

UNA ESTRATEGIA JUDICIAL PARA LA FRANJA DE GAZA

A JUDICIAL STRATEGY FOR THE GAZA STRIP

Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ*

Palabras clave: Franja de Gaza, Corte Internacional de Justicia, Corte Penal Internacional, Crímenes internacionales, Genocidio.

Keywords: Gaza Strip, International Court of Justice, International Criminal Court, International crimes, Genocide.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA ACCIÓN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 3. LA ACCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

La violenta reacción militar de Israel en Gaza tras los ataques terroristas de Hamás del pasado 7 de octubre ha generado un notable interés en la opinión pública y en los ámbitos académicos, produciéndose una reacción similar a la que tuvo lugar hace escasamente dos años a raíz de la invasión de Ucrania por las tropas rusas y la consiguiente guerra de agresión.

Este paralelismo en la reacción frente a los conflictos de Ucrania y Gaza ha tenido también su reflejo en la jurisdicción internacional, apreciándose un cierto seguimiento de la estrategia judicial empleada en el caso de Ucrania, tanto ante la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ o la Corte) como ante la Corte Penal Internacional (en adelante CPI o la Corte). También en esta ocasión, el recurso a los principales tribunales internacionales de ámbito universal se ha percibido por los Estados como un instrumento útil para dar respuesta a las gravísimas violaciones del Derecho Internacional que se están produciendo en Gaza.

2. LA ACCIÓN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Sin duda, la actividad judicial que ha alcanzado una mayor notoriedad es la que se viene desarrollando ante la CIJ a raíz de la demanda presentada por Sudáfrica contra Israel por la violación de la Convención para la prevención y la sanción del genocidio¹. En esta nueva demanda, que se viene a sumar a

* Catedrática de Derecho Internacional Público, UNED. Directora del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española. Antigua miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (cescobar@der.uned.es).

¹ Los documentos relacionados con este asunto pueden consultarse en www/https://icj-cij.org/pending-cases, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*.

otros importantes asuntos y procedimientos sobre Palestina que se han sustanciado o se están sustanciando ante la CIJ, Sudáfrica ha seguido el camino abierto en su día en el caso de los Rohinyas² y, sobre todo, por la demanda contra Rusia introducida por Ucrania³.

En esta ocasión, Sudáfrica ha aprovechado la vía de legitimación activa basada en la existencia de obligaciones *erga omnes parte* que fue confirmada por la CIJ en el asunto Gambia c. Myanmar y que parece haber sido admitida también por la Corte, aunque sea *prima facie*, en el Auto sobre las medidas cautelares solicitadas por Sudáfrica⁴. Y, al igual que ha sucedido en los casos en que se inspira la demanda sudafricana, la presentación de la demanda ha venido acompañada de la petición de medidas cautelares, lo que ha obligado a la CIJ a entrar inmediatamente en el análisis de una situación en la que las violaciones del Derecho Internacional son evidentes.

Como es lógico, la Corte no ha entrado en el examen del fondo de dichas violaciones y se ha visto obligada a limitar su examen al objeto del litigio, que —como la propia demanda ha definido— se concreta en la violación de obligaciones derivadas de la Convención contra el genocidio, descartando ocuparse de otras violaciones del Derecho Internacional, en particular las relacionadas con la prohibición del uso de la fuerza y las obligaciones derivadas del Derecho Internacional Humanitario. La Corte no se ha pronunciado más que sobre su competencia *prima facie* como requisito para la adopción de las medidas solicitadas. No obstante, el Auto sobre medidas cautelares contiene elementos que merecen ser destacados, tanto por lo que se refiere a las medidas cautelares ordenadas como por la referencia a otras normas de Derecho Internacional⁵.

Por lo que se refiere a las medidas cautelares, no puede dejar de señalarse, en primer lugar, que la CIJ no ha ordenado el alto el fuego por parte de Israel tal y como solicitaba Sudáfrica. Aunque el rechazo de dicha medida cautelar ha sido objeto de críticas desde distintos sectores, incluidos algunos académicos, la decisión de la Corte debe ser sometida a una valoración más medida, en la que es necesario tener en cuenta distintos elementos. En primer lugar, para entender la decisión de la Corte no puede obviarse el hecho de que la declaración de alto el fuego tiene un especial significado en el caso de Gaza, ya que iría dirigida únicamente a las fuerzas armadas de Israel y no habría tenido efecto sobre las actividades de Hamás que, al margen de su calificación como actos terroristas, no por ello pueden dejar de entenderse en el marco de un conflicto armado y, por tanto, como actos hostiles. En segundo

² *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*.

³ *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*.

⁴ Véase *Application of the Convention... (South Africa v. Israel)*, Order of 26 January 2024, párrs. 33 y 34.

⁵ *Ibidem*, fallo, párr. 86 del Auto.

lugar, debe destacarse igualmente que al no ordenar el alto el fuego, la CIJ ha evitado entrar en el debate sobre la relación de la Convención del genocidio, por un lado, y la prohibición del uso de la fuerza y el alcance de la legítima defensa, por otro. Una cuestión que ha tenido una negativa respuesta por parte de la Corte en su reciente sentencia sobre excepciones preliminares en el caso de Ucrania⁶. Y, en tercer lugar, no puede pasarse por alto el hecho de que el auto ha tenido en cuenta los actos de uso de la fuerza de Israel en Gaza para definir una situación de grave crisis humanitaria que podría entrar en colisión con la Convención sobre el genocidio y, sobre dicha base, ha dictado medidas cautelares de gran calado. En resumen, aunque es cierto que la Corte no ha ordenado el alto el fuego, no puede concluirse que ello implique un reconocimiento de la legítima defensa de Israel al empleo de la fuerza ni un desconocimiento de que las acciones armadas de Israel en Gaza pueden ser constitutivas de violaciones graves del Derecho Internacional.

Junto a ello, conviene recordar que buena parte de las medidas cautelares dictadas por la Corte imponen obligaciones que inciden sobre la conducción de las hostilidades y que, por tanto, están llamadas a tener un efecto práctico similar al del alto el fuego. En especial la obligación dirigida a las autoridades israelíes de adoptar todas las medidas necesarias para prevenir que se cometan actos que puedan causar la muerte de gazatíes, que les causen serios daños físicos o morales, que les impongan condiciones de vida dirigidas a la destrucción, total o parcial, del grupo así identificado, o que tiendan a evitar nacimientos en dicho grupo (medida cautelar 1); así como la obligación de asegurar con efecto inmediato que sus fuerzas armadas no cometan ninguno de estos actos (medida cautelar 2). A lo que ha de añadirse la obligación de adoptar de forma inmediata medidas efectivas para permitir el suministro urgente de los servicios básicos y la prestación de la asistencia humanitaria necesaria para responder a las condiciones de vida adversas a que se enfrentan los palestinos en la Franja de Gaza (medida cautelar 4).

Dichas obligaciones adquieren, además, un significado especial si se ponen en relación con el recordatorio que hace la Corte de que el Derecho Internacional Humanitario es vinculante para todas las partes en el conflicto, en el que se menciona expresamente a Hamás, pero cuya aplicación a las tropas israelíes está fuera de toda duda⁷. Es evidente que este recordatorio no es sino un *obiter dictum*, pero no por ello deja de ser relevante en la medida en que constituye una declaración de una norma de derecho internacional general, oponible incluso a terceros. Y que —además— puede jugar un cierto papel en el contexto de la acción judicial que se desarrolla ante la Corte Penal Internacional a la que luego se hará referencia. Las sinergias entre ambas jurisdicciones tienen, además, un reflejo especial en relación con una medida provisional que ha pasado

⁶ Véase la Sentencia sobre excepciones preliminares de 2 de febrero de 2024, en especial el apartado IV, párrs. 119-148.

⁷ Véase párr. 85.

de alguna medida desapercibida: la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar la destrucción y preservar las pruebas de los actos de genocidio alegados por Sudáfrica (medida cautelar 5).

Por último, debe ser igualmente destacada la medida referida a la prevención y represión de la apología del genocidio, que ocupa un lugar muy importante en el caso de Gaza en relación con las graves declaraciones realizadas por líderes civiles y militares de alto nivel en Israel (medida cautelar 3).

Todo ello, junto a la obligación impuesta a Israel de informar a la Corte en el plazo de un mes sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento al Auto (medida cautelar 6), permitirían emitir una valoración positiva del mismo, al menos en términos abstractos. Sin embargo, la reacción de Israel y la continuación e incremento de su actividad militar en la Franja de Gaza obligan a reflexionar sobre su eficacia; algo que —por otro lado— no es ajeno al desconocimiento de las medidas cautelares dictadas por la Corte en otros casos.

Es evidente que Israel no está respetando las medidas cautelares decretadas por la CIJ, más bien al contrario, y que garantizar la eficacia de las decisiones de la Corte no es tarea fácil. En este sentido cabe entender la reacción de Sudáfrica introduciendo una nueva petición de medidas cautelares el 12 de febrero, apenas dos semanas después de que la CIJ decretara las medidas antes examinadas. En su escrito insta a la Corte a que adopte medidas cautelares urgentes de conformidad con el procedimiento expeditivo previsto en el artículo 75.1 de su Reglamento, que le permiten hacerlo *propio motu* sin necesidad de celebrar audiencias. La intención de Sudáfrica de situar a la Corte frente a su compromiso con el Derecho Internacional y su dimensión humanitaria queda suficientemente clara por la referencia al asunto *LaGrand* y por la frase final del escrito que se reproduce a continuación: “*In LaGrand, the Court exercised its Article 75(1) power in a situation of extreme urgency affecting one individual. Here there is a situation of extreme urgency affecting an estimated 1.4 million vulnerable Palestinians in Rafah, at least half of them children. They are at serious risk of irreparable harm to their right to be protected from acts of genocide contrary to Articles II and II (sic.) of the Genocide Convention, by a State which has already been found by this Court to be acting in plausible breach of its obligations under that Convention*”. Cuestión distinta es el efecto que este loable esfuerzo de Sudáfrica pueda tener sobre el comportamiento de Israel e, incluso, sobre la propia CIJ. Las observaciones de Israel a esta segunda petición de medidas provisionales, presentadas el 15 de febrero, no dejan demasiado margen al optimismo.

3. LA ACCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Aunque ha generado un menor interés mediático y académico, la Corte Penal Internacional está desplegando también su actividad judicial sobre la situación que se vive actualmente en la Franja de Gaza.

El tratamiento por la CPI de la situación de los crímenes de derecho internacional cometidos en Palestina ha pasado por un largo y complejo *iter* procesal, cuyos principales hitos son los siguientes. El 1 de enero de 2015, Palestina formuló una declaración de aceptación de la competencia de la Corte en virtud del artículo 12.3 del Estatuto de Roma (que prevé dicha posibilidad para los Estados que no son partes en el Estatuto) aceptando que la Corte pudiera entender de los crímenes cometidos en los territorios palestinos ocupados por miembros de las fuerzas armadas israelíes o por colonos de dicha nacionalidad. Un día después, el 2 de enero de 2015, Palestina depositó su instrumento de adhesión al Estatuto de Roma, que fue tramitado por el Secretario General de Naciones Unidas, en su condición de depositario, conforme a las reglas y prácticas de la Organización. Al no haberse producido más objeción que la de Canadá, el Secretario General inscribió el instrumento de adhesión en el registro de tratados, produciéndose su entrada en vigor el 1 de abril de 2015. Como ha señalado la CPI, a partir de ese momento Palestina se ha convertido en Estado Parte en el Estatuto de Roma a todos los efectos.

Con base en dichas acciones, el 16 de enero de 2015 la Fiscal de la CPI abrió un examen preliminar sobre la denominada “situación del Estado de Palestina” que finalizó el 20 de diciembre de 2019, concluyendo que se cumplían los requisitos exigidos por el art. 53.1 del Estatuto de Roma para ejercer la jurisdicción sobre los crímenes que se hubieran podido cometer en dicho territorio⁸. Por su parte, el 22 de mayo de 2019, Palestina, ya como Estado Parte, hizo uso de la potestad prevista en los artículos 13.a) y 14 del Estatuto, remitiendo al Fiscal una situación definida en los siguientes términos: i) la competencia de la Corte se ejercería sobre los crímenes cometidos en el territorio de Palestina; ii) los crímenes a investigar serían los enumerados en los artículos 7 (lesa humanidad) y 8 (guerra) del Estatuto, a los que añade “todos las cuestiones relacionadas con el régimen de los asentamientos israelíes”; y iii) la situación comprendería los hechos cometidos a partir del 13 de junio de 2014, sin fijar una fecha de finalización.

Finalmente, la Fiscal Bensouda inició la investigación formal sobre los crímenes presuntamente cometidos en el territorio del Estado de Palestina el 3 de marzo de 2021, no sin antes someter a consideración de la Sala de Cuestiones Preliminares la cuestión de la determinación del ámbito territorial de aplicación de dicha situación. La Sala se pronunció sobre estas cuestiones mediante decisión de 5 de febrero de 2021⁹. A pesar de lo cual no se constituyó un equipo integrado de investigación hasta junio de 2022.

⁸ Véase [icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/210303-office-of-the-prosecutor-palestine-summary-finding-eng.pdf](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/210303-office-of-the-prosecutor-palestine-summary-finding-eng.pdf).

⁹ Véase, asunto ICC-01/18, *Decision on the Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction on Palestine* (doc. CR2021_01165.pdf). La Decisión fue adoptada por dos votos contra uno, emitiendo su voto en contra el Juez Péter Kovács, Presidente de la Sala. Su opinión disidente se contiene en el doc. CR2021_01167.pdf.

Como puede deducirse fácilmente del breve resumen histórico que se acaba de realizar, los trabajos de la CPI sobre la denominada “situación del Estado de Palestina” no han estado libres de controversia, que se ha centrado fundamentalmente en dos cuestiones: la discutida estatalidad de Palestina y la difícil determinación del territorio que podría calificarse como “territorio del Estado Parte”, es decir, de Palestina. Se trata de dos cuestiones de enorme trascendencia, tanto política como jurídica, que superan con mucho el objeto de la presente contribución, pero que han sobrevolado de forma inevitable sobre el ejercicio de su jurisdicción por la CPI. Ambos elementos explican, en buena medida, las reticencias a llevar a cabo una investigación que han atenazado el trabajo de la Fiscalía, la decisión de Palestina de adherirse al Estatuto y la decisión no menos relevante de remitir la situación a la Corte en 2018, a pesar de que la Fiscal Bensouda ya había decidido con anterioridad llevar a cabo un examen preliminar.

Ambos elementos han sido abordados en la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares con una aproximación restrictiva, basada en la naturaleza y funciones de la Corte, que le ha permitido delimitar los conceptos de “Estado parte” y “territorio de un Estado parte” a la luz del Estatuto, sin necesidad de pronunciarse sobre la estatalidad de Palestina conforme al Derecho Internacional General¹⁰. Aunque es evidente que, de este modo, la CPI obvia el objeto central del debate político y jurídico, no es menos cierto que todo pronunciamiento sobre dicha cuestión habría sido controvertido, y podría haber generado un cuestionamiento de la legitimidad social de la Institución y serias críticas sobre el correcto ejercicio de sus competencias. Desde esta perspectiva, limitar su decisión al tema del ámbito territorial de aplicación del Estatuto en la situación del Estado de Palestina e, indirectamente, sobre el concepto de Estado Parte a los efectos del Estatuto, ha de valorarse positivamente desde la perspectiva de los elementos centrales que definen la función y competencia de la Corte, que no son otros que la depuración de la responsabilidad penal individual y la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes de Derecho internacional.

La valoración positiva de esta opción, que refuerza la seguridad jurídica requerida por toda acción penal, se ve incrementada por la forma en que la Corte delimita el “territorio de un Estado Parte” en esta situación, que es coherente y sigue la definición que desde Naciones Unidas se ha venido dando al territorio en que el pueblo palestino tiene derecho a ejercer su libre determinación, a saber: los territorios palestinos ocupados, incluidos Cisjordania, la Franja de Gaza y Jerusalén Este.

A la luz de esta delimitación del ámbito territorial de la denominada “situación del Estado de Palestina”, resulta obvio que la CPI tenía competencia para ejercer su jurisdicción respecto de los crímenes cometidos en la Franja

¹⁰ Véase *Decision....*, párrs. 61-61, 89-113, 114-123 y 130.

de Gaza a raíz de los atentados de Hamás y la intervención militar de Israel, sin necesidad de que Palestina o cualquier otro Estado Parte realizasen actividad alguna para activar (o reactivar) la jurisdicción de la Corte respecto de dichos crímenes. A pesar de ello, el 17 de noviembre pasado, Sudáfrica, Bangladesh, el Estado Plurinacional de Bolivia, Comores y Djibouti han remitido al Fiscal de la Corte la situación de la Franja de Gaza, instándole a que lleve a cabo una investigación específica¹¹, a los que se han unido posteriormente las remisiones de México y Chile¹². Se ha producido así una acción concertada y en cadena que se asemeja a la estrategia seguida por otros Estados en relación con las situaciones de Venezuela y, sobre todo, de Ucrania.

Las razones que han motivado estas acciones no son evidentes, pero con las mismas se ha venido a reforzar la remisión que había hecho con anterioridad la propia Palestina, eliminándose posibles debates sobre la legitimidad de incluir en la investigación en curso los crímenes cometidos en la Franja de Gaza tras el 7 de octubre. Un reforzamiento que, aunque no fuese estrictamente necesario, quizás pueda entenderse a la luz de la lenta reacción del Fiscal Khan frente a estos nuevos y gravísimos crímenes, que contrasta con la rápida reacción para activar la investigación en el caso de Ucrania. Así como en conexión con las dudas que pudieran haberse generado en la delimitación del ámbito territorial de la situación tras la primera visita del Fiscal al puesto de Rafah que se produjo el 29 de octubre de 2023, en cuya nota de prensa se refirió a la “situación en el Estado de Palestina e Israel”¹³. En todo caso, no puede dejar de recordarse que la competencia de la Corte en relación con Gaza se extiende no sólo a los crímenes que hubieran podido cometerse en el territorio de Palestina sino también a los que hayan podido cometer nacionales palestinos (incluidos los miembros de Hamás) en conexión con dicha situación, sin que tenga valor alguno la limitación subjetiva contenida en las remisiones de 2023 y 2024, que tan sólo se refieren a los actos cometidos por las fuerzas armadas israelíes. Igualmente cabe recordar que la identificación de los crímenes a investigar corresponde a la Corte, de forma que, aunque en la actualidad parece limitarse a los crímenes de guerra y lesa humanidad, nada impide que pueda quedar incluido el genocidio a que hacen referencia las mencionadas remisiones.

La investigación de la Fiscalía de la CPI respecto de la “situación en el Estado de Palestina” se encuentra aún en una fase temprana y las primeras actas de acusación tardarán tiempo en llegar a la Corte y ser sometidas a la Sala de Cuestiones Preliminares para la confirmación de cargos. Ello nos si-

¹¹ Véase [icc-cpi.int/sites/default/files/2023-11/ICC-Referral-Palestine-Final-17-November-2023.pdf](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2023-11/ICC-Referral-Palestine-Final-17-November-2023.pdf).

¹² Véase [icc-cpi.int/sites/default/files/2024-01/2024-01-18-Referral_Chile_Mexico.pdf](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-01/2024-01-18-Referral_Chile_Mexico.pdf).

¹³ Véase, [icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-Karin-kc-cairo-situation-state-palestine-and-israel](https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-Karin-kc-cairo-situation-state-palestine-and-israel). Esa referencia ha sido modificada en una nota de prensa ulterior en la que ya se ha vuelto a referir de forma exclusiva a la “situación en el Estado de Palestina”. Véase [icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-Karim-aa-Khan-kc.situation-state-palestine](https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-Karim-aa-Khan-kc.situation-state-palestine).

túa en un horizonte temporal de varios años antes de que la CPI pueda iniciar el enjuiciamiento efectivo de los presuntos culpables.

Un horizonte temporal que, sin duda, se prolongará en el caso de los crímenes cometidos en la Franja de Gaza tras el 7 de octubre por las especiales circunstancias del caso.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Es evidente que acudir a la Corte Internacional de Justicia y a la Corte Penal Internacional en relación con la grave situación que se vive en la Franja de Gaza no son actos autónomos ni accidentales. Por el contrario, responden a una estrategia judicial que se asemeja a otras similares que se vienen desarrollando en los últimos años respecto de grandes crisis internacionales, entre las que destaca la referida a Ucrania. En estas situaciones se ha generado un activismo judicial que forma parte de una estrategia política más amplia y que, por tanto, está influido por los componentes políticos que definen esta estrategia global. En este caso, es evidente que la estrategia judicial para la Franja de Gaza forma parte de la estrategia política de aproximación al eterno conflicto palestino-israelí.

Esta conexión entre estrategia política y estrategia judicial no merece reproches. Al fin y al cabo, es una manifestación más de la propia naturaleza del Derecho Internacional como instrumento de control y pacificación social. Sin embargo, aun siendo legítimo y deseable, el recurso a la CIJ y a la CPI deber ser entendida y valorada de forma prudente y en sus justos términos. Ambos tribunales pueden ofrecer una importante contribución al respeto del Derecho Internacional en la guerra en Gaza, pero ninguno de ellos tiene capacidad para resolver el problema de fondo que subyace al conflicto ni, desgraciadamente, para conseguir coercitivamente la protección efectiva de la población gazatí. Su contribución al respeto del Derecho Internacional y, por ende, a la protección de los gazatíes, depende de múltiples variables. Desde las limitaciones competenciales y procesales de ambas Cortes a la voluntad real de los Estados interesados de cooperar con estos tribunales y de aceptar sus decisiones. Lamentablemente, la posición de Israel respecto de las medidas cautelares dictadas por la CIJ no ofrece perspectivas halagüeñas. Y sin el apoyo firme de la comunidad internacional se corre el peligro cierto de que tanto la CIJ como la CPI se sumerjan en un ejercicio infructuoso y frustrante de sus respectivas jurisdicciones.

En el caso de la estrategia judicial para la Franja de Gaza (al igual que en la de Ucrania) nos encontramos ante un terreno incierto y difícil de evaluar. Las incógnitas son muchas y no son fáciles de responder: ¿es eficaz? ¿Es adecuada y conveniente? ¿Qué consecuencias tendrá para la propia jurisdicción internacional? En todo caso, frente a este confuso panorama, al menos es

posible concluir con una doble declaración de optimismo: la jurisdicción internacional está viva y los países del Sur Global la consideran un instrumento útil. Pero el optimismo necesita también de un contrapunto de prudencia y razonabilidad: no olvidemos que ni la CIJ ni la CPI son, por sí mismas, la panacea para todos los problemas a los que se enfrentan la sociedad y el Derecho Internacional contemporáneos.

