

# LOS CRÍMENES EN GAZA ANTE LA CPI: LA CALIFICACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO Y EL RETO DE ATRAVESAR EL UMBRAL DEL GENOCIDIO

## *THE ICC AND THE CRIMES IN GAZA: THE NATURE OF THE CONFLICT AND THE CHALLENGE OF CROSSING THE THRESHOLD OF GENOCIDE*

Francisco JIMÉNEZ GARCÍA\*

**Palabras clave:** naturaleza internacional o no internacional del conflicto armado, guerras de liberación nacional, ocupación, crímenes de guerra, genocidio por liderazgo

**Keywords:** Armed conflict of international and non-international character, occupation, wars of national liberation, war crimes, genocide by leadership.

**SUMARIO:** 1. CUESTIONES PRELIMINARES: LAS SOLICITUDES DE ÓRDENES DE ARRESTO POR LOS CRÍMENES EN GAZA Y EL CUESTIONAMIENTO DE LA DELEGACIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL DE PALESTINA A LA CPI. 2. LA CALIFICACIÓN DE LA NATURALEZA DEL CONFLICTO ARMADO: ¿GUERRA INTERNACIONAL DE LIBERACIÓN NACIONAL O CONFLICTO INTERNO EN TERRITORIO OCUPADO? 3. EL UMBRAL DEL GENOCIDIO Y LA “SOMBRA ALARGADA DEL HOLOCAUSTO”: EL GENOCIDIO DEL GRUPO POR LIDERAZGO.

### **1. CUESTIONES PRELIMINARES: LAS SOLICITUDES DE ÓRDENES DE ARRESTO POR LOS CRÍMENES EN GAZA Y EL CUESTIONAMIENTO DE LA DELEGACIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL DE PALESTINA A LA CPI**

De conformidad con los artículos 13 a) y 14.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), el 17 de noviembre de 2023, la República de Sudáfrica, junto a otros cuatro Estados (República Popular de Bangladesh, el Estado Plurinacional de Bolivia, la Unión de las Comoras y la República de Yibuti), remitió la situación del Estado de Palestina ante la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (CPI) denunciado la presunta comisión, particularmente en la Franja de Gaza, de crímenes de genocidio (art. 6 ECPI), de lesa humanidad (art.7 ECPI) y de guerra (art.8 ECPI)<sup>1</sup>. El 18 de enero de 2024, Chile y México presentaron una similar remisión expresando su compromiso de cooperar

---

<sup>1</sup> \* Dr. Francisco Jiménez García, Catedrático de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid), francisco.jimenez@urjc.es. Las páginas web fueron revisadas por última vez el 23 de julio de 2024. El presente artículo se enmarca en la actividad investigadora del Grupo de Investigación de Alto Rendimiento en Libertad, Seguridad y Ciudadanía en el Orden Internacional (INTER-CIVITAS), de la Universidad Rey Juan Carlos.

<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2023-11/ICC-Referral-Palestine-Final-17-November-2023.pdf>.

con la Corte<sup>2</sup>. Al margen de los crímenes de lesa humanidad invocados, en la solicitud presentada por Sudáfrica, se citan los crímenes previstos en el artículo 8.2 a) y b) del Estatuto de Roma, esto es, crímenes de guerra cometidos en el marco de los *conflictos armados internacionales* (infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de Derecho Internacional), aunque a continuación se indica que, en virtud de los últimos acontecimientos, también se alegan ante la CPI otros crímenes, como el crimen de genocidio (art.6 ECPI) y crímenes de guerra en cuanto violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los *conflictos armados que no sean de índole internacional*, dentro del marco establecido por el Derecho Internacional (art.8.2 e) ECPI).

El 20 de mayo de 2024, el Fiscal de la CPI, tras recibir el informe del Panel de Expertos en Derecho Internacional convocado por él<sup>3</sup>, presentó solicitudes de órdenes de arresto ante la Sala de Cuestiones Preliminares I contra las siguientes personas, señalando que se podrán presentar nuevas órdenes de detención y que se están promoviendo múltiples líneas de investigación adicionales e interconectadas, incluidas las relativas a las denuncias de violencia sexual durante los ataques del 7 de octubre, y en relación con los bombardeos a gran escala que han causado y siguen causando tantas muertes, lesiones y sufrimientos de civiles en Gaza<sup>4</sup>:

- Yahya Sinwar (Jefe del Movimiento de Resistencia Islámica, “Hamás”, en la Franja de Gaza), Mohammed Diab Ibrahim Al-Masri (*Deif*, Comandante en Jefe del ala militar de Hamás, conocida como Brigadas *Al-Qassam*) e Ismail Haniyeh (Jefe del Buró Político de Hamás), por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos en el territorio de Israel y de Palestina (en la Franja de Gaza) desde al menos el 7 de octubre de 2023<sup>5</sup>. El 9 de septiembre de 2024, la Fiscalía retiró la solicitud de orden de detención contra Ismail Haniyeh tras su asesinato en Teherán el 31 de julio de 2024 (ICC-01/18). Otro tanto ocurrirá con Yahya Sinwar, quien pocos meses después de ser designado líder de Hamas, el 17 de octubre de 2024 resultaba aba-

<sup>2</sup> [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-01/2024-01-18-Referral\\_Chile\\_Mexico.pdf](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-01/2024-01-18-Referral_Chile_Mexico.pdf).

<sup>3</sup> <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/240520-panel-report-eng.pdf>.

<sup>4</sup> <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>.

<sup>5</sup> Concretamente por los siguientes crímenes previstos en el Estatuto de Roma: exterminio como crimen de lesa humanidad (art.7.1. b); asesinato como crimen de lesa humanidad (art.7.1. a) y homicidio intencional como crimen de guerra (art.8.2.c) i); toma de rehenes como crimen de guerra (art.8.2. c) iii); violación y otros actos de violencia sexual como crímenes de lesa humanidad (art.7.1. g) y también como crímenes de guerra (art.8.2. e) vi) en el contexto de cautividad; tortura como crimen de lesa humanidad (art.7.1. f) y como crimen de guerra (8.2. c) i), en el contexto de cautividad; otros actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad (art.7.1. k) en el contexto de cautividad; tratos crueles como crimen de guerra (art.8.2.c) i) en el contexto de cautividad; y atentados contra la dignidad personal como crimen de guerra (art.8.2) c) ii) en el contexto de la cautividad.

tido por las Fuerzas de Defensa de Israel según informó el Ministro de Asuntos Exteriores israelí, Israel Katz.

- Benjamin Netanyahu (Primer Ministro de Israel) y Yoav Gallant (Ministro de Defensa de Israel) por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad presuntamente cometidos en el territorio del Estado de Palestina (en la Franja de Gaza) desde al menos el 8 de octubre de 2023<sup>6</sup>.

Estas órdenes de arresto no fueron bien recibidas por algunos sectores<sup>7</sup> que criticaron duramente la actuación del Fiscal al que acusaron de parcialidad en la elección de los miembros del Panel de asesoramiento (calificando tal actuación como una externalización de la “función de revisión” de la Fiscalía); de establecer una insostenible “*equivalencia moral*” entre el gobierno del Estado de Israel y los “terroristas” de Hamás; de *lawfare* y de no respetar el principio de complementariedad<sup>8</sup>. En esta misma dirección, y con una más que presunta intención dilatoria u obstruccionista del proceso, se presentó el 10 de junio de 2024 solicitud de intervención como “*amicus curiae*” del entonces gobierno del Reino Unido (el 5 de julio de 2024, el laborista y abogado de derechos humanos, Keir Starmer, se convertía en nuevo primer ministro inglés) ante la Sala de Cuestiones Preliminares I en virtud de las previsiones del artículo 103.1 de las Reglas del Procedimiento y Prueba. Para este Estado, el procedimiento no podía proseguir sin antes resolver si Palestina puede delegar a la CPI una jurisdicción —que quizás no tenga, según el Reino Uni-

<sup>6</sup> En concreto por los siguientes crímenes del Estatuto de Roma: hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra (art.8.2 b) xxv); causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud (art.8.2 a) iii) o tratos crueles como crimen de guerra (art.8.2.c)i); homicidio intencional como crimen de guerra (arts.8.2. a) i) y 8.2.c.i); dirigir intencionadamente ataques contra una población civil como crimen de guerra (arts. 8.2. b) i) o 8.2. e) i); exterminio y/o el asesinato en contravención de los apartados b) y a) del párrafo 1 del artículo 7, incluso en el contexto de las muertes causadas por inanición, como crimen de lesa humanidad; la persecución como crimen de lesa humanidad (art. 7.1.h); otros actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad contrarios al artículo 7 1) k).

<sup>7</sup> Cfr. KERN, Joshua y HERZBERG, Anne, “The OTP’s expert panel in the situation in the State of Palestine: Additional safeguard or hostage to fortune? (7 June, 2024) y ZAMMIT BORDA, Aldo, “Applications for arrest warrants in the situation in Palestine: In defence of the legal process” (2 July, 2024), ambos en *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*.

<sup>8</sup> El propio Fiscal señala en su declaración que desea hacer hincapié en que el principio de complementariedad, que está en el centro del Estatuto de Roma, seguirá siendo evaluado a lo largo del procedimiento. La complementariedad requiere un aplazamiento sólo cuando las autoridades nacionales participen en procesos judiciales independientes e imparciales que no protejan a los sospechosos y no constituyan una farsa. Requiere de investigaciones exhaustivas a todos los niveles que aborden las políticas y acciones subyacentes. Asimismo, insiste en que la Fiscalía y la Corte han de ser claras en demostrar la voluntad de aplicar la ley por igual, pues si se considera que se aplica de forma selectiva, estarían creando las condiciones para su colapso y alojando los lazos que aún las mantienen unidas: las conexiones estabilizadoras entre todas las comunidades e individuos, la red de seguridad a la que recurren todas las víctimas en tiempos de sufrimiento. Según el Fiscal, ahora, más que nunca, se debe demostrar colectivamente que el Derecho Internacional Humanitario, que es la base fundamental de la conducta humana durante los conflictos, se aplica por igual a todas las personas y a todas las situaciones. Así se demostrará, de manera tangible, que la vida de todos los seres humanos tiene el mismo valor.

do— para enjuiciar a nacionales israelíes de conformidad con los Acuerdos de Oslo (ICC-01/18-171-SECRET-Exp).

Según el Reino Unido, esta cuestión quedó pendiente de resolución en la Decisión de 5 de febrero de 2021 de la Sala de Cuestiones Preliminares I<sup>9</sup> y, de acuerdo con el artículo 19, apartado 1, del Estatuto de Roma, la Corte «está obligada a realizar una determinación inicial de competencia para resolver la solicitud de órdenes de detención», de la que «la cuestión de los Acuerdos de Oslo forma parte necesariamente». El 27 de junio de 2024, la Sala autorizaba la presentación de observaciones sobre la intervención requerida (sin que el escrito de solicitud pueda exceder de 10 páginas), así como de las de otros posibles solicitantes, si bien matiza que esta decisión no debe entenderse como una convocatoria abierta de la Sala para que se presenten observaciones *amicus curiae* y que, a fin de limitar el impacto de este procedimiento en la celeridad de la presente etapa del procedimiento, deberán presentarse a más tardar el 12 de julio de 2024<sup>10</sup>, aunque finalmente se amplió el plazo hasta el 26 de julio de 2024<sup>11</sup>. Si bien el Reino Unido optó por no presentar ninguna observación, el plazo se amplió hasta el 6 de agosto pues se remitieron más de 70 solicitudes de intervención por parte de Estados, organizaciones y personas (ICC-01/18-249), planteado algunas de ellas cuestiones no relacionadas con los Acuerdos de Oslo (como el caso de Alemania, que se centró en el principio de complementariedad, ICC-01/18-307 07-08-2024 y ICC-01/18-307-Corr 07-10-2024).

Cabe preguntarnos si los Acuerdos de Oslo cercenan el derecho del Estado palestino a que su situación sea examinada por la *jurisdicción funcional internacional* de la CPI —en virtud de la interpretación realizada de su Estatuto— en la medida en que carece de *jurisdicción nacional* según tales acuerdos; si un Estado puede renunciar a su título de jurisdicción soberana o sólo puede asumir limitaciones al ejercicio de sus competencias judiciales; o si estos acuerdos pueden limitar los derechos procesales reconocidos en el Estatuto de la CPI en virtud de previsiones convencionales previas que no regulan expresamente tal cuestión. En la Opinión Consultiva de 19 de julio de 2024 sobre las *Consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de Israel en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental*, la CIJ concluye que Israel no puede invocar los Acuerdos de Oslo en contravención del Derecho Internacional Público, en particular, del derecho a la libre determinación de los pueblos, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Cfr. Decisión de 5 de febrero de 2021 sobre la jurisdicción territorial de la CPI en Palestina, ICC-01/18-143, párrs. 124-129.

<sup>10</sup> <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd1808bb469.pdf>.

<sup>11</sup> <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd1808cb1c5.pdf>.

<sup>12</sup> Cfr. *ICJ Reports 2024*, párrs.102 y 140.

## 2. LA CALIFICACIÓN DE LA NATURALEZA DEL CONFLICTO ARMADO: ¿GUERRA INTERNACIONAL DE LIBERACIÓN NACIONAL O CONFLICTO INTERNO EN TERRITORIO OCUPADO?

Al igual que el embajador de Israel el 10 de mayo de 2024, con motivo de la ampliación de los derechos de Palestina como Estado observador de la ONU<sup>13</sup>, trituró sin pudor un ejemplar de la Carta de las Naciones Unidas ante los miembros de la Asamblea General que le otorgó su acta singular de nacimiento estatal, el Gobierno israelí está triturando públicamente y sin complejos no sólo la Franja de Gaza sino también los principios más elementales del Derecho Internacional Humanitario (DIH) mediante la guerra total contra la población palestina de Gaza ante una comunidad internacional políticamente abstraída e inoperante<sup>14</sup>. Para determinar los principios y reglas que rigen en esta guerra, resulta imprescindible la calificación de la naturaleza del conflicto armado en curso. En tal sentido, el Fiscal de la CPI, al igual que hiciera el Panel de Expertos en Derecho Internacional designado, en su solicitud sobre las órdenes de arresto emitidas, llegó a la conclusión de que “los crímenes de guerra alegados en estas solicitudes se cometieron en el contexto de un conflicto armado internacional entre Israel y Palestina, y un conflicto armado no internacional entre Israel y Hamás (junto con otros grupos armados palestinos) que se desarrolla en paralelo”<sup>15</sup>.

En la declaración del Fiscal de la CPI, Karim AA Khan KC, no se presenta una mayor motivación jurídica de esta calificación, mientras que en el informe del Panel de Expertos se argumenta la concurrencia de esta doble clasificación en virtud de dos consideraciones. Respecto al conflicto armado no internacional (CANI), se entiende que Hamás es un grupo armado no estatal altamente organizado y las hostilidades entre Hamás e Israel han sido lo suficientemente intensas como para alcanzar el umbral de un CANI<sup>16</sup>. La conclusión sobre la naturaleza internacional del conflicto armado entre Israel y Palestina se fundamenta sobre las siguientes alternativas: Palestina es un Estado de conformidad con los criterios establecidos por el Derecho Internacional (*se va, pues, más allá de lo establecido en la Decisión de 5 de febrero de 2021 que reconoció una “jurisdicción y estatalidad funcional” a los efectos del sistema de la CPI*<sup>17</sup>) y un conflicto armado internacional (CAI) surge si un Estado utiliza la fuerza contra un agente no estatal en el territorio de otro

<sup>13</sup> A/RES/ES-10/23.

<sup>14</sup> Sobre el estado de la guerra, cfr: el Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, e Israel (A/HRC/56/26) de 27 de mayo de 2024 en el que se incluyen también los crímenes cometidos por Hamás y otros grupos armados palestinos.

<sup>15</sup> Cfr: la Declaración en: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>.

<sup>16</sup> La evaluación del Grupo es que este conflicto armado entre Israel y Hamás comenzó, a más tardar, el 7 de octubre de 2023, cuando Hamás y otros grupos armados palestinos lanzaron la *Operación Inundación de Al-Aqsa* contra Israel y éste respondió con su *Operación Espadas de Hierro*.

<sup>17</sup> ICC, No. ICC-01/18, párr. 108.

Estado sin su consentimiento; Palestina e Israel son Altas Partes Contratantes de los Convenios de Ginebra de 1949 y, de conformidad con el texto del artículo 2 común a los Convenios, un conflicto armado entre dos Altas Partes Contratantes es de carácter internacional; existe una ocupación beligerante por parte de Israel de al menos parte del territorio palestino<sup>18</sup>.

Si bien la concurrencia de conflictos armados de distinta naturaleza ha sido reconocida por la CPI en aras a garantizar una mayor y más completa protección de los agentes armados, estatales y no estatales, y de los civiles inmersos en la complejidad de los actuales conflictos internacionalizados<sup>19</sup>, la calificación otorgada por el Fiscal mediante esta dualidad nebulosa plantea particulares problemas, pues, tanto si Palestina es un Estado como si es un territorio ocupado resulta difícil comprender cómo la lucha de Israel contra Hamás puede ser considerada un CANI que es definido, en el propio Estatuto de Roma, como aquellos “que tienen lugar en el *territorio de un Estado* cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”. Según esta interpretación y salvo los crímenes ocurridos en territorio israelí, las actuaciones militares de Israel en Gaza contra Hamás se estarían cometiendo en territorio israelí en contravención de la normativa internacional que, en ningún caso, admite que los territorios ocupados sean considerados como propios de la potencia ocupante<sup>20</sup>, y difícilmente podríamos reconducir las respuestas contra los ataques cometidos por Hamás a “situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos” (Art. 8.2 f) ECPI).

La principal consecuencia de tal clasificación afecta tanto a la calificación de los crímenes invocados como al alcance de los cargos que han sido o pudieran ser sometidos ante la CPI. En primer lugar, nos encontramos ante la duplicidad (y confusión) de la calificación penal de un mismo acto en virtud del destinatario: crimen de guerra *internacional* cuando se dirige intencional y directamente un ataque contra la población civil palestina en Gaza considerada aislada e independientemente de Hamás (art.8.2 a) y b) ECPI), o como crimen de guerra *no internacional*, los ataques intencionados contra la población civil gazatí para acabar con miembros e infraestructuras de Hamás que se encuentran confundidos y ubicadas entre esa población (art.8 2 c) y e) ECPI)<sup>21</sup>. Por otra parte, tal clasificación supone la exclusión de la investi-

<sup>18</sup> Acerca de un análisis sobre esta triple alternativa, véase, COHEN Amichai y SHANY, Yuval: “The Prosecutor’s uphill legal battle?: The Netanyahu and Gallant ICC arrest warrant requests”, *Just Security*, 25 de mayo de 2024: <https://www.justsecurity.org/96135/the-prosecutors-uphill-legal-battle-the-netanyahu-and-gallant-icc-arrest-warrant-requests/>.

<sup>19</sup> JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco, *Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario*, OMM-PRESS, Madrid, 2023, p.164.

<sup>20</sup> Art.4 del Protocolo I de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra.

<sup>21</sup> El apartado c) del art.8.2 ECPI se refiere al caso de conflicto armado que no sea de índole internacional en relación con las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra



gación de importantes crímenes de guerra que se han cometido en Gaza, así como la exclusión de la condición de combatientes (y, en su caso, del otorgamiento del estatuto de prisioneros de guerra) a los integrantes de las milicias de resistencia que luchan contra las fuerzas armadas de Israel. De nuevo, se impondría una discriminación entre las fuerzas armadas de un Estado y las milicias de los movimientos de liberación nacional que serían consideradas como facciones internas o terroristas que libran una guerra civil revolucionaria contra la metrópoli y no contra una potencia ocupante que mantiene una *colonización rampante* en el marco de una *fragmentación estratégica* de la población y el territorio palestino<sup>22</sup>. Esta injustificada asimilación o identificación entre movimientos de liberación nacional y terroristas no sólo ha impedido la adopción de una convención general contra el terrorismo internacional<sup>23</sup>, sino que nos retrotrae a la situación colonial anterior a la aprobación del Protocolo I de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949<sup>24</sup>.

En relación con los crímenes excluidos, se exceptuaría de la investigación y, en su caso, del procesamiento uno de los más graves crímenes de guerra que ha sido denunciado en todos los informes elaborados sobre la situación en Gaza: hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro. De hecho, en la orden de arresto contra los dirigentes israelíes sólo se cita este crimen invocando el artículo 8(2)(b)(xxv) ECPI que se refiere a los conflictos armados de carácter internacional. Incomprendiblemente, el Estatuto de Roma no incluyó inicialmente este crimen para el supuesto de los conflictos armados no internacionales o internos, anomalía que fue subsanada en 2019 mediante la aprobación de una enmienda que, por el momento, sólo ha sido asumida por 16 Estados, entre los que no se encuentra Palestina<sup>25</sup>. Por lo tanto, el crimen de guerra de inanición solo cubriría el pretendido conflicto armado internacional con Palestina, pero no el conflicto armado específico contra Hamás en Gaza a pesar de las declaraciones del Ministro de Defensa israelí, Yoav Gallant, ordenando el “asedio completo” de la Franja de Gaza el 9 de octubre de 2023 para acabar con Hamás. En sus

---

de 12 de agosto de 1949 y el apartado e) del mismo artículo, a las violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional.

<sup>22</sup> Términos empleados por el Juez Leonardo BRANT en su Declaración a la Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de Israel en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental*, *ICJ Reports 2024*, párrs. 11 y 13.

<sup>23</sup> Cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco, *op.cit.*, pp.187-188.

<sup>24</sup> WRANGE, Pål, “Wars of national liberation and the disruption of hegemony in 1974”, *European Society of International Law (ESIL) 2018 Annual Conference (Manchester)*. Puede consultarse en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3364016> o DOI: [10.2139/ssrn.3364016](https://doi.org/10.2139/ssrn.3364016).

<sup>25</sup> Por el momento, sólo 16 Estados han aceptado esta enmienda, entre los que tampoco se encuentra España ni ninguno de los Estados que remitieron la situación ante la CPI. Véase: <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.394.2020-Eng.pdf>. y [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-10-g&chapter=18&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-g&chapter=18&clang=_en).

palabras, “estamos imponiendo un asedio total a Gaza (...) ni electricidad, ni comida, ni agua, ni gas, todo cerrado”.

Al margen del debate sobre la estatalidad de Palestina, el tema de la calificación de la naturaleza del conflicto armado quedaría resuelto acudiendo al derecho de autodeterminación de los pueblos y al estatuto jurídico de territorio ocupado. Si mantenemos que el pueblo de Palestina tiene derecho a la autodeterminación y que Gaza es un territorio ocupado en contravención del tal derecho se puede afirmar que se trata, en todo caso, de un conflicto armado internacional en cuanto guerra de liberación nacional<sup>26</sup>. El derecho a la autodeterminación es un derecho colectivo reconocido internacionalmente a los pueblos en la Resolución 1514 (XXV) de 1960, conocida como la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales o Declaración sobre la descolonización, y en la Resolución 2625 (XXV) de 1970 que contiene la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y que es entendida como una interpretación auténtica de la Carta. Se trata de un derecho colectivo reconocido a los movimientos de resistencia contra la ocupación colonial o extranjera, lo que incluiría a Hamás tanto como movimiento de resistencia como gobierno *de facto* en Gaza desde 2006. Como ha declarado un experto sobre Gaza y el genocidio, Enzo Traverso: “Hoy, los palestinos ven a Hamás como una fuerza armada que resiste a la ocupación. No nos corresponde a nosotros decir quién forma parte de la resistencia palestina, basándonos en nuestras simpatías o inclinaciones ideológicas. No tengo ninguna simpatía por Hamás, pero su pertenencia a la resistencia palestina es un hecho indiscutible. Y sólo reconociendo este hecho podremos encontrar una solución”<sup>27</sup>.

La Resolución 2625 (XXV) declara que todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos de su derecho a la libre determinación, a la libertad y a la independencia. Además, en los *actos que realicen y en la resistencia que opongan contra esas medidas de fuerza* con el fin de ejercer su derecho a la libre determinación, tales pueblos podrán pedir y recibir apoyo de conformidad con los propósitos y principios de la Carta. Las resoluciones 2105 (XX) de 1965, 2649 (XXV), de 1970, 2787

<sup>26</sup> Acerca de las guerras de liberación nacional y el Derecho Internacional Humanitario, cfr. ABISAAB, Georges, “Wars of national liberation in the Geneva Conventions and Protocols”, *The Hague Academy Collected Courses/Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, Vol.165, DOI: 10.1163/1875-8096\_pp1rdc\_A9789024726271\_03; CASSESE, Antonio, “Wars of national liberation and Humanitarian Law”, en Paola Gaeta y Salvatore Zappalà (eds), *The Human Dimension of International Law: Selected Papers of Antonio Cassese*, Oxford, 2008, DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199232918.003.0004; VAGTS, Detlev F., y MERON, Theodor, “The Geneva Conventions of 1949 and wars of national liberation”, en Detlev F. Vagts y otros (eds), *Humanizing the Laws of War: Selected Writings of Richard Baxter*, Oxford, 2013, DOI:10.1093/acprof:oso/9780199680252.003.0016.

<sup>27</sup> “La guerra de Gaza empaña la memoria del Holocausto (III)”, *Conversación sobre la Historia*, 10 de noviembre de 2023: <https://conversacionsobrehistoria.info/2023/11/10/enzo-traverso-la-guerra-de-gaza-empaña-la-memoria-del-holocausto-iii/>. Del mismo autor, *Gaza ante la Historia*, Akal, Madrid, 2024.



(XXVI) de 1971 y 3070 (XXVIII) de 1973 de la Asamblea General, adoptadas por una amplia mayoría, han confirmado la legalidad y legitimidad de la lucha de los pueblos por librarse de la dominación colonial extranjera y de la subyugación foránea por todos los medios posibles, incluida la lucha armada. Finalmente, el artículo 1.4 del Protocolo Adicional I de 1977 amplía la aplicación de las normas reguladoras del conflicto armado internacional a situaciones tales como los “conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas en el ejercicio del derecho de los pueblos a su libre determinación”. Según Araceli Mangas Martín, un pueblo con derecho a la autodeterminación según el Derecho internacional “está legitimado para defenderse mediante la fuerza contra el Estado con el mismo derecho y con el mismo régimen jurídico que el Estado cuando hace frente al ataque armado de otro Estado agresor, o que un pueblo resiste una ocupación extranjera en el sentido del art. 2 común de los Convenios de Ginebra”<sup>28</sup>. Obviamente, tal derecho ha de ejercerse de conformidad con el DIH y los actos contrarios podrán ser calificados de crímenes de guerra o, en su caso, de lesa humanidad.

En las resoluciones 78/192 y 78/170 aprobadas por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2023 y en la resolución 55/30 adoptada por el Consejo de Derechos Humanos el 5 de abril de 2024, se reafirma el derecho inalienable, permanente e incondicional del pueblo palestino a la libre determinación, incluidos su derecho a vivir en libertad, justicia y dignidad y su derecho a un Estado de Palestina independiente y se recuerda la conclusión de la Corte Internacional de Justicia, formulada en su Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004 sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, de que Israel, la Potencia ocupante, menoscaba gravemente el derecho del pueblo palestino a la libre determinación que es un derecho *erga omnes*. Derecho inalienable y sin alternativas que ha sido calificado recientemente por la CIJ como *norma imperativa* de Derecho Internacional<sup>29</sup>, esto es, norma de *ius cogens*. Según la Corte, la ocupación no puede utilizarse de manera que deje indefinidamente a la población ocupada en un estado de suspensión e incertidumbre, negándole su derecho a la libre determinación e integrando partes de su territorio en el propio territorio de la Potencia ocupante. La Corte considera que la existencia del derecho del pueblo palestino a la libre determinación en *todo* el territorio no puede estar sujeta a condiciones por parte de la Potencia ocupante, habida cuenta de su carácter de derecho inalienable<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> MANGAS MARTÍN, Araceli, “La calificación de las guerras de liberación como conflictos armados internacionales: Consecuencias para el Derecho Internacional Humanitario”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 1990-1991, p.16.

<sup>29</sup> Cfr. ICJ, *Reports 2024*, Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de Israel en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental*, párr. 233.

<sup>30</sup> *Ibidem*, párr. 257 y párrs. 261-262.

En cuanto a la calificación como territorio ocupado de la Franja de Gaza, desde las instancias internacionales está ampliamente admitida aun cuando existan las naturales divergencias doctrinales<sup>31</sup>. En el reciente Informe de 2023 de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, e Israel se reitera que “que el Territorio Palestino Ocupado, incluidas Jerusalén Oriental y Gaza, y el Golán sirio ocupado están actualmente bajo la ocupación *beligerante* de Israel, Estado al que se aplican tanto el derecho internacional humanitario como el derecho internacional de los derechos humanos”. La Comisión insiste en que esos dos marcos jurídicos son aplicables, a pesar de que el Gobierno de Israel justifique su conducta como defensa contra el “terrorismo”<sup>32</sup>. La misma jurisprudencia israelí reconoce la situación de ocupación y la naturaleza internacional del conflicto. En el asunto del *Comité Público Contra la Tortura en Israel v. Israel* de 2006, un panel de jueces que incluía al juez Aharon Barak, actualmente juez *ad hoc* en la Corte Internacional de Justicia en el caso de *Sudáfrica contra Israel*, dictaminó que el conflicto armado entre lo que llamaron “organizaciones terroristas” en “Judea, Samaria y la Franja de Gaza” implicaba un “conflicto de carácter internacional”, reconociendo el principio de distinción entre combatientes y civiles y rechazando la opinión según la cual el Derecho Internacional asume una tercera categoría de “combatientes ilegales”<sup>33</sup>.

Si bien el supuesto más evidente de ocupación es la presencia militar de la potencia ocupante en el territorio, pueden darse distintos grados o modalidades de ocupación. Se puede mantener el régimen de la ocupación y sus consecuencias jurídicas cuando la potencia ocupante no tiene un control efectivo sobre determinados acontecimientos acaecidos en el territorio ocupado. En la Sentencia sobre el asunto de las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, *Reparación*, de 9 de febrero de 2022, se indica que el Estado ocupante está obligado a reparar todos los ilícitos cometidos en el territorio ocupado incluso si las personas o agentes que participaron en esos actos eran miembros de grupos armados no estatales o miembros de terceros Estados sobre los que no ejercía un “control efectivo”<sup>34</sup>. Por otra parte, también se ha sostenido que cuando se controla efectivamente los elementos esenciales del territorio hay ocupación sin que se requiera la presencia militar sobre el terreno, pues el artículo 42 de los Reglamentos de La Haya de 1899 y de 1907 relativos a las leyes y costumbres de

<sup>31</sup> BERMEJO, Romualdo y LÓPEZ-JACOISTE, Eugenia, “El régimen jurídico de la ocupación a la luz de algunos casos recientes, especialmente el de la Franja de Gaza”, *Revista UNISCI / UNISCI Journal*, N° 51 (October/Octubre 2019), pp.255-297, DOI: 10.31439/UNISCI-65.

<sup>32</sup> A/78/198, de 5 de septiembre de 2023, párr. 5. El énfasis es añadido.

<sup>33</sup> <https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-193738/> Véase también, KRETZMER, David, “The law of belligerent occupation in the Supreme Court of Israel”, *International Review of the Red Cross*, 885 Vol. 94, Spring 2012. Puede consultarse en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2657530>.

<sup>34</sup> *ICJ Report 2022*, párrs.78-79, 95 y 275.

la guerra terrestre sólo se refiere al supuesto de que el territorio “se encuentra colocado de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo”, precisando que “la ocupación no se extiende más que a los territorios en que dicha autoridad se halla establecida, y con medios de ser ejercitada”<sup>35</sup>.

En el caso de Gaza, el control por aire, mar y tierra por parte de Israel resulta incontestable, aunque no exista una presencia militar sobre el territorio de la Franja. A este control debe añadirse el que se ejerce sobre el suministro de infraestructura civil, incluidos el agua y la electricidad, como el relativo a las funciones gubernamentales fundamentales, incluida la gestión del registro de la población palestina. Si bien el ejército de Israel no se encuentra en territorio gazatí, la situación descrita permite que se pueda proceder a la ocupación inmediata del territorio tal y como ha ocurrido tras el 7 de octubre de 2024. Como ha recordado el Estado de Belice en el procedimiento consultivo ante la CIJ sobre las *Consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de Israel en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental*, en tal situación, basta con que las fuerzas extranjeras “puedan asumir en cualquier momento el control físico de cualquier parte del país”, que la Potencia ocupante esté “en condiciones de sustituir la autoridad de las autoridades ocupadas por la suya propia” y que tenga “la capacidad de enviar tropas dentro de un plazo razonable para hacer sentir la autoridad de la potencia ocupante”. Israel se encuentra en tal situación con respecto a Gaza. A través de su “retirada” de Gaza en 2005, Israel simplemente ha cambiado los medios por los cuales ejerce control sobre este territorio: ha pasado de ejercer el control a través de su presencia en Gaza a ejercer el control, entre otras medidas, rodeando físicamente Gaza y confinando a su pueblo, e imponiendo ese confinamiento mediante la violencia<sup>36</sup>.

Por otra parte, tal situación de “cortar el césped” periódicamente por parte de Israel sobre la Franja, se ha venido produciendo de forma continuada

---

<sup>35</sup> En el Informe de 21 de enero de 2008 del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967, John Dugard, se indica que “la prueba para determinar si un territorio se considera ocupado con arreglo al derecho internacional es el control efectivo y no la presencia física permanente de las fuerzas militares de la Potencia ocupante en el territorio en cuestión. Si nos atenemos a esa prueba, es evidente que Israel sigue siendo la Potencia ocupante dado que los adelantos tecnológicos han hecho posible que pueda ejercer su control sobre la población de Gaza sin mantener una presencia militar permanente”, A/HRC/7/17, p. 8.

<sup>36</sup> Cfr. Intervención oral de 20 de febrero de 2024, CR 2024/6, p.18 y Declaración escrita presentada el 25 de julio de 2023, pp.16-17 y párrs. 27-30 y 56 (e). Véase también la declaración escrita de la Liga de Estados Árabes de 20 de julio de 2023, párr: 61 y el Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, e Israel presentado en el Consejo de Derechos Humanos 2022 que mantiene la misma conclusión describiendo tal situación como una ocupación a perpetuidad (A/HRC/50/21 2022, párr: 16). Asimismo, el Estudio “La legalidad de la ocupación del Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental” del Comité para el Ejercicio de los Derechos Inalienables del Pueblo Palestino de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 2023 (<https://www.un.org/unispal/document/estudio-la-legalidad-de-la-ocupacion-del-territorio-palestino-ocupado-incluida-jerusalen-oriental/>).

desde la retirada israelí en 2005. En el Informe anteriormente indicado se afirmaba que:

“Las fuerzas de seguridad israelíes efectuaron al menos cinco operaciones militares a gran escala (2006, entre 2008 y 2009, 2012, 2014 y 2021) mediante incursiones terrestres o bombardeos con artillería pesada y ataques con misiles aire-superficie en una de las zonas más densamente pobladas del mundo. Las fuerzas de seguridad israelíes también han llevado a cabo campañas de ataques aéreos dirigidos con el objetivo de matar a personas concretas relacionadas con Hamás y la Yihad Islámica Palestina (en 2012, 2019, 2022 y 2023, entre otros). Se han producido estallidos periódicos de violencia en las fronteras terrestres y marítimas de Gaza, incluso durante las protestas de la Gran Marcha del Retorno de 2018 a lo largo de la valla perimetral. Estas incursiones y ataques están directamente relacionados con el contexto más amplio de la ocupación israelí y el bloqueo de Gaza (...) La estrategia israelí de realizar repetidas incursiones en Gaza para debilitar a los grupos armados palestinos ha sido mencionada usando la expresión “cortar el césped” por algunos funcionarios israelíes. Las autoridades israelíes justifican habitualmente las operaciones en Gaza alegando motivos de seguridad y la necesidad de defender a Israel de las salvas de cohetes lanzadas por grupos armados palestinos. Los funcionarios israelíes también han admitido cada vez más el uso de ataques preventivos con fines disuasorios, en las operaciones de 2022 y 2023 inclusive”<sup>37</sup>.

Incluso para algunos autores, la ocupación podría haber terminado con la retirada de las fuerzas armadas israelíes de Gaza en 2005. Sin embargo, las reglas del derecho de ocupación se volverían a aplicar tan pronto como las fuerzas invasoras entraran en contacto con la población civil extranjera, siempre que el Estado invasor ejerciera suficiente control sobre los individuos para poder cumplir con sus obligaciones. Otra opinión, más restrictiva, entiende que la ocupación podría haber terminado después de 2005 y reanudarse sólo cuando y donde las fuerzas armadas israelíes ejercieran ese control territorial efectivo que implicaría la presencia física de las fuerzas militares israelíes, la falta de consentimiento del Estado de Palestina y la

---

<sup>37</sup> A/78/198, párrs. 48-49 y 53. Tal situación ha sido puesta de manifiesto en distintos informes. Sobre la conducción de actividades militares en Gaza entre el 27 de diciembre de 2008 y el 18 de enero de 2009 (*Operación Plomo Fundido*), en el Informe de la Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el Conflicto en Gaza (2009) se describe con sumo detalle las operaciones militares marítimas y aéreas que facilitaron la invasión terrestre israelí de Gaza en un breve periodo de tiempo. Según se indica en el Informe, la previsión de los 630 blancos que debían atacar las fuerzas armadas, ya que pertenecían a sospechosos de Hamás o eran parte de lo que Israel consideraba la infraestructura de Hamás, se alcanzó en su totalidad al final del cuarto día de las operaciones aéreas en la primera semana. En este informe se recuerda que la Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva relativa a las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, consideró que la transferencia de facultades y responsabilidades por Israel, con arreglo a distintos acuerdos concertados con la Organización de Liberación de Palestina (OLP) “no hizo nada” que alterara la naturaleza de Israel como Potencia ocupante (*ICJ Reports, 2004*, párrs. 76-78). Cfr. A/HRC/12/48, pp.83-87 y p.71.

capacidad de las fuerzas israelíes para ejercer autoridad sobre el territorio en lugar de las autoridades locales, es decir, Hamás<sup>38</sup>.

La calificación de territorio ocupado ha sido reiteradamente confirmada por las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Entre las últimas, cabe destacar la Resolución A/ES-10/L.2, aprobada el 27 de octubre de 2023 por la Asamblea General en sesión de emergencia especial, vía Resolución 377 (V) “Unión pro paz”, en la que se pide “que se anule la orden de Israel, la Potencia ocupante, de que los civiles palestinos y el personal de las Naciones Unidas, así como los trabajadores humanitarios y médicos, evacúen todas las zonas de la Franja de Gaza situadas al norte de Wadi Gaza y se reubiquen en el sur de Gaza”, recordando que los civiles están protegidos por el Derecho Internacional Humanitario y deben recibir asistencia humanitaria dondequiera que se encuentren. Igualmente, el Consejo de Seguridad, en su Resolución 2720 (2023) de 22 de diciembre, incide en que la Franja de Gaza constituye una parte integral del territorio ocupado en 1967 y reitera la aspiración a la solución biestatal, según la cual la Franja de Gaza forma parte del Estado palestino. Incluso podríamos mencionar cómo el propio Israel en su comunicación de 7 de octubre de 2023 al Consejo de Seguridad en relación con el inicio de su operación militar “*Espadas de Hierro*”, no ha invocado expresamente el derecho a la legítima defensa del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, sino un derecho más acorde con su condición de potencia ocupante como es el derecho a proteger a su población y garantizar su soberanía. A tal efecto, ha declarado que “el Estado de Israel tomará todas las medidas necesarias para proteger a sus ciudadanos y defender su soberanía de los continuos ataques terroristas que perpetrán Hamás y otras organizaciones terroristas y cuyo punto de origen es la Franja de Gaza. No nos quedaremos de brazos cruzados mientras se ataca y se asesina a los israelíes”<sup>39</sup>.

Finalmente, la CIJ, en el asunto consultivo sobre la *Consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de Israel en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental*, ha asumido el criterio del *control efectivo* frente a la necesidad de la presencia militar. La presencia militar física en el territorio ocupado no es indispensable para el ejercicio por un Estado de un control efectivo, siempre que el Estado de que se trate tenga la capacidad de hacer valer su autoridad, incluso haciendo sentir su presencia física dentro de un plazo razonable<sup>40</sup>. Para la CIJ, la presencia mantenida por Israel en el territorio palestino ocupado, en violación de la norma que prohíbe la adqui-

<sup>38</sup> Cfr. VAN STEENBERGHE, Raphael y HEMPTINNE, Jérôme de, “ICC Prosecutor’s application for arrest warrant against Israeli leaders: The war crime of starvation and its contextual element”, (June 4, 2024) y QUIGLEY, John B, “Karim Khan’s Dubious characterization of the Gaza hostilities” (May 28, 2024) en *EJIL Talk Blog of the European Journal of International Law*.

<sup>39</sup> <https://digitallibrary.un.org/record/4023713?ln=es&v=pdf>

<sup>40</sup> *ICJ Reports 2024*, párr. 91.

sición de territorios por la fuerza y del derecho a la autodeterminación del pueblo palestino, constituye un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo que entraña su responsabilidad internacional<sup>41</sup>. El carácter continuado de la ocupación convertido en un vehículo para lograr la anexión de territorios desvirtúa, además, cualquier justificación de legítima defensa o de *medidas de seguridad permanente* invocadas por la potencia ocupante que, en su caso, deberían tener un propósito defensivo y temporal<sup>42</sup>.

### 3. EL UMBRAL DEL GENOCIDIO Y LA “SOMBRA ALARGADA DEL HOLOCAUSTO”: EL GENOCIDIO DEL GRUPO POR LIDERAZGO

“El genocidio es un proceso, no un acto” se dice en “Anatomía de un Genocidio”, Informe de la Relatora Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos en los Territorios Palestinos Ocupados desde 1967, Francesca Albanese<sup>43</sup>. En el Informe se indica que, ante la imposibilidad de erradicar a Hamás, el ejército israelí ha hecho cómplice a la población gazatí y ha convertido en objetivos militares las estructuras civiles (iglesias, mezquitas, instalaciones de Naciones Unidas, escuelas, universidades, hospitales y ambulancias) en las que se cobijan o buscan amparo, para justificar su aniquilación<sup>44</sup>. También se ha afirmado que, tras la devastación material de Gaza, comenzó la eliminación de la intelectualidad palestina: académicos, médicos, técnicos, periodistas, intelectuales y poetas<sup>45</sup>.

Por el momento, en la solicitud de las órdenes de arresto, el Fiscal de la CPI no hace alusión al crimen de genocidio aun cuando fuera incluido en la solicitud remitida por Sudáfrica y otros Estados y pueda ser incorporado en un momento posterior del proceso mediante la ampliación de cargos (art.61.9 ECPI). El tabú de condenar al gobierno del pueblo judío de Israel, objeto del Holocausto y de la política de solución final que dieron precisamente origen a la Convención contra el genocidio de 1948, sigue pesando demasiado para probar la intencionalidad (*mens rea*) genocida en otros supuestos de extermi-

<sup>41</sup> *Ibidem*, párr.267.

<sup>42</sup> Cfr. Declaración conjunta de los jueces NOLTE y CLEVELAND a la Opinión Consultiva previamente citada. Por su parte, la Juez Hilary CHARLESWORTH destaca en su Declaración que el alcance territorial (todo el territorio palestino) y temporal (más de 57 años) de la ocupación israelí también socava la tesis de que esta ocupación está justificada por motivos de legítima defensa. El Derecho Internacional no establece, ni podría establecer, límites territoriales y temporales categóricos al uso de la fuerza en legítima defensa, incluso en forma de ocupación, límites que se determinarán caso por caso por los requisitos de necesidad y proporcionalidad. Con arreglo a esos requisitos, cabe prever que las operaciones selectivas, incluida la ocupación, se lleven a cabo en el territorio desde el que se origina el ataque armado y durante todo el tiempo que se produzca. Sin embargo, cuanto más tiempo pasa, menos plausible es que se esté produciendo, o de hecho siga ocurriendo, un ataque armado; y menos plausible es que la continuación de la ocupación de todo un territorio extranjero sea una medida necesaria y proporcionada en respuesta al derecho a la legítima defensa. Cfr. párr. 27.

<sup>43</sup> A/HRC/55/73, párr. 8.

<sup>44</sup> *Ibidem*. párr. 62.

<sup>45</sup> Enzo Traverso, “La masacre de Gaza está socavando la cultura democrática”, 7 de abril de 2024 en <https://www.sinpermiso.info/textos/la-masacre-de-gaza-esta-socavando-la-cultura-democratica>.



nios. Se ha comentado que todo genocidio se pretende analizar bajo el *test* del Holocausto nazi lo que impide superar el umbral establecido en el mismo<sup>46</sup>. Recientemente, en la Declaración conjunta de 15 de noviembre de 2023 en el caso de *Gambia c. Myanmar*, Canadá, los Países Bajos, el Reino Unido, Alemania, Francia y Dinamarca advirtieron en su solicitud de intervención ante la CIJ contra “hacer que el umbral para inferir la intención genocida sea tan difícil de alcanzar que los hallazgos de genocidio sean casi imposibles”<sup>47</sup>. En el mismo sentido se pronunciaba España en su declaración de intervención, vía artículo 63 del Estatuto de la CIJ, presentada el 28 de junio de 2024 en el asunto del *genocidio palestino* incoado por Sudáfrica<sup>48</sup>.

Ante los distintos procesos judiciales abiertos para dirimir las diferentes responsabilidades por los crímenes cometidos en Gaza tras los atroces atentados de 7 de octubre de 2023, ¿podemos mantener que el Estado de Israel sea *plausiblemente* juzgado por genocidio, proceso que requiere de unas reglas de atribución de responsabilidad particularmente estrictas e impone la regla probatoria de la única inferencia posible<sup>49</sup>, y no lo sean los responsables gubernamentales o militares que ordenan los ataques masivos e indiscriminados contra la población civil palestina? La Corte Penal Internacional se creó con la intención de levantar el velo de la soberanía de los Estados, acabando con sus inmunidades (art.27 ECPI), y de enjuiciar a los verdaderos artífices de las atrocidades cometidas. Era necesaria la personificación o individualización de la responsabilidad internacional como vía para potenciar el “efecto moral”, así como la plenitud del ordenamiento internacional pues, como ya se pronunció el Tribunal Militar de Núremberg, los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por hombres y no por entidades abstractas.

Sobre esta cuestión no podemos pasar por alto los distintos informes de las Naciones Unidas que resaltan bien directamente la comisión de un genocidio<sup>50</sup>, bien la existencia de un exterminio premeditado y castigo colectivo contra la población palestina que podría ser calificado de genocida<sup>51</sup>. Esto es, cabe preguntarnos si ha llegado el momento de pasar de las calificaciones de exterminio o *apartheid* asumidas en los distintos informes de la ONU a la calificación de genocidio en el actual y devastador conflicto armado en Gaza. La CIJ, en su reciente Opinión Consultiva de 19 de julio de 2024, ha considerado que el régimen de restricciones integrales impuestas por Israel a los palesti-

---

<sup>46</sup> KENNY, Cóman y TRAVIS, Farr, “The International Criminal Court’s opportunity to correct the erroneous interpretation of the *mens rea* for genocide”, *Human Rights Quarterly*, vol. 46, 2024-1, p. 25-66, en particular, p. 47. DOI: 10.1353/hrq.2024.a918539.

<sup>47</sup> Cfr. párr. 51 de la Declaración conjunta: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/178/178-20231115-wri-01-00-en.pdf>

<sup>48</sup> Cfr. párr. 24 de la Declaración de España: <https://icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240628-int-01-00-en.pdf>

<sup>49</sup> MILANOVIĆ, Marko, “State responsibility for genocide”, *European Journal of International Law*, 2006-3, pp. 553-604, DOI: 10.1093/ejil/chl019.

<sup>50</sup> A/HRC/55/73.

<sup>51</sup> A/HRC/56/26.

nos en el territorio ocupado constituye una discriminación sistémica basada, entre otras razones, en la raza, la religión o el origen étnico, que separa “física y jurídicamente” a los palestinos, en violación de la normativa internacional de derechos humanos, incluido el artículo 3 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial que hace referencia a la segregación y el *apartheid*<sup>52</sup>. Acabar con Hamás está significando acabar con la población palestina gazatí pues Israel ha abolido *de facto e intencionalmente* la distinción entre combatientes y población civil, entre bienes de carácter civil y objetivos militares. El propio Gobierno israelí ha reconocido tal situación al declarar que: “No terminaremos la guerra en Gaza hasta eliminar a Hamás a cualquier precio”. Al mismo tiempo, el portavoz del ejército de Israel, Daniel Hagari, indicaba que la erradicación de Hamás en la Gaza invadida es una misión harto difícil, si no imposible. Hagari se refería a las milicias islamistas palestinas no tanto como una organización paramilitar, sino como un aglutinante ideológico y político del Estado palestino<sup>53</sup>.

La CIJ ha entendido que existe plausibilidad en la comisión de actos de genocidio contra el pueblo palestino fundamentándose en las dimensiones extraordinarias de la destrucción y muerte en Gaza<sup>54</sup>, incluido el desplazamiento de casi el 85% de la población gazatí (una nueva y ominosa *Nakba*<sup>55</sup>), así como en las declaraciones relevantes y reiteradas de sus dirigentes políticos y militares. De la aseveración del Ministro de Defensa israelí sobre que Gaza no volverá a ser lo que era antes, que en su objetivo de acabar con Hamás, eliminaría todo y llegaría a todos los lugares, si no en un día, en una semana o incluso en meses<sup>56</sup>; hasta la invocación por parte del Primer Ministro, Benjamín Netanyahu, del bíblico mandato aniquilador contra Amalek que supone erradicar y destruir de la faz de la tierra todo lo que tiene el enemigo sin apiadarse de hombres, mujeres o niños, incluso lactantes<sup>57</sup>. En sep-

<sup>52</sup> Cfr. *ICJ Reports 2024, Consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de Israel en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental*, párrs. 223-229.

<sup>53</sup> “Netanyahu exige acabar con Hamás a cualquier precio, pero los militares creen que es una misión imposible”, *Público*, 20 de junio de 2024, Información de Juan Antonio Sanz.

<sup>54</sup> En ese momento, la CIJ hacía referencia a que 25.700 palestinos muertos, más de 63.000 heridos, más de 360.000 viviendas destruidas o parcialmente dañadas y aproximadamente 1,7 millones de personas habían sido desplazadas internamente lo que supone más del 75% de la población. A 17 de junio de 2024 y según datos facilitados por UNRWA, al menos 38.664 personas han sido asesinadas —alrededor del 70% son niños, niñas y mujeres—, 89.097 han resultado heridas y hasta 1,9 millones de personas (o nueve de cada diez personas) en toda la franja de Gaza están desplazadas internamente, incluidas personas que han sido desplazadas hasta 10 veces. Cfr. <https://unrwa.es/actualidad/noticias/informe-actualizado-de-la-situacion-en-gaza-17-de-julio-de-2024/>.

<sup>55</sup> PONS RAFOLS, Xavier, “La guerra en Gaza y el conflicto palestino-israelí: un punto de inflexión en medio de un ciclo sin fin de violencia”, *Peace & Security-Paix et Sécurité Internationales*, vol. 12, 2024, p. 5.

<sup>56</sup> Cfr. *ICJ Reports 2024, Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del genocidio en la Franja de Gaza (Sudáfrica c. Israel)*, Orden de 26 de enero de 2024 sobre medidas provisionales, párrs. 41-55.

<sup>57</sup> Mencionado por Sudáfrica en su intervención oral ante la CIJ. Cfr. *ICJ, Aplicación de la Convención de la prevención y sanción del crimen de genocidio en la Franja de Gaza (Sudáfrica c. Israel)*, CR

tiembre de 2023, Netanyahu mostró a la Asamblea General de las Naciones Unidas un mapa que representa el “nuevo Oriente Medio” que incorpora todo el Territorio Palestino Ocupado al Estado de Israel<sup>58</sup>. En 1940, Joseph Weitz, jefe del Departamento de Colonización Judía declaró: “No hay sitio para ambos pueblos juntos en este país. La única solución es Palestina sin árabes. Y no hay otra manera que transferirlos a todos: no debe quedar ni un pueblo, ni una tribu<sup>59</sup>”; mientras que en 2024, el Ministro de Asuntos Exteriores Israeí —ante la reunión del Consejo de la UE de asuntos exteriores, al que fue invitado— desarrolló la idea ya anunciada siete años atrás de construir una isla artificial dependiente en su suministros básicos de Israel, donde ubicar al conjunto de la población palestina, liberando así al completo el territorio del antiguo mandato palestino repartido<sup>60</sup>.

En el procedimiento contra el presidente sudanés *Al Bashir*, al discutir sobre el *dolus specialis* (*mens rea*: intención específica de destruir a un grupo o parte del grupo protegido) requerido para el genocidio, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI hizo una distinción entre la intención genocida y la intención persecutoria. Citando la Sentencia sobre el *Genocidio bosnio* de la CIJ de 2007 (*Bosnia-Herzegovina c. Serbia-y-Montenegro*), precisó que se debe establecer una distinción clara entre la destrucción física y la estricta disolución de un grupo, lo que no significa que la práctica de la limpieza étnica nunca puede dar lugar a la comisión del delito de genocidio<sup>61</sup>. En este punto, la pregunta es si el objetivo del exterminio llevado a cabo por Israel es la eliminación de Hamás y otras milicias palestinas y sus actividades armadas (incluidas las terroristas) o, por el contrario, se pretende acabar con el liderazgo político y social que Hamás y estos grupos no estatales representan en su lucha por la libre determinación del pueblo palestino y acabar, al mismo tiempo, con la identidad nacional, étnica, religiosa y política del grupo que reconoce y se identifica con tal liderazgo.

Si bien, como se ha destacado jurisprudencialmente, los motivos y la intención no tienen por qué coincidir (ni confundirse) en la identificación del crimen de genocidio<sup>62</sup>, en ocasiones muestran un extremo paralelismo, en particular cuando las motivaciones son militares, pues al fin y al cabo es to-

2024/1, pp.31-42. “Ahora ve y derrota a Amalec. Conságralo al exterminio con todo lo que posee y no lo perdones, mata a hombres y mujeres, niños y pequeños, vacas y ovejas, camellos y asnos”.

<sup>58</sup> Cfr. Declaración del Presidente de la CIJ, Juez SALAM, a la Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de Israel en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental*, ICJ Reports 2024, párr. 28.

<sup>59</sup> A/HRC/55/73, párr. 10.

<sup>60</sup> Citado por SALINAS DE FRÍA, Ana en “La guerra en Gaza ¿puede la lucha contra el terrorismo justificar un genocidio?”, *Revista Española de Derecho Internacional* 76, 2024-1, p. 351, DOI: 10.36151/REDI.76.1.16.

<sup>61</sup> Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 4 de marzo de 2009, *Fiscal c. Omar Al Bashir*, caso No. ICC-02/05-01/09-3, párrs. 144-145.

<sup>62</sup> TPIR, asuntos *Kayishema y Ruzindana*, ICTR-95-1. Sentencia Apelación de 1 de junio 2001, párr. 161 y *Niyitegeka.*, ICTR-96-14, Sentencia Apelación de 9 de julio de 2004, párr. 52.

talmente concebible que un perpetrador mate a miembros del grupo porque desea destruirlo como tal, mientras que al mismo tiempo considera al grupo, colectivamente, como un enemigo militar a aniquilar<sup>63</sup>. Respecto a la Franja de Gaza, se ha indicado que la Corte deberá examinar exhaustivamente la totalidad de las pruebas, teniendo en cuenta el hecho de que las consideraciones militares pueden ser la base de la intención genocida o coexistir con ella en el mismo nivel. En el primer caso, lo que importa es la intención genocida. En el segundo, la labor de la Corte consistirá en sopesar las pruebas para garantizar que la coexistencia al mismo nivel de la intención genocida y la motivación militar sea “la única inferencia razonable” en el caso de la CIJ o el “motivo más que razonable” para el enjuiciamiento penal de los hechos por parte de la CPI<sup>64</sup>.

En el asunto *Sikirica y otros*, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia consideró, con referencia al asunto *Jelisić*, convincente la conclusión acerca de que la intención genocida requerida puede inferirse de la destrucción intencionada de un número limitado de personas seleccionadas por el impacto que su desaparición tendría en la supervivencia del grupo como tal. Lo importante en este caso, es la selección de un número selecto de personas que, debido a sus especiales cualidades de liderazgo dentro del grupo en su conjunto, son de tal importancia que su victimización en el sentido del crimen de genocidio afectaría a la supervivencia del grupo como tal. La Sala caracterizó la identificación de esas personas como objetivos del ataque, bien sea en función de sus deberes oficiales, bien en razón a su personalidad, en la medida en que tienen la cualidad especial de dirigir las acciones u opiniones del grupo en cuestión<sup>65</sup>. En el caso de Gaza, Israel ha demostrado, y publicitado como grandes logros alcanzados, que tecnológicamente puede acabar con los líderes de Hamas sin causar bajas civiles significativas, sin embargo, ha preferido el exterminio de la población gazatí que sustenta el liderazgo de Hamás o que sustentará otro liderazgo similar (*genocidio del grupo por liderazgo*).

La intencionalidad específica o dolo especial puede establecerse mediante pruebas directas, por ejemplo, declaraciones de altos mandos o documentos oficiales, o inferirse del *contexto de pautas manifiestas de conducta* (art.6 de los Elementos de los Crímenes). Según la jurisprudencia penal internacional, entre los indicadores que pueden revelar un mayor nivel de intención similar a la “intención genocida” están los métodos utilizados para llevar a cabo el proyecto de “depuración étnica”, como “la escala masiva del efecto de la destrucción”, el número de víctimas seleccionadas sólo porque pertenecían a un grupo en

<sup>63</sup> BEHRENS, Paul, “Genocide and the question of motives”, *Journal of International Criminal Justice* 10, 2012, p.519 DOI:10.1093/jicj/mqs038.

<sup>64</sup> Cfr. MOUSTAFA ESSAWY, Rana, “The attainability of the evidentiary standard for genocidal intent in Gaza”, May 3, 2024, *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*.

<sup>65</sup> Sentencia de 3 de septiembre de 2001, TPIY, *Fiscal c. Sikirica y otros*, caso No. IT-95-8-T, párrs. 77-78.

particular, o los medios utilizados para llevar a cabo la destrucción de un grupo como pueden ser los casos de violación sistemática, a veces con la intención de transmitir una nueva identidad al niño; la destrucción de iglesias, mezquitas u otros símbolos que simbolicen la presencia secular de un grupo; o sembrar el miedo y el terror para desmembrar al grupo<sup>66</sup>. En la conocida decisión *Akaye-su*, la Sala del Tribunal Penal Internacional para Ruanda estimó que es posible deducir la intención genocida de *presunciones de hecho*. A tal efecto, se indicó que la intención genocida inherente a un acto particular imputado podía deducirse a partir del contexto general de la perpetración de otros actos sistemáticamente dirigidos contra ese mismo grupo, ya sea por un mismo autor o por autores diferentes. Múltiples factores, como la magnitud de las atrocidades cometidas, su carácter general en una región o en un país, o más aún, el hecho de atacar deliberada y sistemáticamente a las víctimas por su pertenencia a un grupo determinado, excluyendo al mismo tiempo a los miembros de otros grupos, pueden permitir a la Sala inferir la intención genocida<sup>67</sup>.

En el caso del genocidio cometido por el Estado, la CIJ ha exigido que de tales pautas de conducta se debe inferir que la única intención razonable es la genocida (la prueba indirecta debe ser tal que la existencia de una *intención especial genocida sea la única o razonable inferencia posible*<sup>68</sup>), aun cuando se ha requerido a este Tribunal de La Haya la necesidad de rebajar la exigencia de tal estándar por un enfoque más equilibrado. En su declaración de intervención en el asunto de *Sudáfrica c. Israel* e invocando la Sentencia de 2015 sobre el caso del *genocidio de Croacia c. Serbia*, España ha defendido que hay que evitar un enfoque que haría “imposible llegar a conclusiones por vía de inferencia” por lo que, al determinar si la intención específica puede inferirse o no de la conducta, se deben sopesar las pruebas y filtrar las inferencias que no sean razonables. Dicho de otro modo, el criterio de la “única inferencia razonable” se debe aplicar únicamente entre explicaciones alternativas que se ha constatado que están razonablemente respaldadas por las pruebas. Al evaluar si se puede inferir una intención específica, se debe evaluar la evidencia disponible de manera integral y holística<sup>69</sup>. En el marco de la justicia penal internacional, tal conducta debe superar el *test del motivo razonable o el criterio de más allá de la duda razonable* según el momento procesal en el que nos encontremos.

<sup>66</sup> *Fiscal c. Karadžić y Mladić*, casos Nos.: IT-95-5-R61 y IT-95-18-R61, Review of the Indictments Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 11 July 1996, párr. 94. Véase sobre esta cuestión, KNOOPS, Geert-Jan Alexander, “*Mens rea* and genocide” en *Mens Rea at the International Criminal Court*, Brill Nijhoff, 2016, pp. 93-110, en concreto, pp.99-100; y Ambos, Kai, “Karadzic’s genocidal intent as the “only reasonable inference”?”, April,1, 2016, *Talk! Blog of the European Journal of International Law*.

<sup>67</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de septiembre de 1998, *Fiscal c. Jean-Paul Akayesu*, caso No. ICTR-96-4-T, párr. 523.

<sup>68</sup> *Aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio (Bosnia- Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, Sentencia de 26 de febrero de 2007, *ICJ Reports 2007 (I)*, pp. 196-197, párr. 373; *Aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio (Croacia c. Serbia)* Sentencia de 3 de febrero de 2015, párrs. 145-148.

<sup>69</sup> <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240628-int-01-00-en.pdf>

El artículo 58.1 ECPI, en fase de investigación, se refiere a la existencia de un motivo razonable para creer que se ha cometido un crimen de la competencia de la Corte. El umbral probatorio de “motivo razonable para creer” en esta fase procesal debe distinguirse del umbral requerido para la confirmación de los cargos (“motivos fundados para creer”, art. 61.7 ECPI) y del umbral para una declaración de culpabilidad (“más allá de toda duda razonable” art. 66.3 ECPI).

En el asunto *Al Bashir*, la Sala de Apelaciones de la CPI entendió que el criterio de la “única conclusión razonable” de la existencia de genocidio por pruebas indirectas exigido por la Sala de Cuestiones Preliminares para autorizar la orden de arresto resultaba erróneo al establecer un criterio superior y más exigente al previsto en el artículo 58.1 ECPI. En concreto, la Sala de Cuestiones Preliminares aplicó, en esa fase del procedimiento, la prueba genocida “más allá de toda duda razonable”, lo que constituía un error de derecho. Exigir que la existencia de intención genocida sea la única conclusión razonable equivale a exigir que el Fiscal refute todas las otras conclusiones razonables y elimine toda duda razonable. Si la única conclusión razonable sobre la base de las pruebas es la existencia de intención genocida, entonces no se puede decir que esa conclusión establezca meramente un “motivo razonable para creer”<sup>70</sup>.

A la espera del avance de los procesos judiciales abiertos tanto en la CIJ como en la CPI, los anteriores criterios expuestos podrían quedar subsumidos en las conclusiones del Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental, e Israel publicado el 27 de mayo de 2024. En él se afirma que las autoridades israelíes presentaron consistentemente sus objetivos militares como la destrucción total de Hamás, la liberación de rehenes israelíes y la prevención de futuras amenazas al Estado de Israel emanadas de la Franja de Gaza. Sin embargo, sus acciones y las consecuencias de sus acciones indican otras motivaciones, incluyendo venganza y castigo colectivo. Las declaraciones hechas por funcionarios israelíes reflejan una política y práctica de infligir destrucción generalizada, matar a un gran número de civiles y realizar traslados forzados. Para la Comisión tales declaraciones *equivalían a incitación y podrían constituir otros graves crímenes internacionales*. Las declaraciones estaban dirigidas a deshumanizar sistemáticamente a los palestinos, particularmente a los hombres y niños palestinos, y llamaban al castigo colectivo<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Situación en Darfur (Sudán), caso *Fiscal c. Omar Hassan Ahmad al Bashir*, Sentencia de 3 de febrero de 2010, No. ICC-02/05-01/09 OA, párrs. 29-42. Sobre este asunto, véase KREß, Claus, “The ICC’s first encounter with the crime of genocide. The case against *Al Bashir*”, en Carsten Stahn (ed.), *The Law and Practice of The International Criminal Court*, 2015, Oxford University Press, London, pp.669-704.

<sup>71</sup> Cfr. A/HRC/56/26, párr. 101. Los informes de distintas comisiones de investigación fueron sumamente relevantes para demostrar plausiblemente la intención genocida al menos en fase de excepciones preliminares sobre la competencia de la CIJ en el asunto sobre la *Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio (Gambia c. Myanmar)*, *Excepciones preliminares*, Sentencia de 22 de julio de 2022, párrs. 65-77.