

UN PUEBLO DEAMBULA EN GAZA

A PEOPLE WANDER IN GAZA

Antonio REMIRO BROTONS*

Palabras clave: Corte Internacional de Justicia, Genocidio, Medidas provisionales, Palestina, Israel

Keywords: Genocide, International Court of Justice, Israel, Palestine, Provisional Measures.

SUMARIO: 1. PRELIMINARES. 2. LA LEGÍTIMA DEFENSA. 3. EL CONTEXTO. 4. CISJORDANIA Y GAZA, BAJO OCUPACIÓN ISRAELÍ. 5. PAZ POR (MENOS) TERRITORIO. 6. DE LA HOJA DE RUTA A LA HOJA DE PARRA, LA CORTE INCORDIANDO. 7. DIOS TE GUARDE DE LA SIMETRÍA DE LOS ASIMÉTRICOS. 8. DE VUELTA AL CALOR DE LA CORTE PORQUE EL CAPÍTULO VII DE LA CARTA ESTÁ CONGELADO. 9. EL ÓRDAGO DE ÁFRICA DEL SUR. 10. LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN UNA ESTRATEGIA PROCESAL. 11. LOS RELATOS ENFRENTADOS. 12. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE ÁFRICA DEL SUR. 13. LA EXISTENCIA DE UNA CONTROVERSIAS ENTRE LAS PARTES. 14. LA PROCEDENCIA DE MEDIDAS PROVISIONALES: LA 'INTENCIÓN GENOCIDA'. 15. ¿PULVERIZACIÓN DEL TEST DE LA 'PLAUSIBILIDAD'? 16. PERJUICIO IRREPARABLE Y URGENCIA. 17. LAS MEDIDAS OPORTUNAS. 18. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS (JUDICIALES). 19. PALESTINA NO ES UN PROBLEMA, ES UNA TRAGEDIA.

1. PRELIMINARES

El 7 de octubre de 2023 se ha incorporado ya a la lista sin fin de efemérides trágicas de nuestra reciente historia. *Hamas*, con la colaboración de la *Jihad Islámica*, asestó el más duro golpe padecido por Israel desde su creación en 1947. Introduciéndose en su territorio desde Gaza, a pesar de ser ésta una de las fronteras más vigiladas del planeta, los guerrilleros palestinos abatieron a no menos de mil doscientas personas, hirieron a varios miles, capturando y arrastrando consigo a la *Franja* a más de doscientas, militares y civiles, de cualquier género y edad.

El gobierno israelí desearía que cualquier análisis se detuviera aquí, en este criminal hecho, de todo punto condenable, y se hiciera abstracción de su reacción, que debería darse por legítima y justificada con independencia de sus medios y consecuencias. El jefe Netanyahu, y en su estela toda clase de ministros y voceros, han utilizado, incluso, un lenguaje intimidatorio para atajar que los pensamientos de algunos —sean políticos o académicos— se transformen en opinión libremente expresada. El señor Netanyahu, con la arrogancia del león herido, ha llegado a exigir el cese del Secretario General

* Catedrático emérito de Derecho Internacional Público de la Universidad Autónoma de Madrid. Miembro del Instituto de Derecho Internacional (antonio.remiro@gmail.com).

de las Naciones Unidas, señor Antonio Guterres. La acusación de *antisemitismo* está lista para quienes no batan palmas por la operación armada desencadenada por Israel para responder a tan gravísima ofensa.

A partir de ahí han de hacerse varias puntualizaciones. En primer lugar, si del examen de la situación se desprende la condena de la operación armada israelí tal y como se ha llevado —y se está llevando— a cabo al escribir estas líneas, ello no convierte a los críticos en *antisemitas*. Es imposible que lo sean, conceptualmente, pues *semitas* son todas las partes implicadas. Tampoco son *antijudíos* porque, aunque la acción ejecutada parece contar con un apoyo masivo de la población judía asentada en Israel, no faltan en ella las voces discrepantes, que se multiplican más allá. Pueden ser considerados, eso sí, *antisionistas*, pues el *sionismo* que inspira al gobierno que preside el señor Netanyahu es, en sí mismo, una permanente amenaza para la paz por el expansionismo racista que promueve, de todo punto incompatible con las normas fundamentales del Derecho Internacional.

2. LA LEGÍTIMA DEFENSA

Examinar la operación armada de Israel desde el punto de vista de la *legítima defensa* plantea problemas de principio. El primero aflora cuando se considera la condición del atacante. Si se sostiene que la legítima defensa es un derecho natural, inmanente, frente al ataque armado de otro *Estado*, ¿habrá de aceptarse que *Hamas*, autoridad *de facto* en Gaza, lo representa? ¿Qué Estado es ese? ¿Palestina? Israel no reconoce su existencia. Gaza y Cisjordania tienen la consideración de territorios *ocupados* por Israel, responsable de su seguridad dentro del cumplimiento de sus obligaciones como Estado ocupante. Por otro lado, si prescindiendo de este dato, se asume el prisma de la legítima defensa, la acción de *Hamas et al.* es de guerra y se configura como crimen de esta naturaleza en la medida en que incurre en hechos tipificados como tales, y hasta puede ser calificada como genocidio, habida cuenta del ideario declarado de los atacantes. La legítima defensa no permite, en todo caso, una liberación incondicional y absoluta de la fuerza armada; la acción, amén de inmediata, ha de ser necesaria y proporcionada para atajar la agresión, a la espera —que puede ser eterna, ciertamente— de que el Consejo de Seguridad se haga cargo de la situación. El recurso a la fuerza armada, aun legítimo, ha de operar dentro de los límites del Derecho Internacional. No se puede responder al crimen con el crimen. Además, las represalias armadas están fuera de la ley.

La *ley del talión* —ojo por ojo...— no es sólo judía; pero el Antiguo Testamento se refiere a ella en más de un pasaje y los sionistas le tienen no menos devoción que la que guardan a la Biblia como fuente de títulos jurídicos sobre el *Gran Israel*. La *ley del talión* es, sin embargo, un pálido reflejo de la fuerza aplicada en Gaza por las fuerzas armadas israelíes (el IDF), asistidas en Cis-

jordanía por la banda canalla de colonos militantes. Las estadísticas aumentan cada día, pero al cerrar estas líneas se contabilizan en Gaza más de veintisiete mil muertos (de ellos el setenta por ciento mujeres y niños), siete mil desaparecidos bajo los escombros, decenas de miles de heridos, cerca de dos millones de desplazados, veintitrés de los treinta y seis hospitales totalmente fuera de servicio, infraestructuras arruinadas, barrios enteros destruidos, carencia de alimentos, combustible y toda clase de servicios básicos... una, en definitiva, “catástrofe épica humanitaria”.

3. EL CONTEXTO

Naturalmente, es obligado situar los hechos en su contexto. *Hamas et al.* no han surgido de la nada como una hidra venenosa; son un nuevo apunte en el libro-registro de una historia de violencia que ha alimentado y consolidado las posturas más radicales, hasta acabar adoptando, junto a una línea de acción política y de gestión social, otra de acción bélica que incluye métodos terroristas.

Esos métodos no fueron ajenos a los patriotas judíos en los orígenes del Estado de Israel. Fueron ellos quienes pusieron la bomba en el Hotel Rey David que acabó con la vida del conde Bernadotte, enviado del Secretario General de Naciones Unidas, en 1948. Seguramente no estaba en sus cuentas, pero esta acción, impune, permitió a la Corte Internacional de Justicia, en una de sus primeras opiniones consultivas, afirmar la institución de la *protección funcional*, que faculta a una Organización Internacional doblar con su protección la *diplomática* de la que es titular el Estado de la nacionalidad de la víctima, Suecia en el caso en cuestión. No sé la condición profesional de los empleados de la UNRWA, pero son más de un largo centenar las víctimas mortales de la actual operación israelí.

Esa misma organización —la UNRWA— fue consecuencia de la vigorosa acción de expulsión de palestinos de sus hogares y aldeas —la *Nabka*— en 1948 para dar al nuevo Estado de Israel una cierta continuidad en un territorio expandido a expensas del que adjudicaba a Palestina la resolución fundadora de la Asamblea General (res.181-II). Como los refugiados han aumentado sobrecogedoramente en el mundo, Naciones Unidas tuvo que crear una Agencia global, la ACNUR; pero, a pesar de la insistente presión de Israel para liquidar la UNRWA, que considera poco menos que un vial de agentes hostiles (y algunos, entre miles de empleados, lo han sido), la agencia ha sobrevivido, entre enormes dificultades, pagando su tributo en sangre. Sus instalaciones han sido bombardeadas, a pesar de que las fuerzas armadas israelíes conocían sus coordenadas. Y ahora dieciséis respetables países de *Occidente* —no España que, por el contrario, ha aumentado su aportación— han decidido cortar sus contribuciones, aplicando un castigo colectivo a los desamparados refugiados palestinos en el momento de mayor zozobra. No

me faltan las palabras para calificar el hecho, pero la naturaleza académica del medio para el que escribo estas líneas reclama mi contención.

Ciertamente, el dibujo territorial discontinuo, como manchas de leopardo, previsto por la resolución 181-II era, en sí mismo, poco realista y muy disfuncional, entre poblaciones enfrentadas, una de las cuales contaba con los medios y la determinación de ejecutar sus planes. Israel salió reforzado territorialmente de la primera de las guerras árabe-israelíes e ingresó en la ONU en 1949. El Estado palestino quedó en barbecho, con Cisjordania y Jerusalén oriental ocupados y anexionados por Jordania en 1950 y Gaza bajo la administración militar de Egipto.

4. CISJORDANIA Y GAZA, BAJO OCUPACIÓN ISRAELÍ

Estos territorios revirtieron a Israel en 1967 como consecuencia de su victoria en la llamada *guerra de los seis días* y me parece oportuno señalar los hitos más significativos de la acción y omisión del Consejo de Seguridad en relación con ellos.

Siete de las doce resoluciones adoptadas por el Consejo en 1967 tuvieron que ver con esta guerra. A su terminación, el Consejo (res. 237) instó a Israel a que garantizase la protección de los habitantes de los territorios ocupados, facilitase el regreso de los desplazados y respetase escrupulosamente los principios humanitarios en el trato de los prisioneros de guerra y de los civiles conforme a los Convenios de Ginebra (1949). Unos meses después el Consejo (res. 242) sentó los *principios* de una *paz justa y duradera*: 1) el retiro de las fuerzas armadas israelíes de los territorios ocupados; y 2) el respeto y reconocimiento de la soberanía, integridad territorial e independencia política de todos los Estados de la zona y de su derecho a vivir en paz dentro de fronteras seguras y reconocidas. El Consejo afirmaba, además, la *necesidad* de garantizar este objetivo con medidas como la creación de *zonas desmilitarizadas*, la libertad de navegación por las vías internacionales y una *solución justa del problema de los refugiados*.

Como se volvió a la guerra en 1973 (*guerra del Yom Kippur*), el Consejo hubo de *instar* de nuevo a las partes (res. 338) a la aplicación íntegra de la res. 242 (1967). Desde antes (res. 252, de 1968; 298, de 1971) el Consejo advirtió que las medidas legislativas y administrativas para modificar el estatuto de Jerusalén y de los territorios ocupados, incluidas las expropiaciones de tierras, eran nulas. Israel no sólo no hizo caso, sino que fue a más, hasta acabar anexionando formalmente la parte oriental de la Ciudad Santa en 1981, lo que fue rechazado enfáticamente y declaró internacionalmente ilegal el Consejo (res. 476 y 478, de 1980; 497 de 1981).

Otro tanto ocurrió con los asentamientos de colonos judíos en los territorios ocupados. Obviamente no existían antes de 1967. Diez años después los

colonos eran apenas cuatro mil. El Consejo advirtió que la política de asentamientos no tenía validez legal, constituía una violación manifiesta del Cuarto Convenio de Ginebra (1949) y era un serio obstáculo para una paz completa, justa y duradera en Oriente Próximo; incluso estableció una comisión de tres miembros para examinar la situación (res. 446 y 452, de 1979; 465, de 1980). Israel no sólo se negó a cooperar, sino que rechazó oficialmente las resoluciones.

Al disponer de armas, los colonos más extremistas provocaron algunos incidentes luctuosos de los que se hizo eco el Consejo (res. 471, de 1980). Ya en 1990 los civiles palestinos muertos y heridos en enfrentamiento con las fuerzas de seguridad de Israel dieron pie a nuevas resoluciones, incluso al ademán de enviar misiones de encuesta, rechazadas por Israel (v. res. 672 y 673). Asimismo, el Consejo hubo de señalar la violación de las obligaciones de Israel conforme al Cuarto Convenio de Ginebra al hilo de la práctica sistemática de la deportación de civiles palestinos (v., por ej., res. 607, de 1988, 694, de 1991, 799, de 1992). Al comenzar la última década del siglo XX, los colonos judíos eran ya cien mil. El efecto del retorno de los judíos a Palestina era amplificado por la negativa a admitir el mismo derecho de los palestinos refugiados en otros países al que ya se había referido la Asamblea General (res. 194-III, de 1948), al término de la primera *guerra árabe-israelí*, y el Consejo de Seguridad (res. 237, de 1967), al concluir la de los *seis días*.

5. PAZ POR(MENOS) TERRITORIO

En octubre de 1991 se abrió en Madrid una Conferencia para la Paz en Oriente Próximo que giró fundamentalmente sobre la cuestión palestina. Uno de sus frutos fue la firma en Oslo, en septiembre de 1993, de una Declaración de Principios por Israel y la Organización para la Liberación de Palestina (OLP), que abría una puerta a la solución definitiva del conflicto. La OLP renunciaba a los métodos terroristas y reconocía a Israel. Mutada en Autoridad Nacional Palestina (ANP) con competencias limitadas en Gaza y Cisjordania, la OLP era el interlocutor válido y aceptado en una negociación que debía buscar acuerdos para acabar con los asentamientos judíos en los territorios ocupados, decidir el estatuto de Jerusalén oriental, resolver el problema de los refugiados y ofrecer fronteras seguras a Israel. Las partes se dieron cinco años para llegar a un “arreglo permanente” *justo, global y duradero*, sobre la base de las resoluciones 242 (1967) y 338 (1973). La Declaración se consideró por muchos como el embrión del futuro Estado palestino (que, por otra parte, había sido proclamado por el Consejo Nacional palestino en el otoño de 1988, una vez que Jordania renunció a todo derecho sobre Cisjordania). *Paz por territorios* fue el eslogan simplificador del objetivo perseguido.

Lamentablemente, las sucesivas rondas de negociaciones no prosperaron. Israel, dispuesto a dismantelar los asentamientos de colonos judíos en Gaza

(lo que hizo en la primavera de 2006), donde su situación era insostenible, no detuvo su política de asentamientos en Cisjordania, sino que la amplió, especialmente en los alrededores de una Jerusalén declarada capital del Estado única e indivisible, que no estaba dispuesto a compartir; planteó nuevas reducciones territoriales del futuro Estado palestino en Cisjordania (*paz por menos territorios*), haciendo arabescos semánticos con la interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad; volatilizó las expectativas del retorno de los refugiados palestinos más allá de los gestos simbólicos; reclamó el control de vías y recursos estratégicos en Cisjordania, del espacio marítimo y aéreo... Prácticamente concibió el futuro de los palestinos en Cisjordania y Gaza en términos similares a los que en África del Sur inspiraron la creación de los *bantustanes*.

Eso condujo a un nuevo levantamiento civil (*intifada*) en 2000 (antes lo había habido en 1987), y a la aparición y desarrollo de partidos y movimientos más radicales (*Hamas, Jihad islámica...*) que, con el tiempo, acompañaron con métodos terroristas el ejercicio del derecho de resistencia frente a la ocupación y a una represión de las fuerzas armadas de Israel con más de cinco mil víctimas mortales palestinas en lo que va de siglo y métodos que no resisten la prueba de las llamadas *reglas de La Haya*, de la Cuarta Convención de Ginebra y los principios fundamentales del DI humanitario o de los Pactos de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos.

6. DE LA HOJA DE RUTA A LA HOJA DE PARRA, LA CORTE INCORDIANDO

En 2003, Estados Unidos, Rusia, la Unión Europea y el Secretario General de las Naciones Unidas (el *Cuarteto*), respondiendo a una incitación del Consejo de Seguridad (res. 1397, de 2002), convino una *hoja de ruta* (que el Consejo hizo suya, res. 1515, de 2003) a fin de reanimar la negociación de una solución política que hiciese realidad en 2005, sobre la base de las resoluciones 242 (1967), 338 (1973) y 1397 (2002), la visión de dos Estados viviendo uno junto a otro en paz y seguridad.

El 9 de julio de 2004 la Corte Internacional de Justicia tuvo ocasión de pronunciarse sobre la situación de Palestina, requerida por la Asamblea General a aclarar las *Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado*; un muro de seiscientos kilómetros levantado para hacer irreversible la ampliación de un Jerusalén judío, los asentamientos en Judea y Samaria y la seguridad de Israel. La Corte estimó que la localización y trazado del *muro*, justificado por Israel como una medida temporal para luchar eficazmente contra el terrorismo, era una medida desproporcionada en relación con el propósito declarado, violatoria de las obligaciones de Israel como potencia ocupante e incompatible —un obstáculo grave— con el ejercicio de la libre determinación del pueblo palestino, al

consagrar con un *fait accompli* la anexión ilegal de una parte de los territorios ocupados (donde se encuentra el ochenta por ciento de los asentamientos judíos “en contravención del Derecho Internacional”) y forzar nuevas modificaciones demográficas por el abandono inducido de los palestinos. La Corte sacó las debidas consecuencias: Israel debía dismantelar el muro y reparar los daños producidos; los miembros de las Naciones Unidas no sólo no debían reconocer la situación creada, sino que debían hacer respetar a Israel el Derecho Internacional, en particular el Derecho Internacional Humanitario.

En la primavera de 2006, *Al Fatah*, históricamente dominante en la OLP y en la ANP, perdió las elecciones parlamentarias. La victoria de *Hamas*, calificada como organización *terrorista por* Israel, Estados Unidos y la mismísima Unión Europea, condujo a la retirada de los planes de asistencia internacional por conductos oficiales, a la enésima retención de fondos palestinos por las autoridades israelíes y a desarrollar nuevas operaciones militares en Gaza y Cisjordania, desde donde se lanzan regularmente cohetes contra asentamientos judíos en los territorios ocupados y poblaciones israelíes limítrofes, que crean más zozobra que daño...

En estos años, las resoluciones del Consejo han apoyado el “concepto de una región en que dos Estados, Israel y Palestina, vivan uno junto al otro dentro de fronteras seguras y reconocidas” y han exhortado a las partes a negociar conforme a planes elaborados por sucesivos enviados especiales norteamericanos y, más adelante (res. 1515, de 2003), siguiendo la *hoja de ruta* elaborada por el *Cuarteto*; pero ha pasado por alto que las hechuras del Estado llamado Palestina será, en el mejor de los casos, un *bantustán* de Israel. La hoja de ruta acabó siendo de parra.

7. DIOS TE GUARDE DE LA SIMETRÍA DE LOS ASIMÉTRICOS

Las resoluciones del Consejo han sido falaces al predicar la simetría, la equidistancia, de las formas frente a la asimetría de los ilícitos y la manifiesta desigualdad de las partes. Puede buscarse una atenuante para el Consejo en el hecho de que Estados Unidos bajo sucesivas administraciones ha impuesto su veto siempre que se ha querido condenar la violencia israelí, su uso desproporcionado de la fuerza, sus represalias armadas, sacar consecuencias de su incumplimiento de la resolución 242 (1967), enviar observadores o misiones de investigación a los territorios ocupados. Lo ha hecho siempre que se ha querido adoptar una resolución con base en el Capítulo VII de la Carta, jamás mencionado, arguyendo que condenar sólo a Israel no propicia el apaciguamiento de la región y la aproximación de las partes. Pero Estados Unidos ha vetado también proyectos que condenaban los ataques de colonos y fuerzas de seguridad israelíes contra civiles palestinos considerándolos — dice— *desequilibrados*.

La actitud del Consejo, sobre todo en los últimos años, ha sido el principal nutriente de la justificada acusación de agravio comparativo, de *doble rasero*. No hay, seguramente, en la historia de la Organización un infractor más persistente de sus resoluciones que Israel ¿Por qué, después de más de cincuenta años de recalcitrante desafío a la ley internacional como potencia ocupante de (Gaza y) Cisjordania no se le han impuesto sanciones, no se ha situado en los territorios ocupados una misión de mantenimiento de la paz, unos observadores siquiera? La pregunta es pertinente, sobre todo si se tiene en cuenta que ya en 1980 el Consejo, tras constatar, una vez más, “la persistente negativa de Israel” a dar cumplimiento a sus resoluciones, *reafirmaba* su *determinación* de “examinar medios prácticos” de conformidad con la Carta, para lograr su cabal aplicación (res. 476). Sólo estupefacción puede causar leer que el 30 de junio de 2010 el Consejo (res. 1934) solicitaba de nuevo a las *partes interesadas* la aplicación *inmediata* de la resolución 338 (1973), aprobada treinta y siete años antes. Y no digamos ahora. En fin...

8. DE VUELTA AL CALOR DE LA CORTE PORQUE EL CAPÍTULO VII DE LA CARTA ESTÁ CONGELADO

El 30 de diciembre de 2022, la Asamblea General acudió de nuevo a la Corte por vía consultiva instando su pronunciamiento sobre las *consecuencias jurídicas de las políticas y prácticas israelíes (que afectan a derechos humanos del pueblo palestino) en el territorio palestino ocupado*. El voto en la Asamblea fue, desde luego, muy dividido. Luego, en el procedimiento escrito, han participado una cincuentena de Estados y organizaciones internacionales autorizadas a tal fin. El procedimiento oral debe abrirse el 19 de febrero de 2024. Cuando escribo estas líneas faltan tres semanas; cuando tú las leas puede que las audiencias se hayan cerrado y se haya iniciado la fase de deliberación de la Corte. Es razonable pensar que la situación desencadenada por la acción de *Hamás et al.* el 7 de octubre de 2023 y la reacción del gobierno y fuerzas armadas de Israel en Gaza, va a ser objeto de particular escrutinio.

Más aún cuando en el camino se ha cruzado un año después, el 29 de diciembre de 2023, la demanda que por vía contenciosa ha interpuesto África del Sur contra Israel, a la que acusa de genocidio. Y no está de más recordar que unas semanas antes, el 17 de noviembre, la misma África del Sur, con otros países (entre ellos, Bolivia), requirió del Procurador de la Corte Penal Internacional la inclusión del genocidio en la investigación de los posibles crímenes ocurridos en los territorios ocupados, que inició el 3 de marzo de 2021 y avanza con ciertas dificultades. Esta investigación podría desembocar en la imputación de crímenes internacionales a cualesquiera individuos a los que puedan ser atribuidos, incluido el señor Netanyahu.

Pero ciñámonos ahora al procedimiento incoado por África del Sur ante la Corte Internacional de Justicia. El demandante ¿habría tomado esta iniciati-

va de haber ejercido debidamente sus competencias el Consejo de Seguridad? Éste, condicionado siempre por Estados Unidos, ha sido incapaz de ordenar un *alto el fuego*. El 6 de diciembre el Secretario General invocó la facultad que le atribuye el artículo 99 de la Carta, instando al Consejo a ordenarlo. Israel se sintió muy ofendido; aún faltaba mucho para rematar la tarea y no pensaba cejar en su furia destructora. Un proyecto de resolución votado el 8 de diciembre obtuvo trece votos a favor. Reino Unido se abstuvo y Estados Unidos lo hizo, una vez más, en contra, impidiendo su adopción. Cabe preguntarse la clase de liderazgo al que aspira Estados Unidos. El apoyo diplomático, la ayuda financiera y el suministro de armas a Israel, no parece la mejor expresión de la búsqueda de la paz.

Vista la inoperancia del Consejo, la Asamblea General adoptó el 12 de diciembre una resolución (A/RES/ES/-10-22), no vinculante, en que se reclamaba el *alto el fuego* en Gaza. Una vez más los miembros de la Unión Europea actuaron en orden disperso: dos votaron en contra (Austria y la República Checa) y siete se abstuvieron (entre ellos, ¡ay! la España del gobierno *de progreso*). Debe creer la Unión que, evitando el colapso de la Autoridad Nacional Palestina con subvenciones, lava su imagen, escamotea su escasa relevancia y puede seguir viéndose a sí misma como adalid de los derechos humanos y severo fiscal de los crímenes internacionales.

Antes (el 15 de noviembre) y después (el 22 de diciembre) el Consejo de Seguridad logró, sí, aprobar sendas resoluciones (la 2712 y la 2720), ajenas al ejercicio de los formidables poderes que otorga al Consejo el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, centradas en la facilitación de la asistencia humanitaria a una población civil palestina que deambulaba de un lugar a otro, huyendo de las bombas y buscando desesperadamente agua, pan y cobijo.

La segunda resolución es más extensa y precisa. Para entonces ya se había producido una primera “pausa humanitaria”, que no tuvo continuidad. En su parte dispositiva, reitera la exigencia de “liberación inmediata e incondicional de todos los rehenes”, deplora “todos los ataques contra civiles y bienes de carácter civil,...y todos los actos de terrorismo”, reafirmando el deber de todas las partes de abstenerse de atacar y destruir bienes indispensables para la supervivencia de la población civil y exigiendo que las partes permitan y faciliten “la entrega inmediata, segura y sin trabas de asistencia humanitaria a gran escala directamente a la población civil palestina”, pidiendo que se adopten medidas urgentes para “crear condiciones que lleven al cese sostenible de las hostilidades”. La resolución solicita al Secretario General que nombre rápidamente un “Coordinador Superior de Asuntos Humanitarios y de la Reconstrucción”, a fin de que, con el personal y equipo necesarios, establezca un “mecanismo de las Naciones Unidas para acelerar la entrega de los envíos de socorro... a través de Estados que no son partes en el conflicto, consultando a todas las partes pertinentes”, a las que exige cooperar con el

Coordinador, ayudando a garantizar que la ayuda llegue a su destino civil. La resolución reitera su “inquebrantable compromiso con la aspiración a la solución bi-estatal” y destaca “la importancia de unificar la Franja de Gaza con la Ribera Occidental (Cisjordania) bajo la Autoridad Palestina”. La resolución exhorta a todas las partes a que hagan pleno uso de los mecanismos de notificación humanitaria y evitación de conflictos para proteger todos los emplazamientos humanitarios, incluidos los locales de las Naciones Unidas, y facilitar la circulación de los convoyes de ayuda. Como vemos, el Consejo limita su capacidad operativa a la asistencia humanitaria en un conflicto que es incapaz de atajar; mucho menos atribuir responsabilidades.

9. EL ÓRDAGO DE ÁFRICA DEL SUR

La demanda de África del Sur, (co)redactada según parece, por John Dugard, acreditado jusinternacionalista, miembro del *Institut de droit international*, es (84 páginas), más extensa de lo habitual y muy documentada (574 notas al pie). Probablemente Dugard estaba implicado en la tarea cuando el 19 de noviembre el *Bureau* del Instituto sometió al voto de sus miembros una *Declaración sobre la situación presente en Oriente Medio*, tan pulcra como aséptica, y bastante contemporizadora desde un punto de vista político. Dugard se abstuvo motivadamente, señalando que el documento no intentaba siquiera contextualizar la situación, para reflejar su gravedad, o pronunciarse sobre la respuesta de las instituciones internacionales encargadas de mantener la paz, garantizando el respeto del Derecho Internacional y el escrutinio de la conducta de los responsables. La *Declaración*, dice Dugard, presenta los principios relevantes del Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos en un vacío, sin reconocer que la “presente situación” es la consecuencia de 76 años de injusticia internacional hacia los palestinos. Crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y posible genocidio habían sido cometidos a gran escala. Las instituciones internacionales (el Consejo de Seguridad, debido sobre todo a Estados Unidos; la Corte Penal Internacional, la Unión Europea), habían fallado en su tarea primordial de mantener la paz y asegurar el respeto del Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos. No cabe más que estar de acuerdo con sus palabras. Si la *Declaración* fue endosada por noventa y nueve miembros del Instituto, de ciento doce votantes (con cuatro votos negativos y nueve abstenciones), fue porque un buen número de ellos, incluidos los miembros del grupo español, aun insatisfechos, consideraron que eso era mejor que nada.

África del Sur ha insistido en que ha debido asumir su obligación como parte en la Convención sobre el genocidio porque la “comunidad internacional” ha fallado al pueblo palestino, como antes falló en Ruanda, en Bosnia-Herzegovina o en Myanmar. Ahora, se habla mucho de respaldar la de-

manda de África del Sur. No hay ningún obstáculo para hacerlo en términos políticos, mediante las oportunas declaraciones que pueden difundirse y hacerse llegar a la Corte. En este sentido, al iniciarse las audiencias orales el 11 de enero, doce Estados (Palestina, Malasia, Turquía, Jordania, Maldivas, Bolivia, Venezuela, Pakistán, Bangladesh, Namibia, Nicaragua y Brasil) y dos organizaciones regionales (la Liga Árabe y la Organización de Cooperación Islámica) habían expresado su apoyo a la demanda. Como puede observarse, no aparece en la relación ningún miembro de la OTAN, salvo la excéntrica Turquía, ni de la Unión Europea. En España, la vicepresidente segunda del Gobierno, ha solicitado respaldar la demanda sudafricana, pero el presidente tiene otras preocupaciones.

10. LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN UNA ESTRATEGIA PROCESAL

Con la demanda, África del Sur solicitó la adopción de medidas provisionales, a saber, la inmediata suspensión de todas las operaciones militares de Israel en y contra Gaza; asimismo, que desistiese de cualesquiera acciones que pudiesen conducir a la muerte, daño físico o mental, o infligir al pueblo condiciones de vida concebidas para su destrucción total o parcial, como pueden ser, entre otras, la expulsión y desplazamiento forzoso, la privación de agua, alimentos, medicinas y asistencia humanitaria; también debía Israel abstenerse de cualquier acción susceptible de agravar o extender la disputa y tomar todas las medidas razonables a su alcance para prevenir el genocidio y castigar todas las conductas que conduzcan a él y para conservar las pruebas, permitiendo a tal fin el libre acceso de misiones de encuesta; Israel, por último, debería informar a la Corte de las medidas tomadas en el plazo de una semana y, luego, a intervalos regulares. La Corte reaccionó con notable rapidez, al convocar audiencias en la segunda semana de enero (los días 11 y 12) y decidir mediante Orden del 26. Habían transcurrido, pues, 28 días desde que se presentó la solicitud, y 14 desde que se inició la deliberación.

El incidente de medidas provisionales tiene una importancia primordial en los procedimientos por genocidio. Se suele producir en momentos críticos, con gran expectación pública, es patente la gravedad de la situación subyacente, se evacuan rápidamente y, si nos atenemos a los precedentes, con buenos resultados en general para los solicitantes.

Así ha ocurrido en los casos *Gambia c. Myanmar*, acusado del genocidio de una minoría de religión musulmana (los *Rohingya*), y *Ucrania c. Rusia*, a la que no se acusa de genocidio, sino de emplear la fuerza armada bajo la falsa alegación de que Ucrania estaba cometiéndolo sobre las poblaciones de las regiones orientales de Donetsk y Lugansk. En el caso *Gambia c. Myanmar* la Orden se adoptó por unanimidad. En el de *Ucrania c. Rusia*, por trece contra dos. Ahora, en el caso *África del Sur c. Israel*, las votaciones han sido de quin-

ce contra dos/dieciséis contra uno, según los diferentes apartados de la parte dispositiva.

Luego, el procedimiento se demora, porque el demandado suele plantear excepciones preliminares a la competencia de la Corte o a la admisibilidad de la demanda, que consumen su tiempo. Además, la prueba es compleja y costosa. Después de largos años puede ocurrir que las excepciones prosperen o que las sentencias de fondo acaben con reconocimientos parciales y limitados (*Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro*) o fracasando (*Croacia c. Serbia*). El procedimiento instado por Bosnia-Herzegovina consumió cerca de catorce años. El de Croacia, más de quince. Gambia demandó a Myanmar el 11 de noviembre de 2019 y se prevé cerrar el procedimiento escrito sobre el fondo el 16 de diciembre de 2024. La demanda de Ucrania contra Rusia, de 26 de febrero de 2022, está pendiente de que la Corte se pronuncie, ahora, dos años después, sobre las excepciones preliminares de Rusia. Lo va a hacer el 2 de febrero de 2024, dentro de tres días cuando redacto esta contribución. Ya lo habrá hecho cuando la leas.

11. LOS RELATOS ENFRENTADOS

En sus alegatos ante la Corte, África del Sur condena los hechos del 7 de octubre de 2023, pero sitúa la respuesta de Israel en el contexto de la continua violación de los derechos de los palestinos desde su guerra fundacional de 1948. Israel, en cambio, no quiere saber nada del pasado anterior al 7 de octubre, la mayor matanza planificada de judíos en un solo día desde el Holocausto, con más de un centenar de rehenes aún en manos de *Hamas*, culpable absoluto. Según Israel, África del Sur distorsiona los hechos al presentarlos como un enfrentamiento entre una población inerte y un ejército genocida; el conflicto real es entre un *Hamas* genocida y unas fuerzas armadas respetuosas del Derecho Internacional Humanitario. Israel llega a acusar a África del Sur de complicidad con *Hamas*; hace con ello un arabesco; pero no se atreve a retrucar planteando la violación por el demandante de la Convención sobre el genocidio. En su declaración, el juez Nolte llama la atención sobre la incapacidad de las partes en percibir al *otro*.

En la Orden del 26 de enero, la Corte hace sucinta referencia a los hechos del 7 de octubre y a las consecuencias de la operación militar “de gran envergadura” que ha sido su respuesta para fijar el contexto del asunto planteado y su plena toma de conciencia de la tragedia humana sobrevenida. La Corte señala que distintos órganos e instituciones de Naciones Unidas se ocupan del asunto; se citan en particular las resoluciones pertinentes de la Asamblea General (A/RES/ES-10-21, de 27 de octubre, y 10/22, de 12 de diciembre de 2023) y del Consejo de Seguridad (2712, de 15 de noviembre, y 2720, de 22 de diciembre) y se advierte que la intervención de la Corte es limitada por su objeto: la aplicación de la Convención sobre el genocidio.

12. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE ÁFRICA DEL SUR

Justamente, África del Sur ha justificado su demanda por el derecho y el deber que le incumbe, como parte de la Convención, de prevenir y perseguir este gravísimo crimen. Cualquier otro Estado parte, que no hubiera formulado una reserva al artículo IX (que incorpora la cláusula por la que pueden someterse a la Corte las controversias sobre la interpretación y aplicación de la Convención), podría haberlo hecho. En números, ciento treinta y cinco de ciento cincuenta y tres Estados partes.

Que sea África del Sur la demandante permite evocar los tiempos, hace cincuenta años, en que esa misma África del Sur, bajo un régimen de segregación racial (*apartheid*) y subordinación de la mayoría negra, era demandada por dos países del continente, Liberia y Etiopía, ante una Corte que les negó su legitimación activa por carecer de un interés propio dañado por el demandado. Esta “denegación de justicia”, como recuerda ahora la juez Xue en su declaración, produjo una gran indignación y ensució sobremanera la reputación de la Corte. De hecho, condujo a su ostracismo por varios años. Ahora, África del Sur rinde homenaje a su propia historia, demandando a un país al que considera infractor de derechos humanos fundamentales de un pueblo, el palestino, cuyo territorio ocupa o controla. Al hacerlo, África del Sur asume un liderazgo del que otros, más próximos a los palestinos, se han escabullido.

Israel no ha impugnado la legitimación activa de África del Sur para demandarle; no obstante, la Corte ha querido recordar que en el asunto *Gambia c. Myanmar* (Orden de 23 de enero de 2020) ya advirtió que las obligaciones asumidas en la Convención son *erga omnes partes* y, en consecuencia, el interés común de prevenir, reprimir y castigar el genocidio implica que cualquier Estado parte puede, de darse el caso, invocar la responsabilidad de otro y acudir a la Corte en los términos en que lo permite el artículo IX de la Convención. Se trataba, pues, de un punto jurisprudencialmente resuelto, que la Corte ha querido remachar. Myanmar había hecho juegos malabares para discutir la legitimación de Gambia, arguyendo, *inter alia*, que sólo los Estados directa y particularmente implicados en la situación podían servirse del artículo IX de la Convención, lo que conducía a Bangladesh (a cuyo territorio habían huido cientos de miles de individuos de la minoría *rohingya*), país que había formulado una reserva al artículo IX y, por lo tanto, no podría invocar el artículo IX contra Myanmar.

13. LA EXISTENCIA DE UNA CONTROVERSIA ENTRE LAS PARTES

Ahora bien, la operación del artículo IX de la Convención arranca, como premisa, de la existencia de una controversia entre las partes en la fecha del depósito de la demanda, en nuestro caso, el 29 de diciembre de 2023. Para un

lego el punto no ofrece duda: ¿cómo negar que África del Sur ha denunciado a Israel por genocidio e Israel lo rechaza en términos categóricos?, pero ante la Corte hay que hilar más fino y la posibilidad de escapar por ahí es siempre tentadora. Se trata de una cuestión de fondo, no de forma ni procedimiento. Si no había controversia en esa fecha, no sólo decaería la solicitud de medidas provisionales, sino la misma demanda, por muerte súbita. Myanmar lo intentó frente a Gambia, sin éxito. Pero recordemos que este expediente sirvió a la Corte para desembarazarse —si bien con una votación muy dividida (nueve a siete en dos casos y empate con voto dirimente del presidente en otro) de las demandas planteadas por las Islas Marshall contra India, Paquistán y Reino Unido en relación con las obligaciones relativas a la negociación de la cesación de la carrera de las armas nucleares y del desarme nuclear.

Ahora Israel ha jugado a fondo esta carta y lo ha hecho con habilidad, pero sin fortuna. La negación de que la controversia había cristalizado antes del 29 de diciembre de 2023, como sostenía África del Sur, giraba en torno al hecho de que la correspondencia diplomática bilateral sobre este asunto era tardía; había comenzado sólo el 21 de diciembre, ocho días antes del depósito de la demanda, y no había habido oportunidad de tratar de salvar las discrepancias mediante una reunión de las partes. El juez *ad hoc* Barak, en su opinión separada, deja caer sobre África del Sur una sospecha de mala fe.

La Corte, sin embargo, no ha concedido particular importancia al intercambio diplomático bilateral, realmente lo desdeña por omisión y, atendiendo a declaraciones públicas de las partes, algunas en instituciones multilaterales, de autorizados representantes de unos y otros, ha estimado existente la controversia el 29 de diciembre de 2023.

14. LA PROCEDENCIA DE MEDIDAS PROVISIONALES: LA 'INTENCIÓN GENOCIDA'

Una vez que ha constatado la existencia de controversia entre las partes, la Corte ha pasado a examinar las condiciones que le permiten adoptar medidas provisionales, a saber: 1) que es competente *prima facie* sobre el fondo del asunto; 2) que es *plausible* la existencia de los derechos que se trata de proteger y su relación con las medidas requeridas; y, 3) que pueden darse perjuicios irreparables si no se procede urgentemente.

En esta contribución sólo quiero destacar un elemento: el *dolus specialis*, la intención genocida, el ánimo de destrucción de al menos una parte sustancial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, ínsito en este crimen, que permite no sólo caracterizarlo, sino diferenciarlo de otros crímenes (de guerra, de lesa humanidad), también muy graves, pero sobre los que la Corte carece de competencia. Sabemos que, llegado el momento de tomar una decisión de fondo o sobre excepciones preliminares, la Corte exigirá un estándar

altísimo de prueba de la intención genocida, al punto de reclamar una prueba directa o, al menos, la prueba de que esa intención es la única y necesaria inferencia que se deriva de los hechos probados. Pero, ¿ahora?

La intención genocida juega en dos tableros, en el de la apreciación de la competencia *prima facie* de la Corte, y en el de la *plausibilidad* de los derechos recogidos en la Convención que se trata de proteger frente al riesgo de un perjuicio irreparable. Los derechos son *plausibles* si *plausible* es una intención genocida, también requerida para establecer *ratione materiae* la competencia de la Corte. El estándar de apreciación de la intención genocida se rebaja en este incidente, pero ¿hasta qué punto?

En sus alegatos, África del Sur advierte en las acciones de Israel un patrón sistemático de conducta que, vinculando los hechos a los tipos registrados en el art. II de la Convención, permiten inferir el genocidio. Las declaraciones incendiarias de conspicuos representantes israelíes vendrían a confirmarlo. África del Sur entiende que, en este trámite, debía ser suficiente con que la intención genocida no sea descartable como hipótesis. Israel ha considerado que se debe ser más exigente; su esfuerzo ha ido dirigido a convencer a la Corte de que esa hipótesis era inverosímil, por sus antecedentes, respetabilidad y conducta virtuosa.

La Corte constata en la Orden que los palestinos de la Franja de Gaza forman una parte sustancial de un grupo protegido, habiendo producido la operación militar de Israel numerosos muertos y heridos, destrucción masiva de viviendas, desplazamiento forzoso de una aplastante mayoría de la población y daños considerables a las infraestructuras civiles. La Corte se apoya en manifestaciones de altos funcionarios de la Secretaría de las Naciones Unidas, OMS, UNRWA, para avalar que Gaza se ha convertido en un lugar inhabitable donde el sentido de humanidad se ha extinguido, y las enlaza con las declaraciones de responsables israelíes que serían incriminatorias. La Corte menciona, asimismo, la inquietud por el claro aumento de los propósitos odiosos de carácter racista y deshumanizador hacia los palestinos desde el 7 de octubre, expresada por el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, y toma nota, sobre todo, del comunicado suscrito por 37 relatores especiales, expertos independientes y miembros de grupos de trabajo en procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos, alarmados por la retórica “visiblemente genocida” de altos responsables gubernamentales israelíes.

Sobre esta base, la Corte concluye que al menos ciertos actos y omisiones que África del Sur reprocha a Israel en Gaza parecen susceptibles de entrar dentro de las previsiones de la Convención, y que al menos ciertos derechos que África del Sur reivindica y cuya protección solicita, son plausibles. Es el caso del derecho de los palestinos de Gaza a ser protegidos contra los actos de genocidio y los actos prohibidos conexos contemplados por el artículo III,

y del derecho de África del Sur a solicitar que Israel cumpla con sus obligaciones. A su vez, por su misma naturaleza, al menos algunas de las medidas solicitadas por África del Sur guardan relación con los derechos que la Corte ha considerado plausibles.

Los alegatos israelíes no han tenido efecto en esta etapa del procedimiento. Los daños civiles en un conflicto urbano —inducido por los métodos de lucha de Hamas— son inevitables y legítimos cuando la necesidad militar lo impone, señala Israel que, dice, hace lo posible por mitigarlos y coadyuva a afrontar sus consecuencias mediante asistencia humanitaria. Israel lamenta que sus acciones de mitigación de daños, como los avisos de evacuación de la población civil para su protección, se tergiversen para convertirse en desplazamientos forzosos prohibidos. Israel ha sostenido que sus operaciones militares, en ejercicio de la legítima defensa, son respetuosas en la medida de lo posible de las normas del Derecho Internacional Humanitario y, por supuesto, nada más ajeno a su conducta y voluntad que una intención genocida. Se banaliza el genocidio, apunta. ¿Cómo puede siquiera insinuarse que Israel, un estado de derecho nacido con la divisa del “nunca más” sembrada por el Holocausto, puede ser genocida? Si se cometen otros crímenes, no conciernen a la Corte, su marco es el del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados y, en todo caso, Israel se ha dotado de la legislación e instituciones precisas para perseguirlos y sancionarlos. Por otro lado, las declaraciones de dirigentes israelíes se han manipulado y descontextualizado; no son imputables al núcleo de los responsables de la acción en Gaza. La Fiscalía comenzó a actuar el 9 de enero contra los incitadores al genocidio. En su opinión separada, el juez *ad hoc* Barak recrea este discurso, inspirado por su experiencia personal, como superviviente de un campo de exterminio y, luego, como destacado magistrado en Israel.

15. ¿PULVERIZACIÓN DEL TEST DE LA ‘PLAUSIBILIDAD’?

Este punto de la *plausibilidad* no parece definitivamente cerrado en el debate judicial. El juez Cançado Trindade que, de no haber fallecido, habría integrado el colegio de los jueces, detestaba la aplicación de este criterio frente a los gravísimos actos que violentaban la vida, la integridad, la dignidad humana. Posiblemente algunos jueces, sobrecogidos por la dimensión de la tragedia puesta ante sus ojos, han pulverizado *de facto* el estándar de la *plausibilidad*. Así entiendo que lo hizo, por ejemplo, el juez Bennouna en el caso *Ucrania c. Rusia*, pues expresó sus dudas sobre el cumplimiento de un estándar mínimo de apreciación. También podría ser el caso de la juez Xue en esta ocasión, (no en *Ucrania c. Rusia*, donde sostuvo, si mi interpretación no es errónea, que ya, en esta fase del procedimiento, el demandante debe proveer indicios, por débiles que sean, de que la intención genocida es algo más que una mera hipótesis). El juez Bhandari abunda en esta posición. Cuando deba

resolverse el fondo, la existencia del *dolus specialis* exigirá la convicción de que esa es la única inferencia que puede extraerse de los actos en cuestión; pero ahora, la índole de la campaña militar, la amplia destrucción de vidas y haciendas, y las necesidades humanitarias son por sí solas capaces de satisfacer la *plausibilidad* de los derechos reconocidos en el artículo II de la Convención.

En cambio, el juez Nolte que, como los citados, ha votado a favor de las medidas, puntualiza en su declaración que ya en esta fase la *plausibilidad* de la intención genocida debe basarse en los hechos y circunstancias aportados al procedimiento. Él cree que la Corte debería aplicar, cuando invoca los principios que animan su jurisprudencia, el criterio de distinción entre los casos, pues no son iguales, y señala las diferencias entre el presente asunto y el de *Gambia c. Myanmar*. El juez Nolte no está persuadido de que África del Sur haya demostrado *plausiblemente* que la operación militar de Israel, como tal, albergue una intención genocida, pero las declaraciones de altos funcionarios israelíes ofrecen apoyo a una posible incitación al genocidio, y es esto lo que determina su voto, una vez excluida en la Orden una medida de suspensión de las operaciones militares.

Asimismo, el juez *ad hoc* Barak considera en su opinión separada que “alguna prueba” de la intención genocida es necesaria para que la denuncia de genocidio sea plausible; Barak entiende que dicha prueba brilla por su ausencia, nada comparable a la que se manejó en el caso *Gambia c. Myanmar*; sorprendido porque no se hayan tenido en cuenta los argumentos de Israel, se empeña en desacreditar la “escasa evidencia” que alimenta la conclusión de la Corte.

La juez Sebutinde también opina que la Corte debería haber examinado la prueba disponible para identificar indicios de intención genocida, pues no basta con alegar las graves violaciones tipificadas en el artículo II de la Convención, para establecer la *plausibilidad* de los derechos protegidos; la juez no advierte, desde luego, indicios de dicha intención en nuestro caso. El alegato israelí halla en la juez ugandesa un firme, aunque aislado, baluarte. Llama, pues, la atención que en *Ucrania c. Rusia* votara a favor de las medidas provisionales ordenadas contra Rusia, que implicaban una drástica suspensión de operaciones militares, sin la delicada atención que ahora presta a los estándares de la *plausibilidad*.

16. PERJUICIO IRREPARABLE Y URGENCIA

Tras endosar la posición de África del Sur, la Corte ha verificado el perjuicio irreparable que pueden sufrir los plausibles derechos protegidos de no tomarse medidas urgentes. La condición de urgencia, recuerda, se cumple cuando los actos susceptibles de causar dicho perjuicio pueden ocurrir “en

cualquier momento”. La Corte estima que así ocurre en este caso “a la luz de los valores fundamentales que la Convención sobre el genocidio quiere proteger”. A tal efecto, recurre a la apreciación hecha por altos representantes de Naciones Unidas, comenzando por su Secretario General, sobre el riesgo de un agravamiento de la situación humanitaria ya catastrófica; más aún cuando la operación militar de Israel continúa y el primer ministro anunciaba el 18 de enero que la guerra duraría largos meses. Los datos son demoledores y sin medidas urgentes el daño será irreparable para una población que deambula entre el fuego y la inanición. La Corte estima que las medidas adoptadas por Israel en el campo asistencial, así como la persecución penal de conductas de incitación al genocidio, son estimulantes, pero insuficientes.

La consecuencia de esta posición de principio ha supuesto el rechazo de la petición israelí de que la Corte dé carpetazo definitivo a la demanda de África del Sur. El procedimiento sigue adelante. Sólo la juez Sebutinde y el juez *ad hoc* Barak se han manifestado en contra, aunque el juez *ad hoc*, Barak, más pragmático, ha votado a favor de dos de los apartados de la parte dispositiva, basándose en sus convicciones humanitarias y con la esperanza de disminuir tensiones y retóricas dañosas.

17. LAS MEDIDAS OPORTUNAS

África del Sur ha advertido que no adoptar medidas sería muy grave para los Palestinos, la integridad de la Convención y la reputación de la Corte. Los palestinos no merecen menor protección de la ya dada a otros grupos. La incapacidad de Israel para reconocer que ya ha hecho mal triturando Gaza, señala África del Sur, no es el mejor punto de partida. En todo caso, su compromiso es unilateral, precario y revocable. Sus operaciones imposibilitan la distribución efectiva de la ayuda.

La Corte ha sido sensible a estas consideraciones, pero también lo ha sido a las de los abogados de Israel, que se han tomado la molestia de desacreditar, una a una, las medidas propuestas por África del Sur, que ya no pudo replicar, al no haber segunda ronda. En su oposición a las medidas solicitadas, Israel ha introducido varias ideas relevantes. Las medidas: 1) no pueden ser unilaterales; 2) no han de prejuzgar el fondo del asunto; 3) han de justificarse debidamente. De particular interés es la crítica a la primera medida solicitada (la suspensión de las operaciones militares de Israel), que quebranta el equilibrio en la protección de los derechos de ambas partes. Israel llega a formular un ‘decálogo’ de consideraciones para proveer a dicho equilibrio. Destaquemos: ordenar la suspensión de las operaciones de Israel supone restringir su derecho a la autodefensa, causándole un perjuicio irreparable, produciendo una impresión de parcialidad y dando pie a una situación perversa. Israel sostiene que ya ha tomado medidas concretas para garantizar la existencia de los civiles Palestinos en Gaza, está dispuesto a seguir las recomendaciones

del Consejo de Seguridad, y sus agentes han dado garantías de respeto de sus obligaciones internacionales.

La Corte ha reafirmado su potestad de indicar medidas total o parcialmente diferentes a las solicitadas. Actuando en consecuencia ha suprimido unas y ha modificado otras de las solicitadas por África del Sur, atendiendo los reparos del demandado, aunque sin dar ninguna explicación de su conducta. Realmente la página escasa que dedica a su motivación no hace sino anticipar su parte dispositiva.

La Corte se ha abstenido de ordenar la suspensión de las operaciones militares de Israel; ha omitido por completo el punto; la Orden se ha limitado, pues, a exigir que Israel tome todas las medidas a su alcance para prevenir la comisión de actos susceptibles de incurrir en los tipos criminales registrados por la Convención (que implican una intención genocida), velando con efecto inmediato para que su ejército no cometa tales actos. La Orden exige también a Israel que tome todas las medidas necesarias para prevenir y castigar la incitación 'directa y pública' a cometer genocidio, así como medidas efectivas para permitir la asistencia humanitaria (estos dos puntos contaron con el voto favorable del juez *ad hoc* Barak). La Corte ha endosado la solicitud de África del Sur sobre la salvaguarda de los elementos de prueba (pero ha omitido la relativa al acceso de comités de encuesta). Por último, la Corte obliga a Israel a presentarle un informe en el plazo de un mes sobre el conjunto de medidas que haya adoptado para dar efecto a la Orden. La cláusula de evitar todo acto susceptible de agravar o extender la controversia o hacer más difícil su solución ha sido igualmente desestimada, por omisión.

18. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS (JUDICIALES)

Derivar a los jueces situaciones envenenadas por la 'política' es inevitable, incluso imperativo, cuando la 'política' conduce al crimen, más aún cuando el que se barrunta es el de genocidio. La juez Sebutinde sugiere, en su opinión disidente, que África del Sur utiliza la demanda contra Israel como un pretexto para desviar a la Corte un conflicto que ha de ser resuelto por medios diplomáticos y políticos. ¡Qué duda cabe que la decisión de la Corte no terminará con una situación compleja y multiforme como la que se vive en Oriente Próximo!, pero si se cometen crímenes y entran dentro de la competencia de la Corte, no debe ésta escapar de su propia responsabilidad.

En términos generales, ambas partes pueden sentirse satisfechas. La Corte admite preliminarmente que la demanda de África del Sur tiene recorrido. El petitorio de Israel —que no se tomen medidas, por ser innecesarias, y que se cancele el asunto definitivamente— ha sido rechazado. Pero las medidas solicitadas han sido drásticamente recortadas. Las operaciones militares de Israel pueden continuar. Probablemente éste ha sido, junto con la aprecia-

ción de la “intención genocida”, el punto más debatido, sobre el que se ha buscado un compromiso que pudiera endosar una amplia mayoría de los jueces. El alegato israelí no ha sido efectivo para atajar la procedencia de las medidas, pero sí para recortar su alcance.

En definitiva, no se pide a Israel nada que Israel no afirme que ya está cumpliendo y la exigencia de que presente un informe no más tarde del 26 de febrero podría reducirse al engorro burocrático de tener que justificarse, con números, gráficos y diagramas bien editados. Sin embargo, puede suponer algo más: una mayor moderación en el uso de la fuerza armada y una actividad más intensa en la persecución de los sionistas que traspasan los límites de la libertad de expresión. En último término, la Orden, que es obligatoria, como tiene interés la Corte en sentar expresamente, viene a añadir una pieza al cuadro de obligaciones internacionales que Israel dice estar cumpliendo. El informe se trasladará a África del Sur para observaciones, y puede dar lugar a alguna actividad judicial vinculada a su cumplimiento. Desde luego, las Órdenes no siempre son cumplidas; y ahí tenemos a Rusia como ejemplo. Pero son un factor no desdeñable en el curso de un conflicto. Estas Órdenes, como luego las sentencias o, en el procedimiento consultivo, las opiniones o dictámenes de la Corte, marcan el campo de los juicios de valor, más allá de los principios éticos, y son un instrumento de presión para que la ‘política’ recomponga su figura. Además, si la Corte constata que Israel no observa las medidas, África del Sur podría acudir al Consejo de Seguridad para garantizar su cumplimiento. El veto de Estados Unidos sería ahora políticamente mucho más costoso.

Estas medidas pueden estar en vigor durante años, mientras la Corte no se pronuncia sobre posibles excepciones preliminares del demandado o, descartadas éstas, lo hace sobre el fondo. Si, finalmente, se declara incompetente o descarta la infracción de la Convención sobre el Genocidio, las medidas provisionales habrán servido para poner coto a otros crímenes (de guerra, de lesa humanidad) sobre los que la Corte carece de jurisdicción.

La Corte ha querido tener un gesto con los rehenes israelíes en Gaza y les ha dedicado el último párrafo de la Orden que precede a su parte dispositiva; en él señala que todas las partes en el conflicto están obligadas por el Derecho Internacional Humanitario y, en este contexto, expresa su grave preocupación por la suerte de las personas capturadas durante el ataque del 7 de octubre de 2023 y retenidas desde entonces por *Hamas* y otros grupos armados, apelando su liberación inmediata e incondicional. El juez *ad hoc* Barak lo subraya en su opinión separada, aunque le hubiera gustado verlo reflejado en la parte dispositiva, tal como se ha hecho, al requerir de Israel que tome sin dilación todas las medidas efectivas para facilitar la ayuda humanitaria a la población de Gaza, que él mismo ha respaldado con su voto, una medida que, ciertamente, escapa a la economía de una Orden de esta naturaleza. La juez Sebutinde invita a África del Sur a aprovechar la cordial

relación que —se dice— mantienen algunos de sus órganos con los líderes de *Hamas*, para persuadirlos a la entrega incondicional e inmediata de los rehenes, como gesto de buena voluntad. No podría decir si se trata de una ironía o de una sugerencia bien intencionada.

El día 5 de febrero, cuatro de los actuales miembros de la Corte (Donohue, Gevorgian, Bennouna y Robinson) terminan su mandato. También se elegirá entre sus miembros nuevo presidente y vicepresidente. Con esta composición modificada la Corte afrontará futuros pasos. El presidente convocará a los agentes de las partes para fijar un calendario para el procedimiento escrito: Memoria (de África del Sur) y Contra-memoria (de Israel). Israel puede, si se deja llevar por sus emociones, reanudar de inmediato las hostilidades procesales. Pero si actúa con cálculo y frialdad esperará a que África del Sur deposite su Memoria sobre el fondo del asunto y en la fecha límite que marca el Reglamento planteará excepciones preliminares a la competencia de la Corte y a la admisibilidad de la demanda. Entonces el fantasma de la “intención genocida” volverá a hacerse presente con más fuerza, porque no bastará ya con aceptar una hipótesis, sino que será preciso probar directamente esa intención o convencer a los jueces de que esa es la única y necesaria inferencia de otros hechos probados.

19. PALESTINA NO ES UN PROBLEMA, ES UNA TRAGEDIA

La Asamblea General reconoció enfáticamente los derechos *inalienables* del pueblo palestino a la libre determinación (res. 3236-XXIX, de 1974) y a la OLP, constituida en 1964, como su representante legítimo (res. 3375-XXX, de 1975). A partir de ese momento *la mayoría mecánica* de la Asamblea puso la dialéctica descolonizadora al servicio de la causa palestina hasta el extremo de propugnar (res. 31/20...) el establecimiento de un Estado soberano sobre el solar palestino, ignorando la existencia de Israel, miembro de la Organización, declarándolo Estado *no pacífico* (res. ES-9/1, 1982). La inoperancia del Consejo de Seguridad explica la radicalización de la Asamblea, que ha aprobado durante decenios centenares de resoluciones sobre la situación de Palestina y convocado sesiones extraordinarias y conferencias internacionales, con la habitual abstención u oposición del grueso de países *occidentales*.

Palestina ha sido reconocida como Estado soberano por más del setenta por ciento de los miembros de las Naciones Unidas; pero no ha podido pasar del *status* de Estado no miembro observador, porque su solicitud de ingreso requiere una recomendación del Consejo de Seguridad que Estados Unidos bloquea, mientras traslada a Jerusalén su embajada en Israel, una iniciativa que, por cierto, ha dado pie a una demanda de la ANP ante la Corte Internacional de Justicia que, al parecer, duerme la siesta. Adoptando el más respetable de los tonos, Estados Unidos y los más conspicuos miembros de la Unión Europea han invocado cuán importante es negociar la paz sin perder

el tiempo en que Palestina se convierta en miembro de pleno derecho de la ONU; incluso se han atrevido a afirmar que un hecho semejante sería un paso atrás en la búsqueda de la paz, sin precisar de qué paz se trataba. Ciertamente es que considerar Palestina un Estado requiere imaginación y buena voluntad; pero conviene llamar la atención sobre el cinismo de quienes patrocinan, como nuevas, recetas que han fracasado en el pasado por su insuficiente implicación, cuando no su falsa y fraudulenta mediación y la cobertura que han prestado a la reiterada violación por Israel de las normas internacionales.

Casi dos tercios de Cisjordania, la zona más fértil, están bajo absoluto control militar y civil de Israel, doblando los colonos en número a los palestinos. Israel concibe el futuro de Palestina, ya lo hemos dicho, como un *bantustán* habitado por una población domesticada. El mismo Israel ha entrado en una dinámica que hace incompatible su carácter democrático y su identidad judía. Organizadas políticamente, fuertemente motivados y en absoluto ajenos al recurso a la violencia, los colonos son un poder decisivo dentro del Estado, capaz de poner y derribar gobiernos. Probablemente, un Israel sólo judío no puede ser democrático y un Israel democrático no puede ser sólo judío.

Hace más de diez años explicaba la sensación del *déjà vu* que producían los acontecimientos y la regresión vivida en la búsqueda de la paz, tanto por la violencia creciente como por la omisión de sus responsabilidades por el Consejo. Ahora no queda sino reiterarlo. La situación de Palestina ya no es un problema, es una tragedia y Gaza el punto más catastrófico. Israel sólo puede mantener su política mediante el uso continuado de la fuerza, la violación regular de sus obligaciones como potencia ocupante y, eventualmente, la renuncia al Estado democrático. Los movimientos radicales palestinos, al empeñarse en no reconocer a Israel ni las fronteras de 1967, se abocan, a su vez, a un callejón cuya única salida conduce a la escalada de un conflicto regional, que les desborda.