

El “margen protector” de la Corte Penal Internacional

The “Protective Edge” of the International Criminal Court

“A margem protetora” da Corte Penal Internacional

Ana Elena Abello Jiménez*

Fecha de recepción: 30 de julio de 2014.

Fecha de aprobación: 27 de febrero de 2015.

Doi: dx.doi.org/10.12804/anidip03.01.2015.05

Para citar este artículo: ABELLO JIMÉNEZ, A. E., “El ‘margen protector’ de la Corte Penal Internacional”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, Anidip, vol. 3, 2015, pp. 124-143. doi: dx.doi.org/10.12804/anidip03.01.2015.05

Resumen

La CPI fue creada con el fin de acabar con la impunidad y prevenir los crímenes más atroces contra la humanidad. Para desempeñar sus funciones, depende en gran medida de la cooperación de los Estados parte, lo cual la obliga a actuar con cierta prudencia, pero sin abstenerse de investigar y juzgar. Desde que Palestina reconoció la jurisdicción de la CPI, en enero de 2009, su población civil ha sufrido violencia sistemática y a gran escala en las operaciones Plomo fundido (2009), Pilar defensivo (2012) y Margen protector (2014) del Ejército israelí. En abril de 2012, la Fiscalía de la CPI decidió no abrir una investigación, porque correspondía a la Asamblea General de la ONU determinar si Palestina tenía o no la condición de Estado. Meses después, la propia Asamblea General reconoció a Palestina como Estado no miembro observador de la ONU, tras su previo reconocimiento por la Unesco y la Corte Internacional de Justicia. Con ello se despejaron los últimos obstáculos para que la CPI ejerciera su jurisdicción sobre una situación que continúa dejando miles de víctimas, pues, ¿qué sentido tiene que exista una Corte que contemple, sin inmutarse, la sucesión de delitos atroces?

Palabras clave: Palestina, Israel, Corte Penal Internacional, jurisdicción, Organización de Naciones Unidas, Artículo 12(3) Estatuto de Roma.

* Abogada, especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible, de la Universidad Externado de Colombia. LLM en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Justicia Criminal, de la Universidad de Utrecht. Asesora del vicefiscal general de Colombia.

Abstract

The ICC was created with the aim of finishing impunity and preventing the most heinous crimes against humanity. To achieve its goals it largely depends on the cooperation of States parties, which requires certain prudence but by no means implies refraining from investigating and judging. Since Palestine recognized ICC jurisdiction on January 2009, its civil population has suffered systematic and large scale violence in the operations by the Israel Defense Forces Cast lead (2009), Pillar of defense (2012) and Protective edge (2014). On April 2012 the Office of the Prosecutor decided not to open investigation considering it was the UN General Assembly duty to determine if Palestine was a State or not. Months thereafter, the General Assembly recognized Palestine as a non-member observer State, following the previous recognition of the Unesco and the International Court of Justice. The last obstacles were then cleared, so the ICC may exercise its jurisdiction on a situation that, unfortunately, continues leaving thousands of victims. Otherwise, what sense does it make to have a Court that watches undeterred horrible crimes?

Keywords: Palestine, Israel, International Criminal Court, jurisdiction, United Nations, Article 12(3) Rome Statute.

Resumo

A CPI foi criada com o fim de acabar com a impunidade e prevenir os crimes mais atrozos contra a humanidade. Para realizar suas funções depende em grande medida da cooperação dos Estados parte, o qual a obriga a atuar com certa prudência, mas de nenhuma maneira a se abster de pesquisar e julgar. Desde que a Palestina reconheceu a jurisdição da CPI em janeiro de 2009, sua população civil tem sofrido violência sistemática e a grande escala nas operações do exército israelense “chumbo fundido” (2009), “pilar defensivo” (2012) e “margem protetora” (2014). Em abril de 2012 a Promotoria da CPI decidiu não abrir uma pesquisa porque correspondia à Assembleia Geral da ONU determinar se a Palestina tem ou não a condição de Estado. Meses depois, a própria Assembleia Geral reconheceu à Palestina como Estado no membro observador da ONU, seguindo seu prévio reconhecimento pela UNESCO e a Corte Internacional de Justiça. Com isto, aclararam-se os últimos obstáculos para que a CPI exerça sua jurisdição sobre uma situação que desgraçadamente continua deixando milhares de vítimas na atualidade. Do contrário, que sentido tem que exista uma Corte que contemple sem imutar-se a sucessão de delitos atrozos?

Palavras-chave: Palestina, Israel, Corte Penal Internacional, Jurisdição, Organização de Nações Unidas, Artigo 12(3) Estatuto de Roma.

I. Introducción

La operación Margen protector¹ del Ejército israelí, desarrollada entre el 8 de julio y el 26 de agosto de 2014, dejó un saldo de 2.139 palestinos asesinados en la Franja de Gaza, en su mayoría civiles, de los cuales más de 490 eran niños y niñas (4 niños palestinos fueron asesinados por cada hora que duró la operación).² Alrededor de 11.000 palestinos resultaron heridos;³ de ellos, 3.374 son niños y alrededor de 1.000 quedarán con una discapacidad permanente.⁴ Durante la operación, la planta de energía de Gaza fue derribada, por lo que los servicios de electricidad, agua y sanidad tuvieron que ser suspendidos.⁵ Además, las bombas destruyeron numerosas casas, lo que dejó 100.000 palestinos sin hogar y 540.000 desplazados.⁶ Escuelas de la ONU, que servían de refugio a miles de palestinos, fueron bombardeadas en varias ocasiones, así como decenas de facilidades médicas y mezquitas.⁷ Por su parte, casi 4.500 cohetes explosivos fueron lanzados desde Palestina a Israel; 224 cayeron en áreas residenciales de Israel y terminaron con la vida de 70 israelíes, 6 de los cuales eran civiles, uno de ellos, niño.⁸

Aunque esta horrorosa descripción suena a un acontecimiento sacado de los anales de la historia, es la narración de un conflicto vigente en pleno siglo XXI, a pesar del amplio desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el Derecho Internacional Penal (DIP). En este sentido, resulta paradójico recordar que, hace casi setenta años, la sociedad internacional afirmó la importancia de prevenir la reproducción de este tipo de situaciones, mediante la creación del Derecho Internacional Penal.⁹ Sin embargo, la mayor parte de la inversión en investigación y desarrollo mundial sigue

1 Vid. THE JERUSALEM POST, “50 Days of Israel’s Gaza Operation, Protective Edge-by the Numbers”, Disponible en <<http://www.jpost.com/Operation-Protective-Edge/50-days-of-Israelis-Gaza-operation-Protective-Edge-by-the-numbers-372574>> [Consulta: 09.11.2014].

2 Vid. YNETNEWS, “Operation Protective Edge in Numbers”, Disponible en <<http://www.ynetnews.com/articles/0,7340,L-4564678,00.html>> [Consulta: 09.11.2014].

3 Ibid.

4 UNITED NATIONS OFFICE FOR THE COORDINATION OF HUMANITARIAN AFFAIRS, “Occupied Palestinian Territory: Gaza Emergency, Situation Report (as of 4 September 2014, 08:00 hrs)”, Disponible en <http://www.ochaopt.org/documents/ocha_opt_sitrep_04_09_2014.pdf> [Consulta: 10.11.2014].

5 Vid. ICRC BLOG, “Gaza: Water in the Land of Fire”, Disponible en <<http://blogs.icrc.org/ilot/2014/07/15/gaza-water-in-the-line-of-fire/>> [Consulta: 10.11.2014].

6 *Supra* nota 3.

7 Vid. INSTITUTE FOR MIDDLE EAST UNDERSTANDING, “50 Days of Dead and Destruction: Israel’s ‘Operation Protective Edge’”, Disponible en <<http://imeu.org/article/50-days-of-death-destruction-israels-operation-protective-edge>> [Consulta: 01.02.2015].

8 *Supra* nota 3.

9 Cfr. BLEWITT, G., “The Importance of a Retributive Approach to Justice”, en D. BLUMENTHAL y T. MCCORMACK (eds.), *The Legacy of Nuremberg: Civilising Influence or Institutionalised Vengeance?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008, p. 46.

relacionada con el uso militar.¹⁰ Hoy, a pesar de que contamos con una Corte Penal Internacional (CPI),¹¹ el conflicto palestino-israelí continúa desarrollándose con altos grados de violencia contra la población civil. Ante esta realidad, el presente ensayo analiza la función de la CPI frente al mismo.

II. La comisión de crímenes de la competencia de la CPI en el conflicto palestino-israelí: los informes Goldstone y Falk

Han sido muchas las resoluciones en las que la Asamblea General de la ONU ha llamado al cese de la ocupación¹² y la violencia, en especial contra la población civil,¹³ en el conflicto palestino-israelí. En 1968 se creó el Comité Especial para investigar las prácticas israelíes que afectaban los derechos humanos del pueblo palestino y otros habitantes árabes de los territorios ocupados.¹⁴ Años después, en 1975, se creó el Comité de la ONU para el ejercicio de los derechos inalienables del pueblo palestino¹⁵ y en 1977 la División para los derechos palestinos.¹⁶ El propio Consejo de Seguridad ha proferido más de setenta resoluciones que

- 10 Vid. OLASOLO, H., "Dignidad humana, Derecho Internacional Penal y justicia transicional", en *Estudios socio-jurídicos*, Vol. 16, Núm. 2, Bogotá, 2014, p. 7.
- 11 Para numerosos autores, el legado de Nuremberg es la CPI. Cfr. OVERY, R., "The Nuremberg Trials: International Law in the Making", en P. SANDS (ed.), *From Nuremberg to The Hague, The Future of International Criminal Justice*, Cambridge University Press, 2003, p. 9. También Cfr. CRAWFORD, J., "The Drafting of the Rome Statute", en P. SANDS (ed.), *From Nuremberg to The Hague, The future of International Criminal Justice*, Cambridge University Press, 2003, p. 112.
- 12 Por ejemplo, Vid. ASAMBLEA GENERAL, ONU, "A/RES/ES-7/1, Credentials of Representatives to the Seventh Emergency Special Session of the General Assembly", Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL8/203/77/PDF/NL820377.pdf?OpenElement>> [Consulta: 01.08.2014]. También Vid. ASAMBLEA GENERAL, ONU, "A/RES/ES-7/6, Question of Palestine", Disponible en <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/ES-7/6> [Consulta: 01.08.2014], también Vid. Asamblea General, ONU, "A/RES/3376 (XXX), Question of Palestine", Disponible en <<http://www.worldlii.org/int/other/UNGARsn/1975/20.pdf>> [Consulta: 01.08.2014].
- 13 Por ejemplo Vid. ASAMBLEA GENERAL, ONU, "A/RES/ES-10/16, Illegal Israeli Actions in Occupied East Jerusalem and the Rest of the Occupied Palestinian Territory", Disponible en <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/ES-10/16> [Consulta: 01.08.2014], también Vid. ASAMBLEA GENERAL, ONU, "A/RES/ES-7/9, Question of Palestine", Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL8/204/07/PDF/NL820407.pdf?OpenElement>> [Consulta: 01.08.2014], también Vid. ASAMBLEA GENERAL, ONU, "A/RES/ES-7/5, Question of Palestine", Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL8/203/83/PDF/NL820383.pdf?OpenElement>> [Consulta: 01.08.2014].
- 14 ASAMBLEA GENERAL, ONU, "A/RES/2443 (XXIII), Respect for and Implementatios of Human Rights in Occupied Territories", Disponible en <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2443\(XXIII\)&Lang=E&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2443(XXIII)&Lang=E&Area=RESOLUTION)> [Consulta: 01.08.2014].
- 15 ASAMBLEA GENERAL, ONU, A/RES/3376 (XXX), Op. cit., Disponible en <<http://www.worldlii.org/int/other/UNGARsn/1975/20.pdf>> [Consulta: 01.08.2014]. Vid. ASAMBLEA GENERAL, ONU, A/RES/ES-7/1, Op. cit., Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/209/73/IMG/NR020973.pdf?OpenElement>> [Consulta: 01.08.2014].
- 16 ASAMBLEA GENERAL, ONU, "A/RES/32/40 (A+B), Credentials of Representatives to the Thirty-second sesión of the General Assembly", Disponible en <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/32/40&Lang=E&Area=RESOLUTION> [Consulta: 01.08.2014].

señalan las violaciones de Israel al Derecho Internacional.¹⁷ Por su parte, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU ha presentado seis informes periódicos sobre la situación de Palestina¹⁸ y desde 1993 se ha establecido un relator especial sobre la situación de derechos humanos en los territorios ocupados de Palestina.¹⁹ Hace poco, se creó una comisión para investigar las presuntas violaciones de derechos humanos y DIH ocurridas durante la operación Margen protector, desde mediados de junio de 2014.²⁰

A pesar de las acciones de la ONU, lo cierto es que ya van muchos años sin que mejore la situación en el conflicto palestino-israelí,²¹ como lo refleja la operación mencionada.²² Lamentablemente, esta no es la excepción, sino la regla general del tipo de violencia generada en dicho conflicto, como lo muestran las operaciones Plomo fundido y Pilar defensivo, llevadas a cabo por el Ejército israelí en 2009 y 2013. En la primera murieron 1.434 palestinos, 960 de los cuales eran civiles y 13 israelíes, entre los que se encontraban 3 civiles. Asimismo, hubo 5.503 palestinos

-
- 17 HAMMOND, J., "Rogue State: Israeli Violations of U.N. Security Council Resolutions", *Foreign Policy Journal*, Disponible en <<http://www.foreignpolicyjournal.com/2010/01/27/rogue-state-israeli-violations-of-u-n-security-council-resolutions/view-all/>> [Consulta: 01.08.2014].
- 18 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, "A/HRC/19/20, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the implementation of Human Rights Council resolutions S-9/1 and S-12/1", Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-20_en.pdf> [Consulta: 01.08.2014], CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, "A/HRC/16/71", Disponible en <<http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/3697D9A1770E0CF98525784D006E-01DA>>, [Consulta: 01.08.2014], CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, "A/HRC/13/54", Disponible en <<http://unispal.un.org/pdfs/AHRC1354.pdf>> [Consulta: 01.08.2014], CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, "A/HRC/12/37", Disponible en <<http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/71266F-7CD47BBDEA85257615004D8635>> [Consulta: 01.08.2014], CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, "A/HRC/22/35", Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.35_AUV.pdf> [Consulta: 01.08.2014], CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, "A/HRC/25/40", Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/101/77/PDF/G1410177.pdf?OpenElement>> [Consulta: 31.01.2015].
- 19 René Felber (1993-1995), Hannu Halinen (1995-1999), Giorgio Giacomelli (1999-2001), John Dugard (2001-2008), Richard Falk (2008-2014), Makarim Wibisono (2014-2020).
- 20 ASAMBLEA GENERAL, ONU, "A/HRC/RES/S-21/1, 21st Special Session of the Human Rights Council on the Human Rights Situation in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem", Disponible en <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/SpecialSessions/Session21/Pages/21stSpecialSession.aspx>> [Consulta: 31.01.2015].
- 21 La décima sesión de emergencia de la ONU constituida en 1997 refleja esta situación, al haber pasado de ser una sesión en la que se discuten asuntos urgentes, a convertirse en una conferencia intermitente para discutir asuntos del mayor interés de la comunidad internacional. *Vid.* TOMUSCHAT, C., "Introductory Note, Uniting for Peace, General Assembly Resolution 377 (V), United Nations Audiovisual Gallery of International Law", Disponible en <<http://legal.un.org/avl/ha/ufp/ufp.html>> [Consulta: 01.08.2014]. Las sesiones especiales de emergencia ocurren siempre que el Consejo de Seguridad por falta de unanimidad de sus miembros permanentes deja de cumplir su principal responsabilidad que es el mantenimiento de la paz y seguridad a pesar de haber una amenaza. Puede ser activada por el voto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad o por la mayoría de los miembros de la Asamblea General. *Vid.* GENERAL ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS, "Emergency Special Sessions", Disponible en <<http://www.un.org/en/ga/sessions/emergency.shtml>> [Consulta: 01.08.2014].
- 22 Esta operación duró 50 días y dejó más de 2.200 muertos. *Supra* nota 3.

heridos.²³ En la segunda, que duró solo una semana, murieron 174 palestinos; de ellos, 101 eran civiles (33 niños) y 1.000 resultaron heridos. Entre los israelíes, 6 civiles perdieron la vida, 4 de ellos niños y alrededor de 239 resultaron heridos.²⁴ Se destruyeron 13 instalaciones médicas y 3 hospitales fueron alcanzados por los ataques.²⁵ Fueron desplazados 2.300 palestinos.²⁶

Para nuestro análisis, resulta de particular importancia la operación Plomo fundido, pues para la época en la que ocurría, el ministro de Justicia del Gobierno de Palestina hizo una declaración escrita para reconocer la jurisdicción de la CPI en su territorio sobre los crímenes cometidos desde el 1 de julio de 2002, de conformidad con el Artículo 12(3) del Estatuto de Roma (ER).²⁷ Sobre la operación Plomo fundido se elaboró un informe, conocido como Informe Goldstone, en virtud de la misión de investigación que le fue asignada por el alto comisionado de los Derechos Humanos de la ONU.²⁸ En él se abordaron con amplitud las infracciones a las normas del DIH y del DIDH cometidas por las autoridades palestinas y, sobre todo, por las autoridades israelíes y fue claro en señalar que Israel había violado la normatividad de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y, en especial, la IV Convención de Ginebra sobre la protección de la población civil en tiempos de guerra.²⁹

El Informe Goldstone no solo afirmó que las Fuerzas Armadas israelíes cometieron homicidios y torturas contra la población civil, destrucción de sus propiedades y utilización de escudos humanos —hechos todos ellos constitutivos de crímenes de guerra—, sino que, subrayó, también privaron a la población palestina de los medios básicos de subsistencia, empleo, agua, vivienda, libertad de circulación y acceso a recursos efectivos, lo que, según el propio Informe, podría dar lugar al crimen de lesa

23 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, “A/HRC/13/53/Rev.1, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967”, párr. 3, Disponible en <<http://www.arabhumanrights.org/publications/countries/palestine/rapporteurs/a-hrc-13-53-rev1-2010e.pdf>> [Consulta: 01.08.2014].

24 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, “A/HRC/22/35/Add.1”, párr. 6, Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.35.Add.1_AV.pdf> [Consulta: 01.08.2014].

25 Ibid., párr. 25.

26 Ibid., párr. 31.

27 Vid. MINISTRO DE JUSTICIA DE LA AUTORIDAD PALESTINA, “Declaración reconociendo la jurisdicción de la CPI”, 21 de enero de 2009, Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/74eee201-0fed-4481-95d4-c8071087102c/279777/20090122palestiniandeclaration2.pdf>> [Consulta: 01.08.2014].

28 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, “A/HRC/12/48, Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories, Report of the United Nations Fact-Finding Mission on The Gaza Conflict”, Disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A-HRC-12-48.pdf>> [Consulta: 01.08.2014].

29 Ibid., párr. 1933 y 1934.

humanidad de persecución.³⁰ Asimismo, señaló la responsabilidad de las autoridades palestinas por fallar en la toma de medidas necesarias para proteger a la población civil de los ataques de los grupos armados que operan en su territorio.³¹

Este documento hizo una referencia explícita a la necesidad de declarar y cesar la impunidad, ya que cada vez que se publica un informe sobre la situación de la población civil y no se toma acción al respecto, se refuerza a Israel y su idea de ser intocable. La falta de responsabilidad genera impunidad y afecta la credibilidad de la ONU y de la comunidad internacional.³² El Informe también subrayó que la comunidad internacional tiene la obligación no solo de respetar, sino de asegurar el cumplimiento del DIH,³³ de la misma manera que la Corte Internacional de Justicia lo había reconocido en su opinión consultiva sobre las consecuencias legales de la construcción de un muro en el territorio ocupado de Palestina.³⁴ No obstante, la comunidad internacional ha permanecido en silencio y ha fallado en la toma de medidas para proteger a la población civil de la Franja de Gaza y en general del territorio ocupado de Palestina.³⁵ Todo ello en consideración de que, según el Informe, el sistema judicial de Israel no cumple con los estándares internacionales para investigar las graves violaciones al DIDH y al DIH, pues no ofrece la opción de un recurso pronto y efectivo ni garantiza la imparcialidad e independencia.³⁶

El Informe Goldstone concluyó afirmando que las graves violaciones ocurridas durante la operación Plomo fundido se encontraban dentro de la jurisdicción material de la CPI y que la investigación y el enjuiciamiento de los responsables podrían ayudar a poner fin a las mismas, a proteger a la población civil y a restaurar y a mantener la paz.³⁷ En consecuencia, se recomendó que la Fiscalía de la CPI respondiera a la mayor brevedad posible a la solicitud hecha por Palestina en su declaración del Artículo 12(3) del ER, para que la Fiscalía de la CPI procediera a abrir una investigación al respecto, en atención a los intereses de la paz y la justicia en la región y la rendición de cuentas a las víctimas.³⁸ Además, recomendó que los Estados parte de las Convenciones de Ginebra iniciaran indagaciones en sus tribunales nacionales, en consideración del principio de jurisdicción universal.³⁹

30 Ibid., párr. 1935 y 1936.

31 Ibid., párr. 1955.

32 Ibid., párr. 1957.

33 Ibid., párr. 1912.

34 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Opinión Consultiva sobre la Construcción de un muro en el territorio ocupado de Palestina", par. 163(d), Disponible en <<http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf>> [Consulta: 01.08.2014].

35 *Supra* nota 29, par. 1916.

36 Ibid., párr. 1959.

37 Ibid., párr. 1966.

38 Ibid., párr. 1970.

39 Ibid., párr. 1975.

En el año 2009, el relator especial sobre la situación de derechos humanos en los territorios ocupados de Palestina, Richard Falk, presentó su primer informe, en el que se refirió a la operación Plomo fundido denunciada ante la CPI. Señaló que el uso de la fuerza por parte de Israel fue ilegal y, si se tiene en cuenta el preexistente bloqueo a Gaza, podrían haberse cometido crímenes de guerra y de lesa humanidad, por lo que recomendó investigar a fondo para encontrar a los responsables y sugirió como opción la remisión del Consejo de Seguridad de la ONU a la CPI.⁴⁰ Este texto no pudo ser elaborado como parte de la misión de observación, pues el relator especial fue detenido y expulsado de Israel durante su visita en 2008.⁴¹ Falk presentó múltiples informes durante su mandato y en ninguno de ellos contó con la cooperación de Israel.⁴²

En 2010, Falk reafirmó los hallazgos del Informe Goldstone y pidió que se llevaran a cabo sus recomendaciones, a pesar de las críticas de Israel y la autoridad palestina.⁴³ En informes posteriores reiteró la inminente necesidad de seguir las recomendaciones de Goldstone e incluso sugirió apoyar la campaña de boicot a Israel como mecanismo para lograr el respeto de los derechos humanos del pueblo palestino.⁴⁴

En 2012, Falk presentó un informe sobre la operación militar Pilar defensivo, en el que insistió en la terrible condición de la población civil palestina debido al ataque israelí, al bloqueo de Gaza y a la ocupación de los territorios que se ha prolongado por casi medio siglo.⁴⁵

En enero de 2014 entregó su último informe; en primer lugar, señaló que, después del reconocimiento de Palestina como Estado observador no miembro de la Asamblea General de la ONU, lo correcto era dejar de referirse a ella como “los territorios

40 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, “A/HRC/10/20, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967”, Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/122/19/PDF/G0912219.pdf?OpenElement>> [Consulta: 01.01.2015].

41 Ibid., párr. 1.

42 Vid. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, “A/HRC/16/72, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967”, Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/101/90/PDF/G1110190.pdf?OpenElement>> [Consulta: 01.01.2015]; ASAMBLEA GENERAL, ONU, “A/66/358”, Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/495/52/PDF/N1149552.pdf?OpenElement>> [Consulta: 01.01.2015]; CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, “A/HRC/20/32”, Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/136/56/PDF/G1213656.pdf?OpenElement>> [Consulta: 01.01.2015]; ASAMBLEA GENERAL, ONU, “A/67/379”, Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/515/86/PDF/N1251586.pdf?OpenElement>> [Consulta: 01.01.2015].

43 *Supra* nota 24, párr. 14.

44 ASAMBLEA GENERAL, ONU, “A/65/331, “Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967”, Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/498/94/PDF/N1049894.pdf?OpenElement>> [Consulta: 01.01.2015].

45 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, “A/HRC/23/21, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967”, Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A-HRC-23%20-21_en.pdf> [Consulta: 01.01.2015].

ocupados de Palestina”, porque esta denominación pareciera legitimar la ocupación ilegal a la que ha sido sometida durante 45 años y encaja con los aparentes fines colonialistas y de limpieza étnica de Israel.⁴⁶ Afirmó que esta aceptación por parte de la ONU abre las puertas a Palestina para admitir la jurisdicción de la CPI, con el fin de que se investiguen los actos cometidos en su territorio desde 2009, en virtud de las más de 400 comunicaciones recibidas por la Fiscalía de la CPI.⁴⁷

En este informe indicó que, durante los seis años de su mandato, la Franja de Gaza soportó dos operaciones militares —Plomo fundido, en 2009 y Pilar defensivo, en 2012—, unido al bloqueo ilegal de Israel desde mediados de 2007, lo cual ha sido devastador para la población civil.⁴⁸ Por esta razón, las recomendaciones no solo van dirigidas a la ONU, sino también a la comunidad internacional, que debe investigar las actividades financieras de las empresas de sus países que se benefician de la ocupación israelí en Palestina e imponer las sanciones respectivas, como la prohibición de importaciones de productos obtenidos en los asentamientos israelíes.⁴⁹

El relator especial actual, Makarim Wibisono, ofreció su primer informe en agosto de 2014, en el que manifestó su preocupación por las graves violaciones a derechos humanos ocurridas durante la operación Margen protector⁵⁰ y se comprometió a colaborar en la atribución de responsabilidad por estas violaciones y en la prevención de su repetición.⁵¹

III. Naturaleza jurídica y alcance de las declaraciones del Artículo 12(3) del Estatuto de Roma

El 22 de enero de 2009, el Gobierno de Palestina presentó su declaración, de conformidad con el Artículo 12(3) ER, en virtud de la cual el fiscal de la CPI decidió iniciar un examen preliminar.⁵² Esta declaración reconoció a la CPI la jurisdicción para investigar todos los crímenes ocurridos en el territorio de Palestina desde el 1 de julio de 2002.

46 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, “A/HRC/25/67, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967”, párr. 4, Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/101/98/PDF/G1410198.pdf?OpenElement>> [Consulta: 01.01.2015].

47 *Ibid.*, párr. 80.

48 *Ibid.*, párr. 8, 9 y 48.

49 *Ibid.*, párr. 81(d),(e).

50 ASAMBLEA GENERAL ONU, “A/69/301, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967”, pars. 20 a 23, Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/501/90/PDF/N1450190.pdf?OpenElement>> [Consulta: 31.01.2015].

51 *Ibid.*, párr. 24.

52 *Supra* nota 28.

El Artículo 12(3) del ER permite a un Estado no parte aceptar la jurisdicción de la CPI sobre una determinada situación que haya surgido en su territorio desde el 1 de julio de 2002. Esta posibilidad también está abierta a Estados parte con respecto a situaciones producidas en su territorio o en la que hayan intervenido sus nacionales luego del 1 de julio de 2002 y con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Estatuto de Roma para el Estado del que se trate.⁵³

En consecuencia, el Estado que emite una declaración del Artículo 12(3) del ER establece el marco temporal para el que atribuye jurisdicción a la Corte, con el único límite de que la situación se hubiera producido después de la entrada en vigor del ER, el 1 de julio de 2002. En el caso de Palestina, esto significa que la atribución de jurisdicción a la CPI bien podría entenderse desde el 1 de julio de 2002, que es la fecha indicada en su declaración, hacia el futuro, pues no recoge una fecha límite. Así ocurrió con la primera declaración presentada por Costa de Marfil que, sin ser parte del Estatuto, aceptó el 18 de abril de 2003 la jurisdicción de la CPI por los crímenes cometidos dentro de su territorio desde el 19 de septiembre de 2002.⁵⁴ El 14 de diciembre de 2010 y el 3 de mayo de 2011, la Presidencia de Costa de Marfil confirmó la atribución de jurisdicción a la CPI desde el 19 de septiembre de 2002.⁵⁵

Diferente fue lo ocurrido con la declaración de Ucrania, en la que estableció un marco temporal específico y cerró, en principio, la posibilidad de que la CPI conociera de acontecimientos ocurridos antes del 21 de noviembre de 2013 y después del 22 de febrero de 2014.⁵⁶

La declaración del Artículo 12(3) no activa *per se* la jurisdicción de la CPI. Por el contrario, ese Artículo⁵⁷ se refiere a las condiciones previas para el ejercicio de la competencia y el Artículo 13 del ER⁵⁸ establece taxativamente los casos en los que la CPI podrá ejercer su competencia.⁵⁹ Estos son: la remisión de un Estado parte, la

53 Estatuto de Roma de 1998, Artículo 11, Disponible en <[http://legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)> [Consulta: 01.08.2014].

54 MINISTRO DE ESTADO Y ASUNTOS INTERNACIONALES DE COSTA DE MARFIL, "Declaración aceptando la jurisdicción de la CPI". Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/FF9939C2-8E97-4463-934C-BC8F351BA013/279779/ICDE1.pdf>> [Consulta: 01.08.2014].

55 PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COSTA DE MARFIL, "Declaración confirmando la aceptación de la jurisdicción de la CPI", Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/498E8FEB-7A72-4005-A209-C14BA374804F/0/ReconCPI.pdf>> [Consulta: 31.01.2015].

56 EMBAJADA DE UCRANIA, "Declaración aceptando la jurisdicción de la CPI", Disponible en <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/997/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf> [Consulta: 01.08.2014].

57 *Supra* nota 55, art. 12.

58 *Ibid.*, art. 13.

59 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, "Pre-Trial Chamber I, Decision on the Corrigendum of the Challenge to the Jurisdiction of the International Criminal Court on the Basis of Articles 12(3), 19(2), 21(3), 55 and 59 of the Rome Statute Filed by the Defence for President Gbagbo (ICC-02/11-01/11-129)", 15 august 2012, párr. 57, Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1454492.pdf>> [Consulta: 09.11.2014].

remisión del Consejo de Seguridad de la ONU o la decisión del fiscal. Al no estar contemplada de manera expresa la declaración de un Estado no parte como uno de los mecanismos que activan la jurisdicción de la CPI, debe interpretarse que, en estos casos, será necesario que el fiscal decida investigar *motu proprio*.

El Artículo 15 del ER⁶⁰ regula la facultad del fiscal de abrir una investigación cuando no existe remisión del Estado parte ni del Consejo de Seguridad de la ONU y es el único supuesto en el que se requiere la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP). De tal manera, el procedimiento para los Estados parte que remiten una situación a la CPI es más expedito, porque el fiscal puede abrir la investigación de modo autónomo.

Si tenemos en cuenta la regla 44 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) de la CPI, que señala que a solicitud del fiscal, el secretario podrá preguntar a un Estado no parte si tiene intenciones de hacer la declaración del Artículo 12(3) del ER, podremos entender que esta disposición ha sido contemplada en el Estatuto de Roma para que la CPI cumpla efectivamente con su propósito de poner fin a la impunidad de los crímenes más graves que azotan a la humanidad, cuando la Fiscalía se ha percatado de la comisión de crímenes establecidos en el Artículo 5 del ER, pero el Estado territorial y el de nacionalidad de los presuntos responsables no son parte del ER.⁶¹

En lo que lleva la CPI ha habido tres declaraciones del Artículo 12(3), por Costa de Marfil, Palestina y Ucrania. En todas ellas, la Fiscalía ha iniciado un examen preliminar, en aplicación de sus criterios de política criminal.⁶² Algunos autores consideran que la sola declaración del Artículo 12(3) ER no obliga a la Fiscalía a iniciar un examen preliminar, ya que no es uno de los mecanismos que activa la jurisdicción de la CPI.⁶³ No obstante, si bien es cierto que la Fiscalía actúa *motu proprio* en estos eventos, su política sobre exámenes preliminares establece que en las declaraciones del Artículo 12(3) la Fiscalía abrirá un examen preliminar sobre la situación, pero esto no genera una obligación automática de iniciar una investigación.⁶⁴

60 *Supra* nota 55, art. 15.

61 *Vid.* STAHN, C., EL ZEYDI, M., y OLASOLO, H., "The International Criminal Court's *Ad Hoc* Jurisdiction Revisited", en *American Journal of International Law*, American Society of International Law, Vol. 99, Núm. 2, 2005, p. 421.

62 OFFICE OF THE PROSECUTOR, "Policy Paper on Preliminary Examinations", November 2013, Disponible en <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20-%20Policy%20Paper%20Preliminary%20Examinations%202013.pdf> [Consulta: 08.11.2014].

63 *Supra* nota 62, p. 3.

64 *Supra* nota 63, párr. 76.

De las tres situaciones mencionadas, la única en la que la Fiscalía ha solicitado a la Sala de Cuestiones Preliminares la autorización para iniciar una investigación es la de Costa de Marfil. Dicha solicitud fue presentada el 23 de junio de 2011 y en ella definía el marco temporal de la situación que se deseaba investigar: la violencia poselectoral ocurrida desde el 28 de noviembre de 2010.⁶⁵ En su decisión de 3 de octubre de 2011, la SCP III consideró que, de acuerdo con los precedentes en la CPI,⁶⁶ si se trata de crímenes continuados que corresponden al mismo contexto, se pueden incluir a pesar de haber ocurrido con posterioridad a la solicitud de apertura de investigación de la Fiscalía, como en este caso.⁶⁷

En cuanto a delitos cometidos con anterioridad al 28 de noviembre de 2010, la SCP III expresó que la Fiscalía debía ofrecer más detalles para determinar si procedía la autorización.⁶⁸ Esta información fue presentada un mes después y, con base en ella, el 22 de febrero de 2012 la SCP III decidió extender el marco temporal, al aducir que, a pesar de que los índices de violencia entre el 19 de septiembre de 2002 y el 28 de noviembre de 2010 tuvieron distintas intensidades en diversas zonas y tiempos, debía tratarse como una sola situación, porque todo es parte de una sola disputa política prolongada.⁶⁹

Esta decisión fue controvertida por la defensa de Laurent Gbagbo e indicó que la declaración inicial presentada por Costa de Marfil el 18 de abril de 2003 solo hacía referencia a los hechos ocurridos el 19 de septiembre de 2002, en el contexto del fallido golpe de Estado. Sin embargo, la SCP III señaló que la regla 44 RPP advierte que la declaración supone la aceptación de la jurisdicción de la CPI sobre los delitos del Artículo 5 ER relevantes en la situación. Esto significa que la declaración no puede ser usada como una herramienta política, por lo que la Corte verificará que el marco temporal contenga los hechos objetivos relacionados con la misma situación.⁷⁰

65 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, "Pre-Trial Chamber III, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire", 3 oct 2011. Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1240553.pdf>> [Consulta: 09.11.2014].

66 Vid. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, "Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya", 31 mar 2010, par. 206. Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc854562.pdf>> [consulta: 09.11.2014]. También Vid. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, "Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Callixte Mbarushimana, 28 sept 2010, par. 6", Disponible en <<http://www.icclamberg.com/Caselaw/DRC/Mbarushimana/PTCI/1.pdf>> [Consulta: 09.11.2014].

67 *Supra* nota 66, párr. 184, 185 y 213.

68 *Ibid.*

69 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, "Pre-Trial Chamber III, Decision on the "Prosecutor's Provision of further Information Regarding Potentially Relevant Crimes Committed between 2002 and 2010", 22 feb 2012, pars. 36 a 38. Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1341467.pdf>> [Consulta: 09.11.2014].

70 *Supra* nota 63, párrs. 59 y 60.

La Sala de Apelaciones confirmó esta decisión y manifestó que no puede asimilarse la declaración del Artículo 12(3) del ER a la remisión de una situación por un Estado. En la declaración, salvo que se estipule expresamente, la aceptación de jurisdicción no se limita a una situación o eventos específicos⁷¹ y puede interpretarse que incluye crímenes aún no cometidos,⁷² entre otras cosas, en virtud de la función preventiva de la CPI.⁷³

En suma, si bien la declaración del Artículo 12(3) genera el inicio de un examen preliminar, cuando la Fiscalía desea abrir una investigación debe solicitar la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares. El Estado declarante será, en principio, el que marque la pauta sobre el marco temporal y la situación, pero no podrá utilizarla como un instrumento político. En consecuencia, cuando se trate de declaraciones que no contienen una fecha de cierre del marco temporal, como en el caso de Costa de Marfil y Palestina, la declaración se interpretará con amplitud y de conformidad con las evidencias objetivas para investigar todos los delitos cometidos en el contexto de la situación de la que se trate.

IV. La decisión de la Fiscalía de la CPI de cerrar el examen preliminar sobre la situación en Palestina

A pesar de la recomendación del Informe Goldstone y de haber recibido más de cuatrocientas comunicaciones sobre los presuntos crímenes cometidos en Palestina bajo su jurisdicción,⁷⁴ la Fiscalía de la CPI se demoró más de tres años en decidir sobre la apertura o no de una investigación. Para entonces, Palestina había sido reconocida como Estado por más de 130 países en sus relaciones bilaterales, así como por algunas organizaciones internacionales, incluidas ciertas agencias especializadas de la ONU, como la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco).⁷⁵ Asimismo, la Corte Internacional de Justicia había invitado al Gobierno palestino a presentar sus observaciones en el marco de las

71 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, "Appeals Chamber, Judgment on the Appeal of Mr. Laurent Kouddou Gbagbo against the Decision of Pre-Trial Chamber I on Jurisdiction and Stay of the Proceedings", 12 dec 2012, pars. 1 y 81, Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1526463.pdf>> [Consulta: 09.11.2014].

72 Ibid., párr. 80.

73 Ibid., párr. 83.

74 OFFICE OF THE PROSECUTOR, "Preliminary Examination: Closed decision not to proceed, Palestine", Disponible en http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/comm%20and%20ref/pe-cdnp/palestine/Pages/palestine.aspx [Consulta: 08.11.2014].

75 OFFICE OF THE PROSECUTOR, "International Criminal Court, Situation in Palestine", Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C6162BBF-FEB9-4FAF-AFA9-836106D2694A/284387/Situation-in-Palestine030412ENG.pdf>> [Consulta: 01.08.2014]. Vid. CENTRO DE NOTICIAS ONU, "Unesco admite a Palestina como Estado miembro", Disponible en <<http://www.un.org/spanish/News/story.asp?newsID=22130#U9RS9vl5OSo>> [Consulta: 01.08.2014].

actuaciones relativas a su opinión consultiva sobre la construcción de un muro en el territorio ocupado de Palestina, lo que, según el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, está reservado a Estados y organizaciones internacionales.⁷⁶

Aunque los elementos mencionados parecían apuntar a la consideración de Palestina como un “Estado”, para considerar válida su declaración de reconocimiento de la competencia de la CPI conforme al Artículo 12(3) del ER, lo cierto es que el entonces fiscal de la CPI, Luis Moreno Ocampo, decidió declararse incompetente para reconocer a Palestina como un Estado, porque esto le correspondía a la Asamblea General de la ONU.⁷⁷

Con ello se perdió una oportunidad histórica para hacer primar los principios del Derecho Internacional, en particular el principio de humanidad, que propende por el respeto de la persona humana en todas las circunstancias y en todo momento.⁷⁸ En nuestra opinión, la ausencia de una decisión concreta por parte de la Asamblea General no impedía que se pudiera asumir que Palestina reuniera todas las condiciones para ser reconocida como Estado para los efectos del Estatuto de Roma.⁷⁹

Ya que la CPI tiene la facultad de determinar los límites de su propia jurisdicción y competencia,⁸⁰ la Fiscalía ha debido interpretar el término “Estado” de modo que permitiera al tratado cumplir con sus objetivos,⁸¹ en particular el de impedir que los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional queden impunes y se prevenga la comisión de otros.⁸² El alto número de Gobiernos que, para la fecha, habían aceptado a Palestina como Estado, así como el reconocimiento, implícito o explícito, por la Unesco y la propia Corte Internacional de Justicia, constituían, sin duda, una poderosa razón para interpretar el Artículo 12(3) del ER en este sentido. Además, la práctica de las organizaciones internacionales ha interpretado el concepto de Estado en su sentido amplio, incluidos los cuasiestados, por ejemplo, las

76 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Estatuto de 1945, art. 66, Disponible en <<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>> [Consulta: 01.08.2014].

77 *Supra* nota 76.

78 CANÇADO, A., *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Vol. 6, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2010, pp. 59, 63, 148, 276.

79 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención de Montevideo de 1933, art. 1”, Disponible en <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-40.html>> [Consulta: 01.08.2014]. Estos criterios, por sí solos, otorgan la calidad de Estado sin que sea necesario el reconocimiento de otros Estados u organizaciones, pues de hacerlo, sería una situación que viene dada de hecho. *Vid.* BENOLIEL, D., y PERRY, R., “Israel, Palestine and the ICC”, en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 32, Núm. 1, 2010, pp. 73-127.

80 *Supra* nota 55.

81 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, art. 31(1)”, Disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>> [Consulta: 01.08.2014].

82 *Cfr.* OFFICE OF THE PROSECUTOR, “International Criminal Court, Situation in Palestine, Summary of Submissions on whether the Declaration Lodged by the Palestinian National Authority Meets Statutory Requirements”, par. 23, Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/553F5F08-2A84-43E9-8197-6211B5636FEA/282852/PALESTINEFINAL201010272.pdf>> [Consulta: 01.08.2014].

Islas Cook, que suscribieron el Estatuto de Roma⁸³ a pesar de no tener la calidad de Estado miembro de la ONU.⁸⁴

En última instancia, la Fiscalía de la CPI también hubiera podido llevar el asunto a la Asamblea de los Estados parte de la CPI.⁸⁵ Esto habría permitido a los propios Estados parte pronunciarse sobre el reconocimiento a Palestina de la condición de Estado para los efectos del Estatuto de Roma.

V. La situación posterior al cierre del examen preliminar sobre la situación en Palestina

El 29 de noviembre de 2012, apenas medio año después de la decisión de la Fiscalía de la CPI de cerrar el examen preliminar sobre la situación en Palestina, la Asamblea General lo reconoció como un Estado no miembro observador de la ONU.⁸⁶ Antes de esta Resolución, Palestina había sido admitido como observador, aunque no en la calidad de Estado.⁸⁷

Esto ha representado un avance significativo; sin embargo, sigue pendiente la decisión del Consejo de Seguridad sobre la solicitud de Palestina acerca de ser reconocido como Estado parte de la ONU.⁸⁸ Al ser Estados Unidos aliado estratégico de Israel y miembro permanente del Consejo de Seguridad, es muy probable que su voto sea negativo, como de hecho ha ocurrido cuando la ONU reconoció a Palestina como Estado no miembro observador o cuando la Unesco afirmó la condición de Estado de Palestina. En este último caso, Estados Unidos amenazó

83 Las Islas Cook depositaron el instrumento de adhesión el 18 de julio de 2008. *Vid.* CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Assembly of the States Parties, State Parties to the Rome Statute, Asia-Pacific States, Cook Islands”, Disponible en <http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/asian%20states/Pages/cook%20islands.aspx> [Consulta: 19.07.2015].

84 WORSTER, W., “The Exercise of Jurisdiction by the International Criminal Court over Palestine”, en *American University International Law Review*, Vol. 26, Núm. 5, 2012, pp. 1153-1207.

85 *Supra* nota 55, art. 112(2)(g): La Asamblea de Estados Parte “desempeñará las demás funciones que procedan en virtud del presente Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba”.

86 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, “A/RES/67/19”, Disponible en <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/67/19> [Consulta: 01.08.2014].

87 En 1974, la Resolución 3237 XXIX de la ONU reconoció a la Organización para la Liberación de Palestina (OLP) como observador. En 1988, la Resolución 43/177 de la ONU reconoció la proclamación del Estado Palestino y modificó la denominación ante la ONU, de OLP a Palestina y mantuvo su calidad de observador. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, “A/RES/43/”, Disponible en <<http://www.cinu.org.mx/biblioteca/documentos/palestina/ares43177.pdf>> [Consulta: 01.08.2014]. Sobre la evolución de Palestina en la ONU, *Vid.* EDEN, P., “Palestinian Statehood: Trapped between Rhetoric and Realpolitik”, en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 62, Núm. 1, 2013, pp. 225-239.

88 Palestina solicitó ser miembro de la ONU el 23 de septiembre de 2011. CENTRO DE NOTICIAS ONU, “Autoridad Palestina entrega solicitud de ingreso a la ONU como Estado”, Disponible en <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=21855#.U9uyd_m9YXs> [Consulta: 01.08.2014].

con retirarse de la Organización y puso fin a su respaldo económico, lo que disminuyó el presupuesto de la Unesco en un 22%.⁸⁹

A pesar de estas dificultades, el reconocimiento por la Asamblea General de la condición de Estado no miembro observador de Palestina eliminó la premisa sobre la que la Fiscalía de la CPI basó su decisión de cerrar el examen preliminar. En consecuencia, ante este substancial cambio de circunstancias, pensamos que la Fiscalía no solo tenía la capacidad, sino también la obligación de reabrir su examen preliminar de la situación en Palestina y luego proceder a su investigación.

El Estatuto de Roma no distingue entre clases de Estados para reconocer la jurisdicción de la CPI conforme al Artículo 12(3) del ER o de ratificar el Estatuto de Roma. Por lo tanto, el mero reconocimiento de Palestina como Estado por la Asamblea General debería ser suficiente para que Palestina pudiera ejecutar cualquiera de estas dos acciones, puesto que no es necesario que sea aceptada por el Consejo de Seguridad como Estado miembro de la ONU.

Esta nueva situación no pasó inadvertida para un atento observador como Richard Falk, quien en el informe final de su relatoría, en enero de 2014, reafirmó las graves violaciones al DIH y los DH cometidas en el conflicto palestino-israelí y subrayó que, con su reconocimiento como Estado no miembro de la ONU, Palestina se encuentra, ahora sí, en condiciones de admitir la jurisdicción de la CPI.⁹⁰

Entendemos que la Fiscalía de la CPI podría haberse basado en el reconocimiento de jurisdicción presentado el 21 de enero de 2009 para reiniciar su examen preliminar. No solo no existía impedimento formal que lo prohibiera, pues dicha declaración continuaba vigente mientras Palestina no emitiera una declaración que indicara lo contrario,⁹¹ sino que esta interpretación venía avalada por el alto

89 De hecho, desde 2012, Estados Unidos aprobó una ley federal que impide dar recursos a la ONU o a cualquiera de sus agencias especializadas que reconozca la categoría de Estado a Palestina. THE WASHINGTON POST, "Unesco Votes to Admit Palestine; U. S. Cuts off Funding", Disponible en <http://www.washingtonpost.com/world/national-security/unesco-votes-to-admit-palestine-over-us-objections/2011/10/31/gIQAmlEYZM_story.html> [Consulta: 01.08.2014]. En noviembre de 2013 venció el plazo para pagar y, al no hacerlo, Estados Unidos perdió su derecho al voto en la Unesco; lo mismo ocurrió con Israel. THE GUARDIAN, "US Loses Unesco Rights after Stopping Funds over Palestine Decision", Disponible en <<http://www.theguardian.com/world/2013/nov/08/us-unesco-voting-funds-palestine-decision>> [Consulta: 01.08.2014].

90 *Supra* nota 48, párr. 80.

91 Costa de Marfil presentó un escrito el 14 de diciembre de 2010 que confirma la declaración hecha el 18 de abril de 2003 en la que aceptó la jurisdicción de la CPI. Esta es una declaración voluntaria, de acuerdo con el cambio de Gobierno en el país, pero de ninguna manera necesaria para asegurar la vigencia de la primera declaración. *Vid. Supra* nota 56. El 4 de mayo de 2011, el mismo presidente envió una carta a la CPI para solicitar que investigara los crímenes ocurridos en todo el territorio desde el 28 de noviembre de 2010. *Vid.* CORTE PENAL INTERNACIONAL, "OTP Weekly Briefing, 11-16 May, issue no. 87", Disponible en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3836B9AF-B0DC-4F94-A4A8-4115E95AE76E/283329/OTPWeeklyBriefing_1116May201187.pdf> [Consulta: 09.11.2014]. La Sala confirmó que, desde el punto de vista legal, estas declaraciones son innecesarias, pero de todos modos evidencian la voluntad de Costa de Marfil de aceptar la jurisdicción de la CPI. *Vid. Supra* nota 50, párr. 66.

número de comunicaciones recibidas por la Fiscalía de la CPI sobre los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en Palestina.

La Fiscalía de la CPI no compartió este argumento, ya que consideró que la resolución de la Asamblea General que reconoce a Palestina como Estado en 2012 no saneó la invalidez de la declaración del Artículo 12(3) del ER presentada con anterioridad por Palestina en el año de 2009.⁹² En consecuencia, la Fiscalía consideró en ese momento que no había una base legal para iniciar un nuevo examen preliminar.⁹³

Además, es importante recordar que, aun cuando Israel no es parte del Estatuto de Roma,⁹⁴ se encontraba en examen preliminar la situación generada por su ataque en aguas internacionales contra las naves de ayuda humanitaria enviadas a Gaza que navegaban bajo pabellón de diferentes Estados parte del Estatuto de Roma, como Comoros,⁹⁵ Grecia y Camboya.⁹⁶ El 6 de noviembre de 2014, la fiscal de la CPI anunció el cierre del examen preliminar y expresó que, aunque se cometieron crímenes bajo la jurisdicción de la CPI, en particular crímenes de guerra en el marco de un conflicto armado internacional, estos no representaban la suficiente gravedad para abrir investigación.⁹⁷ Creemos que el umbral de la gravedad es necesario, pero otra vez se perdió una importante oportunidad para investigar la situación, porque la destrucción de las flotillas ha debido analizarse en el contexto del conflicto armado internacional palestino-israelí y no como un hecho aislado en el que murieron diez personas.

En todo caso, la propia Fiscalía ha reconocido que las comunicaciones consideradas fuera de la jurisdicción de la CPI pueden ser revisadas a la luz de nueva

92 *Supra* nota 66.

93 *Ibid.*, párr. 239.

94 Israel firmó el Estatuto de Roma el 31 de diciembre de 2000, pero el 28 de agosto de 2002 manifestó por escrito su deseo de no convertirse en un Estado parte. *Vid.* GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, "Rule of Law in Armed Conflict Projects, Israel", Disponible en <http://www.geneva-academy.ch/RULAC/international_treaties.php?id_state=113> [Consulta: 10.11.2014].

95 CORTE PENAL INTERNACIONAL, "Comoros remitió la situación a la CPI", Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/Referral-from-Comoros.pdf>> [Consulta: 01.08.2014].

96 Comoros ratificó el ER el 18 de agosto de 2006, Camboya lo hizo el 11 de abril de 2002 y Grecia, el 15 de mayo de 2002. CORTE PENAL INTERNACIONAL, "Report on Preliminary Examination Activities 2013", Disponible en <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20-%20Report%20%20Preliminary%20Examination%20Activities%202013.PDF> [Consulta: 08.11.2014].

97 CORTE PENAL INTERNACIONAL, "Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on Concluding the Preliminary Examination of the Situation Referred by the Union of Comoros: Rome Statute Legal Requirements have not been met", Disponible en <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/offce%20of%20the%20prosecutor/reports%20and%20statements/statement/Pages/otp-statement-06-11-2014.aspx> [Consulta: 19.07.2015].

información o circunstancia, aun aquella que afecte a su propia jurisdicción.⁹⁸ Por esta razón, el Gobierno de Palestina, de conformidad con el Artículo 12(3) del ER, presentó el 1 de enero de 2015, una nueva declaración que acepta la jurisdicción de la CPI sobre los crímenes cometidos en el territorio ocupado de Palestina y Jerusalén desde el 13 de junio de 2014, durante la operación Margen protector. Al tener en cuenta que además decidió acceder al ER el 2 de enero de 2015, la Fiscalía de la CPI optó por abrir examen preliminar el 16 de enero de 2015, al considerar que Palestina ha sido reconocida como Estado, independientemente de que solo sea observador y no miembro de la ONU. Se superó la razón por la cual se había decidido cerrar el examen preliminar basado en la declaración del 22 de enero de 2009, aun que no con efectos retroactivos.⁹⁹

El Gobierno de Palestina aceptó la jurisdicción de la CPI antes de acceder al ER con el fin de expandir el marco temporal y la remontó a hechos ocurridos seis meses antes de la declaración, esto es, sin atarse a la fecha de acceso al tratado. Quizás eligió ratificar el ER de manera adicional, para que la Fiscalía tenga la facultad de iniciar investigación *motu proprio*, sin necesidad de solicitar autorización a la SCP, como correspondería si solo contara con la declaración del Artículo 12(3) ER.

VI. Observaciones finales

Al asumir su jurisdicción sobre Palestina, tal vez habrá muchas dificultades prácticas para investigar, ya que la CPI no cuenta con una policía judicial independiente y debe acudir a la cooperación internacional para la mayor parte de sus acciones de campo.¹⁰⁰ En este sentido, conviene recordar que, a pesar de ser un Estado parte de

98 OFFICE OF THE PROSECUTOR, "International Criminal Court, Policy Paper on Preliminary Examinations", par. 79, Disponible en <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20-%20Policy%20Paper%20Preliminary%20Examinations%20202013.pdf> [Consulta: 01.08.2014].

99 OFFICE OF THE PROSECUTOR, "International Criminal Court, The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, Opens a Preliminary Examination of the Situation in Palestine", Disponible en <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr1083.aspx> [Consulta: 01.02.2015].

100 *Supra* nota 55, art. 54(3)(c),(d), art. 57(3)(d),(e), art. 86 a 101, art. 112. También CORTE PENAL INTERNACIONAL, "ICC-ASP/3/Res.1, Texto negociado del proyecto de Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas, Artículos 3 y 15 a 18", Disponible en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3EBEACA5-0EAC-4685-950F-1488CF56BE64/0/ICCASP3Res1_Spanish.pdf> [Consulta: 01.08.2014].

la ONU, Israel no ha colaborado con las misiones de investigación autorizadas por dicha Organización.¹⁰¹

Sin embargo, los obstáculos prácticos no pueden justificar que la CPI no active su jurisdicción. Así, por ejemplo, en Uganda existen hoy cuatro órdenes de arresto pendientes de materializarse.¹⁰² Algo similar ocurre en las situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad, en las que los Estados no han aceptado voluntariamente la jurisdicción de la CPI. En Darfur hay cuatro órdenes de arresto pendientes,¹⁰³ mientras en Libia sigue pendiente la orden de arresto contra Saif Al-Islam Gadafi.¹⁰⁴ El hecho de que exista un proceso abierto envía, en nuestra opinión, un mensaje importante a la comunidad internacional, en el sentido de que se están tomando las acciones necesarias para que no reine la impunidad.

El conflicto palestino-israelí sigue vigente, en medio de una tensión permanente.¹⁰⁵ Aunque la operación Margen protector terminó, la ocupación de Palestina continúa y esporádicamente se lanzan misiles sobre Israel,¹⁰⁶ lo que en cualquier momento puede generar una respuesta militar igual o más devastadora que las operaciones anteriores.

Aunque consideramos que la CPI ha podido asumir su jurisdicción desde la declaración del 22 de enero de 2009 y que, en cualquier caso, ante el posterior reconocimiento de Palestina como Estado de la ONU podría haberse valido de esa declaración con retroactividad, estimamos que abrir el examen preliminar sobre los hechos ocurridos desde el 13 de junio de 2014 es un paso muy importante en la historia del conflicto palestino-israelí.

101 Solo colaboró en 1993 con el relator especial sobre la Situación de los Derechos Humanos en los territorios ocupados de Palestina desde 1967. Después de esa misión, la cooperación cesó debido a las reservas de Israel sobre los informes de los relatores y solo les permitían acceso a los territorios de Israel y Palestina, salvo con el quinto relator especial, Richard Falk, con quien terminaron todo contacto durante los seis años de su mandato. *Vid.* UNITED NATIONS, GENERAL ASSEMBLY, “A/69/301, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967”, 11 August 2014, párr. 7 y 14, Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/501/90/PDF/N1450190.pdf?OpenElement>> [Consulta: 10.11.2014].

102 *Vid.* INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, “Situation in Uganda”, Disponible en <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200204/Pages/situation%20index.aspx> [Consulta: 01.08.2014].

103 *Vid.* INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, “Situation in Darfur”, Disponible en <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/Pages/situation%20icc-0205.aspx> [Consulta: 01.08.2014].

104 *Vid.* INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, “Situation in Libya”, Disponible en <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0111/related%20cases/icc01110111/Pages/icc01110111.aspx> [Consulta: 01.08.2014].

105 Una encuesta reveló que 92% de los judíos israelíes consideraron justificada la operación Margen protector, 48% estuvo de acuerdo con los medios usados y 45% consideró que la potencia fue muy poca. TIME NETWORK, “Poll: 92% of Israeli Jews Say Operation Protection Edge Was Justified”, Disponible en <<http://time.com/3144232/israeli-jews-poll-gaza-protective-edge/>> [Consulta: 19.07.2015].

106 THE TIMES OF ISRAEL, “Southern Leader Urges IDF Response to Gaza Rocket”, Disponible en <<http://www.timesofisrael.com/eshkol-council-head-urges-idf-response-to-gaza-rocket/>> [Consulta: 19.07.2015].

Comprendemos que la CPI tiene una titánica labor y que procura respetar la voluntad de Palestina, que optó por hacer una nueva declaración en la que no se refirió a la operación Plomo fundido, sino a la más reciente y sangrienta operación Margen protector.¹⁰⁷

Consideramos que la paz solo puede alcanzarse con justicia y confiamos en que, independientemente de los resultados del examen preliminar sobre Palestina, con la sola activación del “margen protector” de la CPI se genera un efecto preventivo en la comisión de nuevos crímenes de guerra y de lesa humanidad por parte del Ejército israelí y de los grupos insurgentes palestinos y, después de tantos años, se origine una nueva historia que no esté escrita con la sangre de la población civil.

107 Vid. THE TIMES OF ISRAEL, “ICC Drive is one-way ticket to ‘divorce’, Says PA Diplomat”, Disponible en <<http://www.timesofisrael.com/icc-drive-is-one-way-ticket-to-divorce-says-pa-diplomat/>> [Consulta: 19.07.2015].