

# LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y EL CONFLICTO PALESTINO-ISRAELÍ: UNILATERALIDAD, BILATERALIDAD E INCONDICIONALIDAD

*The International Court of Justice and the Israeli-Palestinian Conflict:  
Unilateralism, Bilateralism and Unconditionality*

**Asier Garrido Muñoz**

*Profesor de derecho internacional y de la Unión Europea  
Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS PARÁMETROS JURÍDICOS DE RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO: LA FÓRMULA «PAZ POR TERRITORIOS». 3. UNILATERALIDAD, CONSENTIMIENTO A LA COMPETENCIA DE LA CORTE Y «DISCRECIONALIDAD» DE ESTA PARA EMITIR OPINIONES CONSULTIVAS. 3.1. El precedente del *Estatuto de Carelia Oriental*. 3.2. El «marco de referencia mucho más amplio» en el contexto del conflicto. 4. LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN EL ASUNTO *APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE GENOCIDIO: MÁS ALLÁ DE LAS HOSTILIDADES ENTRE COMBATIENTES*. 4.1. El inicio de los procedimientos y la primera providencia. 4.2. El carácter general de las medidas ordenadas. 4.3. La plausibilidad de los derechos invocados. 5. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA OCUPACIÓN ISRAELÍ: CAMBIO DE PARADIGMA. 5.1. La (IR)relevancia de la solución negociada. 5.1.1. El alcance temporal y territorial del análisis de la Corte. 5.1.2. La calificación de las políticas y prácticas de Israel como «anexión». 5.2. La aplicación prioritaria del *ius ad bellum* y la libre determinación del pueblo palestino. 5.2.1. Naturaleza del «abuso» que se atribuye a Israel. 5.2.2. La relevancia secundaria de los Acuerdos de Oslo. 5.2.3. La aplicabilidad a Gaza de las conclusiones de la Corte. 5.3. Las consecuencias del ilícito para Israel: ¿de nuevo los intereses unilaterales? 6. CONCLUSIONES. 7. EPÍLOGO.

**RESUMEN:** Este trabajo reflexiona sobre el equilibrio entre unilateralidad y bilateralidad en el conflicto palestino-israelí, con la mira puesta en las decisiones más recientes de la Corte Internacional de Justicia. El análisis parte de los acuerdos de Oslo —avalados por la comunidad internacional— como paradigma de la «bilateralidad condicionada», en el que el fin de la ocupación se subordinaba a un acuerdo que abarcará todas las cuestiones de «estatuto permanente». Centrándose en las cuestiones de la «discrecionalidad» de la Corte para emitir opiniones consultivas, las medidas provisionales y la legalidad de la ocupación israelí, se argumenta que la Corte ha recalibrado el paradigma entre unilateralidad y bilateralidad, priorizando la prohibición de la anexión de territorios y la libre determinación del pueblo palestino sobre las unilateralidades de hecho de Israel. Y en relación con la actual guerra en Gaza, el análisis examina el equilibrio alcanzado entre pretensiones jurídicas y consideraciones humanitarias, argumentando además que el análisis de la plausibilidad de derechos encierra un halo de plausibilidad de las pretensiones sudafricanas sobre el fondo. En fin, como contrapunto, el trabajo iden-

tifica varios ángulos muertos en el razonamiento de la Corte en la opinión consultiva relativa a las *Consecuencias jurídicas de las políticas y prácticas de Israel en territorio palestino ocupado*, en particular relativos a Gaza y la naturaleza jurídica del «abuso» que se atribuye a Israel.

**ABSTRACT:** This contribution reflects on the balance between unilateralism and bilateralism in the Israeli-Palestinian conflict, focusing on the most recent decisions of the International Court of Justice. The analysis identifies the Oslo Accords — endorsed by the international community — as a paradigm of “conditional bilateralism”, where ending the occupation was contingent on an agreement addressing all permanent status issues. Focusing on the Court’s “discretion” to issue advisory opinions, provisional measures, and the legality of Israel’s occupation, the paper evaluates how the Court has recalibrated the paradigm between unilateralism and bilateralism, prioritising the prohibition of territorial annexation and the Palestinian people’s right to self-determination over Israel’s *de facto* unilateral actions. Regarding the ongoing war in Gaza, the analysis examines the balance achieved between legal claims and humanitarian considerations, further arguing that the plausibility of rights suggests a certain plausibility of South Africa’s claims on the merits. Lastly, as a counterpoint, the paper identifies several blind spots in the Court’s reasoning in the advisory opinion on the *Legal Consequences of Israel’s Policies and Practices in the Occupied Palestinian Territory*, particularly concerning Gaza and the legal nature of the “abuse” attributed to Israel.

**Palabras clave:** Conflicto palestino-israelí, Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva, Discrecionalidad, Medidas provisionales, Genocidio, Ocupación, Anexión, Libre determinación de los pueblos, Prohibición de anexión de territorios, Acuerdos de Oslo

**Keywords:** Israeli-Palestinian conflict, International Court of Justice, Advisory opinion, Discretion, Provisional measures, Genocide, Occupation, Annexation, Self-determination of peoples, Prohibition of annexation of territories, Oslo Agreements

## 1. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Han pasado 106 años desde la llamada declaración Balfour (2 de noviembre de 1917), 76 desde la proclamación de la independencia de Israel (14 de mayo de 1948), 57 desde la Guerra de los seis días (5-10 junio de 1967) y la subsiguiente construcción de los primeros asentamientos israelíes en territorios ocupados,

---

1 Se utilizarán los términos «Corte» y «opinión» (en lugar de «Tribunal» y «dictamen»), en línea con la Carta de las Naciones Unidas («CNU») y el Estatuto de la Corte. El autor utilizará con moderación las traducciones al español no oficiales de decisiones de la Corte que publica la Asamblea General de las Naciones Unidas («AGNU»). Los nombres de las decisiones de la Corte se mostrarán en español y en el texto principal y en inglés en las notas al pie. El uso de inteligencia artificial generativa se ha limitado a la obtención de información relevante, sin haberse utilizado en ningún caso ni en la búsqueda de argumentos, ni en la redacción del trabajo (salvo en la búsqueda de sinónimos). El autor es el único responsable de cualquier error. Todas las páginas web fueron visitadas por última vez el 4 de diciembre de 2024.

37 desde la primera intifada (diciembre de 1987), y 22 desde el comienzo de la construcción del muro en Palestina (la fecha exacta del año 2002 es discutida, pero se coincide en el mes junio).

Podría continuarse hasta la infinidad, pues el conflicto Palestino-israelí («el Conflicto») acumula efemérides casi cada semana. Si los acontecimientos no lo remedian —y nada apunta en esta dirección—, el año 2024 será uno más en el proceso de destrucción de la Franja de Gaza por parte de Israel en respuesta al ataque (terrorista) armado de Hamás del 7 de octubre de 2023 («Ataque Armado»). Y habrá que añadirle la preocupante expansión de las hostilidades, tanto de carácter regional en el Líbano e Irán, como local en Cisjordania.

En tal contexto, no debe sorprender que la Corte Internacional de Justicia («CIJ» o «la Corte») haya visto incrementado el número de asuntos relativos al Conflicto. Antes del 7 de octubre de 2023, la Corte había registrado un asunto contencioso relativo a un aspecto puntual del conflicto<sup>2</sup>, y publicado dos opiniones consultivas<sup>3</sup> (que podrían haber sido más, pues ya desde 1948 se venía reclamando la necesidad de que la Corte decidiera todos los aspectos jurídicos del Conflicto)<sup>4</sup>. Tras el ataque, se han añadido dos nuevos contenciosos: *Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Sudáfrica c. Israel)* («Aplicación de la Convención sobre Genocidio»), y *Presuntas violaciones de ciertas obligaciones internacionales respecto del Territorio Palestino Ocupado (Nicaragua c. Alemania)*.

---

2 *Relocation of the United States Embassy to Jerusalem (Palestine v. United States of America)*. Este asunto ha estado en punto muerto durante largo tiempo. La última providencia, relativa al plazo de presentación de la memoria y contra-memoria, data de 15 de noviembre de 2018. Previamente, en la jurisprudencia de la CPJI, se deben mencionar los asuntos *Concesiones Mavrommatis*, aunque solo sea por ánimo de exhaustividad. Se trata de dos asuntos de protección diplomática relativos a concesiones a un ciudadano griego de servicios públicos en territorio palestino. Dieron lugar, en particular, a una sentencia sobre el fondo (*Mavrommatis Jerusalem Concessions (Greece v. United Kingdom)*, *Judgment of 26 March 1925*, Series A, No. 5).

3 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 2004, p. 136 («Muro en Palestina»); *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1988, pág. 12

4 Véase, en particular, la propuesta siria de opinión consultiva solicitando a la Corte que se pronunciara sobre «*the international status of Palestine arising from the termination of the mandate*» (*Yearbook of the United Nations*, 1947-1948, pág. 437). La propuesta fue considerada por el CSNU en dos reuniones mantenidas el 27 de julio de 1948. Fue rechazada con seis votos a favor, uno en contra (la República Socialista Soviética de Ucrania), y cuatro abstenciones (Canadá, Francia, la URSS y los Estados Unidos) (*ibid.*, párrs. 442-443).

Todo ello tiene lugar en un momento en que la Corte se encuentra bajo presión. El incremento de la carga de trabajo ha puesto a prueba<sup>5</sup>, en particular, sus métodos de deliberación, concebidos para maximizar la participación de todos los jueces en el proceso de redacción de sentencias y opiniones consultivas<sup>6</sup>. Como reacción, la Corte ha decidido agilizar dos procedimientos incidentales muy frecuentados: las medidas provisionales y las intervenciones<sup>7</sup>. Dicha situación es, a su vez, reflejo de una doble tendencia de la comunidad internacional en tiempos recientes: la multiplicación de crisis, y la incapacidad de resolverlas por cauces diplomáticos.

Con ello se ha llegado al 19 de julio de 2024, otra efeméride que añadir a la lista. Es la fecha de publicación por la Corte de la opinión consultiva relativa a las *Consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, incluido Jerusalén Oriental* («Políticas y prácticas de Israel»), que ha obtenido una mayoría de 11 votos favorables a sus 285 párrafos, contra una minoría de cuatro (ABRAHAM, TOMKA, SEBUTINDE y AURESCU). En esencia, el dictamen despacha una parte de las llamadas «cuestiones de estatuto permanente», llegando a la conclusión de que, en las actuales circunstancias, la ocupación israelí en sí —y no solo las prácticas israelíes en los territorios ocupados— es contraria al derecho internacional. De ello infiere la Corte, entre otras

- 
- 5 El problema no es nuevo, en todo caso. Véase, por ejemplo, PH. COUVREUR, *The International Court of Justice and the Effectiveness of International Law*, Brill, Leiden, 2017, pág. 266. Para comprender el papel de la Secretaría en el procedimiento consultivo, sigue siendo relevante el trabajo de PH. COUVREUR, «El papel de la Secretaría en el procedimiento judicial ante la Corte Internacional de Justicia», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, Universidad del País Vasco, 2007, págs. 198-201.
- 6 Basados, como es sabido en la *Resolución relativa a la práctica judicial interna de la Corte*, aprobada el 12 de abril de 1976. Sobre la cuestión, véase, por todos, B. SIMMA y J. ORTIGES, «Deliberation and Drafting: International Court of Justice (ICJ)», *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2019, disponible bajo suscripción en <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e3399.013.3399/law-mpeipro-e3399>.
- 7 Respecto de las primeras, la Corte está limitando las audiencias orales a una ronda, para ocasional desagrado de algunos, como el juez *ad hoc* AL-KHASAWNEH en el asunto *Presuntas violaciones de ciertas obligaciones internacionales respecto del Territorio Palestino Ocupado (Nicaragua c. Alemania)* (Opinión disidente, párr. 18). Respecto de las segundas, la Corte ha introducido ciertas reformas en el Reglamento con el objetivo de encauzar los procedimientos que presentan un elevado número de estados intervinientes (CIJ, «Amendments to Articles 81, 82 and 86 of the Rules of Court», Nota de prensa No. 2024/18, 28 February 2024). Para otras medidas relativas a la organización de la Secretaría, véase el último informe anual de la Corte (*Report of the International Court of Justice. 1 August 2023-31 July 2024*, A/79/4, párr. 24). En su última propuesta presupuestaria remitida al Controlador de la ONU, la Corte solicitó un incremento presupuestario de \$1 114 400 sobre un presupuesto total de \$33 729 200 (*ibid.*, para. 26).

medidas, la obligación de Israel de «bring to an end its presence in the Occupied Palestinian Territory as rapidly as possible»<sup>8</sup>.

Como era de esperar, el dictamen ha sido aplaudido por unos y cuestionado por otros, según los intereses o convicciones<sup>9</sup>. A este respecto, destaca la opinión conjunta de los jueces disidentes ABRAHAM, TOMKA y AURESCU. En esencia, estos cuestionaron la perspectiva unilateral («one-sided»)<sup>10</sup> seguida por la mayoría, que en su opinión solo tuvo en cuenta las pretensiones palestinas. Dicha crítica se centra en la cuestión de la ilegalidad de la ocupación, pues se ha de aclarar que los citados jueces se muestran esencialmente de acuerdo con las conclusiones relativas a la ilegalidad de las políticas y prácticas de Israel en territorio ocupado<sup>11</sup>.

Esta supuesta «unilateralidad» (o «uni-dimensionalidad») es, en parte, el resultado de la decisión soberana de Israel de no participar en el procedimiento

8 *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, Advisory Opinion of 19 July 2024, párr. 267 («Políticas y prácticas de Israel»).

9 AMNESTY INTERNATIONAL, «ICJ opinion declaring Israel's occupation of Palestinian territories unlawful is historic vindication of Palestinians' rights», July 19, 2024, disponible en <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2024/07/icj-opinion-declaring-israels-occupation-of-palestinian-territories-unlawful-is-historic-vindication-of-palestinians-rights/>; EDITORIAL BOARD, «Israel's Occupation Policies Receive Damning Verdict from the ICJ», *Financial Times*, 28 July 2024; GENEVA INTERNATIONAL CENTRE FOR JUSTICE, «Legal Impact of Israeli Policies in Occupied Palestinian Territories», September 2024, disponible en <https://www.gicj.org/>; INDEPENDENT INTERNATIONAL COMMISSION OF INQUIRY ON THE OCCUPIED PALESTINIAN TERRITORY, «Legal analysis and recommendations on implementation of the International Court of Justice, Advisory Opinion, *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*», 18 October 2024, disponible en <https://www.ohchr.org/>; M. MILANOVIC, «ICJ Delivers Advisory Opinion on the Legality of Israel's Occupation of Palestinian Territories», *EJIL Talk!*, July 20, 2024, disponible en <https://www.ejiltalk.org/icj-delivers-advisory-opinion-on-the-legality-of-israels-occupation-of-palestinian-territories/> (y los comentarios a la publicación); A. PELLET, «Alain Pellet, juriste : "La Cour internationale de justice redore le blason du droit international si malmené par ailleurs"», *Le Monde*, 29 julio 2024. En el lado de los críticos, véanse N. HAUSDORFF, «A Ban on Arms for Israel Would Help the Ayatollahs», *The Times*, 26 August 2024; E. SHAMIR BORER, M. LAVI, «Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legal Consequences of Israel's Policies and Practices in the "Occupied Palestinian Territory"», 1 August 2024, disponible en <https://en.idi.org.il/articles/55384>; (visitado por última vez el 8 de noviembre de 2024). En cuanto a dirigentes políticos, véase la compilación de reacciones en AL JAZZERA STAFF, «Impunity must end: World reacts to ICJ ruling against Israeli occupation», *Al Jazeera*, 20 July 2024, <https://www.aljazeera.com/>.

10 Opinión disidente común de los jueces ABRAHAM, TOMKA y AURESCU, párr. 6. Véase también la opinión disidente de la vicepresidenta SEBUTINDE, párr. 2.

11 Opinión disidente común de los jueces ABRAHAM, TOMKA y AURESCU, párrs. 19 y 22.

consultivo, salvo el envío de un breve documento durante la fase escrita. Con ello, Israel se ha privado de la posibilidad de exponer sus argumentos y defender sus intereses. Hay, en todo caso, una cuestión de fondo en el razonamiento de estos jueces que entronca con el enfoque de este trabajo.

En efecto, al menos desde los Acuerdos de Oslo, e incluso antes en resoluciones de órganos de la Organización de Naciones Unidas («ONU»), se había venido asumiendo que las cuestiones de estatuto permanente requerían un acuerdo final entre las partes. En el proceso de Oslo, este enfoque quedó reflejado en la obligación jurídica de negociar todos los aspectos del Conflicto de manera integral, condicionándose las cuestiones de estatuto permanente a dicho acuerdo. En la jurisprudencia de la Corte, puede citarse un *obiter dictum* de la opinión relativa al *Muro en Palestina*, donde se recordó que los esfuerzos negociadores —entonces reflejados en la Hora de Ruta del Cuarteto para Oriente Medio—, debían ser «*encouraged with a view to achieving as soon as possible, on the basis of international law, a negotiated solution to the outstanding problems and the establishment of a Palestinian State, existing side by side with Israel and its other neighbours ...*»<sup>12</sup>.

Pues bien, en un contexto caracterizado por las acciones unilaterales, resulta pertinente analizar cómo la Corte ha ponderado este enfoque bilateral condicionado, teniendo en cuenta las principales obligaciones invocadas para abandonarlo (a saber, la prohibición de anexión de territorios y la libre determinación de los pueblos). Esta ponderación es relevante no solo en cuanto al fondo, sino también a la hora de valorar el ejercicio del poder «discrecional» de la Corte de no ejercer su competencia consultiva, si las circunstancias lo justifican.

Por otro lado, el juego de las perspectivas unilateral y bilateral es también relevante en el análisis de las providencias adoptadas por la Corte respecto del principal contencioso en curso relativo al Conflicto: el asunto *Aplicación de la Convención sobre Genocidio*. Ello es así incluso aunque dicho contencioso no tenga por materia cuestiones directamente reguladas en los Acuerdos de Oslo pues, como es sabido, la controversia se centra únicamente en la existencia de un genocidio en Gaza, y no en cuestiones de estatuto permanente<sup>13</sup>. Y es que en este asunto la Corte ha sido requerida, vía solicitud de medidas provisionales, para que ordene el cese unilateral e incondicional de dichas hostilidades por Israel. Ello plantea interrogantes relevantes a varios niveles, no solo en relación con el alcance de las medidas solicitadas, sino también en el análisis de la plausibilidad de derechos, que como es sabido es uno de los criterios para ordenar medidas provisionales.

---

12 *Muro en Palestina*, pág. 201, párr. 62.

13 A. GARRIDO MUÑOZ, «Justicia y sobriedad en La Haya», *El País*, 30 de enero de 2024, disponible en <https://elpais.com/internacional/2024-01-30/justicia-y-sobriedad-en-la-haya.html>.

Con este telón de fondo, en este trabajo se argumenta, en esencia, que la Corte ha recalibrado el tradicional enfoque de la comunidad internacional, priorizando las obligaciones de derecho imperativo de Israel por encima de la bilateralidad condicionada acordada en Oslo. Y en relación con la guerra en Gaza, este trabajo valorará positivamente las medidas que la Corte ha ido ordenado progresivamente hasta llegar al cese de dichas hostilidades. Se apuntará, en todo caso, que el análisis de la plausibilidad de los derechos invocados por Sudáfrica —requerido a efectos de ordenar medidas provisionales— encierra un halo de plausibilidad de *pretensiones jurídicas*. Con ello, la Corte ha atribuido (oficiosamente, como explicaremos) cierta credibilidad a la interpretación según la cual, a juicio de la mayoría, la alegación relativa a la comisión de un genocidio en Gaza es plausible.

En cuanto a la estructura, el trabajo se centrará en una selección de cuestiones jurídicas: primero, la discrecionalidad de la Corte para ejercer su función consultiva; segundo, las medidas provisionales dictadas; y tercero, la legalidad de la ocupación israelí. Previamente, y a fin de contextualizar el análisis, se explicará en detalle la perspectiva bilateral condicionada tradicionalmente defendida por la comunidad internacional —basada en la «solución negociada» al Conflicto— que se encuentra reflejada, en particular, en los Acuerdos de Oslo.

El trabajo se centra, pues, en las obligaciones de las partes entre sí, dejando de lado las obligaciones «comunitarias» de terceros estados respecto de los actores del Conflicto<sup>14</sup>. Por ello, no analizaremos todas las consecuencias jurídicas de las políticas y prácticas de Israel consideradas en la opinión consultiva de 19 de julio de 2024; tampoco los posibles efectos *erga omnes* de las providencias de la Corte en los asuntos relativos a la *Aplicación de la Convención sobre genocidio*. Finalmente, no abordaremos el asunto *Presuntas violaciones de ciertas obligaciones internacionales respecto del Territorio Palestino Ocupado (Nicaragua c. Alemania)*, al versar precisamente sobre la presunta responsabilidad de un tercer Estado en relación con las actuaciones de Israel.

A efectos del análisis, la fecha de corte es el 1 de septiembre de 2024; no se tendrán en cuenta acontecimientos posteriores<sup>15</sup>.

---

14 Sobre las obligaciones relativas a la protección de intereses comunitarios, véase el *locus classicus* B. SIMMA, «From Bilateralism to Community Interest in International Law», *Recueil des Cours*, vol. 250, 1994-VI, págs. 217-384.

15 Con una excepción: la resolución de la AGNU relativa a la opinión consultiva sobre *Políticas y prácticas de Israel*, examinada en la sección IV.

## 2. LOS PARÁMETROS JURÍDICOS DE RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO: LA FÓRMULA «PAZ POR TERRITORIOS»

El Conflicto es, en palabras de CASSESE, una de las problemáticas más «intra-ables» de las relaciones internacionales<sup>16</sup>. No solo por estar en juego las pretensiones excluyentes de dos pueblos con derecho a la libre determinación, sino por todas las aristas jurídicas que ha ido adquiriendo desde que Gran Bretaña terminara su mandato el 14 de mayo de 1948.

Mediante la resolución 181(II) de la AGNU de 29 de noviembre de 1947, se acordó la partición del antiguo mandato británico en un estado árabe, otro judío, y una zona internacional para Jerusalén. La solución no satisfizo a los estados árabes (Egipto, Siria, Líbano y Transjordania), que invadieron el territorio al poco de la proclamación del Estado de Israel el 15 de mayo de 1948. La «guerra de la independencia» o «*Naqba*», según se mire, comenzó oficialmente la saga de cuestiones pendientes, al adquirir Israel un tres por ciento de territorios atribuidos a Palestina por la AGNU, por un lado; y Transjordania los territorios al oeste del río Jordán (formando así el Reino Hachemita de Jordania), así como Egipto la franja de Gaza, por otro. Esta delimitación fáctica quedó sellada en territorios definidos en la línea de armisticio acordada entre los beligerantes en 1949. Entretanto, la guerra forzó la salida de más de 700 000 residentes palestinos, que pronto adquirirían el estatuto de refugiado<sup>17</sup>.

Pero el punto de partida habitualmente seguido para determinar las cuestiones de estatuto permanente se sitúa en la resolución 242 del CSNU de 22 de noviembre de 1967. Fue adoptada al hilo de Guerra de los seis días, durante la cual Israel pasó a ocupar Gaza, Cisjordania, Jerusalén Este y los Altos del Golán. El CSNU afirmó que «el acatamiento de los principios de la Carta requiere que se establezca una paz justa y duradera en el Oriente Medio», todo ello bajo dos principios: por un lado, el «[r]etiro de las fuerzas armadas israelíes de los territorios que ocuparon durante el reciente conflicto»; por otro, 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 de su derecho a vivir en paz dentro de fronteras seguras y reconocidas»<sup>18</sup>.

16 A. CASSESE, *Self-determination, op. cit.*, págs. 230-231; véase también A. CASSESE, «The Israel PLO-Agreement and Self-Determination», *EJIL*, vol. 4, 1993, pág. 571.

17 Para más detalles del proceso que dio lugar a la creación de la UNRWA, véase R. BOCCO, «UNRWA and the Palestinian Refugees: A History within History», *Refugee Survey Quarterly*, vol. 28, nos. 2-3, págs. 229-252. Más ampliamente, véase F. ALBANESE y L. TAKKENBERG, *Palestinian Refugees in International Law*, 2º ed., New York, OUP, 2020, págs. 17-67.

18 Resolución del CSNU de 22 de noviembre de 1967, párr. 1.

Caracterizada como modelo de ambigüedad<sup>19</sup>, la resolución 242 no abordó la situación en términos de libre determinación de los pueblos<sup>20</sup>. En todo caso, la resolución bloqueó cualquier pretensión de legalidad de los asentamientos judíos en territorio palestino, que comenzaría a multiplicarse en años subsiguientes, con nombres que todavía perduran como Kiryat Arba (Hebrón) y Ma'ale Adumim (a siete kilómetros de Jerusalén, enclave de enlace estratégico con el valle del Jordán). De hecho, con la llegada del Likud al poder en 1977, la creación de dichos asentamientos se aceleró<sup>21</sup>.

Más adelante, y al hilo de la guerra del Yom-Kippur, el CSNU adoptó la resolución 338 de 23 de octubre de 1973<sup>22</sup>. En ella se exigió el cumplimiento íntegro con la citada resolución 242, añadiendo una exigencia que sentaría precedente: el inicio de «negociaciones entre las partes interesadas, con los auspicios apropiados, encaminadas al establecimiento de una paz justa y duradera en el Oriente Medio.» El derecho a la libre determinación seguía ausente de la resolución, contrariamente a lo indicado por la AGNU en sendas resoluciones de 10 de diciembre de 1969 y 8 de diciembre 1970<sup>23</sup>.

El 17 de septiembre de 1978, Israel y Egipto firmaron los acuerdos de Camp David, otro modelo de ambigüedad que se refería a la «autonomía completa»

---

19 Es de destacar, por ejemplo, el comedido lenguaje de las versiones inglesa (original) y rusa de la resolución. En particular, la versión inglesa reclama solo la retirada «*from occupied territories*», y no «*from the occupied territories*». La ausencia de artículo dejó inconcreto el alcance territorial de la obligación de retirada (véase, entre otros, F. A. BOYLE, «The Interim Agreement and International Law», *Arab Studies Quarterly*, vol. 22, no. 3, 2000, pág. 7) (reproduciendo el texto de un memorando, redactado en términos poco diplomáticos, enviado a la delegación palestina negociadora de la Conferencia de paz de 1992). Las traducciones española y francesa de la resolución 242 incluyen el artículo «los»/«les», pero siguiendo a ROSENNE, la razón es puramente lingüística, debiendo considerarse ambas versiones como alineadas con la inglesa o rusa (SH. ROSENNE, «On Multi-lingual Interpretation», *Israel Law Review*, vol. 6, no. 3, 1971, págs. 360-366).

20 A. CASSESE, *Self-determination*, *op. cit.*, pág. 238.

21 G. GORENBERG, *The Accidental Empire: Israel and the Birth of Settlements, 1967-1977*, New York, Times Books, 1967. Para una presentación más extendida en el tiempo, que también subraya el carácter «accidental» de los asentamientos posteriores a 1967, véase, del mismo autor, *The Unmaking of Israel*, New York, Harper Cop. 2011, págs. 56-96.

22 Sin querer mencionar las resoluciones del CSNU con exhaustividad, sí que se hará aquí una breve referencia a la importante resolución 252 de 21 de mayo de 1968. En ella el Consejo consideró que «todas las medidas de carácter legislativo y administrativo tomadas por Israel y los actos que ha ejecutado, incluso la expropiación de tierras y bienes, que tienden a modificar el estatuto jurídico de Jerusalén, son nulos y no pueden modificar ese estatuto.» (párr. 2).

23 En esta última se afirmó que «el pueblo de Palestina tiene derecho a gozar de la igualdad de derechos y a la libre determinación, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.» (A/RES/2672/C(XXV), 8 diciembre 1970, párr. 1).

(«*full autonomy*») de los habitantes de Gaza y Cisjordania<sup>24</sup>, y acordó el retiro del gobierno militar israelí y su administración civil de dichos territorios<sup>25</sup>. El texto establecía un plan de paz en tres fases, partiendo de la premisa de que «*Egypt, Israel, Jordan and the representatives of the Palestinian people should participate in negotiations on the resolution of the Palestinian problem in all its aspects*».<sup>26</sup> Como es sabido, dicho plan de paz no se llegó nunca a ejecutar.

Más prometedores fueron los llamados Acuerdos de Oslo, todavía vigentes<sup>27</sup>, resultado tangible de un proceso negociador iniciado en Madrid en octubre de 1991, y que en términos jurídicos comenzó a plasmarse el 13 de septiembre de 1993 con la «Declaración de principios sobre arreglos provisionales de autogobierno» (concluida en Washington entre Israel y la Organización para la Liberación de Palestina)<sup>28</sup>. Reconociendo ambas partes «*their mutual legitimate and political rights*»<sup>29</sup>, acordaron celebrar negociaciones para, entre otras cuestiones, establecer una «*Palestinian Interim Self-Government Authority ... for the Palestinian people in the West Bank and the Gaza Strip, for a transitional period not exceeding five years, leading to a permanent settlement based on Security Council resolutions 242 (1967) and 338 (1973)*».<sup>30</sup>

---

24 A. CASSESE, *Self-determination... op. cit.*, pág. 245.

25 En concreto, se preveía un «marco de paz» para el Oriente Medio, en un documento sin artículos que disponía que «*there should be transitional arrangements for the West Bank and Gaza for a period not exceeding five years. In order to provide full autonomy to the inhabitants, under these arrangements the Israeli military government and its civilian administration will be withdrawn as soon as a self-governing authority has been freely elected by the inhabitants of these areas to replace the existing military government. To negotiate the details of a transitional arrangement, Jordan will be invited to join the negotiations on the basis of this framework*» (texto disponible en [https://avalon.law.yale.edu/20th\\_century/campdav.asp](https://avalon.law.yale.edu/20th_century/campdav.asp)).

26 *Ibidem*.

27 Si bien su aplicación, en el contexto actual, es más que deficiente. Ya en 2015 la Oficina del Representante del Cuarteto para Oriente Medio concluía que «*over the years, with successive negotiations falling short of a final status agreement, the parties continued to apply this agreement, albeit selectively, inconsistently, and often poorly*» (Office of the Quartet, *Report for the Meeting of the Ad-Hoc Liaison Committee on Action in Support of Palestinian State-Building*, 30 September 2015, New York, pág. 4, disponible en <https://www.quartetoffice.org/index.php>).

28 Para un detallado análisis de los albores del proceso de Madrid, véase R. MESA GARRIDO, «Guerra y paz en Oriente Medio. El drama palestino», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1993, Universidad del País Vasco, págs. 326-333.

29 Preámbulo, párrafo único. El texto se encuentra disponible como anexo a la Carta remitida el 8 de octubre de 1993 por los Representantes permanentes de la Federación Rusa y los Estados Unidos ante las Naciones Unidas, dirigida al SGNU (A/48/486, 11 de octubre de 1993). Se citará aquí el original en inglés.

30 *Ibid.*, art. I.

El texto regulaba las condiciones que iban a regir las relaciones entre las partes durante dicho período transitorio, que se activaría a partir de la retirada israelí de Gaza y el área de Jericó (en Cisjordania)<sup>31</sup>. A partir de entonces, daba comienzo un proceso de transferencia de autoridad «*from the Israeli military government and its Civil administration*» a las autoridades palestinas<sup>32</sup>, mediante un Consejo cuyas condiciones de funcionamiento y poderes debían ser acordados<sup>33</sup>. En cuanto a las negociaciones relativas al «estatuto permanente», estas comenzarían «*as soon as possible, but not later than the beginning of the third year of the interim period*»<sup>34</sup>, abarcando todos los temas pendientes, incluidos «*Jerusalem, refugees, settlements, security arrangements, borders, relations and cooperation with other neighbours, and other issues of common interest*».<sup>35</sup>

En este contexto, el «Acuerdo interino israelí-palestino sobre Cisjordania y la Franja de Gaza» de 28 de septiembre de 1995 reguló los detalles de la transferencia de poderes al Consejo Palestino. Sin poder entrar en detalles<sup>36</sup>, se afirmaba el autogobierno de los palestinos «*according to democratic principles*», que debía formalizarse mediante elecciones al Consejo y al Ra'ees de su Autoridad Ejecutiva<sup>37</sup>. Con lenguaje comedido, se hacía referencia a la «*realization of the legitimate rights of the Palestinian people and their just requirements*»<sup>38</sup>. Como es sabido, el acuerdo regulaba las condiciones de retirada del ejército israelí, estableciéndose las famosas áreas A, B y C, la diferencia entre las cuales estribaba (y sigue estribando) en el nivel de presencia militar israelí en cada una de ellas, de menor a mayor grado<sup>39</sup>. En cuanto al proceso negociador, las partes reafirmaron «*their understanding that ... the negotiations on the permanent status, that will start as soon as possible but not later than May 4, 1996, will lead to the implementation of Security Council resolutions 242 and 338*»<sup>40</sup>.

El proceso de Oslo fracasó por motivos cuyo análisis no compete en estas líneas. El período transitorio de cinco años para la conclusión de las negociaciones

---

31 *Ibid.*, art. V.1.

32 *Ibid.*, art. VI.2.

33 *Ibid.*, art. VII.

34 *Ibid.*, art. V.2.

35 *Ibid.*, art. V.3.

36 Véase, para más detalles, P. MALANCUK, «Some Basic Aspects of the Agreements Between Israel and the PLO from the Perspective of International Law», *EJIL*, vol. 7, 1996, págs. 485-500.

37 El texto se encuentra disponible como anexo a la Carta remitida el 27 de diciembre de 1995 por los Representantes permanentes de la Federación Rusa y los Estados Unidos ante las Naciones Unidas, dirigida al SGNU (A/51/889, 5 de mayo de 1997). Se citará aquí el original en inglés.

38 *Ibid.*, art. II.2.

39 *Ibid.*, art. XI.3.

40 *Ibid.*, preámbulo, párr. 6.

sobre las cuestiones de estatuto permanente expiró el 4 de mayo de 1999, y al año siguiente la segunda intifada abrió un nuevo ciclo de violencia, al que seguirían muchos otros hasta la actualidad. También fracasó la Hoja de Ruta aprobada el 7 de mayo de 2003 por el Cuarteto para Oriente Medio (Estados Unidos, Rusia, Unión Europea y la ONU), y avalada por el CSNU en la resolución 1515 (2003)<sup>41</sup>. Esta ponía de nuevo el acento en la solución negociada, indicando que

«[a] settlement, negotiated between the parties, will result in the emergence of an independent, democratic, and viable Palestinian state living side by side in peace and security with Israel and its other neighbors. The settlement will resolve the Israel-Palestinian conflict, and end the occupation that began in 1967, based on the foundations of the Madrid Conference, the principle of land for peace, UNSCRs 242, 338 and 1397, agreements previously reached by the parties, and the initiative of Saudi Crown Prince Abdullah ... calling for acceptance of Israel as a neighbor living in peace and security»<sup>42</sup>.

Desde entonces, no se han escatimado llamados desde órganos multilaterales a la negociación entre las partes para resolver el conflicto, incluida en la propia resolución de la AGNU que remitió a la Corte la solicitud más reciente de opinión consultiva<sup>43</sup>. El CSNU ha llegado a referirse a dichas negociaciones en términos de «irreversibilidad»<sup>44</sup>, como condición para «poner fin a la ocupación israelí».<sup>45</sup> A ello hay que sumar el dictamen relativo al *Muro en Palestina*, donde la Corte concluyó, en un pasaje ya citado, que

«this tragic situation can be brought to an end only through implementation in good faith of all relevant Security Council resolutions ... these efforts [need] to be encouraged with a view to achieving as soon as possible, on the basis of international law, a negotiated solution to the outstanding problems and the establishment of a Palestinian State, existing side by side with Israel and its other neighbours...»<sup>46</sup>.

Como se puede observar, tanto las recomendaciones de órganos multilaterales como los propios Acuerdos de Oslo se basaban en las fronteras «fijadas» en la resolución 242 del Consejo de Seguridad<sup>47</sup>. Con esta premisa, se ha venido cali-

41 S/RES/1515(2003), párr. 1. Sobre la Hoja de Ruta y otras resoluciones del CSNU relativas al Conflicto, véase X. PONS RAFOLS, «La guerra en Gaza y el conflicto palestino-israelí: un punto de inflexión en medio de un ciclo sin fin de violencia», *Peace & Security — Paix et Sécurité Internationales*, no. 12, 2024, esp. págs. 46-51.

42 S/2003/529, Annex, párr. 3.

43 AGNU, *Prácticas israelíes que afectan a los derechos humanos del pueblo palestino en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental*, A/RES/77/247, 9 de enero de 2023, preámbulo (en doble ocasión).

44 Resolución 1850 (2008), 16 de diciembre de 2008, S/RES/1850(2008), párr. 1.

45 Resolución 2334 (2016), 23 de diciembre de 2016, S/RES/2334, párr. 9.

46 *Muro en Palestina*, pág. 201, párr. 162.

47 Esta era la recomendación del memorándum de F. A. BOYLE a la delegación negociadora palestina («The Interim», *loc. cit.*, pág. 7, párr. 20).

ficando la presencia israelí más allá de las fronteras de 1967 como «ocupación», aceptándose que esta es una situación de hecho a la que se debe poner fin previo acuerdo entre las partes, acuerdo que debe acomodar todos los intereses en juego, incluidas las garantías de seguridad exigidas por Israel<sup>48</sup>.

En otras palabras, si bien la presencia israelí más allá de las fronteras de 1967 se considera una violación de la resolución 242 del CSNU, no es habitual que órganos, organismos o mecanismos de supervisión de la ONU califiquen la ocupación de ilegal<sup>49</sup>. Como excepciones se pueden mencionar ciertas resoluciones de la AGNU adoptadas entre 1977 y 1980<sup>50</sup>, o más recientemente el informe de 23 de octubre de 2017 del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en el Territorio Palestino Ocupado («TPO») desde 1967, MICHAEL LYNN, quien consideró que las prácticas desplegadas por Israel en los Territorios Palestinos Ocupados habían cruzado ya «la línea roja de la ilegalidad»<sup>51</sup>, recomendando que «el Gobierno de Israel ponga fin por completo a los 50 años de ocupación de los territorios palestinos en el plazo de tiempo más rápido posible, bajo supervisión internacional.<sup>52</sup>» Previamente, el Relator Especial JOHN DUGARD había calificado la situación en el TPO como «apartheid» y «colonialismo», describiendo la ocupación como un «régimen legal, que la comunidad internacional tolera, sin aprobarlo», recomendando así una nueva opinión consultiva a la Corte al no haber logrado la emitida en 2004 «el efecto deseado de obligar a las Naciones Unidas a adoptar medidas más enérgicas ante la construcción del muro.<sup>53</sup>»

---

48 Sobre la aplicación de los acuerdos de Oslo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Israel, véase D. KRETZMER y Y. RÖNEN, *The Occupation of Justice. The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, 2ª ed., OUP, New York, págs. 119-132. Entre otras conclusiones, los autores afirman que el Tribunal Supremo nunca ha ordenado a las autoridades israelíes «either to act or to refrain from action on the ground that this is required or prohibited by the Accords» (*ibid.*, pág. 132).

49 A. IMSEIS, «Negotiating the Illegal: On the United Nations and the Illegal Occupation of Palestine, 1967-2020», *EJIL*, vol. 31, no. 3, págs. 1064-1065. Desde una perspectiva opuesta (que no compartimos), pero aceptando la misma premisa, véase P. BARNIDGE, *Self-Determination, Statehood, and the Law of Negotiation: The Case of Palestine*, Oxford Portland, Hart Publishing, 2016, págs. 78-114 y 141-153.

50 Véase el preámbulo de las resoluciones 35/207, 10 de diciembre de 1980; 34/70, 6 de diciembre de 1978; 33/29, 7 de diciembre de 1978; y 32/20, 25 de noviembre de 1977, preámbulo. En previas resoluciones el adjetivo «ilegal» no estaba presente (por ejemplo, 3414/30, 5 de diciembre de 1975). Y dejó de estarlo a partir de la resolución 36/226 de 17 de diciembre de 1981, inclusive.

51 *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados*, 23 de octubre de 2017, A/72/556, párr. 65.

52 *Ibid.*, párr. 67. La excepción es parcial porque no se cuestionaba el enfoque centrado en las fronteras de 1967.

53 *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967 (Sr. John Dugard)*, 29 de enero de 2007, A/HRC/4/17, párr.

### 3. UNILATERALIDAD, CONSENTIMIENTO A LA COMPETENCIA DE LA CORTE Y «DISCRECIONALIDAD» DE ESTA PARA EMITIR OPINIONES CONSULTIVAS

Con estos antecedentes, la Corte ha considerado argumentos relativos a la pertinencia de sus dos opiniones consultivas, en respuesta a las objeciones expresadas por Estados participantes al ejercicio de su competencia. Dos argumentos nos interesan aquí: el menoscabo del fundamento consensual de su competencia, y la interferencia con una solución negociada al Conflicto. Si bien diferentes, ambos incidieron en la naturaleza presuntamente bilateral del Conflicto, o al menos buscaban preservar sus aspectos bilaterales esenciales<sup>54</sup>.

En esta sección se analiza cómo la Corte ha valorado el primer argumento (el segundo será examinada en la sección IV). Para ello, se considerará la relevancia de un precedente en la jurisprudencia de la CPJI habitualmente invocado en estos contextos, a saber, el de la opinión consultiva relativa al *Estatuto de Carelia Oriental*. Seguidamente, se valorará cómo dicho precedente ha sido aplicado en la jurisprudencia de la CIJ, con especial referencia a las opiniones consultivas relativas a Palestina.

#### 3.1. El precedente del *Estatuto de Carelia oriental*

De acuerdo con el art. 65 del Estatuto, «la Corte podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica». El verbo utilizado en las versiones española («podrá») y la francesa («peut») refleja menos el matiz que se podría inferir de la versión inglesa, que prevé que la Corte «may» emitir dichas opiniones<sup>55</sup>. Dicho matiz se ha traducido, en la jurisprudencia de la Corte, en la posibilidad de denegar una solicitud de opinión consultiva si se dan ciertas condiciones, aunque la Corte tenga competencia<sup>56</sup>. Esta posibilidad es excepcional;

---

62. Véase también *Informe del Sr. John Dugard, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en los Territorios Palestinos Ocupados por Israel desde 1967, presentado de conformidad con la resolución 1993/2 A de la Comisión*, 8 de septiembre de 2003, E/CN.4/2004/6, para. 41 (más sutil en sus conclusiones).

54. Que ese fuera el objetivo real de los Estados «objetores», esa es otra cuestión que no podemos abordar aquí.

55. Para un análisis de la historia legislativa del art. 65 del Estatuto en sus diferentes versiones lingüísticas, véase R. Kolb, *The International Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford and Portland, págs. 1084-1086. El autor explica que nada en la gramática del texto, ni en los trabajos preparatorios, sugiere unívocamente la existencia de una «discreción» en materia de opiniones consultivas.

56. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 234, párr. 14.

dadas las responsabilidades de la Corte como «órgano judicial principal de las Naciones Unidas»<sup>57</sup>, la Corte solo denegará una opinión «por razones imperiosas» («*compelling reasons*»)<sup>58</sup>.

Entre las posibles causas, destaca la relativa a la ausencia de consentimiento a la competencia contenciosa de la Corte<sup>59</sup>. A este respecto, la Corte explicó con su dictamen relativo al *Sahara Occidental* que

*«the lack of consent of an interested State may render the giving of an advisory opinion incompatible with the Court's judicial character. An instance of this would be when the circumstances disclose that to give a reply would have the effect of circumventing the principle that a State is not obliged to allow its disputes to be submitted to judicial settlement without its consent»<sup>60</sup>.*

En la práctica, la Corte no ha denegado nunca una solicitud de opinión por este motivo (ni por ningún otro). Sin embargo, el precedente de la Corte Permanente de Justicia Internacional («CPJI») relativo al *Estatuto de Carelia Oriental* ha sobrepasado varios procedimientos consultivos, incluido el relativo al *Muro en Palestina* debido a la falta de consentimiento de Israel a la competencia de la Corte. En particular, antes de la reciente opinión consultiva relativa a las *Políticas y prácticas de Israel*, el argumento se volvió a plantear con firmeza en *Consecuencias jurídicas de la separación del Archipiélago de las Chagos de Mauricio en 1965* («*Separación de las Chagos*») por la falta de consentimiento del Reino Unido a un arreglo judicial, y los intentos paralelos de Mauricio de recurrir al arbitraje<sup>61</sup>.

57 Art. 92 CNU.

58 *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962, pág. 155; véase también, entre otras, *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission of Human Rights*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999 (I), págs. 78 y 79, párr. 29; *Muro en Palestina*, pág. 156, párr. 44.

59 Nótese que, propiamente hablando, la supuesta «discrecionalidad» de la Corte en virtud del art. 65 del Estatuto es más bien un juicio de la «adecuación» de esta. Como tal, responde a una obligación de la Corte de proteger su función judicial, y no tanto a una facultad. Otra cosa es que la obligación confiera un amplio margen a la Corte... (R. KOLB, *The International...*, op. cit., págs. 1091-1094, citando CR 95/23, p. 25 [Abi-Saab] en las audiencias orales relativas a la *Legality of the use of nuclear weapons by a State in an armed conflict (WHO)*; véase también G. ABI-SAAB, «On discretion. Reflections on the nature of the consultative function of the International Court of Justice», en L. BOISSON DE CHARZOURNES y Ph. SANDS (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, CUP, 1999, págs. 36-50. Véase también la nota al pie 63.

60 *Western Sahara*, I.C.J. Reports 1975, pág. 25, párrs. 32 y 33 («Sahara Occidental»); *Muro en Palestina*, págs. 157-158, párr. 47.

61 *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019, págs. 116-118, párrs. 83-91. Véanse también las

La opinión relativa al *Estatuto de Carelia Oriental*, en la que la CPJI sí rechazó responder a la pregunta formulada por el Consejo de la Sociedad de las Naciones («SdN») <sup>62</sup>, ha sido objeto de diversas interpretaciones relativas a su fundamento y alcance <sup>63</sup>. En efecto, la CPJI concluyó que «*the Russian Government having refused their concurrence, [la CPJI] finds itself unable to pursue the investigation which, as the terms of the Council's Resolution had foreshadowed, would require the consent and co-operation of both parties*». La razón principal de este rechazo pareció ser la falta de competencia del Consejo para abordar una situación relativa a un Estado no miembro de la SdN (la entonces República Socialista Federativa de Rusia), y por lo tanto someter la cuestión a la competencia consultiva <sup>64</sup>. Para la CPJI:

«*The submission, therefore, of a dispute between [un Estado no parte en la SdN] and a Member of the League for solution according to the methods provided for in the Covenant, could take place only by virtue of their consent. Such consent, however, has never been given by Russia. On the contrary, Russia has, on several occasions, clearly declared that it accepts no intervention by the League of Nations in the dispute with Finland.*» <sup>65</sup>

En todo caso, la CPJI abundó en la existencia de otras consideraciones «*which point to the same conclusion*» <sup>66</sup>. Entre dichas consideraciones, se encontraba el hecho de que la cuestión ante la CPJI

---

respectivas declaraciones de la vicepresidenta XUE y el juez GEVORGIAN relativas a esta decisión.

62 La pregunta versaba sobre la calificación como tratado internacional del Tratado de Paz de Dorpat entre Finlandia y Rusia, firmado el 14 de octubre de 1920 («Tratado de Dorpat»), incluyendo una Declaración aneja de la delegación rusa relativa a la autonomía de Carelia del Este.

63 Compárense al respecto G. ABI-SAAB, «On discretion», *loc. cit.*, págs. 39-40; y P. D'ARGENT, «Article 65», en A. ZIMMERMANN y Ch. J. TAMS (eds.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 3ª Ed., New York, OUP, pág. 1804. En el plano judicial, compárense, entre otras muchas, las opiniones de los jueces GEVORGIAN relativa a la opinión consultiva sobre la *Separación de las Chagos*, y la de OWADA relativa a la opinión consultiva sobre el *Muro en Palestina* (para. 7).

64 Seguimos al respecto la opinión de G. ABI-SAAB, «On discretion», *loc. cit.*, págs. 39-40. En su opinión relativa al *Sahara Occidental*, sin embargo, la Corte se centró en las consideraciones «adicionales» de la CPJI que explicamos más adelante. En particular, la Corte explicó que «[a]lthough in that case [el relativo al Estatuto de Carelia Oriental] the refusal of one State to take part in the proceedings was the cause of the inadequacy of the evidence, it was the actual lack of “materials sufficient to enable it to arrive at any judicial conclusion upon the question of fact” ... which was considered by the Permanent Court, for reasons of judicial propriety, to prevent it from giving an opinion.» (*Sahara Occidental*, pág. 28, párr. 46).

65 PCIJ, *Status of Eastern Carelia, 23 July 1923, PCIJ Series B, No. 5*, págs. 27-28 («Estatuto de Carelia Oriental»).

66 *Ibid.*, pág. 29.

*«is not one of abstract law, but concerns directly the main point of the controversy between Finland and Russia, and can only be decided by an investigation into the facts underlying the case. Answering the question would be substantially equivalent to deciding the dispute between the parties. The Court, being a Court of Justice, cannot, even in giving advisory opinions, depart from the essential rules guiding their activity as a Court.»*<sup>67</sup>

Son precisamente estas consideraciones —en principio accesorias— las que han justificado la existencia de un poder discrecional para denegar el ejercicio de la competencia consultiva.

### 3.2. El «marco de referencia mucho más amplio» en el contexto del conflicto

Fuera de su contexto, el precedente de *Carelia Oriental* ha sido interpretado en el sentido de requerir que toda controversia bilateral en la que una de las partes no ha prestado su consentimiento a la competencia de la Corte no pueda ser objeto de opinión consultiva. De lo contrario, se menoscararía el fundamento consensual de la competencia de la Corte.

Este argumento no es del todo convincente. En su opinión relativa al *Muro en Palestina*, la Corte recordó que el problema en *Estatuto de Carelia Oriental* derivaba del carácter fáctico de la pregunta formulada ante la CPJI<sup>68</sup>. Ello requería la presencia de Rusia para aclarar las circunstancias de conclusión del Tratado de Dorpat, las cuales no podían «*be elucidated without hearing both parties*»<sup>69</sup>. Además, las consideraciones *ad abundantiam* de la CPJI concernían la protección no del principio de consentimiento a la competencia contenciosa de la Corte, sino de su función consultiva en un contexto fáctico muy controvertido, en el que la falta de consentimiento le impedía, pues, disponer de información suficiente<sup>70</sup>. No en vano, la propia CPJI había aclarado que

*«[t]here has been some discussion as to whether questions for an advisory opinion, if they relate to matters which form the subject of a pending dispute between nations, should be put to the Court without the consent of the parties. It is unnecessary in the present case to deal with this topic.»*<sup>71</sup>

67 *Ibid.*, págs. 28-29.

68 *Sahara Occidental*, pág. 101, párr. 56.

69 *Muro en Palestina*, pág. 161, párr. 56 (citando *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, I.C.J. Reports 1950*, p. 72).

70 D. AKANDE y A. TZANAKOPOULOS, «Can the International Court of Justice Decide on the Chagos Islands Advisory Proceedings without the UK's Consent?», *EJIL Talk!*, June 27, 2017, disponible en <https://www.ejiltalk.org/can-the-international-court-of-justice-decide-on-the-chagos-islands-advisory-proceedings-without-the-uks-consent/>.

71 *Estatuto de Carelia Oriental*, pág. 27.

Rechazada, pues, su relevancia a efectos del juego entre competencia contenciosa y consultiva, el precedente de *Carelia Oriental* podría enfocarse desde otra perspectiva procesal, la de la necesaria presencia de los estados partes a efectos probatorios, cuando los hechos relativos a la controversia de fondo son disputados. Sin embargo, en la práctica de la Corte la ausencia de una de las partes en la controversia se ve compensada por los dosieres enciclopédicos que la Secretaría General de las Naciones Unidas («SGNU») remite en los procedimientos consultivos<sup>72</sup>, conteniendo información exhaustiva sobre debates y decisiones de la organización en la materia. Por ejemplo, en el caso de la opinión relativa a las *Políticas y prácticas de Israel*, la SGNU envió 1805 documentos de órganos, organismos y agencias de las Naciones Unidas («ONU») relativos a la solicitud de opinión consultiva, los asentamientos israelíes, las condiciones de vida de los palestinos, mujeres y niños, los recursos naturales y nacionales, la libre determinación, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la UNRWA, etc.; incluyendo numerosa documentación de los órganos de derechos humanos<sup>73</sup>. Además, la accesibilidad de otras fuentes «fácilmente disponibles<sup>74</sup>» —como la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Israel— permite considerar en más detalle la perspectiva israelí<sup>75</sup>.

- 
- 72 Véase el art. 65.2 del Estatuto de la Corte: «Las cuestiones sobre las cuales se solicite opinión consultiva serán expuestas a la Corte mediante solicitud escrita, en que se formule en términos precisos la cuestión respecto de la cual se haga la consulta. Con dicha solicitud se acompañarán todos los documentos que puedan arrojar luz sobre la cuestión.»
- 73 Los documentos se encuentran disponibles en <https://icj-cij.org/case/186/request-advisory-opinion>. En el pasado, alguno de esos documentos fue muy relevante en la decisión final de la Corte. Por ejemplo, en la opinión relativa a la *Separación de las Chagos*, se citó un documento no considerado por los participantes en aquel procedimiento consultivo, y solo citado por una de ellas manera marginal (*Separación de las Chagos*, pág. 137, párr. 172).
- 74 El uso del término «fácilmente disponibles» se basa en el equivalente en inglés «*readily available*» de los arts. 50.2 y art. 56.4 del Reglamento de la Corte. De acuerdo con este último, «[n]o *reference may be made during the oral proceedings to the contents of any document which has not been produced in accordance with Article 43 of the Statute or this Article, unless the document is part of a publication readily available*». El término se encuentra definido en más detalle en las Directrices Prácticas de Procedimiento, IXbis.
- 75 *Contra*, el argumento del juez OWADA en la opinión relativa al *Muro en Palestina*, donde argumentó que la Corte disponía de «*ample material, in particular, about the humanitarian and socio-economic impacts of the construction of the wall*», pero no de «*material explaining the Israeli side of the picture, especially in the context of why and how the construction of the wall as it is actually planned and implemented is necessary and appropriate*» (Opinión individual del juez OWADA, pág. 268, párr. 22). Véanse también las opiniones de la jueza HIGGINS (págs. 217-218, párr. 40); y el juez BUERGENTHAL (Declaración, pág. 250, párr. 1). Como es sabido, el Tribunal Supremo de Israel llegó a conclusiones muy diferentes en una sentencia de 30 de junio de 2004 (*Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, HCJ 2056/04, Supreme Court of Israel, 30 June 2004).

La disponibilidad de estos dosieres y fuentes entronca con otro argumento utilizado para denegar que la falta de consentimiento a la competencia contenciosa deba ser un obstáculo al ejercicio de la competencia consultiva. Y es que, aplicado con rigor, la objeción vaciaría de sustancia una buena parte de la función consultiva. En particular, cualquier cuestión relativa a la determinación de las obligaciones de un estado que no acepta la vía contenciosa, y eventualmente su responsabilidad internacional, debería escapar a la competencia consultiva de la Corte, a pesar de disponerse de abundante material recabado por los órganos de ONU en el ejercicio de sus funciones.

De esta forma, la función consultiva quedaría, en esencia, limitada a cuestiones multilaterales definidas en términos abstractos (como el cambio climático o la amenaza o el uso de las armas nucleares), cuestiones relativas al funcionamiento de las Naciones Unidas, o cuestiones respecto de las cuales las partes no cuestionan la competencia contenciosa de la Corte. Ello preservaría la distinción entre procedimientos contenciosos y consultivos, pero menoscabaría la utilidad de estos últimos como mecanismo de «participación [de la Corte] en las actividades de la Organización» respecto de cuestiones que han sido objeto de atención multilateral<sup>76</sup>.

Sorteando este dilema, la Corte especificó en su opinión sobre el *Muro* que la cuestión referida por la AGNU «[was] of particularly acute concern to the United Nations, and one which is located in a much broader frame of reference than a bilateral dispute»<sup>77</sup>. Esta observación fue objeto de votos particulares que criticaron el «simplismo» con el que la Corte había abordado la cuestión de la discrecionalidad. En particular, para la jueza HIGGINS, la solicitud de opinión consultiva, contrariamente a la opinión relativa al *Sáhara Occidental*<sup>78</sup>, «[was] not in order to secure advice on the Assembly's decolonization duties, but later, on the basis of our Opinion, to exercise powers over the dispute or controversy.»<sup>79</sup> Al no haber abordado la cuestión en estos términos, «this Opinion by its very silence essentially revise[d], rather than applie[d], the existing case law» en la materia<sup>80</sup>. No es menos

76 *Sahara Occidental*, págs. 24-25, párr. 32.

77 *Muro en Palestina*, pág. 159, para. 50.

78 *Sahara Occidental*, págs. 26-27, párr. 39. La Corte afirmó que «[t]he object of the General Assembly has not been to bring before the Court, by way of a request for advisory opinion, a dispute or legal controversy, in order that it may later, on the basis of the Court's opinion, exercise its powers and functions for the peaceful settlement of that dispute or controversy. The object of the request is an entirely different one: to obtain from the Court an opinion which the General Assembly deems of assistance to it for the proper exercise of its functions concerning the decolonization of the territory.»

79 Opinión individual de la jueza HIGGINS, pág. 210, párr. 12.

80 *Ibid.*, pág. 210, párr. 13. Véase también la opinión del juez KOIJMANS, quien consideró insatisfactorio el argumento de la mayoría según el cual la Corte no puede «substitute

cierto que la opinión de la Corte se centró en la cuestión de la legalidad del muro, evitando así las cuestiones de estatuto permanente. En palabras de la Corte, la Corte esta era «*aware that the question of the wall is part of a greater whole*», por lo que «*it would take this circumstance carefully into account in any opinion it might give*»<sup>81</sup>.

Sea como fuere, el argumento sobre el «marco de referencia mucho más amplio» fue aplicado, e incluso ampliado, en la opinión relativa a las *Políticas y prácticas de Israel*. Aquí la Corte recordó que la AGNU tiene (en palabras de la propia Asamblea) una «*permanent responsibility towards the question of Palestine until the question is resolved in all its aspects in a satisfactory manner in accordance with international legitimacy*»<sup>82</sup> No es posible, pues, calificar el Conflicto como una cuestión meramente bilateral. Pero tampoco puede entenderse como una cuestión puramente multilateral, como la propia Corte reconoce en la misma opinión<sup>83</sup>. En particular, la negociación bilateral sigue siendo necesaria, aún más en el contexto actual de hostilidades.

Por todo ello, sorprende que la Corte se haya adentrado, en su más reciente opinión, en cuestiones de estatuto permanente. Quizá el reciente precedente de la *Separación de las Chagos* haya influido particularmente en el paso dado por la Corte, como argumentaron los jueces de la minoría ABRAHAM, TOMKA y AURESCU (también citando *Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África sudoriental) pese a lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*) («Namibia»)<sup>84</sup>. En aquel, la Corte no negó la existencia de una controversia bilateral relativa a la soberanía sobre el disputado archipiélago. Sin embargo, la resolvió incidentalmente al concluir que, no habiéndose completado la descolonización de Mauricio en el momento de acceder a la independencia en 1968, el Reino Unido «*[was] under an obligation to bring to end its administration of the Chagos Archipelago as rapidly as possible*»<sup>85</sup>.

Para los jueces disidentes, ni la opinión relativa a *Namibia* ni la citada *Separación de las Chagos* eran relevantes. A juicio de estos,

---

*its assessment of the usefulness of the opinion requested for that of the organ that seeks such opinion, namely the General Assembly*». A su entender, «*[t]here is quite a difference between substituting the Court's assessment of the usefulness of the opinion for that of the organ requesting it and analysing from a judicial viewpoint what the purpose of the request is. The latter is a simple necessity in order to find out what the Court as a judicial body is in a position to say. And from that point of view the request is phrased in a way which can be called odd, to put it mildly*» (Opinión individual del juez KOOIJMANS, pág. 226, párrs. 24-25).

81 Muro en Palestina, pág. 160, párr. 54.

82 *Políticas y prácticas de Israel*, párr. 35.

83 *Ibidem*.

84 Opinión conjunta, párr. 8.

85 *Separación de las Chagos*, pág. 140, párrs. 3 y 4 de la parte operativa.

«[i]n this case, we are dealing neither with a presence maintained by a mandatory Power in violation of a Security Council decision declaring this presence illegal after the General Assembly terminated the mandate, nor with a situation in which a colonial Power failed in its obligation to complete the decolonization process, nor with any other situation comparable to the above.<sup>86</sup>»

Sin dejar de ser cierto, y a efectos exclusivos de la discrecionalidad de la Corte, había motivos suficientes para extender la lógica de la opinión relativa a la *Separación de las Chagos* a la determinación de cuestiones de estatuto permanente vía opinión consultiva. En aquel, las preguntas ante la Corte, aunque centradas en la descolonización, no habían estado en la agenda de la AGNU o sus órganos subsidiarios durante décadas, e incluso habían sido objeto de tentativas más recientes de arreglo arbitral por parte de Mauricio<sup>87</sup>. Por el contrario, el conflicto palestino-israelí se ha mantenido constantemente en la agenda de los órganos de las ONU, incluso en paralelo a las tentativas de arreglo bilateral negociado. En particular, son de sobra conocidas las opiniones jurídicas expresadas por el Consejo de Seguridad («CSNU») exigiendo a Israel la retirada de los territorios ocupados durante el conflicto de 1967, y declarando nulos los asentamientos y la anexión de Jerusalén Oriental<sup>88</sup>.

#### 4. LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN EL ASUNTO *APLICACIÓN DE LA CONVENCION SOBRE GENOCIDIO: MÁS ALLÁ DE LAS HOSTILIDADES ENTRE COMBATIENTES*

En contextos tan inflamados como el que nos ocupa, toda solicitud de medidas provisionales presenta una importancia equiparable al de una sentencia sobre el fondo<sup>89</sup>. Por ello no sorprende que, en el asunto sobre la *Aplicación de la Convención sobre Genocidio*, la Corte ha sido requerida cuatro veces en cinco meses para

86 Opinión conjunta, párr. 9. Nótese que este argumento fue invocado para criticar la decisión sobre el fondo, y no a efectos de cuestionar el ejercicio por la Corte de su competencia consultiva.

87 Tal y como explican las opiniones expresadas por la vicepresidenta XUE (pág. 146, párr. 16) y la jueza DONOGHUE (pags. 262-262, párrs. 6-9).

88 Véanse, entre otras arriba citadas, las resoluciones 242, párr. 1.i); 252 (1968) de 21 de mayo de 1968, párr. 2; 271 (1969) de 15 de septiembre de 1969, párrs. 2-3; más recientemente, véase la resolución 2334 (2016), 23 de diciembre de 2016, S/RES/2334, párr. 1.

89 Como ha sostenido A. REMIRO BROTONS, «[e]l incidente de medidas provisionales tiene una importancia primordial en los procedimientos por genocidio. Se suele producir en momentos críticos, con gran expectación pública, es patente la gravedad de la situación subyacente, se evacuan rápidamente y, si nos atenemos a los precedentes, con buenos resultados en general para los solicitantes» (A. REMIRO BROTONS, «Un pueblo deambula en Gaza», *REDI*, vol. 76, núm. 1, 2024, pág. 317).

que ordene medidas provisionales en relación con los hechos en Gaza; inicialmente solicitando dichas medidas<sup>90</sup>, posteriormente solicitando en dos ocasiones que la Corte ordene nuevas medidas *motu proprio*<sup>91</sup>, y finalmente solicitando, en dos ocasiones, tanto medidas adicionales como la modificación de las ya ordenadas<sup>92</sup>. En este escenario, la Corte ha dictado tres providencias (el 26 de enero, 28 de marzo y 24 de mayo de 2024)<sup>93</sup>, y rechazado una de las solicitudes sudafricanas<sup>94</sup>.

Los argumentos intercambiados por las partes han permitido contrastar varias narrativas opuestas relativas a la guerra en Gaza, así como las estrategias jurídicas seguidas por las partes. Podemos destacar cuatro planos de debate. En el primero, un Estado acusa a otro de bombardear Gaza hasta las últimas consecuencias genocidas; frente a otro que reclama ejercer legítimamente la fuerza contra un grupo terrorista que mantiene cautivos a cientos de rehenes, con el añadido de facilitar la asistencia humanitaria en un contexto de hostilidades urbanas. En el segundo, un Estado acusa a otro de utilizar a los rehenes como pretexto para apropiarse de Gaza; el otro lo acusa de proximidad a un grupo terrorista e «hipocresía»<sup>95</sup>. En el tercero, un Estado invoca en informes y declaraciones de observadores internacionales (incluido el SGNU) con datos generales sobre la

---

90 *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, 29 December 2023.

91 *Request for additional measures under Article 75(1) of the Rules of Court submitted by South Africa*, 12 February 2024.

92 *Request by South Africa for the indication of provisional measures and modification of the Court's prior provisional measures decisions*, 6 March 2024; *idem*, 10 May 2024.

93 Se trata, en orden cronológico ascendente, de *Application of the Convention of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip*, Order of 26 January 2024, no publicada todavía en el recopilatorio; *idem*, Order of 28 March 2024, no publicada todavía en el recopilatorio; e *idem*, Order of 24 May 2024, no publicada todavía en el recopilatorio. En adelante, las providencias serán referidas como «Primera Providencia», «Segunda Providencia» y «Tercera Providencia», según corresponda.

94 Se trata de la solicitud de Sudáfrica de 12 de febrero de 2024 para que la Corte ejerciera la facultad que le otorga el art. 75 del Reglamento, cuyo primer párrafo dispone que «[t]he Court may at any time decide to examine proprio motu whether the circumstances of the case require the indication of provisional measures which ought to be taken or complied with by any or all of the parties.» La Corte entendió que la situación aludida por el demandante requería «immediate and effective implementation of the provisional measures indicated by the Court in its Order of 26 January 2024, which are applicable throughout the Gaza Strip, including in Rafah, and does not demand the indication of additional provisional measures» (CIJ, «Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel) — Decision of the Court on South Africa's request for additional provisional measures», Nota de prensa No. 2024/16, 16 de febrero de 2024).

95 En el mismo sentido, aunque con más matices, véase THE ECONOMIST, «South Africa's support for the Palestinian cause has deep roots. But opportunism and politics also play a part», January 11th 2024, disponible en <https://www.economist.com/middle-east-and-africa/2024/01/11/south-africas-support-for-the-palestinian-cause-has-deep-roots>.

catástrofe humanitaria en Gaza; otro critica el uso torticero de dichos informes y aporta sus propios datos. En fin, en el cuarto, un Estado considera las medidas provisionales como última instancia de protección del pueblo palestino, mientras que el otro critica la politización de la Corte y el uso de dichas medidas para «micro-gestionar» la conducta de las hostilidades<sup>96</sup>.

Estas narrativas articulan el relato general presentado por las partes hasta la fecha, sirviendo como marco de referencia para el análisis jurídico. Las medidas solicitadas por Sudáfrica se han centrado, en esencia, en tres aspectos: la continuación o el cese de la conducta de las hostilidades, la obligación de permitir el acceso de ayuda humanitaria a la Franja, y el acceso y protección de material probatorio de genocidio. En un principio, las medidas ordenadas se asimilaron a las ordenadas en el asunto homónimo entre Gambia y Myanmar, si bien la Corte ha ido puliendo sus decisiones en función de los acontecimientos. Nótese que, en general, las providencias han recibido votaciones similares de trece votos contra dos (a saber, el de la vicepresidenta SEBUTINDE y el juez *ad hoc* BARAK).

En esta sección se analizan las tres providencias dictadas por la Corte con atención a los siguientes aspectos: el inicio de los procedimientos y el contenido de la Primera Providencia, que sentó los términos de las siguientes; el carácter general de las medidas ordenadas; y la cuestión de la plausibilidad de los derechos invocados ante la Corte. Como telón de fondo, se incidirá en cómo las providencias de la Corte, si bien de carácter provisional, exigen la adopción de medidas unilaterales e incondicionales por parte de Israel, y sitúan la guerra de Gaza más allá de una perspectiva de hostilidades entre combatientes. El cuidadoso modo en que la Corte ha ido afinando las medidas provisionales aporta particular autoridad a sus decisiones.

#### 4.1. El inicio de los procedimientos y la primera providencia

La primera solicitud de medidas provisionales tuvo lugar el 29 de diciembre de 2023, en un momento de intensas hostilidades en la Franja de Gaza y enorme su-

---

96 C. O. FINKELSTEIN and J. VOTEL, «Why the ICJ Ruling Misses the Mark: Mitigating Civilian Harm With An Enemy Engaged in Human Shielding», *Just Security*, January 29, 2024, disponible en <https://www.justsecurity.org/91517/why-the-icj-ruling-misses-the-mark-mitigating-civilian-harm-with-an-enemy-engaged-in-human-shielding/>. *Contra*, J. A. GOLDSTON, «Strategic Litigation Takes the International Stage: *South Africa v Israel* in Its Broader Context», *Just Security*, January 31, 2024, disponible en <https://www.justsecurity.org/91688/strategic-litigation-takes-the-international-stage-south-africa-v-israel-in-its-broader-context/>. Con más matices, véase M. A. BECKER, «Desperate Times, Desperate (Provisional) Measures Rafah and South Africa's Latest Action at the ICJ», *Verfassungsblog*, 14 February 2024, disponible en <https://verfassungsblog.de/desperate-times-desperate-provisional-measures/>.

frimiento de la población civil, incluyendo desplazamientos masivos de población desde la ciudad de Gaza, Beit Hanoun, Jabalia y Deir al-Balah. Fue precedida de una resolución no vinculante de la AGNU de 12 de diciembre de 2023 que reclamaba un «alto el fuego humanitario»<sup>97</sup>.

Particular relevancia revistieron las dos primeras medidas solicitadas por Sudáfrica: primero, que se ordene a Israel «suspender inmediatamente» sus operaciones militares «en y contra Gaza»; segundo, que Israel se asegure de que ninguna «*military or irregular armed units which may directed, supported or influenced by it ... take no steps in furtherance of the military operations*» referidas en la primera medida solicitada<sup>98</sup>. Como es sabido, a estas se unieron otras relativas a la prevención y cesación del presunto genocidio en Gaza, así como la preservación de y acceso a los elementos de prueba.

Por motivos de economía judicial ya apuntados, solo hubo una ronda de audiencias orales para las tres solicitudes de medidas o modificación de medidas. Nótese que la segunda de las providencias fue criticada por el juez *ad hoc* BARAK por haber basado su razonamiento en informes posteriores a las audiencias orales, respecto de los cuales, al parecer, la Corte no dio a las partes la oportunidad de presentar observaciones escritas<sup>99</sup>.

La argumentación de las partes prestó particular atención al *dolus specialis* de genocidio, que en fase de medidas provisionales requiere un estándar menor de prueba. Por parte sudafricana, se hizo referencia al «carácter y forma» de la conducta de las hostilidades en Gaza, la existencia de un «patrón de conducta» y las declaraciones destempladas de líderes políticos y oficiales militares israelíes<sup>100</sup>. Por parte israelí, se enfatizó el contexto más amplio de las hostilidades como respuesta a los ataques del 7 de octubre de 2023<sup>101</sup>, argumentando que sus ataques armados forman parte de un contexto bélico no genocida; siendo pues el objetivo de «*deal with the armed militants of Hamas and the other such groups*»<sup>102</sup>. Se abundó en detalles sobre las tácticas militares y estrategias de Hamás, culpándose a esta organización de numerosas muertes civiles y acen-

---

97 A/RES/ES/-10-22, 12 diciembre de 2023, párr. 1.

98 Application, párr. 144.2.

99 Si bien no es menos cierto que las posiciones de las partes, a esas alturas de procedimiento, ya estaban bastante claras. En todo caso, esta circunstancia no está expresamente prevista ni en el Reglamento de procedimiento ni en las Instrucciones de procedimiento (que, como mucho, permiten la presentación de documentos relativos a una «publicación fácilmente accesible» durante la fase oral de procedimiento, véanse el art. 56 del Reglamento y la Instrucción de procedimiento IXbis).

100 CR 2024/1, págs. 31-40, párrs. 4-32 (Ngcukaitobi); págs. 51-52, párrs. 12-15 (du Plessis),

101 CR 2014/2, págs. 23-24, párrs. 3-9 (Shaw).

102 *Ibid.*, págs. 31, párr. 36 (Shaw).

tuándose los esfuerzos israelíes en mitigar los daños humanos causados por las hostilidades<sup>103</sup>.

La lectura de la ordenanza fue seguida por una inaudita concentración de periodistas dentro y fuera del perímetro del Palacio de la Paz, amén de manifestaciones pro-palestinas en las proximidades de Carnegieplein. La Corte desestimó la solicitud de ordenar el cese de las hostilidades en Gaza, pero mantuvo otras medidas de gran importancia y añadió otras no expresamente mencionadas por Sudáfrica, a saber: (1) Israel debe, «*in accordance with its obligations*» en virtud de la Convención sobre genocidio, «*take all measures within its power to prevent the commission of all acts within the scope of Article II of this Convention ...*»; (2) Israel debe asegurarse «*with immediate effect*» de que «*its military does not commit any acts described in point 1 above*»; (3) Israel debe tomar «*all measures within its power to prevent and punish the direct and public incitement to commit genocide in relation to members of the Palestinian group in the Gaza strip*»; (4) Israel debe tomar «*immediate and effective measures to enable the provision of urgently needed basic services and humanitarian assistance to address the adverse conditions of life faced by Palestinians in the Gaza Strip*»; (5) Israel debe tomar «*effective measures to prevent the destruction and ensure the preservation of evidence related to allegations of acts*» de genocidio; (6) Israel debe enviar, a más tardar un mes desde el dictado de su providencia, un informe a la Corte sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento con las citadas medidas. A todo ello añadió un llamado — fuera de la parte dispositiva— dirigido a Hamás para que libere a los rehenes<sup>104</sup>.

#### 4.2. El carácter general de las medidas ordenadas

Como se ha indicado, ciertas medidas ordenadas por la Corte habían sido de gran generalidad, pero se han ido afinando con acierto. Centrándonos en los tres aspectos mencionados anteriormente (cese de hostilidades, asistencia humanitaria y protección de/acceso al material probatorio), podemos resumir lo siguiente:

- La Corte ha pasado de no mencionar el cese de las hostilidades (exigiendo que se tomen «*all necessary measures to prevent the commission of all acts within the scope of Article II*» de la Convención sobre genocidio)<sup>105</sup>, a requerir a Israel que «*[i]mmediately halt its military offensive, and any other action in the Rafah Governorate, which may inflict on the Palestinian group in Gaza conditions of life that could bring about its physical destruction in whole or in part*»<sup>106</sup>.

103 *Ibid.*, págs. 41-49, párrs. 5-77 (Raguan).

104 Primera Providencia, párr. 85.

105 *Ibid.*, parte dispositiva, párr. 1.

106 Tercera Providencia, parte dispositiva, párr. 2.a)

- La Corte ha pasado de exigir «*immediate and effective measures to enable the provision of urgently needed basic services and humanitarian assistance*» a los gazatíes<sup>107</sup>, a exigir «*all necessary and effective measures to ensure, without delay, in full co-operation with the United Nations, the unhindered provision at scale by all concerned of urgently needed basic services and humanitarian assistance...*»,<sup>108</sup> y posteriormente que Israel «*maintain open the Rafah crossing for unhindered provision at scale of urgently needed basic services and humanitarian assistance*»<sup>109</sup>.
- La Corte ha pasado de exigir «*effective measures to prevent the destruction and ensure the preservation of evidence*» relativa a las alegaciones de actos de genocidio<sup>110</sup>, a exigir que Israel «*[t]ake effective measures to ensure the unimpeded access to the Gaza Strip of any commission of inquiry, fact-finding mission or other investigative body mandated by competent organs of the United Nations to investigate allegations of genocide*»<sup>111</sup>

Nótese que las nuevas medidas reemplazan a las anteriores en cuanto sean más específicas. Por lo demás, las medidas anteriores siguen siendo plenamente aplicables. La relación entre ambas suscita interesantes interrogantes relativos a la distinción entre, por un lado, el cambio de circunstancias como justificación de la necesidad de nuevas medidas (en el sentido del art. 76.1 del Reglamento de la Corte)<sup>112</sup>; y por otro, el incumplimiento con medidas ya ordenadas<sup>113</sup>.

Respecto del cese de hostilidades, dos observadores apuntaron que tanto Sudáfrica como Israel habían acogido las medidas ordenadas por la Corte con cierta satisfacción; aquella sintiéndose reivindicada en sus alegaciones genocidas; la otra aliviada porque no se hubiera ordenado el cese de las hostilidades<sup>114</sup>. Y dedujeron de ello que, con su Providencia, la Corte consiguió mantener «*a delicate balance between the competing expectations of the two parties*»<sup>115</sup>.

---

107 Primera Providencia, parte dispositiva, párr. 4.

108 Segunda Providencia, parte dispositiva, párr. 2.b).

109 Tercera Providencia, parte dispositiva, párr. 2.c).

110 Primera Providencia, parte dispositiva, párr. 5.

111 Tercera Providencia, párr. 2.c).

112 De acuerdo con dicha disposición, «*At the request of a party or proprio motu, the Court may, at any time before the final judgment in the case, revoke or modify any decision concerning provisional measures if, in its opinion, some change in the situation justifies such revocation or modification.*»

113 Para más detalles, véase la declaración del juez NOLTE relativa a la Segunda Providencia, párr. 3. Esta cuestión queda fuera del objeto del presente trabajo.

114 SKY NEWS, «*Netanyahu praises the ICJ for having “justly rejected” South Africa’s case*», disponible en <https://news.sky.com/video/netanyahu-praises-the-icj-for-having-justly-rejected-south-africas-case-13056884>.

115 A. COHEN Y Y. SHANI, «*Between Rhetoric and Effects: The ICJ Provisional Measures Order in South Africa v. Israel*», *Just Security*, February 1st 2024, disponible en <https://>

Sin embargo, no son las expectativas, sino las pretensiones jurídicas, que la Corte debe ponderar. Como indica el art. 41 del Estatuto de la Corte, esta puede ordenar medidas para proteger «*los derechos de cada una de las partes*», es decir, no solo aquellos invocados por la parte que solicita las medidas (aquí, Sudáfrica). Y es que en el reverso de toda obligación presuntamente incumplida se encuentra un derecho (también presunto) de la otra<sup>116</sup>; no una mera expectativa o interés.

Los derechos invocados por Sudáfrica se abordarán en el siguiente epígrafe. Por el momento, se hará un apunte obvio: la Corte no ha condicionado la protección de la población palestina al ejercicio por Israel de ningún presunto derecho (como la legítima defensa o la protección de su población). Por el contrario, la opinión de la Corte se ha centrado únicamente en determinar si las medidas solicitadas podrían ampararse en los presuntos derechos invocados por Sudáfrica, al margen de cualquier base jurídica que pudiera dar cobertura a la actual guerra en Gaza. Si acaso, los presuntos derechos de Israel se reflejan en el ambiguo texto de ciertas medidas ordenadas, que dejaron un margen de apreciación en la conducta de las hostilidades. Ahora bien, como contrapunto, la Corte ha priorizado consideraciones humanitarias relativas a la vulnerabilidad de la población civil en Gaza<sup>117</sup>, como hiciera en ocasiones anteriores en contextos de conflicto armado<sup>118</sup>.

Esta es, a nuestro juicio, la lectura correcta de Primera Providencia, pero también de la Tercera, que limita el cese de las hostilidades a actos que puedan infligir «*conditions of life to bring about its physical destruction [del pueblo palestino] in whole or in part*»<sup>119</sup>. Las razones de este enfoque parecen

---

[www.justsecurity.org/91728/between-rhetoric-and-effects-the-icj-provisional-measures-order-in-south-africa-v-israel/](http://www.justsecurity.org/91728/between-rhetoric-and-effects-the-icj-provisional-measures-order-in-south-africa-v-israel/).

116 Véase, en relación con la Convención sobre genocidio, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, *Provisional Measures, Order of 23 January 2020*, I.C.J. Reports 2020, pág. 20, párr. 52.

117 A. REMIRO BROTONS, «Un pueblo...», *loc. cit.*, pág. 322-323.

118 Véase, en particular, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, *Provisional Measures, Order of 16 March 2022*, I.C.J. Reports 2022, pág. 228, párr. 74. Sobre esta providencia, véase A. GARRIDO MUÑOZ, «Al filo de su competencia *ratione materiae*. La providencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Alegaciones de genocidio en virtud de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio (Ucrania c. Federación rusa)*», *REDI*, núm. Vol. 74, núm. 2, págs. 77-104.

119 Para una postura contraria, véase la opinión del juez Yusuf relativa a la Segunda Providencia. Para este juez, «[t]he Court's indication of further provisional measures in the present Order shows that it is not satisfied that all that should have been done has been done by Israel to prevent the commission of genocidal acts. The argument that a State party to the Convention that is involved in a conflict with a non-State actor is not under an obligation to suspend its military operations to prevent genocide or should not be ordered

claras<sup>120</sup>. Para empezar, la Convención sobre genocidio no contiene prescripciones relativas al *ius ad bellum*, como ha podido confirmar la Corte, en un contexto diferente, en el asunto relativo a las *Alegaciones de genocidio en virtud de la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio (Ucrania c. Rusia)*<sup>121</sup>. Tampoco contiene dicha Convención prescripciones específicas relativas a la conducta de las hostilidades como las observables en el derecho internacional humanitario («DIH»), pues, únicamente establece la prohibición de que dicha conducta se lleve a cabo con intención genocida. Y, por último, se encuentra el problema de la asimetría: como ha apuntado ESCOBAR HERNÁNDEZ, una orden de cese total de hostilidades «iría dirigida únicamente a las fuerzas armadas de Israel y no habría tenido efecto sobre las actividades de Hamas que ... no ... pueden dejar de entenderse ... como actos hostiles»<sup>122</sup>.

En este contexto, se entiende la ambigüedad de las medidas ordenadas por la Corte. Tanto más cuanto que el material probatorio en que ha tenido que basarse es más bien circunstancial<sup>123</sup>. Y es que, contrariamente al asunto entre Gambia y Myanmar, la Corte no dispone aquí de informes detallados relativos al genocidio<sup>124</sup>, sino más bien alegaciones de expertos y observadores, declaraciones públicas calificando de catastrófica la situación humanitaria en Gaza, así como declaraciones públicas de dirigentes y oficiales israelíes que pueden construirse como evidencia de intención genocida<sup>125</sup>. Aun así, nótese que la Corte ha otorga-

---

*to do so, unless the non-State actor is disarmed, makes no sense whatsoever.*» (párr. 8). Esta opinión contrasta con la expresada, en relación con la misma providencia, por los jueces XUE, BRANT, GÓMEZ ROBLEDO, TLADI y CHARLESWORTH, lamentando que la Corte no ordenara el cese de las hostilidades.

120 C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, «Una estrategia judicial para la franja de Gaza», *REDI*, vol. 78, núm. 1, 2024, págs. 298-299.

121 Según la Corte, «*it does not follow ... that, if a State seeks to fulfil its obligation of prevention under the Convention through an act that is in breach of international law, such action by itself constitutes a violation of the Convention ... a State is not required, under the Convention, to act in disregard of other rules of international law. Nor can a State avail itself of the obligation of prevention under the Convention to act beyond the limits permitted elsewhere by international law. Those limits are not defined by the Convention itself but by other rules of international law.*» (*Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Preliminary Objections, Judgment of 2 February 2024, no publicado en el recopilatorio, para. 146).

122 C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, «Una estrategia», *loc. cit.*, pág. 298.

123 A. COHEN y Y. SHANI, *loc. cit.*

124 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, *Provisional Measures, Order of 23 January 2020*, I.C.J. Reports 2020, págs. 20-22, párrs. 53-55.

125 Declaraciones que han ido remitiendo con el paso del tiempo. Véase, al respecto, el editorial del diario HAARETZ, «Israel Is Paying the Price for Its Bigmouths», January 12,

do prioridad a dicho material por encima de las alegaciones esgrimidas (e incluso las garantías ofrecidas) por los abogados israelíes, siendo criticada por ello por los dos jueces disidentes<sup>126</sup>. En fin, como han indicado COHEN y SHANI,

«[t]his appears to us to be part of the general balancing act struck in the case: the dire humanitarian situation in the Gaza Strip led the Court to acknowledge the seriousness of the crisis and to issue provisional measures ... At the same time, the legal weaknesses of the case and the decision militated in favor of issuing general and not specific provisional measures, yielding a limited effect.»<sup>127</sup>

### 4.3. La plausibilidad de los derechos invocados

La cuestión de la plausibilidad ha sido objeto de controversia desde la introducción formal de este criterio<sup>128</sup>. Como es sabido, este criterio es parte de las condiciones establecidas por la Corte para garantizar una aplicación equilibrada de las medidas provisionales (siendo los otros la competencia *prima facie*, el nexo causal, el riesgo de perjuicio irreparable y la urgencia)<sup>129</sup>. Como es sabido también, el debate relativo a la plausibilidad se centra en determinar si el término abarca no solo la existencia de uno o varios derechos invocados en abstracto, sino también una consideración de estos en relación con los hechos. En el primer supuesto, se trata de determinar si una parte es titular del derecho que invoca; en el segundo, se trata de determinar si su pretensión jurídica es «plausible», es decir, si tiene visos de prosperar en fase de fondo; en definitiva, si hay un *fumus boni iuris*<sup>130</sup>. La primera constatación es puramente jurídica y se acerca a la competencia de la Corte; la segunda incorpora los hechos y se adentra en el fondo del asunto.

---

2024, disponible en <https://www.haaretz.com/opinion/editorial/2024-01-12/ty-article-opinion/israel-is-paying-the-price-for-its-bigmouths/0000018c-fa2b-dd94-a9cc-faeff2700000>.

126 Véase, en particular, las opiniones disidentes del juez *ad hoc* BARAK, relativas a la Primera Providencia (párrs. 32-41), y la Tercera Providencia (párr. 6).

127 A. COHEN y Y. SHANI, *loc. cit.* Esta opinión es citada al margen del uso de la expresión «[l]egal weaknesses», pues dichas debilidades, cada día que pasa, van perdiendo más ese carácter.

128 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, *Provisional Measures, Order of 28 May 2009*, I.C.J. Reports 2009, pág. 151, párr. 57; pág. 152, párr. 60.

129 Para un análisis del criterio, véanse, entre otros, M. LANDO, «Plausibility in the Provisional Measures Jurisprudence of the International Court of Justice», *LJIL*, vol. 31, núm. 3, pp. 641-668; C. MILES, «Provisional Measures and the 'New' Plausibility in the Jurisprudence of the International Court of Justice», *BYIL*, vol. 88, 2018, págs. 1-46.

130 Opinión individual del juez ABRAHAM relativa a la providencia sobre medidas provisionales en el asunto *Pulp Mills in the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Provisional Measures, Order of 13 July 2006*, I.C.J. Reports 2006, págs. 140-141, párrs. 9-10.

Lo que podría parecer una discusión técnica, no lo es enteramente. Sostener la segunda opción supone tomar posición, siquiera provisional, respecto de las pretensiones de las partes cuando los elementos de prueba han sido presentados de manera sumaria. Siendo la comisión de un genocidio una alegación «de excepcional gravedad»<sup>131</sup>, era inevitable que muchos infirieran, tras la Primera Providencia, que para la Corte la acusación de genocidio contra Israel tiene fundamento.

La cuestión fue evocada en una inusual entrevista retransmitida en directo por la BBC con la expresidenta DONOGHUE el 26 de abril de 2024. En respuesta a la pregunta de si, en la Primera Providencia, la Corte había entendido que Sudáfrica había presentado un caso plausible de genocidio («*a plausible case of genocide*», en palabras del entrevistador), la expresidenta respondió que «*the test is the plausibility of the rights that are asserted by the applicant*», por lo que la Corte solo decidió que «*the Palestinians had a plausible right to be protected from genocide*», y que «*South Africa had the right to present that claim in the Court*»<sup>132</sup>.

La expresidenta confirmó así el razonamiento formal de la Corte. El problema es que, a ojos de la opinión pública<sup>133</sup>, las sutilezas jurídicas importan poco. Y es que el razonamiento reflejado en la Primera providencia —al que se refiere el resto de providencias en materia de plausibilidad— no solo mencionó los derechos del pueblo palestino y Sudáfrica en abstracto<sup>134</sup>. Por el contrario, luego de calificar a los palestinos como grupo susceptible de protección en virtud del art. II, citó constataciones recogidas en informes o declaraciones de órganos y organismos de la ONU (a efectos del *actus reus* de genocidio)<sup>135</sup> y declaraciones de altos cargos israelíes, con las correspondientes críticas de

---

131 *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949, p. 17; véanse también *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2015, pág. 74, para. 178; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I), pág. 129, para. 209.

132 Disponible en <https://www.bbc.com/news/av/world-middle-east-68906919>.

133 Y una parte de la academia (véanse, por todos, N. KRISCH, «Speaking the Law, Plausibly: The International Court of Justice on Gaza», *EJIL Talk!*, January 27, 2024, disponible en <https://www.ejiltalk.org/speaking-the-law-plausibly-the-international-court-of-justice-on-gaza/>. Nótese, sin embargo, que el autor no parece considerar la distinción entre plausibilidad de derechos y de pretensiones jurídicas). *Contra*, R. SCHONDORF, «Implausible Confusion: The Meaning of “Plausibility” in the ICJ’s Provisional Measures», *EJIL Talk!*, May 6, 2024, disponible en <https://www.ejiltalk.org/implausible-confusion-the-meaning-of-plausibility-in-the-icjs-provisional-measures/>.

134 La Corte distinguió entre el derecho de los palestinos «*to be protected from acts of genocide and related prohibited acts*» y el derecho de Sudáfrica de «*seek Israel’s compliance with the latter’s obligation under the Convention*» (Primera Providencia, párr. 54).

135 Primera Providencia, párrs. 46-50.

expertos y órganos de supervisión en materia de derechos humanos (a efectos de *dolus specialis*)<sup>136</sup>. En base a este material, la Corte concluyó que «*the facts and circumstances mentioned above are sufficient to conclude that at least some of the rights claimed by South Africa and for which it is seeking protection are plausible.*»<sup>137</sup>

Hay, pues, declaración formal de plausibilidad limitada a los derechos, pero también cierto reconocimiento implícito de la plausibilidad de pretensiones, aunque sea por la puerta de atrás de la referencia detallada a los hechos<sup>138</sup>. Lo cual, con las debidas cautelas, tiene consecuencias en términos de adopción de medidas «unilaterales» por parte de Israel. Todo ello, sin perjuicio, y como no podía ser menos, de la decisión de la Corte sobre el fondo.

## 5. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA OCUPACIÓN ISRAELÍ: CAMBIO DE PARADIGMA

En la sección anterior se ha examinado cómo las medidas provisionales han sido «progresivamente» utilizadas para exigir el cese unilateral de las hostilidades en Gaza, desde la premisa de la plausibilidad del derecho a la protección de los palestinos actos de genocidio invocado por Sudáfrica. A pesar de ello, nada impide, a priori, una sentencia sobre el fondo que, al rechazar las alegaciones de genocidio, evalúe incidentalmente la conducta israelí en términos de conducta de hostilidades (sin perjuicio, obviamente, de la posible comisión de crímenes internacionales, fuera de la competencia de la Corte, pero que ya han sido objeto de una solicitud de orden de arresto por la Fiscalía del TPI)<sup>139</sup>. E incluso aunque la demanda sudafricana fuera exitosa, el objeto de la controversia ante la Corte no concierne *directamente* las cuestiones de estatuto permanente; si bien les añade un nivel más de complejidad.

Es, pues, por otra vía, que un cambio de paradigma podría tener lugar. Dicha vía ha resultado ser la opinión consultiva de 19 de julio de 2024, que ha recalibrado el enfoque de la ONU respecto de la solución al Conflicto.

136 *Ibid.*, párrs. 51-53.

137 *Ibid.*, párr. 54.

138 En el mismo sentido se pronuncia M. MILANOVIC, citando entre otras las opiniones de M. A. BECKER («A Thought Experiment on Plausibility and ICJ Provisional Measures», *EJIL Talk!*, May 7, 2024, <https://www.ejiltalk.org/a-thought-experiment-on-plausibility-and-icj-provisional-measures/>).

139 *Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine*, 20 May 2024, disponible en <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>.

Para ser precisos, la opinión no ha resuelto todos los aspectos que dividen a las partes, pues no era este el objeto de las preguntas, que, recordemos, se circunscribían a las «políticas y prácticas» de Israel en el «territorio ocupado desde 1967»<sup>140</sup>. Tampoco ha excluido la opinión la necesidad de unas negociaciones bilaterales —ciencia-ficción en el contexto actual— en las que se aborde, entre otras, la difícil cuestión de los refugiados palestinos. Pero no deja de resultar reseñable que la opinión no mencione la necesidad de dichas negociaciones.

Para comprender este enfoque, en esta sección se examinarán aspectos cruciales del razonamiento de la Corte: en primer lugar, la (ir)relevancia de una solución negociada; seguidamente, la primacía de la libre determinación del pueblo palestino sobre otras consideraciones (como la seguridad israelí); finalmente, las consecuencias del ilícito para Israel.

### 5.1. La (IR) relevancia de la solución negociada

Como se ha explicado anteriormente, la necesidad de no menoscabar una solución negociada basada en la repetida fórmula «paz por territorios» es una constante del Conflicto. Sobre la base, en particular, de los Acuerdos de Oslo, se ha afirmado la existencia de una obligación de negociar, un *pactum de negotiando* que no predetermina un resultado concreto, pero que exige a las partes negociar de buena fe<sup>141</sup>.

---

140 *Prácticas israelíes que afectan a los derechos humanos del pueblo palestino en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental*, 9 de enero de 2023, A/RES/77/247, párrs. 18.a) y b).

141 A. CASSESE, «The Israel-PLO», *loc. cit.*, pág. 567. Se podría argüir, sin embargo, que la obligación acordada entre las partes se aproxima al *pactum de contrahendo* en las referencias que las partes hacen a las resoluciones 242 y 338 del CSNU como marco de referencia para las negociaciones, aportando así una base para el resultado a obtener (si bien esta base es sumaria e incompleta). Sobre el contenido esencial de la obligación de negociar, véase *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports* 2018, pág. 538, párrs. 86-87. Para más detalles sobre esta decisión, véase A. GARRIDO MUÑOZ, «Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili, CIJ, arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2018)», en J.-B. BUSAALL, N. CLARENC (dirs.), *Règlement des différends frontaliers en Amérique Latine. Approches croisées d'Histoire et de Droit sur l'arbitrage*, Mare & Martin, Paris, 2025, págs. 108-122 (pendiente de publicación); C. GROSSMAN, «Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile) before the ICJ. The Obligation to Negotiate under International Law and Chile's Strategy», en P. GALVÃO TELES et M. DE ALMEIDA RIBEIRO (eds.), *Case-Law and the Development of International Law: Contributions by International Courts and Tribunals*, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2022, págs. 104-126; A. REMIRO BROTONS, «Comentarios a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 1 de octubre de 2018 en el caso de la *Obligación de negociar un acceso (soberano) al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*», *REDI*, vol. 73, nº 2, 2021, págs. 445-463.

Dicha fórmula fue invocada como otro argumento para denegar el ejercicio de la opinión consultiva en relación con el *Muro en Palestina*; en aquel contexto a fin de no interferir con mencionada Hoja de Ruta del Cuarteto para Oriente Medio<sup>142</sup>. La opinión de la Corte fue escueta pero clara: este argumento era más bien especulativo, y no entraba por tanto en el ámbito de su «discreción» al amparo del art. 65 del Estatuto<sup>143</sup>. A la misma conclusión llegó la Corte respecto de una variante del argumento que criticaba la solicitud de opinión consultiva por referirse únicamente a un aspecto concreto del Conflicto, a saber, la legalidad del muro<sup>144</sup>. Ahora bien, en este punto la Corte calibró las consecuencias de su decisión respecto del Conflicto en su conjunto, explicando que «[t]he Court [was] indeed aware that the question of the wall is part of a greater whole, and it would take this circumstance carefully into account in any opinion it might give»<sup>145</sup>.

En la más reciente opinión, el razonamiento ha sido incluso más lacónico. Ante la Corte, algunos participantes subrayaron la relevancia del contexto negociador descrito más arriba. En particular, Israel — que solo envió un breve escrito de cinco páginas — criticó el hecho de que las preguntas referidas por la AGNU no apreciaran «*the very existence of the Israeli-Palestinian agreements, according to which the two sides have agreed to resolve through direct negotiations precisely the subject-matter placed before the Court*»<sup>146</sup>. Por su parte, los Estados Unidos abordaron extensamente el marco negociador entre las partes, no como razón para que la Corte declinara ejercer su competencia en virtud del art. 65 del Estatuto (lo cual es reseñable), pero para responder a las preguntas formuladas con «cautela» («*caution*»), a fin de no entorpecer la solución negociada<sup>147</sup>. A la Corte le ha bastado con reiterar que «*the question of the whether the Court's opinion would*

142 *Muro en Palestina*, págs. 159-160, párrs. 51-54.

143 En palabras de la Corte, «*it is not clear, however, what influence the Court's opinion might have on those negotiations: participants in the present proceedings have expressed differing views in this regard.*» (*ibid.*, pág. 160, párr. 53).

144 *Muro en Palestina*, pág. 160, párr. 54.

145 *Ibidem*.

146 *Statement of the State of Israel pursuant to the Court's Order of 3 February 2023 relating to the advisory proceedings initiated by UN General Assembly resolution 77/247*, pág. 3. El hecho de que no participara en los procedimientos ha sido calificado por BENVENISTI como un error de estrategia («*Preoccupied — The ICJ's Palestine Advisory Opinion, EJIL The Podcast!*», August 7, 2024, disponible en <https://www.ejiltalk.org/ejil-the-podcast-episode-27-preoccupied-the-icjs-palestine-advisory-opinion/>).

147 Written Statement of the United States of America, July 25, 2003, para. 3.1. Prácticamente todo el escrito se dedica a esta cuestión. Cabe destacar la manera en que se interpreta la opinión consultiva sobre el Muro. A juicio de los Estados Unidos, «*the Court considered [en dicha opinión] the propriety of advising the General Assembly on aspects of the Israeli-Palestinian conflict arising out of a discrete act, Israel's construction of a separation barrier ... The Court avoided rendering an opinion that would have appeared to dictate the outcome of the final status issues that the parties agreed to negotiate, exami-*

*have an effect on the negotiation process [was] a matter of conjecture» y que no podía «speculate about the effects of its opinion»<sup>148</sup>.*

Con este punto de partida, la respuesta de la Corte a la primera pregunta formulada por la AGNU (recordemos, relativa a las «consecuencias jurídicas» de las políticas y prácticas de Israel)<sup>149</sup> se ha centrado en el derecho aplicable, sin prestar consideración específica a las negociaciones. La Corte ha aplicado, en primer lugar, el derecho internacional humanitario («DIH») y los derechos humanos (incluidos tratados internacionales sobre no discriminación), pero también la prohibición de la adquisición de territorio por la fuerza y, como colofón, la libre determinación de los pueblos. Dos aspectos del razonamiento interesan aquí: el alcance temporal y territorial del análisis, y la calificación de las citadas políticas y prácticas como «anexión».

### **5.1.1. El alcance temporal y territorial del análisis de la Corte**

Respecto de la primera cuestión, la Corte ha comenzado excluyendo, como no podía ser menos, la situación creada por el Ataque Armado del 7 de octubre de 2023<sup>150</sup>. El marco temporal de referencia se ha situado, pues, entre el alto el fuego que puso fin a la Guerra de los seis días, y dicho ataque.

En cuanto al alcance territorial, la Corte ha incluido a Gaza en sus conclusiones relativas a la ilegalidad de la ocupación, sin atender a las particularidades derivadas de la retirada de la presencia civil y militar israelí en 2005. En un primer momento de su razonamiento, la Corte ha considerado la aplicabilidad a Gaza de obligaciones de DIH relativas a la ocupación, estimando que

*«[w]here a State has placed territory under its effective control, it might be in a position to maintain that control and to continue exercising its authority despite the absence of a physical military presence on the ground. Physical military presence in the occupied territory is not indispensable for the exercise by a State of effective control,*

---

*ning only “other issues to the extent that they might be necessary for its consideration of the question put to it”» (ibid., para. 3.7).*

148 *Políticas y prácticas de Israel*, párr. 40. Añadió una referencia a su opinión relativa a la *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares*, también citada en la opinión relativa al Muro en Palestina (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 237, párr. 17).

149 El texto de la primera pregunta planteada por la AGNU era: «¿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?» (resolución A/RES/77/247, párr. 18.a)).

150 *Políticas y prácticas de Israel*, párr. 81.

*as long as the State in question has the capacity to enforce its authority, including by making its physical presence felt within a reasonable time.»<sup>151</sup>*

Con ello la Corte ha tratado de cerrar un debate mantenido durante años respecto de la calificación jurídica de Gaza como territorio ocupado (obviamente excluyendo la periódica reentrada de las tropas israelíes en Gaza en el contexto de hostilidades). Si bien la postura de organismos de la ONU había sido favorable a tal calificación debido a la extensión y efectos del bloqueo<sup>152</sup>, un sector doctrinal había subrayado las inconsistencias de este enfoque. Se puede citar aquí, en particular, a SASSÒLI, para quien

*«holding that Israel remained the occupying power of the Gaza Strip in these circumstances would lead to patently absurd results. As Israel would have the obligation to maintain law and order in the Gaza Strip as the occupying power, it would therefore have to invade it to fulfil that obligation.»<sup>153</sup>*

A fin de sortear esta dificultad, la Corte ha abrazado la razonable tesis de la «aplicación funcional» del derecho relativo a la ocupación, mantenida entre otros por el Comité Internacional de la Cruz Roja para situaciones intermedias en las que un ocupante ha cesado de ejercer solo parcialmente su control sobre un territorio<sup>154</sup>. Así, la Corte ha concluido que

*«[w]here an occupying Power, having previously established its authority in the occupied territory, later withdraws its physical presence in part or in whole, it may still bear obligations under the law of occupation to the extent that it remains capable of exercising, and continues to exercise, elements of its authority in place of the local government.»<sup>155</sup>*

151 *Ibid.*, párr. 91.

152 Véase el preámbulo de la resolución S/RES/1860 (2009), de 8 de enero de 2009. Véase también Comité de Derechos Humanos, *Informe de la Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el Conflicto en Gaza*, 25 de septiembre de 2009, A/HRC/12/48, párrs. 273-279.

153 M. SASSÒLI, *International Humanitarian Law. Rules, Controversies and Solutions to Problems Arising in Warfare*, 2nd ed., Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2024, pág. 320, párr. 8.229. Véase también, Y. DINSTEN, *The International Law of Belligerent Occupation*, 2nd ed., Cambridge, CUP, párr. 846 (en la versión en línea).

154 ICRC, *International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts: Report*, Geneva, October 2015, 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, Switzerland, 8-10 December 2015, pág. 12. Véase también ICRC, «Article 2», en *Commentary on the First Geneva Convention*, Cambridge, CUP, 2016, págs. 110-112, paras. 307-313. Para un debate de los argumentos a favor y en contra de la tesis de la aplicación funcional, véase ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory. Report prepared and edited by Tristan Ferraro*, March 2012, págs. 31-33.

155 *Políticas y prácticas de Israel*, párr. 92. Para un análisis de los matices de esta parte del razonamiento, en los cuales no podemos adentrarnos en este trabajo, véase M. MILANOVIĆ, «The Occupation of Gaza», *loc. cit.*

Nótese, sin embargo, que la Corte no ha determinado expresamente que Gaza era un territorio ocupado, como explica el juez IWASAWA en su opinión individual<sup>156</sup>. Por el contrario, en un notable ejercicio de ambigüedad, ha concluido que «*Israel's withdrawal from the Gaza Strip has not released it of its obligations under the law of occupation*»<sup>157</sup>. Que la Corte asumiera que Gaza es un territorio ocupado puede deducirse, sin embargo, de la designación de este como parte del TPO en diferentes partes del análisis<sup>158</sup>.

En un segundo momento de su razonamiento, la Corte ha incluido a Gaza en su análisis del carácter discriminatorio de las políticas y prácticas de Israel, decisión criticada por la minoría disidente<sup>159</sup>. Sin embargo, dadas las circunstancias de la Franja, el análisis se ha limitado a las restricciones a la libertad de movimiento de los palestinos desde y hacia este territorio<sup>160</sup>. En otras palabras, Gaza ha quedado fuera de la mayor parte del análisis de dichas políticas y prácticas; es decir, asentamientos, permisos de residencia en Jerusalén Oriental, y la demolición de propiedades en Cisjordania y Jerusalén Oriental.

Aún más, la Corte no ha considerado específicamente la Franja al descartar la relevancia de las consideraciones de seguridad como justificación a las limitaciones a la libertad de movimiento de los palestinos<sup>161</sup>. Ello es criticable si tenemos en cuenta que es precisamente desde la Franja gobernada por Hamás que se ha operado la gran mayoría de ataques contra territorio y población israelí. La ausencia israelí de los procedimientos no justificaba obviar un aspecto bien conocido del Conflicto, que resulta crucial en cualquier negociación<sup>162</sup>.

### **5.1.2. La calificación de las políticas y prácticas de Israel como «anexión»**

Como siguiente paso en el razonamiento, la Corte ha valorado en su conjunto las políticas y prácticas de Israel sobre «*large parts*» del TPO, calificándolas como «anexión»<sup>163</sup>. El término es definido como «*the forcible acquisition by the occup-*

156 Opinión individual del juez IWASAWA, párr. 8.

157 *Políticas y prácticas de Israel*, párr. 94.

158 En el mismo sentido, M. MILANOVIC, «The Occupation of Gaza in the ICJ Palestine Advisory Opinion», *EJIL Talk!*, July 23, 2024, disponible en <https://www.ejiltalk.org/the-occupation-of-gaza-in-the-icj-palestine-advisory-opinion/>.

159 Opinión conjunta de los jueces TOMKA, ABRAHAM y AURESCU, párr. 16.

160 *Políticas y prácticas de Israel*, párrs. 202-203 y 206.

161 *Ibid.*, párr. 205.

162 Véase, en este sentido, la opinión individual del juez NOLTE, párr. 7.

163 Quizá el razonamiento hubiera fluido mejor si la Corte, en su respuesta a la primera pregunta de la AGNU, hubiera revertido el análisis de los apartados C (dedicado a la anexión) y D (dedicado al carácter discriminatorio de las políticas y prácticas de Israel). El apartado C no aporta elementos cuyo análisis sea necesario a efectos del apartado D, y

ying Power of the territory that it occupies, namely its integration into the territory of the occupying Power»<sup>164</sup>. Dicha definición presupone la intención de ejercer control permanente<sup>165</sup>, y puede ejercerse «de jure» o «de facto»<sup>166</sup>.

Cuál era exactamente el territorio, es algo que la Corte no define en detalle, siendo segura en todo caso la inclusión de Jerusalén Oriental<sup>167</sup>, y otros territorios cercados por el Muro<sup>168</sup>, así como los territorios cisjordanos donde hay asentamientos y puestos militares. Más generalmente, la Corte se ha referido a Cisjordania en general, analizando el modo en que las políticas y prácticas aplicadas sobre dicho territorio han creado gradualmente una situación equivalente a la anexión, mediante medidas varias: creación de una red de carreteras entre asentamientos<sup>169</sup>, desplazamiento de la población local<sup>170</sup>, ejercicio de amplios poderes urbanísticos<sup>171</sup>, prohibiciones de construir en el área C<sup>172</sup>, etc. Todo ello ha motivado la conclusión de que dichas políticas y prácticas «[have] entrenched [ed] Israel's control of the Occupied Palestinian Territory, notably of East Jerusalem and of Area C of the West Bank.<sup>173</sup>». Gaza ha quedado fuera de este análisis.

Dado este paso, la Corte ha procedido a valorar dichos actos de anexión bajo la lupa de la prohibición adquisición de territorio por la fuerza. Las conclusiones alcanzadas en este punto no son sorprendentes, vistas, por un lado, la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza; y por otro, la interpretación acogida en numerosas resoluciones del CSNU y la AGNU respecto de la ilegalidad de los asentamientos, así como la falta de validez jurídica de cualquier cambio operado a las líneas de 1967<sup>174</sup>.

Sí resulta novedoso el rechazo expreso a los presuntos títulos históricos de Israel sobre Palestina como justificación de la adquisición forzosa de territorio en

---

sin embargo es premisa fundamental del análisis de la libre determinación llevada a cabo en el apartado E.

164 *Políticas y prácticas de Israel*, párr. 158.

165 *Ibidem*.

166 *Ibid.*, párr. 160. Para una crítica de las inconsistencias en el uso de estas por la Corte, véase la opinión conjunta de los jueces TOMKA, ABRAHAM y AURESCU, párr. 31.

167 *Políticas y prácticas de Israel*, párrs. 163-165. La Corte concluyó, en particular, que «Israel's measures in East Jerusalem create an inhospitable environment for the Palestinian population. Because Israel treats East Jerusalem as its own territory, it regards Palestinians residing there as foreigners» (*ibid.*, párr. 165).

168 *Ibid.*, párr. 167.

169 *Ibidem*.

170 *Ibid.*, párr. 169.

171 *Ibid.*, párr. 170.

172 *Ibid.*, párr. 166.

173 *Ibid.*, párr. 173.

174 Véanse las referencias en *ibid.*, párrs. 175-177. A no ser, hay que recordarlo, que medie acuerdo entre las partes (S/RES/2334 (2016), 23 diciembre 2016, párr. 1).

un contexto de pretensiones contrapuestas de soberanía<sup>175</sup>. A esta conclusión se ha llegado aun reconociendo la Corte que no ha sido requerida para pronunciarse sobre dichos títulos históricos<sup>176</sup>.

## 5.2. La aplicación prioritaria del *ius ad bellum* y la libre determinación del pueblo palestino

Con estas premisas, el primer golpe de gracia a la ocupación ha venido de la mano del principio de la libre determinación del pueblo palestino, con una referencia clara a la obligación de Israel de no impedir su ejercicio «*over the entirety of the Occupied Palestinian Territory*»<sup>177</sup>. Aquí la Corte ha incorporado de nuevo la Franja de Gaza al análisis, incidiendo en cómo las restricciones han dividido a la población palestina en diferentes segmentos territoriales<sup>178</sup>. Pero hay más: la Corte se ha referido a la soberanía permanente sobre los recursos naturales de los palestinos<sup>179</sup>, y el impacto de las políticas y prácticas israelíes en «*some aspects of the economic, social and cultural life of Palestinians*»<sup>180</sup>, refiriéndose expresamente a la dependencia de Gaza de la provisión de «*basic goods and services*»<sup>181</sup>. Sumados a la larga duración de la ocupación, la conclusión no podía ser otra que la violación de la libre determinación del pueblo palestino en su conjunto<sup>182</sup>.

Hasta este punto, el análisis de la Corte parece una continuación lógica de su dictamen relativo al *Muro en Palestina*, aplicada al contexto más amplio de la presente solicitud de la AGNU, y con el añadido de Gaza. Respecto a la Franja, su uso en el razonamiento ha sido intermitente, como ya se ha observado. Por un lado, ha sido relevante a efectos de calificación de la situación como «ocupación» —con las cautelas indicadas anteriormente—, prohibición de discriminación y libre determinación. Pero, por otro, no lo ha sido a efectos de calificar las políticas y prácticas de Israel como «anexión»<sup>183</sup>.

---

175 *Políticas y prácticas de Israel*, párr. 178.

176 *Ibidem*.

177 *Ibid.*, párr. 237.

178 *Ibid.*, párr. 239.

179 *Ibid.*, párr. 240.

180 *Ibid.*, párr. 241.

181 *Ibidem*. La Corte citó un informe de la Comisión Económica y Social para Asia Occidental, curiosamente posterior a la documentación remitida por el SGNU, y que al menos no fue citado durante las audiencias orales (*Consecuencias económicas y sociales de la ocupación israelí para las condiciones de vida del pueblo palestino en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y de la población árabe en el Golán sirio ocupado*, 30 de junio de 2023, A/78/127-E/2023/95, para. 130).

182 *Políticas y prácticas de Israel*, párr. 243.

183 Tampoco fue Gaza relevante en el análisis de la legalidad de los asentamientos, pues es sabido que no quedan desde 2005 (*ibid.*, párrs. 111-156).

La gran novedad ha llegado, sin embargo, en el análisis de la primera parte de la segunda pregunta formulada por la AGNU, recordemos relativa a los efectos de las políticas y prácticas israelíes en el estatuto jurídico de la ocupación<sup>184</sup>. Partiendo de la premisa de que Israel aplicaba (y sigue aplicando) una política de hechos consumados<sup>185</sup>, y refiriéndose de nuevo a sucesivas resoluciones del CSNU y la AGNU que calificaron dichas políticas y prácticas como ilegales<sup>186</sup>, la Corte ha entendido que esta pregunta concierne no tanto dicho estatuto en sí, sino *la manera* en que aquellas inciden sobre este, y en particular «*the legality of the continued presence in Israel, as an occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory*»<sup>187</sup>.

La aporía que parece sostener este razonamiento es resultante del tenor de la pregunta formulada, y a su vez de la paradójica postura de la AGNU y el CSNU respecto de la ocupación, que la Corte no pudo sino reproducir al interpretar los difusos términos de la pregunta<sup>188</sup>. En efecto, por un lado, como hemos visto, desde la resolución 242 (1967) del CSNU se ha venido exigiendo la retirada israelí de los territorios ocupados durante la Guerra de los seis días, y condenado sus políticas y prácticas en numerosas ocasiones<sup>189</sup>. En paralelo, dicha exigencia no

---

184 El texto de la pregunta afirma: «¿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?» (resolución A/RES/77/247, párr. 18.b)).

185 En concreto, «*Israel's policies and practices ... are designed to establish facts on the ground that are irreversible*» (*ibid.*, párr. 245).

186 *Ibid.*, párrs. 246-249.

187 *Ibid.*, párr. 230.

188 Que hay una aporía puede deducirse de la pregunta formulada por la AGNU que, interpretada en el sentido ordinario de las palabras, da lugar a una respuesta obvia que apenas necesitaba una opinión consultiva. En efecto, las políticas y prácticas de Israel no pueden afectar al «estatuto jurídico» de la ocupación, en el sentido de que no pueden fundamentar pretensión jurídica alguna que el ocupante pudiera invocar como consecuencia de dicha situación de hecho. Como la propia Corte explicó, la calificación de la situación como ocupación solo es relevante a efectos de la aplicabilidad del DIH (*ibid.*, párr. 253; véase también la opinión individual de la jueza CHARLESWORTH, párr. 16). Aun más absurdo es interpretar que la afectación al estatuto jurídico —en el sentido de la pregunta de la AGNU— se refiere a la ocupación en sí, pues al estatuto jurídico de un ocupante en virtud del DIH no cambia por el hecho de su duración (Written Statement of the United States of America, párr. 4.2).

189 Aunque es sabido que Israel se resistió inicialmente a la calificación de la situación posterior a la Guerra de los seis días. También es sabido que esta no fue la opinión del entonces asesor jurídico del Ministerio de Asuntos Exteriores Israelí THEODOR MERON, en sendas opiniones de 14 de septiembre de 1967 y 13 de marzo de 1968, en las que concluyó que numerosos actos de Israel habían violado el Cuarto Convenio de Ginebra (Th. MERON, «The West Bank and International Humanitarian Law on the Eve of the Fiftieth Anniversary of the Six-Day War», *AJIL*, vol. 111, no. 2, págs. 357-375. La postura israelí fue modelada en buena por el que fuera fiscal general, y presidente del Tribunal

ha estado exenta de ambigüedades e incongruencias, como bien han apuntado varios autores<sup>190</sup>. En particular, como se ha explicado, el cese de la ocupación — raramente calificada como ilegal— se ha condicionado al fructuoso resultado de las negociaciones, dejando pues al pueblo palestino a merced de la asimetría de los hechos consumados de Israel<sup>191</sup>. Que la solución negociada permea prácticamente todos los aspectos del Conflicto se manifiesta hasta en la actual guerra en Gaza: en la reciente resolución 2735 (2024) de 10 de junio de 2024, el CSNU ha exigido, «*previo acuerdo de las partes*, el fin permanente de las hostilidades, a cambio de la liberación de todos los demás rehenes que aún permanezcan en Gaza, y la retirada total de las fuerzas israelíes de Gaza»<sup>192</sup>.

Sea como fuere, en respuesta a la segunda parte de la primera pregunta, la Corte ha invocado conjuntamente el *ius ad bellum* y, de nuevo, la libre determinación de los pueblos. Respecto del primero, la Corte ha reiterado la distinción entre *ius ad bellum* e *ius in bello*, recordando, en esencia, que la legalidad de la presencia continuada de un ocupante en un territorio es independiente de la legalidad de su comportamiento en virtud del DIH, y también del derecho internacional de los derechos humanos<sup>193</sup>. Al mismo tiempo, y como contraste, la Corte ha difumina-

---

Supremo de Israel de 1983 a 1995, MEIR SHAMGAR («The Observance of International Law in the Administered Territories», vol. 1, 1971, págs. 262-277). Sobre la diferencia entre ambas posturas, GORENBERG ha argumentado que «[t]he difference between Meron's position and these arguments [del gobierno y juristas que lo secundaron] is the difference between a lawyer's response when a client asks if the law permits insider trading and the lawyer's answer when the client says he has already committed the act and needs a defense. In the latter case, we are likely to see unconventional readings of the law». (*The unmaking...*, op. cit., pág. 75).

190 A. IMSEIS, «Negotiating the Illegal», loc. cit., págs. 1059-1066; R. WILDE, «Using the Master's Tools to Dismantle the Master's House: International Law and Palestinian Liberation», *Palestine Yearbook of International Law*, vol. 22, 2019-2020, págs. 46-50 (el autor de estas líneas no comparte, sin embargo, buena parte de las críticas indiscriminadas al DIH, y más en general al derecho internacional, formuladas por ambos autores). Previamente, véase A. ROBERTS, «Prolongued Military Occupation: The Israeli-Occupied Territories since 1967», *AJIL*, vol. 84, 1990, p. 67, nota al pie 74: «[t]he term "illegal occupation" has been used sparingly in UN resolutions ... The great majority of the numerous resolutions of the UN General Assembly and the Security Council on the Israeli occupation have not stated that it is illegal per se. They have deplored Israel's conduct of the occupation, have condemned as illegal the purported annexation of parts of the occupied territories ... and have called upon Israel to put an end to its occupation of Arab territories — but have not stated that the fact of the occupation is in itself illegal». Contra, en referencia a la AGNU, J. SOROETA LICERAS, «Una visión del conflicto palestino: bloqueo histórico, colapso jurídico y fracaso político», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 2006, Universidad del País Vasco, págs. 317-318.

191 Sobre la asimetría entre ambas partes, véase A. REMIRO BROTONS, loc. cit., págs. 313-314.

192 Párr. 2.b), énfasis añadido.

193 *Políticas y prácticas de Israel*, párr. 251.

do incidentalmente la frontera entre ambas ramas, al menos en su aplicación al caso palestino<sup>194</sup>, al conectar entre sí los múltiples elementos de su razonamiento en su conclusión relativa a la ilegalidad de la ocupación.

En efecto, la Corte ha fundamentado su análisis sobre la libre determinación en sus conclusiones previas relativas a las políticas y prácticas<sup>195</sup>, que, como se ha explicado, abordaban la legalidad de los asentamientos (en virtud del DIH), las políticas discriminatorias en Cisjordania (en virtud del DIDH), o las restricciones a la libertad de movimiento en Gaza (en virtud del DIDH). No podría ser de otra forma, pues la libre determinación engloba el disfrute de derechos económicos, sociales y culturales<sup>196</sup>, también aplicables en tiempo de ocupación.

Seguidamente, tras exponer o reiterar sus planteamientos sobre la libre determinación y el *ius ad bellum*, la Corte ha rematado jurídicamente la ocupación en seis párrafos de capital importancia. En particular, la Corte ha sostenido que

«[t]he sustained abuse by Israel of its position as an occupying Power, through annexation and an assertion of permanent control over the Occupied Palestinian Territory and continued frustration of the right of the Palestinian people to self-determination, violate[d] fundamental principles of international law and render[ed] Israel's presence in the Occupied Palestinian Territory unlawful»<sup>197</sup>.

Además, ha añadido que dicha ilegalidad «relates to the entirety of the Palestinian territory occupied by Israel in 1967 ... in relation to which the Palestinian people should be able to exercise its right to self-determination»<sup>198</sup>.

A fin de desglosar el razonamiento de la Corte, el análisis se centrará en los siguientes aspectos: primero, la naturaleza del «abuso» que se atribuye a Israel; segundo, el lugar secundario de los Acuerdos de Oslo; tercero, la aplicabilidad a Gaza de las conclusiones de la Corte.

### 5.2.1. Naturaleza del «abuso» que se atribuye a Israel

Del lenguaje diáfano de los pasajes arriba citados se desprende que, para la Corte, la ocupación israelí no es ilegal en tanto que hecho prolongado en el tiempo, sino como consecuencia del abuso «continuado» por Israel de su «posi-

194 Véanse también las intervenciones de IMSEIS y SULTANI durante un debate moderado por N. ВУТНА y publicado el 12 de septiembre de 2024 («Unlawful Occupation, Annexation and Segregation: The ICJ's Advisory Opinion on Palestine», *EJIL The Podcast!*, disponible en <http://ejil.org/podcast.php?guid=245f79c7-dd26-42a6-bc50-4c371c5d86d6>).

195 *Políticas y prácticas de Israel*, párr. 256.

196 *Ibid.*, párr. 241.

197 *Políticas y prácticas de Israel*, párr. 261.

198 *Ibid.*, párr. 262.

ción» como ocupante; el uso del verbo «*rendered*» refleja al menos este postulado<sup>199</sup>. La primera opción, más extrema y sostenida por el juez Yusuf<sup>200</sup>, partía de premisas indeseadas<sup>201</sup>. Pero tampoco otras opciones más moderadas que hubieran evitado referirse a la ilegalidad de la ocupación en sí —y que hubieran requerido exigir a Israel únicamente el desmantelamiento de los asentamientos<sup>202</sup>, o exigir en términos generales el cumplimiento con el DIH y/o el respeto de los términos convenidos en los acuerdos de Oslo— hubieran resultado convincentes.

Cabe preguntarse sobre la naturaleza del abuso que se reprocha a Israel. Esta cuestión entronca, en parte, con la del modo en que *ius ad bellum* e *ius in bello* parecen conectarse en este caso. Y es que podría interpretarse que la Corte se refiere al abuso de los derechos que el DIH otorga a Israel como ocupante<sup>203</sup>. Según esta interpretación, un ocupante que adopta actos destinados a anexionarse *de facto* un territorio, como es el caso aquí, incurre en un abuso de derecho. De esta forma, el *ius ad bellum* se conecta con el *ius in bello* de manera sobrevenida,

---

199 La versión francesa de la opinión consultiva utiliza el verbo idéntico «*rend*». Para el juez TOMKA, «*the Court opines that certain subsequent actions by Israel “rendered” Israel’s presence in the Occupied Palestinian Territory unlawful ..., a formula which would seem to imply that the occupation resulted from an act that was not unlawful*» (párr. 7). Sin embargo, la lectura más correcta es que, para la Corte, la ocupación israelí devino ilegal como consecuencia de las políticas y prácticas israelíes, al margen de la cuestión de su legalidad *ab initio* en 1967. En efecto, la opinión de la Corte deja claro que esta última queda fuera del ámbito de las preguntas formuladas por la AGNU, al menos directamente (*Políticas y prácticas*, párr. 80).

200 Opinión individual del juez Yusuf, párr. 12.

201 En particular, la interpenetración total del *ius ad bellum* en el *ius in bello*, lo cual puede tener consecuencias infelices, sobre todo si la relación se considera en sentido inverso, es decir, cuando se utiliza el DIDH para justificar una ocupación que no respeta las normas del DIH. Al respecto, véase, entre otros, A. MANGAS MARTÍN, *Humanización, democracia y estado de derecho en el orden internacional*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2014, págs. 77-85 y 147-152; G. H. Fox, «Transformative occupation and the unilateralist impulse», *IRRC*, Vol. 94, Number 885, Spring 2012, págs. 237-265.

202 Esta parecía ser, por ejemplo, la posición de la Federación Rusa, que por un lado sugería a la Corte contención para no limitar las opciones en un escenario de negociaciones finales entre las partes, pero por otro reconocía el derecho de los palestinos a formar un Estado, y condenaba en particular los asentamientos (Written Statement by the Russian Federation, 24 July 2023, párrs. 59-74).

203 Así lo sugirió MILANOVIC en un comentario rápido al hilo de la publicación de la opinión consultiva (M. MILANOVIC, «ICJ Delivers Advisory Opinion on the Legality of Israel’s Occupation of Palestinian Territories», *EJIL Talk!*, July 20, 2024, disponible en <https://www.ejiltalk.org/icj-delivers-advisory-opinion-on-the-legality-of-israels-occupation-of-palestinian-territories/>). Los comentarios a la publicación apuntan en una dirección similar.

en línea con la observación de la jueza XUE de que «[t]he questions that [were] placed before the Court for an advisory opinion [were] ... intended to address the link between the two [ius ad bellum e ius in bello]»<sup>204</sup>.

Esta interpretación no es plenamente satisfactoria por tres motivos principales. En primer lugar, la Corte podría haberse expresado directamente en términos de abuso de «derechos» de Israel en virtud del DIH (o de su «estatuto»). Sin embargo, ha evitado hacerlo, escogiendo por el contrario un término más ambiguo («posición») <sup>205</sup>. En segundo lugar, la posición de un Estado como ocupante es una cuestión de hecho, no de derecho, regulada a efectos del exclusivos del DIH. Por tanto, el abuso por un ocupante de sus derechos en virtud del DIH no puede, por grave que sea, generar la ilegalidad de una situación cuya legalidad, en principio, ajena a dicha rama del derecho. En tercer lugar, el razonamiento de la Corte ha seguido la ruta más corta, que le ha permitido declarar la ilegalidad de la ocupación al margen de la legalidad de la presencia israelí *en sí*, en base tanto al *ius ad bellum* como la libre determinación del pueblo israelí. En consecuencia, resulta difícil hablar de abuso de derecho cuando la misma Corte ha excluido determinar la existencia del derecho del que se ha abusado.

Por todo ello, a nuestro entender, el fundamento de la calificación de la conducta israelí como «abuso» queda sin explicarse<sup>206</sup>. Una posibilidad sería interpretar el término «abuso», entendido *lato sensu*, como parte del vocabulario de la noción de «desviación de poder» («*détournement de pouvoir*») en su versión objetiva. Según esta interpretación, los actos de Israel son, por su naturaleza<sup>207</sup>, conducentes a la anexión *de facto* de Cisjordania por parte de Israel y a la violación

204 Declaración de la jueza XUE, párr. 7.

205 Al respecto, es interesante apuntar que, en el resto de la opinión, la Corte utiliza el término «estatuto» para referirse a la situación jurídica de la ocupación (véanse, entre otros, los párrs. 87, 105, 106 y 109). Por el contrario, el término «posición» es utilizado únicamente para definir dicho estatuto como situación *de hecho* (véase el párr. 91: «[w]here a State has placed territory under its effective control, it might be in a position to maintain that control and to continue exercising its authority despite the absence of a physical military presence on the ground.») (énfasis añadido).

206 Ello explica que, para los jueces TOMKA, ABRAHAM y AURESCU, el razonamiento de la Corte está desprovisto de «*minimal legal substantiation*» (párr. 26). Claro que, a nuestro entender, el hecho de que el razonamiento no sea expreso no significa que no tenga justificación jurídica, como se argumenta a continuación.

207 Así se ha aplicado, por ejemplo, en el derecho administrativo internacional, siendo la decisión del Tribunal Administrativo del Banco Mundial *De Merode* un ejemplo paradigmático (TABM, Decisión nº 1 (1983), *De Merode et al. v. International Bank for Reconstruction and Development*, párrs. 47, 85 y 87). Para un análisis más detallado, véase A. GARRIDO MUÑOZ, J. MORGAN-FOSTER, D. PEAT y A.-M. THÉVENOT-WERNER, *The Law and Practice of International Administrative Tribunals* (Cambridge, Cambridge University Press, capítulo 5, pendiente de publicación).

de la libre determinación de Palestina<sup>208</sup>, lo cual excede los límites de su poder como ocupante. Esta interpretación sigue adoleciendo del mismo problema que la anterior, pues todo ejercicio de poder público requiere una cobertura jurídica que, en este caso, es cuestionada, y sobre el que la Corte no se pronuncia. Aún más, la noción de «desviación de poder» connota una relación jurídica vertical entre Israel y el pueblo Palestino que, como mínimo, suscita interrogantes.

Otra opción es interpretar el abuso como referido a los *presuntos* derechos de Israel, en un contexto en que estos son controvertidos. La Corte no especifica cuáles son esos presuntos derechos, pero estos derivarían, o bien del *ius ad bellum* y/o la protección de la seguridad de la población israelí, o de los presuntos títulos históricos que Israel invoca sobre territorio palestino. Respecto de los primeros, podría interpretarse que, para la Corte, el presunto derecho de Israel a la legítima defensa/defensa de su población (asumiendo su validez *arguendo*) no permite en ningún caso llevar a cabo las políticas y prácticas cuestionadas. Respecto de los segundos, el argumento es que Israel no puede unilateralmente anexionarse territorios cuya su soberanía es controvertida.

Esta última variante tampoco está exenta de problemas o interrogantes. En particular, una argumentación *arguendo* no es una base sólida sobre la que asentar una medida tan severa como la retirada unilateral de los TPO, identificada por la Corte como principal consecuencia del ilícito israelí en detrimento de otras opciones consideradas *infra*. Además, la variante aceptaría la existencia de derechos derivados de un estatuto jurídico específico, el de la «ocupación contestada»<sup>209</sup>,

---

208 No comparto el análisis de la cuestión que interpreta la decisión de la Corte en base a los motivos ulteriores (subjetivos) de Israel (véanse los comentarios de M. MILANOVIC, «ICJ Delivers», *loc. cit.*). En efecto, la Corte es muy cuidadosa al respecto, centrándose en la relación de adecuación objetiva entre hechos y conclusiones jurídicas, tal y como demuestra el párrafo 173. En el pasado, la Corte fue muy prudente a la hora de valorar alegaciones sobre los motivos «últimos» de actuaciones estatales. Así lo hizo, por ejemplo, en *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)*, al rechazar la alegación nicaragüense de que la legítima defensa era un pretexto de los Estados Unidos para actuar en su territorio (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, I.C.J. Reports 1986, págs. 70-71, párr. 127). Así lo hizo, más recientemente, en el asunto relativo a la *Caza de la Ballena en el Antártico*, donde únicamente valoró si un programa de investigación japonés que requería dar muerte a un número preestablecido de tres especies de ballena tenía o no «objetivos científicos» en el sentido del art. VIII del Convenio internacional para la regulación de la caza de ballenas de 1948 (*Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening, Judgment)*, I.C.J. Reports 2014, pág. 254, párr. 67; pág. 258, párr. 88). Con ello, la Corte desechó la alegación australiana relativa a los presuntos objetivos «comerciales» del programa japonés.

209 La noción de «posesión contestada» fue acuñada por KOHEN a efectos de situaciones caracterizadas por «l'exercice effectif et à titre de souverain des prérogatives de la puis-

que asumiría la existencia de derechos y obligaciones derivadas del control efectivo ejercido sobre un territorio cuya soberanía es controvertida, pendiente de la adjudicación de esta<sup>210</sup>. En fin, dada la zona gris en que se mueve la Corte y lo lacónico de su razonamiento, esta variante debe ser tomada con cautela.

Como última opción, queda interpretar el razonamiento de la Corte como referido al principio de buena fe, invocado aquí mediante el uso del término, algo eufemístico, de «abuso» —pues, como ya hemos explicado, no hay abuso de derecho propiamente dicho—. De esta forma, lo que la Corte reprocha a Israel es su conducta de mala fe en un contexto que reúne particularidades tales que requieren la aplicación directa del principio, al margen de la existencia de derecho alguno de Israel. Ya apuntamos al principio que, para CASSESE, el Conflicto era una de las cuestiones más «intratables» del derecho internacional<sup>211</sup>; en este contexto, la buena fe se erige como última ratio para determinar el alcance de los dos precitados principios (a saber, la prohibición de anexión de territorios y la libre determinación) en su aplicación a un caso particularmente complejo. Esta interpretación se basaría en una invocación directa de la buena fe rara en la jurisprudencia<sup>212</sup>, pero defendida en doctrina como manera de «contribue[r] à façonner les contours [de otras obligaciones jurídicas,] ce qui ne va jamais sans aspects de création juridique»<sup>213</sup>.

---

*sance publique sur un territoire qui fait l'objet d'un différend*». Esta amplia definición, y el seminal trabajo que fundamentó, se propuso sin intención de referirse a un estatuto jurídico particular (véase, en particular, M. КОМЕН, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Genève, Graduate Institute Publications, 2014, versión electrónica, capítulo I, párr. 8). Es en todo caso cuestionable que Israel reclame en este caso estar actuando a título de soberano.

- 210 Sobre la relación entre efectividades y títulos jurídicos en controversias territoriales, véase la siguiente afirmación de la Corte: «[w]here the act corresponds exactly to law, where effective administration is additional to the *uti possidetis juris*, the only role of *effectivité* is to confirm the exercise of the right derived from a legal title. Where the act does not correspond to the law, where the territory which is the subject of the dispute is effectively administered by a State other than the one possessing the legal title, preference should be given to the holder of the title. In the event that the *effectivité* does not co-exist with any legal title, it must invariably be taken into consideration. Finally, there are cases where the legal title is not capable of showing exactly the territorial expanse to which it relates. The *effectivités* can then play an essential role in showing how the title is interpreted in practice» (*Frontier Dispute, Judgment, IC.J. Reports 1986*, págs. 586-587, párr. 63).
- 211 A. CASSESE, *Self-determination*, *op. cit.*, págs. 230-231.
- 212 La propia Corte ha rechazado que la buena fe pueda ser fuente directa de obligaciones jurídicas en ausencia de otras normas más específicas (*Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988*, pág. 105, párr. 94).
- 213 R. KOLB, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, 2000, PUF, Paris, pág. 157.

### 5.2.2. La relevancia secundaria de los Acuerdos de Oslo

Los seis famosos párrafos también desechan la relevancia de los Acuerdos de Oslo, al concluir que estos «do not permit Israel to annex parts of the Occupied Palestinian Territory in order to meet its security needs. Nor do they authorize Israel to maintain a permanent presence in the Occupied Palestinian Territory for such security needs»<sup>214</sup>. En este contexto, la Corte ha sido muy cuidadosa con los precedentes, citando solo la opinión relativa a *Namibia*, y además evitando incorporarla a los elementos centrales de su razonamiento, dadas las diferencias entre supuestos<sup>215</sup>.

De todo lo anterior se desprende que, para la Corte, la protección de la población israelí, sea cual sea su relevancia como argumento jurídico, no puede menoscabar la prohibición de la anexión de territorios y la libre determinación del pueblo palestino, esta última calificada como norma imperativa<sup>216</sup>. Este punto es central en el razonamiento de los jueces críticos con la mayoría, bien por no considerar suficientemente las necesidades de seguridad israelíes (NOLTE y CLEVELAND, que sí han votado con la mayoría); bien por desdeñar las múltiples referencias a dichas necesidades tanto en los Acuerdos de Oslo como en resoluciones del CSNU y la AGNU (jueces disidentes TOMKA, ABRAHAM y AURESCU; vicepresidenta SEBUTINDE)<sup>217</sup>.

214 *Políticas y prácticas de Israel*, párr. 263. Que Gaza es parte del TPO después de 2005 fue confirmado por el CSNU en su resolución S/RES/1860 (2009), de 8 de enero de 2009, cuyo preámbulo afirmó que «la Franja de Gaza constituye una parte integral del territorio ocupado desde 1967 y formará parte del Estado palestino».

215 *Políticas y prácticas de Israel*, párrs. 260 y 264. Sobre el paralelismo entre la situación de Namibia y la de Palestina, véase J. DUGARD, «A Tale of Two Sacred Trusts: Namibia and Palestine», en L. BOISSON de CHAZOURNES y M. G. KOHEN (eds.), *International Law and the Quest for its Implementation: Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas*, Leiden, Brill, 2010, págs. 287-305.

216 Opinión individual de la jueza CHARLESWORTH, párr. 16. Véase también la Declaración conjunta de los jueces NOLTE y CLEVELAND. Para estos, «Israel has legitimate security concerns. Nevertheless, the presence of occupying forces can only be justified by a credible link to a defensive and temporary purpose; in our view, therefore, any possible justification is necessarily lost if such a presence is abused for the purpose of annexation and suppression of the right to self-determination» (Declaración conjunta de los jueces NOLTE y CLEVELAND, párr. 8; véase también el párr. 15).

217 En particular, afirman los primeros que «the 1993/1995 Oslo Accords formally adopted, between Israel and Palestine, the package “right to self-determination — right to security”, based on the Security Council resolutions 242 (1967) and 338 (1973), with direct impact on the conditions for ending the occupation of the Occupied Palestinian Territory, as well as the framework for negotiations ultimately leading to the “two-State solution” — which again will signify the end of the occupation. Indeed, the occupation being temporary by nature, the occupying Power is under an obligation to end the occupation as soon as it is no longer necessary to ensure its security. The Opinion failed to ar-

Debe aclararse que la Corte no ha entrado —no era necesario— a valorar todas las posibles consecuencias derivadas de la calificación de la libre determinación como norma imperativa<sup>218</sup>. Y es que si se interpretan los Acuerdos de Oslo en el sentido de condicionar *en todo caso* el fin de la ocupación a un acuerdo que acomode las necesidades de seguridad israelíes, estos podrían haber quedado afectados por la causa de nulidad prescrita en el art. 53 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados<sup>219</sup>. No en vano, tanto los jueces disidentes, como algunos participantes que criticaron las premisas que fundamentaban las preguntas de la AGNU, han reprochado el flaco favor que la Corte hizo a dichos acuerdos<sup>220</sup>.

Este reproche, sin embargo, se asienta sobre una cuestionable premisa, pues no es asumible que la Autoridad Nacional Palestina («ANP») reconociera en Oslo un derecho a la presencia israelí en los territorios ocupados en 1967 en condiciones de anexión *de facto* que suponen un incumplimiento de los términos fundamentales acordados<sup>221</sup>. Ello explica que, hasta al menos hasta el 19 de marzo

---

*ticulate this reasoning.*» (Opinión conjunta de los jueces TOMKA, ABRAHAM y AURESCU, párr. 44).

218 El tratamiento de las normas imperativas en la Opinión podría ser materia de estudio aparte. Como es sabido, la Corte no ha analizado todavía el carácter consuetudinario de dichas normas (PH. COUVREUR, *The International...*, *op. cit.*, pág. 239). Siguiendo una tendencia en su jurisprudencia, la Corte derivó las obligaciones para terceros estados no de la naturaleza imperativa de las obligaciones en juego, sino de su carácter *erga omnes* (*Políticas y prácticas*, párr. 174). Este hecho fue criticado, entre otros, por el juez TLADI (Declaración, párrs. 28-35).

Finalmente, se ha de apuntar que, como antídoto contra formulaciones exageradas de la libre determinación, la Corte escogió una redacción muy cuidada al afirmar que «*in cases of foreign occupation such as the present case the right to self-determination constitutes a peremptory norm*» (*Políticas y prácticas*, párr. 233). Nótese el énfasis, y la consiguiente limitación de alcance, derivados de la reversión del complemento circunstancial.

219 Como explica el juez TLADI en su Declaración (párr. 35). Se entiende, en todo caso, que otros jueces hayan pasado de puntillas por este tema. De manera más indirecta, véase la presentación palestina CR 2024/4, párr. 10, pág. 99 (Pellet).

220 Los primeros ya han sido citados. Entre los últimos, véase Statement of Israel, July 24, 2023, págs. 3-4; Memorial of Fiji, July 2023, págs. 2-3; Written statement by the Republic of Zambia (documento sin fecha; depositado en la Secretaría el 4 de agosto de 2023), págs. 1-2.

221 Recordemos que, como ha señalado la CDI en sus Conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), «*[w]here it appears that there may be a conflict between a peremptory norm of general international law (ius cogens) and another rule of international law, the latter is, as far as possible, to be interpreted and applied so as to be consistent with the former.*» (conclusión 20, disponible en A/77/10). Solo el juez TLADI se refirió a esta cuestión (Opinión individual, párrs. 34-35).

de 2023, la ANP haya seguido reiterando su apoyo a los acuerdos de Oslo, acto difícilmente comprensible si se estos se interpretan en sentido explicado<sup>222</sup>.

### 5.2.3. La aplicabilidad a Gaza de las conclusiones de la Corte

Queda referirse, por último, a Gaza. Cabe destacar que la Corte no ha considerado a la Franja como parte del territorio que Israel desea anexionarse, quedando pues fuera del análisis relativo al *ius ad bellum*<sup>223</sup>. En cuanto a la libre determinación, Gaza ha sido relevante a efectos de cuestionar las restricciones a la libertad de movimiento de personas, así como la dependencia palestina de bienes y servicios israelíes.

Como antes indicamos, hay elementos en la Opinión que apuntan a la consideración de Gaza como parte del TPO. No obstante, al no ser este el caso de los seis famosos párrafos, la Corte ha dejado una impronta ambivalente respecto a este territorio: por un lado, la inclusión de Gaza en las conclusiones relativas a la ilegalidad de la ocupación habría parecido forzada; por otro, dejarla al margen hubiera resultado artificioso, dada la afectación de las políticas y prácticas restrictivas de Israel a esta parte sustancial del territorio y pueblo palestino.

### 5.3. Las consecuencias del ilícito para Israel: ¿de nuevo los intereses unilaterales?

Respondida la primera pregunta de la AGNU, quedaba definir en qué condiciones se iba a exigir a Israel su retirada, como parte de la determinación de las consecuencias del ilícito<sup>224</sup>. De nuevo, la Corte ha despachado la cuestión en seis párrafos. Aquí había varias opciones, que en todo caso pasaban por determinar la extensión temporal de la obligación de retirada: ¿inmediata e incondicional, como propuso un buen número de Estados<sup>225</sup>; en un plazo fijo, como se previno de ma-

222 *Joint Communique from the March 19 meeting in Sharm El Sheikh*, March 19, 2023, disponible en <https://www.state.gov/joint-communicue-from-the-march-19-meeting-in-sharm-el-sheikh/>. *Contra*, Memorial of Fiji, July 2023, pag. 3 (interpretando el comunicado en sentido contrario).

223 A este respecto, la Corte reiteró que «Israel's security concerns [could not] override the principle of the prohibition of the acquisition of territory by force» (para. 254).

224 De acuerdo con el art. 30 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado, «[e]l Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado: a) A ponerle fin, si ese hecho continúa.» (A/RES/56/83, 28 de enero de 2022). Ni los Artículos ni el Comentario de la CDI contienen indicación alguna respecto del factor tiempo de la obligación de cesación del ilícito.

225 CR 2024/4, pág. 52, párr. 9 (Malki); pág. 94, párr. 27 (Sands); pág. 111, párr. 27 (Mansour). También CR 2024/5, pág. 19, párr. 22 (Stemmet); CR 2024/5, pág. 39, párr. 30 (Al Attiyah); CR 2024/5, pág. 59, párr. 35 (Hamidullah); CR 2024/6, pág. 12, párr. 18

nera limitada en los Acuerdos de Oslo; o sin plazo fijo, sometida a las realidades sobre el terreno? Por otro lado, cabe preguntarse si debía incidirse en los aspectos bilaterales del cese del ilícito; más específicamente, si se debía exigir a Israel cooperar con las autoridades palestinas durante el proceso de «traspaso/devolución» de poderes; debido a las previsibles dificultades que se iban a generar. Este último aspecto, sin embargo, no parece que fuera litigado por los participantes en los procedimientos.

En todo caso, la Corte ha optado por la tercera vía, la de las realidades: el fin de la ocupación debe efectuarse «*as rapidly as possible*»<sup>226</sup>, reproduciendo así las mismas palabras empleadas en la opinión relativa a la *Separación de las Chagos* respecto de la obligación británica de retirada<sup>227</sup>. Claro que, en este último caso, el Estado responsable del ilícito ha adoptado pasos para cumplir con sus obligaciones.

En efecto, respecto del archipiélago, y después de una reacción inicial poco favorable<sup>228</sup>, el Reino Unido acabó negociando con el gobierno de Mauricio. Dichas negociaciones han culminado recientemente en el anuncio del fin de la colonización, que recordemos se prolongó más allá de 1968 (año de la independencia de Mauricio) debido a las presiones para mantener el archipiélago bajo dominio británico<sup>229</sup>, dotadas de aparente legalidad mediante los acuerdos de *Lancaster House*. Solo el hecho de que el reciente anuncio se haya formalizado en un comunicado conjunto entre el nuevo soberano y la antigua potencia colonial, después de dos años de negociaciones mantenidas «*in a constructive and respectful manner, as equal sovereign States, on the basis of international law*», ilustra sobre las diferencias con el caso palestino<sup>230</sup>. Por cierto, que, contrariamente a los acuerdos

---

(Shoman), pág. 17, párr. 16 (Webb), pág. 23, párr. 35 (Juratowitch); CR 2024/7, pág. 16, párr. 33 (Jiménez Herrera); CR 2024/7, pág. 37, párr. 55(2) (Moussa); CR 2024/8, pág. 43, párr. 37 (Craven); CR 2024/10, pág. 35, párr. 24 (El Gehani); y pág. 37, parte operative (2) (a) (Algehitia).

226 *Políticas y prácticas de Israel*, párr. 267.

227 *Separación de las Chagos*, pág. 139, párr. 178.

228 Véase la reacción del secretario de exteriores británico, Sir ALAN DUNCAN, en una declaración formal de 30 de abril de 2019, disponible en <https://questions-statements.parliament.uk/written-statements/detail/2019-04-30/HCWS1528>. Para más detalles sobre la reacción del Reino Unido, y otros aspectos de la ejecución de la opinión consultiva de la Corte, véase C. MILLS, «Disputes over the Indian Ocean Territory: February 2021 update», UK House of Commons Library, Briefing Paper, 8 February 2011, disponible en <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9134/CBP-9134.pdf>.

229 A. HARDING, «UK will give sovereignty of Chagos Islands to Mauritius», *BBC*, 3 octubre 2024.

230 *UK and Mauritius joint statement, 3 October 2024*. Añade el acuerdo que «[t]oday's political agreement is subject to the finalisation of a treaty and supporting legal instruments, which both sides have committed to complete as quickly as possible ... [t]he treaty will

de *Lancaster House* en relación con el archipiélago de las Chagos<sup>231</sup>, aquí los participantes no cuestionaron la validez de los Acuerdos de Oslo en base a factores contextuales como el desequilibrio entre las partes. En fin, aunque no es seguro que el acuerdo vaya a ser ratificado por ambas partes, los desarrollos posteriores a la opinión de la Corte son en sí un logro, quizás frágil, del orden internacional basado en reglas que la Corte simboliza.

Para Israel, la fórmula utilizada por la Corte deja abierta la puerta a interpretaciones, pero con un límite que podríamos establecer —en un ejercicio de exégesis— en el deber de orientar todas sus acciones en el TPO hacia la desocupación, dejando así de lado sus propios intereses (reales o percibidos). En particular, Israel no puede prolongar su ocupación como excusa para mantener unilateralmente su posición de control, ni condicionar la retirada a la obtención de garantías de seguridad. Lo que parece permitirle la fórmula utilizada por la Corte es una retirada ordenada, quizás asimétrica<sup>232</sup>, que se prolongue razonablemente en el tiempo a

---

*address wrongs of the past and demonstrate the commitment of both parties to support the welfare of Chagossians.»* (disponible en <https://www.gov.uk/government/news/joint-statement-between-uk-and-mauritius-3-october-2024>).

231 Los acuerdos de *Lancaster House* (23 de septiembre de 1965) fueron concluidos en condiciones de claro desequilibrio de poder entre la potencia colonial y el gobierno representante de un pueblo que estaba negociando su independencia. Como explicó la Corte, «*it is not possible to talk of an international agreement, when one of the parties to it, Mauritius, which is said to have ceded the territory to the United Kingdom, was under the authority of the latter. The Court is of the view that heightened scrutiny should be given to the issue of consent in a situation where a part of a non-self-governing territory is separated to create a new colony.*» (*Separación de las Chagos*, pág. 137, párr. 172). Con ello, la Corte suavizó la línea de argumentación de Mauricio, evitando calificar como «coerción» la presión ejercida por las autoridades británicas sobre Mauricio para que acordaran la separación de Chagos del territorio de Mauricio, tal y como numerosos participantes, incluido Mauricio, habían propuesto durante el procedimiento consultivo. Sobre la nulidad de los tratados impuestos bajo coerción ilícita, véase en particular J.A. YÁÑEZ-BARNUEVO, «La nulidad de los tratados impuestos mediante coacción ilícita, en perspectiva histórica», *REDI*, vol. 74, nº 2, 2022, págs. 385-406.

232 Como explican los jueces NOLTE y CLEVELAND, «*Israel's duty to end its presence does not mean that its duty to withdraw from the Occupied Palestinian Territory must necessarily be fulfilled in the same way, or at the same time, with respect to every part of that territory. While the duty to withdraw "as rapidly as possible" applies as a general matter, this duty nevertheless may be implemented differently depending on the situation that prevails in a particular part of the occupied territory*» (Declaración conjunta, párr. 16). Pero hay más: el nivel de control israelí de los territorios ocupados, al menos antes de la actual guerra de Gaza, es asimétrico en función del área al que nos refiramos (A, B o C). Ello condujo a los jueces TOMKA, ABRAHAM y AURESCU a criticar que la mayoría concluyera que la anexión *de facto* se esté produciendo más allá de los asentamientos del área C (Opinión conjunta, párr. 56).

fin de reincorporar a la población asentada en su propio territorio<sup>233</sup>, desmantelar progresivamente las partes relevantes del muro, y reforzar la seguridad en la línea definida por la resolución 242. Dichas condiciones, en otras circunstancias, habrían sido acordadas con la Autoridad Nacional Palestina, como sucediera con el archipiélago de las Chagos. En las circunstancias actuales, es utópico pensar hasta en la devolución de un solo olivo.

Yendo más allá que la Corte, la AGNU ha adoptado el 18 de septiembre de 2024 una resolución más expeditiva, que fija un plazo de doce meses para una retirada unilateral «sin demora»<sup>234</sup>. El texto contiene un catálogo de medidas a adoptar para poner fin a la ocupación, incluidas: la retirada de «todas [las] fuerzas militares del [TPO], incluido su espacio aéreo y marítimo»<sup>235</sup>; el «cese inmediato de cualquier nueva actividad de asentamiento», la evacuación de colonos, y el «desmantelamiento de las partes del muro construido por Israel que están situadas en el territorio»<sup>236</sup>; la devolución de tierras, otros bienes inmuebles y activos confiscados<sup>237</sup>; o el regreso de palestinos «desplazados durante la ocupación»<sup>238</sup>.

Ninguna de las medidas sugeridas en el texto produce sorpresa a tenor de las políticas y prácticas de Israel consideradas por la Corte. Queda, sin embargo, la duda razonable de si, de nuevo, Gaza era parte de las conclusiones. La ausencia de mención específica por la AGNU entronca con la mencionada «intermitencia» de la Franja en el razonamiento de la Corte, pues esta no es mencionada en la respuesta a la pregunta de la AGNU sobre las consecuencias del ilícito. Ciertamente, la referencia al «espacio aéreo y marítimo» en la reciente resolución de la AGNU podría interpretarse como extensiva al bloqueo de la Franja. Sin embargo, dada la centralidad de dicho bloqueo en el Conflicto, y su ausencia en los debates sostenidos durante el procedimiento consultivo, resulta más plausible interpretar que, para la AGNU, pero también para la Corte, hay cierto margen respecto de la forma en el que el bloqueo debe ser desmantelado para aplicar lo ordenado en la opinión de 19 de julio<sup>239</sup>.

---

233 Lo cual, es de imaginar, no estaría exento de problemas, e incluso auténticas revueltas, como ya sucediera en la retirada de asentamientos de Gaza, que dio lugar a importantes incidentes que requirieron de la intervención de las fuerzas de seguridad.

234 AGNU, *Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y de la ilegalidad de la presencia continuada de Israel en el Territorio Palestino Ocupado*, 19 de septiembre de 2024, A/RES/ES-10/24, párr. 12.

235 *Ibid.*, párr. 3.a).

236 *Ibid.*, párr. 3.b).

237 *Ibid.*, párr. 3.c).

238 *Ibid.*, párr. 3.d).

239 En contraste con la política de asentamientos, que es mencionada expresamente en la Opinión sin limitación temporal para comenzar el desmantelamiento (*Políticas y prácti-*

## 6. CONCLUSIONES

En medio del acuciante olvido de la comunidad internacional, la situación de los palestinos ha ido empeorando durante las dos últimas décadas —desde la adopción de la opinión consultiva relativa al *Muro en Palestina*— hasta llegar a la calamitosa situación actual. Los ataques de Hamás del 7 de octubre de 2023 precipitaron el punto de no retorno hasta límites que parecían imposibles, incidiendo así en la vía unilateral que, como siempre, favorece a la parte más poderosa y perjudica a los civiles.

En este contexto, la Corte ha tomado en 2024 decisiones de alto impacto normativo —no real— en el Conflicto, destacando la Tercera providencia (sobre medidas provisionales en el asunto *Aplicación de la Convención sobre Genocidio*), y la opinión consultiva relativa a las *Políticas y prácticas de Israel en el TPO*. Este trabajo se ha centrado en ambas decisiones, considerando la manera en que la Corte ha calibrado los aspectos unilaterales y bilaterales del Conflicto, con el telón del fondo de la opinión consultiva relativa al *Muro en Palestina*.

Para ello, se ha explicado en primer lugar el contexto jurídico en que dichas decisiones se incardinan. Dicho contexto se ha caracterizado, en esencia, por la posición ambivalente de la ONU respecto de la ocupación, en línea con las bases negociadoras definidas en los Acuerdos de Oslo. En base a dicha posición (respetada por la propia Corte en su opinión consultiva de 2004), el fin de la ocupación se supedita al acuerdo entre las partes. Y aunque se reiteraban las referencias a las resoluciones 242 y 338 y se condenan políticas y prácticas, se había evitado calificar como ilegal la ocupación, y menos aún exigir una retirada incondicional.

Seguidamente, este trabajo ha analizado la citada jurisprudencia de la Corte centrándose en tres elementos de análisis: la discrecionalidad en el ejercicio de la competencia consultiva, las medidas provisionales dictadas en el asunto *Aplicación de la Convención sobre Genocidio*, y el estatuto jurídico de la ocupación israelí.

Respecto del primero, se ha explicado cómo, en las dos opiniones consultivas, la Corte ha rechazado considerar las preguntas como una cuestión meramente bilateral, asumiendo que, tras años de resoluciones de la AGNU y el CSNU, el Conflicto entra dentro del «marco más amplio de referencia» del trabajo de los órganos de la ONU. Ello le ha permitido descartar argumentos, entre otros, relativos a la falta de consentimiento de las partes a la competencia contenciosa de la Corte como obstáculo para el ejercicio de la consultiva, invocados sobre la base de una cuestionable interpretación de la opinión consultiva de la CPJI relativa al *Estatuto de Carelia Oriental*.

---

*cas de Israel*, párr. 268).

Respecto del segundo elemento de análisis (las medidas provisionales dictadas en el asunto *Aplicación de la Convención sobre Genocidio*), se ha explicado el progresivo afinamiento por la Corte de las medidas ordenadas hasta llegar al cese unilateral e incondicional de las hostilidades. El cuidado lenguaje, a veces ambiguo, encierra un equilibrio adecuado entre las pretensiones jurídicas sudafricanas y la situación humanitaria en la Franja. Las conclusiones de la Corte se asientan, en particular, en una declaración formal de plausibilidad de derechos que encierra un cierto halo de plausibilidad de pretensiones debido a la referencia detallada a los hechos en el análisis de este criterio.

En fin, en relación con el estatuto jurídico de la ocupación, la opinión consultiva de 19 de julio de 2024 ha recalibrado el paradigma de los acuerdos de Oslo, sabiendo leer las realidades sobre el terreno. Para ello, la Corte ha calificado las políticas y prácticas de Israel en el TPO como anexión *de facto*; ha priorizado la prohibición de la adquisición de territorio por la fuerza y la libre determinación del pueblo palestino; y ha exigido una retirada unilateral e incondicional «*as soon as possible*» por parte de Israel. Además, la Corte ha descartado a múltiples niveles los argumentos relativos a la relevancia de los Acuerdos de Oslo y otras resoluciones de órganos de la ONU que incidían en una vía bilateral. En definitiva, la Corte ha coartado las unilateralidades de hecho de Israel e incidido en lo que podríamos denominar «unilateralidades de derecho». Todo ello, en detrimento de bilateralidades hipotéticas —la de un acuerdo final entre las partes— beneficiosas solo para el ocupante.

Como contrapunto, este trabajo ha identificado también varios ángulos muertos en la opinión de 19 de julio. En particular, se ha subrayado la naturaleza jurídica indeterminada del «abuso» que se atribuye a Israel como fundamento de la ilegalidad de la ocupación, sugiriendo que dicho término podría encerrar, o bien un uso eufemístico del principio de buena fe aplicado directamente al Conflicto, o un abuso por Israel de derechos «presuntos». Además, se ha considerado el carácter abierto y posiblemente asimétrico de la obligación de retirada, subrayándose que, en todo caso, dicha obligación no ofrece un cheque en blanco al ocupante. Por último, se ha destacado el carácter intermitente de Gaza en el razonamiento, y la falta de claridad de las conclusiones de la Corte respecto de este territorio.

En fin, si, mediante los acuerdos de Oslo, la ANP «suspendió» el pleno ejercicio de la libre determinación del pueblo palestino hasta la resolución de las cuestiones de estatuto permanente<sup>240</sup>, la Corte ha intentado preservar los restos de dicho derecho en su dictamen de 19 de julio de 2024. De nuevo, la Corte ha estado a la altura, aunque el impacto real de sus decisiones sea, por el momento, marginal.

---

240 P. MARTENZUK, «Some Basic Aspects», *loc. cit.*, pág. 493. La expresión fue utilizada por el autor en el sentido de reclamar soberanía plena sobre el territorio palestino.

## 7. EPÍLOGO

Pocos dudarán a estas alturas de que el orden internacional liberal emergente del final de la guerra fría, tendente a las relaciones basadas en reglas y la multiplicación de jurisdicciones internacionales, se está desmoronando. Si no faltaban razones para denunciar sus sesgos hacia el primer mundo, nada garantiza que lo emergente vaya a ser más justo o estable; aún menos que en el proceso no se causen daños que generaciones futuras paguen muy caro.

Un síntoma, entre otros, de esta tendencia, es la creciente desconfianza ciudadana hacia los tribunales internacionales, propagada en mensajes incendiarios vertidos en redes antisociales. Las consecuencias, o son ya apreciables, o llegarán en un futuro próximo. Una es la parálisis del sistema de arreglo de controversias de la OMC, de improbable recuperación debido al bloqueo estadounidense. Otra es la amenaza real que se cierne sobre el TPI en forma de posibles nuevas sanciones, que podrían afectar seriamente no solo a sus operaciones, sino también a sus oficiales electos, empleados y sus familias. Un objetivo más lejano, pero posible, son los dos grandes tribunales europeos. Ciertamente, las críticas a su presunta «ilegitimidad» de base son de larga data en países tradicionalmente euroescépticos y ciertos círculos académicos, pero en la actualidad alimentan un discurso político extremo cada vez menos marginal<sup>241</sup>. La advertencia lanzada por el presidente del TJUE, KOEN LENAERTS, es cada día más inminente:

«la mayor garantía contra toda deriva autoritaria o contra dictaduras que buscan revertirse de un velo de legitimidad es una ciudadanía que permanece activa y que está siempre alerta para defender lo que generaciones anteriores tanto lucharon por conseguir: Una Europa pacífica, humanista, abierta y tolerante. De lo contrario, puede ser que, en un futuro no muy lejano, los Tratados no sean más que papel mojado y los jueces y magistrados queden reducidos a tigras de papel.»

En este contexto, dirigir la mirada hacia la jurisprudencia más reciente de la CIJ, comprobar su relevancia y admirar la autoridad que sigue ejerciendo, es un ejercicio reconfortante incluso a pesar del incumplimiento de recientes decisiones<sup>242</sup>. Tanto más, cuanto que la estabilidad de la institución parece asegurada<sup>243</sup>. En el caso palestino, la Corte ha emitido una opinión consultiva no sumisa a los intereses de algunos, que, contra las tendencias del momento, inspirará y beneficiará a generaciones futuras.

241 K. LENAERTS, «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la independencia judicial», *RDCE*, vol. 72, 2022, pág. 368.

242 Sobre la confianza en la Corte, véase PH. COUVREUR, «La confiance dans la Cour internationale de Justice et ses procédures», en J. TRIBOLO-FERRAND (dir.), *La confiance dans les procédures devant les juridictions internationales : actes du colloque international de Nice, 3 et 4 juin 2021*, 2021, Pédone, Paris, págs. 59-112.

243 Si bien la Corte no es ajena a las crisis presupuestarias que regularmente afectan a la ONU.