

EL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN Y LA RATIFICACIÓN DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL POR EL ESTADO DE PALESTINA: UN PROCESO COMPLEJO CON IMPORTANTES CONSECUENCIAS JURÍDICAS

THE ACCEPTANCE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT JURISDICTION AND THE RATIFICATION OF ITS STATUTE BY THE STATE OF PALESTINE: A COMPLEX PROCESS WITH IMPORTANT LEGAL CONSEQUENCES

Félix Vacas Fernández*

Sumario: CONSIDERACIONES PREVIAS. I. EL RECONOCIMIENTO DE PALESTINA COMO ESTADO POR UNESCO Y NACIONES UNIDAS. II. PALESTINA Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DEL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL POR EL ESTADO DE PALESTINA. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: El reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional por parte del Estado de Palestina el 31 de diciembre de 2014 y la ratificación, dos días después, del Estatuto de Roma, suponen un nuevo y decisivo paso en la relación entre Palestina y la Corte; relación que se remonta, al menos, a enero de 2009, cuando la Autoridad Nacional Palestina realizó un primer reconocimiento de jurisdicción que, sin embargo, no surtió los efectos pretendidos. El presente artículo pretende explicar desde una perspectiva jurídica, de un lado, el complejo proceso que ha llevado a la validez del reconocimiento de la jurisdicción emitido a finales de 2014 y a la incorporación de Palestina al Estatuto de Roma; y, de otro, las consecuencias jurídicas que se derivan de ello, que ya se han comenzado a producir, y que se concretan en la apertura de un Examen Preliminar por la Fiscalía el 16 de enero de 2015.

ABSTRACT: The acceptance of the International Criminal Court (ICC) by the State of Palestine on the 31st December 2014 and the ratification, two days later, of the Rome Statute, are a new and crucial step forward in the relationship between Palestine and the ICC; relationship which, at least, goes back up to January 2009, when the Palestinian National Authority tried to recognize for the first time the Court's jurisdiction, with no legal effects. This article tries to explain from a legal point of view, on the one hand, the complex process that has led to the legal validity of the recognition of jurisdiction made in December 2014 and to be part of the Rome Statute; and, on the other hand, the legal consequences that stem from it, mainly the openness of a Preliminary Examination by the Prosecutor the 16th January 2015.

Fecha de recepción del original: 9 de julio de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 29 de septiembre de 2015.

*Profesor titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid. E.mail: fvacas@der-pu.uc3m.es
Las páginas web citadas han sido visitadas por última vez el 1 de julio de 2015.

PALABRAS CLAVE: Corte Penal Internacional, Palestina, estatalidad de Palestina, Estado observador no miembro, UNESCO, reconocimiento de jurisdicción, examen preliminar, Gaza, Israel.

KEY WORDS: *International Criminal Court, Palestine, Palestine Statehood, Non Member Observer State, UNESCO, acceptance of jurisdiction, preliminary examination, Gaza, Israel.*

CONSIDERACIONES PREVIAS

El 21 de enero de 2009, la Autoridad Nacional Palestina (A.N.P.) emitió una declaración de reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (C.P.I.), lo que marcará el inicio de un proceso de acercamiento de Palestina a la Corte que tendrá su continuación casi 6 años después, el 31 de diciembre de 2014, con una nueva declaración de reconocimiento de su jurisdicción por parte del, esta vez ya se puede decir desde la perspectiva de Naciones Unidas, Estado de Palestina. Acercamiento que culminará tres días después, el 2 de enero de 2015, con el depósito de los instrumentos de adhesión al Estatuto de Roma y al Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte.

Son consideraciones de naturaleza política, desde luego, pero también jurídica las que explican tanto el momento inicial y final del proceso como el proceso mismo y que hayan tenido que pasar 6 años para su culminación¹. Culminación de un proceso, el de la incorporación de Palestina a la C.P.I., que no marca sino el inicio de una nueva etapa en la relación entre ambos, esta vez ya no como entidad externa que inicia su acercamiento a la Corte, sino como Estado que ha reconocido su jurisdicción y es parte de su Estatuto. Nueva etapa que genera, claro está, importantes consecuencias; de nuevo, tanto desde el punto de vista político como jurídico –como suele ocurrir siempre,

¹ Sobre el conflicto palestino-israelí en la doctrina española, *vid.*, entre otros, ABU-TARBUSH QUEVEDO, J., “Palestina: retomando la iniciativa” 24 *Revista electrónica de estudios internacionales* (2012); BADIA MARTÍ, A. M., “La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado de 9 de julio de 2004”, 9 *Revista electrónica de estudios internacionales* (2005); BERMEJO GARCÍA, R., “La valla de seguridad contra el terrorismo palestino a la luz de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia israelí de 30 de junio de 2004”, 56 *Revista Española de Derecho Internacional* 1035-1042 (2004); BERMEJO GARCÍA, R., “La Unión Europea y el conflicto Israelo-Palestino”, 52 *Revista de Estudios Europeos* 135-156 (2009); CURREA-LUGO, V. de, “El muro en Palestina y el Derecho internacional”, 85 *Papeles de cuestiones internacionales* 105-116 (2004); DÍAZ BARRADO, C. M., “La autodeterminación del pueblo palestino: la clave para la solución de los conflictos”, en *Palestina e Israel en el nuevo contexto interno e internacional*, F. Vacas Fernández (Dir.), Cuadernos Cultura de Paz, nº 1, Madrid, 2014, pp. 1-8; LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, M. E., “Sobre la contribución de la Unión Europea a un acuerdo definitivo de paz israelí-palestino”, 59 *Revista Española de Derecho Internacional* 838-844 (2007); OJEDA, J., “¿Un Estado palestino provisional?”, 116 *Política exterior* 7-10 (2007); OJEDA GARCÍA-PARDO, D. de, “Estado palestino: antecedentes y perspectivas”, 143 *Política exterior* 30-36 (2011); PECO YESTE, M. & FERNÁNDEZ GÓMEZ, M., *El Conflicto Palestino-Israelí*, Serie Conflictos Internacionales Contemporáneos, nº 3, ed. Ministerio de Defensa, Madrid, 2005; PÉREZ GÓNZALEZ, C. & SÁNCHEZ HERRÁEZ, P., *El Conflicto Palestino-Israelí II*, Serie conflictos internacionales contemporáneos, nº 16, ed. Ministerio de Defensa, Madrid, 2012; VACAS FERNÁNDEZ, F. (Dir.), *Palestina e Israel en el nuevo contexto interno e internacional*, Cuadernos Cultura de Paz, nº 1, Madrid, 2014.

por lo demás-, y que es difícil distinguirlas con nitidez, pues se explican, retroalimentan e interrelacionan mutuamente –como, por lo demás, también suele ocurrir siempre-².

A pesar de ello; o, mejor, siendo muy consciente de ello, en lo que sigue trataré de analizar desde la perspectiva iusinternacionalista: de un lado, esa *primera etapa de la relación entre Palestina y la Corte Penal Internacional* que he denominado *proceso de acercamiento* –sin la cual no se pueden entender bien las dificultades y la complejidad de todo el proceso en su conjunto ni los condicionantes que de ello se derivan en el presente y hacia el futuro-, y, de otro, las *consecuencias jurídicas que emanan del reconocimiento de la jurisdicción de la Corte por parte de Palestina y de su adhesión al Estatuto de Roma*. Como concluye la Fiscal de la C.P.I., Fatou BENSOUUDA, su muy esclarecedora y rotunda declaración sobre la cuestión de la jurisdicción de la Corte sobre Palestina de septiembre de 2014, justo 4 meses antes de la ratificación del Estatuto de Roma por el Estado de Palestina: “It is my firm belief that *recourse to justice should never be compromised by political expediency*. The failure to uphold this sacrosanct requirement will not only pervert the cause of justice and weaken public confidence in it, but also exacerbate the immense suffering of the victims of mass atrocities. This, we will never allow”³.

Pues bien, en relación a todo ello, y de nuevo desde el punto de vista jurídico, la condición de Palestina como Estado resulta, sin duda, esencial. Y es que el Estatuto de Roma exige, tanto en el artículo 12.3 –en relación a la declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte-, como en el artículo 125.3 –por lo que a la adhesión al Estatuto mismo se refiere- que una y otra sean realizadas por un Estado. De ahí que antes de abordar el análisis de las relaciones entre Palestina y la C.P.I. y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan, sea, más que pertinente, necesario abordar la cuestión, largamente debatida y de gran complejidad, de *la estatalidad de Palestina*; centrándonos, eso sí, en su muy relevante evolución reciente, decisiva, como vamos a ver, para la culminación del proceso de acercamiento de Palestina a la Corte que se ha producido entre el final de 2014 y los primeros días de 2015.

² Como de forma reiterada y clara ha explicado la Corte Internacional de Justicia desde el inicio de su labor –en relación a la determinación de su jurisdicción pero, *mutatis mutandi*, válido como argumento general-, citando, por todos, su *Dictamen sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*: “Como se desprende con claridad de su jurisprudencia bien asentada en la materia, *el hecho de que una cuestión jurídica también presente aspectos políticos como, por la naturaleza de las cosas, ocurre con tantas cuestiones que surgen en la vida internacional, no basta para privarla de su carácter de ‘cuestión jurídica’*”. C.I.J., *Opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, de 9 de julio de 2004, par. 41. Cursivas añadidas.

³ BENSOUUDA, F., “The Public Deserves to know the Truth about the ICC’s Jurisdiction over Palestine”, 2 de septiembre de 2014 (accesible en http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/otp-st-14-09-02.aspx). Cursivas añadidas.

I. EL RECONOCIMIENTO DE PALESTINA COMO ESTADO POR UNESCO Y NACIONES UNIDAS

La cuestión de la estatalidad de Palestina es, como se sabe, un debate largo y complejo, de innegable y omnipresente contenido y alcance político e ideológico profundo; pero también de naturaleza esencialmente jurídica. En realidad, los defensores de la estatalidad de Palestina se remontan a los años inmediatamente posteriores al final de la I Guerra Mundial, en concreto, al primer lustro de los años 1920 para defender la existencia de Palestina como Estado, y su reconocimiento como tal tanto por el Reino Unido, la potencia mandataria, como, y muy significativamente en el plano político, por Estados Unidos⁴.

Así, en el artículo 9 del Protocolo XII del Tratado de Paz de Lausanne, que, como se sabe, estableció formalmente la paz y las consecuencias jurídicas en la misma, entre los aliados y Turquía, como heredera del Imperio Otomano derrotado, se hace referencia a los Estados desgajados de Turquía –que, de acuerdo con el Tratado mismo, eran Irak, Siria y Palestina–: “(T)he State which acquires the territory is fully subrogated as regards the rights and obligations of Turkey towards the nationals of the other Contracting Powers, and companies in which the capital of the nationals of the said Powers is preponderant, who are beneficiaries under concessionary contracts entered into before the 29th October, 1914, with the Ottoman Government or any local Ottoman authority”. Pues bien, dos años después, la Corte Permanente de Justicia Internacional tuvo ocasión de interpretar esta cuestión en el *asunto Mavrommatis*, afirmando con

⁴ Resulta de interés reproducir la siguiente argumentación desarrollada por QUIGLEY: “In 1932, Palestine’s statehood was acknowledged by the United States in a discussion with Britain over tariffs. In the Import Duties Act of 1932, Britain enacted new tariffs for goods entering Britain from foreign countries. A ‘colonial preference’ was to be given, however, to goods entering Britain ‘from any part of the British Empire.’ The Import Duties Act authorized the Government to accord this ‘colonial preference’ to ‘any territory in respect of which a mandate of the League of Nations is being exercised by the Government of the United Kingdom.’ Parliament did not want to disadvantage its mandate territories by imposing the new tariffs on their exports.

The British government worried, however, that if it extended this tariff treatment to Palestine, states with which Britain had a bilateral most favored nation treaty might, on the premise that Palestine was a state, claim that goods entering Britain from their own territories were entitled to the same preference. The United States had a most favored nation treaty with Britain that accorded to the United States the lowest tariff Britain might charge to goods entering Britain from any other ‘foreign country.’ Britain consulted the United States confidentially to ascertain whether the United States would claim the preference to be accorded to Palestine. ‘The Government of the United States,’ came the reply from US Secretary of State Henry Stimson, ‘considers that Palestine is a ‘foreign country,’ hence ‘any tariff privileges accorded to Palestine should also accrue to the United States’ [Secretary of State (1932). The Secretary of State to the British Chargé (Osborne), Washington, 27 August 1932, *Foreign Affairs of the United States 1932*, vol. 2, at 32]. The United States thus regarded Palestine as a state”. QUIGLEY, J., “Palestine Statehood and International Law”, *Global Policy Essay*, January 2013, p. 2 (accesible en http://www.globalpolicyjournal.com/sites/default/files/pdf/Quigley%20-%20Palestine%20statehood%20and%20international%20law%2001.13_0.pdf).

claridad: “Palestine is subrogated as regards the rights and obligations of Turkey”⁵.

⁵ Corte Permanente de Justicia Internacional, *Mavrommatis Jerusalem Concessions*, Series A, no. 5, 26 de marzo de 1925.

Frente a ello, numerosos autores negaron la estatalidad de Palestina basándose, de un lado, en la situación real de sus territorios, población y ausencia de autoridad efectiva e independiente sobre los mismos –acudiendo así a los elementos clásicos que determinarían la existencia, o no, de un Estado⁶ contenidos en el Convenio de Montevideo⁷- e, incluso, a la real aceptación de los líderes palestinos de esa situación. Así lo sostendrá ASH en el primero de los epígrafes del artículo en el que se cuestiona si Palestina es un Estado y cuyo significativo título es: “That Palestinian officials repeatedly and openly admit that Palestine is not a ‘State’ conclusively establishes that Palestine does not meet the conditions required to accede to ICC jurisdiction”⁸.

Debate que ha ido modificando sus argumentos y el alcance de los mismos con el paso del tiempo, sí, aunque probablemente no de forma decisiva, todavía. Sin embargo, en el último lustro ha experimentado novedades de relevancia que deben ser necesariamente tenidas en cuenta para la comprensión del debate en la actualidad y para el futuro, y quizás para no muy lejanas modificaciones de fondo no sólo en relación a la estatalidad de Palestina, sino sobre el conflicto palestino-israelí mismo y, en fin, sobre el pueblo palestino y su reconocido por todos del derecho a tener un Estado propio⁹, viable, real y efectivo y digno de tal nombre.

Novedades, en primer lugar, que afectan a la posición política misma de las autoridades palestinas y su defensa en y ante la Comunidad Internacional de la existencia –o consecución, según se consideren los hechos históricos, como hemos visto, sobre esta cuestión- de un Estado palestino, tal y como fuera proclamado por el Consejo Nacional Palestino en la *Declaración de Independencia* de 1988¹⁰. Nueva posición política que ha

⁶ Según define MARIÑO MENÉNDEZ, “existe un Estado en el sentido del Derecho Internacional cuando sobre una porción habitada de la superficie terrestre se organiza un gobierno efectivo y estable que es independiente de todo poder exterior o interior”. MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho Internacional Público*, Trotta, Madrid, 3ª ed., 1999, pp. 85-86.

⁷ De acuerdo con el artículo 1 del *Convenio de Montevideo sobre derechos y deberes de los Estados*, de 26 de diciembre de 1933: “El Estado como persona de Derecho Internacional debe reunir los siguientes requisitos: I. Población permanente. II. Territorio determinado. III. Gobierno. IV. Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados”.

⁸ ASH, R. W., “Is Palestine a ‘State’? A response to professor John Quigley’s article, ‘The Palestine declaration to the International Criminal Court: The statehood issue’”, 36 *Rutgers Law Record* 186 (otoño 2009), p. 188.

⁹ Vid. DÍAZ BARRADO, C., “La autodeterminación del pueblo palestino: la clave para la solución de los conflictos”, en *Palestina e Israel en el nuevo contexto interno e internacional*, F. Vacas Fernández (Dir.), Cuadernos Cultura de Paz, nº 1, Madrid, 2014, pp. 1-8.

¹⁰ En lo más relevante del texto para el tema que nos ocupa se indica:

“El Consejo Nacional Palestino en el nombre de Dios y en el nombre del Pueblo Árabe Palestino, proclama el establecimiento del Estado de Palestina sobre nuestro territorio Palestino con su capital en Jerusalem (Al Quds Ash Sharif).

(...)

El Estado de Palestina proclama su compromiso frente a los principios y propósitos de las Naciones Unidas, y a la declaración universal de los Derechos Humanos. Proclama además su compromiso con los principios y políticas del Movimiento de los No-Alineados.

Asimismo anuncia ser un Estado amante de la paz, adherido a los principios de la coexistencia de paz. Estrechará filas con todos los Estados y pueblos con el objetivo de asegurar una paz permanente basada

llevado a la Autoridad Nacional Palestina a adoptar dos líneas de trabajo distintas, pero muy íntimamente unidas, para la consecución de tal fin: de un lado y con una perspectiva que podríamos identificar como *ad intra*, trabajar, junto a un grupo de instituciones internacionales muy relevantes, en el seno de la propia A.N.P. y los territorios y población que administra para construir las bases técnicas, económicas, administrativas y jurídicas que hagan realmente posible la existencia de un Estado palestino; de otro, y a partir de los logros obtenidos en el plano anterior, y en una visión esta vez *ad extra*, obtener el reconocimiento de Palestina como Estado, especialmente por la Comunidad Internacional institucionalizada: esto es, Naciones Unidas y sus organismos especializados¹¹.

En relación a la primera línea, la A.N.P. aprobó en agosto de 2009 el denominado *Programa del 13º Gobierno de la Autoridad Palestina*, centrado en desarrollar una economía sostenible y en construir instituciones estatales robustas con el fin de completar, para septiembre de 2011, la construcción institucional adecuada para un Estado tal y como pretendía la A.N.P. y apoyaba el Cuarteto. Pues bien, en el informe del *Comité Especial de Enlace* de septiembre de 2011, se afirmaba:

“In April 2011, UNSCO reported to the AHLC that in six areas where the UN is most engaged (Governance, Rule of Law and Human Rights; Livelihoods and Productive Sectors; Education and Culture; Health; Social Protection; and Infrastructure and Water), governmental functions of the PA were sufficient for a functioning government of a state¹².”

en la justicia y el respeto hacia los derechos ajenos para que el potencial por el bienestar de la humanidad esté asegurado, para que se establezca y mantenga una búsqueda por lograr la excelencia, en la cual la fe en el futuro hará desaparecer el miedo en aquellos que son justos y para quienes la justicia es el único recurso”. Consejo Nacional Palestino, *Declaración de Independencia*, 15 de noviembre de 1988, en doc. A/43/827, S/20278, de 18 de noviembre de 1988.

¹¹ Sobre estas cuestiones *vid.*, en la doctrina española, BARREIRO CARRIL, B., “La admisión por la Conferencia General de la UNESCO de Palestina como Estado miembro de la Organización: reacciones y consecuencias jurídicas a la luz de la actual estrategia palestina de búsqueda del reconocimiento internacional”, 64 *Revista Española de Derecho Internacional* 233-237 (2012); BERMEJO GARCÍA, R., “¿Es Palestina un estado? Reflexiones a la luz del derecho internacional y de la práctica europea sobre los acontecimientos recientes en torno al reconocimiento de un Estado palestino”, 65 *Revista de Estudios Europeos* 9-40 (2014); BERMEJO GARCÍA, R. & FERNÁNDEZ LIESA, C. R., “El futuro de Israel y de Palestina tras el reconocimiento de ésta como ‘Estado observador no miembro’ en las Naciones Unidas”, 65 *Revista Española de Derecho Internacional* 262-269 (2013); GUTIÉRREZ ESPADA, C. & CERVELL HORTAL, M. J., “Sobre el reconocimiento de Palestina por la Asamblea General de Naciones Unidas, como ‘Estado observador no miembro’”, 65 *Revista Española de Derecho Internacional* 255-262 (2013); LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, M. E., “El reconocimiento de Palestina como ‘Estado observador no miembro’ en las Naciones Unidas y sus efectos jurídico-políticos”, 65 *Revista Española de Derecho Internacional* 270-276 (2013); VACAS FERNÁNDEZ, F., “El reconocimiento de Palestina como Estado por UNESCO y por Naciones Unidas”, en *Palestina e Israel en el nuevo contexto interno e internacional*, F. Vacas Fernández (Dir.), Cuadernos Cultura de Paz, nº 1, Madrid, 2014, pp. 9-20.

¹² De todo ello cabe destacar el informe del Banco Mundial de 13 de abril de 2011, *Building the Palestinian State: Sustaining Growth, Institutions and Service Delivery* que, con base en un informe de la OCDE en el que se refiere genéricamente a las funciones clave que debe reunir un Estado: “security and justice; revenue and expenditure management; economic development, especially job creation; and service delivery” –OECD, *Supporting Statebuilding in Situations of Conflict and Fragility, Policy Guidance*, 2011, p. 13-, concluirá:

“This report has documented some of the PA’s achievements in the key state functions posited by the OECD – and this despite continued stringent Israeli restrictions on access to resources and

In the intervening five months, the PA completed implementation of the *Programme of the 13th Government*, consolidating state-building and further strengthening core institutions. Measured along these parameters, *governmental functions are now sufficient for a functioning government of a state*^{13,14}.

En cuanto a la segunda línea, es el centro del objeto del presente epígrafe pues su importancia va mas allá de la constatación real de que la estatalidad de Palestina es posible técnicamente en los diferentes ámbitos –económico, administrativo, jurídico ...- , para introducirse en el complejo ámbito jurídico-político de la relevancia del reconocimiento de Palestina como Estado, en especial por parte de Naciones Unidas y sus organismos especializados, y las consecuencias que de ello se derivarían.

Es cierto que el reconocimiento de Palestina como Estado no se limita ni al último lustro ni al ámbito onusiano. Y es que, en efecto, el reconocimiento de Palestina como Estado se remonta a décadas atrás, siendo a día de hoy 135, de los 193 que conforman la Comunidad Internacional institucionalizada, los Estados que lo han reconocido como tal¹⁵. Dicho reconocimiento, siendo relevante, como se sabe no resulta decisivo por la naturaleza discrecional, política y, en fin, no constitutiva del mismo. Como sostiene PÉREZ GONZÁLEZ, “parece más cierta la caracterización del reconocimiento como *acto declarativo* (el Estado existe *de iure* desde que concurren en él los elementos básicos de la estatalidad, limitándose el reconocimiento a verificar tal circunstancia) que como acto constitutivo o atributivo de la subjetividad”¹⁶.

markets. Considerable progress has been made over the years, and this progress must be sustained and bolstered. That will, in turn, require a fundamental improvement in the Palestinians’ access to important resources, notably land. In the meantime, the PA must maintain its reform momentum. It faces challenges familiar to many an existing state and like these states, must navigate and reconcile varying stakeholders in both the West Bank and Gaza. The PA’s performance to date, however, bodes well for the future”. World Bank, *Building the Palestinian State: Sustaining Growth, Institutions and Service Delibery*, April, 13, 2011

(accesible en

<http://siteresources.worldbank.org/INTWESTBANKGAZA/Resources/AHLCReportApril2011.pdf>).

¹³ Afirmación de la que se hizo eco la Asamblea General en su resolución 67/19, de 29 de noviembre de 2012, por la que reconoce a Palestina el estatuto de “Estado observador no miembro”:

“*Encomiando* el plan de 2009 de la Autoridad Nacional Palestina para construir las instituciones de un Estado palestino independiente en un período de dos años, y acogiendo con beneplácito las evaluaciones positivas al respecto sobre su preparación para acceder a la condición de Estado realizadas por el Banco Mundial, las Naciones Unidas y el Fondo Monetario Internacional, que se reflejan en las conclusiones de la presidencia del Comité Especial de Enlace de abril de 2011 y conclusiones posteriores de la presidencia, que determinaron que *la Autoridad Palestina superaba el umbral en el que un Estado pasa a ser operativo en los principales sectores estudiados*”.
Cursivas añadidas.

¹⁴ *Ad Hoc Liaison Committee Meeting*, “Palestinian State-Building: An Achievement at Risk”, New York, 18 September 2011 (accesible en http://www.lacs.ps/documentsShow.aspx?ATT_ID=4504).

¹⁵ Uno de los últimos en hacerlo ha sido Suecia, el 29 de octubre de 2014; siendo el tercer Estado de la Unión Europea en hacerlo, tras Malta y Chipre. Reconocimiento al que han seguido en los meses siguientes la aprobación por amplias mayorías de sucesivas mociones por parte de los Parlamentos de Reino Unido, Irlanda, España o Francia, entre otros, instando a sus gobiernos a reconocer a Palestina como Estado.

¹⁶ PÉREZ GONZÁLEZ, M., “La subjetividad internacional (I)”, en *Instituciones de Derecho Internacional Público*, M. Díez de Velasco, Tecnos, Madrid, 17ª ed., 2009, p. 281.

Pero no lo es menos que es precisamente ahora y por lo ocurrido en UNESCO y Naciones Unidas que la cuestión ha adquirido una nueva relevancia, desde luego en el plano político, pero también en el jurídico¹⁷. Y es que el segundo de los tres argumentos utilizados por el citado ASH para rechazar la estatalidad de Palestina fuese precisamente “(t)hat Palestine is not recognized as a ‘State’ by key international institutions is additional indication that the International community does not recognize Palestine as a ‘State’ ”¹⁸, así lo indica con claridad, incluso para aquellos autores más críticos con dicha posibilidad.

1. La admisión de Palestina como miembro de pleno derecho de UNESCO

A partir de la Declaración de Independencia de 1988, a lo largo de 1989 las autoridades palestinas solicitaron la inclusión de Palestina como miembro de pleno derecho en la Organización Mundial de la Salud (OMS) y en la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO); solicitudes que, sin ser rechazadas, fueron diferidas ante las presiones desplegadas por Estados Unidos¹⁹ –como se sabe, contribuyente principal al presupuesto de ambos organismos especializados de Naciones Unidas²⁰-. Desde entonces, la “petición para la admisión de Palestina en

¹⁷ Vid. CRAWFORD, J., “The Creation of the State of Palestine: Too Much Too Soon?”, 1 *European Journal of International Law* 307-313 (1990), GOWLAND DEBBAS, V., “Collective Responses to the Unilateral Declarations of Independence of Southern Rhodesia and Palestine: An application of the Legitimizing Function of the United Nations”, 61 *British Year Book of International Law* 135 (1990); QUIGLEY, J., *The Statehood of Palestine: International Law in the Middle East Conflict*, Cambridge University Press, 2010; WORSTER, W. T., “Law, Politics and the Conception of the State in State Recognition Theory”, 27 *Boston University International Law Journal* 115 (2009); YOFFIE, A., G., “The Palestine Problem: The Search for Statehood and the Benefits of International Law”, 36 *The Yale Journal of International Law* 497 (2011).

¹⁸ ASH, R. W., “*Is Palestine a ‘State’? ...*”, *op. cit.*, pp. 193 y ss. .

¹⁹ Presión que, para ser más creíble, fue incorporada al ordenamiento jurídico interno de Estados Unidos a través de sendas leyes adoptadas en el primer lustro de los años 90 del siglo XX. Así, de acuerdo con la Ley Pública 101-246 de 1990, específicamente dirigida contra la OLP, se indicaba:

“(a) Prohibition.- No funds authorized to be appropriated by this Act or any other Act shall be available for the United Nations or any specialized agency thereof which accords the Palestine Liberation Organization the same standing as member state”. Pub. L. 101-246, Title IV, & 414, 104 Stat. 70 (1990).

Mientras que, unos años después, la Ley Pública 103-236 generalizaría la norma, con el fin de incluir cualquier otra definición diferente a “Organización para la Liberación de Palestina” –recordemos que por su resolución 43/177, de 15 de diciembre de 1989, la Asamblea General decidía utilizar la denominación “Palestina” en lugar de “Organización para la Liberación de Palestina” (par. 3)-, al afirmar:

“The United States shall not make any voluntary or assessed contribution:

(1) to any affiliated organization of the United Nations which grants full membership as a state to any organization or group that does not have the internationally recognized attributes of statehood, or

(2) to the United Nations, if the United Nations grants full membership as a state in the United Nations to any organization or group that does not have the internationally recognized attributes of statehood, during any period in which such membership is effective”. Pub. L. 103-236, Title IV, & 410, 108 Stat. 454 (1994).

²⁰ El entonces Director General de la OMS, Hiroshi Nakajima, pidió a los Estados miembros que defirieran la cuestión ante la certeza de que la Organización dejaría de existir sin la aportación económica

UNESCO” ha sido considerada en cada reunión anual de su Consejo Ejecutivo, con los mismos resultados de diferir la cuestión.

Hasta su reunión 187^a, celebrada en París entre el 21 de septiembre y el 6 de octubre de 2011, cuando, en el marco de su 6^a sesión desarrollada el 5 de octubre, se procedió a votar²¹ la solicitud con el resultado de 40 votos a favor, 4 en contra²² y 14 abstenciones²³ y, en consecuencia, aprobase la siguiente decisión:

“El Consejo Ejecutivo,

1. *Considerando* la solicitud de admisión de Palestina en la UNESCO presentada en 1989 y reiterada en cada reunión de la Conferencia General.

(...)

4. *Recomienda* que la Conferencia General admita a Palestina como miembro de la UNESCO”²⁴.

Esta votación en el Consejo Ejecutivo UNESCO resulta preceptiva para que la solicitud de admisión pase a ser discutida y decidida por la Conferencia General, tal y como establece el artículo 2.2 de la Constitución de la UNESCO, pues requiere su previa recomendación. Pues bien, en el transcurso de la 36^o reunión de la Conferencia General, celebrada en París entre el 25 de octubre y el 10 de noviembre de 2011, se procedió a la votación –en la 11^a sesión plenaria, celebrada el 31 de octubre- cuyo resultado fue de 107 votos a favor²⁵, 14 en contra²⁶ y 52 abstenciones²⁷. En consecuencia, la Conferencia General adoptó la resolución por la cual “decide admitir a Palestina como miembro de la UNESCO”²⁸.

Ya como miembro de pleno derecho, Palestina ha comenzado a participar en UNESCO, ratificando algunas de las convenciones más importantes en materia de protección cultural. Entre ellas²⁹ cabe destacar la de la *Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural*, el 8 de diciembre de 2011, y la inmediata

de Estados Unidos a su presupuesto. *Vid.* resolución de la OMS A42/VR/10, de 12 de mayo de 1989 y UNESCO 132 EX/31, de 29 de septiembre de 1989.

²¹ Para ver el desarrollo de la discusión de esta sesión, *vid.* Actas resumidas, 187 EX/SR. 1-8, París, 31 de mayo de 2012, pp. 99-100 (accesible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002164/216469m.pdf>).

²² Alemania, Estados Unidos, Letonia y Rumanía.

²³ Entre las cuales, España, Francia e Italia.

²⁴ Consejo Ejecutivo UNESCO, 187 EX/Decisiones, París, 30 de noviembre de 2011 (accesible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002144/214466s.pdf>).

²⁵ Entre los cuales Brasil, China, España, Francia y Rusia.

²⁶ Además de Estados Unidos e Israel, Alemania, Australia, Canadá, Holanda, Islas Salomond, Lituania, Palau, Panamá, República Checa, Samoa, Suecia y Vanuatu.

²⁷ Entre ellas Italia, Japón o México.

²⁸ Actas de la Conferencia General UNESCO, 36^a reunión, París, 25 de octubre-10 de noviembre de 2011, Resolución n^o 76, p. 93 (accesible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002150/215084s.pdf>).

²⁹ Junto a las mencionadas en el texto, el 8 de diciembre de 2011 Palestina ratificó la *Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales* y la relativa al *Patrimonio cultural subacuático*; mientras que el 22 de marzo de 2012 se adhirió a la *Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado* y a sus dos *Protocolos* –de 1954 y 1999- y ratificó la *Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales*.

solicitud por Palestina de la incorporación de 14 sitios a la Lista de Patrimonio Mundial³⁰, de los cuales, en 2012 fue inscrito *el lugar de nacimiento de Jesús, la Iglesia de la Natividad y la ruta de peregrinación*, en Belén³¹, y en 2014 la *tierra de olivares y viñas – Paisaje cultural del sur de Jerusalén*, en Battir³²; mientras que otros 13 sitios se encuentran bajo estudio en la Lista Tentativa³³. Así como la *Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*, ratificada en la misma fecha; si bien, en este caso, y dado que no se requería para ello la solicitud de un Estado como tal, Palestina tiene reconocido como Patrimonio Inmaterial de la Humanidad el *hikaye* desde septiembre de 2008³⁴.

2. El estatuto de Palestina en Naciones Unidas

La labor de Naciones Unidas en relación a Palestina ha sido muy intensa desde la aprobación misma de la resolución que aprobaba el conocido como *Plan de Partición de Palestina* –resolución 181 (II), de 29 noviembre de 1947- por la Asamblea General. Desde entonces, prácticamente todos los órganos principales, y buena parte de los subsidiarios más relevantes, de la Organización mantienen una muy activa posición respecto a la cuestión palestina, en especial la Asamblea General, que mantiene abierto su *10º Periodo Extraordinario de Sesiones de Emergencia* desde 1997³⁵, y el Consejo de Seguridad, con numerosas resoluciones en relación al conflicto árabe-israelí y palestino-israelí, como es bien sabido. Junto a ello, la Comisión de Derechos Humanos, en el marco del ECOSOC hasta 2006, y desde esa fecha el Consejo de Derechos Humanos, creado por la Asamblea General, mantienen una activa posición vigilante en la materia³⁶.

Sin embargo, en el ámbito que aquí nos ocupa, el estatuto de Palestina ante la Organización, son la Asamblea General y el Consejo de Seguridad quienes concentran las competencias relevantes, tal y como se establece en la Carta de Naciones Unidas. Así, en 1974 por la resolución 3237 (XXIX), de 22 de noviembre, la Asamblea General concedió a la Organización para la Liberación de Palestina, movimiento de liberación nacional (MLN) del pueblo palestino reconocido como tal por la Comunidad Internacional, el *estatuto de observador*. Posteriormente, y como consecuencia de la ya mencionada Declaración de Independencia de Palestina adoptada por el Consejo Nacional Palestino en 1988, al año siguiente la Asamblea General adoptó –por una

³⁰ Como se establece en la propia Convención, sólo los Estados bajo cuya jurisdicción se encuentra el sitio pueden solicitar su incorporación a la Lista del Patrimonio Mundial. Sobre esta cuestión *vid.* VACAS FERNÁNDEZ, F., “Las ciudades-capitales españolas declaradas patrimonio mundial por la UNESCO”, en *Protección Jurídico Internacional del Patrimonio Cultural. Especial referencia a España*, C. Fernández Liesa & J. Prieto de Pedro (Dir.), ed. Colex, Madrid, 2009, pp. 329-353.

³¹ *Vid.* <http://whc.unesco.org/en/list/1492>.

³² *Vid.* <http://whc.unesco.org/en/list/1492>.

³³ *Vid.* <http://whc.unesco.org/en/statesparties/ps>.

³⁴ *Vid.* <http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?cp=PS&lg=en>.

³⁵ Habiendo dedicado, desde el *1er Periodo Extraordinario de Sesiones de Emergencia* convocado en 1956, 6 de los 10 convocados hasta la fecha a la cuestión. *Vid.* <http://www.un.org/es/ga/sessions/emergency10th.shtml>

³⁶ *Vid.* <http://www.ohchr.org/SP/countries/MENARegion/Pages/PSIndex.aspx>

amplia mayoría de 104 votos a favor, 2 en contra³⁷ y 44 abstenciones- la resolución 43/177, de 15 de diciembre, en la que:

- “1. *Toma conocimiento* de la proclamación del Estado de Palestina por el Consejo Nacional de Palestina el 15 de noviembre de 1988;
2. *Afirma* la necesidad de que se permita al pueblo palestino ejercer su soberanía sobre su propio territorio ocupado desde 1967;
3. *Decide* que, a partir del 15 de diciembre de 1988, en el sistema de las Naciones Unidas se utilice la designación ‘Palestina’ en vez de la designación ‘Organización de Liberación de Palestina’ (...)”³⁸.

Pues bien, 23 años después del reconocimiento por Naciones Unidas de Palestina como entidad y de su Declaración de Independencia, la A.N.P. finalmente consideró llegado el momento, tanto desde el punto de vista más propiamente técnico y *ad intra* de construcción institucional, económica y jurídica de un Estado³⁹, como hemos visto; como, y a partir de la realidad anterior, político y *ad extra* de solicitar el reconocimiento del Estado de Palestina –ya realizado por bastante más de un centenar de Estados, como hemos indicado, y numerosas organizaciones internacionales regionales- a Naciones Unidas y sus organismos especializados.

1. La solicitud de admisión de Palestina en Naciones Unidas como miembro de pleno derecho y la respuesta del Consejo de Seguridad

De este modo, en el otoño de 2011, y a la par de la reiteración, un año más, de la solicitud de ingreso en UNESCO, que, como hemos visto, dio esta vez sus frutos, Mahmoud Abbas, en su calidad de Presidente de Palestina y de Presidente del Comité Ejecutivo de la OLP –como hemos indicado, MLN del pueblo palestino reconocido como tal por Naciones Unidas- solicitaría formalmente el ingreso de Palestina en Naciones Unidas como miembro de pleno derecho. Así, por carta de 23 de septiembre de 2011, el *Raiis* palestino formalizaba dicha solicitud:

“Tengo el profundo honor de presentar, en nombre del pueblo palestino, esta solicitud de admisión del Estado de Palestina como Miembro de las Naciones Unidas.

Esta solicitud de admisión como Miembro se presenta sobre la base de los derechos naturales, jurídicos e históricos del pueblo palestino y sobre la base de la resolución 181(II), de 29 de noviembre de 1947, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, así como de la Declaración de Independencia del Estado de Palestina de 15 de noviembre de 1988 y el reconocimiento por la Asamblea General de esa Declaración en su resolución 43/177, de 15 de diciembre de 1988.

³⁷ Estados Unidos e Israel.

³⁸ Estatuto de observador de Palestina ante Naciones Unidas que se vería reforzado con “derechos y prerrogativas adicionales” por la resolución de la Asamblea General 52/250, de 1998, y las subsiguientes concreciones realizadas por el Secretario General en su Nota de ese mismo año, ambas significativamente tituladas “La participación de Palestina en la labor de Naciones Unidas”. *Vid.* A/RES/52/520, de 7 de julio de 1998, Anexo y doc. A/52/1002, de 4 de agosto de 1998.

³⁹ *Vid.* Anexo II a la carta de fecha 23 de septiembre de 2011 dirigida al Secretario General por el Presidente de Palestina, A/66/371 y S/2011/592, par. 1.

A este respecto, el Estado de Palestina afirma su compromiso de lograr una solución general, justa y duradera del conflicto israelo-palestino sobre la base del objetivo de dos Estados que vivan uno junto al otro en condiciones de paz y seguridad, que ha sido respaldado por el Consejo de Seguridad y la Asamblea General de las Naciones Unidas y por la comunidad internacional en su conjunto, y sobre la base del derecho internacional y de todas las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas⁴⁰.

Y añadía, como apéndice a la misma, la Declaración de que “Palestina es una nación amante de la paz y que acepta las obligaciones consignadas en la Carta de las Naciones Unidas y se compromete solemnemente a cumplirlas”⁴¹; tal y como exige el artículo 4 de la Carta. En efecto, el mencionado artículo establece los requisitos para ser miembro de Naciones Unidas, así como indica el procedimiento a seguir para serlo. De acuerdo con él:

“1. Podrán ser Miembros de las Naciones Unidas todos los demás Estados amantes de la paz que acepten las obligaciones consignadas en esta Carta, y que, a juicio de la Organización, estén capacitados para cumplir dichas obligaciones y se hallen dispuestos a hacerlo.

2. La admisión de tales Estados como Miembros de las Naciones Unidas se efectuará por decisión de la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad”.

En consecuencia, el 28 de septiembre de 2011, el Consejo de Seguridad estudió la solicitud de ingreso de Palestina y la remitió al Comité de Admisión de Nuevos Miembros, órgano subsidiario del Consejo de carácter político –esto es, formado por representantes de los Estados miembros del Consejo- para que informase sobre ella. Informe que fue remitido al Consejo el 11 de noviembre de 2011 y en el que se recoge la conclusión de su Presidente de que “el Comité no podía hacer una recomendación unánime al Consejo de Seguridad”⁴². En efecto, en las dos reuniones formales y 5 oficiosas del Comité en las que se discutió la cuestión “se expresaron opiniones divergentes” tanto en relación a cuestiones generales relativas a la admisión de Palestina como a los requisitos específicos exigidos por el artículo 4 de la Carta para ser admitida.

Así, por lo que a las *cuestiones generales* se refiere, más propiamente políticas en su naturaleza, algunos Estados indicaron que “los criterios establecidos en el Artículo 4 de la Carta eran los únicos factores que podían tenerse en cuenta en las deliberaciones del Comité^{43,44}; mientras que otros sostenían que el Comité “debía tener en cuenta el

⁴⁰ Doc. A/66/371-S/2011/592, de 23 de septiembre de 2011, Anexo I.

⁴¹ *Ibid*, Apéndice.

⁴² *Informe del Comité de Admisión de Nuevos Miembros sobre la solicitud de admisión de Palestina como miembro de las Naciones Unidas*, S/2011/705, de 11 de noviembre, par. 21.

⁴³ Como indica la Corte Internacional de Justicia en el Dictamen sobre *las condiciones de admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas*, “les États qui réunissent les conditions énumérées ont les titres voulus pour être admis. Le sens naturel des termes employés conduit à considérer l'énumération de ces conditions comme limitative et non pas simplement comme énonciative ou exemplative. La disposition perdrait sa signification et sa valeur si d'autres conditions, étrangères à celles qui sont prescrites, pouvaient être exigées. Les conditions énoncées à l'article 3, paragraphe premier, doivent donc être envisagées non pas seulement comme les conditions nécessaires, mais aussi comme les conditions

contexto político más amplio. Se expresó la opinión de que una solución biestatal alcanzada por medio de un arreglo negociado seguía siendo la única opción para una paz sostenible y duradera y que las cuestiones relativas al estatuto definitivo debían resolverse mediante negociaciones⁴⁵. Además, se añadía en esta línea que “la labor del Comité no debía perjudicar las posibilidades de reanudación de las conversaciones de paz”; frente a ello, los primeros indicaban que “la perspectiva de las negociaciones no debía retrasar el examen por el Consejo de Seguridad de la solicitud de Palestina” y que “la solicitud de Palestina no era perjudicial para el proceso político, ni constituía una alternativa a las negociaciones⁴⁶”.

Mientras que en relación a los *requisitos exigidos por el artículo 4 de la Carta* para ser miembro de Naciones Unidas se hicieron las siguientes consideraciones:

- *Estado*: tras hacer referencia a la Convención de Montevideo, ya citada, se analizaron cada uno de los elementos que conforman su definición de Estado, sin que el elemento población planteara mayor problema⁴⁷. Sin embargo, en relación al territorio, a la vez que se planteaban “preguntas con respecto al control de Palestina sobre su territorio, a la luz del hecho de que Hamas era la autoridad *de facto* en la Franja de Gaza”, se afirmaba que “la ocupación israelí era un factor que impedía que el gobierno palestino ejerciera un control total sobre su territorio”; aunque otros contestaban que “la ocupación por una Potencia extranjera no implicaba que la soberanía de un territorio ocupado se trasladaba a la Potencia ocupante⁴⁸”. Finalmente, y por lo que al Gobierno se refiere, frente a los que sostenían que Palestina también cumplía este criterio, otros recordaban que “Hamas controlaba el 40% de la población de Palestina, por lo que no podía considerarse que la Autoridad Nacional Palestina tuviera un control gubernamental eficaz sobre el territorio que reclamaba⁴⁹”.
- *Amante de la paz*: mientras algunos afirmaban el cumplimiento por parte de Palestina, derivado de la Declaración citada y de su participación en el Proceso de Paz abierto en Madrid en 1992 y desde entonces; otros, “plantearon interrogantes sobre si Palestina era de hecho un Estado amante de la paz, puesto que Hamas⁵⁰ se negaba a renunciar al terrorismo y la violencia, y tenía el objetivo declarado de destruir a Israel⁵¹”.

suffisantes”. C.I.J., *Conditions de l'admission d'un état comme membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)*, 28 de mayo de 1948, p. 9.

⁴⁴ S/2011/705, de 11 de noviembre, par. 5.

⁴⁵ *Ibid*, par. 6.

⁴⁶ *Ibid*, par. 7.

⁴⁷ *Ibid*, par. 10.

⁴⁸ *Ibid*, par. 11.

⁴⁹ *Ibid*, par. 12.

⁵⁰ Si bien, frente a este argumento otros Estados hicieron referencia “a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Namibia de 1971, que establecía que solo los actos de la autoridad reconocida de un Estado podían atribuirse a un Estado”. *Ibid*, par. 16.

⁵¹ *Ibid*, par. 15 y 16.

- *Aceptar las obligaciones consignadas en la Carta y estar capacitado para cumplirlas:* frente a los Estados que, en línea con el argumento anterior, afirmaban que “la Carta exigía más que una promesa verbal por parte de un solicitante de que cumpliría sus obligaciones con arreglo a la Carta”, por lo que “el solicitante tenía que demostrar su voluntad de llegar a un arreglo pacífico de controversias y de abstenerse de recurrir a la amenaza o el uso de la fuerza en sus relaciones internacionales” y, “a este respecto que Hamas no había aceptado estas obligaciones”⁵²; otros Estados sostenían que Palestina había incluido dicha aceptación en su Declaración y recordaron que “en 1948, al considerar la solicitud de admisión de Israel como Miembro, se había sostenido que la solemne promesa de Israel de cumplir las obligaciones que le incumbían en virtud de la Carta era suficiente para satisfacer este criterio”⁵³.

Finalmente, ante el evidente profundo desacuerdo, que era esencialmente de raíz política, y ante la certeza de que Estados Unidos votaría “no” a cualquier decisión del Consejo de Seguridad en el sentido de recomendar a la Asamblea General la admisión de Palestina como Estado miembro de pleno derecho de la Organización, la cuestión se paralizó en sede del Consejo, como, por lo demás, era previsible que ocurriera⁵⁴.

2. El reconocimiento a Palestina del estatuto de “Estado observador no miembro” por la Asamblea General

Sin embargo, ello no hizo modificar la decisión de fondo adoptada por la A.N.P. de conseguir el reconocimiento de Palestina como Estado por parte de Naciones Unidas, por lo que al año siguiente solicitó su reconocimiento como “Estado observador no miembro” a la Asamblea General, que es el órgano encargado de concederlo, esta vez de forma exclusiva, sin que, por consiguiente, el Consejo de Seguridad participe en el procedimiento. Estatuto que, por lo demás, ostentó por largo tiempo Suiza, hasta su incorporación como miembro de pleno derecho, y que en ese momento ostentaba la Santa Sede.

La Asamblea General, por su resolución 67/19, de 29 de noviembre de 2012, “*reconociendo* que Palestina es miembro de pleno derecho de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Comisión Económica y Social para Asia Occidental y el Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico, así como de la Liga de los Estados Árabes, el Movimiento de los Países No Alineados, la Organización de Cooperación Islámica y el Grupo de los 77 y China” y que ha sido reconocida como Estado “por 132 Estados miembros de las Naciones Unidas”; así como “*reafirmando* el principio de composición universal” como guía en la cuestión de la incorporación de nuevos Estados a la Organización, establece lo siguiente:

⁵² *Ibid*, par. 18.

⁵³ *Ibid*, par. 17.

⁵⁴ Como se recuerda en el *American Journal of International Law*: “The United States opposed the Palestinian effort and vowed that it would veto any application in the Security Council if necessary”. *Contemporary Practice of the United States*, “UNESCO Admits Palestine; United States Cuts UNESCO Funding”, 106 *American Journal of International Law* 153 (2012), p. 156.

“1. *Reafirma* el derecho del pueblo palestino a la libre determinación y a la independencia en su Estado de Palestina en el territorio palestino ocupado desde 1967;

2. *Decide* conceder a Palestina la condición de Estado observador no miembro en las Naciones Unidas, sin perjuicio de los derechos adquiridos, las prerrogativas y la función de la Organización de Liberación de Palestina en las Naciones Unidas como representante del pueblo palestino, de conformidad con las resoluciones y la práctica pertinentes”⁵⁵.

Resolución que fue aprobada por una amplísima mayoría de 138 votos a favor –entre los que cabe destacar aquí Brasil, China, España, Francia, India, Italia, Japón, México, República Sudafricana o Rusia-, 41 abstenciones –entre otras las de Alemania, Holanda o Reino Unido- y 9 votos en contra –Canadá, Estados Unidos, Islas Marshall, Israel, Micronesia, Nauru, Palao, Panamá y República Checa-⁵⁶.

Las consecuencias de estas solicitudes de incorporación y/o de cambio de status de Palestina en Naciones Unidas y UNESCO poseen, desde luego, un importante alcance político, desde el análisis de la posición tanto de la ANP y su decisión de que se reconozca ya por la Comunidad Internacional institucionalizada –y no sólo por Estados y ciertas organizaciones internacionales regionales- su estatalidad, como de Israel y Estados Unidos, opuestos a ello y, en fin, del apoyo que en el seno de la Comunidad Internacional tienen una y otra posiciones. Pero, más allá de las consideraciones políticas que de todo ello quepa extraer, conviene aquí, siquiera brevemente, mencionar algunas de las consecuencias más relevantes que en el plano jurídico internacional tienen o pueden llegar a tener tales reconocimientos de la estatalidad de Palestina.

Consecuencias jurídicas, de un lado, bien específicas para el caso de la incorporación de Palestina como Estado miembro de UNESCO y que derivan del reconocimiento del estatuto de “Estado observador no miembro” por parte de Naciones Unidas. Alcance jurídico más general, y más discutible sin duda, de otro lado, en relación a la cuestión de fondo de la estatalidad misma de Palestina de acuerdo con el Derecho Internacional.

Así, respecto a las consecuencias específicas se refiere, junto a algunas de las inmediatamente derivadas de la incorporación de Palestina a UNESCO como Estado miembro –a las que ya hemos hecho referencia-, cabe destacar otras de mayor y más general alcance jurídico, y también más profundo calado político. Por una parte, resulta

⁵⁵ A/RES/67/19, de 4 de diciembre de 2012.

⁵⁶ Resulta relevante observar, desde la perspectiva de la construcción de procesos de integración regionales y su acción internacional más o menos coordinada, que en el caso de la Unión Europea algunos de sus miembros todavía votaron en contra un año antes en UNESCO –muy especialmente Alemania- y que la República Checa siguió haciéndolo aquí. En contraste, en UNASUR ninguno de sus Estados miembros votó en contra. Y es que la votación refleja un nivel diferente de división/cohesión en este caso, tal y como he señalado en otro lugar: “(R)esulta interesante reseñar que en la votación en la Asamblea General sobre el reconocimiento de Palestina como Estado observador, celebrada el 29 de noviembre de 2012, ningún Estado sudamericano votó en contra y tan solo dos se abstuvieron: Colombia y Paraguay. Los otros diez Estados votaron a favor, lo que contrasta con la Unión Europea, y su Política Exterior y de Seguridad Común, entre cuyos Estados miembros hubo un votó en contra y once se abstuvieron”. VACAS FERNÁNDEZ, F. & RODRÍGUEZ BARRIGÓN, J. M., *La dimensión exterior de UNASUR: instrumento de la acción concertada de los Estados sudamericanos*, nº 9 Colección CEIB de Estudios Iberoamericanos, Dikynson, Madrid, 2012, p. 123.

importante recordar que la incorporación de Palestina a UNESCO abre la puerta a su ingreso en otros organismos especializados de la ONU, puesto que algunos de ellos en su tratado constitutivo únicamente requieren para la admisión de nuevos miembros que quien lo solicita sea parte en alguno de ellos. Este es el caso, por ejemplo, de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)⁵⁷.

Por otra parte, y ya por lo que al estatuto de “Estado observador no miembro” respecta, son varias las consecuencias jurídicas relevantes que de ello cabe derivar. Así, y desde una perspectiva jurídico-política general, supone un claro respaldo a la incorporación de Palestina a Naciones Unidas como miembro de pleno derecho; pudiendo ver su estatuto actual como una situación intermedia, coyuntural, como si de una sala de espera se tratara, al igual que ocurrió con Suiza. Si bien, claro está, por motivos bien diferentes: derivados de la propia voluntad de los ciudadanos del Estado suizo en este último caso; derivados de la voluntad, ajena a Palestina y sus ciudadanos, de Israel como Estado ocupante y de Estados Unidos como miembro permanente del Consejo de Seguridad, con derecho a veto por consiguiente, en el primero.

Esa es la línea, en fin, que parece visualizar y apoyar la propia Asamblea General cuando en su resolución 67/19 indica que “*(e)xpresa la esperanza de que el Consejo de Seguridad considere favorablemente la solicitud presentada el 23 de septiembre de 2011 por el Estado de Palestina para su admisión como miembro de pleno derecho de las Naciones Unidas*”⁵⁸. Y es que, como se ha recordado en numerosas ocasiones, “*la cuestión del reconocimiento de la condición de Estado de Palestina no puede ni debe estar supeditada al resultado de las negociaciones entre palestinos e israelíes, (porque) de otro modo, el reconocimiento de Palestina como un Estado dependería de la aprobación de Israel, lo que daría a la Potencia ocupante el derecho a ejercer el veto en relación con el derecho a la libre determinación del pueblo palestino, que la Asamblea General reconocía como inalienable desde 1974*”⁵⁹.

⁵⁷ Respecto a esta posibilidad específica resulta cuanto menos interesante ver cómo Estados Unidos ha expresado su preocupación, antes que, muy significativamente, *presionar con la suspensión de sus aportaciones económicas* al presupuesto de la OMPI, como hemos visto han sido los casos de la OMS y UNESCO. En efecto, tal y como se recoge en un comunicado de prensa del Departamento de Estado de Estados Unidos: “During the meeting, Assistant Secretary of State Esther Brimmer underscored U.S. concern that Palestinian membership in WIPO could have serious implications for U.S. leadership in this organization, which supports the global (intellectual property rights) infrastructure and helps U.S. companies protect their intellectual property around the world. The United States is a leading global voice on issues related to patent, copyright, and trademarks matters, and *should the U.S. be unable to provide its contributions to WIPO, the impact of that voice could be significantly diminished*”. U.S. Dep’t of State Press Release No. 2011/1843, WIPO Briefing (Oct. 31, 2011), (accesible en <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2011/10/176417.htm>). *Cursivas añadidas.*

⁵⁸ A/RES/67/19, de 4 de diciembre de 2012, par. 3.

⁵⁹ S/2011/705, de 11 de noviembre, par. 7. *Cursivas añadidas.*

II. PALESTINA Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Más específicamente, en el plano estrictamente jurídico –aunque con evidentes consecuencias políticas, por supuesto- el reconocimiento por parte de la Asamblea General del estatuto de Estado observador no miembro a Palestina, de un lado, le posibilitaba intentar ser parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁶⁰. Mientras que, de otro, le abría definitivamente la puerta de la Corte Penal Internacional, más allá del intenso y profundo debate sobre la validez o no de la *Declaración de aceptación del Estatuto de Roma* depositada por la A.N.P. el 21 de enero de 2009 y cuya discusión se centraba, como vamos a ver, en la calidad de Estado o no de Palestina. Apertura de la puerta de la C.P.I. que dejaba la cuestión de su entrada, y el momento elegido para la misma, a la decisión soberana del Estado de Palestina –como en el caso de cualquier otro Estado de la Comunidad Internacional que, como soberano no requiere ni del permiso ni de la aceptación expresa o implícita de ningún otro para otorgar el consentimiento en obligarse por un tratado internacional-; decisión que fue finalmente tomada por el Raïs palestino, Mahmoud Abbas, los días 31 de diciembre de 2014 y 2 de enero de 2015.

1. El intento de reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional por parte de la Autoridad Nacional Palestina de 21 de enero de 2009

En efecto, el 21 de enero de 2009, la A.N.P. emitió una “Declaración reconociendo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”⁶¹, “de conformidad con el artículo 12 párrafo 3” del Estatuto de Roma; declaración que se hacía “por una duración indeterminada” y reconocimiento de jurisdicción cuyos efectos se fijaban a partir del 1 de julio de 2002:

“the Government of Palestine hereby recongnizes the jurisdiction of the Court for the purpose of identifying, prosecuting and judging the authors and accomplices of acts committed on the territory of Palestine since 1 July 2002”.

Tal posibilidad está, en efecto, prevista en el artículo 12.3 del Estatuto de la C.P.I., que dice así:

“Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, *dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate*. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX^{62,63}.”

⁶⁰ De acuerdo con lo establecido en el artículo 93.2 de la Carta de Naciones Unidas y los artículos 34.1, 35 y 36 del Estatuto de la Corte.

⁶¹ Accesible en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/74EEE201-0FED-4481-95D4-C8071087102C/279777/20090122PalestinianDeclaration2.pdf>

⁶² Obligación de cooperación que la ANP incluyó expresamente en su Declaración.

⁶³ Cursivas añadidas.

Por consiguiente, cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma podrá reconocer la jurisdicción de la Corte, sin que se establezca ningún límite temporal para el reconocimiento de dicha jurisdicción; por lo que quedará a la voluntad del Estado que en ejercicio de su soberanía realice tal reconocimiento el establecer desde cuándo surtirán efectos, con el límite general a la competencia temporal de la Corte, que deriva del principio de irretroactividad penal, y se establece en el artículo 11.1 de su Estatuto: “La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto”. Entrada en vigor que se produjo el 1 de julio de 2002; que era, como hemos visto, la fecha establecida por la A.N.P. en su Declaración.

A partir de la recepción de la mencionada Declaración, y de acuerdo con los artículos 12 y 15 del Estatuto, “the Office of the Prosecutor is conducting a preliminary examination in order to determine whether there is a reasonable basis to proceed with an investigation into the situation in Palestine taking into consideration the jurisdiction of the Court, admissibility, and the interests of justice”⁶⁴. Apertura de Examen Preliminar por la Fiscalía de la Corte sobre la *Situación en Palestina* que se basaba, además de en el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte por la A.N.P., en las numerosas informaciones de posibles crímenes para los que es competente la C.P.I. cometidos en Palestina. Y es que, a fecha de mayo de 2010, la Fiscalía había recibido 388 comunicaciones⁶⁵ sobre posibles crímenes cometidos en Gaza entre diciembre de 2008 y enero de 2009.

Entre el 27 de diciembre de 2008 y el 18 de enero de 2009 el ejército de Israel llevó a cabo una amplia ofensiva militar contra Gaza, que denominó “Operación Plomo Fundido”. Durante la misma murieron unas 1.450 personas. Como se señala en el informe de la Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el Conflicto en Gaza de 25 de septiembre de 2009⁶⁶, más conocido como *informe Goldstone*⁶⁷: “Las estadísticas sobre el número de palestinos que perdieron la vida durante las operaciones

⁶⁴ The Office of the Prosecutor, *Situation in Palestine*, “Summary of submissions on whether the declaration lodged by the Palestinian National Authority meets statutory requirements”, 3 de mayo de 2010, par. 11 (accesible en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D3C77FA6-9DEE-45B1-ACC0-B41706BB41E5/282852/PALESTINEFINAL201010272.pdf>).

⁶⁵ *Ibid*, par. 12.

⁶⁶ Informe de la Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el Conflicto en Gaza (*informe Goldstone*), A/HRC/12/48, de 25 de septiembre de 2009.

⁶⁷ Dado que el Presidente de la Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el Conflicto en Gaza de 2009 y el responsable, por consiguiente del informe, fue Richard Goldstone, juez sudafricano de religión judía, presidente de la conocida *Comisión Goldstone* sobre el apartheid en Sudáfrica y primer Fiscal Jefe del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, entre otras relevantes labores. Y, si bien hay que tener en cuenta que Richard Goldstone se retractó –en un artículo de prensa publicado año y medio después de la publicación del informe oficial de Naciones Unidas, y tras intensas presiones-, de algunas partes del mismo; aquí se cita como informe oficial de Naciones Unidas a los efectos de indicar los datos de víctimas que, por lo demás, son similares a los publicados por otras fuentes, privadas y públicas, palestinas e israelíes, como se puede ver en la nota siguiente. GOLDSTONE, R., “Reconsidering the Goldstone Report on Israel and war crimes”, *The Washington Post*, 1 de abril de 2011 (accesible en http://www.washingtonpost.com/opinions/reconsidering-the-goldstone-report-on-israel-and-war-crimes/2011/04/01/AFg111JC_story.html).

militares son dispares. De acuerdo con una amplia investigación de campo, organizaciones no gubernamentales (ONG) sitúan el número total de personas muertas entre 1.387 y 1.417. Las autoridades de Gaza informaron de 1.444 víctimas mortales. El Gobierno de Israel considera que esta cifra fue de 1.166. (...). Según el Gobierno de Israel, durante las operaciones militares hubo 4 víctimas mortales israelíes en el sur de Israel, de las cuales 3 eran civiles y 1 militar. Murieron debido a ataques de cohetes y morteros lanzados por grupos armados palestinos. Además, nueve soldados israelíes resultaron muertos durante combates mantenidos dentro de la Franja de Gaza, cuatro de ellos a resultas de disparos procedentes de sus propias unidades”. Para concluir en relación a las víctimas palestinas: “Los datos proporcionados por fuentes no gubernamentales sobre el porcentaje de civiles entre las víctimas mortales son en general concomitantes y suscitan muy serias inquietudes sobre la forma en que Israel llevó a cabo las operaciones militares⁶⁸ en Gaza”⁶⁹.

Precisamente como respuesta a dicha operación, la A.N.P. emitió el 22 de enero de 2009 –esto es, cuatro días después de finalizar la ofensiva- la Declaración de reconocimiento de jurisdicción de la C.P.I. . En la línea que meses más tarde marcaría el propio *informe Goldstone* al apoyar la utilización de la jurisdicción universal en este caso: “Dado que Israel está cada vez menos dispuesto a iniciar investigaciones penales que cumplan las exigencias internacionales, la Misión apoya el recurso a la *jurisdicción universal como medio para que* los Estados investiguen las violaciones graves de las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949, *eviten la impunidad y promuevan la rendición de cuentas internacional*”⁷⁰.

Pues bien, el Examen Preliminar abierto por la Fiscalía de la C.P.I. en 2009 sobre la *Situación en Palestina* se centró esencialmente, como veremos más adelante es preceptivo, en establecer si la mencionada Declaración de la A.N.P. reconociendo la jurisdicción de la Corte cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 12.3 del Estatuto de Roma y, en particular, si había sido emitida por un “Estado”, que es lo exigido en dicho artículo. Fueron muy numerosos los informes remitidos a la Fiscalía de la Corte sobre esta cuestión⁷¹ y muy ricos y variados los argumentos jurídicos –y

⁶⁸ En efecto, según el Centro Palestino de Derechos Humanos murieron 1.434 palestinos, de los cuales más de 900 eran civiles –288 de entre ellos niños-, (vid. <http://web.archive.org/web/20110108062614/http://www.pchrgaza.org/files/PressR/English/2008/list.pdf>); por su parte, la organización israelí de derechos humanos B’Tselem indicó que habían muerto 1.387 palestinos, 774 de los cuales civiles –320 de ellos niños- (vid. <http://www.ynetnews.com/articles/0,7340,L-3774217,00.html>).

⁶⁹ Informe de la Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el Conflicto en Gaza (*informe Goldstone*), A/HRC/12/48, de 25 de septiembre de 2009, par. 30 y 31.

⁷⁰ *Ibid.*, par. 127. Cursivas añadidas.

⁷¹ QUIGLEY, J., “The Palestine Declaration to the International Criminal Court: The Statehood Issue”, 19 de mayo de 2009; QUIGLEY, J., “Memo to the Prosecutor”, 23 de marzo de 2009 y “Additional Memo”, 20 de mayo de 2010; EUROPEAN CENTRE FOR LAW AND JUSTICE, “Legal Memorandum opposing accession to ICC jurisdiction by non-State entities”, 9 de septiembre de 2009; THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JEWISH LAWYERS AND JURISTS, “Opinion in the matter of the jurisdiction of the ICC with regard to the Declaration of the Palestinian authority”, 9 de septiembre de 2009; PALESTINIAN NATIONAL AUTHORITY, “Working Draft”, 13 de octubre de 2009; LEAGUE OF ARAB STATES, “Documents on the status of Palestine”, 14 de octubre de 2009;

también políticos- utilizados tanto a favor como en contra de la validez de dicha Declaración. Algunos de ellos los hemos abordado ya en el primer epígrafe: son básicamente los que giran en torno a la estatalidad o no de Palestina y que fueron debatidos en el Comité de Admisión de Nuevos Miembros del Consejo de Seguridad.

Junto a ellos, se plantearon otros específicamente relativos al Estatuto de Roma y, más en concreto, a la interpretación del artículo 12.3. Así, de un lado, se ha defendido, desde una aproximación hermenéutica teleológica y funcional, que la Corte, para establecer su propia jurisdicción y competencia –de acuerdo con el principio de competencia de la competencia-, debe interpretar el párrafo 3 del artículo 12 de su Estatuto de forma que resulte adecuada para cumplir el objeto y fin del tratado. Así, siguiendo lo establecido en su Preámbulo –“los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo”, por lo que los Estados partes están “*decididos* a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”-, parece claro que su objeto y fin es poner fin a la impunidad a través del castigo de tales crímenes y, con ello, prevenir su futura comisión.

Pues bien, algunos autores señalan que debe realizarse una aproximación funcional a la cuestión, en lugar de realizar una interpretación literal y estricta la palabra “Estado” contenida en el artículo 12.3; puesto que ello tendría como resultado crear una zona de impunidad en los territorios ocupados de Palestina, lo que claramente iría contra el objeto y fin del tratado. Por consiguiente, continuarán, habría que desechar dicha interpretación y optar por la más acorde con el objeto y fin del tratado de otorgar validez a la Declaración de la Autoridad Nacional Palestina, pues permite a la Corte desplegar

BENOLIEL, D. & PERRY, R., “Israel, Palestine and the ICC”, 5 de noviembre de 2009; DAVENPORT, D., ANDERSON, K., ESTREICHER, S., KONTOROVICH, E., KU, J. G. & SOFAER, A. D., “The Palestinian Declaration and ICC jurisdiction”, 19 de noviembre de 2009; AL HAQ, “Position paper on issues arising from the PA submission of a Declaration to the Prosecutor of the ICC under article 12 (3) of the Rome Statute”, 14 de diciembre de 2009; PELLET, A., “Les effets de la reconnaissance par la Palestine de la compétence de la CPI”, 18 de febrero de 2010; MENDES, E., “Statehood and Palestine for the purposes of Article 12(3) of the ICC Statute: a contrary perspective”, 30 de Marzo de 2010; EUROPEAN CENTRE FOR LAW AND JUSTICE, “Law Review Article Responding to Professor John Quigley’s Article on Palestinian Statehood Previously Filed with ICC”, 3 de Octubre de 2010; EUROPEAN CENTRE FOR LAW AND JUSTICE, “Legal Memorandum in Response to the Al-Haq Brief and Opposing the Palestinian Authority’s Attempt to Accede to ICC Jurisdiction”, 4 de Octubre de 2010; GOLD, D. & MORRISON, D., “Discussion on Whether the Declaration Lodged by the Palestinian Authority Meets Statutory Requirements Historical and Diplomatic Considerations”, 10 de octubre de 2010; THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JEWISH LAWYERS AND JURISTS, “Supplementary Opinion In the Matter of the Jurisdiction of the International Criminal Court with regard to the Declaration of the Palestinian Authority”, 18 de Octubre de 2010; NGO MONITOR, “Submission to the International Criminal Court Office of the Prosecutor Regarding the “Situation in Palestine”, 20 de Octubre de 2010; RONEN, Y., “ICC Jurisdiction over acts Committed in the Gaza Strip. Article 12(3) of the ICC Statute and Non-state Entities”, 8 *Journal of International Criminal Justice* 3-27 (2010), (todos accesibles en http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/comm%20and%20ref/pe-ongoing/palestine/Pages/summary%20of%20submissions%20on%20whether%20the%20declaration%20lodged%20by%20the%20palestinian%20nati.aspx).

su jurisdicción sobre tales territorios. Como se defiende en el informe presentado, entre otros⁷², por Allan PELLET, sobre la cuestión, “il ne doit pas s’agir, pour la Cour, de s’appuyer sur une définition générale et ‘toute faite’ de la notion d’État en droit international, mais d’adopter une *approche fonctionnelle* lui permettant de dire in fine si la déclaration palestinienne remplit les conditions posées à l’article 12, paragraphe 3, pour qu’elle puisse exercer ses compétences statutaires”⁷³.

Y continúa: “Cette appréciation doit être effectuée conformément à la célèbre ‘règle générale d’interprétation’ codifiée à l’article 31, paragraphe 1, de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969: ‘1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but’. En la présente occurrence, le contexte, ainsi que l’objet et le but du Statut (et de son article 12) revêtent une importance toute particulière du fait de la ‘géométrie variable’ de la notion même d’État qui rend difficile de s’en tenir à une signification univoque et, dès lors, à un ‘sens ordinaire’ ”⁷⁴. Para concluir de ello “que la Cour n’a (...) nul besoin de se prononcer, in abstracto, sur la question de savoir si « dans l’absolu » la Palestine est ou non un État (...). Il suffit, bien plutôt, qu’elle constate que, quelle que puisse être la situation dans d’autres hypothèses, aux fins du Statut de Rome cette déclaration pouvait être faite conformément aux dispositions de l’article 12 et qu’elle peut déployer les effets que prévoit l’article 13”⁷⁵.

Frente a ello, otros autores defendían la necesidad de aplicar la interpretación literal de la palabra “Estado”, contenida en el párrafo 3 del artículo 12. Y es que, argumentarán, de un lado, existe un significado ordinario de la palabra “Estado”, por lo que su uso en la mencionada disposición por los redactores del Estatuto no fue casual, sino querida y con el claro objetivo de limitar su alcance sólo y únicamente a los Estados, de acuerdo con el significado ordinario de dicho término. En palabras de Yaël RONEN: “Interpreting Article 12(3) more widely to include entities effectively governing non-sovereign territory also seems unwarranted, as such interpretation flies in the face of the ICC Statute’s wording and the intention of its drafters”⁷⁶.

A lo que habría que añadir, de otro lado, que ello resulta coherente con que el Estatuto de Roma tiene un fundamento exclusivamente estatal, puesto que únicamente los Estados pueden ser parte en el mismo⁷⁷. En consecuencia: “The ICC lacks both express and inherent powers to recognise the validity of a declaration lodged by a non-State entity: absent the acceptance of the jurisdiction of the Court by a State on whose territory or by whose nationals the crimes occurred, the only exception recognised under

⁷² El informe ha sido firmado también por otros 39 profesores, entre ellos: Georges ABI-SAAB, M. Cherif BASSIOUNI, Jorge CARDONA LLORENS, Luigi CONDORELLI, Benedetto CONFORTI, Francesco FRANCONI, Vera GOWLLAND-DEBBAS, Hélène RUIZ FABRI, William A. SCHABAS, Nico SCHRIJVER o Jean-Marc SOREL.

⁷³ PELLET, A., “*Les effets de la reconnaissance ...*”, *op. cit.*, par. 8.

⁷⁴ *Ibid.*, par. 17 y 18.

⁷⁵ *Ibid.*, par. 34.

⁷⁶ RONEN, Y., “*ICC Jurisdiction over ...*”, *op. cit.*, p. 26.

⁷⁷ *Vid.*, por ejemplo, EUROPEAN CENTRE FOR LAW AND JUSTICE, “*Legal Memorandum opposing ...*”, *op. cit.*, pp. 8-11.

the Statute is where the Security Council refers a situation”⁷⁸. Interpretación que fue finalmente la utilizada.

Así, la conclusión a la que llegó la Fiscalía de la Corte en abril de 2012, tras más de tres años analizando la cuestión, fue, de una parte: “The jurisdiction of the Court is not based on the principle of universal jurisdiction: it requires that the United Nations Security Council [article 13(b)] or a ‘State’ (article 12) provide jurisdiction. Article 12 establishes that a ‘State’ can confer jurisdiction to the Court by becoming a Party to the Rome Statute [article 12(1)] or by making an ad hoc declaration accepting the Court’s jurisdiction [article 12(3)]”⁷⁹. En consecuencia, “The issue that arises, therefore, is who defines what is a ‘State’ for the purpose of article 12 of the Statute? (...) In instances where it is controversial or unclear whether an applicant constitutes a ‘State’, it is the practice of the Secretary-General to follow or seek the General Assembly’s directives on the matter”⁸⁰.

Pues bien, de acuerdo con ello, la A.N.P. no tenía, como hemos visto en el primer epígrafe del presente trabajo, reconocido el estatus de “Estado” por quienes podían hacerlo: ya la Asamblea General de Naciones Unidas, ya la Asamblea de Estados Parte en el Estatuto de Roma⁸¹. En consecuencia, la declaración de 2009, al haber sido emitida por una entidad no estatal carecía de validez en los términos requeridos por el artículo 12.3 del Estatuto de la Corte. *Ausencia de validez de origen* que no se ha visto afectada por el cambio posterior del estatus de Palestina ante Naciones Unidas a raíz de la aprobación de la resolución de la Asamblea General 67/19, de 29 de noviembre de 2012 –por la que, como hemos visto, pasó a ser considerada como “Estado observador no miembro”-, pues *carece de efectos retroactivos*; siendo Palestina para Naciones Unidas un Estado, por más que observador no miembro, a partir del 29 de noviembre de 2012⁸².

⁷⁸ The Office of the Prosecutor (ICC), “Situation in Palestine. Summary of submissions on whether the declaration lodged by the Palestinian National Authority meets statutory requirements”, 3 de mayo de 2010, par. 27 (accesible en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D3C77FA6-9DEE-45B1-ACC0-B41706BB41E5/282852/PALESTINEFINAL201010272.pdf>).

⁷⁹ The Office of the Prosecutor (ICC), “Situation in Palestine”, 3 de abril de 2012, par. 4 (accesible en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C6162BBF-FEB9-4FAF-AFA9-836106D2694A/284387/SituationinPalestine030412ENG.pdf>).

⁸⁰ *Ibid*, par. 5.

⁸¹ Como indica la Fiscalía de la Corte, “competence for determining the term ‘State’ within the meaning of article 12 rests, in the first instance, with the United Nations Secretary General who, in case of doubt, will defer to the guidance of General Assembly. The Assembly of States Parties of the Rome Statute could also in due course decide to address the matter in accordance with article 112(2)(g) of the Statute”. *Ibid*, par. 5.

⁸² Como aclara BENSOUA: “On 29 November 2012, Palestine’s status was upgraded by the UN General Assembly (UNGA) to ‘non-member observer State’ through the adoption of resolution 67/19. The Office examined the legal implications of this development for its purposes and concluded that while *this change did not retroactively validate the previously invalid 2009 declaration* lodged without the necessary standing, Palestine could now join the Rome Statute”. BENSOUA, F., “*The Public Deserves ...*”, *op. cit.* . Cursivas añadidas.

2. La declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional por el Estado de Palestina de 31 de diciembre de 2014

Lo que sí permitía el mencionado cambio de estatus reconocido por la Comunidad Internacional institucionalizada –pues eso y no otra cosa es el órgano plenario de Naciones Unidas: la Asamblea General- es que Palestina emitiese a partir de esa fecha – el 29 de noviembre de 2012- una nueva declaración de aceptación de la jurisdicción de la C.P.I., que, esta vez sí, sería válida al respetar los requisitos establecidos en el artículo 12.3 del Estatuto de Roma. Y es que, el argumento utilizado por la Fiscalía de la Corte en abril de 2012 para rechazar la validez de la Declaración de la A.N.P. de 2009, servirá también para que la validez de la Declaración emitida el 31 de diciembre de 2014, una vez reconocido el Estado de Palestina por la propia Asamblea General, como hemos visto, sea incuestionable.

Es más, desde esa fecha se abría la posibilidad a Palestina, como Estado, de otorgar su consentimiento en obligarse por aquellos tratados internacionales multilaterales amplios a los que tuviese la voluntad de pertenecer. Así lo hizo, como hemos visto, nada más ser reconocido como Estado miembro de pleno derecho por UNESCO en relación a las Convenciones relacionadas con esta organización, así lo volvió a hacer el 1 de abril de 2014 con numerosos tratados en materia de derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario –muy significativamente, respecto a las cuatro Convenciones de Ginebra y su Protocolo Adicional 1-. Así lo hizo, en fin, cuando el 2 de enero de 2015 depositó su instrumento de adhesión al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; tan sólo tres días después de que el Presidente del Estado de Palestina emitiese una declaración aceptando la jurisdicción de la Corte desde el 13 de junio de 2014.

Y es que, en el *Resumen de la Práctica del Secretario General como Depositario de Tratados Multilaterales* se indica lo siguiente: "(T)he Secretary-General, in discharging his functions as a depositary of a convention with an 'all States' clause, will follow the practice of the Assembly in implementing such a clause"⁸³. Por consiguiente, a partir del reconocimiento del estatuto de “Estado observador no miembro” por parte de la Asamblea General, como hemos visto, por su resolución 67/19, de 29 de noviembre de 2012, el Secretario General de Naciones Unidas, siguiendo la mencionada práctica, aceptó, como depositario, el instrumento de adhesión de Palestina al Estatuto de Roma, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.3 del mismo. A partir de ahí, la calidad de Estado de Palestina queda también claramente determinada a los efectos de la validez de la Declaración de reconocimiento de la jurisdicción de la Corte de acuerdo con el artículo 12.3 del Estatuto de Roma. En palabras de la Oficina de la Fiscalía de la C.P.I.:

“The Office considers that, since Palestine was granted observer State status in the UN by the UNGA, it must be considered a ‘State’ for the purposes of accession to the Rome Statute (in accordance with the ‘all States’ formula). Additionally, as the Office has

⁸³ Office of Legal Affairs of the United Nations, *Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties*, 1999, par. 82 (accesible en https://treaties.un.org/doc/source/publications/practice/summary_english.pdf).

previously stated publicly, the term ‘State’ employed in article 12(3) of the Rome Statute should be interpreted in the same manner as the term ‘State’ used in article 12(1). Thus, a State that may accede to the Rome Statute may also lodge a declaration validly under article 12(3).

For the Office, the focus of the inquiry into Palestine's ability to accede to the Rome Statute has consistently been the question of Palestine's *status* in the UN, given the UNSG's role as treaty depositary of the Statute. *The UNGA Resolution 67/19 is therefore determinative of Palestine's ability to accede to the Statute pursuant to article 125, and equally, its ability to lodge an article 12(3) declaration*⁸⁴.

En consecuencia, la Declaración de Palestina de 31 de diciembre de 2014 es válida y acorde con lo establecido en el artículo 12.3 del Estatuto de Roma, por lo que despliega todos sus efectos de acuerdo con sus propios términos, que son los siguientes:

“In conformity with Article 12, paragraph 3, of the Rome Statute of the International Criminal Court, the Government of the State of Palestine hereby recognizes the jurisdiction of the Court for the purpose of identifying, prosecuting and judging authors and accomplices of crimes within the jurisdiction of the Court committed in the occupied Palestinian territory, including East Jerusalem, since June 13, 2014”⁸⁵.

III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DEL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL POR EL ESTADO DE PALESTINA

Como señaló la Fiscal de la Corte, Fatou BENSOUUDA, en su ya citada declaración sobre la posible jurisdicción de la C.P.I. en Palestina de 2 de septiembre de 2014: “Whether States or the UN Security Council choose to confer jurisdiction on the ICC is a decision that is wholly independent of the Court. *Once made, however, the legal rules that apply are clear and decidedly not political under any circumstances or situation*”⁸⁶. Como acabamos de ver, justo cuatro meses después de realizada dicha declaración ha sido el Estado de Palestina quien libremente ha decidido conferir jurisdicción a la Corte a partir del 13 de junio de 2014. Las razones, de naturaleza política por supuesto, para hacerlo y hacerlo en ese preciso momento existen y son diversas –como ocurre en relación a la decisión de cualquier Estado sobre cualquier cuestión, por lo demás-.

Pero desde la perspectiva jurídica, desde el análisis de la labor de la Corte y de su Fiscalía y de sus procedimientos, éstos vienen regulados por las normas jurídicas vigentes establecidas en el Estatuto de Roma, en las Reglas de Procedimiento y

⁸⁴ The Office of the Prosecutor, Press Release, *The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, opens a preliminary examination of the situation in Palestine*, ICC-OTP-20150116-PR1083, de 16 de enero de 2015 (accesible en http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr1083.aspx). Cursivas añadidas.

⁸⁵ M. Abbas, President of the State of Palestine, *Declaration Accepting the Jurisdiction of the International Criminal Court*, 31 de diciembre de 2014 (accesible en http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/press/Palestine_A_12-3.pdf).

⁸⁶ BENSOUUDA, F., “*The Public Deserves ...*”, *op. cit.* . Cursivas añadidas.

Prueba⁸⁷ o en la Regulación de la Oficina de la Fiscalía⁸⁸. Y, en concreto, en lo que a la conducción de los Exámenes Preliminares abiertos respecta, el procedimiento aplicado por la Fiscalía viene determinado en el documento titulado “Documento de política general sobre exámenes preliminares”, de noviembre de 2013. En lo que sigue analizaremos dichas normas y procedimientos en su aplicación a la *Situación de Palestina*, cuyo Examen Preliminar fue abierto por la Fiscalía de la Corte el 16 de enero de 2015⁸⁹.

1. Consecuencias generales relativas a la competencia personal, temporal y material de la C.P.I.

Antes, sin embargo, de analizar en detalle las consecuencias de la apertura de Examen Preliminar sobre la *Situación de Palestina*, resulta esencial determinar los límites competenciales de la C.P.I. tanto desde el punto de vista personal, como temporal y material; tanto en general como en especial en relación a Palestina. Con ello estableceremos los parámetros, generales y particulares para el caso que nos ocupa, a partir de los cuales la Corte posee competencia general en este caso y desarrollará su actividad, primero a través de la labor de la Fiscalía en relación al Examen Preliminar ya abierto y, eventualmente, con la apertura de una investigación al respecto que pueda conducir al procesamiento de determinadas personas por la Corte.

Así, desde el punto de vista de la *competencia personal*, como queda bien establecido en el propio Estatuto, la competencia de la Corte es general sobre las personas físicas⁹⁰, sin que su cargo⁹¹ suponga una limitación a la misma. El único límite *rationae personae* viene establecido por el artículo 26 del Estatuto de Roma que excluye de modo general la competencia de la Corte sobre “los que fueren menores de dieciocho años en el momento de la presunta comisión del crimen”.

⁸⁷ *The Rules of Procedure and Evidence*, ICC-ASP/1/3 (Part.II-A), de 9 de septiembre de 2002 (accesible en <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/legal-texts/RulesProcedureEvidenceEng.pdf>).

⁸⁸ *Regulations of the Office of the Prosecutor*, ICC-BD/05-01-09, en vigor desde el 23 de abril de 2009 (accesible en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/FFF97111-ECD6-40B5-9CDA-792BCBE1E695/280253/ICCBD050109ENG.pdf>).

⁸⁹ Office of the Prosecutor, *The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, opens a preliminary examination of the situation in Palestine*, ICC-OTP-20150116-PR1083, de 16 de enero de 2015 (accesible en http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr1083.aspx).

⁹⁰ Artículo 25.1: “De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales”.

⁹¹ Según el artículo 27, “Improcedencia de cargo oficial”:

- “1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.
2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”.

Mientras que, por su parte, la nacionalidad de las personas no es un condicionante definitivo para la jurisdicción de la Corte. Y es que, como se establece en el artículo 12.2 en relación a las “condiciones previas que deben concurrir para el ejercicio de la competencia”, en el caso de los apartados a) –remisión de una situación al Fiscal por un Estado Parte- o c) –inicio de oficio por el Fiscal, que es precisamente el caso que nos ocupa- del artículo 13, “la Corte podrá ejercer su competencia *si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3: a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave; b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen*”⁹².

Por consiguiente, estos dos puntos de conexión alternativos hacen que si el Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción –en los casos de buques o aeronaves- se ha cometido el crimen es parte en el Estatuto o, como ocurre en este caso, ha aceptado la competencia de la Corte a través de una declaración, *la nacionalidad del acusado del crimen carezca de relevancia a efectos de la competencia de la Corte.*

Respecto a la *competencia temporal*, como acabamos de ver, el 2 de enero de 2015 Palestina depositó su instrumento de adhesión al Estatuto de Roma. De acuerdo con lo establecido en el artículo 126.2 del Estatuto de Roma⁹³, el mismo ha entrado en vigor para Palestina el 1 de abril de 2015; lo que tiene relevancia desde la perspectiva de determinar la competencia de la Corte *rationae temporis*, de acuerdo con el principio de irretroactividad penal consagrado en el artículo 11.2:

“Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12”.

Por consiguiente, en principio, será esa la fecha a partir de la cual será competente. Sin embargo, es importante señalar que la competencia temporal de la Corte en este caso se ve ampliada en casi un año por efecto de la Declaración de aceptación de la jurisdicción de 31 de diciembre de 2014. Y es que, mientras que, como acabamos de ver, la entrada en vigor del Estatuto viene regulado en su artículo 126.2; de acuerdo con la excepción establecida en el artículo 11.2 *in fine*, en el caso de una declaración del artículo 12.3, el Estado tiene libertad para determinar el momento a partir del cual consiente “que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate” –con el único límite general de la propia entrada en vigor del Estatuto, como hemos visto ya-. Esto es precisamente lo que hizo Palestina, indicando expresamente en su Declaración la fecha del 13 de junio de 2014 como el momento a partir del cual reconoce la jurisdicción de la Corte. Fecha que coincide con el inicio de la última operación militar de Israel en la

⁹² Cursivas añadidas.

⁹³ Para el Estado que, con posterioridad a la entra en vigor general del Estatuto, lo “ratifique, acepte o apruebe (...) el Estatuto entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión”.

Franja de Gaza denominada “Margen Protector” por Israel, que, como vamos a ver inmediatamente, va a resultar decisiva en relación con la competencia *rationae materiae* de la Corte.

En efecto, como es bien sabido, desde la perspectiva *material*, en general son susceptibles de persecución por la Corte, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 de su Estatuto, los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra; de acuerdo con la tipificación que de los mismos se realiza en los artículos 6, 7 y 8 respectivamente. Pues bien, por lo que a la *Situación de Palestina* respecta, es importante señalar que el 12 de junio de 2014 se produjo el secuestro y asesinato de tres jóvenes israelíes, hechos por los que Israel responsabilizó a Hamas y que enmarcan el inicio de los ataques militares israelíes a la Franja de Gaza.

Así, dos días después, el 14 de junio –y, por tanto, ya dentro de la competencia temporal de la Corte, como acabamos de ver- Israel bombardeó Gaza causando la muerte a un niño palestino. Desde entonces y hasta el 26 de agosto, en que comienza una tregua indefinida, se habían producido 2.324 muertos: 2.251 palestinos, de los que 1.462 eran civiles –el 65% del total-, entre ellos 551 niños –el 24.47% del total y el 37.68% de los civiles muertos-, en cifras de la *Comisión Independiente de Investigación de Naciones Unidas sobre el conflicto de Gaza de 2014*; mientras que los heridos ascendieron a 11.231 –la inmensa mayoría civiles, entre ellos 3.436 niños (el 30.59% del total) y 3.540 mujeres (el 31.51% del total)-, según la Comisión⁹⁴. Del lado israelí murieron 73 personas –lo que supone 3 muertos israelíes y 97 palestinos de cada 100-: 67 soldados –el 91.78% del total de muertos israelíes- y 6 civiles –el 8.21% del total de muertos israelíes-; junto a 1.600 heridos⁹⁵.

Además, se produjeron unos 500.000 desplazados internos –sobre un total de 1.800.000 habitantes de la Franja de Gaza, lo que significa el 27.78% del total-; de los cuales la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en Oriente Próximo (UNRWA) refugió en sus escuelas-refugio a 292.959 personas: esto es, 1 de cada 6 gazatíes. La ofensiva militar israelí supuso, además, la destrucción de 17.200 viviendas y que más de 100.000 personas quedasen sin hogar⁹⁶. A todo ello hay que añadir que diversos centros de la UNRWA, colegios-refugios, fueron atacados, al parecer de forma deliberada –pues el gobierno de Israel conocía su emplazamiento- y sin aviso previo⁹⁷, por el ejército de Israel durante la ofensiva militar, causando decenas de fallecidos:

⁹⁴ Informe de la *Comisión Independiente de Investigación de Naciones Unidas sobre el conflicto de Gaza de 2014*, A/HRC/29/52, de 24 de junio de 2015, par. 20 (Accesible en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/CoIGazaConflict/Pages/ReportCoIGaza.aspx>).

Vid, en la misma línea, el Informe del Relator Especial *sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967*, Makarim Wibisono, doc. A/HRC/28/78, de 22 de enero de 2015, par. 11.

⁹⁵ Informe de la *Comisión Independiente de Investigación de Naciones Unidas sobre el conflicto de Gaza de 2014*, A/HRC/29/52, de 24 de junio de 2015, par. 21.

⁹⁶ Vid. *ibid*, par. 23 y <http://www.unrwa.es/gaza>.

⁹⁷ Tal y como denunció el Director de UNRWA, Robert Turner. Vid., entre otras, <http://es.euronews.com/2014/08/03/el-ataque-a-una-escuela-de-la-onu-en-gaza-deja-al-menos-diez-muertos/>.

agentes de la Organización, mujeres y niños allí refugiados⁹⁸. Y ello a pesar de que con anterioridad la UNRWA había denunciado en diversas ocasiones el uso de dos de sus instalaciones para almacenar misiles por parte de milicianos palestinos; lo que probaba su, por otra parte debidas, buena fe e imparcialidad.

También fueron atacados hospitales y ambulancias, así como médicos y personal sanitario, tal y como ha informado Amnistía Internacional: “Amnistía Internacional ha recibido información según la cual el ejército israelí ha disparado reiteradamente contra ambulancias con el distintivo de tales claramente visible y que llevaban encendidas las luces de emergencia, así como contra paramédicos que llevaban chalecos fluorescentes perfectamente visibles mientras realizaban su trabajo. Según el Ministerio de Salud palestino, al menos 6 trabajadores de ambulancias y al menos 13 trabajadores humanitarios más han muerto al intentar socorrer a heridos o retirar cadáveres. En tales ataques han resultado heridas al menos 49 personas, entre médicos, personal de enfermería y paramédicos, así como al menos 33 trabajadores humanitarios más. Al menos 5 hospitales y 34 clínicas se han visto obligados a cerrar debido a daños causados por los ataques israelíes o a la continuación de las hostilidades en sus inmediaciones”.

La Declaración Pública de Amnistía continúa señalando: “Amnistía Internacional conoce la información según la cual los grupos armados palestinos han disparado cohetes de efecto indiscriminado desde las inmediaciones de hospitales o centros de salud, o utilizado, si no, estos centros o lugares con fines militares. La organización no ha podido confirmar tal información. Aunque el uso de centros médicos con fines militares es una violación grave del derecho internacional humanitario, los hospitales, ambulancias y centros médicos están protegidos, y debe reconocerse de antemano su condición civil. Los ataques israelíes efectuados cerca de tales centros –al igual que todos los demás ataques llevados a cabo durante las hostilidades– deben cumplir las normas pertinentes del derecho internacional humanitario, entre ellas la obligación de distinguir entre objetivos militares y bienes civiles y la obligación de que los ataques sean proporcionales y de avisar de manera efectiva de ellos. Jamás debe obligarse a hospitales y centros médicos a evacuar a pacientes durante un ataque”⁹⁹.

⁹⁸ “UNRWA preliminary investigations indicate that five UNRWA emergency shelters – all of which are UN Premises protected under the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations – have been subject to direct kinetic strikes by the Israel Defense Forces (IDF). One of those emergency shelters has been struck on two occasions. Three of these five schools are funded by the United States of America, and a fourth school is funded by the European Commission. UNRWA estimates that a total of 95 installations have been damaged since 8 July 2014 in 135 strikes, including at least 10 direct hits. The appalling incident in Rafah yesterday is the first time a strike in the immediate vicinity of one of UNRWA premises caused fatalities, and comes only four days after UNRWA staff carried out dead and wounded civilians from the UN school in Jabalia. UNRWA continues to call upon the State of Israel to respect international law, which requires that principles of distinction, proportionality and precaution in an attack must be taken into account by parties to a conflict”. UNRWA, *Informe diario de situación*, 4 de agosto de 2014 (accesible en <http://www.unrwa.es/que-hacemos/emergencias/informes-de-situacion/1250-informe-gaza-4-agosto>).

⁹⁹ Amnistía Internacional, “Indicios de ataques de las fuerzas israelíes contra profesionales y centros médicos en Gaza”, Declaración Pública de 7 de agosto de 2014 (accesible en <file:///C:/Users/Malena/Downloads/mde150232014es.pdf>).

De otro lado, la propia Amnistía Internacional ha hecho público un reciente informe titulado “ ‘Strangling Necks’ Abductions, Torture and Summary Killings of Palestinians by Hamas Forces during the 2014 Gaza/Israel Conflict”, en el que documenta la comisión, presuntamente por miembros de Hamas, de secuestros, torturas y asesinatos de palestinos acusados de haber colaborado con Israel: “Within Gaza, Hamas forces also targeted Palestinians they accused of assisting Israel. They subjected at least 23 people to summary, extrajudicial executions. Six of these men, at least one of whom was arrested during the conflict on suspicion of ‘collaboration’ but never formally charged, were extrajudicially executed in public on 22 August 2014. Three men died in custody in suspicious circumstances just a few days after they were arrested and tortured. The fate and whereabouts of another man whom Hamas forces detained and subjected to enforced disappearance in the first week of Operation Protective Edge remains unknown more than nine months after the conflict ended”¹⁰⁰. En la misma línea, la *Comisión Independiente de Investigación de Naciones Unidas sobre el conflicto de Gaza de 2014* sitúa en 21 el número de palestinos ejecutados¹⁰¹.

En cualquier caso, todas estas cuestiones se discuten a partir de datos exhaustivamente documentados tanto por organizaciones internacionales –en especial, Naciones Unidas y sus agencias: UNRWA y UNICEF principalmente- como por organizaciones no gubernamentales de reconocido prestigio, junto a los datos oficiales que aporten los Estados de Palestina e Israel. Entre todos ellos destaca la creación por el Consejo de Derechos Humanos, a través de su resolución S-21/1, de 23 de julio de 2014, de la ya citada *Comisión Independiente de Investigación de Naciones Unidas sobre el conflicto de Gaza de 2014* –conocida como *Comisión McGowan*¹⁰²-, cuyo mandato fija de la siguiente manera:

“(…) para que investigue todas las violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, especialmente en la Franja de Gaza ocupada, en el contexto de las operaciones militares realizadas desde el 13 de junio de 2014, tanto antes como durante o después de estas, a fin de establecer los hechos y circunstancias de dichas violaciones y de los crímenes cometidos e identificar a los responsables, formulando recomendaciones, tanto sobre medidas en materia de rendición de cuentas, con vistas a evitar y erradicar la impunidad, garantizando así la exigencia de responsabilidades a los autores, como sobre medios y formas de proteger a los civiles frente a nuevos ataques”¹⁰³.

¹⁰⁰ Amnistía Internacional, ‘Strangling Necks’ Abductions, Torture and Summary Killings of Palestinians by Hamas Forces during the 2014 Gaza/Israel Conflict, mayo de 2015, pp. 5 y 6 (accessible en <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/Embargoed%20report%202015%20Strangling%20Necks?CMD=VEROBJ&MLKOB=33265515353>)

¹⁰¹ Informe de la *Comisión Independiente de Investigación de Naciones Unidas sobre el conflicto de Gaza de 2014*, A/HRC/29/52, de 24 de junio de 2015, par. 67.

¹⁰² Mary McGowan Davis es juez de los Estados Unidos, con una amplia experiencia internacional que abarca Ruanda, Afganistán, Sierra Leona y Camboya; es miembro de la *International Judicial Academy* y de la *American Association of the International Commission of Jurists*. Para un perfil más detallado, vid. http://icj-usa.org/mary_mcgowan_davis/.

¹⁰³ A/HRC/RES/S-21/1, de 23 de julio de 2014, par. 13. Cursivas añadidas.

Datos que, como hemos visto, finalmente fueron plasmado en el informe final de la Comisión de Naciones Unidas publicado el 22 de junio de 2015, y que, de acuerdo con los cuales la propia Comisión concluye:

“In relation to this latest round of violence, which resulted in an unprecedented number of casualties, the commission was able to gather substantial information pointing to serious violations of international humanitarian law and international human rights law by Israel and by Palestinian armed groups. In some cases, these violations may amount to war crimes”¹⁰⁴.

En definitiva, podemos afirmar que hay indicios claros de la comisión tanto por ciudadanos israelíes como palestinos de crímenes de guerra y de lesa humanidad cuya comisión no puede quedar impune tanto desde la perspectiva de la rendición de cuentas de sus responsables como desde la de la prevención de nuevos crímenes. Como concluye la Comisión su informe:

“The commission urges all those concerned to take immediate steps to ensure accountability, including the right to an effective remedy for victims.

(...)

Comprehensive and effective accountability mechanisms for violations allegedly committed by Israel or Palestinian actors will be a key deciding factor of whether Palestinians and Israelis are to be spared yet another round of hostilities and spikes in violations of international law in the future”¹⁰⁵.

Establecimiento de responsabilidad, completa y efectiva, que corresponde en primer lugar fijar a los Estados –Israel y Palestina- pero que, de acuerdo con su competencia y a partir el principio de complementariedad, puede corresponder también a la C.P.I. . A partir de ahí, la existencia o no de atenuantes o eximentes de la responsabilidad penal deberá ser determinada, caso a caso, ya por los órganos judiciales competentes de los Estados mencionados ya, de manera complementaria, por la Corte Penal Internacional. De ahí que en su informe la Comisión recomiende:

“The right of all victims to an effective remedy, including full reparations, must be ensured without further delay. In this context, *the parties should cooperate fully with the preliminary examination of the International Criminal Court and with any subsequent investigation that may be opened*”¹⁰⁶.

2. El Examen Preliminar sobre la Situación de Palestina que desarrolla la Fiscalía de la Corte Penal Internacional desde 16 de enero de 2015

Una vez analizadas las cuestiones generales y más específicas de la competencia de la Corte es importante conocer cuándo y cómo la C.P.I. inicia el ejercicio de dicha

¹⁰⁴ Informe de la *Comisión Independiente de Investigación de Naciones Unidas sobre el conflicto de Gaza de 2014*, A/HRC/29/52, de 24 de junio de 2015, par. 74.

¹⁰⁵ *Ibid*, par. 74 y 81.

¹⁰⁶ *Ibid*, par. 83. *Cursivas añadidas.*

competencia¹⁰⁷. En relación a ello, la Fiscalía aparece como la institución clave pues es ella quien, de acuerdo con el artículo 15 del Estatuto, puede iniciar la investigación, según el artículo 13, bien porque la situación¹⁰⁸ en concreto haya sido remitida a la Corte por un Estado Parte¹⁰⁹ o por el Consejo de Seguridad a través de una resolución del Capítulo VII¹¹⁰, bien porque lo haga de oficio la propia Fiscalía¹¹¹. En el bien entendido que en el primer y tercer caso –cuando se inicia ya a instancia de Estado Parte ya de oficio por el Fiscal-, de acuerdo con el artículo 12.2, debe concurrir una condición previa para el ejercicio de la competencia de la C.P.I.:

“si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3:

a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave;

b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen”.

Pues bien, en el caso de la *Situación de Palestina*, de un lado, se cumple dicha condición de competencia: tras la Declaración de aceptación de la competencia de la Corte de 31 de diciembre de 2014, como hemos visto, a contar desde el 13 de junio de 2014. Mientras que, de otro, la vía que está siendo utilizada, por el momento, es la de la Fiscalía. Y es que, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 1 del artículo 15: “El Fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte”. En efecto, como se explica en el *Documento de política general sobre exámenes preliminares*: “Incumbe a la Fiscalía determinar si se cumplen los criterios estatutarios para la iniciación de investigaciones, con sujeción,

¹⁰⁷ Vid. JIMÉNEZ PIERNAS, J. J., “Estudio sobre la práctica de la Corte Penal Internacional en materia de investigaciones preliminares a la luz de la reciente remisión de la Unión de Comores”, 29 *Anuario Español de Derecho Internacional* 327-361 (2013); en especial, pp. 328-341.

¹⁰⁸ Es importante tener en cuenta que la C.P.I. no conoce de casos específicos, aislados de su contexto, sino de situaciones completas, y complejas, con todo lo que ello conlleva. Como sostiene EL AMINE, “le système de saisine de la Cour a été conçu de telle façon qu’il est impossible de la saisir pour un crime spécifique ou renvoyer un individu devant elle pour jugement”. EL AMINE, H., “Pourquoi la Cour pénale internationale n’est-elle pas compétente en matière de terrorisme international?”, en *Terrorisme et droit international*, M. J. Glennon & S. Sur (dir.), Académie de Droit International de la Haye, Martinus Nijhoff Pub., Leiden/Boston, 2008, p. 262.

Y ello, como he indicado en otro lugar, “no porque sí, sino por relevantes motivos relativos a la concepción misma de lo que debe ser la Corte Penal Internacional y, sobre todo, lo que no debe ser. En efecto, de un lado, ello supone un instrumento mayor para evitar el peligro, cierto y temido por algunos Estados, de que se utilice la Corte con fines políticos pudiendo elegir a la carta los asuntos específicos que se elevasen a ser enjuiciados por la Corte. Pero, además, y sobre todo, con ello se trata de evitar que el Gobierno de un Estado utilice a la Corte contra su oposición política; de tal forma que si un Estado remite al Fiscal una situación, éste la investigará en su conjunto, en relación a todos los hechos relevantes que dicha situación enmarca, y no sólo limitada a unos hechos excluyendo otros”. VACAS FERNÁNDEZ, F., *El terrorismo como crimen internacional: definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 262.

¹⁰⁹ Son los casos de República Centroafricana, Uganda, República Democrática del Congo y Mali.

¹¹⁰ En los asuntos de Darfur (Sudán) y Libia.

¹¹¹ Los casos de Kenia, autorizada por la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte el 31 de marzo de 2010, y de Costa de Marfil, con autorización de 3 de octubre de 2011, son los dos primeros que se inician de oficio por el Fiscal.

cuando corresponda, a autorización judicial. (...). El Estatuto no predetermina situaciones específicas en donde deba hacerse una investigación: es la CPI quien determina cuándo y dónde debe intervenir de conformidad con los criterios estatutarios, los cuales forman la base del proceso de examen preliminar de la Fiscalía”¹¹².

En efecto, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 3 del mismo artículo, “(e)l Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello”. A tal fin, la Fiscalía “analizará la veracidad de la información recibida” que, como hemos indicado, “podrá recabar más información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que considere apropiadas y podrá recibir testimonios escritos u orales en la sede de la Corte”¹¹³. A esta fase previa a la apertura de la Investigación propiamente dicha –cuya apertura decide, como hemos visto, la Sala de Cuestiones Preliminares–, se le denomina Examen Preliminar –tal y como se indica en el párrafo 6 del artículo 15–. Examen Preliminar que en caso de la *Situación de Palestina* fue abierto por la Fiscalía el 16 de enero de 2015.

El objetivo del Examen Preliminar es, por consiguiente, y de acuerdo con el artículo 53, en su primer párrafo, que la Fiscalía evalúe “la información de que disponga” y, conforme a dicha evaluación, decida si “iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto”. Para ello, el Fiscal tendrá en cuenta si:

- “a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte;
- b) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17;
- c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia”.

Se trata, en definitiva, de, primero, determinar si la Corte posee jurisdicción sobre los supuestos crímenes que se recogen en las informaciones que le han llegado al Fiscal; y segundo, establecer que, teniendo competencia la Corte, la situación es admisible, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17. Ello implica, en primer lugar, aplicar el *principio de complementariedad* según lo establecido en los párrafos a), b) y c) del mencionado artículo; en segundo lugar, valorar su *gravedad* de acuerdo con el párrafo d), y, en tercer y último lugar, sopesar el *interés de la justicia* en el caso. Dicha valoración de los factores indicados marcan las fases a través de las cuales se desarrolla el procedimiento que sigue la Fiscalía para evaluar la información que recibe, y su orden, durante dicho Examen Preliminar.

¹¹² Oficina del Fiscal, *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, noviembre 2013, par. 23 y 24 (accesible en <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Preliminary-Examinations--November2013-SPA.pdf>).

¹¹³ Artículo 15.2 del Estatuto de Roma.

Así, éste consta de cuatro fases: en la *Fase 1*, se realiza un *primer análisis de la información* recibida, con el objetivo de filtrar los posibles crímenes de competencia de la Corte de los que claramente no lo son. De este modo, todas las informaciones que llegan a la Fiscalía se incluirán en alguna de las siguientes cuatro categorías: a) están manifiestamente fuera de la competencia de la Corte, b) se refieren a una situación que ya está bajo Examen Preliminar, c) se refieren a una situación que ya se está investigando o forma la base de un asunto que está siendo enjuiciado por la Corte, d) no están manifiestamente fuera de la competencia de la Corte ni forman parte de una situación bajo Examen Preliminar o que ya se está investigando o enjuiciando. Las primeras serán desechas, las segundas y terceras se añadirán al asunto correspondiente en la fase en que se encuentre y sólo las del cuarto grupo pasarán a la *Fase 2*.

En ella se abre de manera formal el Examen Preliminar sobre la situación correspondiente y se centra en *determinar la competencia de la Corte*, tanto desde el punto de vista de si se cumplen o no las precondiciones establecidas en el artículo 12, como sobre si hay base razonable para creer que los supuestos crímenes son competencia de la Corte. Como señala el *Documento de política general sobre exámenes preliminares*: “La fase 2 culmina con la presentación al Fiscal de un ‘informe sobre el artículo 5’, en referencia a la competencia material de la Corte definida en el artículo 5 del Estatuto”¹¹⁴. Pues bien, esta es la Fase en la que se encuentra actualmente la *Situación de Palestina*: en su marco, y por las razones que hemos explicado con anterioridad, es previsible que la Fiscalía establezca positivamente la competencia de la Corte tanto por cumplirse en este caso –a diferencia de lo ocurrido en 2009- las condiciones establecidas en el artículo 12, como por existir *fundamento razonable* para creer que los supuestos crímenes son competencia de la Corte. Hay que subrayar que, de acuerdo con la propia jurisprudencia de la Corte ya establecida, para que exista “fundamento razonable” la Corte ha interpretado que se requiere “una justificación sensata o razonable para creer que ‘se ha cometido o se está cometiendo’ un crimen de competencia de la Corte”¹¹⁵.

De este modo, y una vez establecida la competencia de la Corte, se pasa a la *Fase 3*, que se centra en la *admisibilidad en términos de complementariedad y gravedad*, como hemos indicado, y da lugar a: “La fase 3 culmina con la presentación al Fiscal de un ‘informe sobre el artículo 17’, en referencia a las cuestiones relativas a la admisibilidad definidas en el artículo 17 del Estatuto”¹¹⁶. Si es así, finalmente, en la *Fase 4* se examina el “*interés de la justicia*” y, si es positivo, “(c)ulmina con la elaboración de un ‘informe sobre el párrafo 1 del artículo 53’, que sirve de base para que el Fiscal

¹¹⁴ Oficina del Fiscal, *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, noviembre 2013, par. 81.

¹¹⁵ Situation in the Republic of Kenya, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19- Corr, 31 de marzo de 2010, párr. 35.

¹¹⁶ Oficina del Fiscal, *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, noviembre 2013, par. 82.

determine si iniciará una investigación con arreglo al párrafo 1 del artículo 53¹¹⁷.

¹¹⁷ *Ibid*, par. 83.

Respecto a la eventual Fase 3 del Examen Preliminar, que por las razones indicadas es probable que abra en breve la Fiscalía, de los dos elementos que, de acuerdo con el artículo 17, condicionan la admisibilidad de un asunto, la cuestión de *la gravedad* es el más sencillo. En efecto, teniendo en cuenta, de un lado, que la Sala de Apelaciones de la C.P.I. ha descartado establecer un límite demasiado elevado en su interpretación de la gravedad, con el fin de no obstaculizar la función preventiva que posee la propia Corte¹¹⁸, y, de otro, habiendo visto la escala, naturaleza e impacto de los hechos presuntamente criminales que hemos referido se produjeron en el marco de la ofensiva militar del verano de 2014 sobre Gaza, parece claro que dicho requisito se cumple en el caso de Palestina.

Pero, junto a ello, conviene tener presente, como indica la Fiscalía y atendiendo precisamente a este factor de gravedad, que *el foco de la misma se situará sobre los principales responsables de los crímenes más graves que se hayan cometido en la situación*¹¹⁹. Y es que, como indica la Fiscalía de la Corte en el ya citado *Documento de política general sobre exámenes preliminares*: “El principio de imparcialidad descrito supra no significa una ‘equivalencia de responsabilidades’ entre distintas personas y grupos dentro de una situación, ni que la Fiscalía deba necesariamente enjuiciar a todas las partes, a fin de equilibrar las percepciones de sesgo; en lugar de ello, requiere que la Fiscalía centre sus esfuerzos objetivamente en las personas más responsables de los crímenes más graves dentro de la situación de manera congruente, independientemente de los Estados o partes involucrados o de la o las personas o grupos de que se trate”¹²⁰.

De ahí que, en la eventual Fase 3 en la que se sitúe la Situación de Palestina la cuestión central a dilucidar por la Fiscalía será la relativa al *principio de complementariedad*, esencial para entender el funcionamiento de la Corte¹²¹, proclamado en el artículo 1.1 del Estatuto, y desarrollado en las letras a), b) y c) del artículo 17.1¹²², que, en palabras

¹¹⁸ Vid. *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled “Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58,” ICC-01/04-169, under seal 13 July 2006; reclassified public 23 September 2008, paras. 69-79.

¹¹⁹ Vid. *Situation in the Republic of Kenya*, Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15, ICC-01/09-3, 26 November 2009, paras. 55 and 78; *Situation in the Republic of Kenya*, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19-Corr, 31 March 2010, para. 50.

¹²⁰ Oficina del Fiscal, *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, noviembre 2013, par. 66. *Cursivas añadidas*.

¹²¹ Como se explica en el Documento sobre Exámenes Preliminares de la Fiscalía, “los Estados establecieron la CPI con ‘carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales’, aceptando que, si un Estado permanece inactivo o de otro modo no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento de crímenes de competencia de la Corte o no puede realmente hacerlo, la CPI podrá tomar independientemente la decisión de intervenir”. *Ibid*, par. 22.

¹²² El artículo 17.1 dice lo siguiente:

“La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

- a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

de PIGRAU SOLÉ, habilitaría “la acción de la Corte en casos de inacción o acción incorrecta por parte de los Estados frente a los crímenes que entran dentro de su competencia material”¹²³.

En consecuencia, dos son las posibilidades de admisibilidad de una situación por parte de la C.P.I. sobre la base del principio de complementariedad, tal y como se establece en el artículo 17 del Estatuto: que el Estado –o, como en este caso, Estados-, primer competente, o bien *no quiera o bien no pueda* actuar; lo cual lleva a la necesidad de que en la Fase 3 la Fiscalía estudie, de un lado, *la voluntad o disposición*, de otro, *la capacidad del Estado para investigar y enjuiciar* los presuntos crímenes que son competencia de la Corte. En efecto, lo primero que hay que determinar es si el Estado ha desarrollado o está desarrollando algún tipo de actuación en relación con los crímenes competencia de la Corte; de tal modo que, en el supuesto más sencillo, “(l) ausencia de procedimientos nacionales, es decir, la inactividad interna, es suficiente para que el caso sea admisible”¹²⁴.

Ahora bien, en el caso de que el Estado en cuestión sí haya desarrollado o esté desarrollando investigaciones o procedimientos penales al respecto, es cuando la Fiscalía debe proceder a analizar si tales actuaciones son genuinas –en el sentido de que van realmente dirigidas a establecer responsabilidad penal sobre quienes cometieron los crímenes- o si, por el contrario, están viciadas –por no existir verdadera voluntad y/o capacidad para hacerlo-. Desde la perspectiva de *la voluntad o disposición del Estado*, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 17, ésta no existirá o estará viciada cuando: a) tales actuaciones hayan “sido adoptada *con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal* por crímenes de la competencia de la Corte”; b) “haya habido una *demora injustificada* en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia”; o, c) “el proceso no haya sido o *no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial* y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia”¹²⁵. Mientras que por lo que a *la capacidad* respecta, de acuerdo con el párrafo tercero del artículo 17, “la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las

b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20”.

¹²³ PIGRAU SOLÉ, A., “Colombia: la investigación pendiente de la Corte Penal Internacional”, en *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, C. M. Díaz Barrado, C. R. Fernández Liesa & J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (Dir.), Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2013, p. 668.

¹²⁴ Oficina del Fiscal, *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, noviembre 2013, par. 47.

¹²⁵ Cursivas añadidas.

pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”.

Pues bien, en el caso de la *Situación de Palestina* son dos los Estados implicados: de un lado, la propia Palestina, de otro, Israel. Por lo que a Palestina respecta, la *Declaración de reconocimiento de la jurisdicción de la Corte*, de 31 de diciembre de 2014, conlleva en sí misma una asunción de la imposibilidad de establecer por su parte responsabilidad penal en este caso. Por lo que, en relación a los presuntos autores palestinos de crímenes competencia de la Corte –que no hayan sido procesados por Israel-, la respuesta desde el análisis del principio de complementariedad que dé la Fiscalía en este caso debe ser necesariamente positiva.

La cuestión de la complementariedad se centrará de este modo en Israel, Estado con un sistema judicial penal bien establecido, en funcionamiento y efectivo; por lo que no cabe hablar en su caso de incapacidad. En consecuencia, lo que la Fiscalía deberá valorar para determinar la admisibilidad o no de la Situación Palestina de acuerdo con el principio de complementariedad es *la voluntad o disposición del Estado de Israel*, siguiendo los parámetros indicados.

Es sobre esta cuestión en torno a la que previsiblemente girará la Fase 3 del Examen Preliminar de la *Situación de Palestina*, al menos en relación a los presuntos autores israelíes de crímenes competencia de la Corte. Cuestión, por otra parte, cuya resolución está, debemos recordarlo, en manos de la propia Israel, de su voluntad y disposición para hacer justicia, puesto que de conformidad con el principio de complementariedad “las jurisdicciones nacionales tienen la responsabilidad primordial de investigar y enjuiciar los crímenes previstos en el Estatuto”¹²⁶. Sin embargo, si tenemos en cuenta la actitud actual¹²⁷ y, sobre todo, los antecedentes del pasado reciente –en especial, su actuación en relación a lo ocurrido entre diciembre de 2008 y enero de 2009¹²⁸-, es de temer que dicha voluntad y disposición de cumplir con su responsabilidad primordial de investigar y enjuiciar los crímenes previstos en el Estatuto no se manifieste, al menos *motu proprio*¹²⁹.

Es, finalmente, importante indicar que, como señala la Fiscalía, “(l)a evaluación de la complementariedad se hace sobre la base de los hechos esenciales tales como existen en el momento de la determinación y está sujeta a revisión en caso de que cambien las circunstancias”¹³⁰. Es aquí y precisamente debido a esta consideración temporal de toma en consideración de las circunstancias del caso concreto donde entra de lleno la *concepción positiva del principio de complementariedad*.

¹²⁶ *Ibid*, par. 23.

¹²⁷ Vid. <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15741&LangID=E>

¹²⁸ El Informe Goldstone constató “la cada vez mayor *falta de voluntad de Israel de iniciar investigaciones penales que se ajusten a estándares internacionales* y hacer funcionar la responsabilización judicial respecto de sus acciones militares en el territorio palestino ocupado”. Informe de la Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el Conflicto en Gaza (*informe Goldstone*), A/HRC/12/48, de 25 de septiembre de 2009, par. 1857. Cursivas añadidas.

¹²⁹ Es en este tipo de situaciones,

¹³⁰ *Ibid*, par. 58.

La noción de *complementariedad positiva* es situada por la Fiscalía de la Corte como objetivo intermedio o instrumental de su actuación, al indicar que, con el fin de luchar contra la impunidad –fin principal o último de la C.P.I., tal y como establece su Estatuto-, *tratará de fomentar procedimientos nacionales genuinos*: “A la luz de la naturaleza mundial de la Corte y del principio de complementariedad, una parte significativa de las actividades de la Fiscalía en la etapa de examen preliminar está dirigida a alentar a los Estados para que cumplan su responsabilidad primordial de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales. El carácter complementario de la Corte requiere que las autoridades judiciales nacionales y la CPI funcionen conjuntamente”¹³¹. En consecuencia: “Cuando se identifiquen casos potencialmente comprendidos en la competencia de la Corte, la Fiscalía procurará fomentar, si ello es viable, las investigaciones y enjuiciamientos nacionales auténticos por parte de los Estados a los que atañen esos crímenes”¹³².

El Examen Preliminar se erige así –en los casos en los que el Estado “puede” pero no hay certidumbre de que “quiera o no”, como es posible que ocurra en el que nos ocupa en relación a Israel o como efectivamente lleva años sucediendo en el caso de Colombia- en instrumento para que, en palabras de OLÁSULO ALONSO, “se promueva el fortalecimiento del estado de derecho y de los órganos jurisdiccionales nacionales a los efectos de que puedan ser estos últimos los que desarrollen las investigaciones y enjuiciamientos de los delitos de la competencia de la CPI cometidos en su territorio o por sus nacionales”¹³³.

Y es que, como he escrito en relación a la *Situación de Colombia* ante la Corte, pero que puede ser aplicable al caso de la *Situación de Palestina* si, llegado el Examen Preliminar a la Fase 3, Israel comienza a reaccionar, “sobre la base de la aplicación positiva del principio de complementariedad (...) para alcanzar el fin último de la Corte –impedir la impunidad en relación a los máximos responsables de la comisión de los crímenes internacionales más graves- es siempre preferible que sea el propio Estado, a través de sus tribunales –siempre, claro está, que el país tenga los medios necesarios para ello y no se pruebe que carece de voluntad de hacerlo-, quien establezca la responsabilidad penal en tales casos: *porque es a quien le corresponde en primer lugar dicha responsabilidad, porque puede llevarla a cabo y porque no hay convicción clara de que no quiera hacerlo*”. Para ello la Fiscalía de la Corte debe desarrollar sobre el Estado y sus instituciones, esencialmente judiciales, una vigilancia “*activa y constructiva*, en el sentido de no sólo observar de cerca cómo se van desarrollando los acontecimientos, los desarrollos legales y las causas judiciales; sino de, además, contribuir con sus consejos

¹³¹ *Ibid*, par. 100.

¹³² *Ibid*, par. 101.

¹³³ OLÁSULO ALONSO, H., “El Principio de Complementariedad y las Estrategias de Actuación de la Corte Penal Internacional en la Fase de Examen preliminar: ¿Por qué la Corte Penal Internacional mantiene su Examen preliminar, pero no abre una Investigación, sobre la Situación de Colombia” en <http://www.upeace.org/OKN/collection/cortepenal/Olasoloformatted.pdf>, p. 53.

y advertencias a que tales desarrollos respeten el contenido mínimo exigido por el Derecho Internacional vigente en la materia”¹³⁴.

En todo caso, en la *Situación de Palestina* la posibilidad de que la Fiscalía de la Corte pueda ejercer la mencionada complementariedad positiva no va más allá del terreno de la hipótesis; más aún si tenemos en cuenta –de acuerdo con el principio de actuación ya referido relativo a que la Fiscalía deberá centrarse en *los principales responsables de los crímenes más graves*- que las personas presumiblemente a investigar acupan los cargos, políticos y militares, más elevados en Israel. Y es que, teniendo en cuenta las circunstancias actuales, como he dicho, la probabilidad de llegar a la Fase 4 del Examen Preliminar, en la que la Fiscalía debe valorar el “interés de la justicia” en este caso, según el artículo 53.1.c), es, a día de hoy, elevada.

Pues bien, en relación a ello, como establece la Fiscalía en el *Documento de política general sobre exámenes preliminares*: “Mientras que la competencia y la admisibilidad son requisitos positivos, el interés de la justicia con arreglo al apartado c) del párrafo 1 del artículo 53 presenta una consideración de ponderación que puede justificar una decisión de no proceder al inicio de una investigación. En consecuencia, el Fiscal no está sujeto a establecer que una investigación redundaría en el interés de la justicia”¹³⁵. Más bien, la Fiscalía procederá con el inicio de una investigación a menos que haya circunstancias específicas que determinen la existencia de razones sustanciales para creer que una investigación no redundaría en interés de la justicia en ese momento”¹³⁶; si bien, la regla general, tal y como enuncia la propia Fiscalía es que “A la luz del mandato de la Fiscalía y el objeto y fin del Estatuto, *hay una fuerte presunción de que las investigaciones y los enjuiciamientos redundarán en el interés de la justicia*, y por lo tanto *una decisión de no proceder fundándose en el interés de la justicia sería sumamente excepcional*”¹³⁷. Excepción que debe, en todo caso, interpretarse de forma muy estricta, de acuerdo con el principio *exceptio est strictissimae interpretationis*.

CONSIDERACIONES FINALES

Como he escrito en otro lugar: “Uno de los cambios más relevantes en el ámbito de los derechos humanos, por el giro casi copernicano que supone respecto a la situación de la que se partía y por la rapidez de su expansión, maduración y aceptación, al menos en el plano teórico y jurídico generales –desde luego, otra cosa es, todavía, su aplicación práctica en las situaciones reales-, deriva de la diferente percepción que, desde el final de la Guerra Fría, comienza a tenerse de las relaciones entre Paz y Justicia. Así, frente a

¹³⁴ VACAS FERNÁNDEZ, F., *El Derecho Internacional ante el conflicto de Colombia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 357.

¹³⁵ Vid. The Office of the Prosecutor, *Policy Paper on the Interests of Justice*, September 2007 (accessible en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/ICCOTPIInterestsOfJustice.pdf>).

¹³⁶ Oficina del Fiscal, *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, noviembre 2013, par. 67.

¹³⁷ *Ibid*, par. 71. Cursivas añadidas.

la tradicional visión negativa que tiende a enfrentar ambos principios como irreconciliables y que podemos resumir, desde la perspectiva *realista* o de *realpolitik*, con la expresión latina *fiat iustitia pereat mundi*; se ha asentado, al menos desde una posición doctrinal mayoritaria, la visión más incluyente, y compleja también, de que *Justicia y Paz* no sólo *no se sitúan en una posición dialéctica, enfrentada y excluyente por naturaleza, sino que, antes al contrario, se complementan, alimentándose y necesitándose mutuamente*. Se ha pasado, así, de hablar de ‘paz versus justicia’ a hacerlo de ‘paz y justicia’¹³⁸.

En efecto, como explica Bassiouni: “The human rights arena is defined by a constant tension between the attraction of *realpolitik* and the demand for accountability. *Realpolitik* involves the pursuit of political settlements unencumbered by moral and ethical limitations. As such, this approach often runs directly counter to the interests of justice, particularly understood from the perspective of the victims of gross violations of human rights. Impunity, at both the international and national levels, is commonly the outcome of *realpolitik* which favors expedient political ends over the more complex task of confronting responsibility. Accountability, in contrast, embodies the goals of both retributive and restorative justice. *This orientation views conflict resolution as premised upon responsibility and requires sanctions for those responsible, the establishment of a clear record of truth and efforts made to provide redress to victims*”¹³⁹. Esto es, *justicia* –en sentido estricto o de exigencia y establecimiento de responsabilidad-, *verdad y reparación como componentes esenciales de la justicia de transición, de una paz con justicia*.

En línea con lo indicado, el 17 de julio de 1998, los Estados adoptaron en Roma el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en cuyo Preámbulo se puede leer:

“Teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad,

Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad,

Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”.

¹³⁸ VACAS FERNÁNDEZ, F., “La elaboración de un estatuto jurídico de víctimas de crímenes internacionales por Naciones Unidas y su aplicación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 65 *Revista Española de Derecho Internacional* 356-364 (2013), p. 356.

¹³⁹ BASSIOUNI, M. Ch., “Justice and Peace: The Importance of Choosing Accountability Over Realpolitik”, 35 *Case Western Journal of International Law* 191 (2003), p. 191. Cursivas añadidas.

Desde otra perspectiva, en 1979, Eduard SAID escribía: “Hoy, en Israel, es costumbre referirse oficialmente a los palestinos como ‘los llamados palestinos’, lo que resulta una frase algo más amable que la cruda afirmación de Golda Meir, en 1969, de que los palestinos no existían. El hecho cierto es que hoy Palestina no existe, excepto como un recuerdo, o, lo que es más importante, como una idea, una experiencia política y humana, y un acto de constante voluntad popular”¹⁴⁰. 35 años después de escritas esas palabras, realistas y duras pero llenas de profunda esperanza al final, podemos decir que se han ido dando pasos –en un proceso largo y complejo, como hemos visto- que han hecho que Palestina, y los palestinos, existan también en y para la Comunidad Internacional: desde 2012 Palestina existe ya como Estado para las Naciones Unidas y desde junio de 2014 y/o el 1 de abril de 2015 los palestinos existen para la Corte Penal Internacional. Con ello los crímenes más graves para la Comunidad Internacional que se comentan en Palestina también existen, lo que hará que la impunidad de sus autores sea ya más difícil.

Y es que hoy ya la C.P.I. posee jurisdicción para enjuiciar los crímenes de guerra, lesa humanidad o genocidio cometidos en Palestina –el territorio palestino ocupado, incluida Gaza- y/o por ciudadanos palestinos en Palestina a partir del 13 de junio de 2014 –y en otros lugares a partir del 1 de abril de 2015-, y será competente para hacerlo siempre que se cumpla el principio de complementariedad y todo lo que hemos visto ello conlleva. Para ello, como ha dejado dicho, con rotundidad, la Fiscal de la C.P.I. Fatou BENSOUA: “In both practice and words, I have made it clear in no uncertain terms that *the Office of the Prosecutor of the ICC will execute its mandate, without fear or favour, wherever jurisdiction is established and will vigorously pursue those –irrespective of status or affiliation– who commit mass crimes that shock the conscience of humanity.* The Office's approach to Palestine will be no different if the Court's jurisdiction is ever triggered over the situation”¹⁴¹.

Por lo demás, y ya desde la perspectiva de la propia C.P.I., conviene recordar las palabras que en 2007, conmemorando el 5º aniversario de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, pronunció el entonces Presidente de la Corte, Philippe KIRSCH: “Achieving the aims of the Rome Statute will be a collective effort. The ICC can have a truly global reach through universal ratification of the Rome Statute. 104 countries have ratified or acceded to the Rome Statute since it opened for signature in 1998. This is an unusually rapid pace for a treaty setting up an international organization, especially one as complex as the ICC, and reflects both the clear need for the ICC and the confidence of states in the fairness and credibility of this new judicial institution. We nonetheless remain some distance from the objective of universality which is inherent in the Rome Statute”¹⁴².

¹⁴⁰ SAID, E. W., *La cuestión palestina*, Debate, 2013, p. 55.

¹⁴¹ BENSOUA, F., “*The Public Deserves ...*”, *op. cit.* . Cursivas añadidas.

¹⁴² Judge Philippe KIRSCH, President of the International Criminal Court, *ICC Marks Five Years since Entry into Force of Rome Statute*, 26 de junio de 2007, p. 1 (accessible en http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C307EC9D-B735-47D6-BA5C-508D0A5D8C71/143884/PK_20070627_en.pdf).

Con el acceso del Estado de Palestina, el 3 de enero de 2015, son ya 123 los Estados miembros en el Estatuto de Roma; siendo, además, y muy significativamente, el segundo Estado de Oriente Próximo que es parte –tras Jordania que lo ratificó en 2002-. Con ello, el *objetivo de universalidad* de la Corte está un poco más cerca, y, como subrayó el Presidente de la C.P.I., Sang-Hyun SONG, en su discurso en el 10º año de la entrada en vigor del Estatuto de Roma ante el Consejo de Seguridad, significativamente titulado *Peace and Justice, with a Special Focus on the Role of the International Criminal Court*: “Each step we take towards universality reduces the potential for impunity, and strengthens the prospect of justice for the victims of terrible crimes”¹⁴³.

¹⁴³ Judge Sang-Hyun SONG, President of the International Criminal Court, *Peace and Justice, with a Special Focus on the Role of the International Criminal Court*, 17 de octubre de 2012, p. 2 (accessible en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/EED16C4A-2A29-4B17-83C3-94F898335E59/285016/121017ICCPresidentremarksUNSCFINAL.pdf>).