

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE EL MURO DE ISRAEL: LA SOLUCIÓN ESTÁ EN RAMALLAH Y GAZA Y NO EN LA HAYA NI EN MANHATTAN

Eugenia LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA OPINIÓN Y SU TRASCENDENCIA.— 3. LOS TERRITORIOS OCUPADOS, SUS FRONTERAS Y LA FAMOSA LÍNEA VERDE.— 4. RELEVANCIA DE LA FINALIDAD DEL MURO: 4.1. Como freno al derecho a la libre determinación y otros derechos. 4.2. Como medida de seguridad y la obligación de proteger.— 5. LA CUESTIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD.— 6. ¿CÓMO COMBATIR EL TERRORISMO INTERNACIONAL?— 7. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

Desde que se iniciara esta segunda Intifada en septiembre de 2000 hay más de 4.000 muertos en Medio Oriente. Esta situación es el resultado de años de lucha sin tregua entre los diversos grupos terroristas como Hamas, la Yihad islámica o la Brigada de los Mártires de Al-Qsa y las fuerzas militares israelíes en respuesta a los atentados suicidas de estos grupos¹. Los palestinos hablan de “reconquista y represión militar israelí” y los israelíes se

1. Para ser más exactos, el pasado 29 de septiembre de 2004 se hacía público un informe estadístico de la Media Luna Roja, donde se puntualizaba cómo más de 3.300 palestinos han muerto y 27.000 han resultado heridos y mutilados en la represión militar israelí en estos cuatro años de intifada. Las milicias palestinas han usado el suicidio y los ataques armados como principal estrategia, causando la muerte de 1.037 israelíes y heridas a 5.598 personas más. Esta ola de violencia mutua ha afectado en particular a la población civil y según los servicios secretos israelíes son 703 los muertos civiles israelíes en los 138 atentados suicidas. La cúpula militar israelí parece admitir que 70% de las víctimas palestinas son civiles que no estuvieron implicados en ataques contra Israel. (cfr. <http://www.elmundo.es>).

quejan del “terrorismo y del uso de hombres, mujeres y niños suicidas”. Pero esta triste realidad no es un hecho aislado, sino que como es bien sabido, trae causa de un problema territorial, político, religioso y económico en Medio Oriente. Desde que se creara el Estado de Israel se han promovido encuentros para las negociaciones de paz entre palestinos e israelíes. Baste recordar los acuerdos de Oslo, (1993-2000), los encuentros de Camp David, la mediación del Cuarteto o la Hoja de Ruta aprobada por el Consejo de Seguridad en la resolución 1515 (2003). Todos estos intentos de negociación y aproximación no pretenden imponer una paz desde fuera y por terceros, ni al margen de los intereses de las partes. Al contrario, la razón de ser de todos ellos, es el convencimiento por parte de la comunidad internacional de que la única solución al conflicto ha de partir de las autoridades palestinas e israelíes. Una paz impuesta desde fuera, no negociada directamente por las partes, no conseguirá frenar este espiral de violencia y resultaría altamente contraproducente. Por ello, a estas alturas, debería estar claro que la seguridad de palestinos e israelíes por igual sólo puede asegurarse mediante un arreglo de paz justo, amplio y duradero basado en las resoluciones 242 (1967) y 338 (1973) del Consejo de Seguridad, en el que se apoyara una solución biestatal por la que Israel y Palestina vivan uno junto al otro en paz y seguridad dentro de unas fronteras seguras y reconocidas por ambas partes, como se prevé en las resoluciones 1397 (2002) y 1515 (2003) del Consejo de Seguridad².

Por tanto, en este contexto, donde tanto se subraya el necesario común acuerdo entre las partes, parece lógico cuestionarse la conveniencia y la oportunidad política de la consulta de la Asamblea General a la Corte Internacional de Justicia acerca de las consecuencias jurídicas de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado. ¿No resulta acaso un tanto contradictorio que, por un lado, se subraye la necesidad de una solución pactada entre Israel y Palestina y, por otro, se solicite una opinión judicial para imponer desde fuera una solución, sabiéndose claramente de antemano la no aceptación de esta jurisdicción al menos por una de las partes implicadas? No se puede negar que la construcción de este muro o valla, según se mire³, es parte de un todo más amplio y enormemente complejo,

2. Cfr. punto 31 del Doc. A/ES-10/248, Informe del Secretario General preparado en cumplimiento de lo dispuesto en la resolución ES-10/13 de la Asamblea General de 24 de noviembre de 2003.

3. Efectivamente, la utilización del término “muro” o “valla” para denominar a esta polémica construcción es importante, porque cada uno de estos términos tiene connotaciones específicas, por ejemplo, el carácter permanente o no de la construc-

que la Corte difícilmente debería abordar⁴. No pretendemos analizar la oportunidad y conveniencia política de la consulta de la Asamblea, sino tan sólo apuntar que es una cuestión muy controvertida, tal y como se puso en evidencia en la Asamblea en el momento de la votación de esta consulta. Recuérdese cómo tan sólo se consiguió una muy ajustada mayoría⁵. Asimismo, la cuestión de la jurisdicción y discrecionalidad fue objeto de debate en la Corte durante su vista oral⁶. Esta polémica se hace patente cuando los mismo jueces se lo cuestionan en sus respectivas opiniones separadas⁷, a pesar de que la Corte intenta justificarse de forma extensa en su Opinión, empleando para ello prácticamente un tercio de la misma⁸.

El objeto del presente trabajo consiste en analizar algunos aspectos jurídicos de esta Opinión, al margen de las connotaciones políticas del fondo del conflicto. Por ello, consideramos conveniente recordar brevemente cuáles son las conclusiones de la Corte y el alcance de este pronunciamiento. Poste-

ción. La utilización de un término u otro uno no es irrelevante, sino que ha de responder a la naturaleza de las cosas y, sin embargo, al generalizar “muro” se influye *a priori* en la postura del tribunal que lo ha de juzgar. Así parece reconocerlo la propia Corte en el párrafo 67 de su opinión, aunque decida utilizar la misma terminología empleada por la Asamblea. El punto 11 del informe del Secretario General recoge que “los muros de hormigón se encuentran en unos 8,5 kilómetros de los 180 kilómetros de barrera construida o en construcción. Esas partes de la barrera, que las Fuerzas de Defensa israelíes denominan “muros de protección contra disparos”, se encuentran generalmente en lugares en que hay centros de población palestinos colindantes con Israel, como las localidades de Qalqilya y Tulkarm, y partes de Jerusalén. Esto es, se construye un auténtico “muro” aproximadamente en alrededor de un 3 % de los 720 Km. del recorrido, mientras que en el otro 97 % habrá sólo una valla.

4. Un sector importante de la doctrina no ha dudado en señalar cómo esta consulta es inapropiada e inoportuna. Cfr. BERMEJO, R.: “La Corte de La Haya y la valla de seguridad”, *ABC*, jueves 22 de julio de 2004. Véase así mismo, la postura de la profesora PILAR POZO en este mismo Anuario.

5. Cfr. H. BECKER P.: “The UN General Assembly Request a World Court Advisory Opinion On Israel’s Separation Barrier”, *ASIL Insights*, December 2003. Nótese como la resolución A/RES/ES-10/14, que aprobaba la consulta fue adoptada por 90 votos a favor, 8 en contra, 74 abstenciones de un total de 191 Estados. El día de la votación estaban ausentes 19 delegaciones. Estos datos son elocuentes por sí mismos.

6. Cfr. Doc. CR/2004/ 1, CR/2004/2, CR /2004/3, CR 2004/3, de febrero de 2004.

7. Cfr. A/ES-10/273, según la traducción oficial de la Opinión encomendada a la Asamblea por encargo del Secretario General: opinión separada de HIGGINS, págs. 64-68; KOIJMANS, págs. 74-81; OWADA, pág. 109 y ss, en particular, el punto. 2. Por otra parte, la declaración de BURGENTHAL, pág. 92, punto 1 y 10, donde también argumenta sus dudas acerca de la conveniencia y oportunidad de esta consulta.

8. Efectivamente, la Corte defiende su plena jurisdicción y competencia de forma pausada y reflexiva a lo largo de los párrafos 14 al 42 y la cuestión de la discrecionalidad y “prudencia judicial” —utilizando la terminología empleada por la jueza HIGGINS— desde el párrafo 43 al 65 de la Opinión.

riormente, analizaremos algunas cuestiones materiales o de fondo, como el significado jurídico de la famosa línea verde y sus consecuencias para los territorios ocupados, la razón de ser de este muro, como objeto central de la consulta y la cuestión de la proporcionalidad en lucha contra el terrorismo internacional.

2. LA OPINIÓN Y SU TRASCENDENCIA

El pasado 9 de julio de 2004, tras varios meses de deliberación, la Corte manifestó con rotundidad que “la construcción del muro que está levantado Israel, (...), y su régimen conexo son contrarios al Derecho internacional (párrafo 163, 3 A), que Israel tiene la obligación de poner fin a sus violaciones del Derecho internacional; detener de inmediato las obras de construcción del muro y que ha de dismantelar de inmediato la estructura allí situada, y derogar o dejar sin efecto de inmediato todos los actos legislativos y reglamentarios con ella relacionados” (párrafo 163, 3 B). Y como consecuencia de lo anterior, la Corte impone una serie de obligaciones tanto a Israel como a los demás Estados de la comunidad internacional. Entre éstas destacamos “la obligación de reparar todos los daños y perjuicios causados por la construcción del muro en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores”(párrafo 163, 3 C), y la obligación que recae sobre “todos los Estados de no reconocer la situación ilegal resultante de la construcción del muro y de no prestar ayuda o asistencia para el mantenimiento de la situación creada por dicha construcción”. La Corte concluye su Opinión con una recomendación de carácter institucional, ya que a su juicio, “las Naciones Unidas, y en especial la Asamblea General y el Consejo de Seguridad deberán considerar qué medidas adicionales son necesarias para poner fin a la situación ilegal resultante de la construcción del muro y el régimen conexo, teniendo debidamente en cuenta la presente Opinión Consultiva” (párrafo 163, 3 E).

La Opinión de la Corte no es vinculante, pero no por ello carece de peso y valor. Es la opinión de la máxima autoridad judicial sobre un tema altamente complejo y delicado tanto desde el punto de vista jurídico como político. Como es sabido, la función fundamental de la jurisdicción consultiva consiste en ser guía jurídica para los demás órganos⁹. Las

9. Cfr. MOSLER, H.: “Article 96”, en *The Charter of the United Nations. A Commentary*, B. Simma, (ed.), 1995, pág. 1010 y ROSENNE, S.: *The Law and practice of*

opiniones se han de fundamentar en el Derecho internacional y teniendo en cuenta que emanan de la más alta autoridad judicial, compuesta por magistrados independientes de reconocido prestigio, no cabe duda que son de vital importancia para la Organización. En la práctica, muchos de los principios y normas del Derecho internacional han sido clarificados en sede consultiva. Dadas, pues, las características y el alcance de esta jurisdicción hubiese sido muy deseable que la Corte hubiese aprovechado hasta el final su flexibilidad y que hubiera determinado el contenido y alcance de muchos de los aspectos jurídicos indeterminados recogidos en su Opinión. Entre otras cosas, la Corte hubiese podido recordar a las Partes no sólo sus obligaciones sustantivas con arreglo al Derecho internacional, sino también las obligaciones de procedimiento de avanzar simultáneamente en la solución del conflicto. Sólo de esta forma, la Opinión hubiera servido de orientación a los demás órganos de las Naciones Unidas¹⁰, en particular, al Consejo de Seguridad y a la Asamblea General a quienes recomienda la adopción de medidas adicionales de conformidad con la presente Opinión (párrafo 160). Hasta el momento, el Consejo no se ha pronunciado y la Asamblea ha adoptado una resolución, con una amplia mayoría, en la que recuerda a las partes implicadas la necesidad de secundar la hoja de ruta¹¹.

El esquema general de esta Opinión no presenta novedades ni sorpresas. La Corte es fiel a sus modos habituales de proceder —siguiendo un esquema clásico y muy cartesiano—. Primero aborda la cuestión de su jurisdicción y competencia y posteriormente las cuestiones de fondo. En el desarrollo de estas últimas la Opinión carece, no obstante, de un hilo conductor claro, de

the International Court 1920-1996, vol. I-IV, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1997, pág. 1757 y las referencias allí recogidas.

10. Esta es sin duda alguna la finalidad esencial de la jurisdicción consultiva de este órgano judicial, tal y como la propia Corte lo recuerda en esta Opinión, (párrafo 60) trayendo para ello a colación algunos de sus pronunciamientos más sobresalientes como el caso de las reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito del genocidio (I.C.J. *Reports*, 1951, pág. 19); de las Consecuencias jurídicas para los Estados de la continua presencia de Sudáfrica en Namibia (África sudoccidental) pese a lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, (I.C.J. *Reports* 1971, pág. 24, párr. 32) o con de la descolonización del Sáhara Occidental, (*Western Sahara*, I.C.J. *Reports* 1975, pág. 37, párr. 72).

11. El día 20 de julio de 2004, la Asamblea General adoptó en sesión especial y de emergencia la resolución A/ES-10/L.18/Rev.1 por 150 votos a favor, 6 en contra y 10 abstenciones. La Asamblea reitera el deseo de que tanto Palestina como Israel vuelvan a las negociaciones con el fin de secundar el plan trazado en la hoja de ruta y se haga efectivo su objetivo de alcanzar un acuerdo sobre el (futuro) Estado palestino independiente, permita llegar a una solución sobre un estatuto definitivo y permanente en 2005, incluidas cuestiones como sobre las fronteras, Jerusalén, los refugiados y los asentamientos. Cfr. Press Release, GA/10248.

jando de lado una de las cuestiones más relevantes del conjunto: la proporcionalidad. La Corte considera que para poder pronunciarse sobre las consecuencias jurídicas de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado, es menester cuestionarse previamente si esta construcción es conforme al Derecho internacional. Con tal fin efectúa un breve análisis del estatuto jurídico del territorio afectado y su evolución hasta nuestros días (párrafos 70-78), deteniéndose en particular en la descripción de las obras ya construidas o las que aún están en vía de construcción (párrafos 79-85). A continuación determina cuál es el derecho aplicable a este caso concreto (párrafos 86-113), antes de estudiar si éste se ha vulnerado (párrafos 115 y ss). Evidentemente, este último punto es importante y bien lo sabe la Corte. Por ello, hay que dilucidar cuál es la finalidad efectiva que persigue esta construcción, cuestionándose si realmente es un medio para la anexión de territorio, (párrafo 117), o por el contrario, resultase ser una medida provisional pero necesaria por seguridad, (párrafo 116 y 121). En estrecha conexión con esta disyuntiva, se deberá analizar en concreto, si la medida es proporcional y, por tanto, respetuosa con el Derecho internacional de los derechos humanos y con las normas del Derecho internacional humanitario, en particular, con las Reglas de La Haya de 1097, con el IV Convenio de Ginebra, con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como con la Convención sobre los Derechos del Niño. Y en la aplicación de estas normas, se analizará, en particular, el derecho a la libre determinación del pueblo palestino (párrafo 118) y otras libertades, como por ejemplo, la de circulación de los habitantes palestinos (párrafo 123 y ss.).

La mayoría de la Sala apoya la solución final a la que llega la Corte. Sin embargo, algunos magistrados subrayan lo necesario e importante que hubiese sido una mayor profundización en muchos de sus argumentos, dada la variedad y complejidad de los puntos debatidos. Las opiniones separadas manifiestan con distintos matices esta apreciación. En el fondo subyace un sentimiento común de que se ha desaprovechado una ocasión “para examinar a fondo los aspectos de las circunstancias específicas del caso relevantes para su examen, yendo más allá si fuera necesario de las alegaciones formuladas por los participantes”¹². Por ello, a continuación reflexionaremos sobre algunos de estos aspectos que hubiesen requerido un tratamiento jurídico más profundo.

12. Cfr. A/ES-10/273, pág. 109, punto 2 de la opinión separada del juez OWADA.

3. LOS TERRITORIOS OCUPADOS, SUS FRONTERAS Y LA FAMOSA LÍNEA VERDE

La Corte analiza el estatuto jurídico internacional del territorio ocupado en los párrafos 70 al 71 y en los párrafos 72 al 79 las principales decisiones y resoluciones del Consejo de Seguridad sobre estos territorios. En ellos se destaca cómo la comunidad internacional ha subrayado desde la creación del Estado de Israel la necesidad de una solución negociada entre palestinos e israelíes para la determinación de sus fronteras. La exposición general de estas líneas y la breve argumentación jurídica que contiene, desmerece de lo que cabría esperar de este órgano judicial. La magnitud del conflicto territorial exigía, por su propia naturaleza, que hubiese sido objeto de un examen más completo¹³.

Como es sabido, de acuerdo con la decisión 62 (1948) del Consejo se concluyeron acuerdos de armisticio general entre Israel y los Estados vecinos. Así, pues, en el acuerdo con Jordania se fijaron líneas de demarcación con la precisión de que las disposiciones del citado acuerdo “no se interpretarían en ningún caso en perjuicio de una solución final entre las partes”. Asimismo se convino que “las líneas de demarcación eran aceptadas por las partes sin perjuicio de los acuerdos territoriales futuros o los trazados de fronteras o de las reclamaciones de cualquiera de las partes a ese respecto”. Conviene tener presente, no obstante, que la famosa “línea verde” responde, en lo que atañe a la actual Jordania, a las delimitaciones territoriales de 1922. El Reino Unido había asumido ya el mandato de Naciones Unidas sobre estos territorios y fue autorizado para dividirlos de forma que la aplicación de la Declaración Balfour¹⁴ se limitara a la zona oeste, excluyendo así el territorio que forma parte de la Transjordania, que corresponde básicamente a la actual Jordania. Y esta delimitación fue recogida posteriormente en el Tratado de Paz de 26

13. Cfr. A/ES-10/273, el punto 2.1 la opinión separada del magistrado ELABARY.

14. Esta declaración no es otra cosa que la carta de 2 de noviembre de 1917 escrita por el entonces Ministro de Asuntos Exteriores británico, A. J. Balfour dirigida al barón L. Rohtschild expresando el deseo del gobierno de su Majestad de establecer en Palestina un hogar nacional para el pueblo judío, sin perjuicio de los derechos civiles y religiosos de las comunidades no judías existentes en la zona. Sobre el tema, véase, IGLESIAS VELASCO, A. J.: *El proceso de paz en Palestina*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la UAM, 2000.

de octubre de 1994 entre Israel y Jordania, reafirmando que la frontera oeste de Jordania es la línea trazada en 1922¹⁵. Desde aquella primera línea de demarcación ha habido otras muchas demarcaciones y, por supuesto, muchos intentos de negociación de paz, sobre todo a raíz de los Acuerdos de Oslo de 1993. El último modelo es la hoja de ruta, que está aún pendiente de ejecución y en donde se reitera que la solución ha de ser negociada entre las partes. El logro de tales negociaciones tendrá como resultado la emergencia de un Estado palestino independiente, democrático y viable, donde se fijarán por tanto las fronteras definitivas. Esa solución pondrá fin al conflicto israelo-palestino, así como a la ocupación iniciada en 1967, sobre la base de lo establecido en la Conferencia de Madrid, del principio de territorio por paz, de las resoluciones 242 (1967), 338 (1973) y 1397 (2002) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y de los acuerdos alcanzados anteriormente por las partes¹⁶.

Esta génesis revela que la línea verde no es la frontera real reconocida e inamovible entre israelíes y palestinos y que estas líneas “provisionales de demarcación” son variables, puesto que se han modificado a lo largo de los años y pueden seguir modificándose mediante acuerdo entre las partes. Esta explicación no es baladí, ya que la propia Corte parece admitir de forma indirecta que la línea verde es la frontera definitiva. Así, por ejemplo, en los párrafos 83, 84 y 133, se parte de la línea verde para determinar el ámbito territorial de la eventual violación de derechos fundamentales ante el establecimiento de una zona cerrada entre la línea verde y el propio muro. La Corte se centra, pues, en el análisis de trazado del muro con relación a esta línea y esto induce a errores. Sólo es una delimitación provisional sin perjuicio de los futuros acuerdos territoriales que adopten las partes. Además, ya se sabe que no es el criterio fundamental ni el definitivo para la delimitación de soberanía. Por todo ello, hubiera sido más prudente puntualizar que la línea verde se podría haber tomado como frontera provisional con el

15. Cfr. *International Legal Materials*, 1995, vol. 35, pág. 43 y ss. Sobre un estudio general de este tema, véase, AL MADFAI, M. R.: *Jordan, the United States and the Middle East Peace-Process 1971-1991*, Cambridge, 1993; BERMEJO GARCÍA, R.: *El conflicto árabe-israelí en la encrucijada: ¿es posible la paz?*, Eunsa, Pamplona, 2002.

16. Cfr. S/2003/529, de 7 de mayo de 2003, carta del Secretario General de las Naciones Unidas dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad sobre la propuesta del Cuarteto —los Estados Unidos, la Unión Europea, la Federación Rusa y las Naciones Unidas— en relación con la creación de dos Estados independientes y soberanos. La propuesta había sido comunicada a las autoridades de Palestina e Israel el 30 de abril de 2003.

consentimiento expreso de las partes, reconociendo que *de facto* ejerce por el momento tal función, hasta que se negocien otros límites definitivos. De haber matizado esta cuestión, la Corte hubiera llegado, en definitiva, a las mismas conclusiones, pero sin violentar la calificación jurídica de la línea y, por lo tanto, sin faltar a la correcta argumentación y motivación.

En cuanto a la calificación de los territorios ocupados, nada ha cambiado desde la resolución 242. El Consejo de Seguridad insistía en la “inadmisibilidad de la adquisición de territorio por medio de la guerra” y pedía “la retirada de las fuerzas armadas israelíes de los territorios ocupados”. Estos territorios siguen en la actualidad bajo la ocupación militar israelí, por lo que siguen siendo —a pesar de los acuerdos de armisticio— territorios ocupados, donde Israel sigue teniendo la condición de potencia ocupante. Así concluye la Corte esta lacónica exposición, pero no ahonda en el alcance de estas manifestaciones. Si efectivamente Israel es potencia ocupante desde 1967 será la ilegalidad del propio régimen de ocupación israelí el problema de fondo del conflicto palestino-israelí. Sin embargo, cuando se habla de los territorios ocupados conviene tener presente que Israel no se ha considerado nunca potencia “ocupante” de conformidad con el artículo 2 del IV Convenio de Ginebra, sino como nuevo “administrador” de esos territorios, al haber rechazado de forma permanente la soberanía por parte de otro Estado sobre esos territorios, puesto que formaba parte del antiguo mandato británico¹⁷. El estatuto jurídico del territorio palestino ocupado sigue siendo, por lo tanto, objeto de controversia, y así lo ha manifestado Israel en reiteradas ocasiones y se recoge de forma expresa en el punto 5 del Anexo I del informe del Secretario. Dependiendo de cómo se configure y acepte por ambas partes el régimen jurídico de la “ocupación”, la Corte debería haber ahondado en el alcance de las facultades de la potencia ocupante en materia de seguridad en esos territorios. Pues toda ocupación, con independencia de su duración, da lugar a tensiones y más aún si ésta es larga y no precisamente pacífica. De ahí que hubiese sido deseable un mayor análisis del alcance de las facultades y responsabilidades de la potencia

17. Sobre el debate de territorios “ocupados” o administrados y su distinta percepción por las Partes implicadas, cfr. BERMEJO, R.: “Los territorios ‘ocupados’ o ‘administrados’ por Israel, la Intifada de Al-Aqsa y el Derecho internacional humanitario”, en C. Ramón Chornet (Coord.), *El Derecho internacional humanitario ante los nuevos conflictos armados*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2002, págs. 49-90 y bibliografía allí citada.

ocupante. De esta forma se hubiese dado respuesta a los problemas jurídicos planteados por Palestina durante la vista oral¹⁸.

En la Opinión se constata que en la zona existente entre la línea verde y el muro viven ya un 80% de total de los colonos israelíes, en concreto, 320.000 personas (párrafo 122), y se recuerda que estos asentamientos se han establecido en contravención del Derecho internacional. Por ello, la Corte reitera la obligación de Israel de “desocupar” los territorios. Pero no se enfrenta en el fondo con la realidad social de la zona. No se puede pretender la retirada de estos colonos sin garantizar sus derechos y libertades fundamentales como a cualquier otra población civil. En este sentido, el magistrado ELABARY recuerda cómo “las dos partes tienen una obligación recíproca de cumplir escrupulosamente las normas del Derecho internacional humanitario, respetando los derechos, la dignidad y los bienes de los todos los civiles”¹⁹. Ambas partes tienen, en efecto, la obligación jurídica de juzgar sus acciones con el mismo patrón del Derecho internacional humanitario y de proporcionar la necesaria protección a la población civil. Y lamentablemente, la Opinión de la Corte no dice nada al respecto. Se limita a considerar el riesgo de nuevas alteraciones en la composición demográfica del territorio y como con la construcción del muro, ese riesgo se convierte —según la Corte— en una anexión *de facto* de nuevos territorios. Ahora bien, esta argumentación no es del todo lógica. Pues es indudable que los asentamientos de colonos israelíes son anteriores a la construcción del muro; así que difícilmente se puede creer que la principal razón para la construcción de la barrera sea el intento de anexión de territorio. De ahí que, a nuestro juicio, resulte necesario ahondar en las razones que han impulsado a Israel desde 2000 a construir esas barreras²⁰.

18. Cfr. CR/2004/1, de 23 febrero, intervención del profesor VAUGHAN LOWE, pág. 51 puntos 21 y 22.

19. Cfr. A/ES-10/273, opinión separada del juez ELABARY, pág. 105.

20. El 25 de diciembre de 2000 Ehud Barak aprueba el primer proyecto para construir una valla fortificada de 74 kilómetros a lo largo de la “línea verde” desde la zona de Guilboa, en el norte del país, hasta la de la Latrún, a 20 kilómetros al este de Jerusalén. Israel construirá también murallas, barreras de metal y montículos de tierra, con el objeto de dificultar infiltraciones a territorio israelí, “en particular a quienes se propongan cometer atentados”. No obstante, las obras de la valla o muro ahora en estudio comenzaron el 16 de junio de 2002, bajo el Gobierno de Ariel Sharon, incluyendo la confiscación de tierras y la destrucción de miles de olivos cerca del pueblo de Salem, al norte de Israel, y al oeste de la localidad cisjordana de Jenín, después de que el Consejo de Ministros de Israel aprobara levantar la mitad del recorrido de una “valla de seguridad”, de una longitud inicial aproximada de 350 kilómetros, concebida para impedir la infiltración de “terroristas palestinos”.

4. LA RELEVANCIA DE LA FINALIDAD DEL MURO

Tras la cuestión del estatuto de los territorios ocupados por Israel, la Corte se detiene en la descripción del trazado del muro en los párrafos 80-85. En estas líneas se transpone casi literalmente lo recogido en el citado informe del Secretario General de 2003. Por una parte, es lógico e incuestionable que la situación geográfica concreta del muro sea relevante, así como las características arquitectónicas en cada uno de sus tramos para poder responder si la construcción de este muro es compatible con el Derecho internacional. Por otra, no podemos olvidar que la determinación de los hechos fácticos no lo es todo. Al contrario, la Corte debería cuestionarse sobre todo por la necesidad de esta construcción para poder dar una respuesta equilibrada en la aplicación del Derecho vigente. De ahí que la Corte deba indagar el por qué de este muro con sus características particulares como paso indispensable para pronunciarse sobre la licitud de esta medida.

Somos conscientes de que no resulta fácil dar una respuesta tajante a esta cuestión. Si así fuese, el caso no hubiese llegado a La Haya. Pero a nuestro juicio, la relevancia de su finalidad requería que la Corte hubiese afinado —si se puede decir así— aún más sus argumentaciones y hubiera ejercido con imparcialidad su responsabilidad judicial. Resulta llamativo que la Corte apenas entra a dilucidar los argumentos israelíes sobre la construcción de la barrera. Tan sólo lo hace de forma rápida, general (párrafos 139-142), y una vez que ya ha concluido que el muro es incompatible con las obligaciones del Derecho internacional (párrafo 138). Como se recoge en el párrafo 137 la Corte no está convencida de que el trazado sea necesario para conseguir sus objetivos de seguridad. Esta formulación es criticable puesto que a un órgano judicial no se le pide su simple convencimiento. Así la Corte, una vez que decide ejercer su competencia, ha de procurar no sólo asegurar la equidad objetiva, sino también de velar por que se mantenga la equidad durante el proceso, con independencia de la conclusión a la que llegue²¹. Además, difícilmente se puede llegar a motivar —y no sólo convencerse— de las consecuencias jurídicas de unos hechos cuando aún no se han analizado los argumentos de ambas partes: como intento de anexión de territorios y con

21. Cfr. A/ES-10/272, opinión separada del juez OWADA, pág. 117 sobre la falta de convicción.

ello la violación de los derechos del pueblo palestino, según la posición jurídica de la Organización de Liberación de Palestina (anexo II del informe del Secretario) y los motivos de seguridad, según la posición jurídica de Israel (anexo I del informe del Secretario). Esta divergente apreciación de los hechos por las partes refleja una confrontación de fondo de los derechos fundamentales en juego: por una parte, el derecho a la libre determinación del pueblo palestino así como el ejercicio de otros derechos conexos a la libre determinación (la libre circulación, el trabajo, el desarrollo económico y social...), y, por otra, el derecho a la vida y, con él, el derecho y la obligación de un gobierno a proteger la vida de sus ciudadanos.

4.1. *Como freno al derecho a la libre determinación y otros derechos*

Las autoridades de Palestina consideran que, “la construcción de la barrera es un intento de anexión del territorio en violación del derecho internacional” y “la anexión *de facto* de tierras constituye una violación de la soberanía territorial y, en consecuencia, del derecho de los palestinos a la libre determinación”²². Durante la vista oral, el señor AL-KIDWA recordaba como el fenómeno de la colonización no era nuevo; en cambio, la magnitud de colonos traía —a su juicio— como novedad la anexión *de facto* de territorio²³ y como consecuencia, explicaba el profesor SALMON, la imposibilidad del ejercicio del derecho a la autodeterminación²⁴.

En cuanto a la pretendida anexión de territorio, las alegaciones presentadas resultan poco jurídicas y de dudosa lógica. Habida cuenta de los acontecimientos históricos, parece difícil admitir, que el muro fuese la única fórmula posible para situar a la población israelí en determinadas zonas; de lo contrario, bien se hubiese tenido que construir allá por los años 1968-70. En cambio, con la intensidad de la violencia de los últimos años es razonable pensar que la barrera pudiera servir como medida de protección de esa población. Como veremos en el siguiente apartado, la Corte no entra de verdad a conocer de las posibles justificaciones del muro, a pesar de tener información de la postura israelí. En sus párrafos 123-134 se limita a constatar las violaciones del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho in-

22. Cfr. Doc. A/ES-10/248, de 24 de noviembre de 2003, Anexo II, pág. 13.

23. Cfr. Doc. CR/2004/1, de 23 de febrero, pág. 18, p. 3.

24. *Idibem.*, pág. 59.

ternacional humanitario, pero sin ponderar esas posibles justificaciones por motivos de seguridad.

En cuanto a la violación de derechos fundamentales, la cuestión de fondo que se planteaba a la Corte es si realmente el régimen que imponía la barrera suponía una negación total o una importante limitación de los derechos de la población civil afectada. Y para poder ponderar de forma equilibrada esta cuestión, deberían haberse confrontado los derechos supuestamente violados o restringidos con el derecho a la vida de la población israelí afincada en la zona en conflicto. No negamos, en absoluto, que la Corte analizara las posibles violaciones del derecho internacional en materia de derechos humanos aplicables al caso. Es más, su examen es profundo, completo y sistemático y no se ahorra argumentaciones ni motivaciones convincentes sobre la aplicabilidad de los convenios de Ginebra a los territorios ocupados. Asimismo, se preocupa de recabar la información y documentación pertinente para poder acreditar las precarias condiciones sociales, económicas y culturales de la población palestina. Sin embargo, se echa en falta un trato semejante, ponderado, documentado y equilibrado en las demás cuestiones. Y esto, en suma, desmerece de la Corte y desacredita su conclusión final. Así se comprende la preocupación de la jueza HIGGINS al recordar que la protección de los civiles es una obligación inviolable del derecho humanitario no sólo para el ocupante sino también para quienes procuran liberarse de la ocupación.

Pero la Corte también aborda la situación del muro a la luz del derecho a la libre determinación de los pueblos. En el párrafo 122 determina que el muro contribuye a la división de poblaciones palestinas de algunas zonas, y, por ello, “esa construcción, junto con las medidas tomadas anteriormente —su régimen conexo— menoscaba gravemente el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación y constituye en consecuencia una violación de la obligación de Israel de respetar ese derecho”. Esta formulación resulta desafortunada, puesto que reduce el derecho a la libre determinación al espacio geográfico, y además, como si sólo algunas poblaciones palestinas gozasen de ese derecho. No nos cabe duda alguna de que la existencia de estructuras que separan las poblaciones hacen más difícil, físicamente, el ejercicio del derecho a la libre determinación. Sin embargo, hay que tener presente, como señala el juez KOOIJMANS, que la realización de este derecho depende más de un acuerdo político que de la situación *in*

*loco*²⁵. No cabe duda alguna, de que en medio del proceso de la hoja de ruta, la construcción de la barrera no puede considerarse como un acto de buena fe. Al contrario, fomenta la desconfianza y resulta contraproducente y entorpecedora para las negociaciones futuras. Sin embargo, no hay que confundir términos, pues lo que está claro es que un impedimento para el ejercicio de un derecho no es por definición una violación de ese derecho o de la obligación de respetarlo como la Corte parece confundir en el citado párrafo 122.

Esta consideración cambiaría sustancialmente si el muro fuese una estructura fija, inamovible, con vocación de permanencia, pues sería manifiesta la intención de Israel de la anexión del territorio. En tal caso, efectivamente, el impedimento para el ejercicio del derecho supondría una violación del derecho del pueblo palestino a la libre determinación. Sin embargo, Israel ha declarado reiteradamente que la barrera es una medida temporal y así lo reconoce el Secretario en el punto 29 del informe remitido a la Corte. Habría que matizar, por tanto, la naturaleza jurídica de estas declaraciones, pues podrían suponer un nuevo compromiso jurídico unilateral por parte de Israel. De hecho, la Corte reconoce en el párrafo 121 (en relación con el 116), que se trata de una medida temporal. Señala que “no puede permanecer indiferente a los temores que le han expresado de que el trazado del muro prejuzgue” el futuro de las negociaciones de paz. Todo parece apuntar que los temores de terceros le llevan a prejuzgar a Israel y a imputarle, por adelantado, el incumplimiento de su compromiso sobre la temporalidad de la barrera y, por tanto, la declara ilegal y contraria al derecho del pueblo palestino a su libre determinación.

De todos modos, la Corte, concluye que las normas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario aplicables al caso no han sido respetadas. Considera que la construcción del muro y su régimen conexo obstaculizan la libertad de circulación, el derecho al trabajo, la salud, la educación... (párrafo 134). Se abstiene de tomar posición en cuanto a las posibles justificaciones, al menos teóricas, de estas violaciones, así como tampoco toma posición en relación con los derechos territoriales ni la cuestión del estatuto permanente. Paradójicamente, el párrafo 137 es muy elocuente en este sentido, al considerar que el “el muro, *a lo largo del trazado elegido* y su régimen conexo infringen gravemente diversos derechos de los palestinos que residen en el territorio ocupado por

25. Cfr. A/ES-10/273, pág. 76, punto 6 de la opinión separada del juez KOOLMANS.

Israel y las infracciones derivadas de este trazado no pueden justificarse por exigencias militares o necesidad de seguridad nacional u orden público²⁶. Sin embargo, no invierte grandes esfuerzos por recabar la información pertinente sobre las supuestas exigencias militares o las alegadas necesidades de seguridad. Tampoco se cuestiona posibles variaciones del trazado elegido, el aumento del número de puertas de paso, cambios en los horarios del control... o cualquier otra medida alternativa. Considero que todas estas cuestiones no son de menor importancia y que requería una mayor reflexión.

4.2. *Como medida de seguridad y la obligación de proteger*

El gobierno israelí rechazó desde el principio la jurisdicción y competencia de la Corte para conocer de la consulta. Sin embargo las tesis israelíes sobre el por qué del muro no le eran desconocidas a la Corte que por distintas vías tenía certeza de que para Israel la barrera estaría justificada por una estricta necesidad militar, fundamentándose en los numerosos atentados terroristas palestinos. En efecto, el Secretario recogía en su informe cómo la barrera era considerada una “forma más de combatir eficazmente los ataques terroristas”²⁷ y que “tan pronto como se ponga fin al terror la vaya ya no será necesaria”²⁸. Además, en reiteradas ocasiones Israel había reconocido claramente el carácter temporal del muro²⁹.

En otro orden de cosas, la ausencia de Israel en el proceso consultivo no es obstáculo alguno para que la Corte le reconozca sus derechos y admita claramente que Israel debe afrontar muchos actos de violencia indiscriminados y mortíferos contra su población y que tiene el derecho, y en realidad el deber, de responder a esos actos a fin de proteger la vida de sus ciudadanos³⁰. Sin embargo, no se matiza en la Opinión cuáles son esos posibles modos legítimos y conformes al derecho internacional para responder a aquellos actos y proteger al mismo tiempo la vida de sus

26. La cursiva es nuestra.

27. Cfr. Doc. A/ES-10/248, de 24 de noviembre de 2003, punto 29.

28. Cfr. S/PV. 4841, pág. 10, intervención del Representante Permanente ante las Naciones Unidas en el Consejo de Seguridad en su sesión del 14 de octubre de 2003.

29. Cfr. Doc. A/ES-10/248, de 24 de noviembre de 2003, punto 29.

30. Sobre la responsabilidad, en general, de proteger que pesa sobre un Estado, véase el informe elaborado por la Comisión Internacional sobre intervención y soberanía de los Estados, de diciembre de 2001. Cfr. <http://www.dfait-maeci.gc.ca/iciss-ciise/report-en.asp>

ciudadanos. Tampoco entra la Corte a analizar cuáles son en concreto esas necesidades militares o hasta qué punto existen en relación con la seguridad de la población israelí. Tan sólo en el párrafo 135 de la Opinión se hace mención a las posibles necesidades militares israelíes con relación el artículo 53 del IV Convenio de Ginebra. Esta norma prohíbe a toda potencia ocupante la destrucción de bienes personales salvo en el caso de una absoluta necesidad a causa de las operaciones militares. Ahora bien, la Corte se limita a recordar esta excepción, pero no analiza si en el caso concreto existen o no tales necesidades. No esgrime argumentos de fondo sobre los derechos y bienes jurídicos violados como pudiera ser, por ejemplo, el elevado número de víctimas civiles, las destrucciones de poblaciones enteras, la de infraestructuras, los daños a la agricultura... etc., que pudieran conformarse a la gravedad de la amenaza terroristas. Es más, parece olvidar que el principio de la necesidad militar no puede invocarse sin ir sobre el terreno y llevar a cabo una serie de valoraciones para saber si la necesidad existe o no³¹. Así, en vez de examinar la realidad de este principio en el caso concreto, se limita a señalar que “sobre la base del material del que dispone que —a nuestro juicio no era insuficiente, sino claro y concreto— no ha llegado al convencimiento de que las operaciones militares hicieran absolutamente necesarias las destrucciones llevadas a cabo, contraviniendo la prohibición del artículo 53 del IV convenio de Ginebra”, (párrafo 135 *in fine*).

Con este proceder se pone de manifiesto cómo la Corte no ejerce su jurisdicción de forma totalmente imparcial, puesto que se limita a analizar las alegaciones de una de las partes directamente afectada y, en cambio, no

31. El gobierno de Israel propone que una valoración de la necesidad militar de la barrera al analizar las siguientes cuestiones: a) an assessment of the security threat faced by Israel, which would in turn require an assessment of the nature and scale of terrorist attacks, the continuing nature of the threat, and the likely nature and scale of future attacks; b) an assessment of the effectiveness of the fence to address the security threat relative to other available means; c) an assessment of the motives behind the construction of the fence; d) an assessment of the routing of the fence, including an assessment of whether the routing was justified by military necessity so far as concerns individual sections of the fence; e) an assessment of the specific nature and extent of the construction, including an assessment of whether these aspects were justified by military necessity so far as concerns individual sections of the fence, to cover, for example, the issue of whether there was a justification on grounds of military necessity for those short sections of wall; f) an assessment of the specific nature of the threat to the Israeli population at different sections of the fence; g) in the light of the claim that the requirements of proportionality can better be met by different routing of the fence, an assessment of the relative threat arising as a result of such different routing and of whether the requirements of military necessity could thus be satisfied”. Cfr. Request for an Advisory Opinion... Written Statement of the Government of Israel, págs. 108-109.

busca más explicaciones ni indaga si Israel puede invocar legítimamente el estado de necesidad como motivo de exclusión de la ilicitud de su medida de protección. El equilibrado ejercicio de la jurisdicción consultiva hubiera aconsejado a la Corte analizar *motu proprio* el alcance y la aplicabilidad del artículo 25 del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional por hechos ilícitos. Este análisis no le hubiera resultado novedoso a la Corte, ya que con ocasión del asunto Proyecto Gabčíkovo Nagymaros determinó cuidadosamente el alcance de los elementos esenciales de la exención de ilicitud³². Según la citada norma, las medidas adoptadas por el Estado que pretende excluir la ilicitud de sus actos deben ser el “único modo” disponible para salvaguardar el interés general. La excusa quedará excluida si existen otros modos (por lo demás legítimos), aunque puedan ser más costosos o menos convenientes. La palabra “modo” del apartado a) del párrafo 1 del artículo 25 del proyecto no se limita a una acción unilateral sino que puede comprender también otras formas de comportamiento posibles mediante la cooperación con otros Estados o por conducto de organizaciones internacionales. Ese interés debe haber sido amenazado por un “peligro grave e inminente”; el hecho no debe “afectar gravemente un interés esencial” del Estado hacia el cual existe la obligación; y el Estado autor de ese hecho no debe haber “contribuido a que se produzca el estado de necesidad”.

Hubiera sido altamente deseable que la Corte hubiera analizado cada uno de estos elementos en el caso concreto; cosa que, evidentemente, no hace. Señala simplemente que “no está convencida de que el trazado elegido fuese la única forma de salvaguardar los intereses de Israel contra el peligro invocado como justificación de esa construcción” (párrafo 140). Resulta comprensible que no llegue a un completo convencimiento sobre este peligro, puesto que no entra a dilucidar en concreto si realmente existen causas suficientes para excluir o no la ilicitud del muro. En efecto, no se cuestiona a fondo si la barrera era el único modo de proteger al pueblo de Israel, ni cuál es el grado de responsabilidad de Israel en la incitación y provocación de los atentados suicidas o la existencia real del peligro grave e inminente como consecuencia de tantos atentados³³. Prácticamente, la

32. Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), C.I.J., *Reports* 1997, pág. 7.

33. Sobre esta cuestión, el juez ELABARY puntualiza en su opinión separada cómo una cosa es justificar y aceptar la construcción del muro como medida de seguridad, según alega Israel, y otra es aceptar que el principio de necesidad militar se puede invocar para justificar la destrucción y las demoliciones injustificadas que requiere el proceso de construcción. Cfr. A/ES-10/272, pág. 106.

Opinión de la Corte se centra sólo en cómo afectan las medidas antiterroristas israelíes sobre los intereses de la población palestina. Este aspecto es importante, pero no el único. Los demás también lo son. Por tanto, lo que falta es un examen de los hechos que podrían demostrar por qué las pretensiones esgrimidas de exigencias militares y seguridad nacional no son aplicables al muro en su conjunto. Dice que “no está convencida”, pero no demuestra los motivos por los que no está convencida y por eso sus conclusiones no son convincentes. Además, sobre tales extremos difícilmente hubiese podido alegar la Corte su falta de documentación. Disponía del informe del Secretario donde en sus anexos se recogía expresamente la propuesta palestina de intentar modificar el trazado del muro con el fin de respetar mejor la proporcionalidad. Asimismo, el escrito presentado por Israel a la Corte no reconociendo su jurisdicción contiene entre sus argumentos mapas en los anexos y planos de la situación que podrían justificar la necesidad de la medida así como sus argumentos en materia de seguridad y de protección para sus ciudadanos.

5. LA CUESTIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD

La cuestión de la proporcionalidad es la clave en la que convergen la mayoría de los problemas señalados anteriormente. Ya se ha visto como la Corte reconoce la obligación de Israel de proteger la vida de sus ciudadanos contra la violencia indiscriminada, adoptando para ello cuantas medidas estime necesarias. Lógicamente, éstas deben estar en consonancia con el Derecho internacional y, por lo tanto, respetuosas con los derechos fundamentales de la población civil directamente afectada. Sin duda alguna, el mayor problema consiste en determinar cuál es la medida adecuada para conseguir una eficaz protección de algunos ciudadanos y que, al mismo tiempo, suponga la menor de las restricciones inevitables de los derechos fundamentales de otros ciudadanos. Este es el eterno dilema del Derecho internacional: la determinación de los criterios de proporcionalidad aplicables a cada caso concreto. Por eso, hubiera sido deseable que la Corte hubiera arrojado luz en este caso y hubiera sometido el muro y su régimen conexo al examen de proporcionalidad, utilizando en ello el amplio margen de discrecionalidad y flexibilidad del que goza en el ejercicio de la función consultiva. La necesaria ponderación de bienes enfrentados requiere que en este caso se argumente y motive suficientemente si las graves consecuencias,

sociales, económicas de esta construcción no pudiesen reducirse con otras medidas antiterroristas, que protegiesen igualmente a la población israelí.

La posible respuesta a este planteamiento no tiene por qué ser radical: muro o no, sino que bien pudieran idearse soluciones intermedias. La Organización para la Liberación de Palestina no descartaba la rectificación del trazado del muro en aras de una mayor proporcionalidad de la medida³⁴. De hecho, pocos días antes de que se pronunciara la Corte, el Tribunal Supremo israelí falló que en algunos lugares el trazado del muro había creado tal malestar entre la población local, que el Israel debía encontrar una alternativa que, si bien ofreciese menos seguridad, causará menos perjuicio a la población de la zona. Al dictaminar la existencia de tales posibilidades, el Tribunal Supremo obligó al Ejército a buscar un nuevo recorrido o adoptar nuevas medidas para no perjudicar en exceso a los 35.000 habitantes de la localidad de A-Ram, al norte de Jerusalén. En la búsqueda de la proporcionalidad y medidas alternativas el Tribunal Supremo israelí señaló que podría pensarse también en abrir más puertas y corredores de tránsito seguros entre palestinos, con el fin de causar una menor limitación en el ejercicio de los derechos y libertades de la población civil. El Comité de Defensa y Exteriores del Parlamento israelí manifestó que el Ministerio de Defensa tenía previsto instalar, efectivamente, como medidas antiterroristas, doce compuertas, una cada cinco kilómetros en el tramo de la carretera que, por hallarse al este del muro, estará más expuesta a ataques palestinos. Según esa modificación permanecerían al este del muro tramos considerables de una importante carretera entre Jerusalén y el asentamiento de Modiin, muy transitada por los colonos en sector palestino, donde se encuentra uno de los asentamientos judíos más poblados y la transitada carretera 443, que comunica Modiin y Jerusalén. Según este nuevo plan israelí cien de los doscientos kilómetros de la barrera en esa zona, entre Jerusalén y el asentamiento de Elkana, penetrarían en Cisjordania, mientras que el resto transcurrirá a lo largo de la “línea verde” que separa a ese territorio de Israel.

Lo que queremos destacar con estas explicaciones tan concretas es que la rectificación del trazado era otra posibilidad que podría haberse tenido en cuenta, puesto que había sido alegado por Palestina, presente en el proceso. Al margen ya, si este nuevo trazado se aproximara mucho o poco a lo que la Corte pudiera considerar permitido por el Derecho internacional lo importante es que el fallo israelí pondera la proporcionalidad en concreto. En

34. Cfr. A/ES-10/248, Informe del Secretario, de 24 de noviembre de 2003, pág. 13.

cambio, de la Opinión de la Corte se ponen de manifiesto con claridad dos aspectos. Por una parte, que la motivación de la Opinión es francamente defectuosa, ya que no entra en el debate jurídico de la proporcionalidad que hubiese sido necesario. Se limita a señalar en el párrafo 140 que “a la luz del material del que dispone, no está convencida de que la construcción del muro a lo largo del trazado elegido fuera la única forma de salvaguardar los intereses de Israel contra el peligro invocado como justificación de esa construcción”. Pero como ya hemos dicho antes, no indica los motivos por qué no está convencida. Por otra, que no ejerce hasta el final su función consultiva ya que no entra a analizar como debe entenderse y aplicarse el principio de proporcionalidad en el caso concreto. Además, en el párrafo 141 deja un interrogante abierto acerca de qué tipo de medidas de protección se ajustan a las normas del Derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Todo esto cuestiona, en definitiva, la equidad objetiva en la administración de la justicia internacional.

6. ¿CÓMO COMBATIR EL TERRORISMO INTERNACIONAL?

En la actualidad es incuestionable que todo acto de terrorismo internacional constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales. Ahora bien, el problema surge a la hora de definir qué tipo de medidas se pueden adoptar para combatir legal y eficazmente esta amenaza. Como se ha señalado, esta cuestión es esencial para calar el problema de fondo del muro/valla de Israel. Sin embargo, hay que tener presente que no todos los Estados están igualmente afectados por la amenaza terrorista ni son “destinatarios” directos de estas amenazas. Por ello, es razonable pensar que determinadas medidas pueden ser consideradas por ciertos Estados como estrictamente necesarias para defender a su población, mientras que otros, que no son objeto de tales ataques las consideren como no conforme al Derecho internacional o simplemente excesivas o desproporcionadas. De ahí, que en la valoración jurídica de la legalidad de una medida no puedan darse respuestas estándar, sino que hay que analizar caso por caso todas y cada una de las circunstancias, situaciones de hecho y de Derecho, sus posibles justificaciones y acuerdos que acompañan a la adopción de tales medidas.

En la actualidad, nadie puede poner en duda que el terrorismo internacional a gran escala tal y como lo estamos experimentando, no sólo presenta un peligro para muchos Estados, sino que además socava los principios y valores de las sociedades democráticas³⁵. La comunidad internacional no puede permanecer pasiva. Ha de combatir todo acto de terrorismo, se llame como se llame, y con todos medios legítimos a su alcance. Es lógico por tanto, que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas haya aprobado diversas medidas, actuando bajo el capítulo VII de la Carta y gracias a Dios que por unanimidad. Con la resolución 1189 (1998), de 13 de agosto de 1998, el Consejo reafirmó el principio establecido por la Asamblea General en la Declaración de Principios de Derecho Internacional que rigen las relaciones de amistad y cooperación entre Estados, la resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, de la Asamblea General, por la que se establece el deber de todo Estado “de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar... en actos de terrorismo en otro Estado o de consentir actividades organizadas en su

35. Sobre este problema, cfr. entre otros: DE ARÍSTEGUI Y SAN ROMÁN, G.: “El nuevo terrorismo y las nuevas amenazas”, en *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y de la Seguridad*, Colección Escuela diplomática nº 7, Madrid, 2003, págs. 109-124; FROWEIN, J. A.: “Der Terrorismus als Herausforderung für das Völkerrecht”, *ZaöRV*, 2002, 62/4, págs. 880-905.

territorio encaminadas a la comisión de dichos actos, cuando los actos impliquen recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza”. Ahora bien, es importante analizar la aplicabilidad de este principio en el conflicto israelo-palestino, ya que como es bien sabido, Palestina aún no es un Estado en el sentido jurídico del término, y los atentados suicidas y demás actos de violencia no se perpetúan desde el territorio de otro Estado, sino que tales actos provienen del mismo territorio ocupado por Israel, siendo sus gentes las víctimas de tales actos.

El Consejo de Seguridad ha recordado la obligación de abstención de cualquier acto en relación con el terrorismo que pesa sobre todos los Estados. Obliga, por tanto, a Israel sin duda alguna. Pero nadie negará tampoco que Palestina este exenta de tal obligación, aunque por el momento no haya alcanzado su estatuto jurídico definitivo como Estado independiente. Puesto que éste es su objetivo primordial y constituye la meta final de las negociaciones de paz en Medio Oriente, sería contradictorio aspirar a ser un Estado, asumiendo sólo o parcialmente algunos de sus responsabilidades y derechos; sí aquellos que le pueden ser favorables en un determinado momento y no aquellos otros que conlleven obligaciones de peso y quizá algo incómodas. Es más, en su actual situación jurídica ya se le ha reconocido capacidad y legitimidad para actuar en el plano internacional, casi como si fuese un Estado, personándose ante la Corte en este procedimiento consultivo. Por tanto, consideramos que no se puede negar la obligación de las autoridades palestinas de abstenerse de apoyar, instigar, consentir u organizar cualquier acción terrorista motivados por la intolerancia o el extremismo. De lo contrario, esta negación no correspondería a sus constantes y legítimas reivindicaciones de que se le reconozca como Estado³⁶. Sin embargo, el problema de fondo radica en las peculiares circunstancias de los territorios donde se cometen los atentados. El Estado de Israel no es quien administra, controla y gobierna estos territorios ocupados, sino que la administración está confiada a la Autoridad Nacional Palestina. Es una cuestión de matices, pero de matices importantes, ya que la Corte en el párrafo 139 de su opinión, reconoce el derecho inmanente de Israel a su legítima defensa en caso de un ataque armado de un Estado contra otro. Pero como Israel no alega, porque no alega casi nada, que los ataques dirigidos contra él sean imputables a un Estado extranjero, la Corte considera que su

36. Cfr. S/2003/529, de 7 de mayo de 2003, sobre las fases de la hoja de ruta, que se basa en el logro de progresos, para avanzar hacia una solución permanente, en que se prevean dos Estados, del conflicto israelo-palestino.

posible justificación no puede fundarse en el ejercicio de su legítima defensa del artículo 51 de la Carta. Si no se pueden invocar razones de legítima defensa en la construcción de este muro, cabría pensar que se pueden esgrimir argumentaciones de seguridad y de actuación necesaria contra las amenazas a la paz y seguridad internacionales.

En efecto, del párrafo 138 de la Opinión se desprende el derecho de los Estados a defenderse sin hacer referencia a la existencia de un ataque armado de otro Estado, en la medida en que la Corte no niega que las resoluciones 1368 (2001), de 14 de septiembre y 1373 (2001), de 28 de septiembre del Consejo de Seguridad reconocen el derecho de los Estados a usar la fuerza en defensa propia contra ataques terroristas³⁷. Cabría cuestionarse por lo tanto, por qué se rechazan medidas no basadas en la fuerza pero encaminadas al mismo fin. Recordemos, no obstante, brevemente, las citadas las resoluciones. En el preámbulo de la 1368, se decía textualmente “que esos actos, al igual que cualquier acto de terrorismo internacional, constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales”. Con términos muy semejantes, la 1373 recuerda la misma idea, pero va más allá al invitar a los Estados a “luchar con todos los medios, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, contra las amenazas a la paz y la seguridad internacionales representadas por los actos de terrorismo” y a “prevenir y reprimir los actos de terrorismo, en particular, acrecentando su cooperación” y que complementen la cooperación internacional adoptando otras medidas para prevenir y reprimir en sus territorios, por todos los medios legales, la financiación y preparación de esos actos”. En las correspondientes partes dispositivas el Consejo no limita la aplicación de estas resoluciones a ataques terroristas cometidos bajo determinadas circunstancias dependiendo, por ejemplo, de la nacionalidad o *status* del autor del acto ni del lugar desde donde se planifica o donde se ejecuta el ataque. Tampoco existe nada implícito en ellas que permita deducir tales limitaciones, sino más bien lo contrario³⁸. La parte dispositiva de la resolución 1373 no deja lugar a dudas cuáles son las medidas que deben adoptar los Estados para combatir de forma

37. Sobre este extremo resulta altamente interesante la posición de PETER KOVACS, en este mismo Anuario, acerca de la corrección de las resoluciones del Consejo, adoptadas tras los atentados terroristas del 11-S, que echaría por tierra las tesis contrarias a la intervención armada preventiva en casos de terrorismo, por ejemplo, como sucedió en Afganistan.

38. Así lo estima también el juez BÜRGENHAL en su opinión separada con referencias expresas a la doctrina estadounidense, (THOMAS FRANK: “Terrorism and the right of self-defense”, *American journal of international law*”, vol. 95, 2001, págs. 839-840). Cfr. A/ES-10/273, pág. 94, punto 6.

pacífica y en conformidad con la Carta cualquier acto de terrorismo internacional. Por lo que aquí respecta, hay que destacar las medidas b) y g) del punto 2. La primera impone a los Estados la obligación de “adoptar las medidas necesarias para prevenir la comisión de actos de terrorismo, inclusive mediante la provisión de alerta temprana...”. Y la segunda obliga a “impedir la circulación de terroristas o de grupos terroristas mediante controles eficaces en frontera y controles de la emisión de documentos de identidad y de viaje...”. Con estas precisiones, parece obvio que desde el punto de vista jurídico Israel puede recurrir a la construcción del muro/barrera como derecho a defenderse de los ataques terroristas. Sin embargo, hay que preguntarse por qué la Corte considera que estas resoluciones no son aplicables al caso. Si no lo hace, es porque sólo reconoce la existencia de un derecho inmanente de legítima defensa en caso de ataque armado de un Estado contra otro en el sentido del artículo 51 de la Carta, (párrafo 139 de la Opinión). Nada se puede objetar a esta afirmación. Sin embargo, dudo que sea pertinente para responder a los argumentos israelíes, ya que las resoluciones 1368 y 1373 no hacen referencia alguna a un ataque armado de un Estado contra otro, sino que en ellas el Consejo califica a los actos de terrorismo como amenazas a la paz y seguridad internacionales, sin más consideraciones ni matizaciones, por lo que decide actuar de conformidad con el capítulo VII y adopta una serie de medidas que obligan a los Estados³⁹. Y entre estas medidas, no se descarta impedir la circulación de terroristas o de grupos terroristas mediante controles eficaces. Como señala el juez KOOIJMANS, estas dos resoluciones introducen un elemento completamente nuevo a la hora de defenderse contra los actos de terrorismo que constituyen una amenaza contra la paz y seguridad internacionales. Esta novedad consistiría en que este derecho a defenderse no requiere que el ataque armado provenga de otro Estado⁴⁰. Y el hecho de que la Corte haya pasado por alto —continúa el citado juez— este nuevo elemento, resulta preocupante por las implicaciones jurídicas de estas resoluciones que marcan innegablemente un nuevo enfoque en la interpretación y aplicación de estos conceptos.

7. CONSIDERACIONES FINALES

39. Sobre la rotundidad del contenido de estas resoluciones, cfr. BERMEJO GARCÍA, R.: *El conflicto árabe-israelí en la encrucijada: ..., op. cit.*, págs. 219-222.

40. Cfr. A/ES-10/273, págs. 83-84.

Dada la complejidad del conflicto israelo-palestino es evidente que no se puede pretender abordarlo en unas cuantas líneas. Bien sabe también la Corte que la solución política, social y jurídica depende de la buena fe de las partes en las negociaciones de paz. De hecho, la Opinión recomienda vivamente a los órganos políticos su intercesión. De ahí, nuestras reservas a esta interferencia del poder judicial habida cuenta del efecto contraproducente de esta declaración de ilegalidad. Lógicamente, la respuesta de los dirigentes políticos que no se hizo esperar⁴¹, y lamentablemente, la vida de palestinos e israelíes sigue expuesta a mayores peligros y a intensos “días de penitencia”. La continuación de la construcción del muro, además del elevado coste que representa para las arcas israelíes (unos 2.000 millones de dólares), pone en peligro la reanudación del proceso de paz. Esta Opinión condenatoria y poco argumentada no puede pretender un acercamiento entre las partes para la negociación del futuro Estado palestino. Y al mismo tiempo, tampoco se puede pretender que fructifique una negociación de terceros. Nunca será aceptada por las partes. En definitiva, desde el punto de vista social y político, la Opinión no ha conseguido más que un mayor distanciamiento de las partes.

Desde el punto de vista jurídico, la Opinión tampoco puede salir bien parada. Incluso ya casi no se habla del tema. Parece como si la Corte no se hubiera pronunciado y debemos preguntarnos por qué. Como se ha señalado, la Corte ha desaprovechado la ocasión de ayudar realmente a aclarar uno de los problemas centrales del Derecho internacional: la proporcionalidad entre unas medidas de protección y el debido respeto de los derechos humanos de las personas afectadas por tales medidas. Además, la falta de motivación suficiente y de argumentaciones convincentes, así como sus análisis poco profundos y faltos de concreción hacen —permítaseme decirlo con claridad— que esta Opinión resulte un tanto decepcionante. La falta de

41. Baste recordar en este sentido algunas de las reacciones de los dirigentes políticos de ambas partes. El presidente de la Autoridad Palestina, Yaser Arafat, se felicitó desde Ramala (Cisjordania) al día siguiente de que la Corte hiciera pública su Opinión, por la decisión de condena del muro racista, considerando que el dictamen de la Corte suponía una victoria para los palestinos (Cfr. <http://www.laopinion.com> de 10 de julio de 2004) Y como era lógico esperar, el gobierno de Israel manifestó a través de su Ministro de exteriores, Silvan Shalom, que no acataría el fallo de la Corte, aunque podrían revisar el trazado del muro si se alcanzaba un acuerdo con los palestinos. (Cfr. <http://www.terra.es> de 9 de julio de 2004).

equidad en la administración de justicia⁴² y la precipitación en la respuesta⁴³ invitan a cuestionarse la credibilidad de la institución y del conjunto del sistema multilateral. Siempre quedará el consuelo y la admiración de la valía jurídica de algunos de sus jueces quienes no temen valorar y calificar esta actitud del alto tribunal.

42. Cfr. A/ES-10/273, opinión separada de la jueza HIGGINGS, págs. 67-70; juez BÜRMENTHAL, págs. 92-95 y juez OWADA, págs. 116-118.

43. El factor tiempo explica también esa falta de rigor en la respuesta. Recuérdese cómo la solicitud de Opinión fue dirigida a la Corte el 8 de diciembre de 2003. Las vistas orales tuvieron lugar los días 23 al 25 de febrero de 2004 y la Corte falla su dictamen el día 9 de julio del mismo año, es decir, en un plazo inferior a los 5 meses. En su conjunto, la Corte ha trabajado en tiempo récord (8 meses desde que se elevó la consulta). Es loable que el órgano judicial quiera agilizar sus procedimientos, sin embargo, en un caso como este puede resultar sospechoso. A modo de ejemplo, recordemos cómo en el asunto sobre la legalidad del uso de armas nucleares la Corte tardó más de 19 meses en dar su Opinión (desde el 15 de diciembre de 1994 hasta el 8 de julio de 1996).