

**ISRAEL Y PALESTINA A DIEZ AÑOS DE LA OPINIÓN CONSULTIVA
DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: LA SEGURIDAD DEL
ESTADO VERSUS LOS DERECHOS DE LOS INDIVIDUOS**

ARTÍCULO

SADOT SANTANA MIRANDA*

Introducción	1310
I. Breve trasfondo histórico.....	1312
II. La opinión consultiva como vehículo alternativo en búsqueda de cumplimiento.....	1314
A. Los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario en los Territorios Palestinos	1318
B. Anexión de territorio	1321
C. Justificación de seguridad.....	1323
III. Israel ante el Derecho Internacional	1324
A. Los palestinos como sujetos jurídicos en el sistema israelí	1324
IV. La primera legitimación para el Muro en la Corte Suprema de Israel	1326
A. Justificaciones para la construcción del Muro	1327
B. Visión del Derecho Internacional	1328
V. La Corte Suprema se sumerge al debate en el caso de <i>Mara'abe</i>	1330
A. La insuficiencia y conceptos trastocados del Derecho Internacional	1330
VI. El uso de la fuerza y la legítima defensa	1335
A. La seguridad como instrumento discursivo	1335
B. Reinventando la legítima defensa en el Derecho Internacional	1338
VII. Buscando el cumplimiento más allá de las esferas jurídicas.....	1343
A. El rol de las ONG y los organismos internacionales en el panorama del conflicto	1344
VIII. Desarrollos recientes.....	1346
Conclusión	1350

* B.A. Universidad de Puerto Rico, 2011; J.D. Universidad de Puerto Rico, 2014. Cofundador y Exdirector de la publicación electrónica de Derecho Internacional, Pangea. Este artículo fue realizado como parte del curso de Estudio Independiente previo a obtener el grado de *Juris Doctor*. Las profesoras Yanis Blanco Santiago y Érika Fontáñez Torres fungieron como mentora y lectora, respectivamente. A ambas les agradezco su ayuda y colaboración en el proceso de investigación y de redacción del presente artículo. Por último, quiero agradecer especialmente a Melanie Pérez Rivera por su ayuda en el proceso de redacción.

You can fight occupation but you cannot fight your feeling of being powerless.
- Noam Chomsky¹

INTRODUCCIÓN

NO OLVIDO AQUELLA FAMOSA IMAGEN DE UN ADOLESCENTE PALESTINO lanzándole una piedra a un gigantesco tanque de guerra israelí. En algún sitio aprendí que a ese movimiento le llamaron la *Intifada*, palabra árabe que significa revolución o levantamiento.² Recuerdo que, desde ese momento, con tan solo quince años, quedé fascinado. Con el tiempo desarrollé un fervor genuino e insaciable por aprender todo lo posible sobre el conflicto palestino-israelí. Sin embargo, los gajes naturales de graduarme de escuela superior y entrar a la universidad causaron que mi atención se desviara a otro tipo de asuntos. Pasados seis años me topé con un singular documental titulado *Five Broken Cameras*.³ Este documental detalla la vida de una familia palestina que reside en Cisjordania, Territorios Palestinos Ocupados (en adelante, “Territorios Palestinos”).⁴ En particular, se enfoca en los acontecimientos que les afectan a causa de la construcción del Muro de Cisjordania (en adelante, “Muro”) por Israel. Luego de ver con detenimiento el documental, entendí lo poco que ha avanzado la solución al conflicto palestino-israelí desde que aquel joven le lanzó su más certera piedra al cañón del tanque israelí. El conflicto palestino-israelí es un enfrentamiento que ha transcurrido por más de 100 años y está caracterizado por el enfrentamiento de dos poblaciones culturalmente ligadas a la religión que cada una profesa.⁵ Desde el 2002, uno de los puntos neurálgicos del conflicto ha sido

¹ Noam Chomsky, *Impressions of Gaza*, CHOMSKY.INFO (4 de noviembre de 2012), <http://www.chomsky.info/articles/20121104.htm> (última visita 12 de febrero de 2015).

² Véase MIGUEL A. MURADO, LA SEGUNDA INTIFADA: HISTORIA DE LA REVUELTA PALESTINA 118 (2006) (donde se discuten extensamente los acontecimientos que contribuyeron al desarrollo de la Primera y Segunda *Intifada*, especialmente esta última. La Segunda *Intifada* también se conoce como la *Intifada de Al-Aqsa*, en referencia a la visita del ex primer ministro israelí Ariel Sharon a la explanada de la mezquita Al-Aqsa, la cual desató la *Intifada*).

³ Guy Davidi & Emad Burnat, *FIVE BROKEN CAMERAS* (Alegria Productions *et al.* 2011) (documental de los directores Guy Davidi y Emad Burnat, camarógrafo independiente palestino, quien demuestra, desde una perspectiva de primera persona, la resistencia pacífica de su pueblo Bil'in en Cisjordania).

⁴ Los Territorios Palestinos están compuestos de dos áreas ocupadas por las Fuerzas Armadas de Israel: la Franja de Gaza (al suroeste de Israel y en la frontera con Egipto) y Cisjordania, conocida en inglés como el *West Bank* (al nordeste de Israel). Cabe señalar que en Cisjordania el gobierno de Israel ha impulsado por años el establecimiento de asentamientos israelíes. En gran medida, los asentamientos han desplazado a familias palestinas que han tenido que mudarse a otras partes de los Territorios Palestinos, o a ciudades de Israel, o incluso migrar a países fronterizos en calidad de refugiados. Se estima que existen cinco millones de refugiados palestinos, una tercera parte de los cuales viven en campamentos en Jordania, Líbano, Siria, Franja de Gaza, Cisjordania y al este de Jerusalén. *Palestine Refugees*, UNITED NATIONS RELIEF AND WORKS AGENCY FOR PALESTINE REFUGEES IN THE NEAR EAST, <http://www.unrwa.org/palestine-refugees> (última visita 9 de noviembre de 2014).

⁵ Véase ELÍAS A. MUVDI, PALESTINA Y EL DERECHO DE GENTES 64 (1983).

la construcción del Muro por el gobierno israelí con el objetivo de proteger a sus ciudadanos de ataques terroristas provenientes de Cisjordania.⁶

El presente escrito pretende explorar varios temas sobre el conflicto entre Israel y Palestina. En la primera parte del artículo, presento un breve trasfondo histórico para así situar debidamente al lector. Luego, pasaré a examinar las implicaciones jurídicas de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre la construcción del Muro.⁷ La segunda parte del escrito contiene un análisis profuso del Derecho Internacional aplicable y su relación con el sistema jurídico de Israel. El objetivo de este análisis es adoptar un punto de vista distinto del conflicto palestino-israelí, por lo que resulta fundamental discutir el rol del Derecho Internacional en Israel y, a su vez, explicar la dinámica entre Israel y la población que reside en los Territorios Palestinos. Para ello, reseñaré dos decisiones de la Corte Suprema de Israel relativas a la construcción del Muro. Por otro lado, evaluaré los planteamientos de seguridad o *securitización* que invoca el gobierno de Israel para justificar la construcción del Muro. En este análisis, haré hincapié en lo relativo al derecho de legítima defensa en el Derecho Internacional. Asimismo, discutiré el impacto de la *Doctrina Bush* en el concepto de legítima defensa y la *securitización* para la prevención de ataques terroristas *vis-à-vis* la protección de los derechos humanos. Finalmente, analizaré posibles alternativas para que se efectúe por parte de Israel un cumplimiento práctico y duradero del Derecho Internacional, para lo que me referiré al trabajo realizado por distintos cuerpos internacionales y organizaciones no gubernamentales (ONGs).

Es lamentable que, a diez años de la determinación de la CIJ y la continuada construcción del Muro, poco o nada se haya avanzado para solucionar este conflicto. Los recientes procesos de paz no han dado fruto, menos aun en un contexto internacional que ya no se desvive por atender la situación.⁸ Aun así, tan reciente como el pasado 1 de abril de 2014, luego de otro malogrado intento de negociaciones entre Israel y Palestina, este último ente decidió firmar cerca de quince convenciones internacionales.⁹ Las implicaciones de estos procesos están por verse y las comentaré brevemente en este escrito, no sin antes discutir lo pertinente en cuanto a Israel.

6 Kyle K. Bradley, *A Mending Wall: A Critical Look at the International Court of Justice's Analysis in its Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 19 TEMP. INT'L & COMP. L.J. 419, 420 (2005).

7 Véase *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136 (9 de julio).

8 Harry Hagopian, *Palestine: From Pillar to Post*, AL JAZEERA (21 de marzo de 2014), <http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2014/03/palestine-from-pillar-post-20143206920798324.html> (última visita 9 de noviembre de 2014).

9 Dalia Hatuqa, *'Paradigm Shift': Palestinians Join Treaties*, AL JAZEERA (22 de abril de 2014), <http://www.aljazeera.com/news/middleeast/2014/04/shift-palestinians-join-treaties-201441811950813313.html> (última visita 9 de noviembre de 2014).

I. BREVE TRASFONDO HISTÓRICO

El conflicto palestino-israelí tiene una larga historia que antecede la creación del Estado de Israel en el 1948. El origen del conflicto entre la población judía y árabe se encuentra en los años previos a la finalización de la Primera Guerra Mundial. Luego de esta guerra, y con la caída del Imperio Turco-Otomano, gran parte de los territorios de Oriente Medio, incluyendo a Palestina, pasaron a ser administrados por Gran Bretaña en virtud del Pacto de la Sociedad de Naciones.¹⁰ En esta época, Theodor Herzl, un judío residente en París, se convirtió en la figura principal de los judíos de toda Europa. Herzl, en su libro *The Jewish State*, propuso la creación de un estado judío en Palestina y, posteriormente, fundó el movimiento sionista.¹¹ Este movimiento político argumentaba que los judíos alrededor del mundo siempre serían perseguidos.¹² Por tal razón, el sionismo propuso que, dada la conexión histórica, los judíos regresaran a lo que es hoy Israel y crearan a su vez un nuevo estado.¹³ Los esfuerzos de Herzl y del sionismo se centraron en buscar apoyo del gobierno británico utilizando como mediador a Arthur Balfour, quien a finales de 1916 comenzó a fungir como Secretario de Asuntos Exteriores de Inglaterra.¹⁴ Así, en 1917, se produjo la controversial Declaración Balfour, la cual confirmó el apoyo del gobierno británico al establecimiento de un hogar para la población judía en Palestina.¹⁵

Palestina, por su parte, era un territorio habitado mayormente por árabes. En las postrimerías de la Primera Guerra Mundial, los árabes de Palestina pretendieron convertirse en un estado independiente y para ello también solicitaron la ayuda de los británicos, quienes en ese momento administraban a Palestina. Mientras tanto, el número de migrantes judíos con destino a Palestina se disparó en gran manera. La migración era motivada principalmente por la recién finalizada guerra y por las expresiones de la Declaración Balfour.

El hecho de tener, por un lado, un gran número de judíos deseosos por ver la creación de un estado judío y, por el otro, a árabes palestinos que deseaban conseguir la independencia de Gran Bretaña, fue el origen de un sinnúmero de enfrentamientos que posteriormente recrudecieron con la Revuelta Árabe del 1936 a 1939.¹⁶ En 1937 se produjo el primer plan de repartición, conocido como *The Peel Plan*.¹⁷ Este marcó el primer intento de dividir a Palestina entre los árabes palestinos y los judíos.

¹⁰ MUVDI, *supra* nota 5, en la pág. 93.

¹¹ GEOFFREY REGAN, *ISRAEL AND THE ARABS* 8 (1987).

¹² *Id.*

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.* en las págs. 10-11.

¹⁵ *Id.* en la pág. 11.

¹⁶ *Id.* en la pág. 15.

¹⁷ *Id.* en las págs. 15-16.

Asimismo, el genocidio de millones de judíos a manos de las fuerzas nazis en Europa incrementó el esfuerzo por procurar un hogar para todos los judíos, quienes quedaron aun más dispersos después de culminada la Segunda Guerra Mundial. A su vez, los constantes enfrentamientos violentos entre judíos y palestinos obligaron al gobierno británico a referir la situación a la entonces recién creada Organización de las Naciones Unidas (ONU).¹⁸

La ONU creó la Comisión Especial de Naciones Unidas para Palestina (UNSCOP, por sus siglas en inglés) para determinar los pasos a seguir respecto a las disputas territoriales y los choques entre judíos y palestinos. Dicha comisión determinó que Palestina se dividiría en tres partes para los palestinos y tres partes para los judíos.¹⁹ No obstante, Jerusalén sería una zona internacional. Esta división territorial dictada por la ONU fue causa de una gran cantidad de guerras que marcaron el comienzo de lo que hoy conocemos como el conflicto palestino-israelí. Algunos de estos conflictos bélicos fueron: la Guerra de Palestina (1948-1949); la Guerra del Sinaí (1956); la Guerra de los Seis Días (1967); la Guerra de Yom Kipur (1973), y la Guerra del Líbano (1982-1987).²⁰

Todas estas guerras fueron motivadas, en parte, por el descontento de los árabes respecto a la creación del estado judío en Palestina. Sin embargo, los resultados de estas guerras fueron abrumadoramente negativos para los palestinos. En gran medida, Israel fue expandiendo sus fronteras a través del espacio designado para los palestinos. El plan originalmente trazado por la ONU fue cambiando sustancialmente con cada uno de los conflictos bélicos que se suscitaron. Hoy día, lo que conocemos como la Palestina Árabe lo componen los Territorios Ocupados. Cabe destacar que la gran cantidad de asentamientos judíos que se han ido desarrollando en los últimos años ha mermado el ya minúsculo territorio que les quedaba a los palestinos.

Las subsiguientes guerras no detuvieron el conflicto en la región. A partir del fin de la Guerra del Líbano, surgieron otros protagonistas. La Organización de Liberación Palestina (OLP), creada en 1979 por Yasser Arafat, se colocó en el eje principal de la lucha contra Israel. Por otra parte, los enfrentamientos en las calles entre civiles palestinos y las Fuerzas Armadas de Israel se hicieron cada vez más comunes desde finales de los años ochenta y comienzos de los noventa en la llamada *Intifada*. Las distintas negociaciones mediadas por el gobierno estadounidense entre Israel y Palestina (representada en algún momento por la OLP y luego por la Autoridad Nacional Palestina) fueron poco efectivas en lograr algún acuerdo de paz entre ambos grupos. La década del 2000 marcó el inicio de la Segunda *Intifada* y la propuesta israelí de construir un muro de seguridad a lo largo de la frontera de Cisjordania, conocida como la Línea Verde, la cual fue

18 *Id.* en la pág. 18.

19 *Id.*

20 *Id.* en las págs. 21-45.

negociada con Jordania, Siria y Egipto en 1949.²¹ La construcción del Muro de Cisjordania como medida de seguridad aprobada en 2002 por el gobierno de Israel contra ataques terroristas provenientes de Cisjordania provocó la conmoción de la comunidad internacional. Ante esta situación, la Asamblea General de la ONU solicitó en 2003 una opinión consultiva a la CIJ sobre las implicaciones legales de la construcción del Muro.

II. LA OPINIÓN CONSULTIVA COMO VEHÍCULO ALTERNO EN BÚSQUEDA DE CUMPLIMIENTO

La Asamblea General de la ONU solicitó a la CIJ una opinión consultiva, una de las vías para llevar controversias entre estados ante ese órgano judicial. La opinión consultiva del CIJ solicitada por la Asamblea General discutió las implicaciones legales de la construcción del Muro por parte de Israel. El gobierno de Israel estuvo en total desacuerdo con el resultado de la opinión consultiva de la CIJ y expresaron que no la acatarían. Es por esto que, para comprender cabalmente la actitud de Israel frente a la opinión consultiva, es imperante definir este vehículo jurídico y el funcionamiento particular de la CIJ.

La CIJ no solo atiende controversias entre países que voluntariamente se someten a su jurisdicción, sino que puede, a solicitud de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad, emitir opiniones consultivas sobre cualquier problema jurídico.²² La función de la CIJ “[v]a incluso más allá del concepto mismo de *arreglo pacífico* puesto que la Corte es también, según la Carta y el Estatuto, un *órgano consultivo* en cuestiones jurídicas”.²³ La CIJ puede atender otras controversias mediante opiniones consultivas, siempre y cuando estas sean referidas por la Asamblea General o el Consejo de Seguridad luego de ser aprobadas por sus estados miembros.²⁴ Entonces, ¿qué diferencia existe entre una opinión consultiva y cualquier otra determinación de la CIJ? La diferencia subyace en el carácter vinculante de una y la ausencia de ello en la otra. Sin embargo, como explica Pieter H.F. Bekker, “[a]un cuando sea cierto que las opiniones consultivas de la CIJ no son vinculantes formalmente, sería un error establecer que su carácter no-vinculante significa que dichas opiniones carecen de efectos legales”.²⁵ Por esta razón, coincido en que, aun cuando las opiniones consultivas no son enteramente vinculantes, sí poseen fuerza legal.

²¹ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136, ¶ 72 (9 de julio).

²² Estatuto de la CIJ art. 65, ¶ 1.

²³ Santiago Torres Bernárdez, *La Corte Internacional de Justicia en el sistema establecido por la Carta de las Naciones Unidas*, en LAS NACIONES UNIDAS Y EL DERECHO INTERNACIONAL 121, 138 (Carlos Fernández de Casadevante Romani & Francisco J. Quel López eds., 1997).

²⁴ Carta de la ONU art. 96, ¶ 1.

²⁵ Pieter H.F. Bekker, *The World Court's Ruling Regarding Israel's West Bank Barrier and the Primacy of International Law: An Insider's Perspective*, 38 CORNELL INT'L L.J. 553, 564 (2005) (traducción suplida).

Por otro lado, a pesar de que las opiniones consultivas surgen por controversias jurídicas, no pueden dejarse a un lado las distintas problemáticas políticas que muchas veces ocurren simultáneamente. El autor Malcolm N. Shaw nos expresa lo siguiente: “[s]imilarmente, el hecho de que una cuestión legal contenga aspectos políticos, no despojará a la Corte de su jurisdicción ni de su función, que consiste en evaluar la legalidad de las posibles conductas de los estados en relación con sus obligaciones impuestas al amparo del Derecho Internacional”.²⁶ Por tanto, los matices políticos en las distintas controversias no van a impedir que la CIJ acoja una solicitud para emitir una opinión consultiva.

Abundando en la idea de que las opiniones consultivas no carecen de sustancia o de valor legal, el autor Santiago Torres Bernárdez afirma que estas ofrecen “una respuesta de alto valor jurídico y autoridad moral a la cuestión o cuestiones jurídicas que se le han planteado”.²⁷ Ciertamente, las opiniones consultivas de la CIJ nos ofrecen una alternativa a la jurisdicción contenciosa para solucionar problemáticas internacionales.²⁸ A su vez, son una alternativa en aquellos casos en que una de las partes no sea un estado reconocido al amparo del Derecho Internacional.²⁹

La CIJ ha emitido varias opiniones consultivas desde la adopción de su estatuto. De su historia, dos opiniones consultivas en particular han sido de gran importancia y, a su vez, han afirmado la validez y legitimidad de ese mecanismo. En el 1970, la CIJ emitió una opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (Africa Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la Resolución 276 (1960) del Consejo de Seguridad*.³⁰ Sudáfrica rápidamente alegó que la CIJ no tenía competencia para emitir una opinión consultiva.³¹ A su vez, Sudáfrica argumentó que la CIJ debía inhibirse de emitir una opinión consultiva debido a las presiones políticas a las que estaría sujeta.³² La CIJ despachó el planteamiento presentado por Sudáfrica estableciendo que, siendo la Corte el órgano judicial de la ONU, esta actuó acorde a su función judicial independientemente de cualquier influencia

26 MALCOLM N. SHAW, *INTERNATIONAL LAW* 1109 (6ta ed. 2008) (traducción suplida).

27 Torres Bernárdez, *supra* nota 23, en la pág. 140.

28 *Id.* en la pág. 141.

29 *Id.*

30 *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, 1971 I.C.J. 53, ¶¶ 44-55 (21 de junio). El Consejo de Seguridad, por medio de la Resolución 276 (1970), solicitó a la CIJ una opinión consultiva sobre cuáles eran las consecuencias legales de la continua presencia de Sudáfrica en Namibia. La predecesora de la ONU, la Sociedad de Naciones, en virtud de un sistema de mandatos había asignado a Sudáfrica como mandatario del territorio de Namibia hasta que este alcanzara su independencia.

31 *Id.* ¶ 20. Sudáfrica se opuso a que la CIJ emitiera una opinión consultiva porque hubo dos miembros permanentes del Consejo de Seguridad que se abstuvieron. La CIJ determinó que el simple hecho de que miembros permanentes se abstuvieran no significaba que ejercían su poder del veto. Por lo tanto, conforme al Estatuto de la CIJ, tenía jurisdicción para emitir dicha opinión.

32 *Id.* ¶ 28.

externa que pudiese surgir.³³ Subsiguientemente, la CIJ estableció la importancia de determinar qué obligaciones se estaban incumpliendo y ponerle fin a la situación de ilegalidad.³⁴ La Corte determinó que, al Sudáfrica haber mantenido ocupado el territorio de Namibia sin título legítimo a ello, se encontraba en una situación de ilegalidad y debía ponerle fin de inmediato a la misma.³⁵ Para asegurar el cumplimiento de la opinión consultiva, el Consejo de Seguridad emitió numerosas resoluciones que instaban a Sudáfrica a cesar su presencia en Namibia.³⁶ Luego de casi tres décadas, en 1990, Namibia alcanzó su independencia y, por tanto, se dio el cese total de la presencia de Sudáfrica en su territorio.³⁷

Por otro lado, en 1995, la CIJ tuvo la oportunidad de emitir otra opinión consultiva, en la cual se discutió la validez legal de este mecanismo y su consecución en virtud del Derecho Internacional. En el caso sobre *La legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares*, se cuestionó nuevamente la competencia de la CIJ.³⁸ En esta ocasión, el eje de la controversia sobre la competencia de la Corte consistía en que la regulación de armamento no estaba adscrito como una de las áreas en que la Asamblea General o el Consejo de Seguridad de la ONU tenía potestad para solicitar una opinión consultiva.³⁹ Al igual que en el caso anterior, se repitió el planteamiento de que la determinación de la CIJ pudiese ser afectada por influencias políticas.⁴⁰ No obstante, la Corte reafirmó su autoridad como órgano judicial de la ONU y rechazó los argumentos sobre su ausencia de competencia para atender la controversia.⁴¹

Cabe añadir que existe la percepción generalizada de que las cortes internacionales y sus determinaciones no son vinculantes, por lo que se pueden ignorar sus planteamientos.⁴² Sin embargo, vemos que las opiniones consultivas se han convertido en los mecanismos que la CIJ utiliza para lograr su fin de resolver controversias jurídicas entre países. Sobre la CIJ, Torres Bernárdez asegura que

33 *Id.* ¶ 29.

34 *Id.* ¶ 117.

35 *Id.* ¶ 118.

36 Véase, e.g., S.C. Res. 301, U.N. Doc. S/RES/301 (20 de octubre de 1971). La Resolución 301 (1971) urgió a Sudáfrica a cumplir con la determinación de la CIJ. El Consejo de Seguridad emitió aproximadamente otras quince resoluciones sobre la situación en Namibia hasta que en el 1990 emitieron la Resolución 652 que admitió a Namibia como estado miembro de la ONU. S.C. Res. 652, U.N. Doc. S/RES/652 (17 de abril de 1990).

37 *Namibia Profile*, BBC NEWS, <http://www.bbc.com/news/world-africa-13891138> (última visita 9 de noviembre de 2014).

38 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. 226, ¶ 10. (8 de julio).

39 *Id.* ¶¶ 11-13.

40 *Id.* ¶ 13.

41 *Id.* ¶ 19.

42 Véase Jacob Katz Cogan, *Competition and Control in International Adjudication*, 48 VA. J. INT'L L. 411, 415 (2008) (donde se discute la aplicabilidad y ejecución de las determinaciones de cortes internacionales).

“[e]s ciertamente un hecho que la vía consultiva ha permitido notables contribuciones de la Corte Internacional de Justicia al imperio de la regla de derecho en el seno de las organizaciones internacionales, así como a la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional auspiciado por las Naciones Unidas”.⁴³ Por tanto, aun cuando las opiniones consultivas no contienen el elemento de obligatoriedad que poseen otras decisiones judiciales, estas son válidas jurídicamente para los países involucrados.

La Segunda *Intifada* (2000) fue marcada por grandes episodios de violencia constante entre los palestinos, las Fuerzas Armadas Israelíes y colonos judíos. Israel comenzó la construcción de un muro de seguridad que le imposibilitaría a atacantes palestinos penetrar al territorio israelí. A su vez, resultaría mucho más fácil el control de quiénes entran y quiénes salen del territorio de Israel hacia los territorios de Cisjordania. La construcción de dicho muro provocó que, en diciembre de 2003, la Asamblea General de la ONU se reuniera de emergencia para discutir el tema. A través de una resolución,⁴⁴ la Asamblea refirió su consulta sobre la legalidad y consecuencias de dicha construcción a la CIJ.⁴⁵ Dicho referido se realizó en virtud del artículo 65 del Estatuto de la CIJ, que establece que “[l]a Corte podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma”.⁴⁶ Así también, el artículo 96 de la Carta de la ONU determina que “[l]a Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica”.⁴⁷

La Corte entendió que tenía la discreción de acoger el referido, a pesar de la oposición de Israel —uno de los estados involucrados en la controversia— a que la CIJ rindiera dicha opinión consultiva.⁴⁸ Por tal razón, Israel no tenía que estar de acuerdo con que la Corte acogiera la petición de la Asamblea General y emitiera una opinión con respecto a la construcción del Muro. Al así hacerlo, la CIJ determinó que la construcción del Muro era ilegal, por lo que Israel debía desmantelarlo. A su vez, Israel debía compensar a las personas naturales y jurídicas palestinas que sufrieron daño a causa de la construcción del Muro. La CIJ también señaló que los países terceros debían actuar en contra de la construcción y permanencia del Muro, y exigió acción de parte de la ONU. Las conclusiones de la CIJ se basaron en: (1) la violación de Israel a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario; (2) que la construcción del Muro no constituía

43 Torres Bernárdez, *supra* nota 23, en las págs. 140-41.

44 G.A. Res. 10/15, U.N. Doc. A/RES/10/15 (2 de agosto de 2004).

45 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136 (9 de julio).

46 Estatuto de la CIJ art. 65, ¶ 1.

47 Carta de la ONU art 96, ¶ 1.

48 *Legal Consequences of the Construction of a Wall*, 2004 I.C.J. 136, ¶¶ 44-47.

un ejercicio de legítima defensa por parte de Israel, y (3) que la construcción del Muro suponía la anexión de territorios que no le pertenecían a Israel.

A. Los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario en los Territorios Palestinos

En el caso de la construcción del Muro, la opinión consultiva de la CIJ consideró aplicable el Derecho Consuetudinario, el Derecho Internacional Humanitario y los derechos humanos.⁴⁹ En su opinión, la Corte utilizó como marco de referencia del Derecho aplicable las siguientes fuentes: la *Conferencia de la Paz de La Haya de 1907*;⁵⁰ la *Cuarta Convención de Ginebra*;⁵¹ el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*;⁵² el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*;⁵³ y la *Convención de las Naciones Unidas de los Derechos de la Niñez*.⁵⁴

El Derecho Internacional Humanitario fue de especial aplicación en este caso, particularmente la Convención de Ginebra y la Conferencia de la Paz de La Haya. Las disposiciones de la Cuarta Convención de Ginebra buscan proteger a la población civil que se encuentra en territorios ocupados o en guerra.⁵⁵ Para su aplicación, se deben cumplir los dos requisitos principales: (1) que exista una situación de guerra, y (2) que sea entre dos estados firmantes de la Convención.⁵⁶ Por su parte, las disposiciones de la Conferencia de La Haya regulan la manera en que se deben conducir las hostilidades en un conflicto.⁵⁷ No obstante, los Pro-

49 *Id.* ¶¶ 86-89.

50 Convención de 1907 para la resolución pacífica de controversias internacionales, 18 de octubre de 1907 [en adelante, "Conferencia de La Haya"], disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1907-regulations-laws-customs-war-on-land-5tdm39.htm>.

51 Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, 12 de agosto de 1949 [en adelante, "Convenio de Ginebra"], disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>.

52 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, A.G. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. No. 16, ONU Doc. A/6316, en la pág. 52 (23 de marzo de 1976).

53 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, A.G. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. No. 16, ONU Doc. A/6316, en la pág. 49 (3 de enero de 1976).

54 Convención de las Naciones Unidas de los Derechos de la Niñez, A.G. Res. 44/25, ONU Doc. A/RES/44/25 (20 de noviembre de 1989).

55 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136 (9 de julio).

56 *Id.*

57 François Bugnion, *El derecho de Ginebra y el derecho de La Haya*, COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (ICRC) (31 de diciembre de 2001), <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdqeh.htm> (última visita 9 de noviembre de 2014).

tos adicionales de 1977 complementaron ambas fuentes del Derecho Internacional Humanitario.⁵⁸

La Corte destacó que Israel ocupa a Palestina como resultado de la Guerra de los Seis Días en 1967,⁵⁹ tras haber entablado un cese al fuego con Jordania. Esta expresión de la CIJ es muy importante, ya que supone la primera ocasión en que “una corte internacional ejerce una determinación sobre el estatus del territorio palestino”.⁶⁰

En primer lugar, la CIJ estableció que las disposiciones de la Conferencia de La Haya se habían convertido en Derecho Consuetudinario.⁶¹ En segundo lugar, Israel negó que se le pudiera aplicar el Derecho Internacional Humanitario en cuanto a los palestinos en los Territorios Palestinos, ya que Palestina no era estado firmante de la Cuarta Convención de Ginebra.⁶² Aun cuando Israel es país firmante de la Cuarta Convención de Ginebra, cuestionaron su aplicación hacia los Territorios Palestinos, en virtud de que con anterioridad a la Guerra de los Seis Días dicho territorio no era soberano y tampoco era parte de la Convención.⁶³

El punto principal de esta discusión en torno al Derecho Internacional Humanitario y los derechos humanos tiene que ver con Israel como fuerza ocupante en los Territorios Palestinos.⁶⁴ El gobierno israelí, al parecer, entendió que la construcción del Muro le liberaba de responder por los derechos y obligaciones de los palestinos en dichos territorios. Sin embargo, el artículo 4 de la Convención de Ginebra expresa que dicho convenio protege a “personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas”.⁶⁵ Eso quiere decir que la aplicabilidad de la Convención de Ginebra no se limita a situaciones de conflicto armado sino también a situaciones de ocupación militar, como es el caso de los Territorios Palestinos en Cisjordania.⁶⁶

La CIJ concluyó que, en efecto, Israel era la *fuerza ocupante* en el territorio de Cisjordania desde finalizada la Guerra de los Seis Días.⁶⁷ Por lo tanto, las disposiciones relacionadas al Derecho Internacional Humanitario eran aplicables a

58 *Id.*

59 *Legal Consequences of the Construction of a Wall*, 2004 I.C.J. 136, ¶¶ 73-74.

60 Bekker, *supra* nota 25, en la pág. 557.

61 *Legal Consequences of the Construction of a Wall*, 2004 I.C.J. 136, ¶ 89.

62 *Id.*

63 *Id.* ¶¶ 90-91.

64 *Id.* ¶ 78.

65 Convenio de Ginebra, *supra* nota 51, art. 4.

66 Human Rights Committee, *Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant (Concluding observations of the Human Rights Committee)*, 99th Sess., 12 al 29 de julio de 2010, U.N. Doc. CCPR/C/ISR/CO/3 (3 de septiembre de 2010).

67 *Legal Consequences of the Construction of a Wall*, 2004 I.C.J. 136, ¶¶ 75-76, 78.

Israel y no podían simplemente liberarse de su responsabilidad como fuerza ocupante en los Territorios Palestinos. Además, las Fuerzas Armadas de Israel han establecido puestos de control y, en general, han aplicado el Derecho israelí a la población palestina.

La CIJ encontró que Israel infringió específicamente la tercera sección de la Convención de Ginebra, la cual explícitamente dispone las responsabilidades y obligaciones de una fuerza ocupante en territorios ocupados.⁶⁸ En esa sección, en especial en el artículo 47, se establecen todas las normas que la fuerza ocupante no puede contravenir en perjuicio de la población ocupada.⁶⁹ La mayoría de las disposiciones establecidas en la Convención son para proteger a las personas tanto en conflictos armados como en situaciones de ocupación.⁷⁰ A su vez, garantizan que se protejan los derechos humanos más básicos, tales como: libertad de movimiento; libertad de expresión; libertad de prensa y de asociación, y el derecho a alimentos y servicios de salud.

Por otro lado, los principios de derechos humanos fueron aplicados en la determinación de la CIJ. Israel planteó ante la CIJ que los tratados referentes a derechos humanos aplican solo a la protección de sus ciudadanos en tiempos de paz y que, por lo tanto, no aplicaban en su relación con los palestinos.⁷¹ Lo interesante de la determinación de la CIJ en cuanto a la aplicabilidad a Israel de las normativas de derechos humanos es que, aun en los territorios donde se le transfirió competencia a la Autoridad Palestina, Israel tenía que responder por las violaciones a los derechos humanos de los residentes de los Territorios Palestinos.⁷²

En el caso de la retirada de la Franja de Gaza, las obligaciones y responsabilidades de Israel no culminaron. Por lo tanto, la construcción del Muro tampoco le liberaba de dicha responsabilidad bajo convenios y pactos que Israel propiamente firmó. La opinión de la Corte se refiere específicamente al *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC) y la *Convención de las Naciones Unidas de los Derechos de la Niñez* como fuentes aplicables para la discusión de las normas

68 *Id.* ¶¶ 92-93.

69 El artículo 47 del Cuarto Convenio de Ginebra establece lo siguiente:

No se privará a las personas protegidas que estén en un territorio ocupado, en ninguna circunstancia ni en modo alguno, de los beneficios del presente Convenio, sea en virtud de un cambio ocurrido a causa de la ocupación, en las instituciones o en el Gobierno del territorio de que se trate, sea por acuerdo concertado entre las autoridades del territorio ocupado y la Potencia ocupante, sea a causa de la anexión por esta última de la totalidad o de parte del territorio ocupado.

Convenio de Ginebra, *supra* nota 51, art. 47.

70 Bradley, *supra* nota 6, en la pág. 425.

71 *Legal Consequences of the Construction of a Wall*, 2004 I.C.J. 136, ¶¶ 102-106.

72 *Id.*

de derechos humanos. Esos tres pactos fueron ratificados por Israel el 3 de octubre de 1991.⁷³

Por último, otro aspecto importante sobre la aplicabilidad de los derechos humanos surge por el derecho a la agricultura y a los alimentos que obtienen los palestinos producto de los árboles de olivo. El cultivo de estos árboles se vio seriamente afectado por la construcción del Muro.⁷⁴ Dicho cultivo está, a su vez, protegido por el PIDESC como parte del derecho a la alimentación.⁷⁵

B. Anexión de territorio

La CIJ consideró las implicaciones directas de la construcción del Muro a la integridad territorial palestina. Sobre esto, señaló dos aspectos importantes. En primer lugar, la Corte entendió que la ubicación de la construcción del Muro denotaba un intento de anexión *de facto*. En segundo lugar, determinó que dicha anexión *de facto* producía el efecto nocivo de lesionar el derecho a la libre determinación del pueblo palestino. Aun cuando no pretendo discutir con amplitud este asunto, es importante denotar que se trata de la primera vez en que la Corte establece la ilegalidad de los asentamientos israelíes en los Territorios Palestinos.⁷⁶ La CIJ tuvo ante sí el argumento de que el Muro alteraba la composición geográfica de Cisjordania, territorio en donde la población palestina tiene derecho a ejercer su libre determinación.⁷⁷ La ruta del Muro tenía la intención de anexar los asentamientos israelíes ubicados en Cisjordania a Israel, disminuyendo así el territorio palestino.⁷⁸ Para rechazar la validez de esta acción, la CIJ se basó en el artículo 49 de la Convención de Ginebra, la cual establece que una fuerza ocupante no puede transferir parte de su población al territorio que ocupa.⁷⁹

Según antes discutido, la CIJ determinó que el establecimiento de los asentamientos israelíes constituía una violación crasa al Derecho Internacional y que la delimitación de la ruta más allá de lo establecido por la Línea Verde lesionaba

73 *Id.*

74 *Id.* ¶ 133.

75 A.G. Res. 2200A (XXI), *supra* nota 53, art. 11, párra. 2.

76 El Consejo de Seguridad en tres ocasiones ha indicado que la práctica de establecer asentamientos en territorio ocupado constituye una flagrante violación al Derecho Internacional. Así lo ha expresado de manera consistente en las siguientes resoluciones: S.C. Res. 446, U.N. Doc. S/RES/446 (Mar. 22, 1979), S.C. Res. 452, U.N. Doc. S/RES/452 (20 de julio de 1979) y S.C. Res. 465, U.N. Doc. S/RES/465 (Mar. 1, 1980).

77 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136, ¶ 115.

78 *Id.*

79 *Id.* ¶ 120. El sexto párrafo del artículo 49 del Convenio de Ginebra establece que “[l]a Potencia ocupante no podrá efectuar la evacuación o el traslado de una parte de su propia población civil al territorio por ella ocupado”. Convención de Ginebra, *supra* nota 51, art. 47, ¶ 6.

el derecho de la población palestina a su libre determinación.⁸⁰ La CIJ, a su vez, estimó que no consideraba necesario debatir si, en efecto, la población palestina es catalogada como un pueblo con derecho a la libre determinación.⁸¹ Este señalamiento de la CIJ va acorde con uno de los principios fundamentales en la Carta de la ONU, en su artículo 1, donde se establece el deber de “[f]omentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otr[a]s medidas adecuadas para fortalecer la paz universal”.⁸² A su vez, en su artículo 73, la Carta de la ONU establece la necesidad de que los países que administran pueblos no autónomos promuevan “el bienestar de los habitantes de esos territorios”.⁸³

Por otro lado, esta no fue la primera vez en que un órgano internacional se expresa a favor de la libre determinación de la población palestina. Por lo tanto, el objetivo de la opinión consultiva de la CIJ, en cuanto a la libre determinación de Palestina, no fue declarar como tal ese derecho, sino prohibirle a Israel lesionarlo. Es por eso que la CIJ concluye que la construcción del Muro pretendía alterar la composición geográfica de las fronteras y, de tal manera, anexas *de facto* parte de un territorio que no le correspondía a Israel, ocasionando a su vez que un sinnúmero de palestinos tuvieran que abandonar el lugar. Todo esto desembocó en que la CIJ declarara la ilegalidad del Muro y de los asentamientos israelíes en los Territorios Palestinos.⁸⁴

Por último, en cuanto a la auto-determinación, los autores W. Thomas Mallison y Sally V. Mallison han expresado que “además de reiterar el derecho na-

80 Es preciso recordar que previo a la creación de la ONU en 1945, la Liga de las Naciones operaba por medio de mandatos para administrar territorios que no habían adquirido su libre determinación. La mayoría de esos territorios fueron los pueblos que comprendían el Imperio Otomano en Oriente Medio, los cuales pasaron a ser administrados por el Reino Unido. Al crearse la ONU, el sistema de mandatos cambió a uno más directo con los pueblos. Ahora los pueblos con derecho a auto-determinarse no tendrían que ser administrados por otro Estado. La creación de la ONU y el fin de la Segunda Guerra Mundial marcaron el paso definitivo para acabar con cualquier forma de colonialismo y determinar la soberanía de gran parte de los países de Oriente Medio y África.

81 *Legal Consequences of the Construction of a Wall*, 2004 I.C.J. 136, ¶ 118 (donde el entonces líder de la OLP, Yasser Arafat, y el primer ministro de Israel, Yitzhak Rabin, durante un intercambio de cartas, reconocieron no solo a la OLP como representante de la población palestina, sino a Palestina como un pueblo y el derecho de Israel a existir).

82 Carta de la ONU art. 1., ¶ 2. Véase además MUVDI, *supra* nota 5, en la pág. 239. Muvdi plantea que “[e]l respeto escrupuloso del derecho a la libre determinación erradicaría no pocos problemas en el ámbito de una humanidad civilizada y significaría un valioso aporte para la consecución de los ideales de paz que anidan en amplios sectores de la comunidad internacional”. *Id.* En efecto, la propia ONU afirma que uno de los componentes de la libre determinación es en el marco de la paz entre los estados.

83 Carta de la ONU art. 73, ¶ 1.

84 Según la página de la Oficina para la Coordinación de los Asuntos Humanitarios en los Territorios Ocupados de Palestina, de los 150 asentamientos israelíes, setenta y uno pertenecen al lado israelí del Muro. Véase http://www.ochaopt.org/documents/ocha_opt_barrier_factsheet_july_2012_english.pdf, (última visita 21 marzo 2015).

cional específico de los palestinos a la auto-determinación, esta resolución enlaza el logro de los derechos inalienables de los palestinos con un logro de la paz en el Oriente Medio.⁸⁵ Muchos autores abogan por la solución al conflicto en Palestina y por el avance y desarrollo de mecanismos de paz para la región. Entre estos, el reconocido intelectual Noam Chomsky ha planteado como preocupación que “si el conflicto palestino-israelí no se resuelve, un acuerdo regional de paz luce altamente improbable. Ese fracaso tiene unas implicaciones mayores – en particular, lo que los medios de comunicación en los Estados Unidos llaman ‘la mayor de las amenazas a la paz mundial’”.⁸⁶

C. Justificación de seguridad

A través de toda la opinión de la CIJ, se puede observar que el argumento principal de Israel a favor del Muro fue su necesidad como medida de seguridad. Ciertamente, la CIJ no le dedicó mucho análisis al argumento expuesto por el representante de Israel en la Asamblea General en cuanto a que el Muro constituía una medida de seguridad cónsona con el derecho a la legítima defensa, estipulado en el artículo 51 de la Carta de la ONU. Por lo tanto, la CIJ determinó que la legítima defensa, al amparo del artículo 51 de la Carta de la ONU, no era aplicable.⁸⁷ El CIJ consideró el estado de necesidad como fundamento para la construcción del Muro, pero finalmente fue rechazado por ser una medida contraria al Derecho Internacional.⁸⁸ La CIJ, sin embargo, reconoció el deber y el derecho de Israel de proteger las vidas y la integridad de sus ciudadanos, pero delimitado estrictamente por los parámetros del Derecho Internacional.⁸⁹

El juez Buergenthal disintió con todos los resultados y conclusiones de la CIJ.⁹⁰ Buergenthal tuvo reparos en adoptar lo consignado por la CIJ sobre la construcción del Muro como medida de seguridad bajo el derecho a la legítima defensa de Israel. El Juez estimó que era irrelevante la condición de fuerza ocupante de Israel y que los ataques provinieran de un territorio sobre el cual este

⁸⁵ W. THOMAS MALLISON & SALLY V. MALLISON, *THE PALESTINE PROBLEM IN INTERNATIONAL LAW AND WORLD ORDER* 199 (1996) (traducción suplida).

⁸⁶ Noam Chomsky, *What Comes Next: The One State/Two State Debate Is Irrelevant as Israel and the US Consolidate Greater Israel*, MONDOWEISS (24 de octubre de 2013), <http://mondoweiss.net/2013/10/statetwo-irrelevant-consolidate> (última visita 9 de noviembre de 2014) (traducción suplida).

⁸⁷ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136, ¶¶ 141-142 (9 de julio).

⁸⁸ *Id.* ¶ 142. Véase también Draft Articles on Responsibility of States for Intentionally Wrongful Acts, 53rd Sess., 10 U.N. Doc. A/56/10 (noviembre de 2001). Establece el artículo 25(a) que el estado de necesidad es una defensa para justificar una actividad o acción contraria al Derecho Internacional, la cual se puede invocar para salvaguardar un interés esencial o proteger de un peligro inminente.

⁸⁹ *Id.* ¶ 141.

⁹⁰ *Legal Consequences of the Construction of a Wall*, 2004 I.C.J. 136, 240 (Buergenthal, opinión disidente).

ejercía control.⁹¹ Curiosamente, el juez Buergenthal sostuvo que la CIJ no debió haber emitido una opinión consultiva porque no contaba con la información suficiente para ello.⁹² Como abordaré más adelante, ese fue el mismo planteamiento que expuso la Corte Suprema de Israel (en adelante, “Corte Suprema”) en *Mara’abe* para descartar las determinaciones de la CIJ. El juez Buergenthal, además, entendió que la óptica formalista y restrictiva adoptada por la CIJ sobre el derecho a legítima defensa en virtud del artículo 51 de la Carta de la ONU no le permitió alcanzar las conclusiones correctas sobre la controversia.⁹³ En ese sentido, coincido con el juez Buergenthal en tanto que la CIJ no estudió con detenimiento el infinito de posibilidades sobre el argumento a favor de la legítima defensa. Sin embargo, entiendo que la CIJ determinó que el Muro, al intentar proteger la seguridad de los ciudadanos israelíes, perdía de vista la lesión a los derechos humanos de la población palestina. Por tal razón, a continuación analizaré con más detenimiento el argumento de Israel de que el Muro representa una medida de seguridad legítima.

III. ISRAEL ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL

Para entender el conflicto palestino-israelí y la opinión consultiva de la CIJ sobre la construcción del Muro, es menester conocer la postura de Israel. Luego de que se aprobara la construcción del Muro, se desarrollaron varios sucesos, algunos de los cuales ya han sido reseñados en el presente escrito. En primer lugar, surgió la primera decisión de la Corte Suprema de Israel en *Beit Sourik Village Council v. Israel*.⁹⁴ A continuación discutiré brevemente la jurisdicción de los tribunales de Israel sobre la población palestina y luego analizaré la jurisprudencia israelí pertinente sobre la construcción del Muro. A su vez, comentaré el impacto que ha tenido la opinión consultiva en Israel.

A. Los palestinos como sujetos jurídicos en el sistema israelí

El profesor David Kretzmer observa que “[l]a autoridad militar de Israel sobre los Territorios Ocupados, bajo la cual los residentes árabes no disfrutaban de derechos políticos, ha creado una anomalía en el sistema constitucional israelí”.⁹⁵

⁹¹ *Id.* ¶¶ 5-6.

⁹² *Id.* ¶ 1.

⁹³ *Id.* ¶¶ 5-6.

⁹⁴ *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, 43 I.L.M. 1099 (2004) (donde se discute la construcción del Muro en los Territorios Ocupados). A su vez, la decisión es considerada sumamente importante en el Derecho israelí por la aplicación de la norma de proporcionalidad. El caso de *Beit Sourik* fue decidido el 30 de junio de 2004, mientras que la opinión consultiva de la CIJ fue emitida el 9 de julio de 2004.

⁹⁵ David Kretzmer, *Constitutional Law*, en *INTRODUCTION TO THE LAW OF ISRAEL* 56 (Amos Shapira & Keren C. DeWitt-Arar eds., 2009) (donde se discute la relación entre el sistema constitucional israelí y la administración de los Territorios Palestinos) (traducción suplida).

Tras la Guerra de los Seis Días, la Corte Suprema de Israel tiene jurisdicción para atender controversias y problemáticas de los palestinos relacionadas a conducta de las autoridades de Israel o de las Fuerzas Armadas en los Territorios Palestinos.⁹⁶ Este vehículo disponible para los palestinos ha sido principalmente adoptado para proveerles un foro donde puedan ventilar sus acciones contra el gobierno de Israel y, de esta manera, generar confianza en el sistema judicial de Israel.⁹⁷ En cuanto al Derecho aplicable, lo primero que considera la Corte Suprema de Israel en los Territorios Palestinos es el Derecho Internacional Consuetudinario. No obstante, la estructura constitucional realiza una singular distinción sobre su aplicabilidad. La distinción sobre el Derecho Internacional Consuetudinario en el Derecho israelí está basada en dos elementos: las normas consuetudinarias y las normas convencionales.⁹⁸ Para el ordenamiento constitucional israelí, las normas consuetudinarias son aquellas provenientes del Derecho Común de la nación y por las cuales sus cortes rigen.⁹⁹ Por otra parte, las normas convencionales no son consideradas vinculantes, por lo que las cortes no se rigen por ellas a menos que medie autorización del *Knesset* (parlamento israelí).¹⁰⁰ Es por eso que las normas de la Conferencia de La Haya de 1907 son consideradas consuetudinarias en el ordenamiento constitucional israelí, pero las derivadas del Convenio de Ginebra son consideradas convencionales.¹⁰¹ De esa manera se explica por qué la Corte Suprema de Israel no considera el Convenio de Ginebra aplicable a la ocupación de territorios.¹⁰² Como señala Benvenisti, “[l]a Corte no somete a revisión la conducta de la administración al amparo de la Cuarta Convención de Ginebra de 1949, debido a que contempla la Convención como un tratado cuyas normas no han alcanzado reconocimiento internacional como Derecho Internacional consuetudinario”.¹⁰³ Esto, independientemente de que Israel haya ratificado el mencionado Convenio de Ginebra. Por lo tanto, la ley aplicable a los palestinos al acudir a las cortes israelíes es el Derecho Consuetudinario, lo que para efectos de Israel solo incluye las normas de la Conferencia de La Haya.¹⁰⁴ Sin embargo, en ocasiones las cortes israelíes han hecho referencia a las disposiciones contenidas en el Convenio de Ginebra.¹⁰⁵

96 Véase Eyal Benvenisti, *Judicial Review of Administrative Action in the Territories Occupied in 1967*, en *PUBLIC LAW IN ISRAEL* 371 (Itzhak Zamir & Allen Zysblat eds., 1996).

97 *Id.* en la pág. 372.

98 Kretzmer, *supra* nota 95, en la pág. 57.

99 *Id.*

100 *Id.*

101 *Id.*

102 Benvenisti, *supra* nota 96, en la pág. 372.

103 *Id.* en la pág. 373 (traducción suplida).

104 *Id.* en la pág. 374.

105 *Id.* en la pág. 375.

Es importante hacer hincapié en que el Derecho Administrativo israelí es aplicable cuando surge una controversia en los Territorios Palestinos.¹⁰⁶ Esto se debe, principalmente, a que las acciones de las Fuerzas Militares que se encuentran en los Territorios Palestinos están sujetas al Derecho Administrativo israelí y, por tanto, a revisión judicial.¹⁰⁷ A su vez, las cortes de Israel tienden a otorgarle deferencia al resultado de pleitos surgidos por actuaciones de las Fuerzas Armadas en los Territorios Palestinos.¹⁰⁸ Según Benvenisti, “a causa del continuo estado de guerra en la región, actividades terroristas, y durante la *Intifada*, los frecuentes enfrentamientos entre soldados y manifestantes, la seguridad ha sido la razón para las medidas tomadas en los Territorios”.¹⁰⁹ Es importante entender que el rol principal de la Corte Suprema de Israel en cuanto a los Territorios Ocupados es uno de poder supervisor.¹¹⁰ Aun cuando le ha otorgado deferencia a las Fuerzas Armadas sobre las medidas de seguridad, sigue operando bajo un marco de supervisión, más aun en actuaciones de apropiación de tierras. Más adelante discutiré cómo este aspecto, que faculta a la Corte para supervisar las actuaciones de las Fuerzas Armadas en los Territorios Palestinos, es determinante en las opiniones de la Corte Suprema de Israel en cuanto a la construcción del Muro.

IV. LA PRIMERA LEGITIMACIÓN PARA EL MURO EN LA CORTE SUPREMA DE ISRAEL

El 30 de junio de 2004 la Corte Suprema de Israel emitió la primera opinión relacionada con la construcción del Muro en Cisjordania.¹¹¹ El caso fue traído para objetar la construcción que ya se estaba llevando a cabo en gran parte de los Territorios Palestinos, más allá de las delimitaciones establecidas en 1949. Por otro lado, los demandantes argumentaron ante la Corte Suprema que, no solo la construcción se estaba llevando a cabo en territorios que no le pertenecían a Israel, sino que también cohibían a la gran mayoría de los palestinos de sus cosechas agrícolas, acceso a escuelas, hospitales, entre otros asuntos.¹¹² Ante esta controversia, la Corte Suprema de Israel, en primer lugar, negó considerar si la construcción del Muro infringía derechos básicos.¹¹³ Muchos de los reclamos sobre vulneración de derechos básicos al amparo del Derecho israelí fueron rechazados

106 *Id.* en la pág. 374.

107 *Id.*

108 *Id.* en la pág. 376.

109 *Id.* (traducción suplida).

110 *Id.* en la pág. 378.

111 La decisión de la Corte Suprema de Israel comienza haciendo un breve trasfondo histórico de las relaciones entre Israel y Palestina, enfocado en los sucesos que dieron lugar a la Segunda *Intifada* luego del fracaso de las negociaciones de *Camp David*.

112 *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, 43 I.L.M. 1099, 1103 (2004).

113 MARCIA GELPE, *THE ISRAELI LEGAL SYSTEM* 220 (2013).

por la corte ya que, a su juicio, por no ser ciudadanos, los palestinos no gozan de dichas garantías.¹¹⁴ Habiendo dicho esto, abordaré los elementos más pertinentes de la determinación de la Corte Suprema de Israel en el caso de *Beit Sourik Village Council v. Israel*, entre ellos las justificaciones que proveyó la corte para validar la construcción del Muro. Así también, discutiré el modo en que la Corte Suprema de Israel enmarca la aplicación del Derecho Internacional.

A. Justificaciones para la construcción del Muro

La Corte Suprema comenzó estableciendo las normas aplicables al caso, las cuales se ciñeron al Derecho Administrativo israelí y el Derecho Internacional.¹¹⁵ El contexto principal que consideró la Corte Suprema de Israel fue la seguridad de los ciudadanos israelíes en su país y de los que se encuentran en los asentamientos (o colonias) en Cisjordania.¹¹⁶ En palabras de la Corte, “[e]l propósito del Muro es alertar a las fuerzas desplegadas a lo largo de su extensión de cualquier intento de infiltración”.¹¹⁷ Ciertamente, la Corte Suprema justificó la construcción aplicando el Derecho Administrativo israelí, no el Derecho Internacional. El reclamo de seguridad fue traído ante la Corte Suprema por las Fuerzas Armadas de Israel para justificar la construcción del Muro.¹¹⁸ Sin embargo, los demandantes reclamaron que el propósito de las Fuerzas Armadas de construir un muro no respondía a consideraciones de seguridad, sino que, más bien, se debía a motivos políticos.¹¹⁹ Además, reclamaron el efecto adverso que el Muro causaría a las tierras agrícolas, en especial aquellas con árboles de olivo (principal producto agrícola palestino).¹²⁰ A su vez, reclamaron que el Muro afectaría el acceso de ambulancias a Cisjordania en casos de emergencia, así como el acceso de los niños a las distintas escuelas fuera de Cisjordania.¹²¹ Por último, los demandantes plantearon que la ruta del Muro anexaba ilegalmente a Israel territorios que no le pertenecían.¹²²

La Corte Suprema, no obstante, adoptó un estándar de proporcionalidad para concluir que, en efecto, las Fuerzas Armadas tenían el derecho de construir el

114 *Id.* La autora también discute el sistema legal y gubernamental de Israel. Principalmente, explica la ausencia en Israel de una constitución escrita que detalle los poderes de las distintas ramas, por lo que su ordenamiento se divide en una ley básica y los estatutos. Está, además, basado en el Derecho Común y en el sistema parlamentario conocido como el *Knesset*. *Id.* en la pág. 27.

115 *Beit Sourik*, 43 I.L.M. en la pág. 1107.

116 *Id.* en la pág. 1108.

117 *Id.* en la pág. 1102 (traducción suplida).

118 *Id.* en la pág. 1105.

119 *Id.* en la pág. 1103.

120 *Id.*

121 *Id.*

122 *Id.*

Muro.¹²³ El estándar de proporcionalidad le permitió a la corte determinar si existía un balance adecuado entre los intereses de las Fuerzas Armadas y los de la población palestina local.¹²⁴ Según la Corte, el principio de proporcionalidad, basado en la razonabilidad y la buena fe, contiene a su vez tres sub-estándares: (1) adecuación entre el objetivo y los medios; (2) variabilidad de medios que se pueden emplear, de los cuales debe adoptarse el menos perjudicial, y (3) proporcionalidad entre el daño que pueda causar el medio adoptado y el beneficio resultante.¹²⁵

Es menester indicar que la Corte Suprema de Israel reconoció la legalidad de la construcción del Muro. Le otorgó deferencia a las Fuerzas Armadas basándose en la necesidad de aumentar la seguridad en el territorio de Israel contra ataques terroristas provenientes de Cisjordania.¹²⁶ Sin embargo, la ubicación de ciertas áreas del Muro generó discusión a base del estándar de proporcionalidad.¹²⁷ La Corte examinó cada segmento del Muro por separado y concluyó que algunos segmentos del Muro eran proporcionales, mientras que otros no.¹²⁸ Así, consideró que los segmentos que no eran proporcionales afectaban considerablemente a las comunidades y restringían los derechos de los palestinos que allí habitaban.¹²⁹ Según esta conclusión, la desproporción se debió al difícil acceso a las tierras de los agricultores.¹³⁰ Sin embargo, es curioso notar que esos derechos que la Corte halló restringidos en ciertos segmentos del Muro no los consideró igual en otros. Más curioso aún es ver cómo en este caso la Corte Suprema de Israel reconoció en numerosas ocasiones los derechos básicos de los israelíes que residen en asentamientos en Cisjordania, pero en muy pocas ocasiones hizo referencia a los derechos *básicos* o humanos de los palestinos.

B. Visión del Derecho Internacional

El Derecho Internacional es una de las fuentes de Derecho que utiliza la Corte Suprema de Israel a la hora de adjudicar controversias relacionadas a los Territorios Palestinos. El Derecho Internacional que aplica la Corte Suprema de Israel, sin embargo, se basa totalmente en las normas de la Conferencia de La Haya. Por

123 *Id.* en las págs. 1113-15.

124 *Id.* en la pág. 1113. La Corte también hace referencia a los requisitos para satisfacer el estándar de proporcionalidad por parte de las Fuerzas Armadas de Israel. *Id.* en la pág. 1115.

125 Este principio fue utilizado en el caso de *Beit Sourik* y reafirmado en el caso de *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, así como en un sinnúmero de casos relacionados a las acciones de las Fuerzas Armadas en los Territorios Palestinos.

126 *Beit Sourik*, 43 I.L.M. en la pág. 1115. La Corte Suprema señala que el propósito principal del Muro es cumplir con objetivos de seguridad y que lo que era pertinente determinar era la proporcionalidad de las construcción específicamente y su impacto hacia las distintas comunidades.

127 *Id.*

128 *Id.* en la pág. 1127.

129 *Id.* en la pág. 1128.

130 *Id.* en la pág. 1127.

eso, en *Beit Sourik*, la Corte entendió que, de acuerdo a sus normas constitucionales, esas eran las normas de Derecho Internacional consuetudinarias. Como ya se mencionó, el Convenio de Ginebra, a juicio de la Corte, es solo una norma convencional (no vinculante) de Derecho Internacional. Sin embargo, en este caso la Corte reconoció su importancia a la luz de la controversia.

La Corte Suprema comenzó por reconocer la ocupación israelí, desde el 1967, en el territorio de Cisjordania.¹³¹ Más adelante, se trajo ante la consideración de la Corte Suprema que la construcción del Muro consistió mayormente en la toma de posesión de tierras y que dicha incautación resultó ilícita al amparo del Derecho Internacional.¹³² Sin embargo, la Corte se desentendió de este argumento y determinó que las Fuerzas Armadas, en efecto, poseen autorización para incautar estas tierras en virtud del Derecho Internacional para cumplir necesidades de la milicia.¹³³ La Corte Suprema hizo referencia a los artículos 23(g) y 52 de la Conferencia de La Haya como fundamentos principales para validar las contenciones de las Fuerzas Armadas en cuanto a la autoridad que poseen para la construcción del Muro como medida de seguridad.¹³⁴ El artículo 23(g) citado por la Corte Suprema estipula en gran medida lo que no debe hacer una fuerza ocupante, dado que no posee poderes ilimitados. Sin embargo, dicho artículo le permite a la fuerza ocupante tomar o destruir propiedad *enemiga* en circunstancias especiales. En ese sentido, es importante enfatizar que, en toda su determinación, la Corte empleó un lenguaje punitivo hacia la población palestina como causantes de la condición de *terror* que vive la población israelí.

Así también, la Corte estableció que se debía realizar un balance entre los intereses de la milicia para implantar medidas de seguridad y el trato a las personas protegidas, según estipulado en el Convenio de Ginebra.¹³⁵ Sin embargo, la Corte Suprema entendió que dicho balance solo se alcanzaría mediante un análisis de proporcionalidad al amparo del Derecho Administrativo israelí.¹³⁶ Es por ello que la Corte Suprema de Israel determinó que la única solución para garantizar la seguridad del Estado y sus civiles es la construcción del Muro y solo procedió a examinar la razonabilidad de su ruta.¹³⁷ La Corte Suprema no examinó a cabalidad el Derecho Internacional y solo lo trató como una fuente persuasiva para apoyar las contenciones de las Fuerzas Armadas para tomar medidas de seguridad. De esta manera, ignoró la discusión sobre la legalidad del Muro en los parámetros del Derecho Internacional.

131 *Id.* en la pág. 1099. La Corte Suprema utiliza el nombre de Judea y Samaria para referirse a Cisjordania. Este es el nombre utilizado por el gobierno israelí para los territorios que componen a Cisjordania (excluyendo a Jerusalén Oriental).

132 *Id.* en la pág. 110.

133 *Id.*

134 *Id.*

135 *Id.* en la pág. 1112.

136 *Id.* en la pág. 1113.

137 *Id.* en la pág. 1128.

V. LA CORTE SUPREMA SE SUMERGE AL DEBATE EN EL CASO DE MARA'ABE

El caso de *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel* fue uno que causó mayor controversia en términos de los planteamientos que realizó sobre la construcción del Muro y, a su vez, más complejo en cuanto a la discusión de términos y conceptos de Derecho Internacional. La Corte Suprema de Israel, además, dedicó gran parte de su dictamen a discutir las similitudes y diferencias entre su anterior decisión en el caso de *Beit Sourik* y la opinión consultiva de la CIJ. Al hacer esto, la Corte fue argumento por argumento, comparando las determinaciones disímiles de ambos tribunales.

En este caso, los demandantes sostuvieron que el Muro en sí no era legal, según la decisión de *Beit Sourik* y la opinión consultiva de la CIJ.¹³⁸ El principal reclamo traído por las comunidades demandantes, además de la ilegalidad del Muro, consistió en que las Fuerzas Armadas carecían de la facultad para construirlo.¹³⁹ Asimismo, los demandantes establecieron que el estándar de proporcionalidad empleado por la Corte Suprema en el caso de *Beit Sourik* no había sido satisfecho.¹⁴⁰ Al igual que en el caso de *Beit Sourik*, la Corte estableció que el Derecho aplicable era el Derecho Internacional, dada la condición de Israel como ocupante en los Territorios Palestinos.¹⁴¹ Por consiguiente, al no tratarse de territorios que formen parte de Israel, la Corte entendió que no era aplicable el Derecho Básico de Israel.¹⁴²

A. La insuficiencia y conceptos trastocados del Derecho Internacional

Lo primordial de esta decisión, más allá de dar continuidad al precedente de *Beit Sourik*, es que resalta varios asuntos que fuente de controversia de su faz. La Corte Suprema en *Mara'abe*, en primer lugar, planteó la inhabilidad de la CIJ para emitir una opinión debido a una insuficiencia de evidencia fáctica. En segundo lugar, en dicha determinación la Corte Suprema trastocó varias normas del Derecho Internacional.

La Corte Suprema comienza señalando que su decisión en *Beit Sourik* y la opinión consultiva de la CIJ parten de la misma premisa pero llegan a conclusiones diferentes.¹⁴³ La Corte establece que la propia CIJ admite no tener información suficiente y que sus determinaciones fueron tomadas con la limitada infor-

138 *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, 45 I.L.M. 202 (2006). Similar a como hizo en *Beit Sourik*, la Corte Suprema comienza delineando las justificaciones de las Fuerzas Armadas para construir el Muro.

139 *Id.* en la pág. 206.

140 *Id.*

141 *Id.* en la pág. 207.

142 *Id.*

143 *Id.* en la pág. 225.

mación disponible.¹⁴⁴ La Corte Suprema estableció que la información traída ante la CIJ se limitaba al Informe del Secretario General de la ONU, el Informe de Dugard¹⁴⁵ y el Informe de Ziegler.¹⁴⁶ En cambio, la Corte Suprema expresó que su decisión en *Beit Sourik* tuvo ante sí los planteamientos de los demandantes palestinos y los del Estado de Israel, así como testimonios periciales por parte de expertos en asuntos militares.¹⁴⁷ Subsiguientemente, la Corte señaló que ni el Informe de Dugard ni el Informe de Ziegler hablaron sobre lo más importante en relación con el Muro: su necesidad como medida de seguridad.¹⁴⁸ Otro problema que encuentra la Corte Suprema con la determinación de la CIJ es el modo de análisis utilizado para alcanzar sus conclusiones. Sobre ese particular la Corte Suprema entendió que su dictamen en *Beit Sourik*, al haberse empleado el estándar de proporcionalidad, se tomaron en consideración tanto los derechos de la población palestina como las medidas de seguridad promulgadas por las Fuerzas Armadas.¹⁴⁹ Esto, a diferencia de la opinión de la CIJ, que solo consideró las implicaciones a los derechos humanos de la población palestina y en nada consideró las necesidades de seguridad del Estado de Israel.¹⁵⁰

Por otro lado, la Corte Suprema consideró que, a diferencia de la CIJ en su opinión sobre el Muro, en *Beit Sourik* se analizó cada segmento de la ruta del Muro y se procuró que no se lesionaran los derechos de la población palestina.¹⁵¹ Finalmente, la Corte Suprema estimó que su determinación en *Beit Sourik* fue más completa en términos probatorios.¹⁵² Es por ello que, aun cuando la Corte reconoció que la CIJ es quien interpreta las normativas internacionales, determinó que sus opiniones consultivas no son vinculantes.¹⁵³

Al igual que en *Beit Sourik*, la Corte Suprema determinó que el Derecho Internacional aplicable surgía de la Conferencia de La Haya.¹⁵⁴ A su vez, la Corte rehusó confirmar la aplicabilidad del Convenio de Ginebra aun cuando la opinión consultiva de la CIJ comprendiera este como Derecho Consuetudinario

144 *Id.* en la pág. 226.

145 Este informe fue encomendando al relator especial John Dugard para que realizara investigaciones en cuanto a los derechos humanos en los Territorios Palestinos y los efectos del Muro en las poblaciones de estos.

146 Este informe fue preparado por el relator especial Jean Ziegler. En dicho informe, Ziegler haría descubrimientos sobre el derecho a los alimentos por parte de la población palestina y las consecuencias del Muro sobre la agricultura de los palestinos.

147 *Mara'abe*, 45 I.L.M. en la pág. 226.

148 *Id.* en la pág. 227.

149 *Id.* en la pág. 230.

150 *Id.*

151 *Id.* en la pág. 231.

152 *Id.* en la pág. 232.

153 *Id.*

154 *Id.* en la pág. 207.

aplicable.¹⁵⁵ La Corte Suprema prefirió expresar que Israel consideraba aplicable la normativa relacionada específicamente al Derecho Internacional Humanitario contenido en el Convenio de Ginebra, pero solo para la protección de sus propios ciudadanos y otorgarle deferencia a las acciones de las Fuerzas Armadas.¹⁵⁶ Además, y al igual que en *Beit Sourik*, la Corte entendió que el Derecho Administrativo israelí constituía una fuente de Derecho aplicable para su determinación.¹⁵⁷

Posteriormente, la Corte Suprema reitera la prerrogativa que tienen las Fuerzas Armadas para construir el Muro, basada únicamente en un interés de seguridad y no en razones políticas.¹⁵⁸ El motivo de esta aclaración surge por el reclamo de los demandantes en cuanto a que el motivo de la construcción del Muro fue el interés del gobierno de Israel en anexar ciertas áreas de Cisjordania, en especial aquellas donde se encuentran los asentamientos israelíes. La Corte Suprema, consecuentemente, detalló que el Muro en sí es una medida temporera al igual que el plan de ocupación.¹⁵⁹ En eso se basa la Corte para descartar que la intención de las Fuerzas Armadas de construir el Muro fue por motivaciones políticas y no por razones de seguridad. La Corte Suprema entendió que las determinaciones de las Fuerzas Armadas estuvieron amparadas en el artículo 43 de la Conferencia de La Haya, la cual establece que la fuerza ocupante puede tomar medidas para restaurar o garantizar la seguridad.¹⁶⁰

Por otra parte, la Corte Suprema discute que la medida de seguridad adoptada por las Fuerzas Armadas para construir el Muro no solo cumplió con el propósito de proteger las vidas y proveer seguridad a los ciudadanos de Israel, sino también a aquellos ciudadanos israelíes que viven en asentamientos en Cisjordania. Es en este análisis donde la Corte trastoca los preceptos de Derecho Internacional sobre conflictos armados y protección de personas dispuestos en la Conferencia de La Haya y el Convenio de Ginebra.

Según lo antes discutido, tanto en las decisiones de *Beit Sourik* como en *Mara'abe*, la Corte Suprema de Israel ha dicho que el Derecho aplicable en los Territorios Palestinos es el Derecho Internacional Público y el Derecho Administrativo israelí. Sin embargo, en *Mara'abe* la Corte expresó implícitamente que la única excepción a esta aplicación del Derecho en los Territorios Palestinos radica en

155 *Id.*

156 *Id.*

157 *Id.*

158 *Id.* en las págs. 207-08.

159 *Id.* en la pág. 208.

160 *Id.* en las págs. 209-10. La Corte Suprema cita varios casos en los cuales ha determinado que, cuando no aplica el Derecho israelí, lo que constituye Derecho es una combinación del Derecho Administrativo (poder de las Fuerzas Armadas) y el Derecho Internacional (Conferencia de La Haya), por lo que la toma de decisiones en cuanto a medidas de seguridad en los Territorios Palestinos le pertenece a las Fuerzas Armadas. Como se ha señalado en varias ocasiones en este escrito, la Corte Suprema otorga deferencia a dichas medidas adoptadas por las Fuerzas Armadas. Véase *Matar v. IDF Commander in Gaza Strip*, H.C.J. 6339/05 (2005) (caso citado en *Mara'abe* y en el cual se reafirma la deferencia a las medidas de las Fuerzas Armadas).

los sujetos israelíes que residen en los asentamientos. La Corte Suprema reafirmó que a los israelíes residentes en los asentamientos sí les aplican las leyes del Estado de Israel (Derecho Básico).¹⁶¹ Sin embargo, el Convenio de Ginebra define a las personas sujetas a la protección en tiempos de conflicto en su artículo 4 como aquellas “personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas”.¹⁶² No obstante, la Corte prescindió de la definición preceptuada en el Convenio de Ginebra sobre las personas que deben considerarse protegidas durante un conflicto u ocupación. De esta manera, la Corte Suprema prosiguió a realizar un análisis en el cual, según la Conferencia de La Haya y su citado artículo 43, las medidas de seguridad impuestas por las Fuerzas Armadas son adoptadas más bien para proteger a los israelíes que residen en asentamientos dentro de Cisjordania, aun cuando no “cualifiquen en la categoría de ‘personas protegidas’”.¹⁶³

En otras palabras, la Corte Suprema determinó que poco importa si el Convenio de Ginebra establece que los nacionales de la fuerza ocupante no cualifican como personas a ser protegidas. La Corte Suprema fue más allá y expresó que el Muro “[e]stá pensado para preservar la vida de cada persona creada a imagen de Dios”.¹⁶⁴ Es por eso que rechazó que sus nacionales no estén sujetos a protección al amparo del artículo 4 del Convenio de Ginebra, al igual que rechazó discutir la legalidad de los asentamientos en los Territorios Palestinos.¹⁶⁵ Aun cuando la Corte Suprema se negó a discutir la legalidad de los asentamientos, entendió que eso no limitaba que las Fuerzas Armadas adoptaran medidas para proteger a los ciudadanos israelíes.¹⁶⁶

Otro aspecto a considerar de *Mara'abe* es la aplicación y el alcance de los derechos humanos en los Territorios Palestinos.¹⁶⁷ Es importante establecer que la

¹⁶¹ *Mara'abe*, 45 I.L.M. en la pág. 211.

¹⁶² Convenio de Ginebra, *supra* nota 51, art. 4, ¶ 1.

¹⁶³ *Mara'abe*, 45 I.L.M. en la pág. 210 (citas omitidas) (traducción suplida).

¹⁶⁴ *Id.* (traducción suplida).

¹⁶⁵ *Id.* en las págs. 210-11.

¹⁶⁶ *Id.* en la pág. 211.

¹⁶⁷ La Corte Europea de Derechos Humanos, desde el 1994, atendió casos sobre la aplicación de las normativas de los derechos humanos en territorios ocupados. Específicamente, la Corte tuvo ante sí el caso de *Cyprus v. Turkey*, en el cual Chipre reclamó violaciones e infracciones a la Convención Europea de Derechos Humanos por parte de Turquía con relación a los chipriotas de origen griego, residentes en la República Turca del Norte de Chipre. *Cyprus v. Turkey* (No. 25781/94), 2001 Eur. Ct. H.R. Esta república obtuvo su independencia de Chipre en 1974 apoyada por Turquía. Sin embargo, solo Turquía la ha reconocido como un Estado independiente. Por lo tanto, los reclamos de violaciones a los derechos humanos traídos por Chipre se dirigieron hacia Turquía por ser ellos, en efecto, la fuerza ocupante en el Norte de Chipre. Los pleitos contra Turquía continuaron en la Corte Europea de Derechos Humanos con casos como *Loizidou v. Turkey*. *Loizidou v. Turkey* (No. 15318/89), 1996 Eur. Ct. H.R. En todos se ha concluido que Turquía, al ser una fuerza ocupante, tiene el deber de proteger los derechos humanos de las poblaciones en las cuales se encuentra dominando por virtud de una ocupación.

discusión del alcance de la protección de los derechos humanos que hace la Corte Suprema resulta limitada. En primer lugar, la Corte Suprema indicó que existe un deber y autoridad por parte de las Fuerzas Armadas a proteger los derechos humanos de los israelíes que viven en Cisjordania.¹⁶⁸ Sobre la protección de la población palestina en los Territorios Ocupados, la Corte se limitó a expresar que las Fuerzas Armadas deben velar por su bienestar.¹⁶⁹ Sin embargo, retomó la discusión de la protección de los derechos humanos y estableció que ciertos derechos humanos pueden ser restringidos por razones de seguridad, en virtud del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP).¹⁷⁰ Por lo tanto, el razonamiento de la Corte se basó en el artículo 43 de la Conferencia de La Haya, el cual permite a la Fuerza Ocupante tomar medidas de seguridad y a su vez, restringir ciertos derechos humanos por el bien público.¹⁷¹

Es imperativo hacer referencia también a la discusión de la Corte Suprema en cuanto a la aplicabilidad de las convenciones de derechos humanos. En ese sentido, la Corte Suprema reconoció que Israel es parte del PIDCP.¹⁷² Sin embargo, la Corte Suprema rehusó determinar si descansaría en los fundamentos de dichas convenciones.¹⁷³ En otras palabras, la Corte Suprema prefirió no entrar en detalle en cuanto a cómo las convenciones respecto a derechos humanos afectaban a la población palestina.

Por otro lado, aun cuando la Corte Suprema expresó tanto en *Beit Sourik* como en *Mara'abe* que aplicaría el principio de proporcionalidad y que no haría una determinación absoluta, el resultado de ambos casos indica lo contrario. La negación de la Corte Suprema a aplicar el Derecho Internacional en el asunto es la razón principal para que se le haya dado total deferencia a las Fuerzas Armadas para construir el Muro. Si bien es cierto que el Derecho aplicable a la controversia presentada sobre los Territorios Palestinos era el Derecho Administrativo israelí (en este caso, las determinaciones de las Fuerzas Armadas), también lo era el Derecho Internacional Público. Sin embargo, como se ha señalado en el presente escrito, la Corte Suprema en *Mara'abe* trastocó varios preceptos del propio Derecho Internacional para terminar aplicando completamente el Derecho Administrativo israelí. La determinación de querer aplicar el Derecho Administrativo israelí no es necesariamente incorrecta, sin embargo no se puede perder de

168 *Mara'abe*, 45 I.L.M. en la pág. 213.

169 *Id.* (énfasis suplido). En el mismo párrafo de la decisión, la Corte Suprema expresa lo siguiente: "The second consideration is, in the context of the petition before us, the good of the local Arab population." *Id.*

170 *Id.* La Corte Suprema cita el artículo 12(3) del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* para justificar una restricción de movimiento.

171 *Mara'abe*, 45 I.L.M. en la pág. 214.

172 *Id.*

173 *Id.* Sobre la aplicabilidad y su carácter vinculante la Corte Suprema expresó: "Indeed, we need not, in the framework of the petition before us, take a position regarding the force of international conventions on human rights in the area. Nor shall we examine the interrelationship between international humanitarian law and international law on human rights." *Id.*

vista que Israel es una fuerza ocupante y, por lo tanto, como la Corte Suprema ha admitido en sus propias decisiones, se rige en virtud del Derecho Internacional Humanitario. Al igual que las disposiciones de los derechos humanos, la Corte Suprema interpretó erróneamente las disposiciones de Derecho Internacional Humanitario sobre lo que puede y no puede hacer una fuerza ocupante, y sobre quién se cataloga como una población protegida. A su vez, entiendo que las diferencias entre la opinión consultiva de la CIJ y la determinación en *Beit Sourik* de la Corte Suprema señaladas en *Mara'abe* son infructuosas. Por una parte, la Corte Suprema en *Mara'abe* determinó que el aspecto más negativo de la opinión de la CIJ fue no contar con la información pertinente. Sin embargo, Israel no acudió a la CIJ para defender sus argumentos a favor de la construcción y establecimiento del Muro.

VI. EL USO DE LA FUERZA Y LA LEGÍTIMA DEFENSA

En ambos casos, *Beit Sourik* y *Mara'abe*, la Corte Suprema entendió que el único propósito de las Fuerzas Armadas al construir el Muro fue proteger a Israel de ataques terroristas. Por otra parte, la CIJ determinó que una de las razones por las cuales la construcción del Muro era ilegal fue porque Israel no tenía derecho a legítima defensa según el Derecho Internacional. Sin embargo, en *Mara'abe*, la Corte Suprema estableció que, a pesar de que Israel nunca reclamó el derecho a la legítima defensa al amparo del Derecho Internacional, este sí poseía un derecho a establecer medidas de seguridad de acuerdo a la Conferencia de La Haya. De esta manera, se constata la diferencia entre lo expresado por la CIJ, y los reclamos de seguridad por parte de las Fuerzas Armadas y el gobierno de Israel en cuanto al derecho a legítima defensa. Para entender este señalamiento, a continuación se examina el Derecho aplicable al uso de la fuerza y la legítima defensa en el Derecho Internacional. A su vez, se analizan los conceptos de seguridad y terrorismo enmarcados en el conflicto palestino-israelí.

A. La seguridad como instrumento discursivo

El 13 de julio de 2004 el primer ministro de Israel, Benjamin Netanyahu, publicó un artículo en el *New York Times* explicando las razones para el levantamiento del Muro.¹⁷⁴ En el artículo, Netanyahu se enfocó principalmente en las implicaciones de la opinión consultiva de la CIJ sobre las medidas de *seguridad* tomadas por Israel para combatir el terrorismo. El artículo comienza expresando que los únicos que celebran esa opinión consultiva son los terroristas, por lo que la misma carece de mérito. Vemos cómo Netanyahu dedicó sus líneas para tratar de convencer al resto del mundo de las razones por las cuales Israel se encontraba construyendo un muro. Hizo referencia, implícitamente, a la decisión en *Beit*

¹⁷⁴ Benjamin Netanyahu, *Why Israel Needs a Fence*, N.Y. TIMES (13 de julio de 2004), <http://www.nytimes.com/2004/07/13/opinion/why-israel-needs-a-fence.html> (última visita 12 de noviembre de 2014).

Sourik como un ejercicio de buena fe de parte del gobierno israelí y de su sistema jurídico para demostrar que, en efecto, se estaba tomando en consideración a la población palestina. No obstante, lo más importante que planteó Netanyahu fue que la razón primordial de la existencia del Muro no consiste en proteger la calidad de vida de los palestinos, sino salvar las vidas de la población israelí. La columna finaliza con la fatídica expresión: las vidas de la población judía no serán sacrificadas en el “devaluado altar de la *justicia internacional*”.¹⁷⁵ De esa forma, culminó un escrito que consistió enteramente de premisas para justificar una medida de seguridad que, a su modo de ver, debía ir por encima de todas las demás consideraciones. Ciertamente, el discurso de la seguridad y el terrorismo ha sido objeto de debate luego de los ataques a las Torres Gemelas del 11 de septiembre de 2001. Específicamente, la discusión ha girado en torno a cómo, luego de tales acontecimientos, se ha replanteado el concepto de legítima defensa en el Derecho Internacional hacia una noción conocida como la *Doctrina Bush*.

Los conceptos de seguridad nacional y legítima defensa en las relaciones internacionales y en el Derecho Internacional han sido eje de debate desde los ataques terroristas a las Torres Gemelas. Algunos países, como Estados Unidos e Israel, han formulado un discurso centrado en la seguridad nacional y la batalla contra el terrorismo mundial. Ciertamente, el impacto de ataques terroristas en suelo estadounidense ha provocado reflexión sobre todo el entramado político y jurídico de la comunidad internacional. Sobre esto, Sanahuja y Schünemann han planteado que “[l]os atentados del 11 de septiembre de 2001 alteraron drásticamente el contexto internacional, abriendo un proceso de radical redefinición de las amenazas y la seguridad, y para un nuevo proceso de securitización que ha abarcado al conjunto de la agenda de las relaciones internacionales”.¹⁷⁶ Como se ha expresado antes, es a partir de este suceso que el antiterrorismo se ha convertido en el eje principal de las políticas a nivel internacional.¹⁷⁷

Los planteamientos de Netanyahu en el *New York Times* constituyen un discurso político que busca justificar la construcción de un muro que, a simple vista, parece lastimar más que lo que pretende proteger. Sanahuja y Schünemann aseguran que, mediante los mensajes de los altos mandatarios, se inicia el establecimiento de un discurso cimentado en las medidas de seguridad. En esa línea, señalan lo siguiente:

Un intento de securitización con éxito requiere que el actor esté en una posición de autoridad que le permita formular una aseveración de “securitización” (*securitization claim*), que las amenazas alegadas faciliten la securitización, y que el

175 *Id.* (traducción suplida).

176 José Antonio Sanahuja & Julia Schünemann, *El nexa seguridad-desarrollo: entre la construcción de la paz y la securitización de la ayuda*, en CONSTRUCCIÓN DE LA PAZ, SEGURIDAD Y DESARROLLO: VISIONES, POLÍTICAS Y ACTORES 17, 27 (José Antonio Sanahuja ed., 2012).

177 *Id.*

consiguiente acto de lenguaje o la narrativa subsiguiente se adapte a la particular “gramática” de la seguridad.¹⁷⁸

Sin duda alguna, las expresiones de Netanyahu cumplen con los tres requisitos para que se configure un discurso de *securitización*: (1) Netanyahu es una autoridad política; (2) plantea en su discurso la protección del Estado, la ciudadanía y sus valores, y (3) su expresión se desarrolla en el repetido discurso internacional de la seguridad fundamentada en la lucha contra el terrorismo. El discurso de *securitización*, que surgió luego de los ataques a las Torres Gemelas, se desligó de los derechos humanos y otros problemas que aquejan a toda la comunidad internacional. Las propuestas en la agenda internacional para eliminar ciertos males fueron solapadas, dándole prioridad a la seguridad nacional. Sobre la prominencia de la seguridad en la agenda internacional, Sanahuja y Schünemann expresan:

Con ello, la construcción de la paz se ha convertido en un concepto y una práctica debatida y contestada, siendo objeto de dinámicas de securitización guiadas por distintos proyectos políticos. De igual manera, han ganado peso las interpretaciones restrictivas de la seguridad humana, que se reubican en un marco de seguridad del Estado y de reformas de las políticas de seguridad y orden interno de la construcción del Estado (*state building*).¹⁷⁹

Por otra parte, estas medidas de seguridad han sido implementadas como parte de la llamada guerra contra el terrorismo. Ciertamente, países como Estados Unidos han adoptado medidas de seguridad extremas. Sin embargo, la guerra contra el terrorismo contiene un perfil discursivo que ha establecido las actuales pautas de seguridad. Valga recordar los sucesos que antecedieron las guerras contra Irak y Afganistán, en los cuales Estados Unidos empleó un discurso y narrativa en torno a la adopción de medidas extremas de seguridad para la batalla que se libra contra el terrorismo.¹⁸⁰ Ahora bien, estas medidas de seguridad han supeditado las garantías a la paz y a los derechos humanos. Ante este panorama, Sanahuja y Schünemann comentan que “[e]l u-S ha vuelto a plantear el dilema ‘libertad *versus* seguridad’, dando paso a restricciones a las libertades democráticas”.¹⁸¹ Por lo tanto, resulta cuestionable la implementación de nume-

178 *Id.* en la pág. 20 (citas omitidas).

179 *Id.* en la pág. 29.

180 SUSAN TIEFENBRUN, *DECODING INTERNATIONAL LAW: SEMIOTICS AND THE HUMANITIES* 90 (2010). La autora sostiene que no existe un consenso sobre lo que significa terrorismo, por lo que existe controversia sobre sus implicaciones durante una guerra. Tiefenbrun señala:

The absence of a universally accepted definition of terrorism and the inapplicability of multilateral anti-terrorism legislation to State-sponsored terrorism reflect the deeply political nature of the term and the absence among nations of commonly shared values about the rule of law, the legitimacy of goals, and the means to achieve these goals.

Id. (citas omitidas).

181 Sanahuja & Schünemann, *supra* nota 176, en la pág. 30.

rosos preceptos en el nombre de la seguridad, relegando así los derechos humanos.

Ciertamente, los derechos humanos de los individuos no deben estar subordinados a medidas extremas de seguridad. Un ejemplo de ello es lo que nos muestra la profesora Susan Tiefenbrun sobre la ausencia de una norma conceptual clara sobre el terrorismo, lo que “ha permitido al gobierno elaborar definiciones variadas y vagas que pueden resultar en una erosión de los derechos civiles y el posible abuso de poder por un Estado en el nombre de una batalla contra el terrorismo y la protección de la seguridad nacional”.¹⁸² Giorgio Agamben, a su vez, ha establecido que mediante la figura jurídica del *estado de excepción* se legitiman las fuerzas policiales o militares por las cuales se toma el control de la situación política y jurídica de un estado.¹⁸³ El elemento discursivo ha posicionado la seguridad nacional por encima de los derechos humanos de los individuos y de muchos otros problemas severos que sufre la humanidad. Ciertamente, el surgimiento de estas narrativas ha provocado que muchos de los conceptos del Derecho Internacional relacionados a la legítima defensa se ponderen nuevamente.

B. Reinventando la legítima defensa en el Derecho Internacional

Respecto al uso de la fuerza en el Derecho Internacional, la Carta de la ONU establece en su artículo 2 que “[l]os Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”.¹⁸⁴ El profesor Malcolm N. Shaw afirma que esta provisión es considerada un principio de Derecho Internacional Consuetudinario y, por lo tanto, es vinculante para todos los estados y miembros de la comunidad internacional.¹⁸⁵ Por tal razón, existe una prohibición general a que los estados incurran en el uso de la fuerza contra otros estados. Ello existe como un baluarte del Derecho Internacional y de las relaciones internacionales con el fin de mantener el bien común y la paz entre estados. Sin embargo, la prohibición general al uso de la fuerza en virtud del Derecho Internacional tiene ciertas excepciones. El profesor

¹⁸² TIEFENBRUN, *supra* nota 180, en la pág. 91 (traducción suplida).

¹⁸³ Véase José A. Rojo, *El estado de excepción es hoy la norma*, EL PAÍS (3 de febrero de 2004), http://elpais.com/diario/2004/02/03/cultura/1075762801_850215.html (última visita 13 de noviembre de 2014) (donde se discute una entrevista realizada al filósofo Giorgio Agamben sobre la existencia de un estado de excepción como medida para la legitimización del aumento en las políticas restrictivas para combatir circunstancias especiales no necesariamente especificadas).

¹⁸⁴ Carta de la ONU art. 2, ¶ 4.

¹⁸⁵ SHAW, *supra* nota 26, en la pág. 1123 (citas omitidas). Dicho principio, a su vez, fue elaborado como uno de los fundamentos del Derecho Internacional. Véase Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, G.A. Res. 2625 (XXV), 25th Sess., U.N. Doc. A/RES/2625 (XXV) (24 de octubre de 1970).

Shaw argumenta que “[p]ara que el uso de la fuerza sea legítimo, este debe caer entre las excepciones aceptadas. Estas son esencialmente el derecho a legítima defensa y la ejecución de la misma autorizada u ordenada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”.¹⁸⁶

Por ello, la propia ONU ha reconocido la legítima defensa como una excepción a la prohibición de que un estado emplee fuerza contra otro.¹⁸⁷ La Carta de la ONU, en su artículo 51, establece que “[n]inguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales”.¹⁸⁸ A su vez, el caso *Nicaragua v. United States* estableció en qué consiste un ataque armado para efectos de la prohibición del uso de la fuerza y la legítima defensa.¹⁸⁹ Nuevamente, la CIJ tuvo ante sí la discusión del concepto de legítima defensa en el caso de *Iran v. United States*, donde determinó que, para que este aplique, un Estado debe demostrar que ha sido víctima de un ataque armado.¹⁹⁰ Por lo tanto, un estado tiene que ser atacado intencionalmente para poder emplear el uso de la fuerza como legítima defensa.¹⁹¹

Por otra parte, hemos visto que el concepto de legítima defensa en estos últimos años ha fomentado un debate doctrinal sobre su interpretación. A partir de los ataques a las Torres Gemelas, se comenzó a cuestionar la utilidad de la prohibición del uso de la fuerza por un lado y, por el otro, se fue desarrollando una noción de legítima defensa preventiva o anticipada.¹⁹² Tanto en *Nicaragua v. United States* como en *Iran v. United States* se estableció el carácter restrictivo del derecho a la legítima defensa. Por lo tanto, se ha rechazado el concepto de legítima defensa anticipada o preventiva. Sin embargo, en el 2002, con el surgimiento de la *Doctrina Bush* se insertó a la discusión la existencia de un derecho unilateral a la legítima defensa de forma preventiva o anticipada.¹⁹³ El profesor Yoram Dinstein comenta que “[l]a nueva política, comúnmente llamada la *Doctrina Bush* . . . , aparenta ampliar los límites reclamando un derecho a la legítima

186 SHAW, *supra* nota 26, en la pág. 1126 (traducción suplida).

187 *Vease The Caroline Case*, AVALON PROJECT, http://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp (última visita 20 de marzo de 2015) (donde se discute el concepto de legítima defensa por primera vez y reconoció la existencia de un derecho a la legítima defensa cuando, en circunstancias extremas, no hubiese oportunidad ni momento para deliberar).

188 Carta de la ONU art. 51.

189 *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicar. v. U.S.)*, 1986 I.C.J. 14 (27 de junio) (donde Estados Unidos se retiró de los procedimientos judiciales cuando la CIJ determinó que tenía jurisdicción para atender el caso. De ese modo, Estados Unidos suprimió su cláusula facultativa ante la Corte).

190 *Véase Case Concerning Oil Platforms (Iran v. U.S.)*, 2003 I.C.J. 90, 161 (6 de noviembre).

191 SHAW, *supra* nota 26, en la pág. 1133.

192 *Véase* CHRISTINE GRAY, *INTERNATIONAL LAW AND THE USE OF FORCE* 193 (2008).

193 La doctrina lleva el nombre del expresidente de los Estados Unidos, George W. Bush.

defensa preventiva para neutralizar amenazas, especialmente por terroristas y en particular, cuando el posible uso de armas de destrucción masiva (WMD) se añade a la ecuación”.¹⁹⁴ La nueva política de Estados Unidos intentó redefinir en qué consiste la legítima defensa en el Derecho Internacional.

A pesar de las decisiones en *Nicaragua v. United States* e *Iran v. United States*, los Estados Unidos se ha distanciado de la interpretación del CIJ sobre cuándo un estado puede ejercer legítima defensa. La nueva política estadounidense, que surgió luego de los ataques del 11 de septiembre, estableció una guerra sin límites contra el fenómeno del terrorismo.¹⁹⁵ Por otro lado, Christine Gray, respecto a la reformulación del concepto de legítima defensa, señala que “[n]o está del todo claro si Estados Unidos concibió actuar solo contra aquellos directamente involucrados en los ataques del 9/11 o si ya se encontraba ampliando el derecho a la legítima defensa en la guerra contra el terrorismo”.¹⁹⁶ Gray además planteó que “[l]os Estados Unidos, subsiguientemente, han ido más allá, aparentemente, indicando que el uso de la fuerza puede emplearse aun cuando no ha ocurrido un ataque armado, solo para prevenir ataques futuros y sin inminencia”.¹⁹⁷ A pesar de este intenso debate sobre la legítima defensa preventiva, la CIJ no se ha expresado formalmente sobre si, en efecto, este derecho se extiende a esos pretextos de responder a una potencial amenaza de ataque.¹⁹⁸

La discusión no solo articula una problemática en cuanto a la interpretación del uso de la fuerza y la legítima defensa, sino también sobre quién es el actor que emplea la fuerza *ilegítima* que da paso a una legítima defensa. Esta disyuntiva sobresale en tanto quien promulga los ataques o las amenazas no es la institución de un estado, sino individuos u organizaciones. La prohibición al uso de la fuerza y la legítima defensa se refiere a un ataque por otro estado. La *Doctrina Bush* no solo busca legitimación para emplear la defensa contra estados que den refugio o suplan armamento o fondos a organizaciones *terroristas*, sino contra las organizaciones en sí. En ausencia de la bandera de un estado en particular, la retórica de guerra del presidente Bush se cimentó en ir contra cualquier amenaza contra la integridad de los Estados Unidos. De ahí que Dinstein sostuvo que el derecho a la legítima defensa de los Estados proviene de un derecho fundamental de estos a sobrevivir.¹⁹⁹

194 YORAM DINSTEIN, WAR, AGGRESSION AND SELF-DEFENCE 183 (2005) (traducción suplida).

195 The White House, THE NATIONAL SECURITY STRATEGY OF THE UNITED STATES OF AMERICA (2002), <http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>; The White House, THE NATIONAL SECURITY STRATEGY OF THE UNITED STATES OF AMERICA (2006), <http://www.comw.org/qdr/fulltext/nss2006.pdf> (donde estas nuevas políticas de los Estados Unidos contra el terrorismo se establecieron).

196 GRAY, *supra* nota 192, en la pág. 209 (traducción suplida).

197 *Id.* (traducción suplida).

198 En el 2005, la CIJ tuvo ante sí la controversia sobre actividades armadas entre la República Democrática del Congo y Uganda. La CIJ descartó la posibilidad de un acto de legítima defensa (a través del uso de la fuerza), fuera de las dos excepciones expuestas en el presente escrito.

199 DINSTEIN, *supra* nota 194, en la pág. 175.

Aun así, hay autores como el profesor Michael Bothe que entienden que “[c]ualquier expansión del derecho a la legítima defensa de forma preventiva más allá de la norma en *Caroline* no es factible”.²⁰⁰ Distinto a lo que plantean los profesores Dinstein y Bothe, Olivier Corten estima que la extensión del derecho a legítima defensa de forma preventiva es una problemática de estados grandes o poderosos y que “reduce la ley a un simple instrumento de poder y en última instancia, a un hecho”.²⁰¹ Por ello, extender la interpretación del derecho a la legítima defensa a que permita a los estados ejercer fuerza por alguna amenaza, independientemente de si es inminente o no, puede ser nocivo para el Derecho Internacional en sí. Conuerdo con Corten en que el análisis de las normas internacionales no debe enmarcarse únicamente en el contexto de los estados poderosos como si fueran los únicos representantes de la comunidad internacional.²⁰² Las normas de Derecho Internacional deben ser autónomas a los estados poderosos y, además, ser visualizadas como un lenguaje común y universal que, definitivamente, conecte a toda la comunidad internacional.²⁰³

Precisamente, la CIJ, en la opinión consultiva sobre el Muro, subrayó la naturaleza restrictiva del concepto de legítima defensa. En efecto, la CIJ determinó que Israel no poseía un derecho a la legítima defensa al amparo del artículo 51 porque no enfrentó una amenaza de otro estado.²⁰⁴ Dinstein comentó sobre dicha opinión:

[C]uando es un actor no-estado el que ataca a un estado desde adentro –y no hay otro estado involucrado– se trata de un caso de un conflicto armado interno o terrorismo doméstico. En ninguna de las dos instancias el artículo 51 se toma en consideración. Un ataque armado contra un estado, en virtud del artículo 51, presupone un elemento externo al estado que es víctima. Los no-estados deben atacar a un estado desde afuera.²⁰⁵

En *Mara'abe*, la Corte Suprema de Israel examinó los planteamientos de la CIJ en cuanto a que Israel no poseía el derecho a la legítima defensa frente al territorio ocupado de Cisjordania.²⁰⁶ La Corte Suprema fue enfática en cuestionar la diferencia entre el terrorismo internacional y el terrorismo doméstico, señalando que, aun cuando entiende que Israel posee el derecho a la legítima defen-

200 Michael Bothe, *Terrorism and the Legality of Pre-Emptive Force*, 14 EUR. J. INT'L L. 227, 237 (2003) (traducción suplida). La norma en el *Caroline Case* o el *Caroline Affair* reconoció la existencia de un derecho a la legítima defensa cuando, en circunstancias extremas, no hubiese oportunidad ni momento para deliberar.

201 Olivier Corten, *The Controversies over the Customary Prohibition on the Use of Force: A Methodological Debate*, 16 EUR. J. INT'L L. 803, 821 (2005) (traducción suplida).

202 *Id.* en la pág. 820.

203 *Id.*

204 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136, ¶¶ 138-139 (9 de julio).

205 DINSTEIN, *supra* nota 194, en la pág. 205 (traducción suplida).

206 *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, 45 I.L.M. 202, 213 (2006).

sa, sus acciones estaban legitimadas por lo estipulado en la Conferencia de La Haya sobre las medidas de seguridad que puede tomar una fuerza ocupante.²⁰⁷ Sin embargo, la Corte Suprema rechazó cualquier intento de discutir profundamente el derecho a la legítima defensa.²⁰⁸ Es decir, se limitó solo a expresar su postura sobre la opinión de la CIJ.

Las determinaciones de la Corte Suprema de Israel en *Beit Sourik* y en *Mara'abe* fueron extensivas al examinar todos los aspectos del Muro y al sopesar la importancia de la seguridad con las consideraciones básicas de derechos humanos. Una de las críticas que establece la Corte en *Mara'abe* es la ausencia de prueba de la CIJ para validar la postura de Israel en torno a la adopción de medidas de seguridad. No obstante, hay autores que opinan lo contrario sobre la prueba no considerada por la CIJ. Geoffrey R. Watson estima que la limitada explicación que ofreció la CIJ sobre el argumento de legítima defensa surgió, en parte, por la resistencia de Israel a participar en los procedimientos.²⁰⁹ Aun cuando Israel se negó a participar de dicho procedimientos, Watson planteó:

Es difícil creer que la Corte no pudo haber examinado las consideraciones de seguridad en más detalle simplemente bajo el fundamento de información disponible en el dominio público. Por ejemplo, se ha desarrollado un debate en el foro público en Israel de si el Muro, en efecto, ha salvado vidas.²¹⁰

Como mencioné anteriormente, para el primer ministro de Israel, Benjamin Netanyahu, la determinación de la CIJ solo favorece a terroristas, al no validar el argumento de Israel de protegerse frente a ataques terroristas. Resulta imposible negar que, más que cualquier otra cosa, Netanyahu ha introducido un entramado discursivo sobre la necesidad de la adopción de medidas de *securitización* o seguridad extrema para la protección de la integridad del Estado de Israel.

Gray destaca que, posteriormente a los ataques a las Torres Gemelas, el "Presidente Bush parecía aprovecharse de la retórica de la *guerra contra el terror* y la legitimidad conferida a esa guerra para estirar los límites de la legítima defensa".²¹¹ Netanyahu adoptó una postura similar para justificar la existencia de un muro que, más allá de salvar vidas, lastima y trastoca los derechos humanos de la población palestina. Por ello, la postura de Sanahuja en este aspecto resulta pertinente al combinar la interpretación del Derecho Internacional sobre la legítima defensa y la formulación de un elemento discursivo. En efecto, Sanahuja plantea que se le ha dado más importancia a la seguridad del Estado que a la seguridad

207 *Id.* Aquí la Corte Suprema de Israel hizo referencia específicamente al artículo 43 de la Conferencia de La Haya.

208 *Id.* La Corte Suprema de Israel adoptó una similar postura cuando analizó los planteamientos de la CIJ sobre los asentamientos en los Territorios Palestinos. Expresaron que no estaban de acuerdo con la determinación de la CIJ, pero no ofrecieron ningún fundamento legal para ello.

209 Geoffrey R. Watson, *The Wall Decisions in Legal and Political Context*, 99 AM. J. INT'L L. 6, 25 (2005).

210 *Id.* (traducción suplida).

211 GRAY, *supra* nota 192, en la pág. 211 (traducción suplida).

humana.²¹² Más importante aún, Sanahuja estima que, luego del 11 de septiembre, ha surgido una disyuntiva en torno a la importancia de las libertades democráticas en contraposición con la seguridad.²¹³ Este nuevo panorama no permite que ambas consideraciones, la seguridad y las libertades democráticas, sean compatibles.

Por lo tanto, entiendo que Israel ha colocado un obstáculo adicional a la solución del conflicto con Palestina. Conuerdo con Watson, quien establece que “aun cuando el Muro puede triunfar en su propósito, habrá además enfurecido un segmento sustancial de la población palestina, desprovisto a miles de agricultores de su acceso a las tierras y fomentado más desconfianza entre los israelíes y los palestinos”.²¹⁴ El devenir del tiempo ha probado que el conflicto entre Israel y Palestina está muy lejos de solucionarse. Igualmente nefasto, Israel ha rechazado vincularse a la determinación de la CIJ que, según Netanyahu, favorece a grupos terroristas. Israel ha preferido desligarse totalmente de las interpretaciones de seguridad que pueda hacer la CIJ o cualquier organización internacional, optando por atenerse solo a lo que establezcan sus propias cortes, a pesar de que trasoquen preceptos de Derecho Internacional. La desatinada aplicación del Derecho resulta en una clara amenaza a los derechos humanos.

VII. BUSCANDO EL CUMPLIMIENTO MÁS ALLÁ DE LAS ESFERAS JURÍDICAS

Todavía genera debate la posibilidad de que Israel cumpla con algún ápice de lo que, por años, los diferentes organismos internacionales y las ONGs han señalado para lograr el cumplimiento de la opinión consultiva de la CIJ, sin mencionar las demás convenciones y normas de Derecho Internacional. Sobre la decisión de la CIJ, Watson planteó que “el grueso de la opinión determina encontrar violaciones al Derecho tanto del pasado como del futuro” por parte de Israel hacia la población palestina.²¹⁵ Por su parte, las ONG, junto a organismos internacionales como el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se han mantenido atentas a procurar el cumplimiento con el resultado de la opinión consultiva de la CIJ por parte de Israel con el fin de lograr la paz en la región. Ante este particular, discutiré posibles soluciones para, de una vez y por todas, acabar con el conflicto palestino-israelí, aun cuando parezca improbable.

212 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136, ¶ 140 (9 de julio) (donde se cita el análisis de Sanahuja sobre la seguridad humana y la seguridad del Estado).

213 *Id.* ¶ 6 (Buergenthal, opinión separada).

214 Watson, *supra* nota 209, en la pág. 26.

215 *Id.* en la pág. 25.

A. *El rol de las ONG y los organismos internacionales en el panorama del conflicto*

Sobre las ONGs, la profesora Esther Barbé indicó que “[s]e podría decir que [estas] desempeñan, a veces, la función de ‘sistemas de alerta avanzada’, al denunciar actuaciones de consecuencias peligrosas para el futuro (vertidos incontrollados, hostigamiento de comunidades, etc.)”.²¹⁶ Uno de los aspectos más importantes de las ONGs es su mayor transparencia y funcionamiento independiente de influencia gubernamental,²¹⁷ así como de grupos ideológicos, religiosos, sociales, etc.

En el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, la Convención de Ginebra ha reconocido la importancia del rol de las ONGs en situaciones de conflicto.²¹⁸ La Convención de Ginebra ha otorgado un sitio importante al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).²¹⁹ Es por esta razón, que el CICR es considerado como el guardián que busca garantizar el cumplimiento con las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, en especial la Convención de Ginebra.²²⁰ Incluso, la opinión consultiva de la CIJ reconoció la participación de la CICR en el conflicto árabe-israelí.²²¹ La CICR ha estado presente en los Territorios Palestinos desde el ocaso de la Guerra de los Seis Días en 1967.²²² Su función principal, desde entonces, ha sido velar por el cumplimiento con las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario por parte de las autoridades israelíes y palestinas.²²³ Asimismo, ha sometido ponencias escritas y orales sobre las repercusiones de la política pública y actividades militares del gobierno de Israel en los Territorios Palestinos.²²⁴ A su vez, la CICR asiste a la población palestina en cuanto a necesidades básicas como salud, especialmente en situaciones de emergencia.²²⁵

Por otra parte, la ONU, por medio del Consejo de Derechos Humanos (CDH), ha seguido de cerca la búsqueda del cumplimiento de Israel con los de-

²¹⁶ ESTHER BARBÉ, RELACIONES INTERNACIONALES 223 (2007).

²¹⁷ *Id.* en la pág. 217 (donde se discute la importancia de credibilidad en las ONGs, así como la importancia del factor monetario para la consecución de las metas y objetivos de las ONGs).

²¹⁸ Convención de Ginebra, *supra* nota 51, art. 142.

²¹⁹ *Id.*

²²⁰ *War and International Humanitarian Law*, INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (29 de octubre de 2010), <https://www.icrc.org/eng/war-and-law/overview-war-and-law.htm> (última visita 14 de diciembre de 2013).

²²¹ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136, ¶ 97 (9 de julio).

²²² *Annual Report 2012*, INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (27 de junio de 2013), <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/annual-report/icrc-annual-report-2012.htm> (última visita 26 de abril de 2015).

²²³ *Id.*

²²⁴ *Id.*

²²⁵ *Id.*

rechos humanos. El CDH ha emitido informes sobre el cumplimiento de Israel con el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC). En su informe de 2010, el CDH estableció la siguiente recomendación dirigida a Israel: “[e]l estado parte debe asegurarse que a todas las personas bajo su jurisdicción y control efectivo se les asegure el entero disfrute de los derechos establecidos en el Pacto”.²²⁶ Este informe, promulgado por el CDH, reiteró la determinación de la CIJ y expresa que el PIDESC aplica a los nacionales de Israel y a las personas en los Territorios Palestinos.²²⁷ Al igual que en la opinión de la CIJ, el CDH señaló que una de sus principales preocupaciones yace en que la aplicación del Derecho Internacional Humanitario no descarta que se pueda aplicar el PIDESC, ni mucho menos garantizar los derechos humanos de la población palestina.²²⁸

Asimismo, el informe del CDH señaló la necesidad de que Israel realice investigaciones sobre las graves violaciones a las normas de derechos humanos, tales como el derecho a la vida, la prohibición a la tortura, el derecho al trato humano de las personas bajo custodia y el derecho a la libertad de expresión.²²⁹ Por otra parte, el informe hizo hincapié en la necesidad de que el Estado de Israel considerara las determinaciones tomadas en la opinión consultiva de la CIJ, que redundan en el cese de la construcción del Muro que impide el derecho al libre movimiento y el derecho a que las familias se reencuentren.²³⁰ Reitera la determinación de la CIJ en cuanto al cese de la construcción de asentamientos israelíes en Cisjordania y demoliciones de hogares palestinos.²³¹ El informe recomendó, además, asegurar el mantenimiento y acceso a agua potable en los Territorios Palestinos, acorde con los estándares de la Organización Mundial de la Salud.²³² De igual forma, señaló que las Fuerzas Armadas deben evitar llevar a cabo ejecuciones extrajudiciales contra quienes se sospecha de actos de terrorismo,²³³ además de llevar a cabo investigaciones y garantizarles el debido proceso de ley.

Por otra parte, Amnistía Internacional, en su más reciente informe sobre la situación en los Territorios Palestinos, detalló las graves violaciones a derechos humanos de los palestinos que cometen las Fuerzas Armadas israelíes durante

226 Human Rights Committee, *supra* nota 66, ¶ 5.

227 *Id.*

228 *Id.* ¶ 3. Llama la atención la recomendación del CDH a Israel de añadir a su Derecho Básico principios contra el discrimen y normas que propicien la igualdad.

229 *Id.* ¶ 9.

230 *Id.* ¶ 16.

231 *Id.*

232 *Id.* ¶ 18.

233 *Id.* ¶ 10.

incursiones y enfrentamientos a protestas en Cisjordania.²³⁴ Amnistía Internacional entendió que estas violaciones por parte de las Fuerzas Armadas han permanecido impunes, por lo que es deber de Israel promulgar investigaciones exhaustivas sobre las violaciones a los derechos humanos de los palestinos y asegurar la protección de estos derechos.²³⁵ Uno de los aspectos más relevantes del informe de Amnistía Internacional radica en la convocatoria a los Estados Unidos, la Unión Europea y sus países miembros a no apoyar estas violaciones de derechos humanos estableciendo un cese a la facilitación de armamentos a Israel mientras no cambie la situación.²³⁶ En la última parte de su informe, Amnistía Internacional recomendó a Palestina firmar y ratificar todas las convenciones relacionadas con los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, incluyendo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.²³⁷

De lo aquí discutido, se desprende que las ONGs continúan jugando un rol importante en el conflicto palestino-israelí. Barbé coincide con esta idea y señala que “las ONG[s] se pueden convertir, frente a las organizaciones internacionales, en grupos de presión, asesoras, consultoras, instrumentos operativos, etc.”²³⁸ De esta manera, las ONGs asisten a los órganos internacionales en salvaguardar los derechos humanos. Además del CICR y Amnistía Internacional, otras ONGs han realizado estudios y trabajos referentes al conflicto que persiste entre estas dos poblaciones. Si bien el trabajo del CICR es importante para identificar problemas con el Derecho Internacional Humanitario y la protección de la población ante situaciones de guerra, los esfuerzos del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas juegan el mismo papel en relación al cumplimiento de los pactos y convenciones de derechos humanos. Queda por verse cómo las ONGs, siendo agentes de presión y de ayuda, logren fomentar un panorama de bienestar entre Palestina e Israel.

VIII. DESARROLLOS RECIENTES

Es importante destacar que la opinión consultiva de la CIJ le extendió a la Asamblea General de la ONU y al Consejo de Seguridad una invitación a considerar en qué medida podría ponerle fin a las actuaciones ilegales de Israel en la construcción del Muro en Cisjordania.²³⁹ Aun cuando la opinión consultiva de la CIJ no sea del todo vinculante en cuanto a las actuaciones de Israel, constituye

²³⁴ Amnistía Internacional, *Gatillo fácil: El uso excesivo de la fuerza de Israel en Cisjordania*, MDE 15/002/2014 (2014), disponible en <http://www.amnesty.org/en/library/asset/MDE15/002/2014/en/faa41f86-34e9-43f9-96d9-fd2db0ecf4a1/mde150022014es.pdf> (última visita 12 de marzo de 2015).

²³⁵ *Id.*

²³⁶ *Id.*

²³⁷ *Id.*

²³⁸ BARBÉ, *supra* nota 216, en la pág. 219.

²³⁹ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136, ¶¶ 160-61 (9 de julio).

una expresión formal sobre una situación que lleva años ocurriendo y que llegó a su punto más neurálgico con la construcción del Muro. Por tanto, no puede negarse que la opinión tenga alguna efectividad legal.²⁴⁰ Incluso, la opinión ha sido un estandarte para reafirmar que las actuaciones de Israel son contrarias al Derecho Internacional. Bekker, quien fue uno de los abogados que representó a Palestina en el procedimiento ante la CIJ, expresó que “[c]omo un estado miembro de las [Naciones Unidas], Israel está sujeto a ese derecho, como el resto de los países miembros”.²⁴¹

A diez años de la opinión consultiva de la CIJ, continúa el incumplimiento de Israel con lo señalado por la CIJ, la ONU y las distintas ONGs. La postura de Israel ha permanecido inmóvil en cuanto a su derecho al Muro como medida de seguridad y de legítima defensa. Como consecuencia, el pasado 1 de abril de 2014, la Autoridad Palestina, a través de su presidente Mahmoud Abbas, firmó y ratificó quince convenciones relacionadas a los derechos humanos y el Derecho Internacional.²⁴² Israel, por su parte, catalogó dicha movida por Palestina como un engaño y un entrapamiento.²⁴³ Además, expresó que Palestina no tenía intenciones de llevar a cabo un verdadero proceso de paz.²⁴⁴ Por otro lado, en enero de 2015, Palestina sometió a la Corte Penal Internacional el documento de adhesión al Estatuto de Roma y el mismo entrará en vigor el 1 de abril de 2015, el cual podría responsabilizar a Israel por crímenes de guerra de acuerdo con el estado de ocupación que todavía subsiste.²⁴⁵

Ciertamente, ya sea de buena o mala fe, se ha intentado resolver el conflicto palestino-israelí en numerosas ocasiones. Sin embargo, muy poco se ha logrado

²⁴⁰ Bekker, *supra* nota 25, en la pág. 565.

²⁴¹ *Id.* (traducción suplida).

²⁴² Dalia Hataqa, *Paradigm Shift: Palestinians Join Treaties*, AL JAZEERA (22 de abril de 2014), <http://www.aljazeera.com/news/middleeast/2014/04/shift-palestinians-join-treaties-201441811950813313.html> (última visita 13 de noviembre de 2014). Las convenciones firmadas por Palestina fueron las siguientes: Cuarto Convenio de Ginebra; Convención Internacional para la Supresión y Castigo del Crimen de Apartheid; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención de los Derechos del Niño y su Protocolo Opcional; Convención contra la Tortura; Convención contra la Prevención y Castigo del crimen de Genocidio; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; Convención de Viena sobre Servicios Consulares; Convención para la Eliminación de todas las formas de Discrimen contra la Mujer; Conferencia de La Haya; Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidades; Convención de Viena sobre la Ley de los Tratados y la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discrimen racial.

²⁴³ *Id.*

²⁴⁴ *Id.*

²⁴⁵ International Criminal Court, *The State of Palestine accedes to the Rome Statute* (7 de enero de 2015), http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr1082_2.aspx (última visita 21 de marzo de 2015). Véase además John Cerone, *The ICC and Palestinian Consent*, ASIL INSIGHTS, March 20, 2015, <http://www.asil.org/insights/volume/19/issue/6/icc-and-palestinian-consent> (última visita 21 de marzo de 2015) (donde discute el consentimiento de Palestina al Estatuto de Roma y las implicaciones del mismo en relación al inicio de una investigación o un caso por parte de la Corte Penal Internacional).

en el pasado para sostener la paz de forma duradera, como cuando se llevaron a cabo las negociaciones en *Camp David* en el año 2000. En efecto, ninguna solución al conflicto llegará mientras medien razones enteramente políticas. Actualmente, la falta de voluntad política es la única razón por la cual este conflicto se ha extendido por años y la inhabilidad de encontrar una solución justa para ambas partes. Por lo tanto, es menester seguir exponiendo soluciones al conflicto mientras el *impasse* continúe.

La autora Zaha Hassan cataloga como un fracaso de Estados Unidos no adoptar una postura firme a favor de la opinión consultiva de la CIJ y reconocer las violaciones de los derechos humanos ante el incumplimiento de Israel del Derecho Internacional.²⁴⁶ Hassan indica que la situación ha colocado a los Estados Unidos en una “posición de ser visto como cómplice de las graves violaciones de derechos humanos y del derecho humanitario cometidas por Israel”.²⁴⁷ Entiende, además, que Israel no cumplirá mientras esté protegido por los Estados Unidos. En ese sentido, podría decirse que una solución no será posible hasta que Estados Unidos adopte posturas más efectivas contra las violaciones al Derecho Internacional que comete Israel.

Hassan señala y enumera alrededor de ocho posibles soluciones para el conflicto palestino-israelí. Dos de estas consisten en que los Estados Unidos cese la ayuda militar que le provee a Israel y, subsiguientemente, condicionarla a que Israel cumpla con el Derecho Internacional lo más pronto posible.²⁴⁸ Otra de las propuestas es que Estados Unidos se exprese contra los asentamientos israelíes y afirme su ilegalidad.²⁴⁹ En efecto, hasta el pasado noviembre de 2013, el Secretario de Estado de Estados Unidos, John Kerry, expresó que los asentamientos israelíes son ilegales en virtud del Derecho Internacional.²⁵⁰ La última de las soluciones propuestas por Hassan es que Estados Unidos:

Activamente trabaje con la comunidad internacional, especialmente con el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para asegurar el cumplimiento de Israel con el Cuarto Convenio de Ginebra y con las normas de Derecho Internacional sobre derechos humanos y asegurar el respeto del derecho a la libre determinación de la población palestina.²⁵¹

Concuerdo con Hassan en que Estados Unidos juega un rol muy importante. Como principal aliado de Israel, Estados Unidos ha defendido todas las determi-

²⁴⁶ Zaha Hassan, *Building Walls and Burning Bridges: Legal Obligations of the United States with Respect to Israel's Construction of the Wall of Separation in Occupied Palestinian Territory*, 13 WILLAMETTE J. INT'L L. & DISP. RESOL. 197, 242 (2005).

²⁴⁷ *Id.* en la pág. 244 (traducción suplida).

²⁴⁸ *Id.* en la pág. 243.

²⁴⁹ *Id.*

²⁵⁰ Kerry: *Israeli Settlements are Illegitimate*, AL JAZEERA (6 de noviembre de 2013), <http://www.aljazeera.com/news/middleeast/2013/11/kerry-israeli-settlements-are-illegitimate-201311613594909400.html> (última visita 16 de noviembre de 2013).

²⁵¹ Hassan, *supra* nota 246, en la pág. 244.

naciones y planes que este ha trazado con respecto a la población palestina. Watson, por su parte, tiene una visión pesimista al respecto, pues plantea que las violaciones pasadas y presentes de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario señaladas en la opinión de la CIJ “no es probable que influyan la toma de decisiones de Israel (ni de Estados Unidos)”.²⁵² Sin embargo, el propio Watson, al final de su artículo, guarda la esperanza de que, por lo menos, se pueda encontrar una solución al conflicto.²⁵³

Así también, las posturas adoptadas por Kerry reflejan que Estados Unidos, en gran medida, está dispuesto a resolver de una vez el conflicto palestino-israelí. A diferencia de Hassan, entiendo que Estados Unidos no es el único que puede presionar a Israel a que cumpla con el Derecho Internacional. Existen otros actores internacionales que deben presionar para una solución. Sobre este asunto, John V. Whitbeck entiende que ahora es el momento para que Europa proponga planes estratégicos para lograr la solución de dos estados (*two-state solution*).²⁵⁴ Señala el autor que el bloque europeo “debe imponer sanciones” a Israel por su incumplimiento con el Derecho Internacional.²⁵⁵

En efecto, Europa debe tomar un rol mucho más proactivo. Aun cuando Estados Unidos es un actor importante en el escenario político del conflicto, la responsabilidad de ejercer presión no debe recaer enteramente sobre ese país. Definitivamente, Israel tiene que cumplir con las normas internacionales de los derechos humanos. La única manera que los enfrentamientos se reducirán es si Israel se retira militarmente. Es un tanto optimista pensar que el conflicto se resolvería de forma tan sencilla, pero, como bien expresa Richard A. Falk, “es momento de moverse hacia adelante y repudiar los remanentes de las perspectivas Westfalianas de la soberanía de los estados para auto-interpretar sus obligaciones en virtud del Derecho Internacional y despreocupadamente, rechazar ‘consejos’ que emanan de la CIJ”.²⁵⁶

Israel debe moderar su perspectiva en cuanto a Palestina. Es importante lograr un acuerdo bilateral entre los palestinos y los israelíes para alcanzar una mejor convivencia y un mejor entendimiento con los países árabes que le rodean. En las postrimerías de su artículo, Marc S. Kaliser expresa que “[a]mbos [países] están en posición de trabajar juntos para asegurar que las normativas interna-

²⁵² Watson, *supra* nota 209, en la pág. 25 (traducción suplida).

²⁵³ *Id.* en la pág. 26 (donde el autor reflexiona sobre un cambio de rumbo de la administración de Bush y el surgimiento de un nuevo liderato en Palestina luego de la muerte de Yasser Arafat).

²⁵⁴ John V. Whitbeck, *Israel-Palestine: Europe Should Atone for its Sins*, AL JAZEERA, (22 de mayo de 2014) <http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2014/05/israel-palestine-europe-should--201452165227221113.html> (última visita 13 de noviembre de 2014). Véase además John Bell, *Israel and Palestine: Two States and the Extra Step*, AL JAZEERA (14 de mayo de 2014), <http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2014/05/israel-palestine-two-states-ex-201451311110913958.html> (última visita 13 de noviembre de 2014) (donde el autor discute que debe comenzar a considerarse una confederación palestina-israelí (*one-state solution*)).

²⁵⁵ *Id.*

²⁵⁶ Richard A. Falk, *Toward Authoritativeness: The ICJ Ruling on Israel's Security Wall*, 99 AM. J. INT'L. L. 42, 51-52 (2005) (traducción suplida).

cionales de los derechos humanos sean sostenidas, estableciendo una base firme para un nuevo comienzo en la Franja de Gaza y una nueva era en el Oriente Medio.²⁵⁷ En referencia a la retirada de la Franja de Gaza por parte de Israel, el planteamiento del autor refuerza lo que hemos expresado en cuanto a la solución a la cuestión palestina y la sana convivencia en la región, la cual se debe dar en un marco de cooperación y de respeto a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

El CDH, propiamente, ha compartido sus observaciones y recomendaciones en sus informes en relación a las violaciones por parte de Israel y su incumplimiento con la opinión consultiva de la CIJ.²⁵⁸ La CICR intenta que Israel cumpla con las estipulaciones de los pactos y convenios que ha firmado y con lo expresado en la opinión consultiva. Siendo normas *erga omnes* en virtud del Derecho Internacional, Israel está llamado a cumplir con las mismas sin importar si acata o no la determinación de la CIJ.²⁵⁹ Es importante entender que, como señala Victor Kattan, “[e]l hecho de que estas normas sean realmente *ejecutadas* o no es un asunto totalmente distinto y tiene muy poco que ver, estrictamente hablando, con el derecho”.²⁶⁰ Kattan concluye que la no ejecución de una norma de Derecho Internacional “no es lo mismo a decir que el derecho no es vinculante”.²⁶¹ Por lo tanto, Israel debe, más allá de consideraciones políticas, obedecer los pactos y convenios firmados, al igual que lo expresado en la opinión de la CIJ respecto a las violaciones de derechos humanos.

CONCLUSIÓN

La historia del conflicto palestino-israelí ha probado ser uno innecesariamente largo. Lo peculiar de la opinión consultiva de la CIJ es que los reclamos de violaciones de los palestinos no ocurren a partir de los planes de Israel sobre la construcción del Muro. La construcción simplemente dio a luz a un nuevo episodio de la saga del conflicto con la distinción de que, esta vez, un foro judicial internacional tuvo la oportunidad de adjudicar y determinar sobre las pasadas y presentes violaciones. Es, también, un error común partir de la premisa de que la génesis del conflicto palestino-israelí fue la creación del Estado de Israel. En esta

²⁵⁷ Marc S. Kaliser, *A Modern Day Exodus: International Human Rights Law and International Humanitarian Law Implications of Israel's Withdrawal from the Gaza Strip*, 17 IND. INT'L & COMP. L. REV. 187, 228 (2007) (traducción suplida).

²⁵⁸ Human Rights Committee, *supra* nota 66 (donde dichos informes velan el cumplimiento de Israel en cuanto a los Pactos por los cuales dio su consentimiento. En ellos, el HRC ha extendido una invitación a que Israel cumpla no solo con los señalamientos en sus informes, sino con la Opinión Consultiva de la CIJ).

²⁵⁹ Véase Victor Kattan, *The Legality of the West Bank Wall; Israel's High Court of Justice v. the International Court of Justice*, 40 VAND. J. TRANSNAT'L L. 1425, 1501 (2007) (donde se discute el carácter *erga omnes* de las normas internacionales sobre los derechos humanos).

²⁶⁰ *Id.* en la pág. 1501-502 (traducción suplida).

²⁶¹ *Id.* (traducción suplida).

particular lucha es imprescindible conocer correctamente la historia para poder entender la amalgama de argumentos que pueden surgir.

De todos modos, resulta importante reconocer que la opinión consultiva establece la responsabilidad de los órganos centrales de la ONU de procurar maneras de hacer a Israel cumplir con la determinación.²⁶² Actualmente, hay ciertos aspectos de la determinación de la CIJ que han resonado a través de toda la comunidad internacional. Las distintas expresiones sobre la ilegalidad de los asentamientos israelíes en Jerusalén Oriental y Cisjordania sirven como ejemplo de ello. Aun cuando Israel es uno de los principales aliados de Estados Unidos, el Secretario de Estado de este último país ha hecho eco de la ilegalidad de los asentamientos en territorios ocupados por ser contrarios al Derecho Internacional.²⁶³

Por otra parte, la opinión consultiva hace hincapié en el carácter *erga omnes* del Derecho Internacional Humanitario.²⁶⁴ Además, resalta la necesidad urgente de que Israel cumpla con los derechos humanos. Estos, no solo son extensivos a sus ciudadanos, sino también a la población palestina en los territorios ocupados. Los mismos son extensivos por virtud de la opinión de la CIJ y por los distintos pactos y convenios que Israel ha ratificado, además de aquellas normas que han pasado a formar parte del Derecho Consuetudinario. Los palestinos no pueden quedar despojados del libre acceso a sus familias, al trabajo, al agua y a la libertad de expresión, sin que ningún individuo o institución responda por su situación nefasta.

Si bien es cierto que Israel posee un derecho a proteger a su población, esto no debe inhabilitar los derechos de la población palestina. Los ataques a las Torres Gemelas ciertamente alteraron el panorama internacional en cuanto a la seguridad y el terrorismo. Ello ha causado discursos políticos que promueven mayores medidas de seguridad, a la vez que limitan libertades básicas. La *Doctrina Bush* y el discurso de la *securitización* demuestran que se ha creado un enfoque mayor a la protección del Estado y sus instituciones, disminuyendo, a su vez, la protección de los derechos humanos de las personas. Al final del día, parece ser más relevante proteger la integridad de un Estado sobre los derechos humanos de los individuos.

Asimismo, resulta lamentable la postura de la Corte Suprema de Israel sobre las obligaciones de ese país. Tanto las decisiones de *Beit Sourik* y *Mara'abe* como el análisis del Derecho Básico israelí y su óptica del Derecho Internacional demuestran que, realmente, el conflicto no tendrá solución en los tribunales sino que será cuando exista una voluntad política genuina. Así lo expresa Kattan al señalar que “esto no es, técnicamente hablando, un problema legal sino una

²⁶² Human Rights Committee, *supra* nota 66.

²⁶³ Kerry: *Israeli settlements are illegitimate*, *supra* nota 250.

²⁶⁴ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136, ¶ 88 (9 de julio).

cuestión de política”.²⁶⁵ A diez años de la determinación de la CIJ, seguimos buscando cualquier mecanismo para que Israel cumpla con el Derecho Internacional. Ya el conflicto palestino-israelí ha dejado de ser un caso paradigmático para convertirse en un caso que clama por adjudicar derechos, responsabilidades y una solución.

²⁶⁵ Kattan, *supra* nota 259, en la pág. 1507 (traducción suplida).