63. A este respecto, cabe recordar que en su fallo de 2005 en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo*, la Corte dictaminó que Uganda estaba obligada a reparar el perjuicio resultante del uso ilegal de la fuerza, la violación de la soberanía y la integridad territorial, la intervención militar, la ocupación de Ituri, las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, el saqueo, el pillaje y la explotación de los recursos naturales de la República Democrática del Congo ((*República Democrática del Congo c. Uganda)*, fallo , *I.C.J. Reports 2005*, pág. 257, párr. 259). Sobre esta base, fijó entonces el importe de la indemnización que debía pagarse a la República Democrática del Congo en un procedimiento ulterior (*Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda*), reparaciones, fallo, *I.C.J. Reports 2022 (I)*, págs. 137 y 138, párr. 409). Cabe señalar asimismo que, debido a la ocupación ilegal de Kuwait y "para el resarcimiento o indemnización por el Iraq", el Consejo de Seguridad afirmó que el Iraq era, con arreglo al derecho internacional, "responsable de las pérdidas, daños o perjuicios ocasionados a Kuwait o a terceros Estados, y a sus nacionales y sociedades, como resultado de la invasión y de la ocupación ilegal de Kuwait por el Iraq" (resolución 674 (1990) aprobada por el Consejo de Seguridad el 29 de octubre de 1990 en su 2951ª sesión, S/RES/674 (1990), punto 8).

*

64. Quisiera concluir haciendo una observación general sobre un argumento relativo a las repercusiones de la opinión de la corte en las negociaciones, que fue esgrimido por algunos participantes en este procedimiento para invitar a la Corte a declinar emitir la opinión consultiva solicitada por la Asamblea General. Se

argumentó que la opinión de la Corte podría poner en peligro las negociaciones de paz. De acuerdo con su jurisprudencia, la Corte ha respondido que este no sería el caso.

65. Más allá de esta respuesta, hay que cuestionar la oposición que algunos parecen trazar entre paz y derecho. Aparte del hecho de que en el presente caso las negociaciones de paz han sido prácticamente inexistentes durante más de diez años, en mi opinión es incorrecto sugerir que, al enunciar la ley, la Corte socavaría cualquier proceso de paz. Todo lo contrario, la propia filosofía que ha llevado al establecimiento de los distintos mecanismos judiciales de solución de controversias, desde los primeros arbitrajes hasta la creación de la Corte Permanente de Arbitraje y de la Corte Permanente de Justicia Internacional, pasando por esta Corte, es que el derecho internacional y la justicia constituyen, sin lugar a dudas, un medio para la pacificación de las relaciones internacionales. Al establecer la ley, la Corte proporciona a los distintos actores una base fiable para una paz justa, global y duradera.

66. Estoy convencido de que un proceso de negociación despojado de consideraciones jurídicas y de equidad llevaría en sí mismo la semilla de futuros conflictos. Las negociaciones sobre todas las cuestiones, incluidas las preocupaciones legítimas de seguridad de ambos Estados, israelí y palestino, solo pueden tener éxito si tienen como piedra angular el derecho internacional y la justicia.

67. Al establecer el derecho en este procedimiento, la Corte, de acuerdo con su función, ha contribuido a sentar las bases de una solución justa y duradera a un conflicto que ha durado demasiado tiempo, ha causado un inmenso sufrimiento humano en esta parte del mundo y cuyas repercusiones se dejan sentir mucho más allá. Con esta profunda convicción participé en el presente procedimiento, como sin duda también lo hicieron mis colegas.

(Firmado) Nawaf Salam.

[Original: inglés]

Opinión disidente de la Vicepresidenta Sebutinde

La Corte es competente para atender la solicitud de opinión consultiva − Sin embargo, a fin de ejercer su discrecionalidad de manera razonable y mantener la integridad de su función judicial, la Corte debería haberse abstenido de emitir la opinión consultiva solicitada − La opinión consultiva omite el trasfondo histórico crucial para comprender la polifacética disputa israelo-palestina y equivale a una "auditoría forense" unilateral del cumplimiento del derecho internacional por parte de Israel − La opinión consultiva no refleja un examen equilibrado e imparcial de las cuestiones jurídicas y fácticas pertinentes − Es indispensable comprender los matices históricos del conflicto israelo-palestino, incluidas las reivindicaciones territoriales contrapuestas de las partes en la antigua Palestina bajo mandato británico, así como los esfuerzos anteriores y en curso para resolver el conflicto a través del marco de negociación establecido por el Consejo de Seguridad − La Corte carece de información adecuada, precisa, equilibrada y fiable que le permita llegar juiciosamente a una evaluación justa y a conclusiones sobre las cuestiones de hecho controvertidas − La opinión consultiva no solo elude el consentimiento de Israel para que la Corte resuelva las cuestiones implicadas, sino que también elude y pone potencialmente en peligro el marco de negociación existente, sancionado internacionalmente y jurídicamente vinculante, para la resolución del conflicto israelo-palestino − La opinión consultiva contiene, asimismo, varias deficiencias, en particular con respecto a su respuesta a la segunda pregunta − El calendario propuesto por la Corte para la retirada de Israel de los territorios ocupados es impracticable y hace caso omiso de las cuestiones acordadas en el marco de negociación existente, las amenazas a la seguridad que se plantean a Israel y la necesidad de equilibrar las reivindicaciones de soberanía contrapuestas − La aplicación por la Corte del principio de reparación íntegra no es apropiada en las circunstancias del conflicto israelo-palestino − La Corte ha aplicado erróneamente el derecho de ocupación beligerante y ha adoptado presunciones implícitas en la pregunta de la Asamblea General sin un análisis crítico previo de las cuestiones pertinentes, incluida la aplicación del principio de uti possidetis iuris *al territorio del antiguo Mandato Británico, la cuestión de las fronteras de Israel y sus reivindicaciones de soberanía contrapuestas, la naturaleza del derecho palestino a la libre determinación y su relación con los propios derechos de Israel y sus preocupaciones en materia de seguridad − La única vía para una solución permanente del conflicto israelo-palestino sigue siendo el marco de negociación establecido en las Naciones Unidas y los acuerdos bilaterales.*

Índice

I. Introducción 21
II. Contexto histórico del conflicto israelo-palestino 22
A. El origen del conflicto israelo-palestino 22
B. Reivindicaciones territoriales contrapuestas sobre el territorio de la antigua Palestina en régimen de mandato 23
La nación judía 23
“Palestina siria” 24
C. El surgimiento del “Mandato Británico de Palestina” en la década de 1920 25
D. La partición del Mandato de Palestina y la propuesta de una “solución biestatal” 26
E. Cuestiones del estatuto permanente que siguen sin resolverse 31
III. El marco de negociación para la resolución del conflicto y el papel de apoyo de las Naciones Unidas 31
A. Resoluciones del Consejo de Seguridad 242 (1967) y 338 (1973) 32
B. Acuerdos provisionales entre Israel y las autoridades palestinas (Acuerdos de Oslo) 32
C. La solicitud de una opinión consultiva de la Asamblea General 36
IV. Competencia y discrecionalidad de la Corte 37
A. Competencia 37
B. La discrecionalidad judicial y la improcedencia de emitir una opinión consultiva 38
1. Falta de información adecuada ante la Corte 38
2. La opinión consultiva elude el marco internacional de negociación existente 39
3. La opinión consultiva elude el principio del consentimiento del Estado 40
V. Deficiencias de la opinión consultiva 41
A. Respuesta a la pregunta 1 42
B. Respuesta a la pregunta 2 42
C. Cuestiones que requieren un examen detenido 43
1. El calendario para poner fin a la ocupación israelí es incierto e impracticable 43
2. La opinión consultiva ignora las preocupaciones legítimas de Israel en materia de seguridad y su necesidad de garantías de seguridad efectivas 43
3. Necesidad de equilibrar las reivindicaciones concurrentes de soberanía 44
4. La cuestión de los recursos o las reparaciones 45
VI. La opinión consultiva ignora importantes principios jurídicos y proposiciones de derecho internacional 46
A. Igualdad soberana de los Estados 46
B. El estado de derecho debe distinguir claramente entre derecho y política 47
C. Se requiere el consentimiento del Estado para resolver controversias interestatales 47
D. Las fronteras, la soberanía y el alcance exacto de las reivindicaciones territoriales no pueden presumirse 47
E. *Uti possidetis iuris* y las fronteras de Israel en vísperas de la independencia 48

F. El Plan de Partición de las Naciones Unidas, la guerra de Independencia de 1948 y las líneas del Armisticio de Israel 51
G. El derecho de Israel a establecerse en el territorio de la antigua Palestina en régimen de mandato 53
H. El derecho de los árabes palestinos a la libre determinación 54
I. Preocupación por la retirada de Israel de los territorios en disputa y su seguridad 55
J. Aplicación indiscriminada del derecho de la ocupación beligerante a la Ribera Occidental, Gaza y Jerusalén Occidental 55
K. Una ocupación mediante el uso legítimo de la fuerza (legítima defensa) no es ilegal 56
L. Una ocupación lícita no se convierte en ilícita por el paso del tiempo 56
M. Los asentamientos israelíes en los territorios en disputa se ajustan al artículo 6 del Mandato 57
N. El marco de negociación y no el reconocimiento unilateral de Palestina sigue siendo la única vía para una solución permanente del conflicto israelo-palestino 57
VII. Conclusión 58

I. Introducción

1. Estoy de acuerdo en que la Corte es competente, de conformidad con el artículo 65, párrafo 1, del Estatuto de la Corte, para conocer de la solicitud de opinión consultiva de la Asamblea General, y he votado a favor del párrafo 285, apartado 1) de la parte dispositiva. Lamentablemente, no puedo coincidir con la mayoría en la emisión de la opinión consultiva, por las razones expuestas en la presente opinión disidente. En mi opinión, la Corte, a fin de ejercer su discrecionalidad de manera razonable y mantener la integridad de su función judicial, debería haberse abstenido de emitir la opinión consultiva solicitada. La formulación de las cuestiones de la resolución 77/247 presupone ciertas conclusiones jurídicas y fácticas, lo que impide un examen exhaustivo y equilibrado de los antecedentes históricos distintivos del conflicto israelo-palestino. Además, la mayoría de las declaraciones del expediente de la Corte presentan una perspectiva unilateral del conflicto que refuerza el enfoque desequilibrado de la opinión consultiva de la Corte. Por ejemplo, mientras que las preguntas presuponen que "Israel continúa violando el derecho del pueblo palestino a la libre determinación"; y que "desde 1967, Israel ha 'ocupado' ilegalmente territorio" que antes formaba parte del territorio del Mandato Británico, la Corte no ha recibido argumentos ni pruebas sobre el alcance territorial (es decir, las fronteras) del Estado de Israel en vísperas de la independencia; ni de las reivindicaciones territoriales contrapuestas de Israel en relación con el territorio en disputa. Se trata de cuestiones que deben abordarse antes de poder determinar las consecuencias jurídicas de la supuesta ocupación de territorio por parte de Israel, o el alcance territorial de la libre determinación palestina.

2. Además, la opinión consultiva, aunque aborda cuestiones jurídicas clave y determinaciones de hecho fundamentales para el conflicto, incluida la supuesta ocupación israelí, su anexión de los territorios en disputa y el derecho palestino a la libre determinación, omite el trasfondo histórico que es crucial para comprender esta disputa polifacética. En consecuencia, la opinión consultiva equivale a una "auditoría forense" unilateral del cumplimiento o incumplimiento del derecho internacional por parte de Israel, que no refleja un examen exhaustivo, equilibrado, imparcial y en profundidad de las cuestiones jurídicas y fácticas pertinentes. También pasa por alto las intrincadas realidades y la historia de los territorios y poblaciones de la Palestina actual, concretamente las zonas denominadas "Territorios Palestinos Ocupados" (TPO). Para poder emitir un dictamen que sea a la vez sustantivo y equitativo, y que ayude realmente a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad a resolver el conflicto israelo-palestino de forma pacífica y permanente, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, es esencial examinar a fondo estas cuestiones, basándose en los principios pertinentes del derecho internacional, incluidos los que destaco en esta opinión disidente. A este respecto, la observación de la Magistrada Rosalyn Higgins en su opinión separada de la opinión consultiva sobre el *Muro*, es particularmente conmovedora para las cuestiones abordadas en la presente opinión consultiva, ya que la Corte ha adoptado claramente un enfoque similar en la presente causa[1].

3. Debo expresar mi pesar por el hecho de que, debido a las limitaciones de tiempo que la Corte ha asignado a la preparación de las opiniones individuales, mi opinión disidente no puede proporcionar un análisis exhaustivo de todos los aspectos

[1] "Desde el punto de vista del derecho, de la historia y de la política, la controversia entre Israel y Palestina es enormemente compleja [...]. El contexto suele ser importante en las determinaciones jurídicas [...]. a mi juicio la 'historia' relatada por la Corte [...] no es equilibrada ni satisfactoria". Párrafo 14 de la opinión separada de la Magistrada Rosalyn Higgins, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 210, párr. 14. y pág. 211, párr. 16.

de la opinión consultiva que considero objetables. Por ello, he optado por centrarme en los elementos que considero más importantes.

II. Contexto histórico del conflicto israelo-palestino

A. El origen del conflicto israelo-palestino

4. Antes de abordar las cuestiones planteadas por la Asamblea General, es imprescindible comprender los matices históricos del conflicto israelo-palestino y reconocer los esfuerzos constantes de los órganos de las Naciones Unidas encargados de mantener la paz y la seguridad internacionales en su búsqueda de una solución duradera a este conflicto. El conflicto israelo-palestino se remonta a las reclamaciones contrapuestas de soberanía sobre el territorio que comprendía la Palestina bajo mandato británico en 1947. El pueblo judío considera esta zona como su patria histórica[2], mientras que los árabes palestinos y sus aliados la consideran la patria de los árabes palestinos[3]. El punto de vista panárabe ve el núcleo del conflicto en el desplazamiento de los árabes palestinos de ese territorio y las posteriores ganancias territoriales de Israel sobre él. En su opinión, Israel es a menudo considerado un país intrínsecamente agresivo y expansionista y una fuente clave de agitación regional. Su oposición a Israel se basa en la creencia panárabe de que los palestinos son una parte esencial de la unidad del mundo árabe [4] y que Palestina, como su patria, debe permanecer indivisa. Esta postura se ve reforzada por la convicción de que los árabes palestinos son un pueblo indígena homogéneo que tiene una profunda conexión con el territorio en disputa y un derecho inalienable al retorno y a ejercer en él su libre determinación[5].

5. El pueblo judío, por su parte, tiene una historia milenaria sobre el mismo territorio en disputa, conocido durante el Mandato Británico como “Palestina” y tras la independencia, como Israel. Su reivindicación de la condición de indígena se basa en los continuos lazos históricos y culturales que existían mucho antes de la Declaración de Balfour de 1917 o del Mandato Británico de 1922, o del establecimiento de Israel como Estado independiente en 1948. Su reivindicación de este territorio se remonta al antiguo Reino de Israel, hace 3.000 años. Su vínculo con la tierra ha persistido a pesar de las adversidades, la persecución y la diáspora a las que se ha enfrentado el pueblo judío durante milenios. Israel sostiene que la esencia del conflicto no está en las reivindicaciones territoriales contrapuestas en sí, sino en la negación panárabe de la existencia y legitimidad de Israel como Estado independiente no árabe en una región que se percibe como perteneciente exclusivamente a los árabes. Según Israel, sus adversarios pretenden erradicar su

[2] Véase la Declaración de Independencia de Israel, 1948; Declaración de Principios sobre las Disposiciones relacionadas con un Gobierno Autónomo Provisional, 13 de septiembre de 1993, art. V; Acuerdo Provisional sobre la Ribera Occidental y la Franja de Gaza, 28 de septiembre de 1995, art. XXXI 6).

[3] La Carta Nacional Palestina, art. 1, establece que Palestina es la patria del pueblo árabe palestino: es una parte indivisible de la patria árabe, y el pueblo palestino es parte integrante de la nación árabe.

[4] *Ibid*. Este artículo establece la identidad palestina en el contexto más amplio de las naciones árabes y afirma la indivisibilidad de Palestina como patria del pueblo palestino.

[5] *Ibid*. El artículo 6 dispone que los palestinos son los nacionales árabes que, hasta 1947, residían normalmente en Palestina, independientemente de que fueran expulsados de ella o hubieran permanecido allí. Cualquier persona nacida después de esa fecha, de padre palestino, ya sea en Palestina o fuera de ella, también es palestina.

existencia como nación y, por tanto, las medidas de Israel son puramente defensivas, destinadas a salvaguardar su soberanía frente a esas amenazas existenciales [6].

6. A pesar de las diferentes perspectivas sobre sus orígenes y naturaleza, el conflicto israelo-palestino implica complejos desafíos históricos, culturales, ideológicos y territoriales en los que intervienen múltiples Estados y actores no estatales. En mi opinión, antes de responder a las preguntas planteadas por la Asamblea General, es imprescindible comprender los matices históricos del conflicto israelo-palestino, incluidas las reivindicaciones territoriales contrapuestas de las partes en la antigua Palestina bajo mandato británico, así como los esfuerzos anteriores y actuales por resolver el conflicto a través del marco de negociación establecido por el Consejo de Seguridad. Al tiempo que se aceptan las reivindicaciones árabes sobre la tierra, es crucial reconocer que los judíos de Israel tampoco son colonos. Tanto las conexiones judías como árabes con la región están profundamente entrelazadas. Lograr una solución permanente al conflicto requiere acuerdos negociados cuidadosamente entre las partes implicadas, en lugar de declaraciones y posturas unilaterales. Las recomendaciones judiciales basadas en narraciones unilaterales y formuladas en un vacío contextual son las que menos probabilidades tienen de ayudar a la Asamblea General de las Naciones Unidas o al Consejo de Seguridad a lograr este noble objetivo.

B. Reivindicaciones territoriales contrapuestas sobre el territorio de la antigua Palestina en régimen de mandato

7. Para responder a las preguntas planteadas por la Asamblea General, es necesario apreciar las reivindicaciones históricas y territoriales contrapuestas de los habitantes del territorio antes conocido como Mandato Británico de Palestina. La historia de Palestina e Israel no comenzó con la Declaración de Balfour de 1917 ni con el Mandato Británico de 1922 o la Declaración de Independencia de Israel en 1948. Más bien, la historia de las personas que residen en el territorio antes conocido como Mandato Británico de Palestina abarca milenios, como se describe brevemente a continuación.

La nación judía

8. En contra de la opinión popular, las pruebas disponibles demuestran que ya en el año 1200 a. e. c. el pueblo judío existía en el territorio conocido como el actual Israel (también conocido durante el mandato británico de 1922 a 1947 como “Mandato Británico de Palestina”) como un grupo nacional cohesionado con una cultura, una religión y una identidad nacional bien definidas y formadas, así como una presencia física que se ha mantenido a lo largo de los siglos a pesar de los devastadores efectos de las conquistas y de su dispersión en el exilio. El antiguo Israel existió entre los años 1000 y 586 a. e. c., según las pruebas arqueológicas actuales[7].

[6] Declaración escrita de Israel.

[7] Existen pruebas sustanciales de que el pueblo judío vivió en la región del antiguo Israel entre los años 1000 y 586 a. e. c. Este período corresponde a la época de la monarquía unida bajo los reyes Saúl, David y Salomón, y los posteriores reinos divididos de Israel y Judea. Las pruebas incluyen los hallazgos arqueológicos de la Ciudad de David. Las excavaciones de la “Ciudad de David” en Jerusalén han sacado a la luz estructuras, fortificaciones y artefactos que datan de la época tradicionalmente asociada al reinado del rey David. Una inscripción hallada en Tel Dan menciona la “Casa de David”, que aporta pruebas extrabíblicas de la dinastía davídica. La Estela de Mesha (también conocida como Piedra Moabita) es un artefacto del siglo IX a. e. c. que hace referencia al reino de Israel y sus interacciones con la vecina Moab. Los ostraca (fragmentos de cerámica con inscripciones) hallados en Laquis a finales del siglo VII a. e. c. proporcionan información sobre la administración y los asuntos militares del reino de Judea. En Israel y Judea se han encontrado numerosos objetos, como cerámica, sellos e inscripciones. Estos artefactos

El antiguo Israel estaba dividido en dos provincias o reinos: el reino del norte, llamado Israel, cuya capital era Samaria, y la provincia meridional de Judea o Judá (*Y'hudah* en hebreo) con capital en Jerusalén. Con el paso del tiempo, la antigua tierra de Israel fue objeto de diversas conquistas y ocupaciones por parte de reinos más poderosos, como el Imperio babilónico (586 a 539 a. e. c.), el Imperio persa (539 a 332 a. e. c.), la época helenística (332 a 167 a. e. c.), la dinastía asmonea (167 a 63 a. e. c.), el Imperio romano (63 a. e. c. a 324 n. e.), la era bizantina (324 a 638 n. e.), el califato árabe (638 a 1099 n. e.), las Cruzadas (1099 a 1291 n. e.), la era mameluca (1291 a 1517 n. e.), el Imperio otomano (1517 a 1917 n. e.) y el Mandato Británico (1917 a 1948). Aunque estas conquistas provocaron el exilio o la dispersión de muchos judíos a distintas partes del mundo durante más de 1.500 años, hubo un remanente que siguió viviendo en la tierra del actual Israel hasta que un número considerable de judíos comenzó a regresar en 1882 y años posteriores. En aquella época, no más de 250.000 árabes vivían en esas tierras. En 1948, tras el Holocausto, el Estado de Israel alcanzó su independencia o libre determinación. La historia anterior se ve reforzada por las recientes pruebas arqueológicas obtenidas mediante la investigación sistemática de todos los restos del pasado del país, desde la prehistoria hasta el final de la dominación otomana, que revelan claramente el vínculo histórico entre el pueblo judío y la tierra de Israel, dejando al descubierto los restos de su patrimonio cultural en su tierra natal. Estos restos visibles, enterrados en el suelo, constituyen el vínculo físico entre el pasado, el presente y el futuro del pueblo judío en esta parte del mundo. Se puede argumentar que esta historia es la que aportó fundamentos a la comunidad civilizada de naciones a través de las Naciones Unidas para restablecer la "patria nacional del pueblo judío" en 1948[8].

"Palestina siria"

9. Territorialmente, el nombre de "Palestina" se aplicaba de forma vaga a una región que durante los 400 años anteriores a la Primera Guerra Mundial formó parte del Imperio otomano. En 135 n. e., tras acabar con la segunda insurrección judía de la provincia de Judea o Judá, los romanos rebautizaron esa provincia con el nombre de "Palestina siria" (o "Siria palestina"). Los romanos lo hicieron como castigo, para molestar a los "*Y'hudim*" (población judía) y borrar el vínculo entre ellos y su provincia (conocida en hebreo como *Y'hudah*). El nombre "Palestina" se utilizaba en relación con el pueblo conocido como los filisteos y que se encontraba a lo largo de la costa mediterránea [9] . El término "Palestina" se utilizó durante siglos sin una definición geográfica o territorial precisa. Antes de la creación del "Mandato Británico de Palestina", los árabes palestinos consideraban que tenían una identidad unificada con los árabes de la subregión hasta el siglo XX. Cuando el distinguido historiador estadounidense de origen árabe, el profesor Philip Hitti, testificó en contra de la partición de la Palestina en régimen de mandato ante el Comité Anglo-Americano en 1946, señaló que no existía Palestina en la historia; en absoluto. El

demuestran la existencia de una sociedad asentada y alfabetizada que se dedicaba al comercio, la agricultura y el gobierno. La Biblia hebrea (Antiguo Testamento) ofrece relatos detallados de la historia, la cultura y el gobierno de los israelitas durante este período. Aunque estos textos son de carácter religioso, muchos académicos los consideran valiosos documentos históricos. Las inscripciones y anales asirios mencionan los reinos de Israel y Judea en interacciones, conflictos y tributos. Por ejemplo, el Obelisco Negro de Salmanasar III representa a Jehú, rey de Israel, ofreciendo tributos al rey asirio. Estas pruebas arqueológicas, textuales e históricas combinadas respaldan la existencia y el asentamiento continuado del pueblo judío en el antiguo Israel durante el período comprendido entre el año 1000 y el 586 a. e. c.

[8] Encyclopaedia Brittanica y Jacob Liver, ed., *The Military History of the Land of Israel in Biblical Times* (1968).

[9] Los filisteos son una antigua tribu que emigró de la región del Egeo y se asentó en la región de Canaán, que corresponde aproximadamente a la actual Franja de Gaza, el sur de Israel y partes del suroccidental del Líbano, y que era conocida por sus conflictos con Israel.

primer Congreso Árabe-Palestino, que se reunió en Jerusalén del 27 de enero al 10 de febrero de 1919 para elegir a los representantes palestinos en la Conferencia de Paz de París, aprobó una resolución en la que, entre otras cosas, consideraba a Palestina como parte integrante de la Siria árabe[10]. En 1937, Auni Bey Abdul-Hadi, un líder árabe local, dijo a la Comisión Peel que finalmente sugirió la Partición de Palestina que no existía tal país [Palestina], que "Palestina" era un término que habían inventado los sionistas y que su país había sido, durante siglos, parte de Siria.

C. El surgimiento del "Mandato Británico de Palestina" en la década de 1920

10. Tras la derrota del Imperio otomano en la Primera Guerra Mundial y la posterior división de los territorios otomanos por la Sociedad de las Naciones, en 1922 se creó el Mandato Británico de Palestina[11]. Este fue un mandato de "clase A" concedido al Reino Unido, principalmente con el encargo de reconstituir un hogar nacional para el pueblo judío, en especial para aquellos que escapaban de la persecución y el Holocausto[12]. El Reino Unido emitió la Declaración de Balfour en 1917 y la incorporó al texto final aprobado del mandato en 1922. La Declaración de Balfour afirmaba que el Gobierno británico se mostraba a favor del establecimiento en Palestina de un hogar nacional para el pueblo judío y acordaba hacer todo lo posible para facilitarlo, sin perjudicar los derechos civiles y religiosos de las comunidades no judías existentes en Palestina.

11. El establecimiento formal del Mandato Británico de Palestina se produjo el 24 de julio de 1922, cuando la Sociedad de las Naciones concedió al Reino Unido el mandato[13], que entró oficialmente en vigor el 29 de septiembre de 1923. El ámbito territorial de la Palestina bajo mandato británico comprendía originalmente dos

[10] El Primer Congreso Árabe-Palestino, celebrado en enero y febrero de 1919 en Jerusalén, fue un acontecimiento significativo en la historia del nacionalismo palestino. Este congreso reunió a representantes de diversas regiones palestinas para debatir sus preocupaciones y aspiraciones en respuesta a los cambios políticos que siguieron a la Primera Guerra Mundial y al colapso del Imperio otomano. Las principales resoluciones y declaraciones del Congreso incluían el rechazo de la Declaración de Balfour de 1917, que apoyaba el establecimiento de un hogar nacional para el pueblo judío en Palestina. Los delegados lo consideraron una amenaza para los derechos y la existencia de los habitantes árabes de Palestina. El congreso exigió la independencia de Palestina como parte de un Estado árabe más amplio. Querían liberarse del control británico y se oponían a cualquier forma de mandato o colonización extranjera. El congreso hizo hincapié en la unidad de Palestina con el gran mundo árabe, abogando por estrechar lazos con los países árabes vecinos y por la creación de un frente árabe unido para proteger sus intereses. Los delegados pidieron el establecimiento de un gobierno democrático en Palestina, representativo de su mayoría árabe, y el derecho a la libre determinación sin injerencias externas. El congreso resolvió enviar una delegación a la Conferencia de Paz de París para presentar sus demandas y reivindicaciones, buscando el reconocimiento internacional y el apoyo a su causa. Las resoluciones del Primer Congreso Árabe-Palestino sentaron las bases del movimiento nacional palestino y reflejaron las aspiraciones y preocupaciones de la población árabe de Palestina en aquel momento.

[11] El Mandato Británico de Palestina anterior a 1948 comprendía el territorio que hoy se conoce como Israel, la Ribera Occidental, la Franja de Gaza y Jordania. La zona al oeste del río Jordán constituye el actual Estado de Israel, la Ribera Occidental y la Franja de Gaza; mientras que la zona al este del río Jordán constituye el actual Reino Hachemita de Jordania. En 1922, los británicos dividieron administrativamente el territorio, estableciendo el Emirato de Transjordania en la zona al este del río Jordán, que más tarde se convertiría en el Estado de Jordania en 1946. Así, cuando el Mandato Británico terminó en 1948, la Palestina en régimen de mandato se refería a la zona situada al oeste del río Jordán.

[12] Véase "British Mandate for Palestine", 17 *Am. J. Int'l L.* 164, 164, 170 (Supp. 1923) (en adelante, el "Mandato de Palestina").

[13] Véase el artículo 22 , párrafo 4, del Pacto de la Sociedad de las Naciones.

regiones denominadas Transjordania (en el este) y Palestina (en el oeste) [14] . Las fronteras de la Palestina original en régimen de mandato se determinaron mediante negociación y acuerdo de la siguiente manera. La línea del norte surgió de las negociaciones anglo-francesas de 1923. La del sur se fijó mediante tratados a mediados de la década de 1920 entre el Reino Unido y la nueva nación de la Arabia Saudí. La frontera entre el Mandato de Palestina y el Mandato de Mesopotamia (Iraq) tenía poca importancia inmediata, dado que la línea estaba en medio de un desierto deshabitado y el Reino Unido controlaba ambos lados. Esa línea se fijó finalmente mediante un canje de cartas en 1932. La parte oriental de la Palestina en régimen de mandato (que constituye el 80 % del territorio y se conocía como "Transjordania") permaneció bajo la administración británica hasta el 25 de mayo de 1946, cuando se convirtió en el reino independiente de Transjordania y posteriormente pasó a llamarse Jordania. La parte occidental (que constituye el 20 % del territorio y se denominaba "Palestina") permaneció bajo mandato británico hasta mayo de 1948, cuando el Reino Unido lo dio por finalizado. Es este último territorio, que comprende el 20 % del Mandato de Palestina original (conocido hoy simplemente como "Palestina"), el que sigue en disputa en el conflicto israelo-palestino.

D. La partición del Mandato de Palestina y la propuesta de una "solución biestatal"

12. La propuesta de creación de una solución biestatal en el territorio del Mandato Británico de Palestina (uno para la población judía y otro para la población árabe) ha sido un tema recurrente en la agenda de las Naciones Unidas, pero ha sido rechazada en repetidas ocasiones por la población árabe que vive en el territorio, así como por los vecinos árabes de Israel. Tras la desintegración del Imperio otomano después de la Primera Guerra Mundial, la Sociedad de las Naciones creó varios mandatos sobre los territorios anteriormente gobernados por el Imperio otomano, entre ellos el descrito antes [15] . Diecisiete años después, en 1936, los árabes se rebelaron contra el Reino Unido como titular de los mandatos de Palestina y Mesopotamia (el actual Iraq). La Comisión Peel[16], un grupo de trabajo creado por el Reino Unido para averiguar la causa de la rebelión árabe, descubrió que la razón principal de las hostilidades eran las aspiraciones nacionales contrapuestas de los judíos y los árabes que vivían en el territorio; pues, mientras que la comunidad judía buscaba establecer un hogar nacional en Palestina, tal y como prometía la Declaración de Balfour de 1917 y facilitaba el mandato británico, la comunidad árabe, por su parte, buscaba establecer su propio Estado nacional y se oponía a la creciente inmigración de judíos a Palestina y a su adquisición de tierras, temiendo el desplazamiento y la pérdida de control político y económico. Los árabes temían que la creciente población judía acabara dominando la región, lo que provocaría el desplazamiento y la pérdida de los medios de subsistencia árabes. La Comisión también descubrió que las disparidades económicas y la competencia por los recursos entre árabes y judíos

[14] Véase el mapa de la figura 1.

[15] En abril de 1920, la Sociedad de las Naciones asignó al Reino Unido los mandatos de Palestina y Mesopotamia (el actual Iraq), de conformidad con el artículo 22, párrafo 4, del Pacto de la Sociedad de las Naciones. El artículo disponía que "[c]iertas comunidades que antes pertenecían al Imperio turco han alcanzado una etapa de desarrollo en la que su existencia como naciones independientes puede ser reconocida provisionalmente, sujeta a la prestación de asesoramiento y asistencia administrativa por parte de un Mandatario hasta el momento en que sean capaces de valerse por sí mismas". Se asignó a Francia el mandato de gobernar Siria, incluido el Líbano.

[16] La Comisión Peel, conocida oficialmente como Comisión Real Palestina, fue creada por el Gobierno británico para investigar las causas de la revuelta árabe en la Palestina en régimen de mandato y proponer soluciones. La Comisión presentó su informe y recomendaciones al Gobierno británico el 7 de julio de 1937.

alimentaban aún más las tensiones entre ambas comunidades. La comunidad judía solía contar con mejor apoyo financiero del extranjero y técnicas agrícolas más avanzadas, lo que a veces provocaba desigualdades en el desarrollo económico y las oportunidades de empleo. La Comisión también señaló que las políticas británicas y las condiciones del mandato, que pretendían facilitar el establecimiento de un hogar nacional judío al tiempo que salvaguardaban los derechos de la población árabe, eran intrínsecamente contradictorios y difíciles de aplicar con eficacia.

13. La Comisión Peel llegó a la conclusión de que estas aspiraciones contrapuestas eran irreconciliables bajo el mandato existente y propuso un "plan de partición" como posible solución, sugiriendo la creación de Estados judíos y árabes separados con un mandato británico continuado sobre zonas clave[17]. Sin embargo, esta propuesta fue finalmente rechazada por la población árabe, lo que dio lugar a un conflicto persistente. Desde entonces, las Naciones Unidas han propugnado la idea de una solución biestatal basada en negociaciones consensuadas y en un acuerdo entre los judíos y los árabes palestinos, como única opción viable para una paz y una seguridad duraderas en esa parte del mundo. Aunque los dirigentes israelíes se han mostrado abiertos al concepto, los árabes palestinos y los Estados árabes vecinos han rechazado sistemáticamente la idea de un Estado judío que coexista con un Estado árabe en al menos siete ocasiones, como se muestra a continuación.

Figura 1

14. **Primer rechazo en 1937**: De acuerdo con las recomendaciones de la Comisión Peel en 1937, el Gobierno británico ofreció a los árabes palestinos el 80 % de la Palestina en régimen de mandato (Transjordania) y a los judíos el 20 % restante

[17] En 1937, la Comisión Peel recomendó la partición de Palestina en Estados judíos y árabes independientes, con la continuación del Mandato Británico sobre un corredor que incluía Jerusalén y Belén. Entre los puntos clave del plan de partición de la Comisión Peel figuraba la creación de un Estado judío que abarcaría aproximadamente un tercio de Palestina, incluida la fértil llanura costera y la región de Galilea; un Estado árabe que comprendería los dos tercios restantes, incluidas las colinas centrales y el desierto del Néguev; y una pequeña zona, que incluía Jerusalén, Belén y un corredor hasta el puerto de Jaffa, que permanecería bajo control británico debido a su importancia religiosa y a su población mixta. El plan también incluía recomendaciones para el traslado de población, como el traslado voluntario u obligatorio de los árabes del Estado judío propuesto y de los judíos del Estado árabe propuesto para reducir las fricciones entre ambas comunidades. Aunque el Gobierno británico no puso en práctica las recomendaciones de la Comisión Peel, la idea de la partición influyó en las futuras propuestas para resolver el conflicto en Palestina.

(Palestina) en una sugerencia de reparto muy favorable para los primeros. A pesar del diminuto tamaño del Estado propuesto, los judíos votaron a favor de aceptar esta oferta, pero los árabes la rechazaron y reanudaron su violenta rebelión contra el Mandato Británico. Sin embargo, el 25 de mayo de 1946, el territorio conocido como Transjordania se independizó del Reino Unido. Este acontecimiento marcó el fin del Mandato Británico sobre esa parte del territorio y la creación del Reino Hachemita de Transjordania, cuyo primer rey fue el Emir Abdullah. Posteriormente, el país pasó a llamarse Reino Hachemita de Jordania.

15. **Segundo rechazo en 1947**: Diez años más tarde, en 1947, después de que Transjordania (que comprendía el 80 % del territorio original en régimen de mandato) se separara y obtuviera la independencia, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la resolución 181 (1947), volvió a pedir el establecimiento de dos Estados (uno judío y otro árabe), esta vez, en el 20 % restante del territorio del Mandato Británico, quedando Jerusalén bajo administración internacional (" *corpus separatum*")[18]. La propuesta, aceptada al inicio por los dirigentes judíos[19] como un compromiso para establecer un Estado judío independiente, fue rechazada por la comunidad árabe, que se oponía básicamente a la creación de un Estado judío en la región. Incapaz de resolver la cuestión territorial, el Reino Unido retiró su mandato de Palestina el 14 de mayo de 1948, para que la espinosa cuestión fuera resuelta por las Naciones Unidas y las partes en conflicto de la región. Simultáneamente a la retirada británica, los dirigentes judíos de Palestina declararon la creación de un Estado de Israel independiente como patria nacional de los judíos y refugio para los judíos que huían del Holocausto[20]. La declaración hacía referencia a la Declaración de Balfour de 1917 y a la resolución 181 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que recomendaba la partición de la Palestina en régimen de mandato en un Estados judío y otro árabe. La Declaración mencionaba la creación del Estado de Israel, de modo que afirmaba el derecho del pueblo judío a establecer un Estado propio en su patria ancestral con efecto inmediato. La Declaración también esbozaba los principios sobre los que se fundaría el nuevo Estado, incluida la garantía de los derechos civiles para todos los habitantes, independientemente de su religión, raza o sexo. En particular, la Declaración apelaba a la paz y la cooperación con los Estados árabes vecinos e invita a los habitantes árabes de Israel a participar en la construcción del Estado sobre la base de una ciudadanía plena e igualitaria. El documento concluye con un llamamiento al pueblo judío de todo el mundo para que apoye al nuevo Estado y a la comunidad internacional para que reconozca y ayude a su desarrollo.

16. **Tercer rechazo en 1967**: 20 años más tarde, en lo que se conoce como la "Guerra de los Seis Días", Israel lanzó una serie de ataques aéreos preventivos contra Egipto el 5 de junio de 1967 en respuesta a la escalada de tensión y las amenazas militares de sus vecinos árabes (en concreto, Egipto, Siria y Jordania) que, una vez más, pretendían eliminar el Estado judío de la región[21]. Israel logró una victoria rápida y decisiva en esta guerra, reconquistando Jerusalén Oriental y la Ribera Occidental de Jordania, los altos del Golán de Siria, y Gaza y la península del Sinaí de Egipto. Desde entonces, este territorio reconquistado se conoce como "Territorios Palestinos Ocupados" o "TPO" (aunque tal vez sería mejor denominarlos "Territorios Palestinos

[18] Resolución 181 de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1947.

[19] Representado por la Agencia Judía.

[20] La Declaración de Independencia israelí se proclamó el 14 de mayo de 1948.

[21] La escalada de tensiones y hostilidades que condujo a la Guerra de los Seis Días se atribuye, entre otras cosas, a un aumento constante de las escaramuzas fronterizas y las hostilidades entre Israel y sus vecinos árabes; frecuentes enfrentamientos en las zonas desmilitarizadas y a lo largo de las fronteras; el bloqueo egipcio del estrecho de Tirán, considerado por Israel como un acto de guerra; un aumento de las fuerzas militares árabes en la península del Sinaí; y aumento de la presión política y de la retórica de diversos líderes árabes que pedían la destrucción del Estado de Israel.

en Disputa"). A partir de ese momento, estos Estados árabes mantuvieron una disputa territorial directa con Israel, al margen de su compromiso con la causa palestina. El Gobierno israelí estaba dividido sobre qué hacer con este nuevo territorio. La mitad del Gobierno quería devolver la Ribera Occidental a Jordania y Gaza a Egipto a cambio de la paz. La otra mitad quería ceder ese territorio a los árabes de la región, que habían empezado a denominarse a sí mismos palestinos, con la esperanza de acabar construyendo allí su propio Estado. Ninguna de las dos iniciativas llegó muy lejos. Unos meses más tarde, la Liga de los Estados Árabes se reunió en Sudán y emitió sus tres "no": no a la paz con Israel, no al reconocimiento de Israel, no a las negociaciones con Israel. Una vez más, la solución biestatal fue rechazada de plano por estos Estados árabes.

17. **Cuarto rechazo en 1969-1970**: Al finalizar el alto el fuego con Israel, Egipto, con el apoyo militar de la Unión Soviética, inició nuevos ataques contra Israel entre marzo de 1969 y agosto de 1970 en lo que se conoció como la "guerra de desgaste"[22]. Los objetivos de Egipto durante esta guerra incluían la reconquista de la península del Sinaí a las fuerzas israelíes, que se habían hecho con el control de la península durante la Guerra de los Seis Días; el debilitamiento de la moral y la economía israelíes mediante continuos asaltos militares, presionándole así para que hiciera concesiones territoriales y políticas; y el refuerzo de la moral y la unidad árabes contra la existencia y el dominio militar de Israel en la región. Esta guerra terminó con la aceptación por parte de Israel de una compleja propuesta de alto el fuego en agosto de 1970. Sin embargo, la "paz fría" entre ambos países duró poco, ya que tres años después, Egipto, ayudado por otros vecinos árabes de Israel, lanzó un ataque sorpresa contra Israel.

18. **Quinto rechazo en 1973**: Del 6 al 25 de octubre de 1973, una coalición de Estados árabes encabezada por Egipto y Siria lanzó un ataque militar por sorpresa contra el Estado de Israel, en lo que se conoce como la "guerra de Yom Kipur" [23]. El ataque sorpresa, que comenzó durante el Yom Kipur (día judío del arrepentimiento) y que coincidió con el mes islámico del ramadán, pretendía poner en entredicho la victoria de Israel en la Guerra de los Seis Días de 1967, por la que Israel había adquirido un territorio cuatro veces mayor que el anterior [24]. La guerra, en la que participaron los Estados Unidos de América y la Unión Soviética en bandos opuestos, tuvo implicaciones de gran alcance y, en última instancia, condujo a negociaciones en términos más favorables para los Estados árabes. Los israelíes reconocieron que, a pesar de los impresionantes logros operativos y tácticos en el campo de batalla, no había garantías de que siempre dominaran militarmente a los Estados árabes, como habían hecho sistemáticamente a lo largo de la primera, segunda y tercera guerras árabe-israelíes; Estos cambios allanaron el camino para el proceso de paz israelo-palestino. En los Acuerdos de Camp David de 1978 que siguieron a la guerra, Israel devolvió toda la península del Sinaí a Egipto, lo que condujo al posterior tratado de paz egipcio-israelí de 1979, que supuso el primer caso en que un país árabe reconocía a Israel como Estado legítimo.

19. **Sexto rechazo en 2000**: El Primer Ministro israelí, Ehud Barak, se reunió en Camp David con el Presidente de la Organización de Liberación de Palestina (OLP), Yasser Arafat, en 2000, para concluir un nuevo plan de dos Estados. Barak

[22] Aunque el frente egipcio-israelí era el principal campo de batalla, había otros frentes orientales más pequeños en los que participaban fuerzas jordanas, sirias, iraquíes y palestinas contra fuerzas israelíes.

[23] Esta guerra también se conoce como la guerra del ramadán, la guerra de octubre o la cuarta guerra árabe-israelí.

[24] Egipto había perdido 23.500 millas cuadradas en la península del Sinaí y la Franja de Gaza, aunque Israel se había retirado de la península tres años antes. Jordania había perdido la Ribera Occidental y Jerusalén Oriental, y Siria, los estratégicos altos del Golán.

ofreció a Arafat un Estado palestino en toda Gaza y el 94 % de la Ribera Occidental, con Jerusalén Oriental como capital. El líder palestino rechazó de plano la oferta. El Presidente de los Estados Unidos, Bill Clinton, dijo que Arafat había estado allí 14 días y había dicho que no a todo. En su lugar, los palestinos lanzaron una sangrienta oleada de atentados suicidas que mataron a más de 1.000 israelíes y mutilaron a miles más, en autobuses, salones de bodas y pizzerías.

20. **Séptimo rechazo**: En 2008, Israel intentó de nuevo presentar la idea de una solución biestatal a los nuevos dirigentes de la OLP. El Primer Ministro Ehud Olmert fue incluso más lejos de lo que había ido Ehud Barak, ampliando la oferta de paz para incluir tierras adicionales con el fin de endulzar el trato. Al igual que su predecesor, el nuevo dirigente palestino, Mahmoud Abbas, rechazó el acuerdo.

21. A día de hoy, Israel sigue ocupando la Ribera Occidental y la totalidad de Jerusalén, mientras que los palestinos árabes reclaman ahora Jerusalén Oriental como capital de su posible o futuro Estado palestino. La mayoría de los refugiados palestinos y sus descendientes viven en Gaza y la Ribera Occidental, así como en las vecinas Jordania, Siria y el Líbano. Israel se resiste a permitirles regresar a sus hogares alegando que esto desbordaría al país y amenazaría la existencia de Israel como Estado judío. Mientras tanto, en los últimos 50 años ha aumentado el número de judíos que regresan a Israel y este país ha construido asentamientos en los territorios en disputa, donde ahora viven más de 700.000 judíos. Estos asentamientos han sido declarados "jurídicamente nulos" por el Consejo de Seguridad[25], aunque Israel no está de acuerdo. En 2005, Israel retiró a sus militares y colonos de la Franja de Gaza, aunque mantuvo el control del espacio aéreo, la frontera común y la costa, por "motivos de seguridad". Sin embargo, las Naciones Unidas sigue considerando la Franja de Gaza territorio ocupado por Israel precisamente porque Israel conserva un control significativo sobre las fronteras, el espacio aéreo y el acceso marítimo de Gaza, así como sobre la circulación de bienes y personas que entran y salen del territorio. Políticamente, Gaza está administrada desde 2006 por Hamás [26], grupo islamista extremista comprometido con la destrucción del Estado de Israel y calificado por varios Estados como organización terrorista. Desde entonces, los militantes de Hamás y sus aliados han librado varias guerras con Israel, que, junto con Egipto, ha mantenido un bloqueo parcial en la Franja de Gaza para aislar a Hamás e intentar detener sus ataques y el lanzamiento indiscriminado de cohetes contra ciudades israelíes. El ataque de Hamás contra Israel del 7 de octubre de 2023, en el que varios ciudadanos israelíes fueron asesinados y otros tomados como rehenes, dio paso a la última guerra entre Israel y Hamás y sus aliados (incluido Hizbulah en el Líbano). Los Estados Unidos, la Unión Europea y otros países occidentales han condenado el ataque de Hamás contra Israel y algunos han prestado apoyo militar a Israel, al tiempo que han ampliado la ayuda humanitaria a los civiles palestinos que siguen sufriendo enormes bajas.

[25] La resolución 2334 (2016) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas establece que la creación por parte de Israel de asentamientos en territorio palestino ocupado desde 1967, incluida Jerusalén Oriental, carece de validez legal. Estos asentamientos constituyen una violación flagrante del derecho internacional y un gran obstáculo para lograr una paz global, justa y duradera en Oriente Medio. La resolución pide el cese inmediato y completo de todas las actividades de asentamiento en los territorios palestinos ocupados y subraya que cualquier cambio en las líneas del 4 de junio de 1967 (incluida Jerusalén) debe acordarse mediante negociaciones entre ambas partes. Además, condena los actos de violencia, terrorismo e incitación, e insta a ambas partes a mantener la calma y restablecer la confianza.

[26] En 2006, Hamás ganó las elecciones palestinas y el año siguiente se hizo con el control de Gaza tras desbancar al movimiento rival Fatah, del Presidente Mahmoud Abbas, afincado en la Ribera Occidental.

E. Cuestiones del estatuto permanente que siguen sin resolverse

22. Entre las cuestiones clave que históricamente han permanecido en disputa entre las poblaciones que vivían en la antigua Palestina bajo mandato británico, se encuentran, i) la cuestión de una posible "solución biestatal", incluyendo cuándo y cómo podría crearse un Estado palestino independiente en los territorios en disputa junto al Estado de Israel (incluida la determinación de las posibles fronteras entre los dos Estados y cómo se repartirían el agua, la tierra cultivable y otros recursos naturales); ii) la seguridad de la población civil en Israel y en Palestina; iii) si Israel debe retirar sus fuerzas militares y asentamientos de los territorios en disputa, cuándo y cómo; iv) el estatuto de la Ciudad Santa de Jerusalén (incluida la cuestión de si debe ser una capital compartida por los dos Estados y cómo debe administrarse); y v) la libertad de circulación de los palestinos, incluido el derecho de los refugiados palestinos a regresar a sus hogares en los territorios en disputa. Las cuestiones anteriores siguen sin resolverse y constituyen una parte fundamental del contexto en el que debe entenderse la solicitud de opinión consultiva de la Asamblea General. Una solución al conflicto israelo-palestino requeriría inevitablemente que estas cuestiones clave se abordaran y resolvieran de manera que se garantizara una paz y seguridad duraderas para todos los pueblos de la región. Históricamente, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha identificado un marco de negociación como el método más viable para alcanzar una solución mutuamente aceptable.

III. El marco de negociación para la resolución del conflicto y el papel de apoyo de las Naciones Unidas

23. A lo largo de su historia, las Naciones Unidas se han volcado en tratar de encontrar una solución duradera al conflicto israelo-palestino. Como ya se ha dicho, esto comenzó en 1947, solo dos años después de la fundación de las Naciones Unidas, y en vísperas de que el Reino Unido pusiera fin a su mandato sobre Palestina. La Asamblea General, mediante la resolución 181 (II) (1947), aprobó un Plan de Partición de la Palestina bajo mandato británico en tres entidades que daría lugar a la creación de un Estado judío y un Estado árabe, con la Ciudad Santa de Jerusalén y sus suburbios inmediatos administrados por las Naciones Unidas como zona internacional o "*corpus separatum*"[27]. Como ya se ha mencionado, dicho Plan de Partición fracasó[28], lo que culminó en la guerra de Independencia de 1948 entre las poblaciones judía y árabe y condujo finalmente al abandono del Plan. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, a través de la resolución 62 (1948), pidió "un armisticio aplicable a todos los sectores de Palestina", e instó a las partes directamente implicadas en el conflicto a alcanzar dicho acuerdo[29]. Desde entonces, sin embargo, las relaciones entre judíos y árabes en los antiguos territorios bajo mandato británico no han dejado de deteriorarse. No obstante, las Naciones Unidas, en particular el Consejo de Seguridad, han seguido ocupándose a lo largo de los años de la "cuestión palestina", con el deseo de resolver el conflicto pacíficamente y de conformidad con su mandato en virtud de la Carta de las Naciones Unidas.

24. En los últimos 45 años, se ha desarrollado un marco jurídico internacional que incluye negociaciones bilaterales y de las Naciones Unidas para la resolución del conflicto israelo-palestino, que se basa en el concepto de "territorio por paz", y que no considera que la resolución del conflicto se imponga a las partes implicadas desde el exterior. Los tratados de paz entre Egipto e Israel y Jordania e Israel se firmaron y

[27] Resolución 181 (II) de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1947.
[28] Véanse los párrafos 15 y 16 anteriores.
[29] Resolución 62 del Consejo de Seguridad, de 16 de noviembre de 1948.

aplicaron en 1979 y 1994, respectivamente. En 2020, en el contexto de los Acuerdos de Abraham, se han alcanzado acuerdos de normalización (equivalentes a tratados de paz) entre Israel y una variada lista de países árabes, entre ellos los Emiratos Árabes Unidos, Bahréin, Marruecos y el Sudán. La presencia israelí en la Ribera Occidental a la espera de la conclusión de un acuerdo de paz entre Israel y los palestinos es coherente con los marcos internacional y bilateral para la resolución del conflicto.

A. Resoluciones del Consejo de Seguridad 242 (1967) y 338 (1973)

25. El derecho internacional reconoce la negociación y el acuerdo como los principales mecanismos para resolver las disputas internacionales. Las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 242 (1967) y 338 (1973) establecen un marco para la paz que ha sido aprobado y acordado mutuamente por ambas partes, y siguen siendo el marco internacional para la resolución del conflicto israelo-palestino. Las resoluciones 242 y 338 dejan abierta la posibilidad, de hecho probable, de la soberanía israelí en partes de la Ribera Occidental en un acuerdo final de paz. La resolución 242 dispone establecer una paz que "incluya" la retirada de las fuerzas israelíes "territorios que ocuparon durante el reciente conflicto (1967)", no de "todos los territorios ocupados" en dicho conflicto. Las deliberaciones del Consejo de Seguridad sugieren que esta redacción no fue accidental, y la historia de la redacción sugiere que muchos de los redactores planteaban que la retirada era necesaria en algunos de los territorios, pero no en todos. La resolución 338 insta a las partes a aplicar la resolución 242.

26. El concepto de "territorio por paz" de la resolución 242 sigue siendo la piedra angular de todos los planes de paz propuestos para resolver el conflicto. Sirvió de base para la iniciativa de paz regional de Camp David en 1978; el Tratado de Paz entre Israel y Egipto de 1979; y el Tratado de Paz entre Israel y Jordania de 1994. Además, todos los acuerdos israelo-palestinos, incluido el Acuerdo Provisional, invocan tanto la resolución 242 como la 338. Estas resoluciones también se han invocado en numerosas decisiones de organizaciones internacionales relacionadas con la resolución definitiva del conflicto regional. El Consejo de Seguridad y la Asamblea General han reiterado en numerosas ocasiones su apoyo a los acuerdos bilaterales existentes como marco jurídico aplicable para resolver el conflicto israelo-palestino y determinar el estatuto soberano del territorio en disputa. Se trata de pruebas que subrayan la posición tanto de que el marco pertinente para un acuerdo territorial comienza con la resolución 242, como de que cualquier derecho o título palestino para ejercer autoridad sobre el territorio en disputa (y sus habitantes) no es necesariamente exclusivo.

B. Acuerdos provisionales entre Israel y las autoridades palestinas (Acuerdos de Oslo)

27. Los Acuerdos de Oslo [30] son acuerdos bilaterales vinculantes que suscribieron Israel y la Organización de Liberación de Palestina (OLP), entonces representantes oficiales del pueblo palestino, a la espera de un acuerdo definitivo entre las partes, con el fin de que sirvieran de mecanismo irreversible para alcanzar una solución de compromiso aceptable para ambas partes, en el marco de la fórmula

[30] El Acuerdo de Oslo I, conocido oficialmente como "Declaración de Principios sobre las Disposiciones relacionadas con un Gobierno Autónomo Provisional", se firmó el 13 de septiembre de 1993. El Acuerdo de Oslo II, conocido oficialmente como "Acuerdo Provisional Israelo-Palestino sobre la Ribera Occidental y la Franja de Gaza", se firmó el 28 de septiembre de 1995.

reconocida internacionalmente de solución de la controversia regional. Según estos acuerdos, entre las cuestiones que deben abordarse en las negociaciones sobre el estatuto permanente figuran "Jerusalén, los refugiados, los asentamientos, los acuerdos de seguridad, las fronteras, las relaciones y la cooperación con otros vecinos y otras cuestiones de interés común". Concretamente, en lo que respecta al reconocimiento del derecho del pueblo palestino a la libre determinación, Israel reconoció por primera vez en los Acuerdos de Oslo a la OLP como representante del pueblo palestino, y los Acuerdos reflejan el marco bilateral acordado a través del cual puede hacerse efectiva la libre determinación palestina. Los Acuerdos de Oslo, al ser acuerdos entre sujetos de derecho internacional (a saber, Israel y la OLP), vinculan a cualquier sucesor de la OLP. El Consejo de Seguridad, la Asamblea General, el Cuarteto, el enviado especial del Secretario General y los posteriores acuerdos entre las partes han hecho referencia a los Acuerdos de Oslo y a su coherencia con las resoluciones aplicables de las Naciones Unidas. El marco internacional y bilateral para la resolución del conflicto establece un fundamento jurídico para que Israel siga ejerciendo ciertos poderes y responsabilidades en la Ribera Occidental que la mayoría ha calificado de "ilegales".

28. La opinión consultiva ignora el marco jurídico internacional *lex lata* y tiene el efecto de socavar la fórmula internacional de "territorio por paz", establecida en las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 242 y 338, y de invalidar los Acuerdos bilaterales de Oslo. Por lo tanto, no puedo unirme a la mayoría en esta opinión. Los históricos procesos de paz entre Israel y sus vecinos demuestran que, en este contexto, los antaño enemigos pueden dejar de lado sus diferencias y resolver sus disputas sin recurrir a la fuerza ni a la coacción. Como ya afirmé en una opinión anterior, "una solución permanente al conflicto israelo-palestino solo puede ser el resultado de negociaciones de buena fe entre representantes israelíes y palestinos que trabajen para lograr una solución biestatal justa y sostenible. No se puede imponer una solución desde fuera, y mucho menos a través de un arreglo judicial"[31].

29. Tras la Guerra de los Seis Días de 1967, el Consejo de Seguridad, en su resolución 242 (comúnmente denominada marco del "territorio por paz"), afirmó que el establecimiento de "una paz justa y duradera en Oriente Medio" exigía el cumplimiento de dos condiciones interdependientes, a saber, el "[r]etiro de las fuerzas armadas israelíes de los territorios que ocuparon durante el reciente conflicto", por una parte, y la "[t]erminación de todas las situaciones de beligerancia o alegaciones de su existencia, y respeto y reconocimiento de la soberanía, integridad territorial e independencia política de todos los Estados de la zona y su derecho a vivir en paz dentro de fronteras seguras y reconocidas y libres de amenazas o actos de fuerza" [32]. En la resolución 338, que pedía un alto el fuego en la guerra árabe-israelí de 1973, el Consejo de Seguridad decidió de nuevo que "inmediatamente y en forma simultánea con la cesación del fuego, se inicien negociaciones entre las partes interesadas, con los auspicios apropiados, encaminadas al establecimiento de una paz justa y duradera en Oriente Medio". Posteriormente, la Asamblea General reafirmó este énfasis en la importancia del proceso de paz israelo-palestino y árabe-israelí más amplio e hizo hincapié en la necesidad de lograr una "arreglo justo y general del conflicto árabe-israelí" (resolución 47/64 (D) de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1992).

30. El interés de la comunidad internacional por fomentar la negociación entre las partes dio lugar a varios acuerdos, entre ellos el tratado de paz de 1979 entre Israel

[31] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, providencia de 26 de enero de 2024, opinión disidente de la Magistrada Sebutinde, párr. 11.

[32] Resolución 242 del Consejo de Seguridad, de 22 de noviembre de 1967.

y Egipto; el acuerdo de paz de 1994 entre Israel y Jordania; y los Acuerdos de Oslo [33] de 1993 y 1995 entre Israel y la Organización de Liberación de Palestina ("OLP"). En particular, los Acuerdos de Oslo de 1993 supusieron el reconocimiento por parte de la Organización de Liberación de Palestina del Estado de Israel y el reconocimiento por parte de Israel de la OLP como representante del pueblo palestino. La Declaración de Principios sobre las Disposiciones relacionadas con un Gobierno Autónomo Provisional, firmada por representantes de ambas partes, respaldó el marco establecido en las resoluciones del Consejo de Seguridad 242 y 338 y expresó el acuerdo de las partes sobre la necesidad de

> "poner fin a decenios de enfrentamientos y conflictos, de reconocer sus legítimos derechos políticos mutuos, de tratar de vivir en un régimen de coexistencia pacífica y de dignidad y seguridad mutuas, y de llegar a una solución de paz justa, duradera y global y a una reconciliación histórica por conducto de un proceso político convenido" (Declaración de Principios sobre las Disposiciones relacionadas con un Gobierno Autónomo Provisional, 13 de septiembre de 1993).

31. Aunque los Acuerdos de Oslo aún no se han aplicado en su totalidad, siguen siendo vinculantes para las partes implicadas y proporcionando un marco para asignar responsabilidades entre las autoridades israelíes y palestinas y fundamentar las futuras negociaciones relativas a las cuestiones del estatuto permanente. Desde entonces, las Naciones Unidas han afirmado en repetidas ocasiones la necesidad de negociaciones encaminadas a lograr una solución biestatal y resolver el conflicto entre Israel y Palestina. En 2003, el Consejo de Seguridad aprobó la resolución 1515, en la que "[h]ac[ía] suya la hoja de ruta basada en la ejecución para una solución biestatal permanente del conflicto israelo-palestino propuesta por el Cuarteto". El Cuarteto estaba formado por representantes de los Estados Unidos, la Unión Europea, la Federación de Rusia y las Naciones Unidas[34]. En esa resolución, el Consejo de Seguridad "[e]xhorta[ba] a las partes a que cumpl[ieran] las obligaciones que les incumb[ían] en virtud de la hoja de ruta en cooperación con el Cuarteto y a que h[icieran] realidad la visión de dos Estados que vivan uno junto al otro en paz y seguridad"[35]. Otra serie importante de negociaciones de paz entre Israel y la OLP tuvo lugar entre 2007 y 2008. Estas negociaciones parecen haber estado muy cerca de un acuerdo de paz[36]; sin embargo, una vez más fracasaron[37], y fueron seguidas de un cambio político interno en Israel hacia un gobierno menos abierto a un acuerdo de este tipo.

32. Aunque los intentos de negociación han continuado periódicamente, incluidas las iniciativas respaldadas por las Naciones Unidas y otros miembros de la comunidad internacional [38] , todavía no se ha llegado a una solución negociada definitiva del conflicto israelo-palestino. No obstante, el Consejo de Seguridad declaró en 2008 su apoyo a la continuación de las negociaciones entre las partes y

[33] Acuerdo de Oslo I, firmado en Washington D. C. en 1993, y el Acuerdo de Oslo II, firmado en Taba (Egipto) en 1995.

[34] Resolución 1515 del Consejo de Seguridad, de 19 de noviembre de 2003.

[35] *Ibid.*

[36] Véase, por ejemplo, Gordon Brown: "In 2008, we were inches from peace in the Middle East. I believe it's still within our grasp", *The Guardian*, 9 de enero de 2024, https://www.theguardian.com/commentisfree/2024/jan/09/israel-palestine-gaza-peace-plan.

[37] Los informes sugieren que el primer ministro israelí, Ehud Olmert, ofreció un acuerdo de paz al presidente de la Autoridad Palestina, Abbas, que fue rechazado. Véase, por ejemplo, *Jerusalem Post*, "Revealed: Olmert's 2008 peace offer to Palestinians", https://www.jpost.com/diplomacy-and-politics/details-of-olmerts-peace-offer-to-palestinians-exposed-314261.

[38] Véase *Vox*, "The many, many times Israelis and Palestinians tried to make peace and failed", 22 de noviembre de 2023, https://www.vox.com/world-politics/2023/11/22/23971375/israel-palestine-peace-talks-deal-timeline.

"apoy[ó] los principios acordados por las partes para el proceso de negociación bilateral y sus decididos esfuerzos por cumplir el objetivo de concertar un tratado de paz que resuelva todas las cuestiones pendientes" [39] . En 2016, el Consejo de Seguridad, en su resolución 2334, recordó las obligaciones de ambas partes, "[e]xhorta[ndo] a todas las partes a que, en interés de promover la paz y la seguridad, hagan esfuerzos colectivos para iniciar negociaciones creíbles sobre todas las cuestiones relativas al estatuto definitivo" e "insta[ba] [...] a que se intensifi[caran] y aceler[aran] el apoyo y los esfuerzos diplomáticos regionales e internacionales con objeto de lograr sin demora una paz amplia, justa y duradera en Oriente Medio" [40].

33. La Asamblea General también ha recordado regularmente los Acuerdos de Oslo y la hoja de ruta del Cuarteto en sus resoluciones sobre el conflicto israelo-palestino. Por ejemplo, la Asamblea General:

> "[r]eiter[ó] su llamamiento para que se alcance sin demora una paz general, justa y duradera en Oriente Medio sobre la base de las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas, incluida la resolución 2334 (2016) del Consejo de Seguridad, los principios de referencia de la Conferencia de Madrid, incluido el principio de territorio por paz, la Iniciativa de Paz Árabe y la hoja de ruta del Cuarteto, y se ponga fin a la ocupación israelí que se inició en 1967, incluida la de Jerusalén Oriental, y reafirma a ese respecto su apoyo inquebrantable, de conformidad con el derecho internacional, a la solución biestatal consistente en que Israel y Palestina convivan en condiciones de paz y seguridad dentro de fronteras reconocidas y basadas en las anteriores a 1967" [41].

34. Por último, la propia Corte ha reconocido anteriormente la importancia de que continúen las negociaciones entre las partes implicadas, como único medio viable para lograr una paz y seguridad duraderas en Oriente Medio. En la opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, la Corte expuso:

> "Desde 1947, año en que la Asamblea General aprobó su resolución 181 (II) y se terminó el Mandato de Palestina, ha habido una sucesión de conflictos armados, actos de violencia indiscriminada y medidas represivas en el territorio anteriormente bajo mandato. La Corte desea poner de relieve que tanto Israel como Palestina tienen la obligación de observar escrupulosamente las reglas del derecho internacional humanitario, uno de cuyos objetivos fundamentales consiste en proteger la vida de las personas civiles. Todas las partes han llevado a cabo acciones ilícitas y tomado decisiones unilaterales, mientras que, *en opinión de la Corte, solo se puede poner fin a esta trágica situación mediante la aplicación de buena fe de todas las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, en particular las resoluciones 242 (1967) y 338 (1973)* . La 'Hoja de ruta' aprobada por el Consejo de Seguridad en su resolución 1515 (2003) representa el más reciente de los esfuerzos por iniciar negociaciones con ese fin. La Corte considera que tiene el deber de señalar a la atención de la Asamblea General, a la cual se dirige la presente opinión, la necesidad de alentar dichos esfuerzos con miras a lograr lo antes posible, sobre la base del derecho internacional, *una solución negociada de los problemas pendientes y el establecimiento de un Estado Palestino, que viva junto a Israel y sus demás*

[39] Resolución 1850 del Consejo de Seguridad, de 16 de diciembre de 2008.
[40] Resolución 2334 del Consejo de Seguridad, de 23 de diciembre de 2016.
[41] Véanse las resoluciones de la Asamblea General 77/25, de 6 de diciembre de 2022; 76/10, de 1 de diciembre de 2021; y 75/22, de 2 de diciembre de 2020.

vecinos, con paz y seguridad para todos en la región"[42]. [sin cursiva en el original.]

35. Como se puede apreciar en el anterior repaso histórico, los órganos pertinentes de las Naciones Unidas han contemplado una y otra vez una solución permanente al conflicto israelo-palestino sobre la base de negociaciones de buena fe entre representantes israelíes y palestinos que trabajen para lograr una solución biestatal justa y sostenible. No se puede imponer una solución desde fuera, y mucho menos a través de un arreglo judicial. Este contexto debe tenerse en cuenta a la hora de evaluar la actual solicitud de una opinión consultiva de la Asamblea General.

C. La solicitud de una opinión consultiva de la Asamblea General

36. El 30 de diciembre de 2022, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la resolución 77/247 en la que solicitaba a la Corte, de conformidad con el Artículo 65 del Estatuto de la Corte, que emitiera una opinión consultiva sobre las siguientes cuestiones:

> *"a)* ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de que Israel continúe violando el derecho del pueblo palestino a la libre determinación, de sus prolongados actos de ocupación, asentamiento y anexión del territorio palestino ocupado desde 1967, incluidas las medidas destinadas a alterar la composición demográfica, el carácter y el estatuto de la Ciudad Santa de Jerusalén, y de la aprobación por Israel de legislación y medidas discriminatorias conexas?
>
> *b)* ¿Cómo afectan las políticas y prácticas de Israel que se mencionan [...] al estatuto jurídico de la ocupación y qué consecuencias jurídicas se derivan de ese estatuto para todos los Estados y para las Naciones Unidas?"

37. El 31 de mayo de 2023 y el 22 de junio de 2023, el Secretario General de las Naciones Unidas, mediante una carta del Asesor Jurídico, transmitió a la Secretaría un expediente de documentos susceptibles de arrojar luz sobre las cuestiones planteadas, de conformidad con el Artículo 65, párrafo 2, del Estatuto de la Corte[43]. Cincuenta y siete Estados y organizaciones internacionales presentaron sus declaraciones escritas de conformidad con el Artículo 66, párrafo 4, del Estatuto de la Corte[44]. Además, 15 participantes presentaron sus comentarios por escrito sobre las declaraciones escritas presentadas[45]. La resolución 77/247 ha sido criticada por haber recibido el apoyo de solo 87 Estados miembros de la Asamblea General, ya que los 106 miembros restantes se abstuvieron, votaron en contra de la resolución o simplemente estuvieron ausentes durante la votación. También se ha criticado la petición, que algunos perciben como el intento de una Asamblea General frustrada de asumir el papel del Consejo de Seguridad, el órgano encargado principalmente de la

[42] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, págs. 200 y 201, párr. 162.

[43] Dossier de documentos presentados de conformidad con el Artículo 65, párrafo 2, del Estatuto.

[44] Türkiye, Namibia, Luxemburgo, Canadá, Bangladesh, Jordania, Chile, Liechtenstein, Líbano, Noruega, Israel, Argelia, Liga de los Estados Árabes, República Árabe Siria, Palestina, Organización de Cooperación Islámica, Egipto, Guyana, Japón, Arabia Saudita, Qatar, Suiza, España, Federación de Rusia, Italia, Yemen, Maldivas, Emiratos Árabes Unidos, Omán, Unión Africana, Pakistán, Sudáfrica, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Hungría, Brasil, Francia, Kuwait, Estados Unidos de América, China, Gambia, Irlanda, Belice, Bolivia, Cuba, Mauricio, Marruecos, Chequia, Malasia, Colombia, Indonesia, Guatemala, Nauru, Djibouti, Togo, Fiji, Senegal y Zambia.

[45] Jordania, Organización de Cooperación Islámica, Qatar, Belice, Bangladesh, Palestina, Estados Unidos de América, Indonesia, Chile, Liga de los Estados Árabes, Egipto, Argelia, Guatemala, Namibia y Pakistán.

paz y la seguridad internacionales. Sin embargo, no corresponde al órgano judicial principal de las Naciones Unidas ocuparse de las relaciones internas entre los demás órganos de las Naciones Unidas. La Corte solo necesita cerciorarse de que la presente solicitud se ha efectuado de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, en particular, con su Artículo 96, así como con el Artículo 65 del Estatuto de la Corte.

IV. Competencia y discrecionalidad de la Corte

A. Competencia

38. El artículo 65, párrafo 1, del Estatuto de la Corte la faculta para emitir opiniones consultivas respecto de "cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma". El Artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas dispone que "[l]a Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica". La Corte también ha declarado anteriormente que las cuestiones solicitadas deben plantearse "dentro de la esfera de actividades del órgano que solicita la opinión"[46] y que "[i]ncumbe a la Corte cerciorarse de que la opinión consultiva ha sido solicitada por un órgano u organismo competente para formular tal solicitud"[47].

39. Aunque la Carta de las Naciones Unidas ha conferido al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales[48], la presente solicitud de opinión consultiva fue autorizada por la Asamblea General en el marco de su tema del programa titulado "Prácticas y actividades de asentamiento israelíes que afectan a los derechos del pueblo palestino y otros habitantes árabes de los territorios ocupados" [49] . La Corte ha reconocido anteriormente que la Asamblea General ha estado implicada en la cuestión israelo-palestina desde 1947, cuando recomendó el Plan de Partición de Palestina [50]. Dado que las Naciones Unidas tienen "una responsabilidad permanente con respecto a la cuestión de Palestina hasta que se resuelva satisfactoriamente" [51], se deduce que las preguntas planteadas en la solicitud de la Asamblea General de la presente opinión consultiva surgen en el ámbito de sus actividades de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Por lo tanto, estoy de acuerdo en que la Corte es competente para emitir una opinión consultiva en el presente caso y, en consecuencia, he votado a favor del párrafo 285, apartado 1), de la parte dispositiva.

[46] Petición de revisión del fallo núm. 273 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1982*, págs. 333 y 334, párr. 21.

[47] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 145, párr. 15.

[48] Artículo 24, Carta de las Naciones Unidas.

[49] Asamblea General, 77° período de sesiones, "Prácticas y actividades de asentamiento israelíes que afectan a los derechos del pueblo palestino y otros habitantes árabes de los territorios ocupados", 30 de diciembre de 2022.

[50] Asamblea General, resolución aprobada sobre la base del informe de la Comisión Ad Hoc encargada de Estudiar la Cuestión Palestina, 29 de noviembre de 1947; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, págs. 188 y 189, párr. 129.

[51] Asamblea General, 77° período de sesiones, "Prácticas y actividades de asentamiento israelíes que afectan a los derechos del pueblo palestino y otros habitantes árabes de los territorios ocupados", 30 de diciembre de 2022.

B. La discrecionalidad judicial y la improcedencia de emitir una opinión consultiva

40. Cuando se haya establecido la competencia consultiva, la Corte conserva la facultad discrecional de negarse a emitir una opinión cuando existan "razones imperiosas" para ello[52]. La Corte debe "cerciorarse [...] de que sea procedente ejercer su función judicial" [53] respecto a esas razones imperiosas. Así, aunque "[una] respuesta a la solicitud de opinión no debe, en principio, rehusarse" [54], sin embargo, la retención de la discreción de emitir o no una opinión consultiva "existe para proteger la integridad de la función judicial de la Corte como órgano judicial principal de las Naciones Unidas"[55]. Como observó el Magistrado Buergenthal en la opinión sobre el *Muro*, citando lo que dijo la Corte en el caso relativo al Sáhara Occidental, la cuestión esencial para determinar si debe o no ejercer su discreción al actuar sobre una solicitud de opinión consultiva es "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 emitir una opinión en condiciones compatibles con su carácter judicial" [56].

41. He votado en contra del apartado 2) del párrafo 285 porque opino que en el presente caso existen razones de peso por las que la Corte debería haberse negado a emitir la opinión consultiva solicitada. Son las siguientes:

1. Falta de información adecuada ante la Corte

42. En mi opinión, la Corte no dispone de información precisa, equilibrada y fiable que le permita llegar con criterio a una conclusión justa sobre cuestiones de hecho controvertidas, de forma compatible con su carácter judicial [57]. Debido a la formulación parcial de las preguntas planteadas en la resolución 77/247, unida a la narrativa unilateral en las declaraciones de muchos participantes en estos procedimientos, algunos de los cuales ni siquiera reconocen la existencia o legitimidad del Estado de Israel, la Corte no dispone de la información precisa y fiable que necesita para emitir una opinión equilibrada sobre esas preguntas. Lamentablemente, la mayoría de los participantes en estos procedimientos consultivos han presentado a la Corte una narrativa unilateral que no tiene en cuenta la complejidad del conflicto y que tergiversa su contexto jurídico, cultural, histórico y político. Al pedir a la Corte que examine únicamente las "políticas y prácticas de Israel", la Asamblea General deja fuera del ámbito de la Corte las políticas y prácticas de los árabes palestinos y sus representantes (incluidos los actores no estatales), así como las de otros Estados árabes de Oriente Medio cuyos intereses están entrelazados con los de los árabes palestinos. Como se señala en la Parte II de esta opinión disidente ("Contexto histórico del conflicto israelo-palestino"), estos otros Estados

[52] *Western Sahara*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, pág. 20, párr. 19.

[53] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 157, párr. 45.

[54] *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 19.

[55] *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2019 (I)*, pág. 113, párr. 64.

[56] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, declaración del Magistrado Buergenthal, pág. 240, párr. 1, cita de *Western Sahara*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, págs. 28 y 29, para. 46.

[57] *Western Sahara*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, págs. 28 y 29, párr. 46. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 161, párr. 56; y *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2019 (I)*, pág. 103, párr. 7.

han desempeñado históricamente un papel importante en el éxito o el fracaso de los esfuerzos por encontrar una solución duradera a la paz en Oriente Medio, ya sea fomentando acuerdos de paz entre Israel y representantes de los palestinos árabes (como la Organización para la Liberación de Palestina (OLP)); o patrocinando o participando en varias guerras contra Israel, incluso pidiendo simplemente su aniquilación. Sin información sobre las políticas y prácticas de los adversarios de Israel, la Corte se ve limitada en su opinión sobre las diversas y complejas cuestiones que subyacen al conflicto israelo-palestino y, como se temía, ha recurrido a imponer obligaciones a Israel, al tiempo que hace caso omiso de sus legítimas preocupaciones en materia de seguridad y de las obligaciones de los vecinos árabes de Israel. Desde mi respetuoso punto de vista, es probable que este enfoque exacerbe las tensiones en Oriente Medio, en lugar de reducirlas. En la Parte VI de esta opinión disidente, destaco además algunos de los principios y proposiciones importantes del derecho internacional que la Corte podría y debería haber considerado y examinado detenidamente antes de extraer las conclusiones contenidas en su opinión consultiva.

2. La opinión consultiva elude el marco internacional de negociación existente

43. La opinión consultiva elude claramente, y es probable que ponga en peligro, el marco de negociación existente, sancionado internacionalmente y jurídicamente vinculante, para la resolución del conflicto israelo-palestino al que se hace referencia en la Parte III de esta opinión disidente. La Corte, al abordar en la opinión consultiva las obligaciones legales de una sola de las partes de la controversia e ignorar los derechos y obligaciones de ambas partes previstos en los Acuerdos de Oslo y en la hoja de ruta, que excluyen el recurso a la Corte, elude claramente el marco de negociación existente. No es de extrañar que el Consejo de Seguridad, órgano de las Naciones Unidas encargado de la responsabilidad primordial de la paz y la seguridad internacionales, no sea quien ha solicitado a la Corte una opinión consultiva sobre el conflicto israelo-palestino. Este órgano entiende que la mejor forma de resolver las complejas cuestiones que engloba es a través del marco de negociación existente y no mediante la imposición de una solución fuera de dicho marco. Tan recientemente como el 19 de marzo de 2023, tanto Israel como Palestina se reunieron con otras partes interesadas en Sharm-el-Sheikh (Egipto) y reafirmaron su "compromiso inquebrantable con todos los acuerdos anteriores entre ellos" y de "resolver todas las cuestiones pendientes mediante el diálogo directo" [58]. Una vez más, no se menciona en modo alguno la intervención judicial, a pesar de que la resolución 77/247 ya había sido aprobada.

44. Como se narra en la Parte III de esta opinión disidente, Israel y Palestina concluyeron laboriosamente una serie de acuerdos conocidos colectivamente como los Acuerdos de Oslo en 1993 y 1995, en los que manifestaban su intención de "poner fin a decenios de enfrentamientos y vivir en coexistencia pacífica, y de dignidad y seguridad mutuas, reconociendo al mismo tiempo sus derechos legítimos y políticos recíprocos"[59]. La idea central de los Acuerdos de Oslo y la hoja de ruta es la actuación mutua y las negociaciones de buena fe, que conduzcan a un resultado consensuado. Para ello, las partes acordaron una amplia gama de medidas provisionales, a la espera

[58] El 19 de marzo de 2023, por invitación de Egipto, altos funcionarios políticos y de seguridad israelíes, palestinos, jordanos y estadounidenses se reunieron para allanar el camino hacia la solución pacífica entre los pueblos israelí y palestino. Las partes reafirmaron su compromiso de promover la seguridad, la estabilidad y la paz para israelíes y palestinos por igual, y reconocieron la necesidad de reducir la tensión sobre el terreno, prevenir nuevos actos de violencia y aplicar medidas de fomento de la confianza, aumentar la confianza mutua, crear un horizonte político y abordar las cuestiones pendientes mediante el diálogo directo. (http://il.usembassy.gov/joint-communique-from-the-march-19-meeting-in-sharm-el-sheikh/).

[59] Acuerdo Provisional Israelo-Palestino sobre la Ribera Occidental y la Franja de Gaza, 28 de septiembre de 1995, preámbulo.

de alcanzar un acuerdo definitivo mediante negociaciones de buena fe. Algunas de las medidas provisionales acordadas fueron i) el reconocimiento por parte de Israel de la OLP como autoridad palestina legítima; ii) se transfirieron competencias y responsabilidades del Gobierno militar israelí y su Administración Civil a la Autoridad Palestina, mientras que Israel siguió ejerciendo competencias y responsabilidades no transferidas; iii) los ciudadanos palestinos debían celebrar elecciones generales libres y directas de sus dirigentes políticos; iv) la Ribera Occidental se dividía en tres zonas: A, B y C. Los palestinos obtendrían el control exclusivo de la zona A; Israel mantendría el control exclusivo de la zona C, y la zona B estaría bajo control conjunto israelo-palestino; v) por último, las partes acordaron entablar negociaciones para resolver las cuestiones pendientes, incluidos los asentamientos israelíes en los TPO, las fronteras de los dos Estados, el estatuto y la administración de Jerusalén, y la seguridad, la estabilidad y la paz[60]. Los Acuerdos de Oslo también contenían un mecanismo específico de solución de controversias y no permiten a ninguna de las partes recurrir unilateralmente a acuerdos externos, de terceros o judiciales[61]. Desde 1993 se ha puesto en marcha un elaborado conjunto de disposiciones para hacer operativos los Acuerdos de Oslo.

45. Según la hoja de ruta para la paz de 2003,

> “solo podrá alcanzarse una solución para el conflicto israelo-palestino en que se prevean dos Estados cuando se ponga fin a la violencia y al terrorismo, cuando el pueblo palestino tenga dirigentes que actúen decisivamente contra el terrorismo y estén dispuestos y sean capaces de construir una democracia efectiva basada en la tolerancia y la libertad, y cuando Israel esté dispuesto a hacer todo lo que sea necesario para el establecimiento de un Estado palestino democrático, sumado ello a una aceptación clara e inequívoca por ambas partes del objetivo de la solución negociada”[62].

3. La opinión consultiva elude el principio del consentimiento del Estado

46. Otra razón para negarse a emitir la opinión consultiva es evitar juzgar lo que es esencialmente una controversia bilateral entre Israel y el pueblo palestino en ausencia de argumentos exhaustivos de una de las partes. En el caso relativo al Sáhara Occidental, la Corte dictaminó que cuando una opinión consultiva tuviera por efecto eludir el principio de que un Estado no está obligado a permitir que sus controversias se sometan a solución judicial sin su consentimiento, la Corte se negaría a emitir dicha opinión[63]. Del mismo modo, en *Carelia Oriental*, la Sociedad de las Naciones solicitó una opinión de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) sobre las obligaciones contraídas por la Federación de Rusia con Finlandia en virtud del tratado en relación con la autonomía de Carelia Oriental. La Federación de Rusia había rechazado previamente la petición de someter este conflicto a la Sociedad de las Naciones [64] . La CPJI dictaminó que responder a la pregunta equivaldría sustancialmente a decidir la controversia entre las partes y, por tanto, se negó a emitir una opinión[65]. El factor decisivo en ese caso fue que la Federación de Rusia no era parte de la Sociedad de las Naciones y, por lo tanto, no había dado a la CPJI su

[60] Declaración de Principios sobre las Disposiciones relacionadas con un Gobierno Autónomo Provisional, 1993, arts. I y V.

[61] *Ibid*., art. XXI.

[62] Hoja de ruta basada en la ejecución para una solución permanente biestatal del conflicto israelo-palestino (https://peacemaker.un.org/israel-palestine-roadmap2003).

[63] *Western Sahara*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, pág. 25, párr. 33.

[64] *Status of Eastern Carelia*, opinión consultiva, 1923, *P.C.I.J.*, Serie B, núm. 5, pág. 24.

[65] *Ibid*., págs. 28 y 29.

consentimiento para el ejercicio de su competencia consultiva [66]. La CPJI también reconoció las circunstancias particulares del caso, limitando su aplicación [67].

47. En la presente causa, muchos participantes se han referido a la naturaleza *erga omnes* (y posible *ius cogens*) de algunos de los derechos reclamados por los palestinos árabes y al hecho de que estos son "de interés para la comunidad internacional" en general y, por tanto, apartan la naturaleza de la controversia entre Israel y Palestina de la bilateralidad. Discrepo respetuosamente. Como he señalado antes, el conflicto israelo-palestino y todas las complejas cuestiones que conlleva, es histórica y esencialmente una controversia bilateral, respecto a la cual ambas partes han suscrito otro modo de solución de controversias, a saber, la negociación internacional, y no la resolución judicial o por terceros. Las cuestiones que se plantean a la Corte no le piden que se pronuncie sobre el derecho relativo a la ocupación o a la libre determinación, en resumen: la opinión consultiva de la Corte está claramente obligada a considerar el contexto histórico del conflicto entre Israel y Palestina durante decenios, incluido el marco desarrollado por los órganos de las Naciones Unidas para la resolución de dicho conflicto. Es evidente que Israel no ha dado su consentimiento para que la Corte se pronuncie sobre las complejas cuestiones que se plantean. A este respecto, la participación de Israel en el asunto contencioso relativo a la aplicación e interpretación de la Convención contra el Genocidio [68] no debe confundirse con su consentimiento a la solución judicial de las diversas cuestiones complejas expuestas en la presente opinión. Del mismo modo, muchos de los participantes que han opinado sobre la forma en que la Corte debería o no responder a las preguntas que se le plantean no son partes en el conflicto, mientras que otros tienen intereses creados distintos en que el asunto se resuelva de una forma u otra. Especialmente preocupante es la cuestión de la actual guerra de Gaza entre Israel y Hamás, un asunto sobre el que muchos participantes expresaron sus opiniones en declaraciones escritas u observaciones, y que está claramente *sub iudice* en dos causas contenciosas ante la Corte. La Corte tendría que apartar cuidadosamente su opinión consultiva de las cuestiones que están *sub iudice* en esos otros casos si quiere mantener su integridad judicial.

48. Por todas las razones expuestas, opino firmemente que la Corte debería haberse negado a emitir su opinión consultiva en el presente asunto. Por el contrario, hay que animar a Israel y Palestina, las dos partes en conflicto, a que vuelvan a la mesa de negociaciones y encuentren una solución duradera de forma conjunta y consensuada. Las Naciones Unidas y la comunidad internacional en general deben hacer todo lo que esté en su mano para apoyar dichas negociaciones. Lamentablemente, la opinión consultiva ha restado importancia al marco de negociación, incluido el papel de las Naciones Unidas y la comunidad internacional a este respecto.

V. Deficiencias de la opinión consultiva

49. La Corte, basándose en las preguntas de la Asamblea General y en diversas declaraciones y observaciones presentadas ante ella, identifica las políticas y prácticas de Israel relacionadas con la ocupación que considera ilegales y que, por consiguiente, deberían acarrear consecuencias jurídicas para Israel, otros Estados y las Naciones Unidas. Además de votar en contra de la opinión consultiva, me gustaría

[66] *Western Sahara*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, pág. 28, párr. 46.

[67] *Status of Eastern Carelia*, opinión consultiva, 1923, *P.C.I.J.*, Serie B, núm. 5, pág. 28.

[68] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel).*

compartir algunas reflexiones sobre las cuestiones planteadas en la solicitud y las respuestas de la Corte a ellas, destacando sus limitaciones.

A. Respuesta a la pregunta 1

50. Dado el amplio apoyo internacional a estas proposiciones jurídicas, la mayoría de la Corte ha aceptado, de forma bastante previsible, las premisas o presunciones jurídicas de la primera pregunta que le remitió la Asamblea General, a saber: *a)* que la ocupación israelí, incluidos los asentamientos y la anexión de territorios palestinos ocupados desde 1967, es ilegal *per se*; *b)* que Israel es responsable de "continu[ar] violando [...] el derecho del pueblo palestino a la libre determinación"; *c)* que las políticas y prácticas de Israel están deliberada y necesariamente "destinadas a alterar la composición demográfica, el carácter y el estatuto de [...] Jerusalén"; y *d)* que las prácticas y políticas de Israel son intrínsecamente discriminatorias y violan importantes normas del derecho internacional humanitario (DIH) y del derecho internacional de los derechos humanos.

51. Así pues, como era de esperar, la opinión consultiva considera que la ocupación israelí de los territorios palestinos ocupados es ilegal *per se* y que algunas de sus características son incompatibles con el derecho internacional, incluida su larga duración, que la opinión consultiva considera incompatible con el derecho de los palestinos árabes a la libre determinación. La opinión consultiva concluye además que la política de asentamientos de Israel y las medidas asociadas han contribuido a un cambio demográfico prohibido en los TPO y, por tanto, ilegal según el derecho internacional. La opinión también considera la conducta de Israel como una anexión *de facto* o *de iure* incompatible con la prohibición de adquisición de territorio por la fuerza. Las respuestas a la primera pregunta, incluso si se basan en una narrativa unilateral, pueden no plantear ninguna sorpresa para la Asamblea General, especialmente porque gran parte de la legislación aplicable ya fue dictada por la Corte en anteriores opiniones consultivas, incluyendo la opinión sobre el *Muro*, la opinión sobre Namibia y la opinión sobre Chagos. Es un ejercicio matemático sencillo. El verdadero reto para la Corte se plantea al intentar responder a la segunda pregunta con la limitada información que proporciona la narración unilateral "¿Cómo afectan las políticas y prácticas de Israel que se mencionan [...] al estatuto jurídico de la ocupación y qué consecuencias jurídicas se derivan de ese estatuto para todos los Estados y para las Naciones Unidas?".

B. Respuesta a la pregunta 2

52. Como cabía esperar, la Corte, tras calificar la presencia de Israel en los territorios en disputa de ocupación ilegal, en consonancia con las opiniones de la mayoría de los participantes, ha concluido que, en virtud del derecho internacional, Israel está obligado a poner fin a sus políticas y prácticas ilegales, con vistas a hacer realidad el derecho de Palestina a la libre determinación. Una vez más, esto no es sorprendente ni nuevo porque la Corte hizo declaraciones similares en la opinión sobre el *Muro*. Además, por lo que puedo deducir de la escasa información de que dispone la Corte, ni siquiera Israel discute el hecho de que el pueblo palestino tenga derecho a la libre determinación. El mayor reto, desde un punto de vista jurídico y práctico, está en que la Corte determine las cuestiones más complejas y matizadas, como el alcance territorial del Estado palestino independiente, el calendario y el proceso por el que Israel debe poner fin a la "ocupación ilegal", incluida la retirada de los territorios en disputa sin poner en peligro sus propias necesidades de seguridad.

C. Cuestiones que requieren un examen detenido

53. En esta parte de mi opinión, comparto algunos recelos que tengo con respecto a ciertas cuestiones que, en mi opinión, la Corte no ha considerado adecuadamente en la opinión consultiva.

1. El calendario para poner fin a la ocupación israelí es incierto e impracticable

54. El calendario propuesto por la mayoría de los participantes y lo que la Corte ha denominado "poner fin a su presencia ilegal [de Israel] en el Territorio Palestino Ocupado lo antes posible" es incierto e impracticable[69]. Aunque Palestina, al igual que la mayoría de los participantes, ha pedido el fin "inmediato, total e incondicional" de la ocupación ilegal de Israel, la redacción de la opinión consultiva, unida a la ausencia total de comentarios que aborden los problemas de seguridad de Israel, tiene el mismo efecto que lo que pedía la mayoría de los Estados. Además, esto es claramente contrario a lo que Israel y Palestina acordaron previamente, incluidos los Acuerdos de Oslo, o incluso a lo que el Consejo de Seguridad sancionó en las resoluciones 242 y 338. Una retirada inmediata, total e incondicional de las fuerzas armadas israelíes y de los asentamientos civiles es sencillamente impracticable en las circunstancias actuales. A diferencia de la opinión sobre Namibia, en la que un lenguaje tan decisivo podría haber sido apropiado, las complejidades del conflicto israelo-palestino no se prestan fácilmente a una formulación tan radical. Esto se debe a que la presencia prolongada de Israel en la Ribera Occidental y Jerusalén (y recientemente en Gaza) se basa, en parte, en verdaderos problemas de seguridad; el desacuerdo entre las partes sobre las fronteras de los dos Estados y la realidad *de facto* sobre el terreno. Estas cuestiones harán prácticamente imposible la retirada inmediata y unilateral de Israel.

55. Y lo que es más importante, la Corte debería haber previsto y recomendado a la Asamblea General, al Consejo de Seguridad y a terceros Estados un proceso que incorpore el mencionado marco de negociación internacional a la "retirada de Israel". Esto podría haberse hecho, por ejemplo, recomendando que el calendario y el *modus operandi* de la retirada de Israel se determinaran mediante negociaciones bilaterales o multilaterales bajo la supervisión de las Naciones Unidas. Este fue el enfoque adoptado por la Corte en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, en el que esta declaró que las partes inmediatas "deben negociar de buena fe a la luz de la situación existente"; o como en la opinión sobre el *Muro*, en la que la Corte declaró que "las Naciones Unidas, y en especial la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, deberían considerar qué medidas adicionales son necesarias para poner fin a la situación ilegal".

2. La opinión consultiva ignora las preocupaciones legítimas de Israel en materia de seguridad y su necesidad de garantías de seguridad efectivas

56. Otro factor significativo que la Corte ha pasado por alto, y que distingue el conflicto entre Israel y Palestina de otras situaciones internacionales que implican llamamientos a un "fin inmediato, total e incondicional" de la colonización u ocupación o mandato legal caducado, son las amenazas existenciales y de seguridad que se plantean al pueblo judío y al Estado de Israel, desde los territorios en disputa y de sus adversarios vecinos y más allá. Es innegable que hay Estados y actores no estatales que han expresado abiertamente su deseo de ver al Estado de Israel, no solo retirarse de los TPO, sino también borrado de la faz de la tierra, incluso de su propio territorio. Una y otra vez los adversarios de Israel han lanzado ataques sorpresa contra

[69] Véase el párrafo 285 4).

Israel dentro de sus fronteras y no solo en represalia por su ocupación de territorio palestino. De hecho, muchas de las guerras entre Israel y sus vecinos árabes han sido libradas por Israel de forma preventiva para eliminar una amenaza militar inmediata y existencial procedente de los TPO o de enemigos más lejanos. Algunos ejemplos son la guerra de 1967, la Guerra de los Seis Días y, más recientemente, la actual guerra de Gaza. Como se ha señalado anteriormente en esta opinión, el Consejo de Seguridad ha tenido en cuenta hasta ahora las preocupaciones legítimas de Israel en materia de seguridad y ha pedido una retirada que se produzca simultáneamente con garantías de seguridad efectivas, como se refleja en sus resoluciones 242 (1967) y 338 (1973), entre otras.

57. El requisito práctico de que la retirada del territorio palestino vaya acompañada de garantías de seguridad efectivas también fue fundamental en los Acuerdos de Oslo y en los acuerdos provisionales [70] entre Israel y la OLP, que condujeron a la creación de la Autoridad Palestina, a la que Israel transfirió las competencias de gobierno sobre partes de los TPO. De hecho, el colapso del proceso de Oslo se produjo por la falta de voluntad de Israel de continuar su retirada de los territorios ocupados ante la ausencia de garantías de seguridad efectivas por parte palestina. En aquel momento, en lugar de garantías de seguridad, Israel sufrió atentados suicidas procedentes de los TPO durante los períodos de 1994 a1997 y 2000 a 2006, lo que provocó una ralentización y, finalmente, la paralización de la retirada. Por el contrario, la única vez que Israel se ha retirado unilateralmente de la Franja de Gaza en 2005 y no ha insistido en obtener garantías de seguridad simultáneas para sí mismo, los resultados han sido desastrosos para Israel.

58. En particular, la opinión consultiva no tiene en cuenta las tensas condiciones de seguridad en la Ribera Occidental, que hace casi imposible que las fuerzas israelíes se retiren unilateralmente de los territorios ocupados sin establecer garantías de seguridad para los cientos de ciudadanos o colonos israelíes (incluidos los que poseen títulos válidos sobre tierras privadas anteriores a 1948) que permanecerían bajo control palestino. La situación podría volverse peligrosamente volátil para cualquier ciudadano israelí que quedara atrás, si una retirada unilateral de Israel de los territorios en disputa condujera a un vacío de poder que sería ocupado, como en el caso de la Franja de Gaza, por Hamás u otros grupos extremistas dedicados a la destrucción de Israel. En vista de las circunstancias anteriores, es lamentable que la Corte, al emitir su opinión consultiva en el presente caso, haya optado por pasar por alto y haya subestimado la legitimidad de las preocupaciones de Israel en materia de seguridad.

3. Necesidad de equilibrar las reivindicaciones concurrentes de soberanía

59. Otra cuestión compleja que es relevante para analizar las consecuencias jurídicas de la ilegalidad de las políticas y prácticas de Israel es el hecho de que Israel tiene sus propias reivindicaciones de soberanía sobre partes del territorio que la comunidad internacional considera los TPO[71], una cuestión a la que la mayoría de los participantes no prestaron atención. Aunque parece existir un amplio consenso internacional en torno a la propuesta de que la solución biestatal debe aplicarse sobre la base de las fronteras de Israel de 1967, dicho consenso político no puede, por sí mismo, otorgar títulos de propiedad sobre un territorio que no existe en virtud del derecho internacional, ni eliminar los títulos de propiedad sobre un territorio en el que existen legalmente. La determinación de la soberanía puede implicar, por ejemplo, tener en cuenta y tratar de forma diferente las zonas en las que había una presencia predominantemente judía antes de 1948 (por ejemplo, el barrio judío del casco antiguo de Jerusalén o Gush Etzion) con respecto a otras zonas de las que Israel

[70] Acuerdo provisional de 1995, art. X.

[71] Resolución 77/126 de la Asamblea General.

se retiró unilateralmente (por ejemplo, la Franja de Gaza). Exigir la retirada "inmediata, total e incondicional" de Israel equivaldría a negar las reclamaciones legales de Israel relativas a partes de esos territorios.

60. Para determinar las reclamaciones de soberanía contrapuestas, la Corte tendría que cambiar su enfoque de una revisión de "las políticas y prácticas de Israel en los TPO" a una revisión de las reclamaciones de soberanía concurrentes de Israel y Palestina sobre diferentes partes de los TPO, a pesar de que tales asuntos no fueron argumentados suficientemente durante estos procedimientos. Es evidente que se trata de cuestiones complejas que exigen, con razón, una solución negociada y no judicial. Esta es otra de las razones por las que la resolución 242 pide un acuerdo que conduzca a la "terminación de todas las [...] alegaciones" y al reconocimiento de "fronteras seguras y reconocidas". Esta es también la razón por la que los Acuerdos de Oslo preveían negociaciones sobre el estatuto definitivo de las fronteras. En este sentido, la ocupación de Israel es diferente de los casos de descolonización (cubiertos por la resolución 1514) o de terminación de mandatos de la Sociedad de las Naciones (como se describe en la opinión sobre Namibia de 1971) en los que, en ambos casos, la Potencia ocupante no tenía ninguna reivindicación plausible de soberanía sobre ninguna parte del territorio en cuestión. También es diferente de la opinión sobre Chagos, en el que la controversia jurídica subyacente a las reclamaciones de soberanía contrapuestas era relativamente sencilla y se argumentó adecuadamente ante la Corte.

4. La cuestión de los recursos o las reparaciones

61. Por último, tengo serias dudas sobre si es apropiado aplicar el principio de "reparación" de la *Fábrica de Chorzów* de 1928 (como un recurso que "debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del [presunto] acto ilegal y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si ese acto no se hubiera cometido") a todas las violaciones del derecho internacional por parte de Israel identificadas en la opinión consultiva. Se trata claramente de una situación en la que todos tienen parte de culpa, no solo Israel sino también los palestinos árabes (por el fracaso de las anteriores negociaciones de paz y por recurrir a la guerra) y, en cierta medida, la comunidad internacional, por tardar tanto en encontrar una solución duradera al conflicto israelo-palestino. La solución de la coexistencia pacífica de dos Estados nunca ha estado en manos de una u otra parte. La retirada unilateral de Israel de los TPO (a falta de que desaparezca de la faz de la tierra) no va a lograr la tan necesaria paz en Oriente Medio. Esto lleva a preguntarse: ¿cuál es exactamente la parte de culpa de Israel por la que debe pagar reparaciones?

62. Además, en la mayoría de los casos, si no en todos, de descolonización o de finalización de los mandatos de la Sociedad de las Naciones o de las Naciones Unidas, en los que la potencia ocupante o colonial se ha beneficiado durante décadas del saqueo de los recursos naturales y minerales del territorio o colonia ocupados, la población de esos territorios, una vez alcanzada la libre determinación, no ha recibido ninguna reparación por su pérdida, ¡y mucho menos la restauración de su *status quo ante*! La situación en esta parte de Oriente Medio es diferente porque, como se ha demostrado en el contexto histórico, Israel no es un colonizador. Fue el Reino Unido quien originalmente ostentó el mandato de Palestina, y el Estado de Israel fue el único que emergió como Estado independiente, heredando la totalidad del territorio en disputa bajo el *uti possidetis iuris*. En mi opinión, es poco realista y simplista recomendar el tipo de reparaciones a las que se hace referencia en la opinión consultiva sin antes determinar y equilibrar las reclamaciones territoriales y de soberanía contrapuestas de las partes implicadas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en circunstancias comparables, estimó en el asunto *Demopoulos* de 2010, relativo a Chipre Septentrional, opinión con la que estaría de acuerdo en la presente causa, que:

> "El Tribunal se encuentra ante asuntos cargados de una complejidad política, histórica y fáctica derivada de un problema que debería haber sido resuelto por todas las partes asumiendo la plena responsabilidad de encontrar una solución a nivel político. Esta realidad, así como el paso del tiempo y la continua evolución de la controversia política más amplia, debe fundamentar la interpretación y aplicación del Convenio por parte del Tribunal, que no puede, si quiere ser coherente y significativo, ser ni estático ni ciego a las circunstancias fácticas concretas"[72].

VI. La opinión consultiva ignora importantes principios jurídicos y proposiciones de derecho internacional

63. En mi respetuosa opinión, el enfoque adoptado por la mayoría al emitir la opinión consultiva es fundamentalmente erróneo, ya que no tiene en cuenta importantes principios y proposiciones jurídicas del derecho internacional que rigen la cuestión israelo-palestina. El análisis de la Corte sobre el estatuto de los territorios recuperados por Israel en 1967 y cualquier pronunciamiento legal acerca de él, debería haberse guiado por los siguientes principios del derecho internacional.

A. Igualdad soberana de los Estados

64. El Artículo 2, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas consagra la idea de que todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, independientemente de su tamaño, población, poder económico o fuerza militar, son considerados iguales en virtud del derecho internacional[73]. El principio de la igualdad soberana exige que el derecho internacional se aplique de forma coherente en todos los Estados y situaciones. Sin embargo, la aplicación del derecho internacional al conflicto israelo-palestino parece apartarse de esta norma. Por ejemplo, la caracterización de los asentamientos israelíes en los territorios después de 1967, incluida Jerusalén Oriental, como ilegales y una grave violación del derecho internacional, la afirmación de que las fronteras a partir del 4 de junio de 1967 sirven como límites *de facto* de Israel, o la prescripción de una solución biestatal obligatoria; son interpretaciones que no se aplican uniformemente a otras regiones consideradas "ocupadas", como Crimea por la Federación de Rusia, el Sáhara Occidental por Marruecos o Chipre Septentrional por Türkiye. Israel, como cualquier otro Estado, tiene derecho a la igualdad de trato en virtud del derecho internacional. Por lo tanto, es indispensable que las normas y principios del derecho internacional se elaboren y apliquen con objetividad, garantizando un trato igualitario y no discriminatorio para todos los Estados. Como ya se ha dicho, las preguntas de la Asamblea General y todo el planteamiento de la Opinión Consultiva son parciales y desequilibrados e ignoran o restan importancia a los derechos territoriales y de soberanía existentes de Israel.

[72] *Demopolous et al. versus Turkey*, Decisión 1.3.2010 GC.

[73] El principio ha sido descrito por la CIJ como uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico internacional que debe considerarse junto con el principio de que cada Estado posee soberanía sobre su propio territorio y que de esa soberanía se deriva la jurisdicción del Estado sobre los acontecimientos y las personas que se encuentran en ese territorio. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012 (I)*, págs. 123 y 124, párr. 57.

B. El estado de derecho debe distinguir claramente entre derecho y política

65. No todas las expresiones internacionales de normas adquieren el carácter de derecho vinculante. Sin embargo, la opinión consultiva considera que todas las resoluciones de las Naciones Unidas citadas en ella crean obligaciones jurídicas vinculantes, lo cual no es necesariamente cierto. Por ejemplo, las opiniones jurídicas de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no se convierten automáticamente en derecho internacional. Solo sirven como prueba del derecho internacional consuetudinario si representan prácticas generalizadas de los Estados y la creencia colectiva de que dichas prácticas son exigibles jurídicamente (*opinio iuris*). Por otro lado, el marco jurídico internacional también reconoce las declaraciones políticas que no tienen peso jurídico y no imponen ninguna obligación legal. Muchas de las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas referidas al conflicto israelo-palestino son ejemplos de declaraciones políticas no vinculantes. La resolución 242 es un ejemplo de recomendación no vinculante del Consejo de Seguridad emitida en respuesta a la Guerra de los Seis Días entre israelíes y árabes en junio de 1967. Esta resolución hacía hincapié en la necesidad de negociar y sugería directrices para las partes durante las negociaciones. Otro ejemplo es la resolución 194 (1948) de la Asamblea General, en la que se basa la afirmación de que los refugiados palestinos tienen "derecho al retorno". En lugar de crear una obligación vinculante para Israel, esta resolución no era más que una expresión de política en relación con los refugiados resultantes del conflicto israelo-palestino entre 1947 y 1949. Del mismo modo, la afirmación o inferencia de que la solución biestatal es obligatoria o necesaria para lograr una paz justa, duradera y global es otra declaración política no vinculante.

C. Se requiere el consentimiento del Estado para resolver controversias interestatales

66. Como principio fundamental del derecho internacional, las instituciones de las Naciones Unidas (incluido el órgano judicial principal) requieren el consentimiento explícito del Estado implicado para mediar en controversias entre Estados o entre Estados y entidades no estatales. Las Naciones Unidas se basan principalmente en el principio de la soberanía de los Estados y, en general, no pueden imponer resoluciones sin el acuerdo del Estado. Sin embargo, como se ha observado anteriormente, la opinión consultiva elude el consentimiento de los Estados al emitir opiniones judiciales sobre asuntos que están claramente reservados a las Naciones Unidas y al marco de negociación bilateral.

D. Las fronteras, la soberanía y el alcance exacto de las reivindicaciones territoriales no pueden presumirse

67. Las cuestiones de la supuesta ocupación por Israel de determinados territorios palestinos desde 1967, de su anexión de territorio extranjero o de la presunta violación del derecho del pueblo palestino a la libre determinación son todas ellas cuestiones que no pueden responderse sin determinar primero el ámbito territorial (es decir, las fronteras) del Estado de Israel, una cuestión esencial respecto a la cual la Corte no ha recibido argumentos ni pruebas. Las fronteras, la soberanía territorial tanto de Israel como de Palestina, son otra área sensible que la Corte no puede simplemente suponer que aprecia basándose en la narrativa unilateral contenida en las declaraciones del grupo de Estados propalestinos.

68. Las preguntas de la Asamblea General contenidas en la resolución 77/247 se basan en ciertos supuestos, en concreto los siguientes: 1) todos los territorios mantenidos durante la ocupación jordana y egipcia dentro de las líneas del Armisticio de 1949 son automáticamente territorios soberanos de Palestina y, por tanto, no de Israel; 2) la presencia de Israel en la Ribera Occidental, la Franja de Gaza y Jerusalén carece de toda justificación legal; 3) la presencia de Israel en estas zonas viola los derechos de los palestinos; 4) este territorio es "palestino"; y 5) las políticas y prácticas de Israel son de anexión y están necesariamente "destinadas a alterar la composición demográfica, el carácter y el estatuto de [...] Jerusalén". Aunque el lenguaje de la resolución 77/247 presenta estos supuestos como ya establecidos, no estoy segura de que estas cuestiones sean tan sencillas como parecen. En consecuencia, corresponde a la Corte cumplir con su obligación de desentrañar, comprobar y verificar estos supuestos, tanto a efectos de determinar si debe ejercer su competencia como, en última instancia, al emitir la opinión solicitada. Como mínimo, la Corte tendría que examinar y evaluar las pruebas relativas a si las líneas del Armisticio de 1949 son "fronteras seguras" en el sentido de las resoluciones del Consejo de Seguridad 242 y 338. Esto, a su vez, requeriría examinar las amenazas a las que se enfrenta Israel procedentes de los TPO y de la región en general. En el contexto de las cuestiones planteadas a la Corte, la determinación de la soberanía territorial es fundamental porque, sin aclarar las reivindicaciones respectivas de ambas partes en conflicto, sería imposible responder a la cuestión del alcance territorial de la reivindicación palestina de libre determinación o de la retirada de Israel del territorio considerado ocupado. Además, la Corte tendría que determinar el territorio sobre el que los palestinos reclaman la soberanía y si Palestina ha hecho históricamente diferentes afirmaciones ante distintos foros. Por desgracia, la Corte, que sin duda adoptó las presunciones anteriores sin cuestionarlas, no aborda ninguna de estas cuestiones y, francamente, no dispone de información suficiente para hacer siquiera una conjetura fundamentada.

69. La resolución 77/247 de la Asamblea General se refiere a la Ribera Occidental, la parte oriental de Jerusalén y la Franja de Gaza como "territorio palestino". La resolución parece asumir que los derechos soberanos sobre esta zona corresponden exclusivamente al pueblo palestino. Hace caso omiso de cualquier posible reclamación que el Estado de Israel y el pueblo judío puedan tener con respecto a algunas de estas zonas. De hecho y de derecho, durante más de un siglo, la titularidad legal de soberanía sobre la Ribera Occidental (y, en efecto, sobre la Franja de Gaza) ha quedado, y sigue así, indeterminada o en suspenso. Esta ha sido la posición jurídica según el derecho internacional desde el final de la Primera Guerra Mundial, cuando Türkiye (como sucesora del Imperio otomano) cedió la soberanía de las zonas situadas fuera de sus fronteras actuales. Ningún acuerdo, instrumento, sentencia, dictamen o acontecimiento con efectos jurídicos ha modificado esa situación desde entonces, tal y como se refleja y declara explícitamente en los acuerdos entre las partes interesadas, y en particular en los acuerdos entre las autoridades israelíes y palestinas. En virtud de estos acuerdos, la cuestión de la disposición final de estas zonas se determinará únicamente mediante negociación. Hasta entonces, ambas partes han acordado disposiciones provisionales, que siguen aplicándose y rigen la relación jurídica entre ellas en la actualidad. A continuación expongo algunas reflexiones sobre estas complejas cuestiones.

E. *Uti possidetis iuris* y las fronteras de Israel en vísperas de la independencia

70. Según el derecho internacional, hay varios principios sobre los que se establecen las fronteras jurídicamente vinculantes, como el control efectivo, la

titularidad histórica y los tratados. *Uti possidetis iuris* [74] es uno de los principios fundamentales del derecho internacional consuetudinario destinado a garantizar la estabilidad, la certidumbre y la continuidad en la demarcación de las fronteras territoriales de los Estados que surgen de la descolonización o de mandatos como el de Palestina bajo el mandato británico. En efecto, el principio *uti possidetis iuris* transforma las líneas coloniales y administrativas existentes en el momento del nacimiento del nuevo Estado en fronteras nacionales. El principio se aplica al Estado tal como es "en el momento de la independencia", es decir, a la "fotografía" de la situación territorial existente entonces. Como explicó la Corte en la causa relativa a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/República de Malí)*, la doctrina garantiza que:

> "Al independizarse, [el] nuevo Estado adquiere la soberanía con la base territorial y las fronteras [administrativas] que le dejó la potencia colonial [...]. [El principio *uti possidetis iuris* se aplica al Estado tal como es "en el momento de la independencia], es decir, a la 'fotografía' de la situación territorial entonces existente. El principio *uti possidetis* [*iuris*]congela el título sobre el territorio; detiene el reloj"[75].

71. La Corte observó además en la causa relativa a la *Controversia sobre fronteras terrestres, insulares y marítimas (El Salvador/Honduras: intervención de Nicaragua)* que el *uti possidetis iuris* es un "principio retrospectivo, que confiere la condición de fronteras internacionales a los límites administrativos concebidos originalmente con propósitos bastante diferentes" [76]. Al aplicar la doctrina, no se plantea la pregunta respecto a si la ley en el momento de la "fotografía" consideraba las líneas administrativas como fronteras internacionales. De hecho, está bastante claro que no se espera que las líneas fronterizas fueran fronteras internacionales en el momento de la "fotografía". Así, por ejemplo, en la causa de Burkina Faso, la Corte no tuvo que preguntarse si el *uti possidetis iuris* era una norma vinculante de derecho internacional en el momento de la descolonización. A la Corte le bastó con que el *uti possidetis iuris* fuera una norma vinculante de derecho internacional en el momento en que resolvió la controversia fronteriza.

72. Como ya se ha dicho, cuando el Reino Unido puso fin a su administración sobre lo que quedaba del mandato para Palestina en 1947[77], según el principio de *uti possidetis iuris*, los límites administrativos de dicho mandato el 14 de mayo de 1948 se convirtieron en las fronteras del Estado independiente de Israel (el único Estado surgido de la Palestina en régimen de mandato en el momento de la retirada

[74] El principio de *uti possidetis iuris*, que estipula que los Estados soberanos de reciente formación deben mantener las fronteras interiores que tenía su zona dependiente precedente antes de obtener la independencia, pretende preservar la integridad territorial de los nuevos Estados manteniendo el *statu quo* de las fronteras, evitando así los conflictos que podrían surgir de las controversias fronterizas. El principio también se asocia con la prevención de la intervención extranjera mediante la eliminación de cualquier *terra nullius* (tierra de nadie) disputada que las potencias extranjeras pudieran reclamar. El Comité de Arbitraje Badinter lo aplicó sobre todo durante la desintegración de Yugoslavia, concretamente en relación con la naturaleza de las fronteras entre Croacia, Serbia y Bosnia y Herzegovina. En esencia, el *uti possidetis iuris* sirve como factor estabilizador durante la transición de los territorios de la dominación colonial a la independencia, garantizando que las fronteras de los nuevos Estados se reconozcan sobre la base de las líneas administrativas históricas en lugar de volver a trazarse, lo que podría dar lugar a nuevas controversias e inestabilidad.

[75] *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 568, párr. 30.

[76] *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 1992*, pág. 388, párr. 43.

[77] El Mandato de Palestina incluía originalmente el territorio de Transjordania, pero ese territorio fue, con la aprobación de la Sociedad de las Naciones, separado administrativamente del mandato en 1922 y el Reino Unido le concedió la independencia en 1946.

británica)[78]. Esas fronteras eran las siguientes: 1) al oeste, el mar Mediterráneo era la frontera. 2) El límite oriental del mandato era el río Jordán, y una línea que se extendía hacia el sur desde el mar Muerto (en el que desemboca el río Jordán) hasta el mar Rojo cerca de Aqaba, que separaba Palestina de Transjordania. 3) Al norte, la frontera con el mandato francés para Siria y el Líbano, convenida en el Acuerdo Paulet-Newcombe de 23 de diciembre de 1920. 4) Al sur, la frontera con Egipto, que discurre a lo largo del desierto del Néguev. Estas fronteras se mantuvieron hasta la finalización del Mandato Británico, el 15 de mayo de 1948, y la posterior Declaración de Independencia del Estado de Israel (véase el mapa de la figura 2).

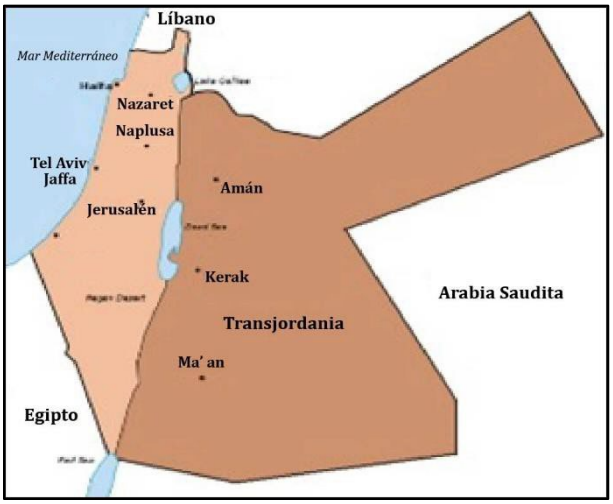

Figura 2

73. Así pues, la independencia de Israel parece encajar exactamente en los límites de las circunstancias que activan el principio *uti possidetis iuris*. La aplicación de la norma parece dictar que las fronteras de Israel son las del Mandato de Palestina que lo precedió, salvo acuerdo en contrario entre Israel y sus vecinos pertinentes. De hecho, los tratados de paz de Israel con los Estados vecinos hasta la fecha —con Egipto y Jordania— parecen reforzarla. Estos tratados ratifican fronteras entre Israel y sus vecinos basadas explícitamente en los límites del Mandato Británico de Palestina. Asimismo, al demarcar la llamada "línea azul" entre Israel y el Líbano en 2000, el Secretario General de las Naciones Unidas se basó en los límites del Mandato Británico de Palestina[79]. Dada la ubicación de las fronteras de dicho Mandato, aplicar la doctrina del *uti possidetis iuris* a Israel significaría que Israel tiene soberanía territorial sobre todas las zonas en disputa de Jerusalén, la Ribera Occidental y Gaza, excepto en la medida en que Israel haya cedido voluntariamente soberanía desde su independencia. Esta conclusión se opone a la postura generalizada de que el derecho internacional otorga a Israel poco o ningún derecho soberano sobre estas zonas[80].

[78] Véase la Parte II, "El surgimiento del Mandato Británico de Palestina".

[79] Véase Secretario General de las Naciones Unidas, *Informe del Secretario General sobre la aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad 425 (1978) y 426 (1978)*, 6 n.1, doc. S/2000/590 de las Naciones Unidas (16 de junio de 2000) ("Como señalé en mi informe de 22 de mayo, la frontera internacional entre Israel y el Líbano fue establecida en virtud del acuerdo de 1923 entre Francia y el Reino Unido titulado 'Línea fronteriza entre Siria y Palestina, del Mediterráneo a El Hamme', y se reafirmó en el 'Acuerdo General de Armisticio entre Israel y el Líbano', firmado el 23 de marzo de 1949".).

[80] Véase, por ejemplo, Barack Obama, Presidente, Estados Unidos, discurso del Presidente sobre Oriente Medio y Norte de África (11 de mayo de 2011), https://www.whitehouse.gov/the-pressoffice/2011/05/19/remarks-president-middle-east-and-north-africa; David Cameron, Primer

F. El Plan de Partición de las Naciones Unidas, la guerra de Independencia de 1948 y las líneas del Armisticio de Israel

74. En vísperas de la retirada británica, el 14 de mayo, las autoridades judías declararon la independencia del Estado judío en Palestina, llamado Israel[81]. Por otra parte, las autoridades árabes locales, aunque rechazaban el Estado judío, no declararon ni se movilizaron para crear un Estado árabe en Palestina. La Declaración de Independencia de Israel fue seguida inmediatamente por el estallido de la guerra árabe-israelí de 1948[82], cuando cinco Estados árabes (entre ellos Jordania, que se había independizado del Reino Unido en 1946, Egipto, el Iraq, el Líbano y Siria) que se oponían al establecimiento de un Estado judío en la región invadieron el Estado de reciente independencia. La guerra terminó a finales de 1948, cuando Israel controlaba aproximadamente tres cuartas partes del territorio del Mandato de Palestina. El territorio restante fue conquistado por Siria, Egipto y Jordania. Egipto gobernó las partes conquistadas de Palestina (la Franja de Gaza) mediante administración militar. Jordania ocupó parte de ese territorio, que pasó a llamarse la Ribera Occidental, mientras que Egipto ocupó Gaza. Jerusalén se dividió entre las fuerzas israelíes en el oeste y las jordanas en el este, mientras que Transjordania y Siria trataron las zonas conquistadas como parte de sus territorios municipales. Ningún otro Estado árabe reclamó la soberanía dentro de la zona. Siria [83] , Egipto [84] y Jordania [85] firmaron acuerdos de armisticio con Israel, que marcaron las líneas entre el territorio controlado por Israel y las tierras conquistadas por los Estados árabes. Sin embargo, los acuerdos de armisticio fueron claros al afirmar que las líneas del Armisticio no eran fronteras y que las partes conservaban sus reivindicaciones de soberanía territorial [86] . Poco después, los Estados árabes que habían conquistado partes de Palestina impusieron una administración militar en las zonas de las que se habían apoderado [87] . En septiembre, temiendo una anexión transjordana de partes de la Palestina en régimen de mandato, Egipto inició la creación de un Gobierno árabe de "toda Palestina" que, el 1 de octubre, declaró un Estado árabe independiente en toda Palestina. Aunque seis Estados árabes reconocieron al nuevo "Gobierno" de Palestina, este nunca ejerció autoridad alguna en ningún lugar, y se retiró silenciosamente a oficinas anónimas en El Cairo para luego disolverse[88].

Ministro del Reino Unido, Mahmoud Abbas, Presidente, Palestina, conferencia de prensa de David Cameron y Mahmoud Abbas (13 de marzo de 2014), https://www.gov.uk/government/speeches/pressconference-in-jerusalem.

[81] Declaración de creación del Estado de Israel (14 de mayo de 1948).

[82] Esta guerra se conoce en Israel como la guerra de Independencia.

[83] Véase el Acuerdo de Armisticio entre Israel y Siria, Israel-Siria, 20 de julio de 1949, doc. S/1353 de las Naciones Unidas.

[84] Acuerdo de Armisticio General entre Egipto e Israel, Egipto-Israel, 13 de diciembre de 1949, doc. S/1264/Rev. 1 de las Naciones Unidas.

[85] Véase el Acuerdo General de Armisticio entre el Reino Hachemita de Jordania e Israel, Israel-Jordania, 3 de abril de 1949, doc. S/1302 de las Naciones Unidas.

[86] Concretamente, el artículo II 2, del Acuerdo General de Armisticio entre el Reino Hachemita de Jordania e Israel establece que "[n]inguna cláusula del presente Acuerdo prejuzgará en ninguna manera los derechos, reivindicaciones y posiciones de ninguna de las partes en este Acuerdo cuando se llegue al arreglo pacífico definitivo de la cuestión de Palestina". El artículo VI 9 establece que "la línea de demarcación del armisticio definida en los artículos V y VI del presente Acuerdo es aceptada por las partes sin perjuicio de ulteriores arreglos territoriales, del trazado de las fronteras o de las reivindicaciones de cada una de las partes al respecto".

[87] *Ibid.*

[88] Avi Shlaim, "The Rise and Fall of the All-Palestine Government in Gaza", 20 *J. Palestine Stud*. 37, 37 a 53 (1990).

75. Se firmó un cuarto acuerdo de armisticio con el último Estado vecino de Israel: el Líbano[89]. Dado que el Líbano no había logrado conquistar ni mantener en su poder ningún territorio del Mandato de Palestina, la línea del Armisticio con el Líbano coincidió con la frontera anterior del Mandato. No obstante, la línea del Armisticio tenía una característica interesante. Al igual que las líneas de armisticio con los demás vecinos de Israel, la línea del Armisticio con el Líbano se estableció como una línea militar, sin perjuicio de las reivindicaciones de soberanía territorial de las partes[90].

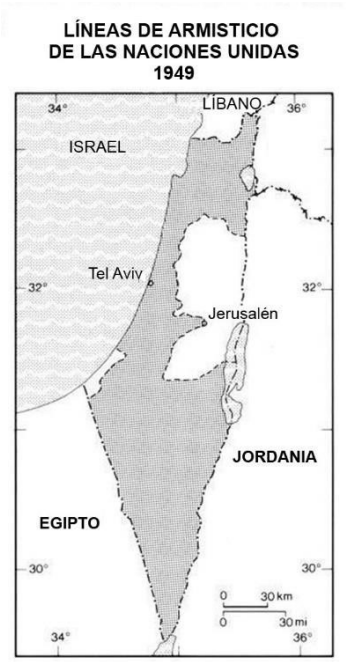

Figura 3

76. Las líneas del Armisticio, establecidas en 1949 y modificadas por pequeños ajustes en las líneas militares entre 1949 y 1967, se conocen a menudo como las "fronteras de 1967"[91]. De hecho, la opinión consultiva ha recomendado que Israel se retire del territorio en disputa basándose en las "fronteras de 1967". Sin embargo, la implicación de que las líneas del Armisticio de 1949 se convirtieron en las fronteras internacionales legales de Israel es difícil de cuadrar con la doctrina del *uti possidetis iuris*. Otorgar a estas líneas el estatus de fronteras internacionales equivaldría a aprobar el uso de la fuerza agresiva por parte de Estados extranjeros en 1967 contra el pueblo judío y la integridad territorial del Estado soberano de Israel, en violación de la prohibición, en virtud del derecho internacional, del uso de la fuerza para adquirir territorio. Como ya se ha dicho, en el transcurso de la primera guerra árabe-israelí, Egipto se hizo con el control de la Franja de Gaza, mientras que las fuerzas jordanas e iraquíes ocuparon Judea, Samaria y Jerusalén Oriental (rebautizada como la Ribera Occidental). Posteriormente, Jordania se anexionó ilegalmente Judea y Samaria. Esta supuesta anexión solo fue reconocida oficialmente por otros tres

[89] Véase el Acuerdo de Armisticio General entre el Líbano e Israel, Israel-Líbano, 23 de marzo de 1949, doc. S/1296/Rev. 1 de las Naciones Unidas.

[90] *Ibid*. en los arts. II, III y V.

[91] Véase, por ejemplo, Ethan Bronner, "Netanyahu Responds Icily to Obama Remarks", *New York Times*, 19 de mayo de 2011, en A9; Tim Lister, "Maps, Land and History: Why 1967 Still Matters", *CNN*, 24 de mayo de 2011, en IV.

Estados[92], pero fue rechazada por la Liga de los Estados Árabes. La ocupación y posterior anexión de la "Ribera Occidental" por parte de Jordania infringió claramente el derecho internacional, ya que su control de la zona se obtuvo por la fuerza tras un acto de agresión y, por tanto, no afectó al derecho de Israel a la soberanía sobre los territorios en disputa tras la independencia. Por ello, dichas líneas del Armisticio no son sinónimo de fronteras territoriales legítimas.

77. Así, aunque se han invertido considerables esfuerzos en crear y promover propuestas para modificar las fronteras del Estado judío de Israel y contemplar un Estado árabe complementario (la solución biestatal), hasta ahora no se ha conseguido poner en práctica ninguna de ellas. Así pues, parece que *uti possidetis iuris* dicta el reconocimiento de las fronteras de Israel como coincidentes con las fronteras del mandato a partir de 1948, en lugar de las "fronteras de 1967", mientras las partes en conflicto no acuerden otra cosa.

G. El derecho de Israel a establecerse en el territorio de la antigua Palestina en régimen de mandato

78. Las fronteras, la soberanía territorial tanto de Israel como de Palestina, son otra área sensible que la Corte no puede simplemente suponer que aprecia basándose en la narrativa unilateral contenida en las declaraciones del grupo de Estados propalestinos. Las preguntas de la Asamblea General piden a la Corte que haga una serie de suposiciones o presunciones perjudiciales, entre ellas, *a)* la ilegalidad de la ocupación israelí, incluidos los asentamientos y la anexión de los territorios palestinos ocupados desde 1967; *b)* "que Israel continúa violando el derecho del pueblo palestino a la libre determinación"; *c)* que las políticas y prácticas de Israel están necesariamente "destinadas a alterar la composición demográfica, el carácter y el estatuto de [...] Jerusalén"; y *d)* el "carácter discriminatorio de la legislación y las políticas de Israel" en los TPO. Las preguntas piden a la Corte que presuponga que todos los territorios mantenidos durante la ocupación jordana y egipcia dentro de las líneas del Armisticio de 1949 son automáticamente territorios soberanos de Palestina y, por tanto, no de Israel. No estoy segura de que esta cuestión sea tan sencilla como parece. Como mínimo, la Corte tendría que examinar y evaluar las pruebas relativas a si las líneas del Armisticio de 1949 son "fronteras seguras" en el sentido de las resoluciones del Consejo de Seguridad 242 y 338. Esto, a su vez, requeriría examinar las amenazas a las que se enfrenta Israel procedentes de los TPO y de la región en general. En el contexto de las cuestiones planteadas a la Corte, la determinación de la soberanía territorial es fundamental porque, sin aclarar las reivindicaciones respectivas de ambas partes en conflicto, sería imposible responder a la cuestión del alcance territorial de la reivindicación palestina de la libre determinación o de la retirada de Israel del territorio considerado ocupado. Además, la Corte tendría que determinar el territorio sobre el que los palestinos reclaman la soberanía y si Palestina ha hecho históricamente diferentes afirmaciones ante distintos foros. La opinión consultiva no aborda ninguna de estas cuestiones y, francamente, no dispone de información suficiente para hacer siquiera una conjetura fundamentada.

79. Como se ha mencionado anteriormente en esta opinión disidente, el Mandato de Palestina, creado por las principales potencias aliadas en 1920 tras la Primera Guerra Mundial y aprobado por la Sociedad de las Naciones en 1922, se estableció principalmente para reconstituir "una patria judía en Palestina". En consecuencia, el pueblo judío obtuvo ciertos derechos para establecerse en Palestina, que no solo incluía los territorios ahora en disputa de la Franja de Gaza, la "Ribera Occidental" y Jerusalén Occidental, sino también Transjordania. Aunque la naturaleza exacta de los

[92] Reino Unido, Iraq y Pakistán.

derechos conferidos por el Mandato ha sido objeto de mucho debate, su lenguaje demuestra que, con respecto al territorio entonces conocido como "Palestina", el pueblo judío era el principal beneficiario de esos derechos. Al incorporar la Declaración de Balfour al Preámbulo del Mandato (según el cual el Gobierno de Su Majestad veía con buenos ojos el establecimiento en Palestina de un hogar nacional para el pueblo judío, y haría todo lo posible por facilitar la consecución de este objetivo, quedando claramente entendido que no se haría nada que pudiera perjudicar los derechos civiles y religiosos de las comunidades no judías existentes en Palestina, o los derechos y el estatuto político de que disfrutaran los judíos en cualquier otro país), este confirmaba de forma clara el derecho del pueblo judío a establecerse, a la libre determinarse y a vivir pacíficamente en el territorio del mandato (o al menos en la parte que quedó después de que el Reino Unido transfiriera el 70 % del territorio del Mandato a Jordania). El Mandato de Palestina no preveía ninguna otra partición, salvo la separación de Transjordania. Se ha argumentado que la población árabe palestina que vivía dentro del Mandato también tenía y sigue teniendo derecho a la libre determinación. Sin embargo, los documentos fundacionales del Mandato (incluida la resolución 181 (1947) de la Asamblea General) guardan silencio sobre la cuestión de la libre determinación de los árabes palestinos que vivían dentro del territorio del Mandato, lo que implica que la cuestión de su libre determinación se percibía como una cuestión de "libre determinación interna" que requeriría negociación y acuerdo mutuo[93]. Sea como fuere, los derechos de múltiples naciones a la libre determinación en un territorio concreto no deberían perturbar la aplicación del principio *uti possidetis iuris*[94].

H. El derecho de los árabes palestinos a la libre determinación

80. Aunque no cabe duda de que el derecho a la libre determinación es un derecho *erga omnes*, al que tiene derecho el pueblo palestino, en el contexto actual, ese asunto plantea cuestiones relativas a las fronteras territoriales y a la seguridad tanto del futuro Estado palestino independiente como del Estado israelí que coexisten uno al lado del otro. Estas cuestiones, incluidas las fronteras propuestas de los dos Estados, la inviolabilidad territorial y las preocupaciones legítimas de seguridad de ambos pueblos, no han sido abordadas por la opinión consultiva. Al pedir a la Corte que examine las políticas y prácticas de una de las partes, ignorando al mismo tiempo las políticas y prácticas de la otra parte o las de terceros Estados interesados, como los vecinos árabes, y que determine las consecuencias jurídicas de las políticas y prácticas de Israel, la Corte no puede llegar a una opinión equilibrada acorde con su función y carácter judiciales. La solución práctica y realista es una solución consensuada, alcanzada conjuntamente por ambas partes en conflicto mediante negociaciones de buena fe dentro del marco de negociación existente y la aplicación de las resoluciones vigentes del Consejo de Seguridad.

81. Podría decirse que el derecho internacional apoya el derecho de los árabes palestinos a la libre determinación, pero deja en manos de las partes implicadas (incluido el Estado de Israel, que actualmente reclama la soberanía sobre el territorio en disputa en virtud del *uti possidetis iuris*) la elección de los medios para hacer efectivo ese derecho. Como se refleja en las resoluciones del Consejo de Seguridad 242 y 338, el derecho internacional no permite que la libre determinación entre en

[93] La libre determinación interna se refiere al derecho de la población de un Estado a gobernarse a sí misma sin injerencias externas. Es un principio que promueve las libertades democráticas y la autonomía de los grupos minoritarios dentro de los Estados soberanos. Este concepto es distinto de la libre determinación externa, que se refiere al derecho de los pueblos a determinar su propio estatuto político y potencialmente formar un Estado independiente.

[94] *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 566.

conflicto con los derechos soberanos de un Estado soberano existente, incluidos sus derechos a la seguridad e integridad territorial, a la independencia política y a unas fronteras defendibles. Si, en virtud del *uti possidetis iuris*, todo el territorio que comprendía el Mandato de Palestina en mayo de 1948 se convirtió en territorio soberano de Israel, entonces la libre determinación palestina adoptará necesariamente una forma de autonomía que no entre en conflicto con dicha soberanía.

82. En vista de lo anterior, cualquier debate relativo a la supuesta ocupación o anexión por parte de Israel de territorio palestino o su presunto perjuicio a los derechos de los árabes palestinos a la libre determinación, pero que no tenga en cuenta los hechos históricos y los principios del derecho internacional consuetudinario mencionados, es unilateral y desequilibrado y es poco probable que ayude a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad a encontrar una solución permanente al conflicto israelo-palestino.

I. Preocupación por la retirada de Israel de los territorios en disputa y su seguridad

83. Aunque las preguntas de la Asamblea General pretenden que la Corte recomiende el "fin inmediato de la ocupación israelí" y una "retirada inmediata e incondicional" de los TPO, la cuestión del fin de la ocupación por parte de Israel y su retirada de los TPO es más matizada. Requiere una evaluación de los derechos y obligaciones legales de ambas partes recogidos en los Acuerdos de Oslo, refrendados por las resoluciones del Consejo de Seguridad 242 y 338. Como se ha recordado anteriormente, dichas resoluciones reconocían que el fin de la ocupación israelí implicaba el cumplimiento de *dos condiciones interdependientes*, a saber, "el retiro de Israel de los territorios que ocuparon durante el conflicto", por una parte, y "el reconocimiento por Palestina de la soberanía, la integridad territorial y el derecho de Israel a vivir en paz dentro de las fronteras seguras y reconocidas y libres de amenazas o actos de fuerza", por otra[95]. En otras palabras, tanto Israel como Palestina deben actuar conjuntamente a fin de garantizar las condiciones necesarias para que Israel se retire de los territorios árabes ocupados y Palestina ofrezca las garantías y condiciones que permitan a Israel sentirse seguro al hacerlo.

84. Una opinión consultiva equilibrada tendría que examinar inevitablemente estas dos condiciones, sobre todo teniendo en cuenta el último ataque de Hamás a Israel el 7 de octubre de 2023 y la consiguiente guerra de Gaza, un asunto que está *sub iudice* ante la Corte en un procedimiento contencioso[96]. Claramente, la opinión consultiva en el apartado 4 de la parte dispositiva contempla la obligación de Israel de retirarse rápidamente de los TPO mientras ignora por completo las preocupaciones de seguridad de Israel y sus ciudadanos, incluidos los colonos.

J. Aplicación indiscriminada del derecho de la ocupación beligerante a la Ribera Occidental, Gaza y Jerusalén Occidental

85. El artículo 42 del Reglamento de La Haya, que contempla el derecho internacional consuetudinario[97], afirma que "se considera como ocupado un territorio

[95] Resolución 242 del Consejo de Seguridad, de 22 de noviembre de 1967.

[96] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, presentada ante la CIJ el 29 de diciembre de 2023.

[97] Reglamento que figura como anexo a la Cuarta Convención de La Haya relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, art. 43, La Haya, 18 de octubre de 1907, 36 Stat. 2295, 205 Consol. TS 277 (en adelante, "Convención relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre").

cuando está de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo, así como que la ocupación solamente se extiende a los territorios donde esa autoridad esté establecida y en condiciones de ejercerse"[98]. Hay muchos ejemplos de territorios en el mundo que podrían considerarse "ocupados" de conformidad con el Cuarto Convenio de Ginebra, como el Sáhara Occidental, Chipre Septentrional, Abjasia, el este de Ucrania y Crimea. Sin embargo, la práctica de los Estados no ha sido tan crítica con las ocupaciones en estos ejemplos como en el caso de Palestina.

K. Una ocupación mediante el uso legítimo de la fuerza (legítima defensa) no es ilegal

86. La práctica del Consejo de Seguridad no proporciona ningún apoyo a la opinión de que la noción de "ocupación ilegal" puede extenderse a la ocupación resultante de un uso legítimo de la fuerza[99]. Dadas las circunstancias de la ocupación israelí de los territorios en cuestión en 1967, esto debería bastar. Aunque varias resoluciones de la Asamblea General que abordan específicamente la ocupación israelí de los territorios árabes se refieren a la ocupación como "ilegal", un examen de los registros de votación muestra que ninguna de las democracias occidentales apoyó las resoluciones que sostienen que la ocupación israelí es ilegal [100].

87. Históricamente, Israel asumió el control de los territorios en disputa (es decir, la Ribera Occidental, la Franja de Gaza y Jerusalén) en junio de 1967 en respuesta a una amenaza clara y presente, iniciada por un grupo de Estados árabes, decididos a aniquilar al Estado judío. La legitimidad del control de estos territorios por parte de Israel en aquel momento era generalmente indiscutible, ya que se entendía que lo había hecho en el marco del ejercicio lícito de su derecho de legítima defensa. Aunque la comunidad internacional acabó desarrollando un marco para la resolución de esta guerra (resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 242 y 338, ya comentadas), en aquel momento no se sostuvo que el control de estos territorios por parte de Israel, a la espera de dicha resolución, fuera ilegal. En consecuencia, es difícil determinar en qué momento de la historia, y a la espera de una solución negociada, la presencia y el control de Israel en el territorio en disputa se convirtieron en una ocupación ilegal, como opina la mayoría.

L. Una ocupación lícita no se convierte en ilícita por el paso del tiempo

88. La práctica de los Estados y la *opinio iuris* no apoyan la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario que establezca que una ocupación creada de forma legal pueda convertirse posteriormente en ilegal por el transcurso del tiempo. En su opinión consultiva de 2004 sobre el *Muro*, la Corte declaró a Israel responsable de varias infracciones de la ley de la ocupación beligerante, pero se abstuvo de calificar la ocupación israelí de "ilegal" o de pronunciarse sobre la legalidad de la presencia israelí en la Ribera Occidental. La cuestión en cuanto a si limitar la duración de la ocupación y cómo hacerlo, haciendo hincapié en la situación árabe-israelí, fue uno de los puntos centrales durante el proceso de redacción de los

[98] *Ibid*., art. 42. Véase también *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, fallo, *I.C.J. Reports 2005*, págs. 229 a 302.

[99] A. Zemach, "Can Occupation Resulting from a War of Self-Defense Become Illegal?" (2015), *Minnesota Journal of International Law*, 316 (en adelante "Zemach"), en el 327 cita, en relación con el conflicto israelo-palestino, las resoluciones del Consejo de Seguridad 242 (1967), 252, 478 y 497 (1981).

[100] *Ibid*., págs. 327 a 332.

protocolos adicionales. Aunque el Protocolo Adicional I no contenía una disposición que proscribiera la duración de una ocupación, no adoptó el enfoque del artículo 6 3. En su lugar, los redactores incluyeron el artículo 3 b), que ordenaba la aplicación de los Convenios y el Protocolo hasta "[e]l término general de las operaciones militares y, en el caso de territorios ocupados, al término de la ocupación". Según los comentarios, se argumentó que esta disposición suplantaría entonces al artículo 6 3. Ni el Reglamento de La Haya ni el Cuarto Convenio de Ginebra limitan la duración de la ocupación, ni exigen que el ocupante devuelva los territorios al soberano antes de que se firme un tratado de paz. La Magistrada Rosalyn Higgins ha señalado de forma similar que no hay nada en la Carta [de las Naciones Unidas] ni en el derecho internacional general que haga suponer que la ocupación militar, a la espera de un tratado de paz, sea ilegal[101]. Es indiscutible que la presencia continuada de Israel en los territorios en disputa se debe en gran parte a auténticas preocupaciones de seguridad, así como a sus propias reivindicaciones de soberanía sobre dichos territorios, que solo pueden resolverse mediante negociaciones.

M. Los asentamientos israelíes en los territorios en disputa se ajustan al artículo 6 del Mandato

89. La opinión de que el establecimiento de asentamientos por parte de Israel en los territorios en disputa es ilegal y equivale a una "anexión" ilegal se basa totalmente en el artículo 49 6) del Cuarto Convenio de Ginebra, que establece que "la Potencia ocupante no podrá efectuar la evacuación o el traslado de una parte de la propia población civil al territorio por ella ocupado". La Corte no dispone de pruebas que demuestren que (excepto posiblemente los miembros de las fuerzas de defensa israelíes), ninguno de los ciudadanos israelíes que se han trasladado a la zona en disputa desde 1967 fueron forzados o coaccionados a hacerlo por el Gobierno israelí. Es muy posible que algunos de los residentes en estas zonas tengan títulos de propiedad legítimos anteriores a 1967. Calificar de "ilegales" todos los asentamientos de Jerusalén Oriental y la Ribera Occidental es una tergiversación del espíritu y la letra del artículo 49 6) del Cuarto Convenio de Ginebra. Además, este punto de vista contradice el artículo 6 del Mandato de Palestina, que fomentaba los asentamientos judíos en todo el Mandato, y es totalmente inaplicable sobre la base de la reivindicación de soberanía de Israel en virtud del *uti possidetis iuris*.

N. El marco de negociación y no el reconocimiento unilateral de Palestina sigue siendo la única vía para una solución permanente del conflicto israelo-palestino

90. Como ya se ha dicho, Israel y los representantes de los árabes palestinos decidieron negociar los términos de la autonomía o libre determinación palestina con arreglo a las condiciones establecidas en los Acuerdos de Oslo, cuyos instrumentos siguen siendo válidos y vinculantes, a pesar de que su aplicación práctica y su efecto se han visto considerablemente obstaculizados por las guerras continuas, el cambio en el liderazgo palestino y otros acontecimientos políticos. Israel no es el único culpable de este estancamiento que dura decenios, como han demostrado las numerosas guerras y ataques que sus adversarios han dirigido contra ese Estado. Las cuestiones relativas al estatuto definitivo, incluidas las fronteras permanentes de un futuro Estado palestino, la administración de Jerusalén y el retorno de los refugiados, se encuentran entre las cuestiones que las partes en conflicto acordaron que se

[101] R. Higgins, "The Place of International Law in the Settlement of Disputes by the Security Council", 64 *Am. J. Int'l L.* 1, 8 (1970).

determinarían mediante negociación. La búsqueda u obtención del reconocimiento unilateral de la independencia o la condición de Estado de Palestina dentro del territorio de un Estado soberano incumple los Acuerdos de Oslo y solo puede exacerbar el conflicto.

91. Los complejos acuerdos adoptados en virtud de los Acuerdos de Oslo, que dividen los territorios en disputa en las zonas A, B y C, han dado lugar a un régimen jurídico especial (*lex specialis*) en relación con los territorios posteriores a 1967. Como instrumentos de derecho internacional, imponen una compleja matriz de derechos y obligaciones mutuos, con lo que se limita la aplicación del principio general del derecho. Los Acuerdos de Oslo II prohíben a ambas partes emprender "cualquier medida que modifique el estatuto de la Ribera Occidental, incluida Jerusalén Oriental y la Franja de Gaza, a la espera del resultado de las negociaciones sobre el estatuto permanente". El futuro estatuto de estos territorios y la naturaleza de una entidad palestina independiente o autónoma solo pueden resolverse mediante negociaciones de buena fe que reflejen un equilibrio de intereses contrapuestos.

VII. Conclusión

92. Por todas las razones expuestas, opino que la Corte debería haberse negado a emitir su opinión consultiva en el presente asunto. Por el contrario, hay que animar a Israel y Palestina, las dos partes en conflicto, a que vuelvan a la mesa de negociaciones y encuentren una solución duradera de forma conjunta. Las Naciones Unidas y la comunidad internacional, en general, deberían hacer todo lo que esté en su mano para apoyar dichas negociaciones. Al emitir su opinión consultiva, la Corte debería haber tenido cuidado de salvaguardar su carácter judicial y su integridad garantizando que las cuestiones matizadas y más complejas, que requieren una resolución a través de la negociación, se dejen al marco de negociación ya acordado por las partes del conflicto israelo-palestino.

(Firmado) Julia Sebutinde.

[Original: inglés]

Declaración del Magistrado Tomka

1. Tras haber firmado con los Magistrados Abraham y Aurescu nuestra opinión conjunta, deseo añadir algunas observaciones adicionales.

2. La solicitud de opinión consultiva de la Asamblea General de las Naciones Unidas se refiere a cuestiones que han figurado en su programa desde el inicio mismo de sus actividades, tras la notificación por el Reino Unido de su intención de transferir el Mandato de Palestina a la Organización. En función de la recomendación de la Comisión Especial de Palestina, creada en mayo de 1947, la Asamblea General aprobó el 29 de noviembre de 1947 la resolución 181 (II), que establecía un Plan de Partición que preveía la creación de dos Estados independientes, uno árabe y otro judío, y exhortaba a los habitantes de Palestina a tomar las medidas que fueran necesarias por su parte para poner en práctica este plan. Mientras que el pueblo judío acogió favorablemente el Plan y declaró la independencia de su Estado, el Estado de Israel, el 14 de mayo de 1948, la población árabe de Palestina y los Estados árabes lo rechazaron. En su lugar, cinco Estados árabes lanzaron un ataque armado contra el incipiente Estado de Israel.

3. Los dirigentes árabes reclamaron todo el territorio de Palestina para un Estado árabe y rechazaron la Partición. Si lo hubieran aceptado y hubieran declarado un Estado árabe independiente en los territorios, tal como se preveía en el Plan, podría haberse evitado la tragedia que desde entonces aflige a la región, ya que la población árabe de Palestina habría podido ejercer su derecho a la libre determinación y establecer un Estado propio.

4. Ahora más bien parece que es Israel, o al menos los círculos políticos importantes dentro de ese Estado, el que quisiera reclamar, si no todo el territorio de Palestina, al menos su mayor parte, como territorio propio. Así lo demuestran diversas declaraciones de dirigentes israelíes, incluido el Primer Ministro, y la política continuada de Israel de asentamientos en la Ribera Occidental, incluida Jerusalén Oriental. Esta política se ha seguido desde poco después del conflicto armado de 1967 (la “Guerra de los Seis Días”), a pesar de que Israel era consciente de que el establecimiento de asentamientos en los territorios ocupados y el traslado de su población a dichos asentamientos sería contrario al artículo 49, párrafo 6, del Cuarto Convenio de Ginebra[102]. Desde entonces, Israel ha afianzado su política de expansión de los asentamientos en la Ribera Occidental, a pesar de su compromiso de abstenerse de tales actividades en los Acuerdos de Oslo II. Estoy totalmente de acuerdo con la opinión de la Corte de que dichos asentamientos son ilegales y deben considerarse como un intento de anexión de partes de la Ribera Occidental, tras la anexión *de iure* de Jerusalén Oriental en 1980.

[102] Esta advertencia se expuso claramente en el dictamen del Asesor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Israel presentado el 18 de septiembre de 1967 como documento de “máximo secreto” al Secretario Político del Primer Ministro y Jefe de su oficina, quien lo transmitió al Ministro de Justicia. Pueden encontrarse extractos del dictamen en Gershom Gorenberg, *The Accidental Empire: Israel and the Birth of the Settlements*, *1967-1977* (Nueva York, 2006), pág. 9.

5. El Consejo de Seguridad, en su resolución 478 (1980), determinó correctamente que todas las medidas y los actos legislativos y administrativos adoptados por Israel que habían alterado o pretendían alterar el carácter y el estatuto de Jerusalén, y en particular la reciente "Ley Básica" sobre Jerusalén, eran nulos y sin valor y debían dejarse sin efecto inmediatamente.

6. En mi opinión, la Corte de Justicia no distingue claramente entre la nulidad, que afecta al acto en cuestión, privándolo de su validez en el derecho internacional, y la responsabilidad que afecta al Estado autor del acto que es nulo [103].

El acto en cuestión no afecta al régimen jurídico de la ocupación e Israel sigue vinculado por sus obligaciones en virtud del derecho internacional como Potencia ocupante.

7. Sin embargo, la Corte va demasiado lejos cuando opina que la presencia continuada de Israel en el Territorio Palestino Ocupado (en otras palabras, la ocupación de Israel) es ilegal como tal.

La ilegalidad depende de la forma en que se haya establecido la ocupación. Esto debe determinarse con arreglo a las normas que rigen el uso de la fuerza. El término "ocupación" describe una situación de hecho a la que el derecho internacional atribuye determinadas consecuencias jurídicas. De conformidad con el derecho internacional consuetudinario, como se refleja en el artículo 42 del Reglamento relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, que figura en el anexo de la Cuarta Convención de La Haya de 1907[104], se considera ocupado un territorio cuando de hecho está bajo la autoridad del ejército enemigo. No se pidió a la Corte que determinara, ni esta se encontraba en posición de hacerlo, si el recurso a la fuerza por parte de Israel en 1967, que dio lugar a la ocupación de la Ribera Occidental (incluida Jerusalén Oriental) y de la Franja de Gaza, fue ilegal o no. A pesar de ello, la Corte opina que ciertas acciones posteriores de Israel "hicieron" ilegal la presencia de Israel en el Territorio Palestino Ocupado (Opinión Consultiva, párr. 261), una fórmula que parece implicar que la ocupación fue el resultado de un acto que no era ilegal.

8. Aunque no comparto la opinión de la Corte de que la presencia continuada de Israel en el Territorio Palestino Ocupado sea ilegal, estoy de acuerdo en que todos los Estados tienen la obligación de no reconocer la situación derivada de su presencia en dicho territorio y de abstenerse de prestar ayuda o asistencia a Israel para mantener dicha situación. La razón principal de mi postura es que creo que los Estados no deben ayudar a Israel en su objetivo de anexionarse una parte importante del Territorio Palestino Ocupado y tratarlo como territorio propio. Por el contrario, los Estados deberían, dentro de sus posibilidades, prestar su ayuda para alcanzar el objetivo general de lograr la paz en Oriente Medio, es decir, el objetivo de lograr una situación en la que el Estado de Israel y el Estado de Palestina convivan en paz y seguridad dentro de sus fronteras internacionalmente reconocidas.

Por las mismas razones, también apoyo la opinión de que las Naciones Unidas, y especialmente el Consejo de Seguridad y la Asamblea General, deben estudiar las modalidades para poner fin lo antes posible a la presencia del Estado de Israel en el Territorio Palestino Ocupado. Esto solo puede hacerse cuando la seguridad está garantizada para ambos Estados. Creo que la consecución de este objetivo hace tiempo que debería haberse alcanzado y que todos los actores relevantes deberían

[103] Sobre este punto, véase Joe Verhoeven, "Les nullités du droit des gens", en Prosper Weil (ed.), *Droit International 1* (París, Pedone, 1981), págs. 102 a 105.

[104] Esta misma disposición ya figuraba en el Reglamento anexo a la Segunda Convención de La Haya relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1899, adoptada en la Conferencia de Paz de La Haya.

redoblar sus esfuerzos en este sentido. Esta sigue siendo la responsabilidad histórica incumplida de las Naciones Unidas.

(Firmado) Peter Tomka.

[Original: inglés]

Opinión conjunta de los Magistrados Tomka, Abraham y Aurescu

Alcance de la opinión — Inclusión infundada de Gaza en las conclusiones de la opinión.

Falta de aplicación de la distinción entre las normas relativas al desarrollo de una ocupación y las relativas al uso de la fuerza — Conclusión incorrecta de que la presencia de Israel como Potencia ocupante en el TPO es ilegal — Las políticas y prácticas de Israel en el TPO no tienen ningún efecto sobre el estatuto jurídico de la ocupación — Ausencia de relación entre la conclusión sobre la anexión de (partes de) los territorios ocupados y la conclusión de que la ocupación en sí es ilegal — Identificación errónea de la ocupación en sí como acto ilícito y de sus consecuencias jurídicas — Fin de la anexión como consecuencia jurídica correcta — Obligación de poner fin a la ocupación en cuanto deje de ser necesaria por razones de seguridad — Retirada de Israel del TPO sujeta a garantías de su derecho a la seguridad.

Los Acuerdos de Oslo y las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad no se han tenido debidamente en cuenta — Caso omiso de la estrecha relación entre el derecho a la libre determinación del pueblo palestino y el derecho a la seguridad de Israel y de Palestina, así como entre este "paquete" y el marco de negociación para la "solución biestatal" — No tener en cuenta el derecho a la seguridad de Israel y de Palestina.

Identificación incorrecta de los territorios anexionados — Solo Jerusalén Oriental y los asentamientos de la zona C de la Ribera Occidental anexionados por Israel — La obligación de Israel en Oslo II de no alterar el estatuto de la Ribera Occidental da lugar a la ilegalidad de cualquier nuevo asentamiento en la zona C y más allá de ella.

Falta de un enfoque global, equilibrado y matizado en la opinión — No se abordan las responsabilidades y obligaciones de Palestina — Israel y Palestina tienen la obligación de reanudar sin demora las negociaciones directas que conduzcan a la "solución biestatal" — No se señala a la atención del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General la necesidad de redoblar los esfuerzos para lograr la "solución biestatal" y de alentar a todos los Estados a que apoyen a Israel, Palestina y las Naciones Unidas con este fin.

I. Introducción

1. Hemos tenido que votar en contra de algunos puntos de las conclusiones finales (párrafo 285) de la presente opinión consultiva, en particular los puntos 3 y 4. En efecto, no estamos convencidos de que "la presencia continuada de Israel en el Territorio Palestino Ocupado es ilegal" (punto 3), ni de que, como consecuencia de esta afirmación, que, por las razones que se exponen a continuación, carece de fundamento jurídico, "Israel tenga la obligación de poner fin a su presencia ilegal en el Territorio Palestino Ocupado lo antes posible" (punto 4).

2. Estamos plenamente de acuerdo con la afirmación, ya formulada en la opinión consultiva sobre el *Muro* emitida por la Corte en 2004 (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, opinión

consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 184, párr. 122), según la cual el pueblo palestino tiene derecho a la libre determinación.

3. También estamos convencidos de que un gran número de políticas y prácticas de Israel en los territorios que ocupa desde 1967 incumplen las obligaciones que le impone el derecho internacional. A este respecto, podemos suscribir la mayoría de las observaciones presentadas en la sección IV de la opinión, sobre cuya base la Corte concluye que estas "políticas y prácticas" son ilegales. En particular, compartimos la opinión de que la práctica general y sistémica de establecimiento y desarrollo de asentamientos en la Ribera Occidental es contraria al artículo 49 del Cuarto Convenio de Ginebra, como ya observó la Corte en 2004 (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado* , opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 184, párr. 120). En términos más generales, creemos que numerosos aspectos de la política de Israel, en especial en los últimos 20 años, solo pueden entenderse como encaminados a incorporar gradualmente la mayor parte de la zona C de la Ribera Occidental al propio territorio de Israel (además de la anexión formal de Jerusalén Oriental en 1980). La aplicación de tal objetivo, como observó la Corte en 2004 en el contexto más restringido de la construcción del muro, "menoscaba así gravemente el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación y constituye en consecuencia una violación de la obligación de Israel de respetar ese derecho" (*ibid*., párr. 122). Lo que era cierto en el contexto limitado de la opinión emitida en 2004 lo es aún más en el contexto más amplio de las "prácticas y políticas" de Israel en el Territorio Palestino Ocupado consideradas en la presente opinión.

4. No obstante, basándonos en un análisis jurídico riguroso, no podemos extraer las mismas conclusiones que las expuestas en las respuestas de la Corte.

5. En efecto, por primera vez, la Corte no solo declara que las prácticas de Israel en los territorios que ocupa son ilegales, a la luz de las obligaciones que le incumben como Potencia ocupante, sino que también afirma que la propia presencia de Israel en los territorios es ilegal y que, por lo tanto, debe retirarse de ellos sin ninguna garantía previa, en particular en lo que respecta a su seguridad, a pesar de que el respeto del derecho de Israel a la seguridad es uno de los elementos esenciales a considerar para alcanzar una paz duradera.

Somos de la opinión de que, al hacerlo, la Corte ha emprendido un camino jurídicamente erróneo y ha llegado a conclusiones que no son jurídicamente correctas.

Explicaremos las razones de nuestro desacuerdo con más detalle en el resto de esta opinión.

6. En resumen, la opinión no proporciona ninguna razón convincente que justifique pasar de la conclusión de que las "prácticas y políticas" de Israel en el Territorio Palestino Ocupado son, en muchos casos, ilegales a la conclusión de que la propia presencia de Israel en los territorios es ilegal. En nuestra opinión, en este punto, falta un eslabón en el razonamiento de la opinión por motivos que desarrollaremos a continuación. La Corte optó por retratar el conflicto israelo-palestino de forma sesgada y parcial, sin tener en cuenta su complejidad jurídica e histórica. Da poca importancia a las sucesivas resoluciones por las que, desde 1967 hasta la actualidad, el Consejo de Seguridad estableció y refrendó el marco jurídico para la resolución del conflicto basado en la coexistencia de dos Estados y en el derecho de cada uno de los dos pueblos a vivir en paz y seguridad. Cuando no ignora estas resoluciones, hace una lectura selectiva de ellas.

7. Además, creemos que las conclusiones jurídicamente incorrectas de la opinión se derivan, en gran medida, de una apreciación errónea de los Acuerdos de Oslo firmados entre los representantes de Israel y Palestina. Estos Acuerdos, junto

con las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, definen el marco fundamental de una resolución pacífica del conflicto encaminada a aplicar la "solución biestatal", como se explica a continuación.

8. Las conclusiones finales de la opinión se inspiran claramente en las de las dos opiniones consultivas que la Corte ha emitido en el pasado sobre situaciones en las que un Estado estaba presente en un territorio en el que su presencia, o su soberanía, eran impugnadas: la opinión de 1971 relativa a la presencia de Sudáfrica en Namibia (*Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 16), y la opinión de 2019 relativa al archipiélago de Chagos (*Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2019 (I)*, pág. 95).

En ambos casos, la Corte concluyó que la presencia del Estado en cuestión en el territorio considerado era ilegal y debía cesar "inmediatamente" (*Namibia*) o "lo antes posible" (*Chagos*).

9. A nuestro juicio, las dos situaciones examinadas anteriormente por la Corte son totalmente distintas de la que se plantea en el presente asunto. En esta causa, no se trata ni de una presencia mantenida por una Potencia mandataria en violación de una decisión del Consejo de Seguridad por la que se declaraba ilegal dicha presencia después de que la Asamblea General pusiera fin al mandato, ni de una situación en la que una Potencia colonial incumpliera su obligación de completar el proceso de descolonización, ni de ninguna otra situación comparable a las anteriores.

10. El conflicto israelo-palestino es de otro tipo. Debe abordarse de una manera equilibrada, matizada y global que está totalmente ausente en la opinión emitida. Durante muchos decenios, los pueblos israelí y palestino han estado enfrentados ―un conflicto con muchos y complejos aspectos jurídicos, políticos e históricos― en relación con el territorio de Palestina, confiado por mandato de la Sociedad de las Naciones al Reino Unido en 1922. Los derechos de uno no pueden ejercerse en detrimento de los derechos del otro. La "solución biestatal", exigida por las sucesivas resoluciones del Consejo de Seguridad, que analizaremos a continuación, es la única que puede responder a la legítima necesidad de seguridad tanto de Israel como de Palestina. Esta solución solo puede surgir de un entendimiento global alcanzado a través de negociaciones, que deben tener en cuenta todos los derechos e intereses implicados: el derecho del pueblo palestino a la libre determinación no es incompatible con el de Israel a existir en condiciones de seguridad, aunque el derecho de Palestina a la seguridad también debe tenerse en cuenta. El derecho a la libre determinación y el derecho a la seguridad deben aplicarse simultáneamente para lograr la coexistencia de los dos Estados, lo que también marcará el fin de la presencia de Israel como Potencia ocupante en el territorio palestino.

11. Como recordó la Magistrada Higgins en su opinión separada adjunta a la opinión sobre el *Muro*, en las sucesivas resoluciones del Consejo de Seguridad "las exigencias fundamentales han sido las mismas, a saber: Israel tiene derecho a existir, a ser reconocido y a tener seguridad, y el pueblo palestino tiene derecho a su territorio, a ejercer la libre determinación y a tener su propio Estado" (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, opinión separada de la Magistrada Higgins, pág. 211, párr. 18).

Creemos que esta afirmación sigue siendo válida hoy en día. Si bien es cierto que la política actual de Israel, que no siempre ha sido la misma, no tiende a tal resultado, ello no es motivo para ignorar las legítimas preocupaciones de este Estado

en relación con su seguridad y apartarse por completo del marco trazado por el Consejo de Seguridad, como hace la presente opinión.

II. Alcance temporal y territorial de las cuestiones planteadas a la Corte

12. Las preguntas formuladas a la Corte por la Asamblea General se refieren a las políticas y prácticas de Israel en el "Territorio Palestino Ocupado desde 1967". No cabe duda de que, en la intención de la Asamblea General, lo que designa como Territorio Palestino Ocupado abarca la Ribera Occidental, Jerusalén Oriental y la Franja de Gaza. Además, las preguntas están redactadas en presente.

13. Sin embargo, creemos que la Corte debería haber limitado su opinión a la Ribera Occidental, incluida Jerusalén Oriental, y no debería haber incluido la Franja de Gaza en su análisis y sus conclusiones por las siguientes razones.

14. La situación en la Franja de Gaza ha experimentado un cambio fundamental tras los ataques mortíferos cometidos por Hamás desde Gaza contra territorio israelí el 7 de octubre de 2023 y la operación militar a gran escala de Israel que tuvo lugar a continuación.

La solicitud de la opinión consultiva se presentó antes de estos acontecimientos, que la Asamblea General no podía prever. De ello se deduce que la situación en Gaza después del 7 de octubre de 2023 no está incluida en el ámbito de las preguntas formuladas a la Corte. Por lo tanto, es conveniente que la opinión se abstenga de pronunciarse sobre los acontecimientos ocurridos en Gaza después del 7 de octubre de 2023. Además, si la Corte se hubiera pronunciado sobre esta situación en la presente opinión, habría corrido el riesgo de prejuzgar algunas cuestiones planteadas en dos asuntos contenciosos actualmente pendientes ante la Corte. Somos de la opinión de que, por regla general, una opinión consultiva no debe interferir en la resolución de asuntos contenciosos pendientes.

15. Con respecto al período anterior, cabe señalar que desde 2005 la Franja de Gaza se encuentra en una situación fundamentalmente diferente a la de la Ribera Occidental. En 2005, Israel se retiró del territorio de la Franja de Gaza y desmanteló los asentamientos que había establecido, al tiempo que mantenía el control sobre el espacio aéreo y las zonas marítimas, y las fronteras terrestres. Poco después de la retirada del ejército israelí, el movimiento Hamás se hizo con el control de la administración del territorio de Gaza.

16. La Corte no disponía de pruebas que le permitieran afirmar si el control que Israel siguió ejerciendo sobre la Franja de Gaza tras la retirada de 2005 estaba justificado por motivos de seguridad ni en qué medida, teniendo en cuenta, en particular, las acciones militares llevadas a cabo por Hamás dirigidas contra territorio israelí, incluso antes del 7 de octubre de 2023. Además, casi todas las "políticas y prácticas" de Israel mencionadas en la opinión se refieren a la situación en la Ribera Occidental.

17. Debido a la insuficiente información que se le presentó, la Corte debería haber concluido que no podía pronunciarse adecuadamente sobre la situación en Gaza antes del 7 de octubre de 2023. En estas circunstancias, no podemos sino lamentar que, en sus conclusiones, según las cuales "la presencia continuada de Israel en el Territorio Palestino Ocupado", que incluye Gaza, "es ilegal" (párrafo 267) y que "Israel tiene la obligación de poner fin a su presencia ilegal en el Territorio Palestino Ocupado lo antes posible" (párrafo 285), la opinión no haga distinción alguna entre la Ribera Occidental, incluida Jerusalén Oriental, y Gaza, y se refiera al "Territorio Palestino Ocupado" en su conjunto.

III. La cuestión de la legalidad de la ocupación

18. Uno de los aspectos más cuestionables de la opinión reside en la ligereza con la que aborda la cuestión de la legalidad de la propia ocupación, cuestión a la que responde negativamente sin apoyarse en ninguna base jurídica convincente.

19. Según la opinión, la política de Israel de establecer y desarrollar asentamientos en la Ribera Occidental tiene por objeto incorporar gradualmente este territorio al del Estado de Israel y demuestra un propósito de anexión, motivado por la "intención de crear una presencia israelí permanente e irreversible en el Territorio Palestino Ocupado" (párrafo 252). La Corte afirma que las políticas y prácticas de Israel constituyen violaciones por parte de este de la prohibición de adquisición de territorio por la fuerza y del derecho del pueblo palestino a la libre determinación. Hasta aquí, podemos seguir el razonamiento y no tenemos objeciones sustanciales.

20. Pero, después, el razonamiento toma de manera brusca un giro totalmente distinto. La opinión concluye de lo anterior que "la presencia continuada de Israel en el Territorio Palestino Ocupado es ilegal" (párrafo 267), y esta ilegalidad se aplica, además, a todo el territorio ocupado por Israel en 1967, incluida Gaza, y sin hacer distinción alguna entre las distintas partes de la Ribera Occidental. En otras palabras, según la opinión, no solo es ilegal la conducta de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, sino su propia presencia y, por tanto, la ocupación misma.

21. No podemos suscribir tal conclusión, que no se basa en ningún razonamiento jurídico firme o sólido.

22. No cuestionamos en absoluto la afirmación de que "[l]a anexión por una Potencia ocupante de un territorio ocupado es ilegal" (párr. 175) y que "la ocupación no puede en ningún caso servir de base para un título sobre un territorio" (párr. 253). Opinamos, al igual que la mayoría de la Corte, que la política de Israel desde hace bastante tiempo ya da la espalda al principio según el cual una Potencia ocupante no puede llevar a cabo una política destinada a extender su soberanía sobre la totalidad o parte del territorio que ocupa incorporándolo, *de iure* o *de facto*, a su propio territorio.

Pero no vemos cómo se puede pasar de la constatación de que la política de anexión seguida por la Potencia ocupante es ilegal a la afirmación de que la propia ocupación es ilegal. Sin embargo, eso es exactamente lo que hace la opinión, sin ninguna explicación ni siquiera con una mínima fundamentación jurídica.

23. Las normas que rigen el desarrollo de una ocupación y las obligaciones de la Potencia ocupante, por una parte, y las relativas al uso de la fuerza y sus consecuencias, por otra, constituyen dos conjuntos de normas distintos. La cuestión de si la conducta de la Potencia ocupante cumple sus obligaciones en los territorios ocupados, y en qué medida, con independencia de la legalidad de la ocupación, debe examinarse con arreglo al primer conjunto de normas. La cuestión de la legalidad de la ocupación propiamente dicha debe examinarse con arreglo al segundo conjunto de normas antes mencionado. La opinión recuerda esta distinción (párr. 251), pero sin extraer las conclusiones correctas.

24. Al aplicar una política de anexión gradual de una parte del Territorio Palestino Ocupado, concretamente la zona C de la Ribera Occidental, Israel incumple las obligaciones que le incumben como Potencia ocupante. Lo mismo ocurre cuando viola diversas obligaciones específicas establecidas por el derecho internacional humanitario, como la obligación de no trasladar a su propia población a los territorios ocupados o de no adoptar medidas discriminatorias contra la población del territorio.

25. Sin embargo, de lo anterior no puede concluirse que la ocupación en sí sea ilegal, que es una cuestión de naturaleza fundamentalmente distinta. La opinión no justifica en modo alguno, salvo mediante formulaciones generales y vagas, la transición abrupta de la constatación de que, por su conducta en los territorios ocupados, la Potencia ocupante incumple sus obligaciones a la afirmación de la ilegalidad de la propia ocupación. La ilegalidad del comportamiento de la Potencia ocupante, incluso cuando consiste en pretender anexionarse el territorio ocupado, no puede privar a la presencia del ocupante de su carácter: esta presencia es y sigue siendo una ocupación según el derecho internacional. En cuanto a la cuestión de si esta presencia es ilegal, como hemos mencionado anteriormente y como la propia opinión parece reconocer, está sujeta a la aplicación de un conjunto diferente de normas.

26. El énfasis de la opinión en el derecho a la libre determinación del pueblo palestino y su carácter "inalienable" no puede ocultar la naturaleza errónea del razonamiento seguido. Es evidente que "la ocupación no puede utilizarse de tal manera que se deje indefinidamente a la población ocupada en un estado de expectativa e incertidumbre, privándola de su derecho a la libre determinación" (párr. 257). Pero esto no respalda la conclusión a la que llega la opinión sobre la ilegalidad de la ocupación. No es la ocupación en sí lo que viola el derecho a la libre determinación; es la anexión y las prácticas relacionadas con ella. Por su propia naturaleza, toda ocupación militar obstaculiza el pleno ejercicio por parte de la población de los territorios ocupados de su derecho a la libre determinación. Esto por sí solo no puede hacer que la ocupación sea ilegal. Para pronunciarse sobre la legalidad de una ocupación prolongada, deben integrarse en el análisis las consideraciones de seguridad, esenciales a tal efecto pero casi totalmente ignoradas en la opinión. Volveremos a abordar esta cuestión más adelante.

27. En consecuencia, somos de la opinión de que "las políticas y prácticas de Israel" en el Territorio Palestino Ocupado no afectan al "estatuto jurídico de la ocupación", si esto engloba, como afirma la opinión (párr. 82), la legalidad de la presencia de Israel en este territorio como Potencia ocupante. Por lo tanto, a la pregunta *b)* planteada por la Asamblea General, la Corte debería haber respondido en consonancia con lo anterior. Tal respuesta, que consideramos la única jurídicamente correcta, habría evitado a la Corte pronunciarse sobre la legalidad de la ocupación en sí, cuestión sobre la que no se le pidió de manera directa que se pronunciara. En nuestra opinión, habría bastado con señalar que este asunto no se ve afectado por las "políticas y prácticas" en cuestión.

28. Añadiremos las siguientes observaciones al análisis precedente.

29. En primer lugar, la opinión declara ilegal la presencia continuada de Israel en todo el Territorio Palestino Ocupado, incluida la Franja de Gaza. Teniendo en cuenta que esta ilegalidad se deduce, equivocadamente en nuestra opinión, de las políticas de asentamiento y anexión, existe una incomprensible discrepancia entre la causa y las consecuencias. De hecho, la política encaminada a la anexión afecta claramente a los asentamientos de la zona C de la Ribera Occidental, y no a la Franja de Gaza. Esta última fue evacuada por el ejército de ocupación en 2005, y los asentamientos que se habían establecido allí fueron desmantelados. La opinión no hace referencia a ningún elemento que demuestre la existencia de una intención o política destinada a anexionarse la Franja de Gaza. En consecuencia, creemos que, además de que el razonamiento de la opinión está viciado en su propio principio, adolece de incoherencia interna. La única justificación proporcionada por la opinión en apoyo de la conclusión de que la ocupación ha pasado a ser ilegal en la totalidad del Territorio Palestino Ocupado, incluida Gaza, es que este territorio constituye una unidad territorial "cuya integridad debe respetarse" (párr. 262). Esa justificación no es en absoluto convincente. No existe conexión jurídica alguna entre la afirmación

(que es correcta *per se*) de que el pueblo palestino debería poder ejercer su derecho a la libre determinación en la totalidad del Territorio Palestino Ocupado y la extensión de la "ilegalidad" de la ocupación (que como tal, como se demuestra en esta opinión conjunta, carece de fundamento jurídico) a todas las partes de este territorio. En realidad, esta discrepancia no hace sino subrayar el defecto fundamental que empaña todo el razonamiento.

30. En segundo lugar, las consecuencias que la opinión extrae de la posición que adopta, en términos de responsabilidad internacional, no son las que habría extraído si hubiera adoptado un análisis jurídicamente correcto del hecho ilícito.

Cuando una Potencia ocupante se anexiona, *de facto/*implícitamente o *de iure*/explícitamente, el territorio ocupado, se produce una situación ilícita que debe cesar, dado su carácter continuo, en virtud del derecho de la responsabilidad internacional. Esto significa que la Potencia ocupante debe cesar la anexión y anular todos sus efectos. Sigue estando obligada a cumplir plenamente sus obligaciones en virtud del régimen jurídico de ocupación, que, en términos legales, no ha dejado de aplicarse.

En cambio, la opinión, al definir erróneamente el acto ilícito no como la anexión sino como la ocupación en sí, concluye que es la propia presencia de Israel en el Territorio Palestino Ocupado la que debe cesar "lo antes posible" (párr. 267). A partir de premisas erróneas, la opinión solo puede llegar a una conclusión falsa, que no podemos respaldar.

El hecho de que la opinión, probablemente para evitar una crítica jurídica demasiado contundente en cuanto a la conclusión de que la ocupación en sí pasó a ser ilegal, utilice una terminología referida a la ilegalidad de la "presencia continuada" de Israel en el Territorio Palestino Ocupado "como Potencia ocupante" no puede disipar el carácter erróneo de esa conclusión. La "ocupación" y la "presencia continuada" de un Estado "como Potencia ocupante" en un territorio que no está bajo su soberanía son nociones absolutamente idénticas.

31. En tercer lugar, dado el papel central que el concepto de anexión desempeña en el razonamiento de la opinión, es sorprendente y lamentable que la Corte no aclarara significativamente la terminología mediante una distinción entre los diferentes términos empleados. La opinión afirma en ocasiones que Israel procedió a la anexión de grandes partes de la Ribera Occidental y Jerusalén Oriental (párr. 173); a veces califica esta anexión de "gradual" (párr. 252); utiliza a veces la distinción entre anexión *de iure* y anexión *de facto*. En nuestra opinión, esta última distinción es fuente de confusión. Ambos tipos de anexión implican el control efectivo del territorio, pero difieren en la forma en que el Estado expresa su intención de mantener el territorio de forma permanente. La anexión *de iure* implica una declaración formal del Estado por la que reclama la soberanía permanente sobre un territorio que ocupa. La anexión *de facto*, por el contrario, no va acompañada de una declaración explícita de soberanía sobre el territorio anexionado, sino que la intención de ejercer una soberanía permanente se deduce más bien de la situación sobre el terreno. Esto significa que, esencialmente, una anexión *de facto* es una anexión implícita o informal frente a la anexión explícita y formal que es la anexión *de iure*. Pero ambas están destinadas a producir efectos jurídicos. En la presente opinión, la Corte podría haber aclarado la terminología, sobre todo porque, sin tal aclaración, otro término, el de anexión "gradual" o "sigilosa", no puede definirse correctamente. Lamentablemente, la opinión (párr. 160) no aclara completamente la distinción entre estos tipos de anexión, y se limita a afirmar que tanto las anexiones *de iure* como las *de facto* comparten el mismo objetivo de afirmar un control permanente sobre el territorio ocupado.

32 Por último, con carácter subsidiario, creemos que, aunque la Corte hubiera sido consultada por la Asamblea General sobre la cuestión de la legalidad de la ocupación, lo que no es el caso, y si, en consecuencia, hubiera tenido que abordar esta cuestión, le habría sido imposible llegar a una conclusión sobre su ilegalidad. La información de que dispone la Corte y el derecho que está obligada a aplicar no pueden respaldar tal conclusión, por varias razones.

33. La legalidad *ab initio* de una situación de ocupación militar depende principalmente de la cuestión de si la acción militar que dio lugar a la ocupación puede considerarse lícita o ilícita en términos de *ius ad bellum*. Pero la Corte no recibió información suficiente para pronunciarse, sobre una base objetiva, acerca de las responsabilidades respectivas de las distintas partes implicadas en el conflicto armado de 1967. Por lo tanto, no puede evaluar la legalidad del uso de la fuerza por parte de Israel, que está en el origen directo de la ocupación de que se trata en la presente causa. Evaluar la legalidad de este uso de la fuerza, en el contexto específico de los acontecimientos que precedieron al estallido del conflicto, implicaría pronunciarse sobre complejas cuestiones de hecho y de derecho. Esto solo podría hacerse sobre la base de una información completa, que la Corte no posee, y un debate contradictorio, que no ha tenido lugar.

Por tanto, es acertado que la opinión se abstenga de pronunciarse sobre la legalidad del uso de la fuerza por Israel en 1967. Por consiguiente, no es posible afirmar, en la presente opinión, que el estado de ocupación es ilegal *ab initio*, es decir, desde junio de 1967.

34. Obviamente, no es imposible que, aunque una ocupación sea inicialmente lícita, deje de serlo en un momento determinado.

35. Sin embargo, el mero paso del tiempo no basta para que una ocupación pase a ser ilegal, independientemente de su duración. Es evidente que una ocupación es, por naturaleza, una situación temporal que está destinada a terminar en un momento u otro. No obstante, el derecho internacional no establece ningún plazo a partir del cual una ocupación se convierta *ipso facto* en ilegal. Todo depende de las circunstancias. Sin duda, una duración de 57 años es excepcionalmente larga, con pocos paralelismos históricos. Pero eso no basta: esta duración debe estudiarse a la luz de la historia y la naturaleza excepcionalmente complejas del conflicto israelo-palestino y de los numerosos intentos sucesivos de resolución, cuyo fracaso no puede atribuirse a una sola parte.

36. De hecho, la cuestión pertinente es si la Potencia ocupante, Israel, podría hoy retirarse completamente de los territorios ocupados “lo antes posible”, en ausencia de cualquier garantía, sin exponer su seguridad a amenazas sustanciales. En el contexto actual, nos resulta bastante difícil responder afirmativamente a esta pregunta. La retirada total de Israel de los territorios ocupados y la aplicación del derecho a la libre determinación del pueblo palestino están intrínsecamente ligadas al derecho de Israel (y de Palestina) a la seguridad. El movimiento Hamás, que se ha hecho con el control y la consiguiente administración de la Franja de Gaza poco después de la retirada de las fuerzas de ocupación sobre el terreno, y que se posiciona como competidor de la Autoridad Palestina por el liderazgo político de los palestinos en el conjunto del Territorio Palestino Ocupado, niega la legitimidad misma de la existencia del Estado de Israel; por lo que se opone a la “solución biestatal”. Desde este punto de vista, el hecho de que “la existencia del derecho del pueblo palestino a la libre determinación no puede estar sujeta a condiciones por la Potencia ocupante, dado su carácter de derecho inalienable” (párr. 257) no puede limitar el derecho de Israel a la seguridad. Este derecho forma parte intrínseca del derecho fundamental del Estado “a existir en paz y seguridad” (véase *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, opinión consultiva,

I.C.J. Reports 2004 (I), pág. 183, párr. 118) o “a la supervivencia” (véase *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, opinión consultiva* , *I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 263, párr. 96), es decir, de la soberanía.

37. La opinión ignora todas las consideraciones anteriores. Se basa en la idea implícita de que Israel no tiene graves preocupaciones en materia de seguridad, o que tales preocupaciones, si existen, son irrelevantes. No coincidimos. Sin disminuir en absoluto la responsabilidad de Israel en el actual punto muerto, ni negar la ilegalidad de varios aspectos de su política en el Territorio Palestino Ocupado y de su negativa a respetar los derechos del pueblo palestino y de los palestinos, creemos que es justo reconocer también que este Estado se enfrenta a graves amenazas para su seguridad, y que la persistencia de estas amenazas podría justificar el mantenimiento de un cierto grado de control en los territorios ocupados, hasta que se proporcionen suficientes garantías de seguridad, de las que actualmente carece. Es difícil ver cómo podrían proporcionarse tales garantías al margen de la conclusión de un acuerdo global, al que israelíes y palestinos sí se han acercado en ocasiones a lo largo de su conflictiva historia.

38. Es lamentable que la opinión, en lugar de tener en cuenta los derechos e intereses legítimos de todas las partes implicadas, haya optado por presentar los hechos de forma incompleta y parcial, estableciendo un paralelismo implícito entre el conflicto israelo-palestino y las dos situaciones sobre las que se ha pedido anteriormente a la Corte que se pronuncie (*Namibia* y *Chagos*), de las que, sin embargo, difiere radicalmente.

39. Además, para llevarse a cabo plenamente, la evaluación de la legalidad de la ocupación también debería haber incluido la consideración de dos elementos esenciales: los Acuerdos de Oslo y las resoluciones pertinentes aprobadas por el Consejo de Seguridad desde 1967 hasta la actualidad, que tienen efectos significativos a este respecto.

Estos documentos, y sus consecuencias jurídicas, se examinarán en la siguiente sección de esta opinión.

IV. Repercusiones jurídicas de los Acuerdos de Oslo y de las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad

40. Creemos que la presente opinión debería haber tenido debidamente en cuenta la repercusión jurídica de los Acuerdos de Oslo [105] y de las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad. Los efectos jurídicos combinados de los Acuerdos de Oslo y de las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad son oportunos no solo para Israel y Palestina, sino también para los órganos de las Naciones Unidas que participan en el proceso de paz de Oriente Medio y para la comunidad internacional en su conjunto.

[105] Acuerdo de Oslo I (la Declaración de Principios sobre las Disposiciones relacionadas con un Gobierno Autónomo Provisional, firmada el 13 de septiembre de 1993 en Washington D. C, entre el Estado de Israel y la Organización de Liberación de Palestina (OLP) en presencia del Presidente de la OLP, el Primer Ministro israelí y el Presidente de los Estados Unidos, por el representante de la OLP, el Ministro de Relaciones Exteriores israelí, el Secretario de Estado de los Estados Unidos y el Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia) y los Acuerdos de Oslo II (Acuerdo Provisional Israelo-Palestino sobre la Ribera Occidental y la Franja de Gaza, firmado en Taba, península del Sinaí (Egipto), por Israel y la OLP el 24 de septiembre de 1995 y el 28 de septiembre de 1995 por el Primer Ministro israelí y el Presidente de la OLP, en presencia del Presidente de los Estados Unidos y de representantes de la Federación de Rusia, Egipto, Jordania, Noruega y la Unión Europea en Washington D. C).

41. De hecho, es sorprendente que la opinión ignorara estas importantes fuentes jurídicas, que se citaron y consideraron de forma muy selectiva en ella, y especialmente sus importantes efectos jurídicos para el análisis adecuado de la legalidad de la ocupación, para las responsabilidades y obligaciones tanto de Israel como de Palestina, así como para el futuro desarrollo eficaz de las negociaciones que deberían desembocar en la "solución biestatal" "que permita que dos Estados democráticos, Israel y Palestina, convivan en paz dentro de fronteras seguras y reconocidas, de conformidad con el derecho internacional y las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas" (resolución 2735 (2024) del Consejo de Seguridad, párr. 6)[106].

42. En realidad, una correcta interpretación combinada de los Acuerdos de Oslo y de las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad ilustra claramente sus efectos jurídicos, que siguen siendo válidos en la actualidad. Estos efectos jurídicos se refieren a la estrecha relación entre, por un lado, el paquete "derecho a la libre determinación y derecho a la seguridad" (estos dos derechos están intrínsecamente interconectados) y, por otro lado, 1) la cuestión de la legalidad de la ocupación, así como 2) la forma en que este paquete debe aplicarse dentro del marco de negociación acordado entre Israel y Palestina y respaldado por las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad. Naturalmente, estos efectos jurídicos repercuten en las obligaciones tanto de Israel como de Palestina relacionadas con la cuestión de la legalidad de la ocupación y con la aplicación de los parámetros establecidos en el marco de negociación.

43. Así pues, es lamentable que la opinión desestimara los Acuerdos de Oslo por considerarlos casi irrelevantes. Este planteamiento es erróneo por varias razones. En primer lugar, los Acuerdos de Oslo, cuya pertinencia fue subrayada por muchos participantes en el procedimiento, son los principales instrumentos de la relación israelo-palestina. No han dejado de estar en vigor. En segundo lugar, desde un punto de vista jurídico, los dos Acuerdos de Oslo, en particular Oslo II, siguen siendo aplicables a casi todos los aspectos de la vida cotidiana en Palestina, y están destinados a regir la relación multidimensional entre Israel y Palestina. A pesar de su finalidad temporal inicial, crearon una cierta sensación de estabilidad. Esta estabilidad basada en la existencia de un conjunto claro de normas puede explicar por qué ninguna de las partes ha denunciado los Acuerdos.

44. Pero, lo que es más importante, los Acuerdos de Oslo de 1993 y 1995 adoptaron formalmente, entre Israel y Palestina, el paquete "derecho a la libre determinación y derecho a la seguridad", basado en las resoluciones del Consejo de Seguridad 242 (1967) y 338 (1973), que repercutió de forma directa en las condiciones para poner fin a la ocupación del Territorio Palestino Ocupado, así como en el marco para las negociaciones que, en última instancia, conducirán a la "solución biestatal", que de nuevo significará el fin de la ocupación. En efecto, dado que la ocupación es temporal por naturaleza, la Potencia ocupante tiene la obligación de ponerle fin en cuanto deje de ser necesaria para garantizar su seguridad. La opinión no articuló este razonamiento.

45. Así, el Acuerdo de Oslo I es el primer instrumento internacional en el que Israel reconoce la existencia del pueblo palestino (Acuerdo de Oslo I, párrafo del preámbulo). También prevé el reconocimiento de los "legítimos derechos políticos mutuos" de ambas partes, que asumen "tratar de vivir en un régimen de coexistencia pacífica y de dignidad y seguridad mutuas, y de llegar a una solución de paz justa, duradera y global" (*ibid.*). También contempla que las dos partes lleven a cabo

[106] La "solución biestatal" se mencionó al menos 204 veces en las declaraciones escritas y orales de los participantes, fue mencionada expresamente por 47 de 59 participantes y una gran mayoría (34 participantes) ha expresado su apoyo a una "solución biestatal" negociada.

negociaciones durante un período de transición, “que desemboque en una solución permanente basada en las resoluciones del Consejo de Seguridad 242 (1967) y 338 (1973)”. El artículo I (“Objetivo de las negociaciones”) repite la referencia a las dos resoluciones del Consejo de Seguridad:

“Queda sobrentendido que las disposiciones provisionales formarán parte integrante del proceso de paz en su conjunto y que las negociaciones sobre el estatuto permanente tendrán como resultado la aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad 242 (1967) y 338 (1973)”. (Acuerdo de Oslo I, artículo I.)

La referencia a las dos resoluciones, especialmente a la resolución 242 (1967), es de especial relevancia, ya que menciona el “derecho a vivir en paz dentro de fronteras seguras y reconocidas y libres de amenaza o actos de fuerza”. El término (fronteras) “reconocidas” debe interpretarse como una referencia a la definición territorial del Estado palestino resultante de las negociaciones sobre el estatuto permanente, mientras que el término “seguras” debe interpretarse como una referencia al derecho a la seguridad de Israel y al derecho a la seguridad del Estado palestino.

46. En otras palabras, el acuerdo de paz permanente basado en la “solución biestatal” está directamente relacionado con el derecho a la seguridad: las fronteras, que definen el territorio de ambos Estados, incluido el palestino, están vinculadas con la garantía de la seguridad de los dos Estados, Israel y Palestina. El artículo V (“Período de transición y negociaciones sobre el estatuto permanente”) del Acuerdo de Oslo I también menciona las cuestiones importantes que deben abordarse en las negociaciones: Jerusalén, los refugiados palestinos, los asentamientos, cuestiones de seguridad, fronteras y otras cuestiones (véanse también las actas aprobadas del Acuerdo de Oslo I en el artículo IV 2), poniendo así de nuevo en relación los principales elementos del estatuto permanente: la libre determinación (cuya observancia depende del resultado de las negociaciones sobre, entre otras cosas, el territorio, las fronteras y los asentamientos) y la seguridad.

47. Oslo II también incluye los elementos antes mencionados, especialmente la referencia a la determinación de las partes de vivir en coexistencia pacífica y en dignidad y seguridad mutuas, reconociendo al mismo tiempo sus derechos legítimos y políticos mutuos, la referencia a la solución permanente basada en las resoluciones del Consejo de Seguridad 242 (1967) y 338 (1973), y el vínculo antes mencionado entre libre determinación y seguridad.

48. El derecho de Israel a la seguridad, pero también el de Palestina, que representan el segundo elemento del paquete mencionado, junto con el derecho a la libre determinación, como elementos principales de la “solución biestatal”, son de especial relevancia. Lamentablemente, el derecho a la seguridad fue ignorado casi por completo por la opinión actual.

49. Pero, en nuestra opinión, el paquete “derecho a la libre determinación y derecho a la seguridad” no se refiere exclusivamente al derecho a la seguridad de Israel. La resolución 242 (1967) del Consejo de Seguridad establece que, para lograr una paz justa y duradera en Oriente Medio, las partes correspondientes deben respetar y reconocer “la soberanía, integridad territorial e independencia política de todos los Estados de la zona y de su derecho a vivir en paz dentro de fronteras seguras y reconocidas y libres de amenaza o actos de fuerza”. Esta conexión entre el resultado del proceso de paz en Oriente Medio y el derecho a la seguridad de todos los Estados de la región —la formulación no se limita a los Estados existentes en el momento de la aprobación de la resolución, sino que se extiende también a los futuros, incluyendo así al Estado palestino— es esencial.

50. La obligación de aplicar la resolución 242 (1967) “en todas sus partes” se reafirma en la resolución 338 (1973) del Consejo de Seguridad y en muchas ocasiones posteriores. Por ejemplo, la resolución 1515 (2003) “[h]ace suya la hoja de ruta basada en la ejecución para una solución biestatal permanente del conflicto israelo-palestino propuesta por el Cuarteto” y “[e]xhorta a las partes a que cumplan las obligaciones que les incumben en virtud de la hoja de ruta [...] y a que hagan realidad la visión de dos Estados que vivan uno junto al otro en paz y seguridad”. Tiene un enfoque equilibrado, al “[r]eiterar su exigencia de una cesación inmediata de todos los actos de violencia, incluidos todos los actos de terrorismo, provocación, incitación y destrucción”, al “[r]eafirmar su visión de una región en que dos Estados, Israel y Palestina, vivan uno junto al otro dentro de fronteras seguras y reconocidas”, recordando así el paquete “derecho a la libre determinación y derecho a la seguridad (de ambas partes)”. A su vez, la resolución 2334 (2016), de 23 de diciembre de 2016, reafirma las resoluciones 242 (1967), 338 (1973) y otras, e

> “[i]nsta [...] “a que se intensifiquen y aceleren el apoyo y los esfuerzos diplomáticos regionales e internacionales con objeto de lograr sin demora una paz amplia, justa y duradera en Oriente Medio, sobre la base de las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas, los principios de referencia de la Conferencia de Madrid, incluido el principio de territorio por paz”,

principio este último que es otra forma de denominar el paquete “derecho a la libre determinación y derecho a la seguridad”. La resolución más reciente del Consejo de Seguridad, 2735 (2024), también reafirmaba

> “su inquebrantable compromiso con la aspiración a lograr la solución biestatal que permita que dos Estados democráticos, Israel y Palestina, convivan en paz dentro de fronteras seguras y reconocidas, de conformidad con el derecho internacional y las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas”,

reiterando así el paquete mencionado.

51. Es importante señalar que no solo las resoluciones aprobadas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas son vinculantes. Como ha explicado la Corte en la opinión consultiva sobre Namibia, se requiere un análisis cuidadoso del lenguaje de una resolución antes de que se pueda llegar a una conclusión sobre su efecto vinculante (*Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad* , opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 53, párr. 114. En relación con el proceso de paz en Oriente Medio, el Consejo de Seguridad, en el ejercicio de su responsabilidad primordial de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales de conformidad con el Artículo 24 de la Carta de la Naciones Unidas, aprobó numerosas resoluciones pertinentes, algunas de ellas citadas anteriormente. El análisis de dichas resoluciones demuestra, en nuestra opinión, que no son solo declarativas, sino obligatorias y jurídicamente vinculantes en lo que respecta a los principios que reafirmaron constantemente sobre esta cuestión. Lamentamos que la opinión haya optado por ignorar su pertinencia y valor.

52. Pero, por desgracia, la opinión también ignora las propias conclusiones anteriores de la Corte en la opinión sobre el *Muro*. El párrafo 118 de dicha opinión reconoce la interdependencia intrínseca entre el derecho a la libre determinación y el derecho a la seguridad: menciona en esencia que la existencia del pueblo palestino “ha [...] sido reconocida por Israel en el intercambio de correspondencia de 9 de septiembre de 1993 entre el Sr. Yasser Arafat, Presidente de la Organización de Liberación de Palestina (OLP), y el Sr. Yitzhak Rabin, Primer Ministro de Israel”, mientras que en la misma correspondencia “el Presidente de la OLP reconoció 'el derecho del Estado de Israel a existir en paz y seguridad’”, es decir, el derecho de

Israel a la seguridad. La opinión consultiva sobre el *Muro*, en su mismo párrafo 118, refiriéndose a las repetidas disposiciones de Oslo II relativas a los "derechos legítimos", "considera que esos derechos incluyen el derecho a la libre determinación". En otro párrafo de la misma opinión (párr. 162), la Corte también señala que "solo se puede poner fin a esta trágica situación mediante la aplicación de buena fe de todas las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, en particular las resoluciones 242 (1967) y 338 (1973)" y hace referencia a la "hoja de ruta" aprobada por la resolución 1515 (2003) del Consejo de Seguridad hacia la "solución biestatal". De este modo, la Corte también respaldó el marco de negociación definido por las resoluciones del Consejo de Seguridad antes mencionadas.

53. Pero la opinión actual no solo pasa por alto las referencias mencionadas en la opinión consultiva sobre el *Muro*, sino también la resolución 77/247 de la Asamblea General, de 30 de diciembre de 2022, que a su vez incluye la solicitud de la presente opinión y representa su base jurídica, y que se refiere en detalle al paquete y al marco de negociación citados anteriormente. Por tanto, dicha resolución recuerda "las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad y destac[a] la necesidad de que se apliquen", además de subrayar

> "la urgente necesidad de hacer esfuerzos para [...] restablecer un horizonte político para impulsar y acelerar negociaciones productivas encaminadas al logro de un acuerdo de paz que ponga fin a la ocupación israelí que comenzó en 1967 y dé como resultado la solución de todas las cuestiones fundamentales relativas al estatuto definitivo, sin excepción, culminando en una solución pacífica, justa, duradera y general de la cuestión de Palestina".

Asimismo, señala la

> "necesidad de que se cumplan plenamente los acuerdos concertados entre Israel y Palestina en el marco del proceso de paz de Oriente Medio, incluidos los acuerdos de Sharm el-Sheikh, y de que se aplique la hoja de ruta del Cuarteto para una solución permanente biestatal del conflicto israelo-palestino".

Por último, la resolución 77/247 también reitera la "exigencia de que se aplique íntegramente la resolución 1860 (2009) del Consejo de Seguridad", que, a su vez, pide

> "que las partes y la comunidad internacional redoblen sus esfuerzos urgentes por lograr una paz amplia basada en la visión de una región en que dos Estados democráticos, Israel y Palestina, vivan uno al lado del otro con fronteras seguras y reconocidas, conforme lo previsto en la resolución 1850 (2008)".

54. La opinión actual ignora también el hecho de que, a pesar de los períodos de violencia y de las denuncias de cada parte de que la otra no ha cumplido sus compromisos, ni las partes israelí y palestina, ni la Asamblea General, ni el Consejo de Seguridad han abandonado el precepto central de que la negociación directa sobre la base del principio de "paz por territorios" es el camino hacia una paz y una seguridad amplias, justas y duraderas.

55. Otro elemento pertinente se refiere a la repercusión jurídica del entendimiento alcanzado entre las partes en los Acuerdos de Oslo sobre la cuestión de los asentamientos en el Territorio Palestino Ocupado, asunto que una vez más ignora la actual opinión. Los "asentamientos" de Oslo II incluyen los "asentamientos de la zona C" (Oslo II, artículo XII 5). Las partes en los Acuerdos de Oslo acordaron además que "[n]inguna de las partes iniciar[ía] ni adoptar[ía] medida alguna que cambi[ara] el estatuto de la Ribera Occidental y la Franja de Gaza mientras est[uviera] pendiente el resultado de las negociaciones sobre el estatuto permanente" (Oslo II, art. XXXI 7). En nuestra opinión, esta obligación de Israel de no alterar el estatus de la Ribera Occidental implica que cualquier nuevo asentamiento creado en la zona C

y más allá de ella (si lo hubiera) después de 1995 (cuando se concluyó Oslo II) incumple también este Acuerdo.

56. Tras analizar a fondo la situación, tanto fáctica como jurídica, estamos convencidos de que los asentamientos posteriores a 1995, combinados con otras medidas, como la expulsión de la población palestina local o la aplicación de la legislación interna de Israel a los territorios ocupados, son indicativos de la intención de anexionarse el territorio que comprende estos asentamientos de la zona C, pero no la Ribera Occidental en su conjunto. Desgraciadamente, la opinión no hace esas distinciones necesarias.

57. Antes de concluir esta sección, señalamos que la opinión no tiene en cuenta ciertas disposiciones de los Acuerdos de Oslo que son pertinentes para un análisis completo relativo a la legalidad de la ocupación. Por ejemplo, la opinión no incluye ningún análisis del derecho de Israel a la seguridad, como confirman los Acuerdos. En el Acuerdo de Oslo I se acuerda que "Israel continuará encargado de la responsabilidad de hacer frente a las amenazas externas y de la seguridad general de los israelíes a los fines de salvaguardar su seguridad interna y el orden público" (Acuerdo de Oslo I, artículo VIII; véase también el anexo II de las actas aprobadas del mismo Acuerdo). En Oslo II, las partes acuerdan, entre otras cosas, tomar "las medidas necesarias para prevenir actos de terrorismo, delitos y hostilidades dirigidos contra la otra, contra las personas comprendidas bajo la autoridad de la otra y contra sus bienes, y tomarán medidas jurídicas contra los infractores" (Oslo II, artículo XV 1). También acuerdan que

> "actuarán para garantizar la gestión inmediata, eficiente y eficaz de cualquier incidente que implique una amenaza o un acto de terrorismo, violencia o incitación, ya sea cometido por palestinos o israelíes. Para ello, cooperarán en el intercambio de información y coordinarán políticas y actividades. Cada parte responderá de forma inmediata y eficaz cuando se produzca o se prevea que se va a producir un acto de terrorismo, violencia o incitación y tomará todas las medidas necesarias para impedir que se produzca" (Oslo II, anexo I, artículo II 2).

Al mismo tiempo, el artículo XIII 2 a) de Oslo II incluye una disposición que subraya la importancia del derecho de Israel a la seguridad: "Israel ejercerá la responsabilidad primordial de la seguridad con el fin de proteger a los israelíes y hacer frente a la amenaza del terrorismo".

58. Por supuesto, somos de la opinión de que las disposiciones de los Acuerdos de Oslo, libremente acordadas por las partes, no pueden interpretarse como derogatorias de las normas del derecho internacional humanitario o del derecho internacional de los derechos humanos. Dichas disposiciones tampoco pueden facultar a Israel para reclamar el respeto de algunos de sus derechos en ausencia de la observancia por parte de Israel de sus obligaciones establecidas en dichos Acuerdos.

59. Creemos que los elementos anteriores son especialmente pertinentes, ya que esta opinión no trata, como la opinión consultiva sobre el *Muro*, "solo un aspecto del conflicto israelo-palestino" (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 160, párr. 54), sino elementos mucho más generales, numerosos y de mayor alcance de lo que la Corte caracterizó en dicha opinión como un "todo más amplio" (*ibid*.). Un "todo más amplio" que hizo declarar a la Corte en la opinión consultiva sobre el *Muro* que "habrá de poner el mayor cuidado en tener presente esa circunstancia en cualquier opinión que pudiera emitir" (*ibid*.). Desgraciadamente, la opinión no lo hace.

V. Conclusión

60. Atendiendo al análisis anterior, tenemos que expresar nuestro profundo pesar por el hecho de que la presente opinión consultiva no haya tenido en cuenta las cuestiones jurídicas de acuciante interés antes expuestas ni haya profundizado en ellas.

Por lo tanto, sobre la cuestión de la legalidad de la ocupación, la Corte debería haber respondido en el sentido de que "las políticas y prácticas de Israel" en el Territorio Palestino Ocupado no afectan al "estatuto jurídico de la ocupación", como se ha explicado anteriormente. Tal respuesta, que consideramos la única jurídicamente correcta, habría evitado a la Corte pronunciarse sobre la legalidad de la ocupación en sí, cuestión sobre la que no se le pidió que se pronunciara. Puesto que la Corte se ha posicionado sobre este asunto, debería haberlo hecho correctamente teniendo en cuenta todos los parámetros pertinentes, cosa que no hizo.

A este respecto, si se hubiera realizado un análisis jurídico exhaustivo, la Corte se habría visto obligada a tener en consideración los Acuerdos de Oslo, los derechos de Israel y Palestina a la seguridad y las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, así como la interdependencia entre el derecho a la libre determinación y el derecho a la seguridad, con lo que la Corte habría podido contribuir plenamente al proceso de paz en Oriente Medio, de conformidad con sus funciones de interpretar y aplicar el derecho internacional al complejo conjunto de circunstancias incidentes en la materia. Lamentablemente, la opinión consultiva prefirió realizar un análisis más limitado y llegó a conclusiones que no tienen una base jurídica adecuada en el derecho internacional.

61. Así pues, la Corte podría haber elaborado una opinión más completa, equilibrada y matizada que habría sido más beneficiosa para las futuras negociaciones de paz israelo-palestinas, convirtiéndose así en un paso adelante y en un instrumento eficaz para que Israel y Palestina reanuden las negociaciones sobre la aplicación de la "solución biestatal" y para que ambos Estados consigan convivir en paz y seguridad. De este modo, la presente opinión consultiva podría haber servido de orientación al Consejo de Seguridad y a la Asamblea General, que son los responsables directos de apoyar los esfuerzos de Israel y Palestina para encontrar una solución pacífica y sostenible.

62. Por lo tanto, resulta lamentable que la Corte no debatiera y estableciera, junto con las conclusiones (que apoyamos) relacionadas con los incumplimientos del derecho internacional por parte de Israel (incluido el impedimento del ejercicio del derecho a la libre determinación del pueblo palestino) y con las responsabilidades y obligaciones dimanantes de ellos, las responsabilidades y obligaciones de Palestina derivadas de la interdependencia intrínseca entre el derecho a la libre determinación del pueblo palestino y los derechos a la seguridad de Israel y de Palestina, y del marco de negociación. Al igual que Israel debe respetar y facilitar el ejercicio del derecho a la libre determinación del pueblo palestino y el derecho a la seguridad del Estado palestino, Palestina debe respetar el derecho a la seguridad de Israel, ofrecer garantías para su observancia y cooperar con Israel a tal efecto. La interdependencia intrínseca de estos dos derechos (a la libre determinación y a la seguridad), tal y como se desprende de los Acuerdos de Oslo y de las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, crea la obligación legal de respetarlos simultáneamente.

63. Es igualmente lamentable que la opinión no afirmara que tanto Israel como Palestina tienen la obligación de reanudar sin demora las negociaciones directas sobre el estatuto permanente que conduzcan a la "solución biestatal", sobre la base del marco de negociación definido por los Acuerdos de Oslo y las resoluciones

pertinentes del Consejo de Seguridad. También es de lamentar que la opinión no llamara la atención del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General sobre la necesidad de redoblar los esfuerzos para lograr lo antes posible, sobre la base del derecho internacional, una solución negociada a los problemas pendientes y, por ende, la creación de un Estado palestino, con el fin de alcanzar el objetivo de que los dos Estados democráticos, Israel y Palestina, convivan en paz y seguridad, con unas fronteras seguras y reconocidas. Lamentamos que la opinión no anime a todos los Estados a apoyar a Israel, Palestina y las Naciones Unidas en sus esfuerzos por alcanzar los objetivos mencionados, que incluyen la plena observancia del derecho a la libre determinación del pueblo palestino.

64. Por lo tanto, expresamos nuestra preocupación por el hecho de que la opinión actual difícilmente servirá al objetivo de lograr la "solución biestatal", permitiendo así la coexistencia pacífica de los pueblos israelí y palestino.

(Firmado) Peter Tomka.

(Firmado) Ronny Abraham.

(Firmado) Bogdan-Lucian Aurescu.

[Original: inglés]

Opinión separada del Magistrado Yusuf

*El carácter excesivamente prolongado de la ocupación israelí es un motivo separado y adicional para la ilegalidad de la presencia de Israel en el Territorio Palestino Ocupado — El derecho de la ocupación se basa en la premisa de que la ocupación debe ser temporal — La ocupación prolongada es contraria a este principio básico del derecho de la ocupación (*ius in bello*) — La ocupación prolongada es más parecida a la ocupación colonial o a la conquista que a la ocupación de guerra. — Como tal, es ilegal en virtud del ius in bello — La ocupación prolongada de Israel también contraviene el* ius ad bellum *— La ocupación prolongada, en tanto que uso continuado de la fuerza, debe justificarse como ejercicio del derecho de legítima defensa — La ocupación prolongada por parte de Israel no es necesaria ni proporcionada y, por tanto, constituye un uso ilegal de la fuerza.*

I. Introducción

1. En esta opinión consultiva, la Corte concluye, en respuesta a la segunda pregunta planteada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante, la "Asamblea General"), que la presencia continuada de Israel, como Potencia ocupante, en el Territorio Palestino Ocupado es ilegal. La Corte llega a esta conclusión en vista de la vulneración por parte de Israel de dos normas y principios fundamentales del derecho internacional general y de la Carta de las Naciones Unidas en el contexto de una ocupación de guerra: la prohibición de la adquisición de territorio por la fuerza y el derecho de los pueblos a la libre determinación (opinión consultiva, párr. 261). Por las razones que se explican a continuación, considero que la Corte también debería haber llegado a esta conclusión en vista de la ilegalidad que supone una ocupación excesivamente prolongada en virtud el derecho internacional.

2. Las normas de derecho consuetudinario que rigen la ocupación de guerra tienen su origen en el derecho público europeo del siglo XIX (*ius publicum europaeum*). En aquella época, esas normas no se consideraban aplicables a la "ocupación colonial" de territorios no europeos. Esta exención de la colonización del *ius in bello* facilitó a las potencias europeas hacer realidad sus ambiciones coloniales y conquistar tierras extranjeras sin ninguna limitación jurídica. Sin embargo, la ocupación de guerra del territorio de quienes pertenecían al autodenominado círculo de "naciones civilizadas" tuvo que regularse y limitarse temporalmente en virtud del derecho de la guerra plasmado en el malogrado Proyecto de Bruselas (1874), el Manual de Oxford (1880) y el Reglamento de La Haya (1907). Dichos territorios no podían ser objeto de una "ocupación colonial" indefinida, sino que debían ser devueltos a su soberano poco después del cese de las hostilidades, la mayoría de las veces al cabo de un año.

3. El concepto de "ocupación colonial" no desapareció del derecho internacional hasta que se prohibió el colonialismo tras la aplicación gradual del principio de la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos consagrado en la Carta de las Naciones Unidas. Esto se hizo, entre otras, mediante las resoluciones de la Asamblea General que codifican el derecho internacional consuetudinario en materia de descolonización (por ejemplo, la resolución 1514 (XV)) o que desarrollan los principios fundamentales de la Carta de las Naciones Unidas (por ejemplo, la resolución 2625). Al mismo tiempo, el concepto de ocupación de guerra y su carácter temporal se precisaron más en el Cuarto Convenio de Ginebra

y pasaron a ser ampliamente aceptados como la única norma jurídica que rige la ocupación en el derecho internacional.

4. Por lo tanto, cualquier ocupación de guerra que sustituya la temporalidad legalmente autorizada de la ocupación de guerra por una ocupación indefinida adquiere las características de la ocupación colonial o de la conquista, ambas contrarias a la Carta de las Naciones Unidas y a los principios contemporáneos del derecho internacional. Las cuestiones más relevantes que deben tenerse en consideración en tal caso son, en primer lugar, hasta qué punto la ocupación prolongada se ha desviado de los principios y las normas del derecho de la ocupación de guerra (*ius in bello*), y, en segundo lugar, si esta ocupación prolongada es o no contraria a las normas relativas a la prohibición del uso de la fuerza (*ius ad bellum*). Una ocupación prolongada que infrinja ambos conjuntos de normas no puede ofrecer ninguna justificación en virtud del derecho internacional de la presencia continuada de la Potencia ocupante en el territorio ocupado.

II. La ocupación prolongada del Territorio Palestino Ocupado: negación de la aplicabilidad del derecho de la ocupación de guerra (*ius in bello*)

5. Como se señala en la opinión consultiva, la naturaleza y el alcance de los poderes y responsabilidades de la Potencia ocupante "parten siempre de la misma premisa, a saber, que la ocupación es una situación temporal para responder a una necesidad militar, y no puede transferir el título de soberanía a la Potencia ocupante" (párr. 105). A este respecto, en la opinión consultiva se identifican ciertas normas individuales del derecho de la ocupación como particularmente ilustrativas de la premisa de que la ocupación debe ser temporal:

> "En virtud del artículo 64 del Cuarto Convenio de Ginebra y de la norma consagrada en el artículo 43 del Reglamento de La Haya, por ejemplo, la Potencia ocupante está obligada a respetar, en principio, las leyes vigentes en el territorio ocupado. Del mismo modo, en virtud del quinto párrafo del artículo 50 del Cuarto Convenio de Ginebra, la Potencia ocupante no puede entorpecer la aplicación de una serie de medidas preferenciales adoptadas antes de la ocupación y, en virtud del primer párrafo del artículo 54, no puede modificar el estatuto de los funcionarios públicos o de los jueces del territorio ocupado. Además, la norma establecida en el artículo 55 del Reglamento de La Haya confiere a la Potencia ocupante únicamente la condición de administrador y usufructuario de los edificios públicos, inmuebles, bosques y explotaciones agrícolas del territorio ocupado" (*Ibid.*, párr. 106).

6. Las normas anteriores exigen que la Potencia ocupante preserve en la medida de lo posible el *statu quo ante* en el territorio ocupado y lo mantenga en cierto tipo de fideicomiso para la población ocupada hasta el momento en que se devuelva el control sobre el territorio al soberano legítimo. Citando la opinión consultiva, "[e]stas disposiciones ponen de relieve que la ocupación se concibe como una situación temporal, durante la cual se tolera el ejercicio por la Potencia ocupante de la autoridad sobre un territorio extranjero en beneficio de la población local" (párr. 106).

7. Así lo corrobora el Comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja al artículo 47 del IV Convenio de Ginebra, según el cual:

> "[L]a ocupación de un territorio en tiempo de guerra es, en esencia, una situación temporal *de facto* que no priva a la Potencia ocupada ni de su condición de Estado ni de su soberanía; simplemente interfiere en su facultad

> para ejercer sus derechos. Esto es lo que distingue la ocupación de la anexión, por la que la Potencia ocupante adquiere todo o parte del territorio ocupado y lo incorpora al suyo propio"[107].

8. De lo anterior se desprende que la ocupación siempre debe ser una situación temporal. Es cierto que las normas del derecho de la ocupación no imponen expresamente plazos precisos en los que la Potencia ocupante deba poner fin a su ocupación y retirarse del territorio ocupado. No obstante, si se permitiera que la ocupación continuara indefinidamente, transformándose así gradualmente en conquista o colonización, los principios jurídicos subyacentes al régimen que rige la ocupación de guerra, como la protección de los intereses del pueblo ocupado y la devolución de la soberanía, perderían su sentido.

9. En el caso del Territorio Palestino Ocupado, Israel mantiene una ocupación desde hace más de 57 años. El Consejo de Seguridad ya reafirmó en 1989 "la necesidad imperiosa de poner fin a la prolongada ocupación de los territorios árabes ocupados por Israel desde 1967, incluso Jerusalén" (resolución 476 (1980) del Consejo de Seguridad). Cabe destacar que, ya en 1980, el Consejo de Seguridad consideró que la ocupación era prolongada. Como preguntó el Sr. Riyad Mansour, de la delegación palestina, durante la vista oral, si la ocupación ya se consideraba prolongada en 1980, ¿cómo debería calificarse hoy, casi 45 años después? [108] En efecto, en 2024 esta situación ya no puede considerarse una mera ocupación prolongada, sino que debe calificarse como una ocupación excesivamente prolongada. Desde 1980, o incluso desde mucho antes, cuando se le pidió por primera vez que se retirara del territorio ocupado en 1967, en la resolución 242 (1967) del Consejo de Seguridad, Israel ha hecho caso omiso de diversas resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General en las que se exigía el fin de la ocupación.

10. La ocupación excesivamente prolongada de Israel ha sometido al pueblo palestino a un régimen de subyugación y dominación extranjeras indefinidas que es contrario a todas las normas y principios del derecho que rige la ocupación de guerra. Así lo reflejan en las realidades sobre el terreno, que también incluyen, entre otras cosas, el traslado por parte de Israel de su población civil al territorio ocupado, la confiscación de tierras, la explotación de recursos naturales, la extensión de su legislación nacional al territorio ocupado, y el desplazamiento forzado y la discriminación de la población palestina. También lo corroboran las reiteradas negativas de Israel a que el Cuarto Convenio de Ginebra sea aplicable al Territorio Palestino Ocupado y su consiguiente rechazo de las normas y principios del derecho sobre la ocupación de guerra.

11. En su opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado, la Corte se sintió obligada a aclarar la situación jurídica relativa a la aplicabilidad del Cuarto Convenio de Ginebra afirmando que

> "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

[107] Jean S. Pictet, Comité Internacional de la Cruz Roja, comentario, Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (958) p. 275.

[108] Véase CR 2024/4, pág. 113, párr. 28 (Mansour (Palestina)).

> sea necesario determinar cuál era exactamente el estatuto anterior de esos territorios" (*I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 177, párr. 101).

En la presente opinión consultiva, la Corte también ha confirmado que el Cuarto Convenio de Ginebra es aplicable en todo el Territorio Palestino Ocupado, incluida la Franja de Gaza (véase la opinión consultiva, párrs. 78 y 96).

12. La ocupación excesivamente prolongada por parte de Israel, que dura ya más de medio siglo, vulnera el principio básico de que la ocupación de guerra ha de ser temporal, que es una de las principales características que distinguen dicha ocupación de la ocupación colonial y la conquista. Además, la prolongación indefinida de la ocupación guarda una relación directa con la propia legalidad de la ocupación. Toda ocupación militar de un territorio extranjero que modifique las características de la ocupación de guerra según el derecho internacional humanitario y la desvincule de su marco normativo debe considerarse ilegal. Por consiguiente, la ocupación prolongada del Territorio Palestino Ocupado por parte de Israel debe considerarse ilegal en virtud de su carácter prolongado, que contraviene el derecho de la ocupación de guerra.

III. La ocupación prolongada del Territorio Palestino Ocupado: un desafío a las normas del derecho sobre el uso de la fuerza (*ius ad bellum*)

13. Como observa la Corte en la presente opinión consultiva, "una ocupación implica, por su propia naturaleza, un uso continuado de la fuerza en territorio extranjero. No obstante, este uso de la fuerza está sujeto a las normas del derecho internacional que rigen la legalidad del uso de la fuerza, o *ius ad bellum*" (párr. 253). Una ocupación prolongada no puede justificarse sobre la base de esas normas a menos que durante todo el período de ocupación se mantengan las condiciones para la legítima defensa legal. En otras palabras, la Potencia ocupante debe poder demostrar, en todo momento, que el mantenimiento de su ocupación prolongada se debe a una necesidad militar, que ha de ser proporcional a los objetivos militares legítimos. Sin embargo, no puede invocarse el argumento de la legítima defensa contra una amenaza potencial o futura que pueda emanar del territorio ocupado.

14. El mantenimiento por parte de Israel de su ocupación excesivamente prolongada del Territorio Palestino Ocupado es contrario a estas normas. No satisface los criterios de necesidad y proporcionalidad para la legítima defensa en virtud del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Además, el incumplimiento por parte de Israel de los principios básicos del derecho de la ocupación puede apuntar a un uso de la fuerza continuado e ilegítimo destinado a crear una situación perpetua de conflicto para justificar una ocupación prolongada. Sin embargo, para que la prohibición del uso de la fuerza establecida en la Carta de las Naciones Unidas tenga sentido, no se puede permitir que la excepción de la legítima defensa prolongue ilegalmente una ocupación de guerra.

15. El Consejo de Seguridad ya había determinado en su resolución 242 (1967) que había que poner fin a la situación de beligerancia, tras la guerra de junio de 1967 en la que los territorios palestinos fueron ocupados por Israel. Así, en el párrafo 1 de la citada resolución, el Consejo de Seguridad

> "[a]firma que el acatamiento de los principios de la Carta requiere que se establezca una paz justa y duradera en el Oriente Medio, la cual incluya la aplicación de los dos principios siguientes:

i) Retiro de las fuerzas armadas israelíes de los territorios que ocuparon durante el reciente conflicto;

ii) Terminación de todas las situaciones de beligerancia o alegaciones de su existencia, y respeto y reconocimiento de la soberanía, integridad territorial e independencia política de todos los Estados de la zona y de su derecho a vivir en paz dentro de fronteras seguras y reconocidas y libres de amenaza o actos de fuerza".

16. Aunque el derecho de la ocupación (*ius in bello*) no impone, como ya se ha señalado anteriormente, un plazo preciso para el cese de la ocupación de guerra, la cuestión de la legalidad del uso continuado de la fuerza, en forma de ocupación de guerra, viene determinada por el derecho del uso de la fuerza (*ius ad bellum*). En virtud de este derecho debe determinarse si siguen existiendo las condiciones para la legítima defensa. De hecho, la duración de una ocupación de guerra está sujeta a una prueba *ad bellum* según la cual, si el uso continuado de la fuerza ya no puede justificarse por motivos de legítima defensa contra una amenaza inminente o el uso de la fuerza, hay que ponerle fin.

17. A la luz de lo anterior, el uso prolongado e indefinido de la fuerza contra una población ocupada es contrario al derecho sobre el uso de la fuerza. No puede justificarse durante más de medio siglo por necesidad militar. Va más allá de las necesidades defensivas específicas que podrían haberla justificado originalmente, si es que alguna vez existieron, y lo convierte en la subyugación y dominación extranjeras de un pueblo que es contraria a los principios y propósitos de la Carta de las Naciones Unidas. Así pues, la ocupación prolongada por parte de Israel también debe considerarse ilegal en vista de su continua vulneración del derecho sobre el uso de la fuerza (*ius ad bellum*).

(Firmado) Abdulqawi Ahmed Yusuf.

[Original: inglés]

Declaración de la Magistrada Xue

1. Voté a favor de todos los párrafos de la parte dispositiva de la opinión. En términos generales, estoy de acuerdo con el razonamiento y las conclusiones de la Corte. En la presente declaración, quiero aclarar algunos aspectos con respecto a la aplicación del principio de la libre determinación en el presente caso.

2. La Corte analizó detenidamente y afirmó el derecho del pueblo palestino a la libre determinación en la opinión consultiva sobre el muro (“Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado”, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, págs. 182 y 183, párr. 118). En el presente caso, la Corte ha determinado además el alcance de este derecho y los efectos de las políticas y prácticas de Israel sobre el ejercicio de este derecho por parte del pueblo palestino. Afirma que “en casos de ocupación extranjera como el presente, el derecho a la libre determinación constituye una norma imperativa de derecho internacional” (véase el párr. 233). Comparto esta opinión, pero con un matiz.

3. El derecho internacional contemporáneo especifica que el principio de la libre determinación se aplica a todos los pueblos sometidos al colonialismo, la subyugación y la dominación extranjeras y la explotación (Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, aprobada el 14 de diciembre de 1960; Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, aprobada el 24 de octubre de 1970). Este principio ha adquirido un carácter imperativo en el derecho internacional con respecto a los pueblos que se encuentran en esos contextos. La ocupación extranjera, por definición, es un tipo de dominación extranjera. En virtud del principio de prohibición de adquisición de territorio por la fuerza, debe tener carácter temporal y cesar lo antes posible.

4. Dadas las abundantes pruebas existentes, como se demuestra en la opinión, la ocupación prolongada del territorio palestino por parte de Israel, junto con sus políticas y prácticas en dicho territorio, ha impedido gravemente al pueblo palestino ejercer su derecho a la libre determinación. La situación sobre el terreno en el Territorio Palestino Ocupado en el último medio siglo, según consta en los voluminosos documentos de las Naciones Unidas, ha ido de mal en peor. Refiriéndose al trato discriminatorio de Israel al pueblo palestino, el arzobispo sudafricano Desmond Tutu señaló en una ocasión:

> “En todas mis visitas a Tierra Santa me he sentido profundamente angustiado por el hecho de que gran parte de lo que allí ocurría me recordaba mucho a lo que nos sucedía a las personas negras en la Sudáfrica del *apartheid*. He sido testigo de la humillación que sufren los palestinos en los controles de carretera y recuerdo lo que solía ocurrirnos en nuestra madre patria” (transcripción del discurso inaugural del arzobispo Desmond Tutu en la Iglesia Old South, Boston (Massachusetts, EE. UU.), 13 de abril de 2002; véase también un editorial del arzobispo Desmond Tutu en *The Guardian*, de 29 de abril de 2002, titulado “Apartheid in the Holy Land”).

En este sentido, los efectos de la ocupación israelí no difieren mucho de los de la dominación colonial, que el derecho internacional ha condenado con firmeza (véase “Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad”, opinión consultiva, *I.C.J. Reports*

1971, pág. 16; “Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965”, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2019 (I)*, pág. 95).

5. Considero que el carácter imperativo del derecho a la libre determinación del pueblo palestino se apoya en esta sólida base del derecho internacional, más que en las circunstancias especiales de la ocupación por parte de Israel. El pronunciamiento de la Corte sería más convincente si la opinión profundizase en esa idea.

6. Mi segunda observación se refiere a la conclusión de la Corte de que la presencia continuada de Israel en el Territorio Palestino Ocupado es ilegal. En esencia, estoy convencida de que existen suficientes fundamentos de hecho y de derecho para respaldar esa conclusión y, de hecho, esas razones se exponen y analizan escrupulosamente en la opinión. En cuanto a la conclusión, sin embargo, cabe preguntarse si la Asamblea General y el Consejo de Seguridad han considerado efectivamente en sus resoluciones que los efectos de las políticas y prácticas de Israel han hecho ilegal la presencia continuada de Israel en el Territorio Palestino Ocupado; la legalidad de la ocupación se rige supuestamente por el principio de no uso de la fuerza y el derecho de la ocupación.

7. No cabe duda de que las resoluciones aprobadas por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad han condenado categóricamente y se han opuesto a las políticas y medidas de Israel encaminadas a modificar el estatuto jurídico, la naturaleza geográfica y la composición demográfica del Territorio Palestino Ocupado, y han declarado que dichas políticas y medidas son inválidas y no pueden modificar el estatuto del Territorio Palestino Ocupado. En sentido estricto, esas resoluciones no abordaban directamente la legalidad de la presencia continuada de Israel en el Territorio Palestino Ocupado *per se*, sino la legalidad de las políticas y medidas adoptadas por Israel. Podría decirse que la legalidad de la presencia continuada de Israel y la legalidad de las políticas y prácticas israelíes son dos cosas diferentes, como afirma la Corte, que se rigen por normas distintas (*ius ad bellum* e *ius in bello*). No obstante, las preguntas que se plantean a la Corte para que emita una opinión consultiva pretenden abordar el vínculo entre ambas cuestiones. En opinión de la Corte, una vez confirmada la ilegalidad de las políticas y prácticas de Israel, la pregunta a la que debe responder la Corte después debe ser lógicamente la legalidad de la presencia continuada de Israel en el Territorio Palestino Ocupado. Es decir, cuando determinados actos se consideran internacionalmente ilícitos, en principio, no debe permitirse que sigan existiendo, lo que, en consecuencia, puede influir en la legalidad de la presencia continuada de Israel en el territorio ocupado.

8. Cuando la Asamblea General solicita a la Corte que se pronuncie sobre las consecuencias jurídicas del incumplimiento por parte de Israel de su obligación de respetar el derecho del pueblo palestino a la libre determinación y que responda si las políticas y prácticas de Israel han afectado al estatuto jurídico de la ocupación, el asunto ante la Corte pasa a ser uno sobre el que ella misma debe pronunciarse. Las resoluciones aprobadas por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad no solo aportan pruebas creíbles de la conducta ilícita de Israel, sino que también contienen opiniones y posturas de los Estados miembros sobre dicha conducta. Creo que es en ese contexto en el que la Corte se remite a las resoluciones para llegar a sus propias conclusiones sobre las cuestiones que se le plantean.

9. Algunos participantes sostienen que Israel tiene derecho a mantener su presencia en el Territorio Palestino Ocupado, en particular por sus necesidades de seguridad. Estoy de acuerdo con la Corte en que las políticas y prácticas de Israel, tal y como se han presentado, no están justificadas por sus preocupaciones en materia de seguridad. La Corte consideró que, aparte de la anexión de grandes partes del territorio ocupado en la Ribera Occidental y Jerusalén Oriental, los cambios

provocados por las políticas y prácticas de Israel “manifiestan la intención de crear una presencia israelí permanente e irreversible en el Territorio Palestino Ocupado” (véase el párr. 252). La seguridad de Israel no puede garantizarse con sus políticas y medidas unilaterales y destructivas contra el pueblo palestino.

10. El derecho del pueblo palestino a la libre determinación se reconoció desde el principio en el plan de partición establecido en la resolución 181 (II) de la Asamblea General y se reafirmó en resoluciones posteriores. Como señala la Corte en la opinión consultiva, la realización en última instancia del derecho del pueblo palestino a la libre determinación reside en la solución definitiva del conflicto entre el Estado de Palestina y el Estado de Israel. Antes de alcanzar ese objetivo, en cualquier caso, Israel debe cesar de inmediato los hechos internacionalmente ilícitos y cumplir con sus obligaciones internacionales en el Territorio Palestino Ocupado.

(Firmado) Xue Hanqin.

[Original: inglés]

Opinión separada del Magistrado Iwasawa

La opinión consultiva no analiza la conducta de Israel en la Franja de Gaza en respuesta al ataque perpetrado contra él por Hamás y otros grupos armados el 7 de octubre de 2023 ── La Corte adopta el "enfoque funcional" respecto a la aplicación del derecho de la ocupación a Gaza después de 2005.

La Corte debería haber prestado más atención al aspecto discriminatorio del ordenamiento jurídico dual implantado por Israel en la Ribera Occidental ── La Corte concluye que la "separación" impuesta por Israel en la Ribera Occidental entre la población palestina y los colonos constituye una violación del artículo 3 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, sin calificarla de apartheid*.*

La Corte concluye que la presencia continuada de Israel en el Territorio Palestino Ocupado es ilegal porque sus políticas y prácticas son contrarias a la prohibición de adquisición de territorio por la fuerza y obstruyen el derecho a la libre determinación ── La ilegalidad de la presencia continuada de Israel se refiere a la totalidad del Territorio Palestino Ocupado, incluida Gaza ── Israel tiene la obligación de poner fin a su presencia continuada en el Territorio Palestino Ocupado "lo antes posible" ── Israel no tiene la obligación de retirar todas sus fuerzas armadas del Territorio Palestino Ocupado de forma inmediata e incondicional.

1. Para responder a las preguntas planteadas por la Asamblea General, la Corte examina en primer lugar su alcance y significado (opinión consultiva, párrs. 72 a 83). En cuanto a su alcance temporal, la Corte observa que

> "la solicitud de opinión consultiva fue aprobada por la Asamblea General el 30 de diciembre de 2022 y en ella se pedía a la Corte que abordara las políticas y prácticas 'constantes' de Israel o en las que ese país 'persiste'. [...] [L]as políticas y prácticas contempladas en la solicitud de la Asamblea General no incluyen la conducta de Israel en la Franja de Gaza en respuesta al ataque llevado a cabo contra él por Hamás y otros grupos armados el 7 de octubre de 2023" (párr. 81).

Se trata de una importante limitación temporal de la opinión.

2. Con respecto a su alcance territorial, las preguntas planteadas por la Asamblea General se refieren a las políticas y prácticas de Israel en "el territorio palestino ocupado desde 1967". Resulta razonable considerar que esta frase se refiere al "Territorio Palestino Ocupado", tal como utilizan este término los órganos de las Naciones Unidas desde 1967 y la Corte en la opinión consultiva sobre el muro. No cabe duda de que "el territorio palestino ocupado desde 1967" o "el Territorio Palestino Ocupado" no solo incluye la Ribera Occidental y Jerusalén Oriental, sino también la Franja de Gaza. El Consejo de Seguridad ha confirmado que "la Franja de Gaza constituye una parte integral del territorio ocupado en 1967" (resolución 1860 (2009), preámbulo). En la presente opinión, la Corte afirma que "'el territorio palestino ocupado desde 1967' [...] abarca la Ribera Occidental, Jerusalén Oriental y la Franja de Gaza" (opinión consultiva, párr. 78).

3. Sin embargo, la situación en Gaza es diferente. En 2004, Israel decidió retirarse de Gaza con la intención de dejar de ocupar el territorio [109], aunque

[109] Una vez concluido este proceso, ya no habrá una presencia permanente de las fuerzas de seguridad israelíes ni de civiles israelíes en las zonas del territorio de la Franja de Gaza que han

continuaría vigilando y controlando el perímetro terrestre exterior de la Franja de Gaza, conservando la autoridad exclusiva en el espacio aéreo gazatí, y llevando a cabo actividades de seguridad en el mar frente a la costa de la Franja de Gaza [110]. Si bien Israel retiró a su ejército de tierra y evacuó sus asentamientos en Gaza en 2005, siguió ejerciendo ciertos elementos esenciales de autoridad sobre Gaza (opinión consultiva, párrs. 89 y 93). En estas circunstancias, hay división de opiniones sobre si, después de 2005, Gaza siguió estando "ocupada" en el sentido del derecho de la ocupación y si este continuó aplicándose a Gaza.

4. El artículo 42 del Reglamento de La Haya define la ocupación de la siguiente manera: "Se considera como ocupado un territorio cuando está de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo, así como que la ocupación solamente se extiende a los territorios donde esa autoridad esté establecida y en condiciones de ejercerse". Con arreglo a esta disposición, y al artículo 6 del Cuarto Convenio de Ginebra, se ha aceptado generalmente el control efectivo como prueba para determinar la existencia de una ocupación.

5. Hay quien opina que Gaza siguió ocupada y que el derecho de la ocupación continuó siéndole aplicable después de 2005. La Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el Conflicto de Gaza[111], la Relatora Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967 [112], la Unión Europea[113] y varias ONG comparten esta opinión. La Asamblea General ha afirmado en repetidas ocasiones que el Cuarto Convenio de Ginebra es aplicable al "Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y a los demás territorios árabes ocupados por Israel desde 1967", lo que incluye Gaza (por ejemplo, resolución 73/97 (2018), párr. 1).

6. Una visión alternativa es que, a partir de 2005, Gaza ya no estaba ocupada en el sentido del derecho de la ocupación. Esta visión se basa, entre otras cosas, en la decisión de la Corte en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*. En esa causa, la Corte explicó que los criterios para determinar la existencia de una ocupación eran los siguientes:

> "con arreglo al derecho internacional consuetudinario, [...] se considera como ocupado un territorio cuando se encuentra colocado de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo, y la ocupación se extiende a los territorios donde esa autoridad esté establecida y en condiciones de ejercerse. [...]
>
> Para determinar si un Estado [...] es una 'Potencia ocupante' en el sentido del término tal y como se entiende en el *ius in bello*, la Corte debe examinar si existen pruebas suficientes que demuestren que el Estado en cuestión había instaurado efectivamente dicha autoridad y la ejercía en las zonas en cuestión". (fallo, *I.C.J. Reports 2005*, págs. 229 y 230, párrs. 172 y 173.)

sido evacuadas. Como resultado, no habrá motivos para afirmar que la Franja de Gaza es territorio ocupado. Ministerio de Asuntos Exteriores de Israel, "The Disengagement Plan General Outline", 18 de abril de 2004, secc. 2, i.

[110] *Ibid.*, secc. 3, i.

[111] "Situación de los derechos humanos en Palestina y otros territorios árabes ocupados", informe de la Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el Conflicto en Gaza, A/HRC/12/48 (2009), párr. 276.

[112] "Situación de los derechos humanos en Palestina y otros territorios árabes ocupados", informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967, A/HRC/7/17 (2008), párrs. 9 a 11.

[113] Coordinación Europea de Comités y Asociaciones en favor de Palestina, "EU Heads of Missions' Report on Gaza", 2013.

Aplicando estos criterios, la Corte concluyó que Uganda había instaurado y ejercido su autoridad en Ituri (República Democrática del Congo) como Potencia ocupante, pero no en otras zonas (*ibid.*, págs. 230 y 231, párrs. 176 y 177).

7. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha propuesto otro enfoque en relación con la aplicación del derecho de la ocupación. Según el CICR:

> "Israel ejerce elementos importantes de autoridad sobre la [F]ranja [de Gaza], incluidas sus fronteras (espacio aéreo, tierra y mar, salvo la frontera con Egipto). Si bien Israel ya no mantiene una presencia permanente dentro de la Franja de Gaza, *sigue teniendo algunas obligaciones establecidas por el derecho de la ocupación que se corresponden con el grado de control que ejerce sobre ella*"[114].

Este enfoque, conocido como "enfoque funcional", no se ocupa del estatuto del territorio como tal, sino que se centra más bien en determinar si un Estado sigue debiendo cumplir determinadas obligaciones en virtud del derecho de la ocupación. Este planteamiento también se sustenta en la decisión de la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía[115].

8. En la presente opinión, la Corte suscribe este planteamiento al declarar lo siguiente:

> "Cuando una Potencia ocupante que ha establecido previamente su autoridad en el territorio ocupado retira parcial o totalmente su presencia física, puede seguir teniendo obligaciones en virtud del derecho de la ocupación en la medida en que mantenga la facultad de ejercer, y siga ejerciendo, elementos de su autoridad en lugar del gobierno local" (opinión consultiva, párr. 92).

Aplicando este enfoque a Gaza, la Corte concluye lo siguiente:

> "Israel mantuvo la facultad de ejercer, y siguió ejerciendo, ciertos elementos esenciales de autoridad sobre la Franja de Gaza [...], a pesar de la retirada de su presencia militar en 2005. [...]
>
> Habida cuenta de lo que antecede, la Corte considera que la retirada de Israel de la Franja de Gaza no lo ha liberado totalmente de las obligaciones que le incumben en virtud del derecho de la ocupación. Las obligaciones de Israel han seguido siendo proporcionales a su grado de control efectivo sobre la Franja de Gaza" (párrs. 93 y 94).

Así pues, aunque la Corte deja claro que Israel sigue teniendo que cumplir determinadas obligaciones en virtud del derecho de la ocupación, no se pronuncia sobre si Gaza continuó estando "ocupada" en el sentido del derecho de la ocupación después de 2005.

---

[114] "El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos: informe", documento elaborado por el CICR, Ginebra, octubre de 2015, 32ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra (Suiza), 8 a 10 de diciembre de 2014, pág. 12 (sin cursiva en el original). Véase también CICR, "Artículo 2", en *Comentario del Primer Convenio de Ginebra*, 2016, págs. 99 y 100, párrs. 307 a 313; Tristan Ferraro (asesor jurídico, CICR), "Determining the beginning and end of an occupation under international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, vol. 94, núm. 885, primavera de 2012, pág. 157.

[115] Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, laudo parcial, *Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims, Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14.* 21, 25, 26, decisión de 19 de diciembre de 2005, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVI, parte VIII, págs. 307 y 308, párr. 27.

La situación en Gaza ha cambiado radicalmente desde el 7 de octubre de 2023. No obstante, los acontecimientos que tuvieron lugar después de esa fecha quedan fuera del ámbito temporal de la investigación de la Corte (párr. 1 *supra*).

*

9. Aunque estoy de acuerdo en su mayor parte con el análisis de la Corte sobre la adopción por parte de Israel de "legislación y medidas discriminatorias", en mi opinión, se debería haber prestado más atención al aspecto discriminatorio del ordenamiento jurídico dual introducido por Israel en la Ribera Occidental. La Corte habla sobre el ordenamiento jurídico dual en la sección sobre la "política de asentamientos" de Israel, y concluye que Israel ha ejercido su autoridad reguladora como Potencia ocupante de manera incompatible con la norma reflejada en el artículo 43 del Reglamento de La Haya y el artículo 64 del Cuarto Convenio de Ginebra (opinión consultiva, párrafos 134 a 141). No presta plena atención al aspecto discriminatorio del ordenamiento dual. En la sección sobre la "legislación y las medidas discriminatorias" de Israel, la Corte solo trata esta cuestión de manera superficial, limitándose a afirmar en el contexto del artículo 3 de la Convención contra la Discriminación Racial que los colonos y los palestinos están sujetos a sistemas jurídicos distintos (párr. 228).

10. La aplicación extraterritorial de la legislación nacional israelí a la Ribera Occidental ha dado lugar a dos ordenamientos jurídicos diferentes. Mientras que los colonos están sujetos al derecho penal israelí, los palestinos que viven en la Ribera Occidental se rigen por el derecho militar [116] y son procesados en tribunales militares[117]. El trato diferenciado entre palestinos y colonos también se refleja en la ley nacional del seguro de salud, la legislación tributaria, el derecho electoral, así como en la aplicación de las leyes de tráfico. También existe una separación institucional y legislativa en el régimen de planificación y construcción [118] . El ordenamiento jurídico dual está respaldado por la Ley Básica de 2018, que estipula que el Estado considera el desarrollo del asentamiento judío como un valor nacional y actuará para fomentar y promover su establecimiento y consolidación (párr. 7).

11. El ordenamiento jurídico dual introducido por Israel en la Ribera Occidental trata de forma diferente a palestinos y colonos por motivos de raza, religión u origen étnico, entre otros, y equivale a discriminación. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha afirmado que "[l]a aplicación extraterritorial derecho interno israelí a los colonos crea dos sistemas jurídicos diferentes en el mismo territorio, aplicables en función únicamente de la nacionalidad o del origen. Esta aplicación diferenciada resulta discriminatoria"[119]. En la misma línea, la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre el Territorio

[116] "Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, e Israel", documento A/77/328 (2022) de las Naciones Unidas, párr. 46.

[117] "Asentamientos israelíes en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y en el Golán sirio ocupado. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos", documento A/HRC/52/76 (2020) de las Naciones Unidas, párr. 29.

[118] "Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, e Israel", documento A/77/328 (2022) de las Naciones Unidas, párr. 46.

[119] Por ejemplo, "Asentamientos israelíes en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y en el Golán sirio ocupado. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos", documento A/HRC/52/76 (2020) de las Naciones Unidas, párr. 9.

Palestino Ocupado concluyó que "[e]ste ordenamiento jurídico dual brinda un mayor disfrute de los derechos humanos a los israelíes que a los palestinos y, por tanto, es discriminatorio"[120].

*

12. Aplicar el concepto de *apartheid* a las políticas y prácticas israelíes en el Territorio Palestino Ocupado no es tarea fácil, sobre todo porque no existe una definición universalmente aceptada de "*apartheid*". El *apartheid* es tanto una violación del derecho internacional de los derechos humanos como un crimen internacional y, por tanto, puede entrañar la responsabilidad del Estado y responsabilidad penal individual. Con respecto al *apartheid* como violación del derecho internacional de los derechos humanos, el artículo 3 de la Convención contra la Discriminación Racial dispone que los "Estados partes condenan especialmente la segregación racial y el *apartheid* y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esta naturaleza". Sin embargo, la Convención no define el término "*apartheid*". Por otra parte, el *apartheid* como crimen internacional está regulado por el Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional y el Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra. Al igual que el genocidio, el crimen internacional de *apartheid* requiere la presencia de *dolus specialis* hacia un grupo concreto. La Convención sobre el *Apartheid* de 1973 tiene un doble carácter. Aunque declara que el *apartheid* es un crimen internacional, también contiene ciertas obligaciones interestatales para su supresión. Existen diferencias significativas en la definición de *apartheid* del artículo 7 2) *h)*, del Estatuto de Roma y el artículo 2 de la Convención sobre el *Apartheid*. Por ejemplo, según el Estatuto de Roma, debe existir un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre otro para que exista el crimen de *apartheid*.

13. Las preguntas de la Asamblea General se refieren a la "legislación y las medidas discriminatorias" de Israel en virtud del derecho internacional de los derechos humanos y no al *apartheid* como crimen internacional. La Corte explica que el artículo 3 de la Convención contra la Discriminación Racial hace referencia a "dos formas especialmente graves de discriminación racial: la segregación racial y el *apartheid*" (opinión consultiva, párr. 225) y concluye que "la legislación y las medidas de Israel constituyen una violación del artículo 3 de la Convención contra la Discriminación Racial" (párr. 229). En su razonamiento, la Corte hace hincapié en la "separación" impuesta por Israel en la Ribera Occidental entre la población palestina y los colonos (párrs. 226 a 229), sin calificarla de *apartheid*.

*

14. La primera parte de la pregunta b), que solicita a la Corte que determine cómo afectan las políticas y prácticas de Israel al estatuto jurídico de la ocupación, pretende que la Corte evalúe el efecto de las políticas y prácticas de Israel sobre la legalidad de su presencia continuada en el Territorio Palestino Ocupado. La Corte analiza esta cuestión atendiendo a dos normas fundamentales del derecho internacional, a saber, la prohibición de la adquisición de territorio por la fuerza y el derecho a la libre determinación. Estas normas están recogidas en la Carta de las Naciones Unidas y en el derecho internacional consuetudinario. Por otra parte, el derecho de la ocupación no regula la legalidad de la presencia militar de un Estado en un territorio extranjero, sino que establece los derechos y deberes de la Potencia

[120] "Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, e Israel", documento A/77/328 (2022) de las Naciones Unidas, párr. 47.

ocupante, que siguen aplicándose aunque su presencia en el territorio sea ilegal (véase la opinión consultiva, párr. 251).

15. La prohibición de adquirir territorio por la fuerza se considera un principio del derecho internacional consuetudinario. La Declaración sobre las Relaciones de Amistad aprobada por la Asamblea General en 1970 establece que "[n]o se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza" (resolución 2625 (XXV), anexo, primer principio). El Consejo de Seguridad también ha subrayado en repetidas ocasiones "la inadmisibilidad de la adquisición de territorio por [la fuerza]" (por ejemplo, en la resolución 242 (1967)) (véase la opinión consultiva, párrs. 175 y 176). La prohibición de la adquisición de territorio por la fuerza prohíbe toda adquisición de territorio por la fuerza, independientemente de si esa fuerza es ilícita o está permitida por el derecho internacional. Las políticas y prácticas de Israel equivalen a la anexión de grandes partes del Territorio Palestino Ocupado y, por tanto, incumplen la prohibición de la adquisición de territorio por la fuerza (párr. 179).

16. La determinación de si se ha incumplido la obligación de respetar el derecho a la libre determinación es compleja en situaciones de ocupación. Por su propia naturaleza, la ocupación en todas sus formas afecta al ejercicio del derecho a la libre determinación de las personas que viven en el territorio ocupado. Por lo tanto, la ocupación en sí misma no puede constituir un incumplimiento de la obligación de respetar el derecho a la libre determinación. En la presente opinión, la Corte analiza si las políticas y prácticas de Israel impiden el derecho del pueblo palestino a la libre determinación a la luz de los cuatro elementos que componen este derecho (opinión consultiva, párrs. 236 a 242) y concluye que las políticas y prácticas de Israel incumplen la obligación de Israel de respetar el derecho del pueblo palestino a la libre determinación (párr. 243).

17. Basándose en la conclusión de que las políticas y prácticas de Israel incumplen la prohibición de la adquisición de territorio por la fuerza e impiden el derecho a la libre determinación, la Corte concluye que la presencia continuada de Israel en el Territorio Palestino Ocupado es ilegal (opinión consultiva, párrs. 261 y 262, y punto 3 de la parte dispositiva). En algunas partes de su argumentación, la Corte afirma curiosamente que son los efectos de las políticas y prácticas de Israel los que constituyen una violación del derecho internacional (párrs. 256 y 257). La Corte debería haber evitado tal afirmación y haber declarado sin rodeos que las políticas y prácticas de Israel son contrarias a las dos normas fundamentales del derecho internacional antes mencionadas y que, en consecuencia, la presencia continuada de Israel en el Territorio Palestino Ocupado es ilegal. En cualquier caso, la conclusión de que la presencia continuada de Israel en el Territorio Palestino Ocupado es ilegal no se basa en la constatación de que Israel haya incumplido sus obligaciones en virtud del derecho de la ocupación.

18. Aunque Israel ha intentado ejercer su soberanía sobre Jerusalén Oriental y grandes partes de la Ribera Occidental, y no sobre la totalidad del Territorio Palestino Ocupado, estoy de acuerdo con la Corte en que la ilegalidad de la presencia continuada de Israel se refiere a la totalidad del Territorio Palestino Ocupado, incluida Gaza, sin perjuicio de la limitación temporal de la opinión (párr. 1 *supra*). El Territorio Palestino Ocupado constituye una única unidad territorial, cuya unidad, contigüidad e integridad deben respetarse. El pueblo palestino debe poder ejercer su derecho a la libre determinación en la totalidad del Territorio Palestino Ocupado (opinión consultiva, párrs. 78 y 262).

19. Dado que la presencia continuada de Israel en el Territorio Palestino Ocupado es un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuado, Israel tiene la obligación de ponerle fin. Esta conclusión es coherente con las resoluciones del

Consejo de Seguridad y de la Asamblea General. Por ejemplo, el Consejo de Seguridad ha hecho hincapié en la necesidad del "retiro de las fuerzas armadas israelíes de los territorios que ocupan" (resolución 242 (1967), párr. 1 i)) y la "necesidad [...] de poner fin a la prolongada ocupación" (resolución 476 (1980), párr. 1). La Asamblea General ha pedido en repetidas ocasiones que "Israel se retire del territorio palestino ocupado desde 1967, incluida Jerusalén Oriental" (por ejemplo, en la resolución 77/25 (2022), párr. 12, letra a)).

20. Israel tiene la obligación de poner fin a su presencia continuada en el Territorio Palestino Ocupado "lo antes posible" (opinión consultiva, párr. 267 y punto 4 de la parte dispositiva). Dadas sus legítimas preocupaciones en materia de seguridad, Israel no tiene la obligación de retirar todas sus fuerzas armadas del Territorio Palestino Ocupado de forma inmediata e incondicional, en particular de la Franja de Gaza, en vista de las hostilidades existentes desde el 7 de octubre de 2023. El Consejo de Seguridad y la Asamblea General han reiterado la importancia del principio de territorio por paz y de la solución biestatal. Por ejemplo, la resolución 242 (1967) del Consejo de Seguridad vinculaba el fin de la presencia ilegal de Israel en el Territorio Palestino Ocupado y la plena observancia del derecho del pueblo palestino a la libre determinación con el derecho de Israel a vivir en paz dentro de fronteras seguras y reconocidas y libres de amenazas o actos de fuerza (párr. 283). Las modalidades exactas para poner fin a la presencia ilegal de Israel deberían derivarse de acuerdos alcanzados sobre la base de estos principios bajo la supervisión de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad (véase el párr. 281 y el punto 9 de la parte dispositiva).

(Firmado) Iwasawa Yuji.

[Original: inglés]

Opinión separada del Magistrado Nolte

Alcance fáctico y jurídico del análisis de la Corte — Diferencias entre el procedimiento consultivo y el procedimiento contencioso — Definición de apartheid *— Segregación racial y* apartheid *— Elemento subjetivo cualificado como parte de las prohibiciones de* apartheid *y segregación racial — Información insuficiente ante la Corte para determinar que se ha infringido el artículo 3 de la Convención contra la Discriminación Racial.*

1. Escribo por separado para expresar mi opinión sobre dos aspectos de esta opinión consultiva. En primer lugar, profundizaré en el alcance del análisis de la Corte. En segundo lugar, quiero expresar mi desacuerdo con la observación adicional de la Corte de que las políticas y prácticas de Israel son contrarias al artículo 3 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante, "Convención contra la Discriminación Racial").

El alcance del análisis de la Corte

2. La Corte ha respondido a la solicitud presentada por la Asamblea General basándose en una evaluación limitada de los hechos y del derecho. Como declara en el párrafo 77:

> "la Corte considera que, en su solicitud, la Asamblea General no le ha pedido que determine detalladamente las características fácticas de las políticas y prácticas de Israel. Con sus preguntas, la Asamblea General pretende que la Corte realice una calificación jurídica de las políticas y prácticas de Israel. Por lo tanto, para emitir una opinión consultiva en este asunto, no es necesario que la Corte formule conclusiones de hecho con respecto a incidentes específicos presuntamente contrarios al derecho internacional. La Corte solo tiene que determinar las principales características de las políticas y prácticas de Israel y, sobre esa base, evaluar la conformidad de tales políticas y prácticas con el derecho internacional".

Así pues, la opinión consultiva no ha determinado "detalladamente las características fácticas" ni ha determinado jurídicamente la responsabilidad de Israel por actos individuales. En su lugar, proporciona una "calificación jurídica" de "las principales características de las políticas y prácticas de Israel".

3. La forma en que la Corte define el alcance fáctico y jurídico de su análisis está en consonancia con el enfoque establecido por la Corte en los procedimientos consultivos. Este enfoque se fundamenta en las diferencias entre los procedimientos consultivos, por una parte, y los procedimientos contenciosos, por otra. Estas diferencias determinan las normas con arreglo a las cuales la Corte llega a sus conclusiones fácticas y jurídicas [121] , y son decisivas para el carácter de dichas conclusiones en el presente asunto.

[121] Véase *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania* (primera fase), opinión consultiva*, I.C.J. Reports 1950*, pág. 72, donde se indica que, aunque es cierto que el artículo 68 del Estatuto dispone que la Corte, en el ejercicio de sus funciones consultivas, se guiará además por las disposiciones del Estatuto aplicables a los asuntos contenciosos, según el mismo artículo, estas disposiciones solo serían aplicables "en la medida en que [la Corte] las considere aplicables". Por lo tanto, es evidente que su aplicación depende de las circunstancias particulares de cada caso y que la Corte dispone de un amplio margen de apreciación en la materia".

4. En los procedimientos contenciosos, la Corte "decid[e] [...] las controversias" con carácter obligatorio y definitivo[122]. Estos procedimientos tienen carácter retroactivo: su contribución al arreglo pacífico de controversias consiste en poner fin a una controversia mediante una decisión vinculante dotada de seguridad jurídica y firmeza, el efecto de cosa juzgada. En cambio, los procedimientos consultivos son de carácter consultivo y prospectivo: la Corte emite una opinión consultiva sobre una cuestión jurídica para orientar la conducta futura del órgano solicitante[123]. Las conclusiones de la Corte en las opiniones consultivas no son el final sino el principio de un proceso que pretende instaurar y mantener la paz mediante el Derecho. De hecho, el órgano solicitante sigue siendo formalmente libre de considerar las consecuencias que deben extraerse de la opinión de la Corte[124]. Por lo tanto, las conclusiones formuladas en los procedimientos consultivos complementan y facilitan otros procedimientos de arreglo pacífico de controversias, pero nunca pueden sustituirlos[125]. En efecto, esta Corte ha subrayado que la situación jurídica del Estado que ha denegado su consentimiento al presente procedimiento no queda en modo alguno comprometida por las respuestas que la Corte pueda dar a las cuestiones que se le plantean[126].

5. La finalidad particular de los procedimientos consultivos explica por qué la evaluación de los hechos en la presente opinión consultiva tiene un enfoque y una profundidad diferentes a los de las determinaciones de los hechos realizadas en los procedimientos contenciosos. Esto no significa que el nivel de prueba en los procedimientos consultivos sea inferior. Sin embargo, es diferente que en los procedimientos contenciosos, en los que la carga de la prueba recae en las partes [127]. En el marco de un procedimiento consultivo, la Corte solo examinará los hechos en la medida necesaria para responder a la cuestión jurídica planteada y únicamente extraerá conclusiones jurídicas en la medida en que dichos hechos lo permitan [128]. Es

[122] Véanse los artículos 38, 59 y 60 del Estatuto de la CIJ.

[123] Véase también *Western Sahara,* opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, págs. 26 y 27, párr. 39 (El objetivo de la Asamblea General no ha sido llevar ante la Corte, mediante una solicitud de opinión consultiva, una disputa o controversia jurídica, para poder posteriormente, basándose en la opinión de la Corte, ejercer sus poderes y funciones para el arreglo pacífico de dicha disputa o controversia. El objetivo de la solicitud es completamente distinto: obtener de la Corte una opinión que la Asamblea General considere que le puede ayudar para el correcto ejercicio de sus funciones en relación con la descolonización del territorio.) y párr. 41; *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 19 y 71.

[124] Véase K. Oellers-Frahm y E. Lagrange, "Article 96", en B. Simma, D. E. Khan, G. Nolte, A. Paulus (eds.), *The Charter of the United Nations. A commentary*, volumen II (4ª ed.), OUP, 2024, pág. 2601, párr. 42. Pero véase *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, HCJ 7957/04, 15 de septiembre de 2005, parr. 56, que indica que la opinión de la Corte Internacional de Justicia es una interpretación del derecho internacional, realizada por el más alto órgano judicial en derecho internacional (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1920-1996 1754 (3ª ed.), 1997), y que debería darse a la interpretación del derecho internacional por parte de la CIJ todo el peso que le corresponde.

[125] *Reservations to the Convention on Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 15 y 20; *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase,* opinión consultiva*, I.C.J. Reports 1950*, pág. 71.

[126] *Western Sahara,* opinión consultiva*, I.C.J. Reports 1975*, pág. 27, párr. 42, en el que se cita *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania,* primera fase, opinión consultiva*, I.C.J. Reports 1950*, pág. 72.

[127] Véase también J.-P. Cot y S. Wittich, "Article 68", en A. Zimmermann, C. J. Tams, K. Oellers-Frahm, C. Tomuschat (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (3ª edición), OUP, 2019, pág. 1863, párr. 54.

[128] Véase también *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory,* opinión consultiva*, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 136, párr. 56; *Western Sahara*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, págs. 28 y 29, párr. 46.

este enfoque consolidado el que ha orientado a la Corte en el presente procedimiento, como se recuerda en el párrafo 46 de la opinión consultiva, según el cual:

> "lo decisivo en estas circunstancias es si la Corte dispone de información suficiente 'que le permita llegar a una conclusión judicial sobre cualesquiera cuestiones de hecho controvertidas cuya determinación sea necesaria para emitir una opinión en condiciones compatibles con su carácter judicial' [...] [C]orresponde a la Corte evaluar, en cada caso, la naturaleza y el alcance de la información necesaria para el ejercicio de esa función".

En casos de solicitudes muy amplias, como la presente, la función de las opiniones consultivas de orientar al órgano solicitante justifica un enfoque especialmente amplio y meramente ilustrativo de la evaluación de los hechos. Sin embargo, este enfoque amplio, junto con el principio del consentimiento a la jurisdicción, impide que dicha evaluación tenga el efecto concluyente atribuido a las evaluaciones de los hechos a efectos de determinar la responsabilidad del Estado en los procedimientos contenciosos.

6. El enfoque particular de la evaluación de los hechos por parte de la Corte, su "vista de pájaro" de la situación, tiene implicaciones para el alcance jurídico de sus conclusiones en el presente caso. Puesto que la Corte no ha hecho una determinación más completa de la responsabilidad de Israel por su conducta en el Territorio Palestino Ocupado, la responsabilidad de Israel por conductas o situaciones específicas tendría que establecerse en otros procedimientos. Por esta razón, el párrafo 77 aclara que esta opinión consultiva constituye una "*calificación* jurídica de las políticas y prácticas de Israel" por parte de la Corte, no una *determinación* jurídica. Cualquier determinación jurídica concluyente de la responsabilidad de Israel por una conducta específica requeriría una investigación completa de los hechos constitutivos de dicha conducta, lo que incluiría estudiar detenidamente si las preocupaciones en materia de seguridad de Israel pueden ser legalmente relevantes con respecto a cualquier situación específica.

7. Resulta lamentable que la opinión consultiva y los informes en los que se fundamenta no se hayan ocupado más de las preocupaciones en materia de seguridad que Israel tiene y esgrime para justificar sus políticas y prácticas. También es de lamentar que Israel no comentara el fondo de las preguntas formuladas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, incluidas las relativas a sus preocupaciones en materia de seguridad. La Corte podría haber demostrado mejor que ha tenido en cuenta los argumentos de Israel en la medida en que están a disposición del público, incluso basándose en decisiones del Tribunal Supremo de Israel y en los argumentos presentados por las autoridades israelíes en los respectivos procedimientos [129], así como en las declaraciones de Israel en otros foros

[129] Se ha hecho referencia a varias decisiones recientes en informes internacionales; véase, por ejemplo, "Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, e Israel", documento A/77/328 de las Naciones Unidas (14 de septiembre de 2022), párr. 27 (en relación con la legalización de los puestos de avanzada): nota a pie de página 46 (en referencia a las causas de la CIJ núm. 1308/17, 2055/17 (9 de junio de 2022)); nota a pie de página 48 (causas de la CIJ núm. 6364/20 (27 de julio de 2022)); párr. 63 (sobre traslados forzosos y demoliciones): causas de la CIJ núm. 413/13 y 1039/13 (4 de mayo de 2022); véase también, por ejemplo, HCJ 2205/23, *Head of Council of 'Anin et al. v. Military Commander of the West Bank Area Judgment* (7 de agosto de 2023) (sobre el sistema de permisos en los puntos de observación); HCJ 3571/20, *Khasib et al.* v. *Prime Minister of Israel* (1 de mayo 2022) (sobre una solicitud para desmantelar una parte del muro); HCJ 2242/17 *Jahleen* v. *Head of the Civil Administration for Judea and Samaria* (24 de mayo 2018) (sobre la explotación de los recursos naturales); *Hashiyeh and Hashiyeh* v. *Military Commander of the West Bank*, HCJ 6745/15, ILDC 2555 (IL 2015), 11 de noviembre de 2015 (sobre las demoliciones punitivas). Véase asimismo, para un análisis exhaustivo: D. Kretzmer e

internacionales [130]. Creo que esta opinión consultiva habría resultado mucho más convincente si hubiera demostrado un compromiso visible con la información procedente de fuentes oficiales israelíes.

Apartheid y segregación racial

8. La Corte considera que la legislación y las medidas de Israel constituyen una violación del artículo 3 de la Convención contra la Discriminación Racial (en el párrafo 229), aunque deja abierta la cuestión de si considera que las políticas y prácticas de Israel son una forma de segregación racial o *apartheid*. En ausencia de cualquier análisis sobre el elemento subjetivo del *apartheid*, que es un elemento central de la prohibición, no se puede entender que la opinión concluya que Israel ha incumplido efectivamente la prohibición del *apartheid*. Además, no estoy convencido de que la Corte disponga de información suficiente para concluir que las políticas y prácticas de Israel equivalen a *apartheid* o a segregación racial.

9. El artículo 3 de la Convención contra la Discriminación Racial no define el término "*apartheid*". Las definiciones del crimen de *apartheid* figuran en el artículo II de la Convención sobre el *Apartheid* de 1973 y en el artículo 7 2) *h)* del Estatuto de Roma de 1998, pero Israel no es Estado parte de ninguno de ellos. Además, estos dos tratados tienen un carácter diferente al de la Convención contra la Discriminación Racial, ya que se refieren al "crimen del *apartheid*" y, por tanto, a la responsabilidad de los individuos por el *apartheid*, mientras que la prohibición del *apartheid* recogida en el artículo 3 de la Convención contra la Discriminación Racial está dirigida a los Estados.

10. Sin embargo, la Convención sobre el *Apartheid* y el Estatuto de Roma pueden fundamentar la interpretación del artículo 3 de la Convención contra la Discriminación Racial como medio de interpretación complementario de conformidad con el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, en la medida en que reflejen el derecho internacional consuetudinario, como normas pertinentes del derecho internacional aplicables entre las partes de conformidad con el artículo 31, apartado 3, letra c), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. A pesar de sus diferencias terminológicas, ambas definiciones ayudan a identificar el significado de "*apartheid*" según el artículo 3 de la Convención contra la Discriminación Racial en el derecho internacional consuetudinario. Demuestran que debe alcanzarse un umbral elevado, desde el punto de vista jurídico, para identificar prácticas de *apartheid*.

11. El significado ordinario del término "*apartheid*", tal y como se desprende de estos dos tratados, sugiere que es un régimen de discriminación institucionalizado y legitimado por el Estado con el fin de instaurar y mantener la dominación y la opresión de un grupo racial sobre otro. Esta definición fundamental de "*apartheid*" comprende tres elementos: en primer lugar, la política y la práctica pertinentes deben concernir a la relación entre grupos raciales; en segundo lugar, la política y la práctica pertinentes deben mostrar un elemento objetivo (*actus reus*) consistente en la comisión de "actos inhumanos" de índole estructural e institucionalizada [131]; en tercer lugar, la política y la práctica pertinentes deben estar motivadas por un elemento subjetivo (*mens rea*) que no solo requiere la comisión intencionada de actos

Y. Ronen, *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories* (2ª ed.), OUP, 2021.

[130] Véase, por ejemplo, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, "Información recibida de Israel relativa al seguimiento de las observaciones finales sobre su cuarto informe periódico", 2022, E/C.12/ISR/FCO/4.

[131] Véanse los artículos I y II de la Convención sobre el *Apartheid*: "políticas [o] prácticas de segregación y discriminación racial"; artículo 7, apartado 2, letra *h)*, del Estatuto de Roma: "régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas".

inhumanos de cierta gravedad, naturaleza y escala, sino también que la finalidad de estos actos sea la instauración y el mantenimiento de un régimen institucionalizado de dominación y opresión (*dolus specialis*)[132].

12. Tengo serias dudas de que la información de que dispone la Corte sea suficiente para concluir que el elemento subjetivo del *apartheid* está presente en la situación del Territorio Palestino Ocupado. Habida cuenta de la gravedad excepcional de incumplir la prohibición del *apartheid*, que constituye una norma imperativa del derecho internacional general, las alegaciones contra un Estado que impliquen acusaciones de *apartheid* deben demostrarse con pruebas plenamente concluyentes[133]. La Corte únicamente debe considerar que un Estado presenta el *dolus specialis* requerido del *apartheid* cuando la única inferencia razonable de su conducta sea la intención de mantener un régimen institucionalizado para oprimir y dominar sistemáticamente a un grupo racial o étnico; en el caso de Israel, los palestinos en relación con los judíos israelíes[134]. Este *dolus specialis* únicamente debe considerarse probado cuando otras inferencias sean claramente inverosímiles.

13. Dudo que la única inferencia razonable que pueda extraerse de las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado sea la de una intención de mantener un régimen institucionalizado para oprimir y dominar sistemáticamente a los palestinos en relación con los judíos israelíes. Incluso si estas políticas y prácticas son discriminatorias y desproporcionadas y, por tanto, constituyen violaciones a gran escala del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario (de lo cual, en mi opinión, no cabe duda), existen al menos otros dos posibles fines que Israel puede perseguir con ellas. En primer lugar, estas políticas y prácticas pueden estar motivadas por consideraciones de seguridad temporales, aunque a largo plazo (aunque sean injustificadas). Y, en segundo lugar, pueden estar impulsadas por el objetivo (erróneo e ilegal) de afirmar la soberanía sobre la Ribera Occidental, sin la intención simultánea de mantener así de forma permanente un régimen discriminatorio institucionalizado para todos los habitantes de la Ribera Occidental.

14. Tengo dudas de que la ambición de Israel de anexionarse la Ribera Occidental, como demuestra la radicalización de su política y práctica más reciente de asentamientos, implique necesariamente que ahora pretenda institucionalizar el régimen jurídico (hasta entonces temporal y, al menos en parte, orientado a la seguridad) de los habitantes palestinos de la Ribera Occidental en relación con los colonos y los asentamientos, y dotarlo así de un carácter permanente. La intención de anexionarse un territorio y la decisión de institucionalizar un determinado régimen de opresión racial no van necesariamente de la mano. En el presente caso es muy posible que vayan unidas, pero también es posible que Israel no pretenda que la forma en que ejerce su ocupación de la Ribera Occidental, en lo que respecta a la relación entre los palestinos y los colonos, adquiera un carácter permanente e institucionalizado. Creo que no hay información suficiente para sacar una conclusión definitiva.

[132] Véase el artículo II de la Convención sobre el *Apartheid*: "con el fin de instituir y mantener la denominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente"; artículo 7, apartado 2, letra h), del Estatuto de Roma: "la intención de mantener ese régimen".

[133] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina* v. *Serbia and Montenegro),* fallo*, I.C.J. Reports 2007 (I)*, pág. 129, párr. 209.

[134] Véase *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2015 (I)*, pág. 67, párr. 148 (para inferir la existencia de *dolus specialis* a partir de un patrón de conducta, es necesario y suficiente que esta sea la única inferencia que razonablemente podría extraerse de los actos en cuestión).

15. La decisión sobre qué conclusión extraer del ambiguo enfoque de Israel respecto a la relación entre los habitantes palestinos de la Ribera Occidental y los colonos depende de una cuidadosa evaluación de los hechos y las pruebas conexas. En mi opinión, la información de que dispone la Corte no es suficiente para concluir que otras posibles inferencias son claramente inverosímiles. En cualquier caso, la presente opinión consultiva no define el elemento subjetivo del *apartheid* ni explica cómo la conducta de Israel en el presente caso cumple este elemento concreto. Por lo tanto, no creo que el razonamiento de la Corte al amparo del artículo 3 de la Convención contra la Discriminación Racial pueda interpretarse como la conclusión de que la conducta de Israel equivale a un *apartheid*.

16. ¿Bastan los datos de que dispone la Corte para concluir que las prácticas y políticas de Israel son constitutivas de "segregación racial" en el sentido del artículo 3 de la Convención contra la Discriminación Racial? Esto plantea la importante pregunta de cómo se define la segregación racial y cómo se diferencia del *apartheid*. No me convence la interpretación tan limitada del término "segregación racial", según la cual se limita a prácticas equivalentes al "*apartheid*" más allá de la situación histórica específica de Sudáfrica[135]. Los trabajos preparatorios del artículo 3 de la Convención contra la Discriminación Racial, así como la definición que figura en el artículo II de la Convención sobre el *Apartheid* de 1973, aclaran que los conceptos de *apartheid* y segregación racial son prácticas distintas pero estrechamente interrelacionadas[136]. La segregación racial es el término más amplio, mientras que el *apartheid* es la forma más grave de segregación racial. Sin embargo, tanto el *apartheid* como la segregación racial representan formas sistémicas y, como señala la opinión consultiva, "dos formas especialmente graves de discriminación racial" en el sentido del artículo 1 de la Convención contra la Discriminación Racial. Creo, por consiguiente, que la "segregación racial" también requiere demostrar la presencia de un elemento subjetivo cualificado, es decir, que la segregación por motivos raciales sea intencionada[137].

17. Las políticas y prácticas descritas por la Corte en los párrafos 120 a 154 y 192 a 222 constituyen ciertamente graves violaciones de los derechos humanos y tienen efectos segregadores. Sin embargo, en ausencia de cualquier relación con el elemento subjetivo de la segregación racial, es decir, la prueba de que, mediante estas políticas y prácticas, Israel tiene la intención de instituir una segregación por motivos raciales o étnicos, el análisis del artículo 3 de la Convención contra la Discriminación Racial que se hace en los párrafos 226 a 229 de la presente opinión consultiva sigue siendo insuficiente. En particular, la Corte tendría que demostrar que cualquier efecto segregador se basa en uno de los motivos prohibidos que figuran en el artículo 1 de la Convención contra la Discriminación Racial y no en la ciudadanía. De hecho, en situaciones de ocupación, el derecho de la ocupación contempla incluso una cierta separación jurídica entre la población de la Potencia ocupante y la población de los territorios ocupados. De conformidad con el artículo 43 del Reglamento de La Haya de 1907, la Potencia ocupante debe "respeta[r], salvo impedimento absoluto, las leyes

[135] Esta primera interpretación del artículo 3 fue influyente durante los primeros decenios tras la adopción de la Convención contra la Discriminación Racial; véase M. Banton, *International Action against Racial Discrimination*, págs. 200 y 201; P. Thornberry, "Article 3", *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: A Commentary*, OUP, 2016, págs. 247 y 248.

[136] Véase P. Thornberry, "Article 3", *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: A Commentary*, OUP, 2016, que señala que los Estados no querían limitar el artículo 3 al "*apartheid*" (págs. 243 a 246).

[137] En este sentido: S. Schmahl, "Artikel 3", en Angst y Lantschner (eds.), *ICERD: Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung. Handkommentar*, Nomos, 2020, párr. 12.

vigentes en el país". Al mismo tiempo, el artículo 64, apartado 2, del Cuarto Convenio de Ginebra permite a la Potencia ocupante:

> "imponer a la población del territorio ocupado las disposiciones que sean indispensables para permitirle cumplir las obligaciones derivadas del [...] [Cuarto] Convenio [de Ginebra], y garantizar la administración normal del territorio y la seguridad, sea de la Potencia ocupante sea de los miembros y de los bienes de las fuerzas o de la administración de ocupación, así como de los establecimientos y de las líneas de comunicación que ella utilice".

18. Así pues, el propio derecho de la ocupación prevé una diferencia de trato entre los ciudadanos de la Potencia ocupante y la población protegida en el territorio ocupado. Esto no quiere decir que las prácticas segregativas de Israel estén justificadas en virtud del derecho de la ocupación. No obstante, dado el solapamiento entre el derecho de la ocupación y la Convención contra la Discriminación Racial en el presente caso, la conclusión de que la segregación en el presente caso se produce por motivos raciales o étnicos requiere un análisis particularmente minucioso de los hechos.

19. La Corte únicamente puede llegar a una conclusión judicial sobre cualquier cuestión de hecho controvertida si dispone de información y pruebas suficientes [138] . Puesto que la Corte no identificó suficiente información que corroborara la existencia del elemento subjetivo requerido por el artículo 3 de la Convención contra la Discriminación Racial, debería haberse abstenido de observar que la legislación y las medidas de Israel son contrarias a dicho artículo. Esto no habría impedido a la Corte señalar que las prácticas y políticas de Israel tienen efectos segregadores que constituyen violaciones de otras disposiciones de la Convención contra la Discriminación Racial.

(Firmado) Georg Nolte.

---

[138] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory,* opinión consultiva*, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 136, párr. 56.

[Original: inglés]

Declaración conjunta de los Magistrados Nolte y Cleveland

Conformidad con la conclusión de la Corte de que la presencia de Israel en el Territorio Palestino Ocupado es ilegal — La legalidad de la presencia de fuerzas de ocupación viene determinada por las normas que rigen el uso de la fuerza (ius ad bellum*) — La legítima defensa no puede justificar la adquisición de territorio — Las políticas y prácticas de Israel expresan una clara intención de apropiarse de Jerusalén Oriental y la Ribera Occidental en su totalidad, lo que infringe el* ius ad bellum *— La consecuencia de tal infracción es la obligación de retirarse del Territorio Palestino Ocupado.*

1. Estamos de acuerdo con la conclusión principal de la Corte, que considera que la presencia continuada del Estado de Israel en el Territorio Palestino Ocupado es ilegal. Sin embargo, creemos que es necesaria una explicación más completa.

2. Observamos desde el principio que la opinión de la Corte no aborda adecuadamente "la conducta de Israel en la Franja de Gaza en respuesta al ataque llevado a cabo contra él por Hamás y otros grupos armados el 7 de octubre de 2023" (párrafo 81 de la opinión), un conflicto armado en curso al que no se dirigen las preguntas de la Asamblea General. Por lo que se refiere a la situación pertinente, la Corte declara lo siguiente:

> "La Corte considera que las violaciones por Israel de la prohibición de adquisición de territorio por la fuerza y del derecho del pueblo palestino a la libre determinación tienen un efecto directo sobre la legalidad de la presencia continuada de Israel, como Potencia ocupante, en el Territorio Palestino Ocupado. El abuso continuado por Israel de su posición como Potencia ocupante, a través de la anexión del Territorio Palestino Ocupado y la imposición de un control permanente sobre él y de la continua frustración del derecho del pueblo palestino a la libre determinación, viola principios fundamentales del derecho internacional y hace ilegal la presencia de Israel en el Territorio Palestino Ocupado" (párrafo 261 de la opinión).

Existe un amplio consenso, el cual compartimos, en que la conducta de Israel como Potencia ocupante viola no solo prohibiciones específicas del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, sino también la prohibición de la adquisición de territorio por la fuerza y el derecho del pueblo palestino a la libre determinación (en los párrafos 179 y 243). En esta declaración conjunta, ofrecemos nuestros puntos de vista sobre los motivos por los que la violación por parte de Israel de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza y del derecho a la libre determinación hacen que su presencia continuada en el territorio sea ilegal (en el párrafo 261) y justifican la conclusión de la Corte según la cual Israel debe retirarse del Territorio Palestino Ocupado "lo antes posible" (en los párrafos 267 y 285 4)).

*

3. El Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas, señala que "los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas". Tal y como reconoce la Corte, para que una situación pueda calificarse de ocupación, debe existir un control efectivo de un territorio extranjero (en el párrafo 90), mientras que la *legalidad* de una ocupación

(en el sentido de la licitud de la presencia de las fuerzas de ocupación en el territorio ocupado) viene determinada por las normas internacionales relativas al uso de la fuerza en territorio extranjero (*ius ad bellum*) (en el párrafo 251). Una ocupación es un uso continuado de la fuerza y, por lo tanto, la presencia militar de un Estado en territorio extranjero puede ser ilegal bien como resultado de un uso ilegal de la fuerza que conduzca a la ocupación, bien porque el uso continuado de la fuerza que representa una ocupación ya no pueda justificarse como legítima defensa o como autorizado por el Consejo de Seguridad (Artículo 51 y Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas).

4. La Corte no ha abordado la cuestión de si la presencia de Israel en el Territorio Palestino Ocupado desde 1967 fue el resultado de un uso inicial de la fuerza legal o ilegal (véase el párrafo 57, "estalló un conflicto armado "). Aunque el uso inicial de la fuerza por parte de Israel estuviera justificado como ejercicio del derecho de legítima defensa en virtud del Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, y las resoluciones del Consejo de Seguridad 242 y 338 y los Acuerdos de Oslo —con el objetivo de "establecer una paz justa y duradera"— influyeran en la aplicación de las normas sobre el uso de la fuerza, la cuestión importante que se plantea hoy ante la Corte es si la presencia continuada de Israel en el Territorio Palestino Ocupado puede seguir estando justificada en virtud del *ius ad bellum*.

5. Israel alega preocupaciones en materia de seguridad para justificar su presencia en el Territorio Palestino Ocupado. En efecto, no hay que olvidar que la legitimidad de la existencia de Israel como Estado está cuestionada por varios Estados y actores no estatales, algunos de los cuales se encuentran en sus proximidades, y que Israel ha sufrido numerosos ataques procedentes del Territorio Palestino Ocupado. A este respecto, recordamos que la Corte, en su opinión consultiva relativa a las armas nucleares, señaló que "no puede perder de vista el derecho fundamental de todo Estado a su supervivencia y, por ende, su derecho a recurrir a la legítima defensa de conformidad con el Artículo 51 de la Carta en el caso de que su supervivencia se vea amenazada"[139]. Por supuesto, cualquier uso de la fuerza debe realizarse dentro de los estrictos límites del derecho internacional.

6. Además, reconocemos que, una vez que un Estado ha ejercido su derecho de legítima defensa y, como consecuencia de ello, ha ocupado un territorio que no es suyo, debería disponerse de un plazo razonable para que el Estado ocupante evalúe la situación sobre el terreno y la medida en que su presencia continuada es necesaria para garantizar que no se reavivan las amenazas pertinentes restantes que justifican el uso continuado de la fuerza en legítima defensa; negociar, de buena fe, un acuerdo que establezca las condiciones de una retirada completa a cambio de garantías de seguridad; y, finalmente, organizar una retirada ordenada de sus efectivos. En consecuencia, los límites establecidos por el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, que incluyen los requisitos de necesidad y proporcionalidad con respecto a los actos realizados en legítima defensa, deben interpretarse de forma que permitan tener en cuenta tales consideraciones a la hora de determinar, una vez finalizadas las hostilidades principales derivadas del ejercicio del derecho de legítima defensa, cuándo debe ponerse fin a una ocupación.

7. Por otra parte, como explica la Corte, la amenaza o el uso de la fuerza para tratar de adquirir permanentemente un territorio están prohibidos; de hecho, están absolutamente prohibidos. El derecho de legítima defensa nunca puede justificar la adquisición de territorio por la fuerza, incluido el uso de la fuerza para la protección

[139] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons,* opinión consultiva*, I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 263, párr. 96.

de intereses de seguridad percibidos. Estos actos están estrictamente prohibidos por la Carta de las Naciones Unidas y por el derecho internacional consuetudinario [140].

8. Israel tiene preocupaciones legítimas en materia de seguridad. No obstante, la presencia de fuerzas de ocupación solo puede justificarse mediante un vínculo creíble con un propósito defensivo y temporal; por lo tanto, en nuestra opinión, cualquier posible justificación se pierde necesariamente si se abusa de dicha presencia con fines de anexión y supresión del derecho a la libre determinación. Una Potencia ocupante puede violar algunas de las obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional humanitario o de las normas de derechos humanos, incluso de forma que infrinja el derecho a la libre determinación, pero esa conducta no convierte en ilegal su presencia militar en el territorio ocupado, siempre que dicha presencia esté justificada por el derecho de legítima defensa. Sin embargo, cuando la presencia de fuerzas de ocupación se convierte en un vehículo para lograr la anexión, la Potencia ocupante vulnera la prohibición de la adquisición de territorio por la fuerza en virtud del *ius ad bellum* y pierde así toda posible justificación de la presencia de sus fuerzas, en particular sobre la base del derecho de legítima defensa. Además, en el presente caso, ninguna autorización concebible por parte del Consejo de Seguridad de la presencia de las fuerzas de Israel se extendería a una política y a una práctica de anexión. Los Acuerdos de Oslo tampoco proporcionan un fundamento jurídico a tal efecto.

*

9. La Corte ha establecido que Israel ha afianzado su control, especialmente sobre Jerusalén Oriental y la zona C de la Ribera Occidental, a través de sus asentamientos, confiscaciones de tierras, aplicación de la ley israelí y políticas y prácticas relacionadas (párrafo 173 de la opinión). La afirmación israelí de control permanente se extiende a toda la Ribera Occidental, con lo que se niega al pueblo palestino la contigüidad territorial a la que tiene derecho. Los asentamientos y las infraestructuras israelíes en la Ribera Occidental se han expandido inexorablemente desde 1967, también en lo más profundo de la zona C y, más recientemente, de la zona B. Además, se han situado estratégicamente para restringir cada vez más a las comunidades palestinas y fragmentarlas entre sí, de modo que se afianza el control israelí en toda la Ribera Occidental y se limita tanto la existencia cotidiana de los palestinos como la perspectiva de cualquier Estado palestino viable y coherente [141].

10. La intención de Israel de extender la soberanía permanente a toda la Ribera Occidental, como cuestión de política oficial, se ha expresado a los más altos niveles del Gobierno israelí. La “Ley Básica: Israel, Estado Nación del Pueblo Judío” de 2018 establece explícitamente “el desarrollo de los asentamientos judíos como un valor nacional” por lo que el Estado “actuará para fomentar y promover su establecimiento y consolidación” [142] . Los principios rectores del actual acuerdo de coalición gubernamental apoyan “la aplicación de la soberanía en [...] Judea y Samaria” (es decir, la Ribera Occidental)[143]. Un “mapa topográfico” de las Fuerzas de Defensa de Israel de 2021 describía “el Estado de Israel, incluidas Judea y Samaria” como un único territorio[144]. En septiembre de 2023, el Primer Ministro, Benjamin Netanyahu, habló ante la Asamblea General de las Naciones Unidas sosteniendo un mapa en el

[140] Véanse, por ejemplo, las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 478 (1980) y 479 (1981).

[141] Véase OCHA, mapa de las restricciones de acceso a la Ribera Occidental, mayo de 2023, https://www.ochaopt.org/content/west-bank-access-restrictions-may-2023.

[142] Ley Básica: Israel, Estado Nación del Pueblo Judío, 19 de julio de 2018.

[143] Acuerdo de Coalición entre el Partido Likud y el Partido Sionista Religioso para la Creación de un Gobierno Nacional, presentado a la Knesset el 28 de diciembre de 2022, art. 118.

[144] Ministerio de Relaciones Exteriores de Israel, “Topographical map of Israel”, 24 de octubre de 2021, https://www.gov.il/en/Departments/General/topographical-map-of-israel.

que se representaba que Israel abarcaba todo el Territorio Palestino Ocupado [145]. Estas declaraciones de intenciones han ido acompañadas de políticas y prácticas, como la expansión significativa de los asentamientos en lo más profundo de la Ribera Occidental, la continuación de la construcción del muro, la reducción de las restricciones jurídicas y normativas a los asentamientos y su colocación bajo control civil *de iure* para promover su expansión, todo ello frente a la clara proclamación de esta Corte, en 2004, sobre la ilegalidad de los asentamientos.

11. En nuestra opinión, estos acontecimientos, junto con los demás descritos por la Corte, expresan la clara intención de Israel de apropiarse permanentemente de la Ribera Occidental en su totalidad, en el sentido de la prohibición de la adquisición de territorio por la fuerza.

*

12. Además, mediante la construcción de asentamientos e infraestructuras conexas, las severas restricciones a la circulación dentro de las partes del Territorio Palestino Ocupado y entre ellas, y otras políticas y prácticas detalladas por la Corte, Israel ha explotado su uso de la fuerza como Potencia ocupante en todo el Territorio Palestino Ocupado de manera que pretende obstruir permanentemente el ejercicio del derecho del pueblo palestino a la libre determinación, en particular su derecho a la integridad territorial y a la independencia política, incluido el derecho a un Estado independiente y soberano. Esta supresión forma parte del esfuerzo de Israel por controlar permanentemente el Territorio Palestino Ocupado, contrario al *ius ad bellum*.

13. Además, estamos de acuerdo en que la violación por parte de Israel del derecho del pueblo palestino a la libre determinación se aplica a la totalidad del Territorio Palestino Ocupado. El principio de unidad del Territorio Palestino Ocupado se deriva en última instancia del principio de integridad territorial. Este principio se aplica no solo a los Estados; también puede aplicarse a las entidades territoriales dentro de las cuales un pueblo ejerce su derecho a la libre determinación [146], y no puede amenazarse ni utilizarse la fuerza para frustrarlo. Después de todo, socavaría el principio de integridad territorial que la Potencia ocupante pudiera utilizar la fuerza para fragmentar el territorio ocupado.

*

14. Según las normas generales sobre la responsabilidad del Estado, la consecuencia jurídica de las violaciones del derecho internacional humanitario o de los derechos humanos por parte de una Potencia ocupante es la obligación de "hacer desaparecer todas las consecuencias" de la violación, mediante el cese y la reversión de esa política[147]. En el contexto de una política de asentamientos ilegales contraria al artículo 49 del Cuarto Convenio de Ginebra, por ejemplo, esto implicaría repatriar a los colonos, revocar y anular los actos que apoyan la política de asentamientos y otras formas de reparación. Sin embargo, por sí misma, dicha violación del *ius in bello* no daría lugar a una obligación más amplia de poner fin a la propia ocupación.

15. Sin embargo, como concluimos anteriormente, y sin perjuicio de la exclusión del análisis de la Corte sobre la conducta de Israel en la Franja de Gaza en respuesta al ataque del 7 de octubre de 2023 (véase el párrafo 2 anterior), la naturaleza

[145] "Netanyahu brandishes map of Israel that includes West Bank and Gaza at UN speech", *Times of Israel*, 22 de septiembre de 2023, https://www.timesofisrael.com/liveblog_entry/netanyahu-brandishes-map-of-israel-that-includes-west-bank-and-gaza-at-un-speech/.

[146] *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965,* opinión consultiva*, I.C.J. Reports 2019 (I)*, pág. 134, párr. 160.

[147] *Factory at Chorzów* (fondo)*,* fallo núm. 13, 1928, *P.C.I.J.*, Serie A, núm. 17, pág. 47; art. 31 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

integral del esfuerzo de Israel para transformar la ocupación del Territorio Palestino Ocupado en una forma de anexión y control permanente, y la frustración concomitante del derecho del pueblo palestino a la libre determinación, hace que la presencia de Israel en el Territorio Palestino Ocupado sea ilegal. En consecuencia, las infracciones de la prohibición de adquisición de territorio por la fuerza y del derecho del pueblo palestino a la libre determinación conllevan el deber de poner fin a esta ilegalidad, lo que da lugar, entre otros, al deber de retirarse del Territorio Palestino Ocupado en virtud de las normas de responsabilidad del Estado. Por tanto, estamos de acuerdo con este aspecto de la conclusión de la Corte.

16. La Corte concluye que Israel debe poner fin a su presencia “lo antes posible”. En particular, la Corte no adoptó la formulación instada por algunos participantes de que Israel debe poner fin a la ocupación “inmediata, total e incondicionalmente”. La redacción de la Corte reconoce que existen importantes cuestiones prácticas que harían imposible una retirada “inmediata” y el cese de algunos aspectos de la presencia de Israel. Además, el deber de Israel de poner fin a su presencia no significa que su deber de retirarse del Territorio Palestino Ocupado deba cumplirse necesariamente de la misma manera, o al mismo tiempo, con respecto a cada parte de ese territorio. Aunque la obligación de retirarse “lo antes posible” se aplica con carácter general, esta obligación puede aplicarse de forma diferente en función de la situación que prevalezca en una parte concreta del territorio ocupado.

(Firmado) Georg Nolte.

(Firmado) Sarah Cleveland.

[Original: inglés]

Declaración de la Magistrada Charlesworth

Discriminación múltiple e interseccional — Efecto discriminatorio de las medidas de Israel sobre las mujeres y los niños.

Legalidad del control efectivo de Israel sobre el Territorio Palestino Ocupado — Fundamentos jurídicos para el uso de la fuerza — Relación entre las amenazas a la seguridad y el ataque armado — Derecho de legítima defensa — Necesidad y proporcionalidad.

1. Estoy de acuerdo con las respuestas de la Corte a las cuestiones planteadas por la Asamblea General. En esta declaración, hablo sobre dos cuestiones de la opinión consultiva en las que creo que sería deseable un razonamiento más detallado.

I. Discriminación por múltiples motivos

2. La Corte observa que la esencia de la discriminación prohibida en el derecho internacional es la diferencia de trato injustificada entre personas pertenecientes a grupos diferentes (opinión consultiva, párrafos 190 y 191). Señala "que todos los miembros del grupo de los palestinos podrían no experimentar el trato diferenciado de la misma manera, y que algunos de ellos podrían ser objeto de un trato diferenciado por múltiples motivos" (opinión consultiva, párrafo 190). Este reconocimiento de que los miembros de un grupo pueden experimentar la discriminación de diferentes maneras y por múltiples motivos es importante. Los palestinos como grupo comparten una etnia, pero también tienen muchas identidades diferentes individualmente, por ejemplo, en términos de edad, discapacidad y género.

3. Los órganos de las Naciones Unidas que supervisan la aplicación de los tratados que prohíben la discriminación por motivos específicos han identificado las limitaciones de centrarse en un único motivo de discriminación. Por ejemplo, en su recomendación general núm. XXV sobre las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha afirmado

> "que la discriminación racial no siempre afecta a las mujeres y a los hombres en igual medida ni de la misma manera. Existen circunstancias en que afecta únicamente o en primer lugar a las mujeres, o a las mujeres de distinta manera o en distinta medida que a los hombres. A menudo no se detecta si no se reconocen explícitamente las diferentes experiencias de unas u otros en la vida pública y privada"[148].

4. La discriminación por múltiples motivos está relacionada con la noción de discriminación interseccional. La interseccionalidad hace referencia al modo en que

[148] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, "Recomendación general núm. XXV sobre las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género", Asamblea General, Documentos Oficiales del quincuagésimo quinto período de sesiones, suplemento núm. 18, doc. A/55/18 (Supp.) de las Naciones Unidas (20 de marzo de 2000), anexo V, párr. 1; véase también Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, "Recomendación general núm. 25, relativa al párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, sobre las medidas especiales de carácter temporal", Asamblea General, Documentos Oficiales del quincuagésimo noveno período de sesiones, suplemento núm. 38, doc. A/59/38 (Supp.) de las Naciones Unidas (18 de marzo de 2004), anexo I, párr. 12.

los motivos prohibidos de discriminación pueden entrecruzarse y configurarse mutuamente, entrelazando sistemas de dominación y opresión. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha explicado la idea de interseccionalidad como

> "un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2 [de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer]. La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres pertenecientes a tales grupos en diferente medida o forma que a los hombres"[149].

5. Un enfoque múltiple o interseccional arroja luz sobre la complejidad de la discriminación en este caso: la discriminación puede afectar de forma diferente a personas en situación diferente que comparten una identidad palestina. Esta visión multidimensional de la discriminación reconoce "la naturaleza compuesta de las fuentes de discriminación y la sinergia de sus efectos"[150]. Por tanto, desbarata la idea de que puede haber un único grupo de comparación. Mientras que la discriminación basada en un único motivo prohibido hace que la identificación de un grupo de comparación sea relativamente sencilla, la discriminación que se produce en la intersección de dos o más motivos hace que la comparación con otro grupo sea más difícil.

6. El material de que dispone la Corte indica la existencia de discriminación por motivos múltiples y potencialmente interrelacionados. Por ejemplo, al analizar la política de asentamientos de Israel, la Corte señala que el control israelí de los recursos hídricos en la Ribera Occidental da prioridad al suministro de agua a los asentamientos israelíes, a expensas de las comunidades palestinas (opinión consultiva, párrafos 128 y 129). Sin embargo, no realiza la observación adicional de que la escasez de agua en algunas comunidades palestinas tiene un efecto particular en las mujeres y niñas palestinas, porque tienen necesidades adicionales de agua para la higiene y la privacidad. Además, son responsables de asegurar el agua para uso doméstico[151]. La Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, e Israel ha señalado además que el declive del sector agrícola como consecuencia de las políticas de Israel ha afectado de forma desproporcionada a las oportunidades de empleo de las mujeres palestinas[152]. La Comisión ha llegado a la conclusión general de que las políticas y

[149] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, "Recomendación general núm. 28 relativa a las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer", doc. CEDAW/C/GC/28 de las Naciones Unidas (16 de diciembre de 2010), párr. 18; véase también Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, "Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19", doc. CEDAW/C/GC/35 de las Naciones Unidas (26 de julio de 2017), párr. 12.

[150] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Garib v. The Netherlands* (recurso núm. 43494/09), fallo de 6 de noviembre de 2017 (Gran Sala), opinión disidente del Juez Pinto de Albuquerque al que se une el Juez Vehabović, párr. 35 (en cursiva en el original); véase también Corte Interamericana de Derechos Humanos, *I.V. v. Bolivia* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), serie C núm. 329, fallo de 30 de noviembre de 2016, párr. 247.

[151] "Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, e Israel", doc. A/77/328 de las Naciones Unidas (14 de septiembre de 2022), párr. 71.

[152] *Ibid.*, párrs. 72 y 73.

prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado han tenido un efecto discriminatorio generalizado sobre las mujeres palestinas al agravar su vulnerabilidad económica y social[153].

7. La Corte también deja constancia del efecto discriminatorio del sistema de permisos de residencia en Jerusalén Oriental sobre los palestinos en general (opinión consultiva, párrafo 195). La Corte constata que el sistema distingue entre palestinos y colonos en lo que respecta al disfrute del derecho a la vida familiar. Observa además que las mujeres palestinas, que a menudo dependen de sus cónyuges varones para obtener el permiso de residencia, se ven especialmente afectadas por el sistema de permisos de residencia. Pero la Corte deja sin mencionar una manifestación de este efecto dispar que está bien documentada en las fuentes en las que se basa: las mujeres palestinas pueden permanecer en matrimonios violentos o abusivos por miedo a la deportación o a la separación de sus hijos[154].

8. Estas situaciones indican cómo el hecho de ser palestino y mujer en el Territorio Palestino Ocupado puede afectar y causar graves desventajas. Como en casi todas las sociedades, las mujeres y los hombres palestinos tienen diferentes experiencias de la vida pública y privada, aunque los límites entre estos ámbitos no son fijos y están inevitablemente conformados por la ocupación y sus repercusiones. La dinámica de género suele dar lugar a que los hombres se dediquen más al ámbito público y a que se asignen a las mujeres las responsabilidades principales del cuidado de niños y personas mayores, y del hogar. En este contexto, los informes de las Naciones Unidas han documentado que las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, algunas de las cuales se analizan en la opinión consultiva, afectan de forma desproporcionada a las mujeres y las niñas [155].

9. Las políticas y prácticas de Israel tienen un efecto similar en relación con los niños. Por ejemplo, con arreglo al sistema de permisos de residencia de Israel, estos no se transmiten automáticamente a los hijos[156], y los permisos de residencia de los progenitores se revocan con frecuencia por los motivos señalados en la opinión consultiva (opinión consultiva, párrafo 193). Aunque la Corte señala el efecto adverso que esta política tiene en la reunificación de familias cuyos miembros residen en diferentes partes del Territorio Palestino Ocupado (opinión consultiva, párrafo 195), no menciona que impide que miles de niños vivan con sus dos progenitores [157]. Del mismo modo, los efectos de la práctica israelí de demolición de propiedades afectan

[153] *Ibid*., párr. 78.

[154] Comité de Derechos Humanos, "Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Israel", doc. CCPR/C/ISR/CO/5 de las Naciones Unidas (5 de mayo de 2022), párrs. 44 y 45; "Aplicación de las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos S-9/1 y S/12-1: informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos", doc. A/HRC/46/63 de las Naciones Unidas (11 de febrero de 2021), párr. 45; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Israel", doc. E/C.12/ISR/CO/4 de las Naciones Unidas (12 de noviembre de 2019), párr. 40.

[155] Por ejemplo, véase, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, "Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Israel", doc. CEDAW/C/ISR/CO/6 de las Naciones Unidas (17 de noviembre de 2017), párr. 32 a); "Prácticas israelíes que afectan a los derechos humanos del pueblo palestino en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental: informe del Secretario General", doc. A/78/502 de las Naciones Unidas (2 de octubre de 2023), párr. 56.

[156] "Asentamientos israelíes en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y en el Golán sirio ocupado: informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos", doc. A/HRC/37/43 de las Naciones Unidas (6 de marzo de 2018), párr. 55.

[157] Comité de los Derechos del Niño, "Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo a cuarto de Israel, aprobadas por el Comité en su 63er período de sesiones (27 de mayo a 14 de junio de 2013)", doc. CRC/C/ISR/CO/2-4 de las Naciones Unidas (4 de julio de 2013), párr. 29 *a)*.

especialmente a los niños, como da a entender la opinión consultiva (opinión consultiva, párrafo 217)[158].

10. En su opinión consultiva, la Corte solo ha examinado la legislación y las medidas que considera "estrechamente vinculadas" a las políticas y prácticas de asentamiento y anexión de Israel (opinión consultiva, párrafo 181). Al analizar el efecto de estas medidas sobre los palestinos, la Corte ha tratado a los palestinos como un grupo que comparte una raza, una religión o un origen étnico común (opinión consultiva, párrafo 223). Aunque esto es correcto, este enfoque eclipsa otros tipos de discriminación que afectan a la vida cotidiana de los palestinos.

II. Legalidad del control efectivo de Israel del Territorio Palestino Ocupado

11. En la pregunta *b)*, la Asamblea General solicita la opinión de la Corte sobre el efecto, si lo hubiera, de las políticas y prácticas de Israel sobre "el estatuto jurídico de la ocupación". Esta expresión es confusa, porque la ocupación en sí es un estatuto: es una situación que consiste en el ejercicio por un Estado de un control efectivo sobre un territorio extranjero, y al que el derecho internacional atribuye una serie de normas específicas (opinión consultiva, párrafo 90). Por lo tanto, como observa la Corte, la pregunta de la Asamblea General sobre el "estatuto jurídico" de la ocupación israelí es una pregunta sobre el carácter de la ocupación israelí como legal o ilegal según el derecho internacional. En otras palabras, se trata de una investigación sobre si el control efectivo de Israel —su presencia— en el Territorio Palestino Ocupado tiene o no un fundamento jurídico válido (opinión consultiva, párrafo 82).

12. Aunque apoyo la respuesta general de la Corte a esta pregunta, creo que la Corte debería haber explicado más detalladamente el razonamiento que lleva a la conclusión de que el control efectivo por parte de Israel del Territorio Palestino Ocupado carece de fundamento jurídico.

13. La opinión consultiva nos recuerda que la legalidad del control efectivo por parte de Israel del Territorio Palestino Ocupado debe evaluarse con referencia a las normas relativas al uso de la fuerza (opinión consultiva, párrafo 251). Sin embargo, la opinión no explica en detalle los motivos ni las implicaciones de este aspecto.

14. El estado de ocupación desencadena la aplicabilidad de un conjunto específico de normas: el derecho de la ocupación (véase la opinión consultiva, párrafos 85 y 96). Sin embargo, de ello no se deduce que se suspenda la aplicabilidad de otras normas. Como señala la Corte en un contexto diferente, el derecho internacional de los derechos humanos sigue siendo aplicable en situaciones de ocupación (opinión consultiva, párrafo 99). Lo mismo ocurre con el derecho a la libre determinación (opinión consultiva, párrafo 95).

15. Y lo que es más importante, el establecimiento de la ocupación no suspende la aplicabilidad de las normas relativas al uso de la fuerza. Por lo tanto, la Potencia ocupante no está exenta de la obligación de respetar la prohibición del uso de la fuerza en todo momento (opinión consultiva, párrafo 109). De hecho, las normas relativas al uso de la fuerza son especialmente pertinentes en situaciones de ocupación, habida cuenta de la naturaleza de una ocupación. La ocupación consiste en el ejercicio por parte de un Estado de un control efectivo sobre un territorio

[158] Véase "Asentamientos israelíes en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y en el Golán sirio ocupado: informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos", doc. A/HRC/52/76 de las Naciones Unidas (15 de marzo de 2023), párr. 25.

extranjero en lugar del gobierno local (opinión consultiva, párrafo 90). El establecimiento y el mantenimiento de ese control efectivo es posible porque la Potencia ocupante despliega, y sigue siendo capaz de desplegar, su presencia militar en el territorio ocupado: es la autoridad respaldada por la fuerza armada, ya sea la fuerza real o la amenaza de fuerza. En otras palabras, una ocupación implica, por su propia naturaleza, una amenaza o un uso de la fuerza en territorio extranjero. Por este motivo, la ocupación debe basarse en todo momento en un motivo para el uso de la fuerza aceptado en virtud del *ius ad bellum*.

16. La otra cara de esta moneda es que no pueden invocarse otros fundamentos jurídicos para una ocupación, salvo los que existen para el uso de la fuerza en virtud del *ius ad bellum*. El establecimiento de la ocupación es una cuestión de hecho y, por esta razón, no proporciona a la Potencia ocupante un fundamento jurídico adicional para su mantenimiento más allá de las excepciones establecidas a la prohibición del uso de la fuerza. Así pues, la existencia de "preocupaciones en materia de seguridad" no constituye un fundamento jurídico para el mantenimiento de una ocupación, ni siquiera para su establecimiento, a menos que pueda traducirse al ámbito de los motivos aceptados para el uso de la fuerza, por ejemplo, la legítima defensa [159].

17. Además, dado que las normas relativas al uso de la fuerza siguen siendo aplicables durante toda la ocupación, no es necesario ni suficiente determinar si el uso de la fuerza que provocó la ocupación fue lícito. Lo que importa es si el fundamento jurídico del uso de la fuerza —en el contexto actual, el fundamento jurídico de la ocupación— es válido hoy en día. Por lo tanto, apoyo la decisión de no determinar si el uso de la fuerza por parte de Israel en 1967 tenía un fundamento jurídico en aquel momento, porque es innecesario. Teniendo esto presente, examinaré los posibles fundamentos jurídicos de la amenaza o el uso continuado de la fuerza por parte de Israel, en forma de ocupación del Territorio Palestino Ocupado, teniendo en cuenta las políticas y prácticas de Israel.

18. El control efectivo de Israel sobre el Territorio Palestino Ocupado no se basa en medidas coercitivas autorizadas por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. A partir de la resolución 242 del Consejo de Seguridad, de 22 de noviembre de 1967, varias resoluciones del Consejo de Seguridad parten de la premisa fáctica de que Israel ocupa el Territorio Palestino Ocupado [160]. Sin embargo, no hay nada en estas resoluciones que sugiera que se aprobaron en virtud del Capítulo VII y, por tanto, como medidas coercitivas sancionadoras de Israel para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

19. El control efectivo por parte de Israel de los Territorios Palestinos Ocupados tampoco está sancionado por los Acuerdos de Oslo celebrados entre Israel y Palestina. Los Acuerdos de Oslo estaban dirigidos al reparto de poder entre Israel y las instituciones establecidas y reconocidas en los Acuerdos; tenían por objeto completar el régimen de *ius in bello* aplicable (véase, en este sentido, la opinión consultiva, párrafo 102). Sin embargo, los Acuerdos de Oslo no prevén los motivos por los que se produjo la ocupación, o incluso los motivos por los que cesaría. En cambio, dejan constancia de que los derechos, las reivindicaciones y las posturas de las partes contratantes sobre estas cuestiones se mantienen [161].

20. Esto deja una única posibilidad: que la ocupación israelí constituya un uso de la fuerza en ejercicio del derecho de legítima defensa en virtud del Artículo 51 de

[159] Véase *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, fallo, *I.C.J. Reports* 2005, págs. 223 y 224, párr. 148.

[160] Véanse, por ejemplo, la resolución 338 (1973) del Consejo de Seguridad, de 22 de octubre de 1973; y la resolución 2334 (2016) del Consejo de Seguridad, de 23 de diciembre de 2016.

[161] Acuerdo de Oslo II, art. XXXI, párr. 6.

la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional consuetudinario. El uso de la fuerza en legítima defensa presupone que "se produzca un ataque armado" contra Israel, y que la continuación del control efectivo de Israel sobre el Territorio Palestino Ocupado sea una respuesta necesaria y proporcionada a dicho ataque armado.

21. La aplicación del derecho de legítima defensa en la situación actual puede plantear una serie de cuestiones jurídicas adicionales, entre ellas si el derecho es aplicable ante ataques que no son atribuibles a un Estado extranjero o ante ataques que se originan dentro del territorio bajo ocupación[162]. Sin embargo, no creo que sea necesario abordar estas cuestiones aquí. Asumiré, por tanto, que no existe ninguna norma jurídica que prohíba directamente a Israel ocupar el Territorio Palestino Ocupado en respuesta a ataques contra él.

22. Las comunicaciones de algunos participantes, entre ellos Israel, así como algunos documentos presentados en el marco de la Directriz sobre la Práctica XII, aluden a las amenazas a la seguridad a las que se enfrenta Israel. Es lamentable que la Corte no recibiera información adecuada sobre tales amenazas. En cualquier caso, el concepto de amenaza a la seguridad es más amplio que el de ataque armado [163]. Así pues, aunque las amenazas a la seguridad de Israel pueden ser reales, no bastan por sí solas para justificar el uso de la fuerza, a menos que equivalgan a un ataque armado (véase el párrafo 16 anterior).

23. A este respecto, conviene recordar que, en virtud del derecho internacional consuetudinario, la población del territorio ocupado no debe lealtad a la Potencia ocupante[164] y que no hay impedimento para utilizar la fuerza de conformidad con el derecho internacional para resistir a la ocupación[165]. Por lo tanto, el hecho de que la población del Territorio Palestino Ocupado recurra a la fuerza para resistirse a la ocupación no justifica en sí mismo que Israel mantenga su ocupación. Además, la continuación del control efectivo de Israel en el Territorio Palestino Ocupado no puede justificarse con referencia a políticas y prácticas que la opinión consultiva considera contrarias al derecho internacional, por ejemplo, el mantenimiento de asentamientos.

24. En el supuesto de que Israel sea víctima de un ataque armado que desencadene el derecho de legítima defensa, ¿el uso de la fuerza por parte de Israel —en forma de ocupación continuada del Territorio Palestino Ocupado— se ajusta a los "estrictos límites" del derecho de legítima defensa [166] ? A este respecto, es importante tener presente la finalidad de la legítima defensa: a saber, detener o repeler un ataque armado hasta que el Consejo de Seguridad tome medidas. El uso de la fuerza en legítima defensa, por tanto, está dirigido a restablecer la situación anterior al ataque armado. Este propósito distingue la legítima defensa de las medidas que pretenden castigar al agresor por el daño infligido. Las últimas medidas constituyen represalias armadas, que están prohibidas por el derecho internacional [167].

[162] Véase *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports* 2004 *(I)*, pág. 194, párr. 139.

[163] Cf. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 117, párr. 224.

[164] Véase el art. 43 del Reglamento de La Haya; véase también el tercer párrafo del artículo 68 del Cuarto Convenio de Ginebra.

[165] Véase, por ejemplo, la resolución 37/135 de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1982, párr. 2.

[166] Véase *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, fallo, *I.C.J. Reports 2005*, pág. 223, párr. 148.

[167] Véase la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo, primer principio, sexto párrafo: "Los Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalia

25. Las normas jurídicas de necesidad y proporcionalidad están bien establecidas en el derecho internacional consuetudinario y están reconocidas en la jurisprudencia de la Corte como las herramientas que garantizan que las medidas forzosas se mantienen dentro del ámbito del derecho de legítima defensa [168] . Necesidad y proporcionalidad son conceptos lo suficientemente maleables como para dar cuenta de una infinita variedad de situaciones, incluidas aquellas que se dice que implican la acumulación de una serie de acontecimientos que, en conjunto, podrían constituir un ataque armado. Estas normas jurídicas pueden evaluarse de manera objetiva e independiente de la apreciación subjetiva del Estado que pretende actuar en legítima defensa[169]. Por esta razón, las normas de necesidad y proporcionalidad son adecuadas para evaluar si el uso de la fuerza empleado por la víctima de un ataque armado sirve a los fines de la legítima defensa. En mi opinión, tres dimensiones de las políticas y prácticas de Israel ilustran que el mantenimiento por parte de Israel de su ocupación no puede calificarse de acto de legítima defensa: su intensidad, su alcance territorial y su alcance temporal.

26. La intensidad, o el carácter, del control efectivo de Israel figura en la opinión consultiva. La opinión consultiva indica que Israel ha utilizado el hecho de que ejerce un control efectivo sobre el Territorio Palestino Ocupado como una oportunidad para afirmar un control permanente sobre este (opinión consultiva, párrafo 261). Como se expone detalladamente en la opinión consultiva, Israel se ha anexionado grandes partes del Territorio Palestino Ocupado y ha tomado medidas para anexionarse toda la Ribera Occidental (opinión consultiva, párrafos 162 a 173). Esta conducta infringe la prohibición de adquisición forzosa de territorio (opinión consultiva, párrafo 179). Sin embargo, además de esto, esta conducta desmiente la proposición de que el control efectivo por parte de Israel del Territorio Palestino Ocupado es un uso permisible de la fuerza en legítima defensa. La afirmación de un control permanente sobre territorio extranjero es incompatible con el objetivo de preservar la integridad territorial de un Estado, que es una de las justificaciones clave del derecho de legítima defensa. En lugar de preservar la integridad de su territorio, un Estado que utiliza la fuerza para anexionarse territorio extranjero pretende ampliarlo a expensas del gobierno local. Además, los requisitos de necesidad y proporcionalidad apuntan a medidas forzosas temporales que se adapten a la amenaza específica que plantea el ataque armado. Cuando el ataque armado está en curso, los requisitos de necesidad y proporcionalidad exigen la imposición de medidas coercitivas que puedan adaptarse a la naturaleza evolutiva del ataque y que permanezcan bajo constante revisión a la luz de las circunstancias. Por el contrario, la anexión de territorio tiene, por su naturaleza, vocación de permanencia. Así pues, cuando utiliza la fuerza para anexionarse territorio extranjero, la Potencia ocupante prevé que el ataque armado al que responde su fuerza será en sí mismo permanente, es decir, que seguirá produciéndose de forma perpetua.

27. El alcance territorial y temporal de la ocupación israelí también socava la proposición de que esta ocupación está justificada por motivos de legítima defensa. Como señala la opinión consultiva, Israel ha extendido su control efectivo a todo el Territorio Palestino Ocupado, la totalidad del territorio en el que se ejerce el derecho del pueblo palestino a la libre determinación (opinión consultiva, párrafo 262). Además, Israel mantiene el control del Territorio Palestino Ocupado desde hace más

que impliquen el uso de la fuerza". Véase también Institut de droit international, "Régime des représailles en temps de paix" (Relator N. Politis), *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1934, vol. 38, pág. 709, art. 4.

[168] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 103, párr. 194; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 245, párr. 41.

[169] Véase *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2003*, pág. 196, párr. 73.

de 57 años. Por supuesto, el derecho internacional no establece, ni podría establecer, límites territoriales y temporales categóricos al uso de la fuerza en legítima defensa, incluso en forma de ocupación. Dichos límites se determinan según el caso en función de los requisitos de necesidad y proporcionalidad. En virtud de esos requisitos, cabe esperar que se lleven a cabo operaciones selectivas, incluida la ocupación, en el territorio del que proceda el ataque armado y mientras este se produzca. Sin embargo, cuanto más tiempo pasa, menos verosímil es que se esté produciendo, o de hecho se siga produciendo, un ataque armado; y menos plausible es que la ocupación continuada de todo un territorio extranjero sea una medida de respuesta necesaria y proporcionada en virtud del derecho de legítima defensa. Esto sucede especialmente cuando esta ocupación se extiende a todo el territorio sobre el que una población ejerce su derecho a la libre determinación.

28. Por estas razones, considero que la continuación del control efectivo de Israel sobre el Territorio Palestino Ocupado carece de un fundamento jurídico válido. Por supuesto, Israel, como todos los Estados, tiene el derecho inherente de legítima defensa contra los ataques armados que se produzcan contra él. Sin embargo, hoy y en el futuro, los actos de Israel en legítima defensa deben ejercerse dentro de los límites del derecho internacional, y especialmente de acuerdo con los requisitos de necesidad y proporcionalidad, como es el caso de todos los Estados.

(Firmado) Hilary Charlesworth.

[Original: francés]

Declaración del Magistrado Brant

Conformidad con el razonamiento y las conclusiones de la Corte — Violación por Israel del artículo 3 de la Convención contra la Discriminación Racial — Segregación racial y apartheid *— Interpretación evolutiva — Elementos constitutivos del* apartheid *— Imposibilidad de hacer efectivo el derecho de un pueblo a la libre determinación bajo segregación racial o* apartheid *— Necesidad de cesar las violaciones del derecho internacional para garantizar la paz y la seguridad de Israel y Palestina.*

1. Quisiera manifestar de entrada que suscribo plenamente el razonamiento y las conclusiones de la Corte. Sin embargo, he considerado necesario profundizar en el aspecto de la opinión consultiva relativa a las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado que supuestamente constituyen segregación racial o *apartheid*.

2. En el párrafo 229 de la opinión consultiva, la Corte observa que "la legislación y las medidas de Israel imponen y sirven para mantener una separación casi total en la Ribera Occidental y Jerusalén Oriental entre las comunidades de colonos y las comunidades palestinas". Concluye que, "[p]or este motivo", Israel ha violado el artículo 3 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante "Convención contra la Discriminación Racial").

3. Israel ratificó la Convención Internacional contra la Discriminación Racial el 3 de enero de 1979. El artículo 3 de la Convención dispone que "los Estados partes condenan especialmente la segregación racial y el *apartheid* y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esta naturaleza".

4. Estoy de acuerdo con la conclusión de la Corte según la cual, al crear una separación física y jurídica dentro del Territorio Palestino Ocupado, Israel ha infringido el artículo 3 de la Convención contra la Discriminación Racial, que prohíbe el *apartheid* y la segregación racial. Sin embargo, dado que ninguno de estos dos conceptos está definido en la Convención, considero necesario hacer algunas observaciones al respecto.

5. El concepto de "segregación racial", interpretado de acuerdo con el significado ordinario de sus términos en su contexto y a la luz del objeto y el fin de la Convención contra la Discriminación Racial, significa separar a las personas, *de iure* o *de facto*, según criterios basados en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico.

6. En cuanto al "*apartheid*", en mi opinión, la aclaración de sus elementos constitutivos es indiscutiblemente importante, dada la gravedad de las prácticas de *apartheid*, cuya prohibición está establecida tanto en el derecho de los tratados como en el derecho internacional consuetudinario, y el hecho de que el crimen de *apartheid* está reconocido como un crimen de lesa humanidad cuya prohibición es una norma de *ius cogens* que crea derechos y obligaciones *erga omnes*.

7. En mi opinión, la Corte podría haber utilizado la interpretación evolutiva de los tratados para aclarar los elementos constitutivos de este delito. La Corte ya ha

adoptado anteriormente este enfoque al interpretar un instrumento convencional. En su opinión consultiva sobre Namibia, declaró que, "consciente de la necesidad primordial de interpretar un instrumento de conformidad con las intenciones de las partes en el momento de su conclusión, la Corte está obligada a tener en cuenta" la naturaleza evolutiva de las definiciones de ciertos conceptos y "no puede dejar de ser afectada por el desarrollo posterior del derecho" (*Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, opinión consultiva, *I. C.J. Reports 1971*, pág. 31, párr. 53). En un caso reciente, además, la Corte reconoció que la práctica y la interpretación posteriores de determinados Estados partes de un convenio son "pertinentes a la hora de interpretar sus disposiciones" (*Aplicación del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Ucrania c. Federación de Rusia)* , fallo de 31 de enero de 2024, párr. 93).

8. Tras la entrada en vigor de la Convención contra la Discriminación Racial el 4 de enero de 1969, dos instrumentos internacionales definieron y establecieron el *apartheid* como crimen de lesa humanidad: la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* (en adelante, "Convención sobre el *Apartheid*") y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, "Estatuto de Roma"). Israel no forma parte de ninguno de estos instrumentos.

9. No obstante, no puede pasarse por alto la práctica convencional de los 124 Estados partes en el Estatuto de Roma y de los 110 Estados partes en la Convención sobre el *Apartheid*. En mi opinión, constituye claramente una práctica pertinente para definir los elementos del *apartheid* tal y como se establecen en la Convención contra la Discriminación Racial. Quisiera añadir que los Estados partes en la Convención sobre el *Apartheid* — que entró en vigor el 18 de julio de 1976, siete años después de la Convención contra la Discriminación Racial— eran conscientes de la obligación preexistente de prohibir las prácticas de segregación racial y *apartheid* establecida en esta última, lo que se recuerda expresamente en el preámbulo de la Convención sobre el *Apartheid*. Además, por lo que respecta a la definición contenida en el Estatuto de Roma, aunque esta se elaboró en el contexto de la responsabilidad penal individual, no veo razón alguna para concluir que el *apartheid* deba definirse de forma diferente en relación con la responsabilidad internacional de los Estados.

10. La Convención sobre el *Apartheid* estipula que el crimen de *apartheid* se aplica a los "actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la denominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente". Por su lado, el Estatuto de Roma define el crimen de *apartheid* en su artículo 7 2) *h)* de la siguiente manera: "actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen". Así pues, tres elementos están presentes en ambas definiciones, a saber:

i) el elemento material constituido por la comisión de actos inhumanos;

ii) el elemento contextual de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre otro; y

iii) el elemento intencional constituido por la intención de mantener dicho régimen.

La Corte podría haber interpretado el artículo 3 de la Convención contra la Discriminación Racial basándose en los tres elementos comunes a ambos instrumentos. La pertinencia de dicha definición ha sido confirmada por la Comisión

de Derecho Internacional que, en su proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, reproduce textualmente la definición establecida en el Estatuto de Roma que comprende los tres elementos antes mencionados. Cabe señalar que el Estado de Israel no se opuso a esta definición [170].

11. Observo además que el artículo II de la Convención sobre el *Apartheid* establece que este crimen "incluirá las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial". La cuestión que se plantea, por tanto, es si debe interpretarse que el *apartheid*, en el sentido del artículo 3 de la Convención contra la Discriminación Racial, tiene un alcance más amplio que la segregación racial o si debe considerarse limitado a las prácticas de segregación. En este caso, la Corte determinó que las prácticas discriminatorias llevadas a cabo por Israel en el Territorio Palestino Ocupado han dado lugar a la separación física de las poblaciones (párrafo 227 de la opinión). Además, la política de asentamientos de Israel pretende fragmentar al pueblo y al territorio palestinos mediante el aislamiento de ciudades y pueblos entre sí (párrafos 164 y 238 de la opinión), lo que algunos participantes calificaron de "fragmentación estratégica". Esto constituye claramente segregación racial. La Corte observó además en la parte V de la opinión que también existe separación jurídica, así como innumerables violaciones de los derechos de los palestinos en beneficio de los asentamientos israelíes establecidos en el territorio ocupado y del propio Estado de Israel. En resumen, la Corte concluyó que Israel ha violado el artículo 3 de la Convención contra la Discriminación Racial, pero no consideró necesario en este caso definir los conceptos de segregación racial y *apartheid*.

12. En cualquier caso, un régimen de segregación racial o *apartheid* hace imposible el cumplimiento del derecho del pueblo palestino a la libre determinación. Como señalaron debidamente algunos participantes, el carácter discriminatorio de estas políticas y prácticas suprime la igualdad, la identidad y la dignidad que constituyen el núcleo de la libre determinación.

13. Además, aunque considero que las necesidades de seguridad de Israel son legítimas, esto no justifica ni las políticas ni las medidas de segregación o *apartheid*. Por el contrario, exigir el respeto del derecho internacional, y de sus normas imperativas en particular, así como de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, redunda en el interés último de Israel. La ocupación prolongada, los asentamientos progresivos y la anexión de tierras ocupadas, así como la legislación y las medidas discriminatorias que los acompañan, socavan el derecho —igualmente legítimo— de Palestina a la seguridad. Solo el respeto del derecho internacional puede traer la paz a los dos pueblos y una seguridad duradera para Israel y Palestina. La justicia, la paz y la seguridad no pueden esperar más.

(Firmado) Leonardo Brant.

---

[170] Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos, las organizaciones internacionales y otros interesados, 21 de enero de 2019, doc. A/CN.4/726, *ILC Draft Articles on Crimes Against Humanity - Israel's initial comments and observations*, 30 de noviembre de 2018, párr. 5.

[Original: francés]

Opinión separada del Magistrado Gómez Robledo

*Eficacia de la opinión consultiva para las Naciones Unidas — Condición de Estado de Palestina: condiciones exigidas por el derecho internacional — Reconocimiento del derecho a la libre determinación como norma imperativa de derecho internacional (*ius cogens*): de la ocupación ilegal a la dominación extranjera de conformidad con la resolución 1514 (XV).*

1. Suscribo plenamente todas las conclusiones de la Corte según las cuales la presencia continuada de Israel en el Territorio Palestino Ocupado es ilegal; Israel tiene la obligación de poner fin a su presencia ilegal en el Territorio Palestino Ocupado lo antes posible; debe cesar inmediatamente todas las nuevas actividades de asentamiento, evacuar a todos los colonos del Territorio Palestino Ocupado y reparar los daños causados a todas las personas físicas o jurídicas afectadas en dicho Territorio (véase el párrafo 285 3), 4), 5) y 6)). También apoyo las conclusiones de la Corte de que todos los Estados tienen la obligación de no reconocer y no prestar ayuda o asistencia para mantener la presencia ilegal de Israel en el Territorio Palestino Ocupado (véase el párrafo 285 7)). Por último, estoy totalmente de acuerdo en que las organizaciones internacionales, incluidas las Naciones Unidas, tienen la obligación de no reconocer y en que la Asamblea General y el Consejo de Seguridad deben estudiar las modalidades precisas y qué otras medidas son necesarias para poner fin lo antes posible a la presencia ilegal de Israel en el Territorio Palestino Ocupado (véase el párrafo 285 8) y 9)).

2. Si bien la opinión consultiva responde sin duda a las expectativas suscitadas, me gustaría no obstante subrayar la importancia de su efecto en lo que respecta al papel de las Naciones Unidas en la contribución a la solución de la situación en Palestina. Por supuesto, no corresponde a la Corte indicar a la Asamblea General cómo reactivar el proceso de paz y poner fin al conflicto israelo-palestino, y la Corte, con razón, recuerda a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad sus responsabilidades (párrafos 281 y 285 9)). La Corte debe alentar a las Naciones Unidas a redoblar sus esfuerzos, como hizo en el procedimiento consultivo sobre las Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado (*I.C.J. Reports 2004 (I)*, págs. 200 y 201, párrs. 161 y 162) y como recuerda hoy en la presente opinión consultiva (párrafo 282). Sin embargo, la Corte debe garantizar que su opinión consultiva pueda ser plenamente eficaz. En otras palabras, los órganos políticos de las Naciones Unidas deben poder utilizar plenamente esta opinión para buscar una solución justa y definitiva al conflicto, de conformidad con el derecho internacional.

A este respecto, convendría profundizar en dos aspectos del razonamiento de la Corte, con la esperanza de que el análisis que figura a continuación permita ampliar el alcance de la opinión consultiva.

3. El primer aspecto es la cuestión de la condición de Estado de Palestina, que, en mi opinión, está fuera de toda duda; el segundo aspecto se refiere a la caracterización del derecho a la libre determinación como norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

I. Condición de Estado de Palestina

4. La opinión consultiva debería haber sido explícita con respecto a la condición de Estado de Palestina. En las resoluciones de las Naciones Unidas es habitual afirmar que la solución del conflicto pasa por "la solución biestatal" o "la solución biestatal de Israel y Palestina, en la que Israel y Palestina viven uno junto al otro en paz y seguridad dentro de fronteras reconocidas" (véanse, por ejemplo, A/RES/78/78[171] y S/RES/2735 (2024)[172]). Sin embargo, el uso de ese lenguaje o del adoptado por la Corte en su opinión —a saber, "incluido el derecho del pueblo palestino a un Estado independiente y soberano, que conviva en paz con el Estado de Israel dentro de fronteras seguras y reconocidas para ambos Estados" (párrafo 283)— parece poner en duda la existencia de Palestina como Estado en la actualidad, como si ese Estado tuviera que *crearse* o *formarse* en un futuro cuando menos incierto, más allá de las negociaciones encaminadas a lograr una paz justa y duradera en el conflicto israelo-palestino. Este tipo de lenguaje contribuye a hacer aún más desigual la situación de una de las partes (Palestina) con respecto a la otra (Israel), y distorsiona desde el principio los parámetros de las negociaciones que deberán tener lugar entre ellas. Sin embargo, al igual que la existencia de Palestina ya no debería cuestionarse, tampoco debería seguir debatiéndose la personalidad jurídica de Palestina, como Estado con el que Israel deberá mantener relaciones amistosas y de vecindad. La ambigüedad inherente a las palabras "su derecho a un Estado independiente y soberano" es un obstáculo más para la plena aplicación del derecho del pueblo palestino a la libre determinación, en la medida en que contribuye indirectamente a la posición de que la proclamación del Estado de Israel el 14 de mayo de 1948 se hizo de alguna manera respecto de un territorio que no pertenecía a nadie o *terra nullius*[173], ya que los Estados árabes habían rechazado el Plan de Partición de las Naciones Unidas en la resolución 181 (II) de la Asamblea General de 1947, y los derechos del Reino Unido como Potencia mandataria habían cesado el 15 de mayo de 1948, fecha en la que se marchó su Alto Comisionado, lo que señaló el final del Mandato Británico de Palestina[174]. ¿Es necesario recordar que, durante ese Mandato, Palestina tenía un gobierno, una policía, una moneda y leyes que procedían de un marco "constitucional" que se remontaba a 1922, aunque correspondiera al Reino Unido promulgar todas esas disposiciones?

5. Esta corriente de opinión, que prevalece hoy en Israel en virtud de los partidos políticos que representan posiciones religiosas extremistas, pretende que la práctica de colonizar grandes franjas del Territorio Palestino Ocupado se justifica

[171] Disponible en: https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n23/398/15/pdf/n2339815.pdf.

[172] Disponible en: https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/165/15/pdf/n2416515.pdf.

[173] Sobre el concepto de *terra nullius*, véase *Sahara Occidental*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, págs. 38 y 39, párrs. 79 y 80.

[174] Véase el principio básico 1 *a)* de la Ley Básica: Israel, Estado Nación del Pueblo Judío, de julio de 2018, modificada en mayo de 2022, que proclama que la "Tierra de Israel es la patria histórica del pueblo judío, en la que se estableció el Estado de Israel". El principio básico 1 *c)* de la Ley también establece que la "realización del derecho a la libre determinación en el Estado de Israel *es exclusiva del Pueblo Judío*" [sin cursiva en el original]. Disponible en inglés en: https://main.knesset.gov.il/EN/activity/documents/BasicLawsPDF/BasicLawNationState.pdf. Véanse también las declaraciones de Golda Meir, la cuarta Primera Ministra de Israel, quien afirmó que "[n]o existía un pueblo palestino en Palestina y nosotros llegamos y lo echamos y le quitamos su país. No existían", disponible en https://www.jewishvirtuallibrary.org/golda-meir-quotes-on-israel-and-judaism. Véase también *The New York Times*, "A talk with Golda Meir", donde reafirma su postura de que "nunca hubo una nación palestina", disponible en: https://www.nytimes.com/1972/08/27/archives/a-talk-with-golda-meir.html. Por último, véase el discurso más reciente de la Ministra de Asentamientos y Misiones Nacionales, Orit Strook, ante la Knéset, en el que afirma que "no existe un pueblo palestino, no existe tal pueblo", disponible en: https://x.com/MiddleEastEye/status/176027 3162976059627.

simplemente por el plan divino de la tierra prometida a Abraham y a sus descendientes, hasta el punto de que desde 1967 no se hace referencia a la Ribera Occidental por su nombre como tal, sino, por el contrario, por los topónimos bíblicos de Judea y Samaria.

6. Por supuesto, podría argumentarse que la condición de Estado de Palestina está implícita en las numerosas resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, ya que recomiendan que la solución del conflicto se base en la existencia de "dos Estados".

Sin embargo, Israel ha hecho y sigue haciendo todo lo que está en su mano para dejar de lado los compromisos que adquirió en virtud del Plan de Partición de 1947 —en el que se basó su declaración de independencia— y de los Acuerdos de Oslo de 1993 y 1995. El proceso de paz no puede ser el mismo cuando la Potencia ocupante no acepta la personalidad jurídica de Palestina, afirma que el Cuarto Convenio de Ginebra no se aplica al Territorio Palestino Ocupado y, además, niega que el territorio esté ocupado. Este intento de hacer invisible a Palestina, hasta el punto de negar su existencia, es, en mi opinión, un impedimento más al derecho del pueblo palestino a la libre determinación. Peor aún, esta forma de negación se hace claramente eco de los argumentos de los protagonistas de la conquista de América en el siglo XVI, argumentos que fueron invalidados en su momento por el célebre Francisco de Vitoria, quien se negó a aceptar que el nuevo continente pudiera considerarse *res nullius* por estar habitado por personas sin civilización[175]. Tanto para Vitoria como para Bartolomé de Las Casas, las poblaciones indígenas eran las verdaderas propietarias de las tierras codiciadas por los españoles[176].

Por lo tanto, habría sido útil que la corte hubiera declarado expresamente que la existencia del Estado palestino está establecida en virtud del derecho internacional, al igual que lo hizo con respecto al pueblo palestino cuando observó que su existencia "ya no está en cuestión" y que "[d]icha existencia ha sido además reconocida por Israel en el canje de cartas de 9 de septiembre de 1993 entre el Sr. Yasser Arafat, Presidente de la Organización de la Liberación de Palestina (OLP), y el Sr. Yitzhak Rabin, Primer Ministro israelí" (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, págs. 182 y 183, párr. 118) [177] . No olvidemos que la Autoridad Palestina pudo establecerse en Gaza en virtud de los citados Acuerdos de Oslo y que la toma de este territorio por Hamás en junio de 2007 es una cuestión interna de Palestina y no supuso ninguna cesión de soberanía, ya que Israel, además, se había retirado de esta parte del Territorio Palestino Ocupado en 2005, aunque conservó el control efectivo sobre ella (párrafos 93 y 94). Lo anterior no puede entenderse en el sentido de que se haya alcanzado plenamente el derecho del pueblo palestino a la libre determinación. Como ha observado la Corte, Israel ha violado y sigue violando ese derecho. Sin embargo, afirmar que ese derecho incluye el derecho a un Estado soberano e independiente

[175] M. Rodríguez Molinero, *La doctrina colonial de Francisco de Vitoria o el derecho de la paz y de la guerra. Un legado perenne de la escuela de Salamanca*, Librería Cervantes, Salamanca, 1993, págs. 55 a 68.

[176] G.C. Marks, "Indigenous Peoples in International Law: the significance of Francisco de Vitoria and Bartolomé de Las Casas", *Australian Yearbook of International Law*, vol. 13 (1991), págs. 35 a 51.

[177] En este contexto, cabe recordar que, en su Declaración de Independencia de 14 de mayo de 1948, Israel se declaró "dispuesto a cooperar con los organismos y representantes de las Naciones Unidas en la aplicación de la resolución de la Asamblea General de 29 de noviembre de 1947", a saber, el Plan de Partición que reconoce la existencia de dos pueblos, judío y palestino, y prevé la creación de dos "Estados árabes y judíos independientes y [un] Régimen Internacional Especial para la Ciudad de Jerusalén" (véase A/RES/181(II) B, párr. 3).

tiene como efecto reducirlo, en el mejor de los casos, a un derecho *in statu nascendi* (véanse los párrafos 237 y 283).

7. A este respecto, cabe señalar que la condición de Estado de Palestina, cuya existencia fue proclamada el 15 de noviembre de 1988 por el Consejo Nacional Palestino sobre la base de la resolución 181 (II) antes mencionada [178], es una realidad para la gran mayoría de los Estados, ya que así lo reconoce la Asamblea General en su resolución 43/177 de 15 de diciembre de 1988. En 2012, mediante la resolución 67/19, la Asamblea General concedió a Palestina la condición de Estado observador no miembro de las Naciones Unidas, mientras que la Autoridad Palestina, como representante del pueblo palestino, ejerce su autoridad en determinadas partes del territorio palestino desde 1993.

8. Más recientemente, el 1 de mayo de 2024, la Asamblea General, en virtud de la resolución 76/262[179], debatió el veto emitido por los Estados Unidos en el Consejo de Seguridad el 18 de abril de 2024 que, a pesar del apoyo de 12 miembros y la abstención del Reino Unido y Suiza, impidió la adopción del proyecto de resolución S/2024/312 presentado por Argelia en el que se recomendaba la admisión del Estado de Palestina en las Naciones Unidas. Durante el debate, los Estados Unidos declararon que el voto en cuestión no reflejaba la oposición a la creación de un Estado palestino, sino el reconocimiento de que solo puede surgir de negociaciones entre las dos partes (véase Asamblea General, debate sobre el veto de los Estados Unidos al proyecto de resolución presentado por Argelia sobre la admisión del Estado de Palestina en las Naciones Unidas, septuagésimo octavo período de sesiones, 74ª y 75ª sesiones plenarias). Cabe recordar que la Corte se pronunció sobre esta cuestión en su opinión consultiva sobre las condiciones de admisión de un Estado como miembro de las Naciones Unidas en virtud del Artículo 4 de la Carta, en la que consideró que

> “n Miembro de las Naciones Unidas llamado, en virtud del Artículo 4 de la Carta, a pronunciarse por su voto en el Consejo de Seguridad o en la Asamblea General sobre la admisión de un Estado en las Naciones Unidas, no está jurídicamente facultado para hacer depender su asentimiento, a esta admisión, de condiciones no expresamente previstas en el párrafo 1 del citado Artículo” (*Condiciones de admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas (Artículo 4 de la Carta)*, opinión consultiva, 1948, *I.C.J. Reports 1947-1948*, pág. 65, parte dispositiva, párr. 1).

9. Esta opinión fue aplicada por la Asamblea General, que aprobó la resolución 506 (VI) titulada “Admisión de nuevos Miembros, incluso el derecho de los Estados candidatos para presentar las pruebas de las condiciones exigidas por el Articulo 4 de la Carta”, de fecha 1 de febrero de 1952, y en la que establece que el juicio de las Naciones Unidas sobre la admisión de un Estado

> “debe basarse sobre hechos tales como el mantenimiento de relaciones amistosas con los otros Estados, el cumplimiento de las obligaciones internacionales y la constancia de la voluntad del Estado respectivo de someter las reclamaciones o controversias internacionales a los medios pacíficos de arreglo establecidos por el derecho internacional, y de su disposición actual de hacerlo así”

y no en cualquier otra condición (A/RES/506 (VI) A). Palestina cumple plenamente estas condiciones.

[178] Véase la Declaración de Independencia de Palestina, Argel, 15 de noviembre de 1988.

[179] La resolución 76/262 exige que la Asamblea General se reúna en un plazo de diez días laborables cada vez que se produzca un veto en el Consejo de Seguridad que impida la aprobación de un proyecto de resolución (A/RES/76/262).

10. Tras el fracaso en la aprobación del proyecto de resolución S/2024/312 antes mencionado, el 10 de mayo de 2024 la Asamblea General aprobó la resolución ES-10/23 con 143 votos a favor, es decir, dos tercios de los Estados Miembros. En virtud de esta resolución, la Asamblea General decide ampliar los derechos de Palestina como Estado observador y subraya "su convencimiento de que el Estado de Palestina cumple plenamente las condiciones necesarias para ser Miembro de las Naciones Unidas conforme al Artículo 4 de la Carta".

11. La Corte Penal Internacional (CPI), por su parte, recibió la invitación del Fiscal para pronunciarse sobre el alcance de su competencia territorial en Palestina, tras la decisión de Palestina de 22 de mayo de 2018 de remitirle la situación allí, habiéndose adherido el Estado palestino al Estatuto de Roma el 2 de enero de 2015. En su decisión de 5 de febrero de 2021, la Sala de Cuestiones Preliminares I consideró que la CPI podía ejercer su competencia penal sobre la situación en cuestión y determinó que su competencia territorial se extendía a Gaza y la Ribera Occidental, incluido Jerusalén Oriental[180]. Si bien es cierto que la CPI se cuidó de señalar que su mandato no le permitía pronunciarse sobre la condición de Estado de Palestina, esta decisión confirma, no obstante, que Palestina no puede ser tratada de otro modo que como Estado según el derecho internacional.

12. Todo lo anterior sirve para reforzar la idea de que Palestina es una entidad estatal capaz de cumplir las obligaciones contenidas en la Carta. Cabe señalar a este respecto que la historia de las Naciones Unidas demuestra que pueden admitirse Miembros aunque su condición de Estado aún no se haya conseguido plenamente, como fue el caso de la India[181]. Durante mucho tiempo existieron dudas sobre si un microestado concreto cumplía todos los criterios para identificarse como Estado según el derecho internacional y, en consecuencia, si ese Estado podía ser admitido en las Naciones Unidas, por tener una base territorial extremadamente pequeña y el ejercicio de importantes competencias soberanas delegadas en otro Estado [182] . Finalmente, todos los que lo han solicitado han sido admitidos en las Naciones Unidas.

13. Como ya he dicho, estoy convencido de que Palestina debe considerarse un Estado según el derecho internacional. El artículo 1 de la Convención de Montevideo de 1933 sobre los Derechos y Deberes de los Estados, en vigor desde el 26 de diciembre de 1934, establece que "[e]l Estado, como persona de derecho internacional, debe reunir las siguientes condiciones: a) una población permanente; b) un territorio determinado; c) Gobierno; y d) capacidad para entrar en relaciones con los demás Estados". La cuestión de la falta de control efectivo de Palestina sobre la totalidad del territorio palestino no desvirtúa en absoluto el hecho de que Palestina cumpla los criterios para identificarse como Estado, tal y como se definen en la

[180] Corte Penal Internacional, *Decision on the 'Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine'*, ICC-01/18, 5 de febrero de 2021, pág. 55, párr. 118.

[181] La India se considera Miembro fundador de las Naciones Unidas y participó en la Conferencia de San Francisco de 1945, aunque no obtuvo su independencia hasta 1947. Según un comentario sobre el Artículo 4 de la Carta de las Naciones Unidas, "[e]n primer lugar se establece que el candidato debe ser un Estado. Sin embargo, la Carta no proporciona ninguna definición de Estado". No obstante, la India, que alcanzó la independencia en 1947, participó en la Conferencia de San Francisco de 1945, porque ya estaba claro que "la India, Ucrania y Belarús serían admitidos como Miembros fundadores, mientras que su condición de Estados soberanos estaba abierta a debate" (J.-P. Cot, A. Pellet y M. Forteau, *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Economica, París, 2005, pág. 521).

[182] Es el caso, por ejemplo, del Estado de la Ciudad del Vaticano o del Principado de Mónaco. La personalidad jurídica internacional de la primera viene ejercida por la Santa Sede en virtud de los Pactos de Letrán de 1929, y varias competencias estatales de la segunda están ejercidas hasta hoy por Francia en virtud de numerosos acuerdos bilaterales.

Convención de Montevideo. La falta de control de un Estado sobre parte de su territorio no afecta directamente a su condición de Estado. El difunto James Crawford parece reconocer que después de 1993, en virtud de los Acuerdos de Oslo, y con todas las limitaciones conocidas, se produjo cierta transferencia de control territorial a la Autoridad Palestina en las denominadas zonas A y B de la Ribera Occidental [183]. Sostiene, además, que no existe ninguna norma de derecho internacional que prescriba una superficie mínima de territorio para un Estado [184]. Un Estado puede existir incluso cuando otro Estado reclama su territorio, y no desaparece cuando pierde el control sobre parte de su territorio[185]. La existencia del Estado palestino no debe ponerse en duda, como tampoco la posibilidad de que sea admitido como Estado Miembro de pleno derecho de las Naciones Unidas. El distinguido jurista australiano concluye su análisis con lo que es, en mi opinión, una reflexión muy pertinente, en la que la Corte debería haberse inspirado:

> "Puede llegar un momento en que el derecho internacional esté justificado para considerar hecho lo que debería haberse hecho, si la razón por la que no se ha hecho es el grave perjuicio causado a otro. El principio de que un Estado no puede ampararse en su propio comportamiento ilícito para eludir las consecuencias de sus obligaciones internacionales es susceptible de aplicaciones novedosas, y pueden imaginarse circunstancias en las que la comunidad internacional tendría derecho a tratar a un nuevo Estado como existente en un territorio determinado, a pesar de los hechos" [186].

14. Además, cabe recordar que la existencia de un Estado no depende del reconocimiento por parte de otros Estados ni de cualquier organización internacional. El reconocimiento de un Estado por otro solo tiene efecto declarativo. No constituye al Estado, no lo crea, sino que "significa simplemente que el Estado que la reconoce acepta la personalidad del otro con todos los derechos y deberes determinados por el derecho internacional" (artículo 6 de la Convención de Montevideo anteriormente citada). El artículo 13 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, por su parte, confirma el carácter declarativo del reconocimiento cuando dispone que "[l]a existencia política del Estado es independiente del reconocimiento por otros Estados". Esta creencia no se limita al derecho internacional regional y al mundo académico. Cuando empezaban a surgir nuevos Estados tras la descolonización, el profesor Marcel Sibert afirmó que

> "[d]e la circunstancia de que el reconocimiento es declarativo y no puede conferir en modo alguno personalidad jurídica internacional, se deduce que no puede denegarse arbitrariamente sin que el Estado que se niega infrinja por ello el derecho internacional [...]. Del hecho de que el reconocimiento sea declarativo y no susceptible de conferir algo, debe deducirse también que el reconocimiento no puede ser condicional"[187].

15. No obstante, el reconocimiento puede reforzar la legitimidad de un Estado y su capacidad de acción a escala internacional, lo que no es poco, como en el caso de Palestina. De hecho, la mayoría de los Estados (149 hasta la fecha) ya han reconocido unilateralmente a Palestina como Estado. Además, Palestina mantiene relaciones bilaterales con más de 140 Estados y es parte en un centenar de convenios multilaterales. Por lo tanto, no entiendo la excesiva cautela de la Corte a este respecto.

---

[183] J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2ª ed., Oxford Public International Law, 2007, pág. 442.

[184] J. Crawford, "State", en *Max Planck Encyclopaedia of International Law*, párr. 15.

[185] *Ibid.*, párr. 19.

[186] J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2ª ed., Oxford Public International Law, 2007, págs. 447 y 448.

[187] M. Sibert, *Traité de droit international public: le droit de la paix*, Dalloz, París, 1951, pág. 192.

16. Sin embargo, la cuestión que debería haber desarrollado la Corte es la de la *consolidación y viabilidad del Estado de Palestina*. La opinión consultiva podría haber tenido en cuenta la situación actual reconociendo que lo importante actualmente es consolidar el Estado de Palestina y hacerlo viable, en particular mediante la resolución a través de negociaciones de la cuestión de las fronteras, el reparto de los recursos naturales, el regreso de los refugiados y la reparación de los actos ilícitos cometidos por Israel, pero sin utilizar un lenguaje ambiguo que ponga en duda la existencia, según el derecho internacional, del Estado de Palestina.

17. Para concluir, la Corte debería haber aprovechado la oportunidad que le brindaba esta opinión consultiva para pronunciarse definitivamente sobre la condición de Estado de Palestina. Una declaración de este tipo habría hecho plenamente eficaz la opinión consultiva, con el fin de iniciar negociaciones entre dos Estados, en pie de igualdad, en las mejores condiciones posibles y sin posibilidad de cuestionar si, a pesar de una ocupación prolongada que ha conducido a la anexión de grandes franjas de territorio palestino, Palestina, como sujeto de pleno derecho del derecho internacional, es un hecho establecido que debería estar fuera de toda duda jurídica.

II. El derecho a la libre determinación como norma de *ius cogens*

18. La Corte consideró que, "en casos de ocupación extranjera como el presente, el derecho a la libre determinación constituye una norma imperativa de derecho internacional" (párrafo 233). Este derecho se deriva de la Carta de las Naciones Unidas (Artículo 1, párrafo 2, y Artículos 55 y 56, que prevén el desarrollo de relaciones internacionales basadas en el respeto de los derechos humanos y la libre determinación). Se desarrolló en la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General y en el principio VII de la resolución 1541 (XV) sobre descolonización, ambas de 1960. La resolución 2621 (XXV) de la Asamblea General de 1970 declara que "la continuación del colonialismo en todas sus formas y manifestaciones es un crimen que viola la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales y los principios del derecho internacional" (A/RES/2621 (XXV)). Por su lado, en la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, que se adjunta a la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de 1970, se hace referencia a la importancia del derecho a la libre determinación como principio fundamental del derecho internacional.

19. Así pues, el derecho de los pueblos a la libre determinación emana, en gran medida, del parlamento universal que es la Asamblea General de las Naciones Unidas. En este contexto, creo que merece la pena recordar la cuestión, todavía muy pertinente, del valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas. El gran jurista mexicano Jorge Castañeda nos dice que:

> "[n]o existe ninguna razón esencial por la que otros órganos internacionales, ampliamente representativos, no puedan expresar válidamente, en nombre de la comunidad internacional, lo que esta considera derecho internacional en un momento dado [...] Las resoluciones de la Asamblea *no crean la ley, pero pueden demostrar, con autoridad, que existe"*[188].

[188] J. Castañeda, "Valeur juridique des résolutions des Nations Unies", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 129, pág. 317, 1970.

20. Antonio Gómez Robledo, por su parte, adoptando el concepto de dualidad de funciones querido por Georges Scelle, señala que la Asamblea General, en forma de resolución que *stricto sensu* tiene la condición de recomendación, da lugar a una fuente del derecho internacional tan auténtica como la de la costumbre y que, dada la extraordinaria rapidez de los modernos medios de comunicación, no tiene por qué ajustarse al antiguo y lento ritmo de la costumbre tradicional. Sobre esta base, se pregunta cómo puede haber alguna duda de que el derecho a la libre determinación emana de una fuente auténtica del derecho internacional, cuando es la conciencia jurídica de la humanidad la que lo reconoce y proclama[189].

En cuanto a la identificación de las normas de *ius cogens*, Antonio Gómez Robledo también manifiesta lo siguiente:

> "Por nuestra parte, pensamos que no es posible que todas las resoluciones de la Asamblea General estén dotadas del carácter de *ius cogens* [...] , pero solo aquellas resoluciones que son hasta cierto punto legislativas y abordan los más altos intereses de la comunidad internacional [...] Así pues, las resoluciones de la Asamblea General no tendrían la condición de fuente generadora [...] sino la de fuente testimonial. La resolución 1514 (XV), por ejemplo, sería una buena prueba de ello. Cuando durante 15 años (1945-1960) una abrumadora mayoría de Estados Miembros de las Naciones Unidas abogó por la descolonización y la consagración del derecho a la libre determinación de los pueblos, la resolución de la Asamblea General se limita a autentificar una costumbre internacional que no carece ni de *diuturnitas* ni de *opinio iuris"*[190].

21. La Corte ha declarado anteriormente que el derecho de los pueblos a la libre determinación es un derecho fundamental que crea una obligación que, por su propia naturaleza, concierne a todos los Estados y, por lo tanto, tiene carácter *erga omnes* (véase *Timor Oriental (Portugal c. Australia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1995*, pág. 102, párr. 29, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 199, párr. 155 y *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2019 (I)*, pág. 139, párr. 180). Lo reitera una vez más en los presentes procedimientos, y también se refiere a la prohibición de la adquisición de territorio por la fuerza y a determinadas obligaciones que incumben a Israel en virtud del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos como obligaciones *erga omnes* (párrafo 274).

22. Aunque, en el pasado, la Corte no ha caracterizado expresamente el derecho a la libre determinación como *ius cogens*, dicha caracterización ya podía inferirse de las consecuencias jurídicas identificadas repetidamente por la Corte como resultado de su violación, como la obligación de no reconocer la situación ilegal ni prestar ayuda o asistencia para mantenerla y de cooperar para ponerle fin (véase, por ejemplo, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 200, párr. 159 y *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2019 (I)*, pág. 139, párrs. 180 y 182). La Corte ha establecido estas consecuencias en los presentes procedimientos, vinculándolas a la naturaleza y la importancia de los derechos y las obligaciones en cuestión, que exigen a todos los Estados "no reconocer como legal la situación derivada de la presencia ilegal de Israel en el Territorio Palestino Ocupado" y "no

[189] A. Gómez Robledo, *El derecho de autodeterminación de los pueblos y su campo de aplicación* , Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, Undécimo Congreso, Madrid, 4 a 12 de octubre de 1976, pág. 19.

[190] A. Gómez Robledo, "Le *ius cogens* international, sa genèse, sa nature, ses fonctions", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 172 (III), págs. 174 a 177, 1981.

prestar ayuda ni asistencia para mantener la situación creada por la presencia ilegal de Israel" (párrafo 279, véase también el párrafo 275). Sin embargo, es lamentable que la Corte no haya establecido directamente el vínculo entre la conclusión de que el derecho a la libre determinación tiene la condición de norma imperativa y las consecuencias de su violación.

23. En este sentido, las consecuencias identificadas por la Corte derivadas de las violaciones del derecho a la libre determinación, estudiadas a la luz de las obligaciones *erga omnes*, están en consonancia con lo dispuesto en el artículo 41, párrafos 1 y 2, de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[191].

24. En este contexto, cabe recordar que, en la conclusión 19 de su Proyecto de conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, la "CDI") abordó las consecuencias específicas de las violaciones graves de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), a saber, la obligación de cooperar, la obligación de no reconocer y la de no prestar ayuda ni asistencia para mantener una situación creada por una violación grave de dichas normas[192]. La CDI también reconoció el carácter imperativo del derecho a

[191] Artículo 41:

> "1. Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40.
>
> 2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación."

En su comentario sobre el artículo 40, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) observó que "también parecer ser aceptado generalmente el carácter imperativo de ciertas otras normas" y "merece ser mencionada la obligación de respetar el derecho a la libre determinación" (artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y comentario conexo, comentario sobre el artículo 40, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001, pág. 113, párrafo 5). La CDI también se refirió al caso de Timor Oriental, en el que la Corte dictaminó que "[e]l principio de la libre determinación de los pueblos [...] fundamentales del derecho internacional contemporáneo" (*Timor Oriental (Portugal c. Australia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1995*, pág. 102, párr. 29), que, según la CDI, " da lugar a la obligación de la comunidad internacional en su conjunto de permitir y respetar su ejercicio" (artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y comentario conexo, comentario sobre el artículo 40, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001, vol. II, parte 2, pág. 113, párr. 5).

Véase también el artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: "Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general". En su comentario sobre el artículo 26, la CDI afirmó que "[l]as normas imperativas que son claramente aceptadas y reconocidas comprenden las prohibiciones de agresión, genocidio, esclavitud, discriminación racial, delitos contra la humanidad y tortura, y el derecho a la libre determinación" (artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y comentario conexo, comentario sobre el artículo 26, pág. 85, párr. 5).

[192] En el comentario sobre el proyecto de conclusión 19 mencionado anteriormente, la CDI señalaba lo siguiente:

> "Si bien en ambas opiniones consultivas sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado* y sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965* la Corte no hace una referencia explícita a normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), las normas a las que la Corte atribuyó el deber de cooperar para poner fin a violaciones graves tienen carácter imperativo".

Explica que existe un "solapamiento significativo entre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y las obligaciones *erga omnes* de tal manera que la deducción de que la Corte en estas decisiones se refería a normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) no está injustificada" (véase el Proyecto de conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional

la libre determinación al incluirlo en su lista no exhaustiva de normas imperativas de derecho internacional general en el anexo a la conclusión 23 de su Proyecto de conclusiones antes mencionado[193].

25. Son precisamente las consecuencias jurídicas de la violación del derecho a la libre determinación las que abogan a favor de que ese derecho sea reconocido como norma jerárquicamente superior, y no el hecho de que se trate de obligaciones *erga omnes* que dan lugar a legitimación pero que no crean, como tales, normas imperativas. Por este motivo, la Corte da un paso fundamental en esta opinión consultiva, aunque todavía parece contenerse en cierta medida a este respecto.

26. En términos más generales, la opinión de la Corte parte de una observación sobre la "posición central" del derecho a la libre determinación en el derecho internacional. Cabe señalar que la referencia a una situación de ocupación extranjera (párrafo 233) tiene el mérito de remitir la cuestión al núcleo mismo de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales (resolución 1514 (XV)), que declara que "[l]a sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales". Así pues, una ocupación extranjera prolongada, como la que se examina en estos procedimientos, se convierte en dominación extranjera en el sentido de la resolución 1514 (XV) y, por lo tanto, justifica que el derecho a la libre determinación se eleve al nivel de norma imperativa de derecho internacional.

27. Además, la Corte ha reconocido desde hace tiempo que normas como la prohibición del genocidio y la tortura son *ius cogens* (véase *Actividades armadas en el territorio del Congo (nueva demanda: 2002) (República Democrática del Congo c. Rwanda)*, competencia y admisibilidad, fallo, *I.C.J. Reports 2006*, pág. 32, párr. 64 y pág. 52, párr. 125; *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)* , fallo, *I.C.J. Reports 2007 (I)*, pág. 111, párr. 161; Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia), fallo, *I.C.J. Reports 2015 (I)*, pág. 47, párr. 87; *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012 (II)*, pág. 457, párr. 99. Véase también *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)* , fallo, *I.C.J. Reports 2012 (I)*, pág. 140, párr. 93, donde la Corte aborda la relación entre el *ius cogens* y la regla de inmunidad del Estado).

28. En conclusión, al atribuir todas las consecuencias de una violación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) a las violaciones

general (*ius cogens*), con sus comentarios, comentario sobre el proyecto de conclusión 19, pág. 72, párr. 6).

[193] Conclusión 23. Lista no exhaustiva.

"Sin perjuicio de la existencia o la aparición ulterior de otras normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), en el anexo del presente proyecto de conclusiones figura una lista no exhaustiva de normas a las que la Comisión de Derecho Internacional se ha referido anteriormente como normas que han obtenido dicho estatus".

Anexo

a) La prohibición de la agresión;
b) la prohibición del genocidio;
c) la prohibición de los crímenes de lesa humanidad;
d) las normas básicas del derecho internacional humanitario;
e) la prohibición de la discriminación racial y el *apartheid*;
f) la prohibición de la esclavitud;
g) la prohibición de la tortura;
h) el derecho a la libre determinación."

múltiples y continuas por parte de Israel del derecho del pueblo palestino a la libre determinación, la Corte se sitúa sin ambigüedad del lado de

> "[la] garantía colectiva del respeto de las normas consideradas esenciales para el mantenimiento de los valores de la comunidad internacional en un determinado momento de su desarrollo como entidad de derecho, [que] es el único resultado lógico habida cuenta de la importancia que se concede a estas normas. Esto es coherente con la evolución de la legislación sobre derechos humanos"[194].

De este modo, la Corte otorga a la primacía del derecho a la libre determinación toda su importancia y peso en la jerarquía de los derechos y deberes fundamentales que estructuran el orden internacional contemporáneo. Esto es primordial y debe recordarse en todo momento y lugar a todas las personas.

Además, la Corte también confiere al derecho de los pueblos a la libre determinación su plena naturaleza axiológica, como concepto que refleja y, al mismo tiempo, inspira una visión del mundo.

(Firmado) Juan Manuel Gómez Robledo.

---

[194] J. M. Gómez Robledo, "L'avis de la Cour internationale de Justice sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé", *Revue générale de droit international public*, julio a septiembre de 2005, núm. 3, pág. 534.

[Original: inglés]

Opinión separada de la Magistrada Cleveland

Los pueblos de Palestina e Israel tienen derecho a la libre determinación — Falta de participación de Israel en el procedimiento — La petición de la Asamblea General solo se dirige a una parte.

La Corte no examina la situación que existe desde hace tiempo en Gaza — El alcance temporal de la opinión excluye la respuesta de Israel en la Franja de Gaza al ataque del 7 de octubre de 2023 — El ius ad bellum *determina la legalidad de la presencia de Israel en el Territorio Palestino Ocupado — La Corte no fundamenta la conclusión de que la presencia de Israel es ilegal con respecto a Gaza — La Corte debería haber identificado las obligaciones jurídicas de Israel con respecto a Gaza.*

La anexión en el contexto de la prohibición de adquisición de territorio por la fuerza implica el uso de la fuerza para controlar un territorio extranjero con la intención de ejercer un control permanente — La Corte considera que se produjo una violación a este respecto en Jerusalén Oriental y la Ribera Occidental.

La conclusión de que la obligación de respetar el derecho a la libre determinación es una norma imperativa debe entenderse en el contexto de una subyugación y una dominación extranjeras — El carácter erga omnes *de la libre determinación informa las conclusiones de la Corte sobre la responsabilidad de los Estados y de las Naciones Unidas.*

1. En la resolución 181 de 1947, la Asamblea General propuso la partición de la Palestina en régimen de mandato en dos Estados, judío y árabe, que esperaba que empezaran a existir en un plazo de dos meses tras la retirada británica y a más tardar el 1 de octubre de 1948. Israel aceptó la propuesta de partición y declaró la independencia en mayo de 1948. Israel fue admitido como Estado Miembro de las Naciones Unidas en 1949 sobre la base, entre otros aspectos, de su aceptación en principio de un Estado árabe en el resto de Palestina (resolución 273 (III) de la Asamblea General). En 1993, la Organización de Liberación de Palestina (OLP) renunció a la violencia y reconoció el Estado de Israel y su derecho a vivir en paz y seguridad. Israel, a su vez, reconoció a la OLP como representante legítima del pueblo palestino.

2. A la luz de la petición de la Asamblea General, la opinión de la Corte se centra comprensiblemente en la negación duradera del derecho a la libre determinación del pueblo palestino en el Territorio Palestino Ocupado. Considera que "[c]omo consecuencia de las políticas y prácticas de Israel, que duran desde hace décadas, el pueblo palestino se ha visto privado de su derecho a la libre determinación" (opinión consultiva, párr. 243), conclusión que comparto. Sin embargo, el derecho a la libre determinación no se ha realizado plenamente ni para el pueblo palestino ni para el israelí. También el pueblo de Israel tiene derecho a la libre determinación, incluido el derecho a la independencia política, a la integridad territorial y a vivir en paz y seguridad dentro de unas fronteras reconocidas. Los ataques violentos contra el Estado de Israel y su pueblo, y la negativa de otros Estados a reconocer la existencia legítima del Estado de Israel — incluidos varios de los Estados que participan en este procedimiento consultivo— también violan este derecho. El derecho de los pueblos de Palestina e Israel a vivir en paz dentro de fronteras seguras y reconocidas es un elemento esencial para garantizar la paz regional (resolución 242 (1967) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas); resolución 338 (1973) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; resolución

1515 (2003) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; resolución 2334 (2016) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas).

3. Lamentablemente, la Corte no realiza ningún esfuerzo significativo por abordar los ataques contra el derecho a la libre determinación a los que se ha enfrentado el pueblo de Israel desde la creación del Estado. Además de abordar los obstáculos actuales al derecho a la libre determinación del pueblo palestino —que son innumerables y atroces— creo que, al emitir esta opinión, la Corte tenía la responsabilidad de reconocer, y tener más en cuenta, las amenazas actuales a Israel y a su pueblo.

4. Además, es lamentable que Israel no participara de forma significativa en este procedimiento consultivo. Israel presentó a la Corte una declaración escrita de cinco páginas, junto con anexos. Decidió no participar en los procedimientos orales, a pesar de que hasta la apertura de dichos procedimientos, la Corte había reservado tres horas para que Israel presentara sus puntos de vista, la misma cantidad de tiempo asignada al Estado observador de Palestina, y seis veces la cantidad asignada a cualquier otro participante. Se trata de un procedimiento consultivo, y ningún Estado estaba obligado a participar, incluido Israel. Sin embargo, la participación de Israel en los procedimientos orales habría beneficiado a la Corte. A la inversa, la falta de participación de un Estado no puede impedir que la Corte cumpla con sus responsabilidades al responder a una petición consultiva.

5. Por último, es lamentable que la petición de la Asamblea General se centrara únicamente en la conducta de Israel en relación con Palestina, en contraposición a las consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de todos los actores pertinentes en la situación entre Israel y Palestina. Israel y su población también han sufrido graves perjuicios a sus derechos en virtud del derecho internacional en el período al que se refiere la petición. La resolución de la situación entre Israel y Palestina no se logrará hasta que se reconozcan y aborden los daños cometidos por todos los actores pertinentes.

6. Dicho esto, estoy de acuerdo con la mayoría de las conclusiones de la Corte, dentro del marco de las cuestiones planteadas por la Corte. Además de mi declaración conjunta con el Magistrado Nolte, que aborda la cuestión de la legalidad de la presencia continuada de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, escribo por separado para exponer mis puntos de vista sobre el enfoque de la Corte respecto a la cuestión de Gaza, el concepto de anexión y la libre determinación como norma imperativa del derecho internacional.

I. La cuestión de Gaza

7. La situación en la Franja de Gaza ha sido trágica durante decenios y, como ha observado la Corte, ahora es “catastrófica” y “desastrosa” *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en la Franja de Gaza (Sudáfrica c. Israel)*, providencia de 24 de mayo de 2024, párr. 28). Sin embargo, no está claro qué conclusiones jurídicas y prácticas pueden extraerse de la opinión de la Corte en relación con la conducta que Israel mantiene desde hace tiempo hacia la Franja de Gaza. Las circunstancias del actual conflicto armado en la Franja de Gaza no son objeto de la presente opinión consultiva de la Corte, y el ámbito temporal de la opinión establecido por la Corte dificulta la aplicación de las conclusiones de esta a Gaza. En mi opinión, la Corte tampoco fundamenta su conclusión de que la ilegalidad de la presencia de Israel y el deber concomitante de retirada se aplican a la situación actual en la Franja de Gaza.

8. Por otro lado, la Corte podría, y debería, haber abordado otras cuestiones relativas a las responsabilidades de Israel y a la legalidad de las políticas y prácticas de Israel con respecto a la Franja de Gaza que existían antes del 7 de octubre de 2023 y que están en curso. A continuación abordaré algunas de ellas.

*

9. Con respecto al alcance temporal de la opinión consultiva, la Corte señala que "las políticas y prácticas contempladas en la solicitud de la Asamblea General no incluyen la conducta de Israel en la Franja de Gaza en respuesta al ataque llevado a cabo contra él por Hamás y otros grupos armados el 7 de octubre de 2023" (opinión consultiva, párr. 81). La Corte subraya esta importante limitación temporal sobre la opinión justo antes de ofrecer su respuesta a las cuestiones planteadas por la Asamblea General, en la que reitera que esta "se basa en la totalidad de los fundamentos jurídicos que ha expuesto anteriormente, cada uno de los cuales debe interpretarse a la luz de los demás, teniendo en cuenta la manera en que la Corte ha definido el alcance material, territorial y temporal de las preguntas (párrafos 72 a 83)" (*ibid.*, párr. 284). Esto deja claro, como mínimo, que la opinión no aborda la respuesta de Israel al ataque del 7 de octubre de 2023 y la devastadora situación resultante en Gaza. Tampoco aborda el modo en que el conflicto actual puede afectar a la legalidad de la intervención militar preexistente y continuada de Israel en la Franja de Gaza.

10. Por lo demás, la opinión dice muy poco sobre Gaza. Al identificar el derecho aplicable en los párrafos 88 a 94, la Corte observa que, tras su retirada en 2005, Israel continuó ejerciendo ciertos elementos clave de autoridad con respecto a la Franja de Gaza, entre ellos "el control de las fronteras terrestres, marítimas y aéreas, la imposición de restricciones a la circulación de personas y mercancías, la recaudación de impuestos a la importación y la exportación, y el control militar sobre la zona de separación" (párrafo 93). A este respecto, concluye que algunos aspectos del derecho de la ocupación siguieron aplicándose con respecto a la Franja de Gaza, en consonancia con el grado de control efectivo de Israel (párr. 94). Sin embargo, la Corte no identifica qué obligaciones seguían vinculando a Israel después de 2005, ni constata ninguna violación de dichas obligaciones. De hecho, la determinación de la Corte de que el derecho de la ocupación seguía aplicándose con respecto a la Franja de Gaza no desempeña ningún papel posterior en el análisis de la Corte.

11. El hecho de que la Corte no identifique qué responsabilidades retuvo Israel en virtud del derecho de la ocupación en relación con Gaza, y que no extraiga ninguna conclusión de ello, deja la condición de Gaza en este período, y las correspondientes obligaciones de Israel, en un estado de gran incertidumbre.

12. El debate detallado de la Corte sobre las políticas de asentamientos de Israel y la anexión de partes del Territorio Palestino Ocupado no se refiere a Gaza (opinión consultiva, párrafos 111 a 179). En su análisis de la "legislación y medidas discriminatorias conexas", la Corte señala las restricciones a la circulación entre Gaza, la Ribera Occidental y Jerusalén Oriental (*ibid*., párrs. 202 y 203), pero no hace ninguna constatación específica de discriminación con respecto a las políticas y prácticas de Israel en relación con Gaza. La conclusión de la Corte sobre la violación del artículo 3 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial se limita expresamente a las políticas y prácticas de Israel en Jerusalén Oriental y la Ribera Occidental (*ibid*., párr. 226).

13. Por el contrario, la consideración de la Corte del derecho a la libre determinación se aplica incuestionablemente a todos los palestinos del Territorio Palestino Ocupado, incluida la Franja de Gaza. El pueblo palestino constituye un pueblo (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, págs. 182 y 183, párr. 118), y el Territorio Palestino Ocupado "constituye una unidad territorial única, cuya

unidad, contigüidad e integridad deben preservarse y respetarse" (opinión consultiva, párr. 78). Como afirma la Corte, como parte de su derecho a la libre determinación, el pueblo palestino tiene derecho a la integridad de su territorio y de su población, a la soberanía permanente sobre sus recursos naturales y a determinar libremente su estatus político y a proseguir su desarrollo económico, social y cultural en todo el Territorio Palestino Ocupado (*ibid*., párrs. 238 a 241). Por lo tanto, las violaciones del derecho a la libre determinación que resultan de la conducta ilegal de Israel obstruyen necesariamente el disfrute de este derecho en todo el Territorio Palestino Ocupado, independientemente del lugar del territorio en el que hayan tenido lugar las políticas y prácticas de Israel.

14. En particular, Gaza está ausente de las conclusiones clave en las que se basa la conclusión de la Corte de que la presencia de Israel en los Territorios Palestinos Ocupados es ilegal. Como deja claro la Corte, es la violación de las normas relativas al uso de la fuerza, el *ius ad bellum*, lo que hace ilegal la presencia de una Potencia ocupante (opinión consultiva, párrs. 251 y 253; véase también la declaración conjunta de los Magistrados Nolte y Cleveland, párr. 7). La instrumentalización de una ocupación para lograr la adquisición de territorio, como ha hecho Israel en Jerusalén Oriental y la Ribera Occidental, hace que dicha presencia sea ilegal, independientemente de cualquier justificación de legítima defensa que pueda tener un Estado (declaración conjunta de los Magistrados Nolte y Cleveland, párr. 8).

15. Sin embargo, ninguna de las circunstancias que llevan a la Corte a concluir que la presencia de Israel viola las normas relativas al uso de la fuerza se aplica a la Franja de Gaza. La Corte no considera que Israel haya ampliado los asentamientos y la infraestructura conexa en la Franja de Gaza. De hecho, Israel evacuó sus asentamientos de Gaza en 2005 (opinión consultiva, párrs. 68 y 114). La Corte no sugiere que Israel se haya anexionado, o haya intentado anexionarse, la Franja de Gaza. Tampoco sostiene que Israel violara de otro modo la prohibición del uso de la fuerza entre 2005 y 2023 con respecto a Gaza. Así pues, la conclusión fundamental de la Corte —que las políticas y prácticas de Israel como Potencia ocupante violan la prohibición de la adquisición de territorio por la fuerza y, por tanto, excluyen cualquier justificación de la legítima defensa— no se aplica a Gaza.

16. No obstante, la Corte intenta, en el espacio de un solo párrafo, incluir a Gaza dentro de su conclusión de que la presencia de Israel en la "totalidad" del Territorio Palestino Ocupado es ilegal, basándose en la integridad del Territorio Palestino Ocupado (opinión consultiva, párr. 262).

17. Sin embargo, este único párrafo no explica cómo una violación del derecho a la libre determinación —en ausencia de una violación de la prohibición de adquirir territorio por la fuerza— hace que la presencia de una Potencia ocupante sea ilegal. Tampoco explica cómo dicha violación puede anular de algún modo cualquier ejercicio legítimo del derecho de legítima defensa que Israel pueda tener con respecto a la Franja de Gaza. Como demuestra el propio examen de la Corte sobre la cuestión de si la Franja de Gaza siguió ocupada después de 2005, la cuestión de si existe una ocupación requiere un análisis independiente de las circunstancias con respecto a una región o un territorio específico (opinión consultiva, párrs. 88 a 94; véase también *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, fallo, *I.C.J. Reports 2005*, págs. 230 y 231, párrs. 174 a 178). La legalidad de la presencia militar de un Estado en territorio extranjero requiere igualmente análisis independientes si prevalecen circunstancias diferentes en las distintas regiones. No está determinada por un principio de unidad territorial. Así, un uso de la fuerza que es legal en una parte de un territorio puede no serlo en otra.

18. Algunas informaciones de las que dispone la Corte pueden sugerir que Israel ha intentado ejercer un control permanente sobre todo el Territorio Palestino

Ocupado, incluida la Franja de Gaza, para facilitar la anexión progresiva de partes del territorio y la alteración de su carácter demográfico, y para obstaculizar el derecho a un Estado palestino. Sin embargo, la Corte no realiza tal determinación. No concluye que Israel intente controlar permanentemente el Territorio Palestino Ocupado en su conjunto o la Franja de Gaza. Simplemente no trata esta cuestión. En ausencia de tal conclusión, la determinación de que la presencia de Israel en relación con la Franja de Gaza violó el *ius ad bellum* habría requerido una conclusión de que la presencia militar de Israel en relación con la Franja de Gaza antes del 7 de octubre de 2023 carecía de cualquier justificación de legítima defensa. Esto habría exigido que la Corte se enfrentara a consideraciones jurídicas y fácticas relativas al alcance del derecho legítimo de Israel a utilizar la fuerza para proteger su territorio y a su pueblo, algo la Corte no pretende ni remotamente afrontar (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 195, párr. 141).

19. La limitación temporal impuesta por la Corte (opinión consultiva, párrs. 81 y 284) también deja muy poco claro lo que significa para esta decir que Israel debe retirarse de la Franja de Gaza lo antes posible, de alguna manera sin tener en cuenta las circunstancias derivadas de la respuesta de Israel al ataque del 7 de octubre de 2023.

20. Hay razones comprensibles para la reticencia de la Corte respecto a su consideración de la Franja de Gaza. La solicitud de la Asamblea General de diciembre de 2022 pedía a la Corte que examinara las políticas de Israel de “asentamiento”, “anexión” y medidas discriminatorias “conexas”, entre otras, y sus repercusiones en el estatuto jurídico de la ocupación. Este marco situó el enfoque principalmente en Jerusalén Oriental y la Ribera Occidental, donde se aplican estas políticas y prácticas (resolución 77/247 de 30 de diciembre de 2022, párr. 18). Los participantes en el procedimiento consultivo también centraron sus alegaciones principalmente en estas partes del Territorio Palestino Ocupado. La situación en la Franja de Gaza después del 7 de octubre de 2023, que surgió después de que la Asamblea General aprobara la petición, también fue difícil de considerar para la Corte, dado que implica un conflicto armado en curso y es objeto de dos series de procedimientos contenciosos ante la Corte.

21. En consecuencia, por las razones anteriores y las expuestas en mi declaración conjunta con el Magistrado Nolte, estoy de acuerdo con la respuesta de la Corte según la cual “la presencia continuada del Estado de Israel en el Territorio Palestino Ocupado es ilegal” (opinión consultiva, párr. 285 3)). Esto es correcto con respecto a Jerusalén Oriental y la Ribera Occidental. Sin embargo, no estoy de acuerdo en que la Corte estableciera que esta conclusión se aplica a la “totalidad” del Territorio Palestino Ocupado (*ibid*., párr. 262). La combinación de la limitación temporal de la Corte y su incapacidad para fundamentar su análisis del *ius ad bellum* con respecto a Gaza hacen que esta conclusión concreta de la Corte sea inaplicable a la situación actual en la Franja de Gaza.

*

22. No obstante, creo que, como mínimo, la Corte podría y debería haber dejado más claras ciertas responsabilidades de Israel con respecto a la trágica situación que se vive desde hace tiempo en la Franja de Gaza, y es lamentable que no lo haya hecho.

23. En primer lugar, como señala la Corte, la política de asentamientos de Israel en Gaza antes de 2005 “no era sustancialmente diferente” de la política actual en Jerusalén Oriental y la Ribera Occidental (opinión consultiva, párr. 114). Por las razones expuestas por la Corte, el traslado de la población de una Potencia ocupante a un territorio ocupado está prohibido en virtud del artículo 49 del Cuarto Convenio

de Ginebra (*ibid*., párrs. 115 a 119). Por lo tanto, cualquier intento futuro de resucitar dicha política de asentamientos con respecto a la Franja de Gaza constituiría una "violación flagrante" de esta prohibición (resolución 465 (1980) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 1 de marzo de 1980); véase también *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, págs. 183 y 184, párr. 120).

24. En segundo lugar, con respecto a las obligaciones de Israel en virtud del derecho de ocupación en relación con Gaza después de 2005 (véase el párr. 10 anterior), está claro que Israel no ejerció un control efectivo sobre la mayor parte de la administración gubernamental cotidiana de la Franja de Gaza, responsabilidad que, después de 2007, quedó bajo el control de Hamás. Israel, por lo tanto, no poseía en general el control efectivo necesario, por ejemplo, para incurrir en la obligación, en virtud del artículo 43 del Reglamento de La Haya de 1907, de mantener el orden público dentro de Gaza. No obstante, la Corte podría haber considerado que el control de Israel sobre el espacio marítimo y aéreo de la Franja de Gaza, así como sobre los pasos fronterizos terrestres (que compartía en parte con Egipto (opinión consultiva, párr. 89)), y sus severas restricciones sobre, por ejemplo, las importaciones de alimentos, las exportaciones y actividades como la pesca en el espacio marítimo de Gaza (contrarias a los compromisos de Israel en virtud de los Acuerdos de Oslo), conllevaban, entre otros, aspectos del deber de garantizar el abastecimiento "a la población en víveres y productos médicos" en virtud del artículo 55 del Cuarto Convenio de Ginebra, así como el deber de facilitar el socorro humanitario en virtud del artículo 59 de dicho Convenio.

25. La Corte también podría haber considerado si algunos aspectos de las restricciones israelíes a la entrada y salida violaban los derechos económicos y sociales y otros derechos humanos de la población palestina de la Franja de Gaza. Además, siempre se da el caso de que cualquier uso de la fuerza militar que sea desproporcionado con respecto a un derecho de legítima defensa viola el *ius ad bellum*, y que cualquier uso de la fuerza que cause daños civiles desproporcionados en comparación con la ventaja militar prevista viola el *ius in bello*.

26. Por último, creo que la opinión de la Corte deja claro que violaría el *ius ad bellum* que Israel utilizara su posición como Potencia ocupante para intentar ejercer un control permanente sobre el Territorio Palestino Ocupado en su conjunto, incluida la Franja de Gaza. Este uso de la fuerza agravaría aún más las violaciones del derecho del pueblo palestino a la libre determinación.

27. Todas estas obligaciones con respecto a Gaza siguen vigentes.

II. Concepto de anexión

28. Quizá sea desafortunado que la Asamblea General haya formulado parte de la pregunta *a)* en términos de "anexión". El derecho internacional, en forma del Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas y de la costumbre, prohíbe la "adquisición de territorio" mediante la amenaza o el uso de la fuerza. La cuestión crítica, por tanto, es qué constituye una "adquisición" ilegal de territorio que podría situar la conducta de una Potencia ocupante en violación de esta norma fundamental. La "anexión" en este sentido puede entenderse (erróneamente) como la afirmación de la soberanía oficial sobre un territorio o la incorporación de un territorio extranjero al propio territorio de un Estado, ninguna de las cuales es necesaria para violar la prohibición de la adquisición de territorio por la fuerza. En ocasiones, la Corte parece equiparar anexión con incorporación, lo que podría sugerir una restricción innecesaria de esta prohibición (véase, por ejemplo, el párrafo 158 de la opinión consultiva, en el que se define anexión como "integración en el territorio de" la Potencia ocupante; y

el párrafo 170, en el que se establece que “Israel también ha tomado medidas para incorporar la Ribera Occidental a su propio territorio”).

29. Aunque muchos participantes en estos procedimientos sostuvieron que al menos parte del Territorio Palestino Ocupado ha sido anexionado, pocos abordaron el significado de este concepto. Sin embargo, el Japón profundizó en la adquisición forzosa de territorio en sus alegaciones, afirmando que el principio consiste en “el establecimiento del control sobre el territorio a través de medidas forzosas”, unido a “la intención de apropiarse de ese territorio de forma permanente” [195] . El Japón mantuvo además que esta prohibición se aplica a “todo intento unilateral de modificar, por medio de la fuerza o la coacción el estatuto establecido de manera pacífica de los territorios”.

30. El razonamiento predominante de la Corte es coherente con este planteamiento. La Corte deja claro que la esencia de la prohibición de la adquisición de territorio por la fuerza implica el uso de la fuerza para controlar un territorio extranjero, con la intención de ejercer un control permanente. Así, la Corte observa que la anexión “presupone la intención de la Potencia ocupante de ejercer un control permanente sobre el territorio ocupado” (opinión consultiva, párr. 158; véanse también los párrafos 159 y 161). No limita la “anexión” a la afirmación de una soberanía oficial o a una situación de incorporación. En consecuencia, la Corte concluye que las políticas y prácticas de Israel en amplias zonas del Territorio Palestino Ocupado, especialmente Jerusalén Oriental y la Ribera Occidental, “están concebidas para mantenerse indefinidamente y crear efectos irreversibles sobre el terreno” (*ibid*., párr. 173). En otras palabras, pretenden ser permanentes. Esta conducta viola la prohibición *ius contra bellum* de adquisición de territorio por la fuerza.

III. La libre determinación como norma imperativa

31. La Corte declara, por primera vez, que el derecho a la libre determinación es una norma imperativa de derecho internacional. Al hacerlo establece que “en casos de ocupación extranjera como el presente, el derecho a la libre determinación constituye una norma imperativa de derecho internacional” (opinión consultiva, párr. 233). Lamentablemente, la Corte no explica qué entiende por “casos de ocupación extranjera como el presente”, ni cómo se relaciona esta formulación con el concepto de norma imperativa de derecho internacional.

32. El derecho a la libre determinación es fundamental. En su articulación completa, es también un derecho amplio e indeterminado, con aspectos externos e internos. El aspecto externo de la libre determinación se ha desarrollado más ampliamente en relación con el derecho de los pueblos a liberarse de la subyugación extranjera y de la dominación extranjera en el contexto de la descolonización (resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960, párr. 1). En este contexto, la libre determinación podría reconocerse más claramente como una norma imperativa.

33. En mi opinión, al referirse a casos de “ocupación extranjera como el presente”, la Corte se estaba centrando en las características de la ocupación israelí que son potencialmente análogas a una situación de dominación extranjera. Estos rasgos incluyen una situación de ocupación prolongada caracterizada por la anexión mediante el control permanente y la supresión concomitante de la libre determinación,

[195] Citando a Rainer Hofmann, “Annexation” en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (enero de 2020) y Coleman Phillipson, *Termination of War and Treaties of Peace* (EP Dutton 1916), pág. 9.

durante decenios. Cualquier ocupación extranjera, por definición, por muy legal que sea, implicará probablemente la negación temporal de aspectos del derecho a la libre determinación. Por lo tanto, al utilizar la formulación "casos de ocupación extranjera como el presente", la Corte pretendía dejar claro que las características particulares de la ocupación prolongada de Israel la asemejan a una situación de subyugación y dominación extranjeras que implican el derecho a la libre determinación como norma imperativa.

34. La Corte ha reconocido durante decenios que el derecho a la libre determinación es un principio fundacional de la Carta de las Naciones Unidas y un derecho humano fundamental, y que da lugar a obligaciones *erga omnes* (*Sáhara Occidental*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, págs. 31 y 32, párr. 55; *Timor Oriental (Portugal c. Australia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1995*, pág. 102, párr. 29; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, págs. 171 y 172, párr. 88. y pág. 199, párr. 155; *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2019 (I)*, pág. 131, párrs. 144 y 146, y pág. 139, párr. 180). La Corte también se centra en el carácter *erga omnes* de la norma en este caso. De hecho, al abordar las consecuencias jurídicas que se derivan de las violaciones del derecho internacional por parte de Israel, la Corte se basa en el carácter y la importancia de las obligaciones en cuestión como "*erga omnes*", no como normas imperativas del derecho internacional. El carácter *erga omnes* de las normas, que "incumbe a todos los Estados", sirve de base para la determinación por parte de la Corte de las responsabilidades de los Estados y de las Naciones Unidas (opinión consultiva, párrs. 274 y 280). Creo que este enfoque es correcto y coherente con la jurisprudencia anterior de la Corte.

35. En otras palabras, la Corte no necesitaba el pronunciamiento de que la libre determinación constituye una norma imperativa de derecho internacional para su análisis y no lo adoptó por esa razón. La Corte se pronunció porque creía que era jurídicamente correcto.

*

36. El 7 de octubre de 2023, Hamás, la autoridad de gobierno *de facto* en la Franja de Gaza, junto con otros grupos armados, atacó violentamente a Israel y a sus ciudadanos. En cambio, el Estado observador de Palestina presentó sus quejas a la Asamblea General de las Naciones Unidas y a esta Corte, mediante esta petición de opinión consultiva. Con ello pretendía invocar la asistencia de los órganos de las Naciones Unidas en la resolución pacífica de controversias y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, de conformidad con el mandato de la Carta de las Naciones Unidas y de esta Corte, y con las obligaciones de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas.

37. Al final de sus conclusiones, la Corte reconoce que

> "la realización del derecho del pueblo palestino a la libre determinación, incluido su derecho a un Estado independiente y soberano, que conviva en paz con el Estado de Israel dentro de fronteras seguras y reconocidas para ambos Estados, tal como se contempla en las resoluciones del Consejo de Seguridad y la Asamblea General, contribuiría a la estabilidad regional y a la seguridad de todos los Estados de Oriente Medio" (párr. 283).

38. Espero que la opinión consultiva de la Corte pueda entenderse como una contribución a ese loable objetivo.

(*Firmado*) Sarah Cleveland.

[Original: inglés]

Declaración del Magistrado Tladi

La situación en el Territorio Palestino Ocupado no es una controversia bilateral — Las políticas y prácticas de Israel infringen normas imperativas del derecho internacional — Las preocupaciones de Israel en materia de seguridad no pueden prevalecer sobre sus obligaciones jurídicas internacionales — Las políticas y prácticas pueden calificarse de apartheid *— Las Naciones Unidas tienen la obligación de contemplar medidas y modalidades adicionales en caso de incumplimiento.*

I. Introducción y contexto

1. He votado a favor de todos los apartados de la parte dispositiva de la opinión de la Corte y, en general, estoy satisfecho con el resultado. Dada la naturaleza colectiva del proceso de adopción de decisiones de la Corte, el razonamiento no siempre va a ser todo lo claro que podría ser, pero ello no debe restar importancia general a la opinión en la continua búsqueda de la paz en Oriente Medio. En esta declaración, deseo abordar algunos puntos salientes de la opinión consultiva que merecen alguna aclaración.

2. Algunos pueden cuestionar la principal conclusión de la opinión, a saber, que la presencia continuada de Israel en el Territorio Palestino Ocupado (TPO) es ilegal y, en consecuencia, que Israel debe poner fin a su presencia. En este contexto, cabe preguntarse si las infracciones del derecho internacional por parte de Israel llevan necesariamente a la conclusión de que la presencia de Israel es ilegal y que, por tanto, debe retirarse del TPO. Es cierto que el mero hecho de la violación de determinadas normas de derecho internacional no siempre conduciría a la ilegalidad de la propia presencia. Sin embargo, lo que ilustra la opinión es que la gravedad y la magnitud de las violaciones de Israel, así como la naturaleza de las normas infringidas, son tales que eliminan cualquier pretensión relativa a la finalidad de la presencia de Israel, con lo que se transforma lo que podría haber sido una presencia legal basada en la ocupación, en una presencia ilegal, ya que dicha presencia equivale claramente a una violación manifiesta de las normas fundamentales del derecho internacional que prohíben la adquisición de territorio por la fuerza y la negación del derecho de libre determinación.

3. Lo que lleva a la Corte a esta conclusión no es solo el carácter fundamental de las normas infringidas, o la atrocidad de las infracciones, sino también el hecho de que las infracciones hayan continuado, e incluso empeorado, a pesar de los reiterados llamamientos de múltiples órganos y entidades para que cesen. La gravedad y magnitud de las violaciones, en efecto, destapan las apariencias y dejan la verdad al descubierto; revela que no hay nada en la operación en cuestión que la justifique como ocupación temporal. Se trata simplemente de una anexión, que vulnera el derecho a la libre determinación del pueblo palestino y la prohibición de adquisición de territorio por la fuerza. Dicho de otro modo, de los hechos presentados a la Corte se desprende claramente que Israel ha utilizado la ocupación como tapadera para encubrir sus infracciones de algunos de los principios más fundamentales del derecho internacional. Esto es lo que entiendo por la referencia de la Corte al “abuso continuado por Israel de su posición como Potencia ocupante” [196] . En estas circunstancias, cualquier sugerencia persistente de que la conducta ilegal de Israel no

[196] Opinión, párr. 261.

afecta en modo alguno a la legalidad de su presencia tendría el efecto de cubrir la presencia de Israel en los TPO con un manto de legalidad, algo que me parece sencillamente incomprensible.

4. Muchos, en cambio, elogiarán la opinión, con razón, por confirmar la ilegalidad de la presencia israelí en el Territorio Palestino Ocupado y la obligación de Israel de retirarse de ese territorio. Sin embargo, esta conclusión no debería sorprender, dada la opinión de 2004 sobre la construcción del muro y los términos de la cuestión planteada por la Asamblea General en la resolución 77/247, en la que se identificaban normas especialmente importantes, a saber, el derecho a la libre determinación, las normas del derecho internacional de los derechos humanos, en particular las que prohíben la discriminación, la prohibición de la adquisición de territorio por la fuerza y las normas básicas del derecho internacional humanitario, con respecto a las cuales evaluar las políticas y prácticas de Israel. Como seguiré explicando más adelante, las graves violaciones de estas normas fundamentales del derecho internacional difícilmente podrían haber dado lugar a una conclusión diferente. En la mayoría de los asuntos jurídicos hay argumentos y contraargumentos que apuntan a distintas direcciones, aunque exista una postura jurídica objetivamente correcta. Sin embargo, la situación en el TPO es uno de los pocos casos en el derecho internacional en los que es difícil encontrar argumentos jurídicos y políticos que apunten en dirección contraria al derecho palestino a la libre determinación y a favor de la prolongada ocupación israelí del territorio palestino y el sometimiento del pueblo palestino. Incluso durante los procedimientos actuales, los Estados que pueden describirse como "a favor de Israel", a excepción de dos Estados, a saber, Zambia y Fiji, adoptaron una postura decididamente procesal, alegando a la jurisdicción e instando a la Corte a no ejercer su jurisdicción o a limitarla. No obstante, dados los claros hechos y el estado de derecho, pocos Estados parecían dispuestos a argumentar que Israel no ha violado las normas y los principios a los que se refiere la cuestión planteada por la Asamblea General. La conclusión de la Corte de que se han producido violaciones graves del derecho a la libre determinación y de la prohibición de adquisición de territorio por la fuerza, vista en ese contexto, no resulta sorprendente ni impactante.

5. En esta declaración, deseo abordar cinco cuestiones que surgieron en el contexto de este procedimiento consultivo, y que creo que merecen un análisis más detallado. En primer lugar, me preocupan los argumentos esgrimidos por algunos participantes durante este procedimiento que pretenden describir la ocupación israelí, y las consecuencias de esta, como una controversia bilateral entre Israel y Palestina (véase la sección II más adelante). La Corte solo aborda esta cuestión brevemente y, al hacerlo, deja pasar una importante oportunidad normativa. En este contexto, también abordaré la excesiva indulgencia de la Corte con los argumentos relativos a su discrecionalidad para decidir no responder a una solicitud de opinión consultiva, en particular cuando la solicitud procede de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad. La segunda cuestión, y quizá la más importante para mí, es el derecho a la libre determinación y su condición de *ius cogens* (véase la sección III más adelante). En tercer lugar, explicaré por qué, en mi opinión, la Corte acertó al considerar que las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado equivalen a un *apartheid* (véase la sección IV más adelante). En cuarto lugar, la Corte no aborda de forma directa y exhaustiva la cuestión de los problemas de seguridad de Israel, decisión que comprendo perfectamente. No obstante, dado que las preocupaciones de Israel en materia de seguridad constituyen el núcleo de gran parte de la justificación de sus políticas y prácticas, es importante decir algo al respecto, y así lo haré en esta declaración (véase la sección V más adelante). En quinto lugar, en el contexto de las consecuencias que se derivan de las infracciones de Israel para las Naciones Unidas, la Corte afirma que las Naciones Unidas deben examinar "qué modalidades precisas y medidas adicionales son necesarias para poner fin lo antes

posible" a la presencia ilegal del Estado de Israel en el TPO [197] . Aunque esta conclusión es correcta, creo que la Corte podría haber descrito medidas más concretas que las Naciones Unidas deberían examinar para poner fin a la presencia ilegal de Israel en el TPO y para que Israel cumpla con sus obligaciones en virtud del derecho internacional. A continuación, expondré algunas reflexiones sobre las medidas concretas que las Naciones Unidas podrían examinar para promover el derecho del pueblo palestino a la libre determinación y el cumplimiento de las disposiciones de la opinión de la Corte en general (véase la sección VI).

II. La cuestión palestina no es una controversia bilateral

6. Todos los participantes en este procedimiento han aceptado que la Corte tiene competencia para emitir la opinión consultiva solicitada. Sin embargo, algunos han sugerido que la Corte no debería ejercer su competencia. La jerga jurídica utilizada para suplicar a la Corte que no ejerza su competencia es que esta goza de discrecionalidad y debería ejercerla para negarse a dar una opinión respecto a esta cuestión, aunque tenga competencia. Las razones que se han aducido en el presente procedimiento para que la Corte ejerza así su discrecionalidad son varias. Además de la razón que será objeto de esta sección, a saber, que la cuestión implica una controversia bilateral, también se ha dicho que cualquier opinión emitida no será de ayuda para la Asamblea General, que socavaría el proceso político de paz, que socavaría el papel del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que la Corte no dispone de información suficiente para emitir una opinión y que las cuestiones están planteadas de forma sesgada. Estas razones se desprenden, en general, de la jurisprudencia de la Corte.

7. No tengo intención de abordar cada una de ellas. Sin embargo, me gustaría hacer una observación general sobre la discrecionalidad que se dice que tiene la Corte para negarse a dar una opinión. De acuerdo con lo que se ha convertido en la jurisprudencia de la Corte, afianzada por su actual opinión consultiva, esta tiene la facultad discrecional de decidir no ejercer su competencia consultiva si existen razones de peso. Esta jurisprudencia, al menos de palabra, sugiere que esta discrecionalidad no tiene límites[198].

8. Esta noción de facultad discrecional para no ejercer una competencia válidamente establecida forma parte ya firmemente de la jurisprudencia de la Corte y hay pocas posibilidades de que sea desplazada[199]. En consecuencia, en el futuro, la Corte seguirá repitiendo y formulando estos motivos en cada opinión consultiva, en detrimento de muchos árboles y de nuestro clima, y explicando por qué no son aplicables en ese caso concreto. En mi opinión, cualquier discrecionalidad que pueda tener la Corte es extremadamente estrecha, tanto que la Corte debería dejar de ser tan indulgente con los argumentos relativos a la discrecionalidad como lo ha sido en el pasado. La estrechez de la facultad discrecional de negarse a emitir una opinión

[197] Opinión, párr. 285 9).

[198] Georges Abi Saab, "On Discretion: Reflections on the Nature of the Consultative Function of the International Court of Justice" en Laurence Boisson de Charzounes y Philippe Sands (eds.) *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (Cambridge University Press 1999), pág. 37; véase también, Gleider I. Hernández, *The International Court of Justice and the Judicial Function* (Oxford University Press 2014), pág. 78.

[199] Para que conste, comparto la opinión del profesor Abi Saab (*ibid*.) de que la fundamentación de esta jurisprudencia en *Status of Eastern Carelia*, opinión consultiva, 1923, *P.C.I.J.*, serie B, núm. 5, es errónea porque una lectura atenta de la opinión de la Corte sugiere que no se ocupaba de la "discrecionalidad", sino de si tenía jurisdicción (basándose en la falta de competencia del Consejo de la Sociedad de Naciones). Sin embargo, eso ya es agua pasada y tenemos que aceptar que la Tierra es plana.

consultiva está reconocida por la propia Corte en numerosos casos, en los que ha observado que la respuesta de la Corte a una solicitud de opinión consultiva "representa su participación en las actividades de la Organización y, en principio, no debiera denegarse"[200]. Este es el caso, en particular, cuando la solicitud emana de los demás órganos de las Naciones Unidas, es decir, la Asamblea General o el Consejo de Seguridad. Si, en principio, una solicitud no debe denegarse, y si una denegación requiere la existencia de una razón imperiosa (cuyo umbral es, de hecho, tan alto que esta Corte nunca ha encontrado una razón lo suficientemente imperiosa como para denegar una solicitud de opinión consultiva) entonces, ¿tiene realmente la Corte discrecionalidad en este asunto? Me parece que de lo que dispone la Corte no es de discrecionalidad en el sentido tradicional, que se define como "libertad en el ejercicio del juicio; el poder de decidir libremente"[201], sino que recurre a una consideración imperiosa de oportunidad judicial que puede constituir una excusa legítima para negarse a responder a una solicitud de opinión consultiva.

9. El hecho de que la Corte se negara a responder a una solicitud de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad cuando tiene jurisdicción para hacerlo equivaldría, en mi opinión, a que la Corte cuestionara las decisiones de los otros órganos principales de una forma que sería jurídicamente problemática. Esto no quiere decir que la Corte nunca pueda negarse a proporcionar una opinión solicitada, ni siquiera a los demás órganos principales de las Naciones Unidas. Se me ocurren varias razones por las que la Corte podría ejercer su muy limitada discrecionalidad para negarse a emitir una opinión. Por ejemplo, puedo imaginar que la Corte no emitiría una opinión si el objeto de la pregunta hubiera pasado a ser discutible desde entonces[202], o cuando la solicitud de un órgano ya no contara con el apoyo de muchos de sus miembros que anteriormente habían apoyado la solicitud (en cierto sentido, levantando el "velo de la persona jurídica"). La Corte también podría negarse a emitir una opinión cuando un órgano principal formule la solicitud y el otro manifieste su disconformidad con esta.

10. En cualquier caso, la noción de que el objeto de una solicitud implica una controversia bilateral no es algo que deba impedir a la Corte ejercer su competencia, a pesar de las declaraciones previas de la Corte de que el carácter bilateral de un asunto puede ser una razón de peso para negarse a ejercer su competencia consultiva[203]. En su actual opinión consultiva, la Corte responde a la objeción de controversia bilateral señalando que no considera que el presente caso sea únicamente un asunto bilateral entre Israel y Palestina[204]. Por el contrario, en opinión de la Corte, "este asunto suscita especial interés y preocupación para las Naciones Unidas", ya que "la implicación de los órganos de las Naciones Unidas, y anteriormente de la Sociedad de las Naciones, en las cuestiones relativas a Palestina se remonta al sistema de mandatos"[205].

---

[200] Véanse, por ejemplo, *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, segunda fase, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 71 (sin cursiva en el original); *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1999 (I)*, págs. 78 y 79, párr. 29; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 156, párr. 44.

[201] *Black's Law Dictionary* (11ª ed., 2019), pág. 585.

[202] Véase, por ejemplo, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya* v. *United Kingdom)*, excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 1998*, pág. 26, párr. 46 ("La Corte ya reconoció en varias ocasiones que los hechos ulteriores a la presentación de una demanda pueden 'dar lugar a que una demanda carezca de sentido'").

[203] Véase, por ejemplo, *Western Sahara*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, pág. 25, párr. 33.

[204] Opinión, párr. 35.

[205] *Ibid*.

11. Aunque creo que este razonamiento institucional es correcto, también me parece importante subrayar que, además de esta razón institucional vinculada a la responsabilidad de larga data de las Naciones Unidas, el conflicto israelo-palestino no puede considerarse una controversia bilateral por una razón mucho más normativa. Aunque el derecho internacional todavía no puede describirse (y quizá nunca lo haga) como un sistema basado en la solidaridad, no cabe duda de que el sistema jurídico internacional ha superado la era del bilateralismo puro, que era el sello distintivo del derecho internacional tradicional. Por esta razón, el derecho internacional se ocupó de la situación de mi propio país antes de 1994, aunque técnicamente, en una tradición puramente bilateralista, se trataba de un asunto interno; Por este motivo, el derecho internacional se ocupa de los presuntos casos de genocidio, ocurran o no dentro de las fronteras de un Estado; por este motivo, los casos de violación de los derechos humanos son objeto de examen por parte de los organismos internacionales. Entonces, ¿cómo puede ser una controversia bilateral un caso en el que están en juego algunas de las normas más fundamentales del derecho internacional, en particular normas de *ius cogens*? Me parece moralmente impensable que pueda siquiera contemplarse que lo que está ocurriendo en Palestina es una controversia puramente bilateral. No lo es. La situación en Palestina tiene poco de bilateral. Con o sin la especial responsabilidad institucional de las Naciones Unidas, la privación de algunos de los derechos más fundamentales de un pueblo es una cuestión que concierne a toda la humanidad. Existe poca bilateralidad en una situación en la que generaciones de un pueblo se ven obligadas a vivir una vida de sometimiento e indignidad, como huérfanos sin los derechos que el resto de nosotros damos por sentados.

12. Por supuesto, la Corte no se equivoca al referirse a la razón institucional, que es la responsabilidad institucional de las Naciones Unidas. Ya en 2004, la Corte basó su rechazo de la objeción de controversia bilateral en este punto, afirmando que, "[e]n vista de las facultades y responsabilidades de las Naciones Unidas en cuestiones relativas a la paz y la seguridad internacionales [...] la construcción del muro debe considerarse un asunto que interesa directamente a las Naciones Unidas" [206]. Esa razón, aunque también de naturaleza institucional, iba incluso más allá que la razón proporcionada por la Corte en la actual opinión consultiva porque, más allá de las razones institucionales, daba razones sustantivas relacionadas con la paz y la seguridad.

13. El razonamiento institucional proporcionado por la Corte en la actual opinión consultiva no tiene en cuenta las razones humanitarias por las que la situación en el Territorio Palestino Ocupado no puede considerarse una controversia bilateral. Deja sin explicar el imperativo moral y social por el que el derecho internacional debe ocuparse de esa situación y, más concretamente, por qué el derecho internacional debe dictar la posición central de la "comunidad internacional" en la resolución de esa situación. Lamento que la Corte no haya aprovechado esta oportunidad para hacerlo. Porque si en 2004 era comprensible que la Corte se basara en la responsabilidad institucional de las Naciones Unidas, en 2024 debería haberse basado en la responsabilidad de la "comunidad internacional" como tal, independientemente de la responsabilidad institucional histórica de las Naciones Unidas.

III. Carácter imperativo del derecho a la libre determinación

1. Aspectos generales

14. La principal conclusión de la Corte es que la presencia de Israel en el Territorio Palestino Ocupado es ilegal y que, en consecuencia, tiene la obligación

[206] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 159, párr. 49.

jurídica de retirarse o poner fin a su presencia ilegal en el territorio palestino. La base principal de esta conclusión es que la presencia israelí en el Territorio Palestino Ocupado constituye una violación del derecho palestino a la libre determinación, además de constituir una violación de la prohibición de adquisición de territorio por la fuerza. La Corte reafirma sus anteriores descripciones del derecho a la libre determinación como "uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo" y que la obligación de respetar este derecho es exigible *erga omnes* [207] . Estas descripciones no son nuevas y la Corte ya las había utilizado anteriormente[208]. La novedad es el reconocimiento explícito por parte de la Corte del derecho a la libre determinación como norma imperativa del derecho internacional. En el párrafo 233, la Corte señala que "considera que, en casos de ocupación extranjera como el presente, el derecho a la libre determinación constituye una norma imperativa de derecho internacional". El calificativo "en casos de ocupación extranjera como el presente" es bastante confuso, pero entiendo que significa que el elemento del derecho a la libre determinación que está implicado en el presente caso, es decir, el derecho del pueblo palestino a que su derecho a la libre determinación no se vea obstaculizado por la ocupación extranjera en curso por parte de Israel, es sin duda una norma imperativa del derecho internacional. Esta afirmación se haría sin perjuicio del carácter imperativo de otros elementos del derecho a la libre determinación (que no estaban en cuestión en este caso). Del mismo modo, afirmar que la prohibición (más estricta) de la agresión es una norma imperativa no significa necesariamente que la prohibición más amplia del uso de la fuerza no sea en sí misma imperativa.

15. Aunque el reconocimiento por parte de la Corte del carácter imperativo de la libre determinación es un cambio positivo respecto a su reticencia histórica a referirse al *ius cogens* en general, y en particular a describir la libre determinación como *ius cogens*, la opinión conserva parte de su reticencia histórica a reconocer las normas imperativas. Para empezar, un aspecto sobre el que volveré a hablar más adelante, la Corte parece bastante ambivalente sobre el papel que desempeña la condición imperativa de la libre determinación en la opinión. Me imagino que algunos considerarán la declaración de la Corte a este respecto como *obiter*. En segundo lugar, otras normas que sin duda pueden considerarse *ius cogens* no se mencionan como tales. Se trata de la prohibición del uso de la fuerza, la prohibición del *apartheid* y algunos de los principios básicos del derecho internacional humanitario. Me preocupa menos la reticencia de la Corte a referirse a estas normas obvias de *ius cogens* como imperativas porque, en primer lugar, la prohibición del uso de la fuerza ya ha sido descrita por la Corte como *ius cogens* en un caso anterior[209] y, en segundo lugar, la principal conclusión de la Corte en este caso se basa en la libre determinación. Además, puedo entender la reticencia de la Corte a referirse a algunos principios del derecho internacional humanitario como imperativos sin identificar cuáles. En cualquier caso, dada la histórica reticencia de la Corte a referirse a las normas imperativas, con sus efectos residuales en esta opinión, conviene decir unas palabras al respecto.

16. La reticencia histórica de la Corte a pronunciarse claramente sobre el carácter imperativo de normas que se acepta ampliamente que tienen ese carácter, en particular la libre determinación, es difícil de entender. No hay ningún motivo

[207] Opinión, párr. 232.

[208] *East Timor (Portugal v. Australia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1995*, pág. 102, párr. 29; *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* , opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2019 (I)*, pág. 139, párr. 180; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 199, párr. 156.

[209] *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010 (II)*, pág. 437, párr. 81.

racional para esta reticencia. Es irrelevante si es cierta o no la especulación de que la Corte ha evitado históricamente utilizar los términos "*ius cogens*" y "normas imperativas" debido a la influencia de los magistrados franceses de la Corte y a la reputación de Francia de oponerse a esos términos[210]. Lo que está claro es que, para evitar identificar normas concretas como *ius cogens*, la Corte empleó una serie de herramientas o métodos que incluían, i) referirse a descripciones realizadas por otros órganos de que una norma es *ius cogens* sin expresar específicamente su apoyo[211], ii) utilizar términos que podrían interpretarse como sinónimos de *ius cogens*[212] o iii) utilizar el concepto relacionado pero distinto de *erga omnes* [213] . A veces, el reconocimiento por parte de la Corte de una norma como *ius cogens* se formula en un lenguaje burdo o enrevesado para crear la impresión de ambigüedad, como puede ser el caso de la referencia de la Corte al carácter de *ius cogens* de la prohibición del uso

[210] Catherine Maia, "Consécration du jus cogens: un dialogue à raviver entre cours internationale et régionales dans l'œuvre de reconnaissance de droits humains impératifs", *Civitas Europe*, vol. 45 (2020), pág. 302, nota a pie de página 25 ("Précisons que cette reconnaissance explicite a été facilitée par le départ du juge français Gilbert Guillaume, qui a siégé à la CIJ de 1987 à 2005. On retrouve néanmoins cette position hostile au jus cogens chez d'autres juges français à la CIJ. V. notamment, dans l'arrêt de 2012 sur les *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, l'opinion individuelle du juge Abraham (§ 27) et l'opinion dissidente du juge *ad hoc* Sur (§ 4)"). Véase, con más detalle, Catherine Maia "*Jus Cogens* and (in)Application of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties in the Jurisprudence of the International Court of Justice", en Dire Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens): Disquisitions and Disputations* (Brill, 2021), págs. 342 a 365 ("Cabe señalar que [el primer reconocimiento explícito del *ius cogens*] se vio facilitado por la salida del Magistrado francés Gilbert Guillaume, que formó parte de la CIJ de 1987 a 2005. Sin embargo, [las críticas de los magistrados franceses al *ius cogens*] pueden encontrarse entre otros magistrados franceses de la CIJ. Véanse, en particular, la opinión separada del Magistrado Abraham en [*Bélgica c. Senegal*] ('la calificación de la prohibición de la tortura como norma imperativa "es claramente un mero *obiter dictum*, que la Corte podría haber omitido sin privar a su razonamiento de ningún elemento vital") y la opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Sur, en párr. 4 ('la referencia al *ius cogens* que aparece en el razonamiento [es] una referencia totalmente superflua y que no contribuye a la solución del litigio, como se verá. La finalidad de este *obiter dictum* es reconocer y dar peso jurídico a una noción controvertida, cuya sustancia está aún por establecer')"). Véase, de forma ligeramente más vacilante, Hélène Ruiz Fabri y Edoardo Stoppioni, "*Jus Cogens* before International Courts: The Mega-Political Side of the Story", *Law and Contemporary Problems*, vol. 84 (2021), pág. 157 ("Diez años más fueron necesarios para que la CIJ mencionara el *ius cogens* en su razonamiento, e incluso entonces, el argumento del *ius cogens* no fue concluyente. Es imposible saber si tan duradera resistencia estuvo relacionada o no con una intensa presión interna del magistrado francés, bien conocido por su firme oposición al *ius cogens*. Sin embargo, la CIJ se mantuvo firme todo el tiempo que pudo y, en cierto modo, probablemente todavía lo hace".).

[211] El mejor ejemplo de esta herramienta es *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (*fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 100, párr. 190 ("La Comisión del Derecho Internacional, en su trabajo de codificación del derecho relativo a los tratados, la ley de la Carta relativa a la prohibición del uso de la fuerza constituye en sí misma un ejemplo conspicuo de norma de derecho internacional con carácter de *ius cogens*"). Véase también *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012 (I)*, pág. 125, párr. 61, y pág. 135, párr. 80.

[212] El mejor ejemplo de este método particular se encuentra en *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 257, párr. 79 ("Además, todos los Estados han de cumplir esas normas fundamentales, hayan o no ratificado los convenios que las estatuyen, porque constituyen principios intransgredibles del derecho internacional consuetudinario").

[213] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain)*, segunda fase, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 32, párr. 33; *East Timor (Portugal v. Australia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1995*, pág. 102, párr. 29; *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2019 (I)*, pág. 139, párr. 180; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 199, párr. 156.

de la fuerza de conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo [214] . ¿Por qué la Corte se ha tomado tantas molestias en el pasado para evitar describir la libre determinación como una norma imperativa? La cuestión sigue siendo importante en este caso porque, incluso después de haberse referido al derecho a la libre determinación como una norma imperativa del derecho internacional en la opinión, los restos de la vacilación histórica de la Corte siguen siendo visibles, como mostraré a continuación.

17. La reticencia histórica de la Corte a reconocer explícitamente el carácter imperativo de las normas, y en particular del derecho a la libre determinación, puede tener varias explicaciones. En primer lugar, es posible que la Corte considerara innecesario describir la libre determinación como una norma imperativa o, para utilizar el lenguaje del voto particular del Magistrado Abraham en *Bélgica c. Senegal* con respecto a la norma imperativa de prohibición de la tortura, un "mero *obiter dictum*, que la Corte podría haber omitido sin privar a su razonamiento de ningún elemento vital"[215]. En *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965* (en adelante, "*Chagos*") también, aparentemente, la Corte consideró que describir la libre determinación como una norma imperativa era innecesario a los efectos de responder a la cuestión planteada por la Asamblea General[216]. La segunda posibilidad es que la Corte simplemente no aceptara hasta ahora que la libre determinación fuera una norma de *ius cogens*. De hecho, tras el caso *Chagos*, algunos argumentaron que el enfoque de la Corte demostraba que no creía que la libre determinación fuera una norma imperativa [217]. Ninguna de estas razones es ni remotamente convincente y deseo abordar cada una de ellas por separado.

2. La necesidad de referirse al carácter imperativo de la libre determinación

18. Empiezo primero por la razón más probable de que la Corte haya evitado hasta ahora la cuestión del carácter imperativo de la libre determinación, a saber, que ha sido innecesaria. De hecho, se podría señalar que existen otras normas, como la prohibición del uso de la fuerza, cuyo carácter imperativo, que yo sepa, solo ha sido

[214] *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010 (II)*, pág. 437, párr. 81.

[215] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012 (II)*, opinión separada del Magistrado Abraham, pág. 477, párr. 27 ("En cuanto a la prohibición de la tortura, la sentencia afirma (párr. 99) que forma parte del derecho consuetudinario y que incluso se ha convertido en una norma imperativa (*ius cogens*), pero se trata claramente de un mero *obiter dictum*, que la Corte podría haber omitido sin privar a su razonamiento de ningún elemento vital").

[216] Véase el comentario del entonces Presidente de la Corte, el Magistrado Yusuf, durante la interacción anual entre la Comisión de Derecho Internacional (CDI) y el Presidente de la Corte, A/CN.4/SR.3478, pág. 10,

> "que la Corte no consideró necesario abordar la cuestión de si el derecho a la libre determinación es una norma imperativa de derecho internacional en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965* porque ese no era el asunto que debía dirimir. Lo que la Asamblea General había preguntado era si el proceso de descolonización de Mauricio se había completado con arreglo a derecho. Por lo general, la Corte no se dedicaba a dictar *obiter dicta* ni a hacer declaraciones que no fueran directamente pertinentes para sus conclusiones, especialmente en una opinión consultiva".

[217] Véanse los comentarios de Israel, en *Normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens): Comentarios y observaciones recibidos de Gobiernos*, A/CN.4/748, 9 de marzo de 2022, pág. 104 ("De hecho, en la opinión consultiva sobre las Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965, la propia Corte Internacional de Justicia pareció abstenerse deliberadamente de referirse al derecho a la libre determinación como norma de *ius cogens*").

cuestionado por un Estado, Marruecos [218] , las cuales la Corte no califica de imperativas en la presente opinión consultiva.

19. Al justificar el enfoque de La Corte en *Chagos*, el entonces ex-Presidente de la Corte, el Magistrado Yusuf, sugirió que describir la libre determinación como una norma imperativa cuando no era necesario equivaldría a un dictamen que, por lo general, la Corte "no se dedicaba a dictar"[219]. Sin embargo, puedo encontrar muchos ejemplos en la jurisprudencia de la Corte en los que esta hizo declaraciones que no eran necesarias para la resolución del asunto que tenía ante sí[220]. Se podría mencionar el famoso *dictum* de *Barcelona Traction* en el que la Corte distinguió por primera vez entre obligaciones *erga omnes* y "respecto de otro Estado"[221]. Del mismo modo, el reconocimiento por parte de la Corte de la condición de *ius cogens* de la prohibición de la tortura en el contexto del caso *Bélgica c. Senegal* no era, como señalaron el Magistrado Abraham y el Magistrado *ad hoc* Sur, esencial para el arreglo de la controversia[222]. Tampoco lo fue la caracterización de la Corte de ciertas normas del derecho internacional humanitario como "inquebrantables" [223] , un término cuyo significado se me sigue escapando. De hecho, incluso se puede argumentar que, dado que la Corte se basó en la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General en *Chagos*, tampoco era necesario caracterizar en ese caso el derecho a la libre determinación como *erga omnes*[224], es decir, el deber de cooperar y prestar asistencia se derivaba de la resolución. No solo en lo que respecta a las normas de *ius cogens* y al carácter *erga omnes* de las obligaciones, la Corte ha realizado declaraciones que no son estrictamente necesarias para la resolución final del asunto. La invocación por la Corte del "concepto" de desarrollo sostenible en *Gabčikovo-Nagymaros* tampoco era necesaria para resolver la controversia entre Hungría y Eslovaquia [225] . En *Kasikili/Sedudu*, la Corte, tras aportar la observación de que sus conclusiones anteriores eran "suficientes para resolver el asunto", procedió a añadir un hecho que ella misma calificó de "innecesario" [226]. Estos son solo ejemplos al azar, y estoy seguro de que se pueden dar muchos más. De hecho, también en esta opinión la Corte hace referencia a muchos elementos que no desempeñan ningún papel en las conclusiones finales extraídas por la Corte, como por ejemplo, las diversas referencias

[218] Véase la Posición Común Africana sobre la aplicación del derecho internacional uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el ciberespacio, 9 de enero de 2024, PSC/PR/Comm.1196. El párr. 38, en el que se describe la prohibición del uso de la fuerza como *ius cogens*, está marcado con un asterisco y reza: "Un Estado Miembro, el Reino de Marruecos, expresó una reserva sobre la referencia al concepto de 'ius cogens' en el párrafo 38 del presente documento".

[219] Véase la nota 21 *supra*, comentario del Magistrado Yusuf.

[220] De hecho, en su opinión separada sobre el *Muro*, la Magistrada Higgins lamentó la "irrelevante" invocación de la naturaleza *erga omnes* de las violaciones del derecho humanitario por parte de la Corte. Opinión consultiva sobre el *Muro*, opinión separada de la Magistrada Higgins, pág. 217, párr. 39.

[221] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain)*, segunda fase, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 32, párr. 33.

[222] Véanse las notas 15 y 18 *supra*.

[223] Véase la nota 17 *supra*.

[224] *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2019 (I)*, pág. 139, párr. 180.

[225] *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, págs. 77 y 78, párr. 140.

[226] *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999 (II)*, pág. 1091, párr. 69 ("La Corte ha llegado a la conclusión de que no se ha alcanzado ningún acuerdo entre Sudáfrica y Botswana 'con respecto a la [...] aplicación del [Tratado de 1890]'. Esto es *en sí mismo suficiente* para zanjar el asunto. Es *innecesario* añadir que en 1984 y 1985 ninguno de los dos Estados tenía competencia para firmar un acuerdo de este tipo, pues en ese momento la Asamblea General de las Naciones Unidas ya había puesto fin al Mandato de Sudáfrica sobre África Sudoccidental" (sin cursiva en el original)).

simbólicas a los Acuerdos de Oslo. ¿Todos estos ejemplos pueden describirse como "dictar *obiter dicta*"? No lo creo. Todos ellos desempeñan importantes funciones relacionadas con la responsabilidad judicial de la Corte.

20. En cualquier caso, y para evitar dudas, hay al menos tres razones por las que era necesario pronunciarse sobre el carácter imperativo de la libre determinación en *esta opinión*. En primer lugar, un gran número de participantes presentó como argumento el carácter imperativo de la libre determinación. La Corte no puede, o no debe, ignorar sin más los argumentos presentados por un número tan significativo de Estados. En segundo lugar, siempre que la Corte invoque una norma de derecho internacional, es importante que, en la medida en que sea capaz de hacerlo, describa plenamente la situación de dicha norma. Describir la situación de una norma que se ha invocado no es mero *obiter*, tanto como describir el número de instrumentos en los que puede encontrarse esa norma no es *obiter;* forma parte del razonamiento judicial. En tercer lugar, y lo que es más importante, las consecuencias para terceros Estados de la violación del derecho a la libre determinación identificadas por la Corte en la presente opinión consultiva, es decir, el deber de cooperar para poner fin a la presencia israelí en el Territorio Palestino Ocupado [227], el deber de no reconocer situaciones derivadas de la presencia de Israel y el deber de no prestar asistencia para el mantenimiento de tales situaciones, no se derivan, en mi opinión, de la violación de ninguna norma de derecho internacional, sino más bien de la violación de normas imperativas[228]. Abordaré este aspecto con más detalle más adelante, cuando trate la ambivalencia de la Corte en relación con las consecuencias para terceros Estados derivadas de la ilegalidad de la presencia de Israel en el Territorio Palestino Ocupado (sección IV, más adelante).

21. En resumen, el argumento de que la Corte no ha especificado en el pasado (y podría haberlo hecho aquí) que el derecho a la libre determinación es una norma imperativa porque no era estrictamente necesario hacerlo es erróneo por al menos dos razones. En primer lugar, es erróneo porque la Corte realiza habitualmente declaraciones que no son estrictamente necesarias para la resolución del asunto que se le presenta. En segundo lugar, es erróneo porque, en este caso, el carácter imperativo de la libre determinación era esencial para un razonamiento judicial adecuado.

Paso ahora a la segunda posible razón de la vacilación de la Corte en el pasado.

3. La incertidumbre con respecto al carácter imperativo de la libre determinación

22. Tal vez al optar por guardar silencio sobre el carácter imperativo del derecho a la libre determinación en el pasado, la Corte estaba, de hecho, señalando que no creía que este derecho hubiera alcanzado el carácter imperativo, o tal vez no estaba segura sobre el carácter imperativo del derecho. La importancia de la decisión de la Corte, especialmente a la luz de su reticencia histórica a referirse a las normas imperativas, no puede exagerarse.

---

[227] Aunque el deber de cooperar no se menciona expresamente en el párrafo pertinente de la opinión (párrafo 285 7)), la Corte concluye en su razonamiento que los terceros Estados tienen tal deber que es consecuencia de las violaciones del derecho a la libre determinación. Véase la opinión, párrafo 275 ("En cuanto al derecho a la libre determinación, la Corte considera que, si bien corresponde a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad pronunciarse sobre las modalidades necesarias para garantizar el fin de la presencia ilegal de Israel en el Territorio Palestino Ocupado y el pleno ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación, todos los Estados deben cooperar con las Naciones Unidas para poner en práctica dichas modalidades").

[228] Véanse los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001, vol. II (segunda parte), art. 41.

23. Aunque la Corte, coherente con su práctica, no aporta pruebas del carácter imperativo del derecho a la libre determinación, ha habido varias opiniones individuales de miembros de la Corte en el pasado que sí lo han hecho [229]. El carácter imperativo de la libre determinación está fuera de toda duda. Quizás, la declaración más sucinta y clara que apoya el carácter imperativo de la libre determinación se encuentra en la declaración de la Magistrada Sebutinde, nuestra actual Vicepresidenta, en *Chagos*:

> "Las caracterizaciones del derecho a la libre determinación como norma imperativa se remontan a muchos decenios atrás y ahora son demasiado comunes como para ignorarlas. Eminentes juristas, incluidos antiguos y actuales miembros de esta Corte, han reconocido el carácter imperativo del derecho a la libre determinación. También ha sido reconocida como norma imperativa por cortes y tribunales, Relatores Especiales de las Naciones Unidas, miembros de la CDI y la propia CDI. En 1964, cuando la Sexta Comisión de la Asamblea General debatió el proyecto de artículos de la CDI sobre el derecho de los tratados, muchos Estados respaldaron la caracterización del derecho a la libre determinación como norma imperativa y solo un Estado expresó su oposición. Estas declaraciones y estos instrumentos demuestran inexorablemente que el derecho a la libre determinación es una norma de especial importancia en el orden jurídico internacional"[230].

24. Sin embargo, el verdadero problema de fondo es el hecho de que en algunos sectores se ha cuestionado recientemente la condición imperativa del derecho a la libre determinación. Me centraré en este problema de fondo. En particular, ¿afectan de algún modo los recientes rechazos del carácter imperativo de la libre determinación a su pretensión de imperatividad? En el contexto de los criterios para la identificación de las normas imperativas, ¿el hecho de que el carácter imperativo del derecho a la libre determinación haya sido cuestionado recientemente implica que el derecho no está "aceptado ni reconocido por la comunidad internacional en su conjunto" como norma imperativa[231]?

25. A la hora de evaluar qué impacto han tenido, *si es que han tenido alguno*, las recientes objeciones al carácter imperativo del derecho a la libre determinación sobre su pretensión de imperatividad, es importante recordar, en primer lugar, que estas objeciones proceden de relativamente pocos Estados. A este respecto, mientras que una gran mayoría de los Estados participantes en el procedimiento de *Chagos* y en el actual describieron el derecho a la libre determinación como de carácter imperativo[232], ni un solo Estado se opuso a esta opinión (para contextualizar, debe

[229] Véase, por ejemplo, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2019 (I)*, opinión separada del Magistrado Robinson, párrs. 70 a 77, que basó el carácter imperativo del derecho a la libre determinación en instrumentos de aplicación casi universal, la jurisprudencia de la Corte, una evaluación de las opiniones de los Estados, las opiniones y los organismos internacionales, como la CDI, y las opiniones de académicos. Véase también *ibid*., opinión separada de la Magistrada Sebutinde, párrs. 30 y 31, que se basa, entre otras cosas, en la jurisprudencia internacional y en los trabajos de la CDI; *ibid.*, declaración conjunta de los Magistrados Cançado Trindade y Robinson; *ibid*., opinión separada del Magistrado Cançado Trindade, párrs. 120 a 150.

[230] *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2019 (I)*, opinión separada de la Magistrada Sebutinde, pág. 285, párr. 30 (se omiten las notas).

[231] Conclusiones 3, 6 y 7 de las conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), A/77/10.

[232] En el presente procedimiento, por ejemplo, más de 100 Estados han opinado en sus declaraciones que la libre determinación es una norma imperativa: Chile, Líbano, Argelia, Liga de los Estados Árabes (que comprende 22 Estados Miembros), Egipto, Arabia Saudita, Brasil, Jordania, Mauricio, Guyana, Gambia, Irlanda, Malasia, Djibuti, Organización de Cooperación Islámica

recordarse que los participantes tanto en los procedimientos escritos como orales tienen la oportunidad de responder a los argumentos y las alegaciones de los demás, y a menudo lo hacen, por lo que se podría haber respondido a la alegación de imperatividad). Se puede observar un patrón similar con respecto a las opiniones de los Estados que comentan La Comisión de Derecho Internacional y su obra. En 2001, cuando los Estados comentaron el conjunto final de artículos sobre la responsabilidad del Estado, ni un solo Estado cuestionó el carácter imperativo del derecho a la libre determinación[233]. Además, en 2022, de un total de 86 Estados que comentaron el proyecto de conclusiones de la CDI sobre las normas imperativas, cuyo texto incluía la libre determinación como ejemplo de norma imperativa, solo Israel [234], los Estados Unidos [235] , Estonia [236] , el Reino Unido [237] y Marruecos [238] cuestionaron el carácter imperativo del derecho a la libre determinación.

26. Estas estadísticas proporcionan el contexto para ilustrar que solo unos pocos Estados han cuestionado el carácter imperativo de la libre determinación, una norma que durante mucho tiempo se ha considerado imperativa. En este contexto, el problema de fondo parece más bien un obstáculo menor, que se mantiene al margen, centrado en sus asuntos. Las recientes objeciones de solo cinco Estados no pueden tener el efecto de poner en duda lo que, durante mucho tiempo, se ha considerado como una proposición eminentemente indiscutible.

27. Por lo tanto, creo que la Corte acertó al identificar explícitamente el derecho a la libre determinación como una norma imperativa en su presente opinión consultiva. En caso de que algunos apunten a las escasas pruebas presentadas en la opinión para respaldar el carácter imperativo de la libre determinación; Solo puedo decir que la práctica de la Corte no es dedicarse a divagar para apoyar su conclusión sobre la condición de determinadas normas de derecho internacional, y no existe ninguna razón por la que deba hacerse una excepción en el caso de la libre determinación.

4. Consecuencias de las normas imperativas

28. Si hay un aspecto de la opinión que me hace reflexionar es que, habiendo identificado el derecho a la libre determinación como una norma imperativa, la Corte adopta un enfoque ambivalente respecto a la consecuencia de su conclusión. Por ejemplo, en el párrafo 274, cuando se dispone a identificar las consecuencias de la

(que comprende 57 Estados Miembros), Sudáfrica, Palestina, Qatar y Unión Africana (que comprende 55 Estados Miembros).

[233] Véanse las siguientes actas resumidas de la Sexta Comisión de la Asamblea General, durante su 56º período de sesiones, en la que se examinó el informe de la CDI en 2001: A/C.6/56/SR.11; A/C.6/56/SR.12; A/C.6/56/SR.13; A/C.6/56/SR.14 (aquí, la delegación de la India, sin cuestionar el carácter de norma imperativa de la libre determinación, la limitó en el sentido de que excluye la secesión); A/C.6/56/SR.15; A/C.6/56/SR.16; A/C.6/56/SR.17; A/C.6/56/SR.18; A/C.6/56/SR.19; A/C.6/56/SR.20; A/C.6/56/SR.21; A/C.6/56/SR.22; A/C.6/56/SR.23; A/C.6/56/SR.24.

[234] CDI, Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*): Comentarios y observaciones recibidos de Gobiernos (A/CN.4/748), 9 de marzo de 2022, págs. 102 a 104.

[235] *Ibid*., pág. 113.

[236] Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, septuagésimo séptimo período de sesiones, acta resumida de la 22ª sesión (A/C.6/77/SR.22), de 12 de diciembre de 2022.

[237] Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, septuagésimo séptimo período de sesiones, acta resumida de la 23ª sesión (A/C.6/77/SR.23), de 22 de noviembre de 2022, pág. 14.

[238] Reino de Marruecos, comentarios y observaciones acerca del texto del proyecto de conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional sobre las normas imperativas de derecho internacional general. Véase también Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, septuagésimo séptimo período de sesiones, acta resumida de la 24ª sesión (A/C.6/77/SR.24), de 12 de diciembre de 2022, pág. 12.

presencia de Israel en el Territorio Palestino Ocupado para terceros Estados, la Corte "observa que las obligaciones que Israel ha violado incluyen ciertas obligaciones *erga omnes*". Este lenguaje podría sugerir que las obligaciones para terceros Estados a las que podríamos referirnos de forma abreviada como las consecuencias del artículo 41[239] no se derivan del carácter imperativo del derecho a la libre determinación, sino más bien del carácter *erga omnes* de las obligaciones incumplidas.

29. Dado que los Estados y los comentaristas aceptan generalmente que las consecuencias del artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado se aplican a las normas imperativas, la Corte no puede presentar una propuesta alternativa en esta opinión consultiva sin ofrecer una explicación. Al comentar las conclusiones de la CDI sobre las normas imperativas de 2022, que en la conclusión 19 afirma el artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, ni un solo Estado sugirió que estas consecuencias se derivaban, no de las normas imperativas, sino del carácter *erga omnes* de algunas obligaciones. También hay muy poca documentación, si es que hay alguna, que apoye actualmente la opinión de que las consecuencias del artículo 41 se derivan del carácter *erga omnes* de una obligación [240] . La jurisprudencia nacional, una forma de práctica de los Estados, también suele aceptar el punto de vista tradicional [241]. Por lo tanto, que la Corte sugiriera que en realidad no es el carácter imperativo de la norma sino el carácter *erga omnes* de las obligaciones lo que constituye la base de estas consecuencias, sería establecer un enfoque que no está respaldado por las opiniones de los Estados, nuestra entidad hermana la Comisión de Derecho Internacional o los escritos académicos. Esto en sí mismo sería una práctica cuestionable, pero hacerlo sin siquiera comprometerse con el entendimiento predominante y ampliamente aceptado equivaldría a una desestimación impropia de un tribunal de justicia.

30. Además del hecho de que este enfoque no encuentra apoyo en las opiniones de los Estados, la CDI o los escritos académicos, se basaría en una interpretación completamente errónea de la relación entre las normas imperativas y las obligaciones *erga omnes*. El carácter *erga omnes* de una obligación es en sí mismo una consecuencia de la naturaleza de *la norma* de la que surge la obligación[242]. En consecuencia, el carácter *erga omnes* permite a todos los Estados, aunque no hayan sido directamente perjudicados, invocar la responsabilidad de otro Estado por un hecho ilícito[243]. Es por esta misma razón, es decir, que las normas imperativas se

[239] Para mayor claridad, cuando digo "consecuencias del artículo 41" me refiero a las consecuencias por infracciones graves de una norma imperativa reflejadas en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001, vol. II (segunda parte), art. 41.

[240] Para observar ejemplos de escritos académicos que respaldan la opinión tradicional, es decir, que los deberes de no reconocimiento, no asistencia y cooperación para poner fin a cualquier infracción grave son consecuencias de las infracciones de normas imperativas, véase Anne Lagerwall, "The non-recognition of Jerusalem as Israel's capital: a condition for international law to remain relevant?", *Questions of International Law*, vol. 50 (2018): pág. 33. Rebecca J. Barber, "Cooperating through the General Assembly to end serious breaches of peremptory norms", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 71 (2022), pág. 1.

[241] En los párrs. 3, 4, 6 y 13 del comentario a la conclusión 19 de las Conclusiones sobre las normas imperativas se ofrecen ejemplos.

[242] Véase el párr. 7 del comentario general al capítulo III de la parte 2 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001, vol. II (segunda parte). Véase también el párr. 4 del comentario a la conclusión 17 de las conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional sobre normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

[243] Véanse, por ejemplo, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, medidas provisionales, providencia de 23 de enero de 2020, *I.C.J. Reports 2020*, pág. 17, párr. 41; *Application of the Convention on the*

refieren al alcance de las obligaciones secundarias mientras que el carácter *erga omnes* de las normas se refiere a la invocación de las obligaciones secundarias, que la CDI decidió sustituir las referencias a "violaciones graves de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto" por la categoría de "normas imperativas" en sus artículos sobre la responsabilidad del Estado durante su 53 er período de sesiones en 2001[244].

31. El carácter *erga omnes* de las obligaciones no crea por sí mismo obligaciones para terceros Estados. Un punto que fue articulado por la Magistrada Higgins en su opinión separada anexa a la opinión consultiva sobre el Muro [245], donde expresó su desacuerdo con la postura de la Corte según la cual las consecuencias especificadas en la opinión para las violaciones identificadas del derecho internacional (en los párrs. 154 a 159) se derivaban del carácter *erga omnes* de las obligaciones violadas. En su opinión, el concepto *erga omnes* se refiere al "*locus standi* jurisdiccional", que "no tiene nada que ver con la imposición de obligaciones sustantivas a terceros"[246]. Así, concluyó que las consecuencias especificadas por la Corte no "tenían nada que ver con el concepto de *erga omnes*" [247] , y que "[l]a obligación de los Miembros de las Naciones Unidas de no reconocimiento y no asistencia [no] se basaba en la noción de *erga omnes*"[248]. Esta es precisamente la razón por la que prácticamente no existe apoyo para la opinión de que el carácter *erga omnes* de la obligación también da lugar a las consecuencias identificadas en el artículo 41 de los artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado. Conviene recordar que no todas las obligaciones *erga omnes* derivan de normas imperativas. Las obligaciones derivadas de las normas de derecho internacional consuetudinario relativas a los espacios comunes, por ejemplo, también tienen carácter *erga omnes*, deriven o no de normas imperativas. Sin descartar esta posibilidad, no tengo nada claro que todas las obligaciones que tienen carácter *erga omnes* produzcan los tres deberes de no reconocimiento, no asistencia y cooperación formulados en el artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado. Es posible que sí, pero no está nada claro que sea así. Sin embargo, lo que está claro es que las normas imperativas sí lo hacen. En consecuencia, en aras de un razonamiento judicial sólido y coherente, la Corte debería haber vinculado explícitamente las consecuencias del artículo 41 identificadas para terceros Estados en esta opinión al carácter imperativo del derecho a la libre determinación (o incluso mejor, reafirmar explícitamente el carácter imperativo de otras normas analizadas en la opinión).

32. No me opongo a que la Corte decida desarrollar la ley para ampliar el ámbito de aplicación de las consecuencias del artículo 41 a todas las obligaciones *erga omnes*. Sin embargo, en primer lugar, si eso es lo que pretende la Corte, debería ser transparente para evitar confusiones y así hacerlo explícitamente. En segundo lugar, esta evolución no debería ser accidental y debería basarse en una comprensión clara y ponderada de la distinción entre obligaciones *erga omnes* y normas imperativas como conceptos jurídicos. Las obligaciones *erga omnes* se derivan de determinados tipos de normas, como las normas imperativas. No obstante, además de

Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 2022 (II)*, pág. 516, párr. 108.

[244] Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 53er período de sesiones, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001, vol. II (segunda parte), pág. 22, párr. 49.

[245] Es cierto que la opinión de la Magistrada Higgins no respaldaría la conclusión de que estas consecuencias se derivan de normas imperativas.

[246] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, opinión separada de la Magistrada Higgins, pág. 216, párr. 37.

[247] *Ibid*.

[248] *Ibid*., párr. 38.

las normas imperativas, ¿qué otros tipos de normas generan estas obligaciones? En mi opinión, y como ya se ha indicado anteriormente, el único otro tipo de normas que producen obligaciones *erga omnes* son, *por su propio carácter de no ser susceptibles de ser obligaciones bilaterales*, las obligaciones relativas a los bienes comunes. Si la Corte desea establecer el principio de que las obligaciones derivadas de normas relativas a espacios comunes producen consecuencias del artículo 41, la confusión entre normas imperativas y obligaciones *erga omnes* en el contexto de las consecuencias del artículo 41 puede estar justificada, y no tendría ninguna objeción contra tal desarrollo. La extensión de las consecuencias del artículo 41 a todas las obligaciones *erga omnes* estaría menos justificada y sería menos eficaz si se hiciera teniendo en cuenta principalmente objetivos humanitarios. Si los objetivos fueran más humanitarios, en mi opinión, el esfuerzo debería dirigirse a mostrar el carácter imperativo de las normas pertinentes en lugar de tratar de ampliar el concepto de obligaciones debidas *erga omnes* más allá de su ámbito actual.

33. Hay otra consecuencia de la imperatividad que la Corte, debido a los restos de su vacilación, no aborda, a saber, las implicaciones del derecho a la libre determinación para los acuerdos relativos al Territorio Palestino Ocupado celebrados en el pasado y los que puedan celebrarse en el futuro. Esta es la principal consecuencia de la imperatividad prevista en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Por ejemplo, una de las consecuencias del reconocimiento del derecho del pueblo palestino a la libre determinación es que un acuerdo para resolver la crisis no puede derogar este principio[249]. Lo más cerca que está la Corte de reconocer este principio fundamental es en el párrafo 257, en el que indica que la existencia del derecho a la libre determinación “no puede estar sujeta a condiciones por la Potencia ocupante, dado su carácter de derecho inalienable”. Merece la pena hacer dos observaciones sobre esta formulación. En primer lugar, la Corte intenta claramente evitar “otra” referencia a las normas imperativas y, en su lugar, se refiere al concepto de derechos “inalienables”. En segundo lugar, la Corte evita invocar cuestiones de no derogación y el lenguaje del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al afirmar que la existencia del derecho a la libre determinación “no puede estar sujeta a condiciones” impuestas por el Estado de Israel.

34. También podría hacerse referencia al párrafo 263 de la opinión, por ejemplo, donde la Corte recuerda los argumentos de Israel, Fiji y Zambia en el sentido de que la presencia de Israel en territorio palestino está justificada por los Acuerdos de Oslo. En el mismo párrafo, la Corte responde lo siguiente:

> “La Corte observa que estos Acuerdos no permiten a Israel anexionarse partes del Territorio Palestino Ocupado para atender sus necesidades de seguridad. Tampoco autorizan a Israel a mantener una presencia permanente en el Territorio Palestino Ocupado para esos mismos fines”.

35. Esta opinión refleja una interpretación perfectamente razonable de los Acuerdos de Oslo. Sin embargo, al mismo tiempo, es obviamente una respuesta incompleta a una pregunta bastante compleja. En mi opinión, una respuesta judicial

[249] Véanse, por ejemplo, la resolución 33/28 A de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 1978, párr. 4 (“*Declara* que la validez de cualesquiera acuerdos que pretendan resolver el problema de Palestina exige que tales acuerdos se encuadren dentro del marco de las Naciones Unidas y de su Carta y sus resoluciones sobre la base de la realización y el ejercicio plenos de los derechos inalienables del pueblo palestino, con inclusión del derecho de retorno y el derecho a la independencia y la soberanía nacionales en Palestina, y con la participación de la Organización de Liberación de Palestina”); la resolución 34/65 B de la Asamblea General, párr. 2 (“*Rechaza* las disposiciones de los acuerdos que pasan por alto, infringen, violan o niegan los derechos inalienables del pueblo palestino, con inclusión del derecho de retomo, el derecho a la libre determinación y a la independencia y a la soberanía nacionales en Palestina”).

adecuada habría requerido que la Corte considerara las implicaciones jurídicas del argumento planteado por estos Estados y, por tanto, la relación entre el derecho a la libre determinación y los Acuerdos de Oslo. Esta respuesta tendría que basarse en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En otras palabras, *aunque* los Acuerdos de Oslo justificaran la presencia actual de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, los Acuerdos, si infringen la norma imperativa de libre determinación, no serían válidos. Una vez expuesta esta proposición básica, la Corte podría afirmar que, en cualquier caso, los Acuerdos de Oslo deben interpretarse de forma que sean coherentes con el derecho a la libre determinación [250], lo que conduce a la interpretación de los Acuerdos ofrecida por la Corte. No obstante, para emprender este razonamiento jurídico, la Corte tendría que reconocer (una vez más) el carácter imperativo del derecho a la libre determinación (y de las demás normas en cuestión). Lamentablemente, debido a su vacilación residual a la hora de reconocer normas imperativas, la Corte omite varios pasos y llega a conclusiones que, sin más, carecen de razonamiento jurídico.

IV. *Apartheid*

36. La Corte pudo constatar una infracción del artículo 3 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, es decir, la prohibición de la segregación y el *apartheid*. Interpreto esta conclusión como una aceptación de que las políticas y prácticas de Israel constituyen una violación de la prohibición del *apartheid*, que es en sí misma una norma imperativa del derecho internacional. Puedo entender que haya reticencia a describir las políticas de Israel en el TPO como *apartheid*. Sospecho que la razón principal de esta vacilación es que, hasta la fecha, solo se han calificado de *apartheid* las políticas del gobierno sudafricano anteriores a 1994 en Sudáfrica y en otros lugares de África Meridional. No obstante, recordemos que el término *apartheid* fue acuñado por ese régimen no como un término peyorativo, sino como un concepto positivo para explicar la benevolencia de sus políticas como desarrollo independiente, y además, en una época en la que muchos otros Estados seguían practicando ellos mismos la discriminación racial de una forma u otra[251]. Una vez que el término adquirió un significado negativo y aumentó la condena internacional del racismo, ningún otro Estado calificó sus políticas de *apartheid*.

37. Sin embargo, si comparamos las políticas del régimen de *apartheid* sudafricano con las prácticas de Israel en el TPO es imposible no llegar a la conclusión de que son similares. Sobre la base de las conclusiones de la Corte relativas a las diversas políticas y prácticas, es difícil no ver que las políticas, la legislación y las prácticas israelíes implican una discriminación generalizada contra los palestinos en casi todos los aspectos de la vida, de forma muy similar a lo que ocurría en la Sudáfrica del *apartheid*. En su mayor parte, existe un esfuerzo intencionado por garantizar la separación y la discriminación entre israelíes y palestinos: carreteras separadas, escuelas separadas, instalaciones separadas y sistemas jurídicos separados. Tanto si se habla de las prácticas de detención discriminatorias, incluida la detención sin juicio (que no se aborda en la opinión pero sobre la que existe amplia información en el expediente), el sistema de permisos de residencia, las restricciones de movimiento o la demolición de propiedades, la privación de tierras o el confinamiento

[250] Véase la conclusión 20 de las conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

[251] Para obtener una descripción de la lucha antirracista dentro de las propias Naciones Unidas en la década de 1940, véase William A. Schabas, *The International Legal Order's Colour Line: Racism, Racial Discrimination and the Making of International Law* (Oxford University Press, 2023), pág. 106 y ss.

de las comunidades palestinas en enclaves que recuerdan a los bantustanes sudafricanos de los que procedo, es imposible pasar por alto las similitudes.

38. Durante las deliberaciones, la Corte escuchó muchos argumentos sobre la definición de *apartheid* en el derecho internacional consuetudinario, ya que la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de la que Israel es parte, no contiene una definición. Estas deliberaciones pueden haber brindado a la Corte la oportunidad de proporcionar una definición estándar de *apartheid* según el derecho internacional consuetudinario. El hecho de que la Corte no lo hiciera no debe restar validez a su conclusión. Independientemente de si nos basamos en la definición del Estatuto de Roma o en la definición de la Convención sobre el *Apartheid*, parece haber un núcleo común en todas las definiciones presentadas por los participantes en el curso de estas deliberaciones, a saber, la existencia de uno o más grupos raciales, la comisión de uno o varios actos inhumanos contra uno o varios de los grupos raciales de manera sistemática y la comisión de esos actos con el propósito de instituir y mantener la dominación.

39. Nadie sugerirá seriamente que los dos primeros de estos elementos no están presentes en el Territorio Palestino Ocupado, por lo que no pretendo abordar estos elementos. Algunos pueden argumentar que las prácticas y políticas israelíes no alcanzan el nivel de *apartheid* porque no existen pruebas suficientes de que se cumpla el tercer elemento, es decir, no hay pruebas suficientes de que los actos inhumanos enumerados se cometieran con el fin de instituir y mantener la dominación de un grupo racial. A este respecto, solo quiero realizar tres breves observaciones.

40. En primer lugar, al interpretar la frase, es importante recordar que la definición de la Convención sobre el *Apartheid* va precedida de la afirmación "que incluirá las políticas y prácticas de segregación y discriminación racial tal y como se practican en África Meridional [...]". Como ya se ha explicado, las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado son, en muchos aspectos, similares a las de la Sudáfrica del *apartheid*. La segunda observación es que sería increíblemente rígido insistir en pruebas directas de la intención de dominar. Como observó el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en el contexto del genocidio, la intención y la finalidad pueden "inferirse de una serie de hechos y circunstancias, como el contexto general, la comisión de otros actos culpables dirigidos sistemáticamente contra el mismo grupo"[252]. Me resulta difícil ver cómo alguien puede analizar las políticas y prácticas que se han detallado ante la Corte y considerar que, en conjunto, el carácter sistémico de estos actos segregacionistas, incluida la política explícita y legislada de que la libre determinación en Palestina está reservada únicamente a personas judías[253], no revelan el propósito de dominar a los palestinos. Como tercera y última observación, debe recordarse que no es necesario para establecer "el fin de la dominación" que la dominación sea la única razón, o incluso la razón predominante, de las medidas discriminatorias. Como se recordará, la Sudáfrica del *apartheid* promovió su política no solo con fines de dominación, sino para garantizar lo que denominó "desarrollo igual pero separado"[254].

41. En mi opinión, en este contexto, la Corte acertó al concluir que las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado infringen la prohibición de segregación racial y *apartheid* del artículo 3 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, una conclusión que

[252] Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Prosecutor v. Jelisić*, caso núm. IT-95-10-A, Sala de Apelaciones, 5 de julio de 2011, párr. 47.

[253] Opinión, párrs. 192 a 222.

[254] El Partido Nacional aplicó esta política tras su elección en 1948, mediante una serie de leyes y medidas raciales.

reconoce implícitamente el carácter de *apartheid* de las prácticas y políticas israelíes en el TPO.

V. Preocupaciones de Israel en materia de seguridad

42. La principal cuestión planteada en la defensa de las políticas israelíes, no solo en el contexto del presente procedimiento, sino también en el contexto de otros procedimientos ante esta Corte, a saber, la opinión consultiva sobre el *Muro*, *Sudáfrica c. Israel*, *Nicaragua c. Israel*, es la irregular "preocupación de Israel en materia de seguridad". Despojado de su esencia, el argumento parece ser que, aunque las políticas y prácticas de Israel repercuten de forma negativa en los derechos de los palestinos e impiden el pleno disfrute de estos en virtud del derecho internacional, dado que Israel se encuentra bajo la amenaza de los palestinos (y posiblemente de otros en la región), se le debería permitir continuar con sus políticas hasta que la amenaza a su seguridad deje de existir (o al menos se le debería permitir seguir negando a los palestinos el disfrute de su derecho a la libre determinación hasta que esta amenaza deje de existir). En estos procedimientos, el mensaje fue articulado con mayor claridad por Fiji y Zambia. También ha sido articulado por opiniones separadas y discrepantes en *Sudáfrica c. Israel*[255].

43. En su opinión, la Corte solo se refiere brevemente a la cuestión y no ofrece ninguna respuesta exhaustiva. Por ejemplo, en el párrafo 47, la Corte señala que la declaración escrita de Israel, aunque se centraba principalmente en cuestiones jurisdiccionales y de oportunidad judicial, también hacía referencia a las preocupaciones de Israel en materia de seguridad. La Corte, comprensiblemente, solo ofrece respuestas fugaces. Por ejemplo, señala, en el párrafo 254, que las preocupaciones de Israel en materia de seguridad tampoco pueden "prevalecer sobre el principio de prohibición de la adquisición de territorio por la fuerza". Sin embargo, dado que el argumento de las "preocupaciones en materia de seguridad" puede constituir una importante corriente subsuperficial de la defensa de las políticas y prácticas pertinentes, y la "explicación" de la negación del derecho a la libre determinación del pueblo palestino, considero importante abordar la cuestión de forma más explícita.

44. Acepto que las preocupaciones en materia de seguridad son muy importantes y que Israel se enfrenta a amenazas a su seguridad, procedentes, entre otros, de Hamás, como ilustran los acontecimientos del 7 de octubre de 2023. Sin embargo, como primera observación general, al abordar las cuestiones de seguridad, debe recordarse que todos los Estados, y no solo Israel, tienen intereses de seguridad. Esto incluye a Palestina. A menudo, cuando se hace referencia a las "preocupaciones en materia de seguridad", es como si solo Israel las tuviera o que, de alguna manera, las preocupaciones en materia de seguridad de Israel prevalecen sobre las de Palestina. La segunda observación general que se debe señalar es que los intereses de seguridad como tales, por muy graves o legítimos que sean, no pueden prevalecer sobre las normas del derecho internacional, un aspecto señalado por la Corte. De hecho, salvo cuando lo exija una norma específica, las preocupaciones en materia de seguridad ni siquiera pueden servir de contrapartida a las normas de derecho internacional y menos aún a las normas imperativas. Por lo tanto, la noción de que el derecho palestino a la libre determinación debe equilibrarse con las preocupaciones israelíes en materia de seguridad, o incluso estar sujeto a ellas, es incongruente desde

[255] Véase, por ejemplo, en general, la opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Barak y la opinión disidente de la Vicepresidenta Sebutinde (especialmente los párrs. 8 y 25) en *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa* v. *Israel)*, medidas provisionales, providencia de 24 de mayo de 2024.

el punto de vista del derecho internacional. De hecho, estos argumentos no solo son incongruentes, sino también peligrosos. Permítanme ilustrarlo mediante un escenario "hipotético": imaginemos que un Estado cree, legítimamente quizás, que otro Estado que se une a una alianza de defensa es una amenaza para sus intereses de seguridad. ¿Puede ese Estado decidir utilizar la fuerza militar para impedir que el otro Estado se adhiera a la alianza de defensa? De hacerlo, nos estamos acercando peligrosamente al paradigma ateniense en el que "los fuertes hacen lo que quieren y los débiles sufren lo que deben".

45. No quiero que se me malinterprete. El derecho internacional no es agnóstico a las preocupaciones en materia de seguridad. El derecho internacional encuentra diferentes formas de proteger los intereses de seguridad. Las normas de los tratados, por ejemplo, pueden permitir a los Estados apartarse de los derechos protegidos en interés de la seguridad del Estado. En lo que atañe más concretamente a las cuestiones del presente procedimiento, los intereses de seguridad se protegen mediante normas de derecho internacional, como el deber de cooperar, y el derecho de la Carta sobre la prohibición del uso de la fuerza (incluida la legítima defensa y las normas sobre el marco de seguridad colectiva). No obstante, la noción de intereses en materia de seguridad no constituye una norma jurídica independiente, o una excepción, que permita a un Estado apartarse de las normas fundamentales del sistema.

46. En el contexto del presente procedimiento, por ejemplo, la Corte ha constatado violaciones de varias normas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Por supuesto, es posible identificar una norma concreta dentro del tratado pertinente que permita, a efectos de seguridad, la conducta impugnada. Un ejemplo habitual es el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que permite la derogación de la obligación en virtud del Pacto para los fines "estrictamente requeridos por las exigencias" de una situación "que amenaza la vida de una nación". No haré mención de si las políticas de Israel cumplen el requisito del artículo 4 o si su declaración de excepción puede ser válida después de un período de tiempo tan largo. A efectos actuales, solo es importante señalar que el interés en materia de seguridad como tal no constituiría una base jurídica independiente para apartarse de una norma jurídica del Pacto. La base jurídica sería, de hecho, el artículo 4 de la Convención. Lo mismo puede decirse con respecto al párrafo 3 del artículo 12 del Pacto, que prevé restricciones al derecho a la libertad de circulación por motivos relacionados con la protección de la seguridad nacional. Una vez más, la seguridad nacional no proporciona una base jurídica autónoma para restringir el derecho. La base jurídica es la disposición del tratado. Del mismo modo, el artículo 49 del Cuarto Convenio de Ginebra permite a una Potencia ocupante efectuar traslados de población "si la seguridad de la población o imperiosas razones militares así lo requieren". Cualquier traslado de la población sería conforme con el derecho internacional si así lo exigieran "razones militares imperiosas", no por un argumento autónomo basado en cuestiones de seguridad, sino porque la norma del tratado prevé una excepción.

47. En algunos puntos, la opinión podría interpretarse en el sentido de que las "preocupaciones en materia de seguridad" constituyen en sí mismas una base para apartarse de las normas del derecho internacional. Por ejemplo, en el párrafo 205, la Corte examina si la restricción israelí de la libertad de circulación de las personas podría justificarse por motivos de seguridad y concluye negativamente porque los motivos de seguridad están relacionados con los asentamientos ilegales. No obstante, cabe recordar que, incluso en este caso, el artículo 12 del Pacto prevé la posibilidad de restringir el derecho "para proteger la seguridad nacional [y] el orden público". Por lo tanto, la consideración de las preocupaciones en materia de seguridad debe examinarse en ese contexto.

48. Cabe hacer referencia a dos bases jurídicas concretas que abordan las preocupaciones de Israel en materia de seguridad. Se trata de la legítima defensa y del marco del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para abordar el conflicto de Oriente Medio. En relación con la situación en el Territorio Palestino Ocupado, el argumento de la legítima defensa es polifacético y plantea diferentes cuestiones dependiendo del contexto en el que se plantee. Puede plantearse en el contexto de la ocupación israelí como tal, es decir, la ocupación en sí es un acto de legítima defensa (o se estableció a raíz de un acto de legítima defensa), o puede plantearse en el contexto de prácticas, políticas o actos concretos, como la construcción del muro o diversas operaciones militares lanzadas contra el territorio palestino. En cualquier contexto en que se plantee, es importante subrayar que la legítima defensa está sujeta a requisitos estrictos, entre ellos el de un ataque armado por parte de un Estado, la proporcionalidad y la necesidad. Además, dada la situación general de ocupación, el argumento de la legítima defensa (en el contexto de actos o prácticas particulares, como las operaciones militares) chocará con la conclusión de la Corte en la opinión consultiva sobre el muro en el sentido de que la legítima defensa no es aplicable (o "no es pertinente") porque Israel "ejerce el control en el Territorio Palestino Ocupado y que [...] la amenaza que considera que justifica [las medidas coercitivas] se origina en dicho territorio y no fuera de él" [256] . Por el momento, solo puedo decir que cualquiera de ellos supone un obstáculo insuperable para cualquiera que pretenda justificar las prácticas y políticas israelíes como actos de legítima defensa.

49. Me gustaría centrarme en el segundo argumento, es decir, el marco del Consejo de Seguridad. El argumento, tal y como yo lo entiendo, es que el marco establecido por el Consejo de Seguridad exige que no se aborde el derecho a la libre determinación de los palestinos sin abordar también las preocupaciones de Israel en materia de seguridad. Se argumenta que estas dos cuestiones deben considerarse unidas de forma indisociable y, como tales, la retirada de Israel del Territorio Palestino Ocupado debe producirse de forma concurrente o simultánea a la consecución de la seguridad de Israel. La base de esta afirmación se encuentra en las disposiciones de la resolución 242 del Consejo de Seguridad (y en las resoluciones posteriores que afirman la resolución 242). No hablaré sobre la cuestión de si estas resoluciones son ley o establecen obligaciones vinculantes en virtud del Artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas y si, suponiendo que establezcan obligaciones legales en virtud del Artículo 25 de la Carta, pueden tener prioridad sobre el derecho a la libre determinación que tiene carácter imperativo. Tampoco haré mención de que aquellos que se centran en la consecución simultánea de la libre determinación y la seguridad como vía para la solución de los dos Estados parecen no tener reparos en el hecho de que Israel ya disfruta plenamente de su derecho a la libre determinación sin insistir en el disfrute simultáneo o concurrente del mismo derecho por parte de los palestinos ni en la consecución simultánea o concurrente de la seguridad de los palestinos.

50. En la resolución 242 del Consejo de Seguridad, el contenido de la cual se vio respaldado en la resolución 338, se afirma que para resolver la situación en Oriente Medio se deben "aplicar los dos principios siguientes" y, posteriormente, hace referencia a i) "la retirada de las fuerzas armadas de Israel" del territorio ocupado y ii) el "fin de todas las reclamaciones o estados de beligerancia y el respeto y reconocimiento de la soberanía, integridad territorial e independencia política de todos los Estados de la zona y su derecho a vivir en paz dentro de fronteras seguras y reconocidas, libres de amenazas o actos de fuerza". Presumiblemente es la palabra

[256] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 194, párr. 139.

"los dos" la que constituye la base de la creencia de que un elemento ("ocupación") no puede abordarse al margen del otro ("seguridad").

51. Las normas de interpretación de las resoluciones de los órganos políticos de las organizaciones internacionales son, en general, con los ajustes necesarios, similares a las normas de interpretación de los tratados [257]. La regla de oro es el significado ordinario que debe darse a las palabras de las resoluciones en su contexto y a la luz del objeto y la finalidad de la resolución. En primer lugar, cabe mencionar que no hay nada en el lenguaje de la resolución que sugiera que lo que está en juego es la seguridad *de Israel*. La resolución habla de "independencia política de *todos los Estados de la zona* y de su derecho a vivir en paz dentro de fronteras seguras y reconocidas y libres de amenaza o actos de fuerza". No olvidemos que Palestina no tiene nada de eso. Su independencia política está gravemente comprometida; la ocupación por parte de Israel, que ahora se ha transformado en anexión, hace que no tenga fronteras reconocidas; sin duda, no está libre de amenazas, por lo que sus preocupaciones en materia de seguridad siguen sin cumplirse.

52. En segundo lugar, y lo que es más importante, no hay nada en el significado ordinario de las palabras de la resolución 242 que sugiera que ambos elementos sean interdependientes, al menos no en el sentido de que deban alcanzarse de manera simultánea o concurrente. Como se ha observado anteriormente, la insistencia en la interdependencia en el sentido de que un elemento no puede finalizarse antes que el otro, se basa presumiblemente en la palabra "los dos" de la resolución 242. Sin embargo, el hecho de que ambos elementos sean esenciales para el establecimiento de "una paz justa y duradera en Oriente Medio" no impide que se actúe sobre uno antes que sobre el otro, o incluso, tal y como yo lo veo, que se finalice uno como precursor de la finalización del otro.

53. Por último, esta lectura de la resolución, es decir, que los dos elementos no están ligados para siempre y de manera indisoluble entre sí, se desprende del hecho de que el propio Consejo de Seguridad ha abordado en ocasiones la cuestión de la ocupación sin abordar al mismo tiempo el segundo elemento. En la resolución 476, por ejemplo, el Consejo reafirmó "la necesidad imperiosa de poner fin a la prolongada ocupación de los territorios árabes ocupados por Israel desde 1967, incluso Jerusalén" sin referirse en absoluto, ni siquiera en el preámbulo, al segundo elemento.

54. En conclusión, las preocupaciones en materia de seguridad afectan a todos los Estados. Todos los Estados tienen un interés legítimo en una existencia pacífica sin amenazas para su seguridad. Sin embargo, la forma en que los Estados promueven y protegen su seguridad está sujeta al derecho internacional y los intereses de seguridad no pueden prevalecer sobre las normas jurídicas, y menos aún sobre las normas más fundamentales que tienen carácter de *ius cogens*.

VI. Consecuencias para las Naciones Unidas

55. En general, estoy de acuerdo con las consecuencias señaladas por la Corte. Me habría gustado especialmente que la Corte hubiera explicado otras consecuencias derivadas del carácter imperativo de las normas en cuestión, como las implicaciones para un posible acuerdo sobre el estatuto definitivo, es decir, que dicho acuerdo debe ser coherente con el derecho a la libre determinación o que la Corte se hubiera

[257] Véase *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010 (II)*, pág. 442, párr. 94. Véase Sâ Benjamin Traoré, *L'interprétation des résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies - Contribution à la théorie de l'interprétation dans la société internationale* (Helbing 2020). Véase también, Alexander Orakhelashvili "Unilateral Interpretation of Security Council Resolutions: UK Practice", *Goettingen Journal of International Law*, vol. 2, núm. 3 (2010), pág. 825.

ocupado de la cuestión (bastante difícil) de si el carácter imperativo de las normas en cuestión tiene algún impacto en la cuestión de las reparaciones. Creo que sí lo tiene, pero entiendo que esto sería ir contra corriente, algo que un tribunal de justicia debería evitar hacer a menos que tenga una base sólida.

56. Además de las consecuencias para las Naciones Unidas y para terceros Estados, la Corte también concluye que las Naciones Unidas "deben examinar qué … medidas adicionales son necesarias para poner fin" lo antes posible a la presencia ilegal de Israel en el TPO. Es una afirmación importante, pero ¿qué significa? ¿Es una consecuencia jurídica? ¿Es una obligación? ¿Por qué se utiliza "deben" en lugar de "tienen la obligación de", como en el caso de las demás consecuencias? ¿Sugiere esto que dicha conclusión carece, de hecho, de consecuencias jurídicas?

57. ¡No! Considero que esta conclusión es una consecuencia jurídica de los incumplimientos en cuestión y que los órganos de las Naciones Unidas tienen el deber de "examinar" qué medidas adicionales son necesarias, especialmente en caso de que Israel no cumpla las consecuencias jurídicas señaladas en la opinión. La exigencia de que las Naciones Unidas consideren la adopción de medidas adicionales se desprende de la insistencia de la Corte en la "necesidad de que las Naciones Unidas... redoblen sus esfuerzos" en el contexto del proceso de paz en Oriente Medio[258]. De hecho, el propio Consejo de Seguridad se ha comprometido a que, "en caso de incumplimiento por parte de Israel [de sus propias determinaciones] [...] examine formas y medios prácticos, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas, para asegurar el pleno" cumplimiento por parte Israel del derecho internacional [259] . Por supuesto, la Corte debe tener cuidado de no imponer a los órganos políticos de las Naciones Unidas, lo que equivaldría a usurpar sus responsabilidades. No obstante, el hecho de afirmar que las Naciones Unidas tienen el deber de considerar la adopción de medidas adicionales no es incompatible con el respeto a la discreción de que gozan los órganos políticos a la hora de abordar los asuntos que se les encomiendan[260]. Sin embargo, una vez que la Corte ha determinado judicialmente que se han infringido normas fundamentales que tienen carácter imperativo, la discrecionalidad ya no consiste en si se debe actuar o no, sino solo en qué medidas se deben adoptar. Así pues, aunque la Corte afirma que las Naciones Unidas "deberían" considerar qué medidas emprender, yo entiendo que ese "deberían" significa que están obligadas a hacerlo. Entiendo que la Corte utiliza "deberían" solo para subrayar que no le corresponde dictar a los órganos políticos de las Naciones Unidas qué medidas deben tomar.

58. Los órganos políticos disponen de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de decidir qué medidas adoptar, siempre que estas sean coherentes con el derecho internacional. La Carta ofrece una serie de opciones, incluida la medida coercitiva, para garantizar su cumplimiento. Pero hay otras maneras. Por ejemplo, los órganos políticos podrían, como forma de consolidar la base sobre la que Palestina y su pueblo puedan disfrutar de la libre determinación, actuar de manera positiva ante la solicitud de Palestina de ser miembro de las Naciones Unidas. Con este fin, cabe señalar que a principios de este año, la Asamblea General ha tomado medidas para conceder al Estado de Palestina derechos similares a los de un Estado Miembro[261].

[258] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* , opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 200, párr. 161.

[259] Resolución 476 (1980) del Consejo de Seguridad de 30 de junio de 1980, párr. 6.

[260] Para consultar una expresión de esta discreción, véanse *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2019 (I)*, pág. 139, párr. 179, y *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010 (II)*, pág. 421, párr. 44.

[261] A/ES-10/L.30/Rev.1.

Del mismo modo, los órganos políticos podrían considerar la posibilidad de restringir la participación de Israel en las actividades de las Naciones Unidas, o medidas similares, como se hizo con respecto a Sudáfrica en 1974[262].

59. Los órganos políticos de las Naciones Unidas también tienen un importante papel que desempeñar para garantizar el cumplimiento por parte de Israel de su obligación de reparación señalada en la opinión[263]. Como indicó la Corte, Israel "tiene la obligación de indemnizar, de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional, a todas las personas físicas o jurídicas y a las poblaciones" que hayan sufrido daños materiales de cualquier tipo como consecuencia de los hechos ilícitos cometidos por Israel bajo la ocupación (párr. 271). La Asamblea General reafirmó estas normas recientemente en su resolución A/RES/ES-11/5, de 15 de noviembre de 2022, titulada "Promoción de vías de recurso y reparaciones por la agresión contra Ucrania".

60. En vista de la naturaleza y la escala de las violaciones del derecho internacional identificadas por la Corte, y el grupo potencialmente grande de demandantes resultante, las Naciones Unidas podrían considerar el establecimiento de un mecanismo internacional de reparación por los daños, las pérdidas y los perjuicios que se deriven de los hechos internacionalmente ilícitos cometidos por Israel señalados en la opinión. La revitalización y ampliación del mandato del Registro de las Naciones Unidas de los Daños y Perjuicios Causados por la Construcción del Muro en el Territorio Palestino Ocupado (RNUDP), creado por la Asamblea General en 2006 tras la publicación de la opinión consultiva sobre el muro, resulta pertinente a este respecto[264].

VII. Conclusión

61. En esta opinión, la Corte ha declarado por primera vez que la presencia de Israel en el Territorio Palestino Ocupado es ilegal. Ha llegado a esta conclusión porque las políticas y prácticas en el Territorio Palestino Ocupado han revelado que el verdadero propósito de Israel es la adquisición por la fuerza del territorio palestino en violación de normas fundamentales del derecho internacional, algunas de las cuales son normas imperativas del derecho internacional. En particular, la Corte constató violaciones del derecho a la libre determinación, cuyo carácter imperativo confirmó en la opinión, de la prohibición de adquisición de territorio por la fuerza, de

[262] El 12 de noviembre de 1974, el Presidente de la Asamblea General dictaminó que la delegación sudafricana ante la Asamblea General no podía seguir participando en los trabajos del vigésimo noveno período de sesiones de la Asamblea porque las credenciales de la delegación no habían sido aceptadas por la Asamblea. El texto de la decisión figura en *Resolutions of Legal Interest Adopted by the General Assembly at its Sixth Special Session and Twenty-Ninth Regular Session*; la decisión se menciona, pero no se reproduce, en *Resolutions Adopted by the General Assembly at Its Twenty-Ninth Session*, Documentos Oficiales del vigésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, suplemento (núm. 31) 10-11, documento A/9631 de las Naciones Unidas (1974). Véanse también, resolución 3206 de la Asamblea General, Documentos Oficiales del vigésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, suplemento (núm. 31) 2, documento A/9631 de las Naciones Unidas (1974); Documentos Oficiales del vigésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, anexos (punto 3 del orden del día) 2, documento A/9779 de las Naciones Unidas (1974).

[263] Opinión, párrs. 269, 270 y 285 6).

[264] El RNUDP se creó de conformidad con lo dispuesto en la resolución ES-10/17 de 15 de diciembre de 2006 de la Asamblea General y sirve para dejar constancia, en forma documental, de los daños y perjuicios causados a todas las personas físicas y jurídicas afectadas por la construcción del muro por parte de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental y sus alrededores.

la prohibición de segregación y discriminación racial y de normas básicas del derecho internacional humanitario.

62. En general, se considera que estas normas, incluso las que no han sido identificadas como tales por la Corte, tienen carácter imperativo. La conclusión de la Corte de que Israel ha violado estas normas de forma atroz y sistemática en el Territorio Palestino Ocupado debe aplaudirse como una importante contribución al desarrollo del derecho internacional y el refuerzo de algunos de sus principios más fundamentales: la fuerza no puede utilizarse para adquirir territorio, el derecho a la libre determinación de los pueblos es sagrado, las obligaciones de una potencia ocupante hacia las personas protegidas continúan mientras persista la ocupación, la práctica de la segregación racial y el *apartheid* no es exclusiva de África Meridional, por nombrar solo algunos principios.

63. Sin embargo, por muy importantes que sean estos principios fundamentales del derecho internacional, en última instancia el objetivo principal de una opinión consultiva no debe ser únicamente el desarrollo de normas de derecho internacional y la contribución a la doctrina. La función principal de cualquier opinión consultiva debe ser ayudar a la organización que lo solicita a abordar cualquier problema al que se enfrente. En este contexto, la función principal de la presente opinión es ayudar a la Asamblea General, y a las Naciones Unidas en su conjunto, a resolver el sometimiento del pueblo palestino durante decenios. Los 285 párrafos de esta opinión consultiva carecerán de sentido si las Naciones Unidas no actúan siguiendo el consejo proporcionado por la Corte para promover la resolución de este conflicto que es una gran mancha en la afirmación de que existe una comunidad internacional, ya que ¿cómo puede cualquier comunidad permitir una indignidad y un sufrimiento tales como los impuestos al pueblo palestino?

(Firmado) Dire Tladi.