

ENTRE EL FORMALISMO JURÍDICO EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y LOS PRINCIPIOS ELEMENTALES DE HUMANIDAD: EL CASO DE SUDÁFRICA CONTRA ISRAEL

Libia Arenal Lora

Universidad de Sevilla

marenal@us.es

Recibido: 17/04/2024

Aceptado: 14/05/2024

Resumen

Este trabajo tiene como objeto analizar el caso presentado por Sudáfrica contra Israel ante al Corte Internacional de Justicia relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio en la Franja de Gaza, en particular la indicación de la suspensión de las operaciones militares y la respuesta ofrecida por la Corte a este respecto, que ha ido oscilando entre el formalismo jurídico y la aplicación de los principios elementales de humanidad.

Palabras: genocidio, Corte Internacional de Justicia, medidas provisionales, suspensión de operaciones militares.

Between the Legal Formalism in the Application of Provisional Measures by the International Court of Justice and the Elementary Principles of Humanity: The Case of South Africa against Israel

Abstract

This article analyzes the procedure for requesting and ordering provisional measures in the South Africa versus Israel case regarding the application of the Convention on the Prevention

and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip in order to infer the reasons why the International Court of Justice has not considered or ruled on this provisional measure and to state what possibilities South Africa has to request these measures again if new facts or circumstances arise in March 2024.

Key words: genocide, International Court of Justice, provisional measures, suspension of military operations.

1. Introducción

El conflicto más longevo en Oriente Próximo es el árabe-israelí, ya que su inicio se remonta al año 1948, poco después de que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptara la Resolución 181 (II) el 29 de noviembre de 1947, en la que estableciera la partición de Palestina en dos Estados, un Estado judío y un Estado árabe, y una zona bajo régimen internacional particular para la ciudad de Jerusalén.

Desde entonces, se han sucedido diferentes conflictos de distinta intensidad y alcance, que han tenido como resultado la ampliación de las zonas ocupadas por Israel y la desconexión territorial de Cisjordania y Gaza, el desplazamiento masivo de población palestina y el establecimiento de un sistema de ocupación por parte de Israel que ha sido calificado como un régimen de *apartheid*.¹

En este contexto, las iniciativas de paz que se han puesto en marcha, en particular los Acuerdos de Oslo (1993), firmados entre Isaac Rabin y Yasser Arafat —que fueron considerados un hito histórico debido a que implicaban, por un lado, el reconocimiento mutuo del Estado de Israel y de la Organización para la Liberación de Palestina (OLP) y, por otro lado, el acuerdo de devolver a los palestinos la mayor parte del territorio ocupado en la Guerra de los Seis Días (1967)—, resultaron ser un estrepitoso fracaso.

El año 2006 fue un punto de inflexión en la historia de este conflicto, ya que la victoria de Hamás en las elecciones generales de Palestina supuso el desencadenamiento de una crisis política y la ruptura de la unidad nacional, el bloqueo total de Israel sobre la Franja y las tres grandes escaladas del conflicto que han tenido lugar hasta la fecha sobre este territorio: la del año 2008, Operación Plomo Fundido, que fue un asalto masivo de 22 días a la Franja; Operación Margen Protector (2014), que se prolongó casi 50 días; y finalmente la que ha comenzado el 7 de octubre de 2023, que ha tenido su origen en la incursión

1 Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the situation of Human Rights in the Palestinian territories occupied since 1967 (A/HRC/49/87) 21th March 2022.

terrestre a gran escala en Israel por parte de Hamás, capturando a cientos de rehenes y matando a miles de civiles israelíes, y que ha dado lugar a una respuesta sin precedentes por parte de Israel que le ha declarado la guerra total a Hamás.

Este último conflicto en la Franja de Gaza ha dejado, desde su fecha de inicio hasta la actualidad, una cifra superior a los 30000 palestinos muertos a manos de las fuerzas armadas de Israel,² de los que al menos el 70% son mujeres y niños,³ además de la desaparición de al menos 7000 palestinos, que continúan presuntamente muertos bajo los escombros.⁴ Más de 1800 familias palestinas de Gaza han perdido a varios de sus miembros⁵ y cientos de familias multigeneracionales han sido aniquiladas, sin que queden supervivientes: madres, padres, hijos, hermanos, abuelos, tías, primos, a menudo asesinados todos juntos.⁶ Los ataques de Israel han dejado, asimismo, cerca de 60000 palestinos heridos y mutilados,⁷ de nuevo, la mayoría mujeres y niños.⁸ Todo ello, en unas circunstancias en las que el sistema sanitario está prácticamente colapsado.

Se calcula que más de 1,9 millones de palestinos de los 2,3 millones de habitantes de Gaza —aproximadamente el 85% de la población, que incluye también a heridos y enfermos— se han visto obligados a abandonar sus hogares y a desplazarse internamente. Los desplazamientos obedecen a las sucesivas “órdenes de evacuación” por parte de Israel que han dirigido un movimiento de población sin precedentes del Norte al Sur de Gaza y que son, de acuerdo con Comité Internacional de la Cruz Roja, contrarias al derecho internacional humanitario (DIH).⁹ Las rutas de evacuación han sufrido ataques y en ellas se han producido asesinatos y otros actos de violencia por parte del Ejército. Para muchos palestinos, la evacuación forzosa de sus hogares será necesariamente permanente debido a la magnitud de la destrucción. Se calcula que Israel ha dañado o destruido el 60% de todo el parque de viviendas de Gaza sin contar con el nivel de destrucción e inutilización de todo tipo de infraestructuras civiles, desde centrales eléctricas hasta desalinizadoras. Los desplazamientos han

2 United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs [OCHA] (9 de enero de 2023). Las estadísticas de este discurso están actualizadas hasta el 9 de enero de 2023.

3 OCHA (6 de enero de 2024).

4 OCHA (3 de enero de 2024).

5 OCHA (5 de enero de 2024).

6 Save the Children (7 de noviembre de 2023).

7 OCHA (9 de enero de 2023).

8 OCHA (27 de diciembre de 2023).

9 International Committee of The Red Cross (13 de octubre de 2023).

provocado un aumento vertiginoso de la densidad de la población en el sur, lo que lleva a que los ataques armados sean muchos más letales y la población esté expuesta a enfermedades de carácter contagioso, que aumentan por la falta de salubridad.¹⁰

La mayoría de los 1,9 millones de palestinos desplazados en Gaza buscan refugio en instalaciones de la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en Oriente Próximo (UNRWA, por sus siglas en inglés), que consisten principalmente en escuelas y tiendas de campaña, lugares que no son seguros en sí mismos y que están al borde del colapso. La situación de la UNRWA es insostenible, pero es mucho peor la situación de los palestinos que no encuentran refugio y deben permanecer sin cobijo; solo en la zona de Rafah, al lado de la frontera con Egipto, ya viven más de 12000 palestinos por kilómetro cuadrado.¹¹

El 9 de octubre de 2023, Israel declaró un “asedio total” a Gaza, por el que no permitía el suministro de electricidad, la entrada de alimentos, agua ni combustible. Aunque el asedio se ha aliviado parcialmente desde entonces y, a partir del 21 de octubre de 2023, se ha permitido la entrada de algunos camiones de ayuda, sus consecuencias son alarmantes por la insuficiencia de la ayuda humanitaria y por el nivel de destrucción de infraestructuras civiles. A pesar de que la resolución 2720 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 22 de diciembre de 2023,¹² exigió que “las partes en el conflicto permitan y faciliten el uso de todas las rutas disponibles hacia y a través de toda la Franja de Gaza, incluidos los pasos fronterizos” y solicitó “que el Coordinador establezca rápidamente un mecanismo de las Naciones Unidas para acelerar el suministro de envíos de ayuda humanitaria”, no aborda adecuadamente los “cuatro elementos” que el secretario general de las Naciones Unidas considera necesarios para permitir una ayuda eficaz, capaz de asistir a los palestinos de Gaza: seguridad, personal, logística y reapertura de las actividades comerciales. Esto ha llevado a que la vida de los palestinos de Gaza sufra una situación de riesgo real por falta extrema de alimentos e inanición; el Programa Mundial de Alimentos (PMA) ha informado que los palestinos de Gaza sólo disponen de 1,5 a 1,8 litros de agua limpia por persona y día para todos los usos —bebida,

10 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, *Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures*, 29 de diciembre de 2023, párrs. 61-70 (en adelante, *South Africa v. Israel, Provisional Measures*), párrs. 55-60.

11 *Ibidem*, párrs. 71-75.

12 Resolución 2720 (2023), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 9520ª sesión, celebrada el 22 de diciembre de 2023.

lavado, preparación de alimentos, saneamiento e higiene—, muy por debajo del umbral de emergencia de 15 litros diarios para contextos de guerra o hambruna; la falta de agua impacta de manera exacerbada sobre las madres y lactantes. Igual de preocupantes pueden ser las consecuencias de los planes israelíes de inundar los túneles de Gaza con agua de mar debido al riesgo de colapso de la infraestructura de agua y alcantarillado, de contaminación duradera del acuífero y del suelo de Gaza, lo que la dejaría sin agua potable, devastaría la poca agricultura posible y arruinaría las condiciones de vida de todos sus habitantes. Los expertos que analizan la situación en el terreno predicen que pueden morir más palestinos de hambre y enfermedades que de ataques aéreos.¹³

Israel ha declarado una “guerra sin cuartel” contra el sistema sanitario de Gaza. El ejército israelí ha atacado y asediado hospitales y centros sanitarios, privándolos de la electricidad y el combustible cruciales para mantener un funcionamiento y un equipamiento eficaces, impidiendo recibir suministros médicos, alimentos y agua, forzando su evacuación y cierre y destruyéndolos. Se han producido más de 238 ataques contra el sistema sanitario en Gaza, en los que más de 61 hospitales y otras instalaciones sanitarias han resultado dañados o destruidos. Los enfermos y los heridos no pueden ser atendidos por falta de personal y suministros —incluidos anestésicos, analgésicos, medicamentos y desinfectantes—, lo que genera un enorme sufrimiento humano. Las acciones de Israel están impactando especialmente sobre las mujeres embarazadas, recién nacidos y bebés. Se estima que, aproximadamente, 7729 niños han muerto y 4700 están desaparecidos, 5500 palestinas embarazadas que dan a luz cada mes en Gaza lo hacen en condiciones inseguras, se están realizando histerectomías a mujeres jóvenes en un intento de salvar sus vidas, los nacimientos prematuros habrían aumentado entre un 25% y un 30% y un número cada vez mayor de bebés palestinos de Gaza mueren por causas totalmente evitables, provocadas por las acciones de Israel.

La relatora especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, ha advertido expresamente de que:

[T]he reproductive violence inflicted by Israel on Palestinian women, newborn babies, infants, and children could be qualified as [...] acts of genocide under Article 2 of the Convention on the Prevention of Genocide [...] including “imposing measures intended to prevent births within a group”. “States must prevent and punish such acts in accordance with their responsibilities under the Genocide Convention. (Naciones Unidas, 2023, párr. 10)

13 *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, 29 December 2023, párrs. 61-70.

Además de los ataques ya citados contra viviendas, barrios, hospitales, sistemas de abastecimiento de agua, infraestructuras eléctricas y de comunicación, tierras agrícolas, panaderías y molinos, Israel también ha atacado todo el sistema civil y cultural que sostiene la vida en Gaza. El nivel de destrucción de los edificios que albergan las instituciones estatales y gubernamentales, universidades, escuelas, patrimonio cultural y religioso histórico, mezquitas e iglesias es incalculable. Asimismo, los asesinatos y las muertes han afectado a todos y cada uno de los estratos sociales: periodistas, profesores, intelectuales y figuras públicas, médicos y enfermeras, cineastas, escritores y cantantes, directores y decanos de universidades, jefes de hospitales, eminentes científicos, lingüistas, dramaturgos, novelistas, artistas y músicos. De este modo, Israel está destruyendo el tejido y la base de la vida palestina en Gaza y, por tanto, está imponiendo deliberadamente al grupo palestino de Gaza unas condiciones de vida calculadas para provocar su destrucción.¹⁴

En el marco del contexto descrito, Sudáfrica presentó ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el 29 de diciembre de 2023, una demanda en contra del Estado de Israel sobre la base de los artículos 36 (1) y 40 de su Estatuto (ECIJ) y del artículo IX de la Convención para la sanción y prevención del crimen de genocidio de 1948 (Convención sobre el Genocidio). La demanda contenía una solicitud de indicación de medidas provisionales, de conformidad con el artículo 41 del Estatuto de la Corte y los artículos 73, 74 y 75 del Reglamento de la Corte, con el fin de proteger contra un daño mayor, grave e irreparable los derechos del pueblo palestino en virtud de la Convención sobre el Genocidio y garantizar el cumplimiento por parte de Israel de sus obligaciones en virtud de la misma convención de no cometer genocidio, así como de prevenirlo y castigarlo.

Sudáfrica solicitó que la CIJ adoptara nueve medidas provisionales, siendo la primera y más significativa que el Estado de Israel suspendiera inmediatamente sus operaciones militares en Gaza y contra Gaza.¹⁵ A pesar de que la Corte ha ordenado que Israel adopte seis medidas, ni ha ordenado ni se ha pronunciado sobre esta primera medida.

14 Ibidem, párrs. 88-94.

15 Ibidem, E. Provisional Measures Requested, (1) “The State of Israel shall immediately suspend its military operations in and against Gaza”, párr. 144.

2. Las condiciones sobre la procedencia de las medidas provisionales: las alegaciones de las partes y la decisión de la Corte Internacional de Justicia

2.1 El *ius standi* de Sudáfrica

Sudáfrica se ha presentado ante la Corte con una demanda en la que acusa al Estado de Israel de haber incumplido obligaciones internacionales *erga omnes partes* dimanantes de la Convención sobre el Genocidio y lo ha hecho alegando que tiene legitimación para hacerlo, ya que, como Estado parte de la Convención, tiene la obligación de prevenir el genocidio a pesar de que no sea un Estado directamente afectado. Sudáfrica, por lo tanto, argumentado que tiene *prima facie ius standi* ante la CIJ, ha invocado la responsabilidad internacional del Estado de Israel con el fin de determinar el supuesto incumplimiento de sus obligaciones en relación con la prevención y la sanción del crimen de genocidio.¹⁶

Israel no ha impugnado la legitimación activa de Sudáfrica en sus alegaciones orales y la Corte ha querido recordar que en la decisión precedente en el caso *Gambia c. Myanmar relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, en el que también se invocó el artículo IX de la Convención, ya observó que todos los Estados parte tenían un interés común en el cumplimiento de sus obligaciones dimanantes, por lo que cualquiera de ellos, sin distinción, podría invocar la responsabilidad de otro Estado parte por un supuesto incumplimiento, incluso mediante la incoación de un procedimiento ante la CIJ.¹⁷

El Tribunal ha concluido en su decisión sobre medidas provisionales que Sudáfrica está legitimada *prima facie* para someterle el litigio contra Israel relativo a las supuestas violaciones de las obligaciones derivadas de la Convención sobre el Genocidio.¹⁸

2.2 La competencia *prima facie* de la Corte Internacional de Justicia

2.2.1 La existencia de una controversia

Sudáfrica fundamenta la competencia de la CIJ en el artículo 36 (1) del Estatuto de la Corte y en el artículo IX de la Convención sobre el Genocidio. Si bien el artículo 36 indica que, con carácter general, la competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos

16 Ídem.

17 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ. Reports 2022 (II), pp. 516-517, párrs. 107-108 y 112.

18 *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Order 26 January 2024, párr. 34.

previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes, el artículo IX de la Convención exige la existencia de una controversia entre las partes relativas a la interpretación, aplicación o cumplimiento del tratado.¹⁹

La jurisprudencia de la CIJ ha afirmado que una controversia entre partes se refiere a un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses de las partes²⁰ y que tal desacuerdo u oposición positiva de una parte a la pretensión de la otra no debe necesariamente manifestarse *expressis verbis*, si no que la posición o la actitud de una parte puede establecerse por inferencia.²¹ A este respecto, Sudáfrica ha argumentado en su demanda que, efectivamente, existía una controversia entre las partes relativa a la interpretación y aplicación de la Convención sobre el Genocidio, que podía inferirse de las manifestaciones públicas que Sudáfrica había venido realizando en diferentes contextos y foros desde el 30 de octubre de 2023, expresando su preocupación por las consecuencias de las acciones y omisiones de Israel y porque ellas pudieran constituir un genocidio. Solo por nombrar alguna de ellas, Sudáfrica, en el momento de presentar la demanda, ya había acusado a Israel de participar en actos genocidas ante varios de los órganos principales de las Naciones Unidas, como son el Consejo de Seguridad (CS) y la Asamblea General (AG), así como en otros foros públicos multilaterales. Sudáfrica había llevado a cabo una gestión diplomática ante Israel advirtiéndole de que consideraba su conducta como genocida y, de manera simultánea,

19 Artículo IX de la Convención sobre el Genocidio establece que: “Las controversias entre las Partes Contratantes relativas a la interpretación, aplicación o cumplimiento del presente Convenio, incluidas las relativas a la responsabilidad de un Estado por genocidio o por cualquiera de los demás actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de cualquiera de las partes en la controversia”.

20 En el caso de las Islas Marshall contra Reino Unido relativo a las obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear, la Corte recordó que los artículos 36 (2) y 38 del Estatuto indican la existencia de una controversia entre las partes como condición para poder ejercer su competencia, y señaló la definición que destiló la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el asunto de las Concesiones Mavrommatis en Palestina, según la cual una controversia es “un desacuerdo sobre un punto de hecho o de derecho, un conflicto de puntos de vista legales o de intereses entre partes”. En esta misma línea se pronunció en el caso *Gambia v. Myanmar*, *Provisional Measures*, Order of 23 January 2020, p. 13, párr. 27, citando el caso *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, *Preliminary Objections*, Judgment, ICJ Reports 1998, “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests”.

21 *The Gambia v. Myanmar*, *Provisional Measures*, Order of 23 January 2020, p. 13, párr. 27, citing *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, *Preliminary Objections*, Judgment, ICJ Reports 1998, p. 315, párr. 89.

había pedido a la Corte Penal Internacional que investigara enérgicamente los delitos tipificados en la Convención sobre el Genocidio cometidos por Israel en la Franja de Gaza, acusándolo, entre otras cosas, de atacar deliberadamente a civiles, provocar intencionadamente el hambre y obstaculizar el socorro.²² En opinión de Sudáfrica, la controversia entre las partes había cristalizado como una cuestión de derecho para el 6 de diciembre de 2023, fecha en la que Israel confirmó, a través de un documento ministerial de carácter público, la negación oficial e inequívoca de que estuviera cometiendo un genocidio en Gaza.²³

En sus alegaciones orales, Sudáfrica indicó que esta cuestión relativa a la cristalización de una controversia entre partes ha sido abordada por la CIJ en casos precedentes, en el marco del trámite procesal de excepciones preliminares y que, aunque haya adoptado generalmente un enfoque flexible en esta materia, ha establecido una serie de criterios para determinar efectivamente la existencia de una controversia: (a) debe demostrarse que la pretensión de una parte cuenta con la oposición positiva de la otra; (b) la fecha para determinar la existencia del litigio es la fecha de la solicitud, pero pueden tenerse en cuenta conductas posteriores; y (c) la existencia del litigio debe determinarse mediante una apreciación objetiva de los hechos.²⁴

De esta manera, con arreglo a los argumentos presentados por Sudáfrica, la controversia entre las partes existía al momento de presentarse la demanda y afectaba tanto al cumplimiento de Sudáfrica de su propia obligación de prevenir el genocidio como al cumplimiento por parte de Israel de sus obligaciones de no cometer genocidio, prevenirlo y castigarlo, así como de reparar a sus víctimas y ofrecer seguridades y garantías de no repetición.²⁵

La negación de la existencia de una controversia por parte del Estado de

22 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, párrs. 13-17; *South Africa v. Israel, Provisional Measures Public sitting held on Thursday 11 January 2024*, párr. 12.

23 “*Hamas-Israel Conflict 2023: Frequently asked Questions*” State of Israel-Ministry of Foreign Affairs, documento actualizado el 8 de diciembre en el que se declara lo siguiente: “The accusation of genocide in these circumstances is not just legally and factually incoherent, it is obscene”. Disponible en: <https://www.gov.il/en/pages/swords-of-iron-faq-6-dec-2023>.

24 *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment*, ICJ Reports 1962, p. 328; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Preliminary Objections, Judgment*, ICJ Reports 2022, p. 502, párr. 64; *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment*, ICJ Reports 2016 (II) pp. 849- 850, párr. 39, en *South Africa v. Israel, Provisional Measures, Public sitting held on Thursday 11 January 2024*, párr. 14.

25 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, párr. 16.

Israel en sus alegaciones orales giró en torno a dos argumentos. El primero estuvo centrado en rebatir que de las manifestaciones unilaterales realizadas por Sudáfrica en diferentes foros multilaterales y judiciales pudiera inferirse la existencia de una controversia, ya que, haciendo igualmente uso de la jurisprudencia de la CIJ, alegaba que sería necesario para ello la presencia objetiva de algún elemento de compromiso, intercambio e interacción.²⁶ Israel ha querido fijar su postura respecto a esta cuestión definiendo las circunstancias relativas al establecimiento del posible desacuerdo entre las partes utilizando el término *undispute*.²⁷ El segundo argumento giró en torno a la descalificación del posible entablamiento de una negociación diplomática mediante el intercambio de las notas verbales, a la que acusa de tardía y de no haber propiciado una oportunidad razonable de respuesta antes de recurrir al litigio, sobre todo en un asunto de tal gravedad como una acusación de genocidio y, en particular, ante un tribunal de la categoría de la CIJ. Israel, en sus alegaciones orales, presentó la sospecha de que el intercambio de Notas fuera más bien una estrategia de Sudáfrica para demostrar la existencia de una disputa de acuerdo con los términos de la Convención sobre el Genocidio.²⁸

Por todo ello, Israel ha considerado que las afirmaciones unilaterales de Sudáfrica en su contra, en ausencia de cualquier interacción bilateral entre los dos Estados, antes de la presentación de la demanda no bastan para establecer la existencia de una controversia de conformidad con el artículo IX de la Convención sobre el Genocidio.

La Corte Internacional de Justicia en su decisión ha omitido, sin embargo, cualquier valoración sobre el intercambio bilateral a través de las notas diplomáticas y ha valorado, sin embargo, las declaraciones públicas realizadas por Israel en diversos contextos multilaterales y bilaterales en los que había expresado su opinión de que, a la luz de la naturaleza, el alcance y la extensión de las operaciones militares de Israel en Gaza, las acciones de Israel equivalían a

26 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting 12 January 2024 (verbatim record), Prima Facie Jurisdiction, p. 25, párr. 12. Véanse también los siguientes casos: *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections*, Judgment, ICJ Reports 1962, p. 328; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections*, Judgment, ICJ Reports 2011 (I), p. 85, párr. 31; *Marshall Islands v. United Kingdom, Jurisdiction and Admissibility*, Judgment, ICJ Reports 2016 (I), p. 851, párr. 43.

27 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting (verbatim record), Prima Facie Jurisdiction, p. 26, párr. 19.

28 *Ibidem*, párr. 26.

violaciones de sus obligaciones en virtud de la Convención sobre el Genocidio; además, la CIJ ha señalado que Israel rechazó expresamente cualquier acusación de genocidio en el contexto del conflicto en Gaza en el documento publicado por el Ministerio de Asuntos Exteriores israelí, el 6 de diciembre de 2023, que posteriormente fue actualizado y reproducido en el sitio web de las Fuerzas de Defensa de Israel, el 15 de diciembre de 2023, bajo el título “La guerra contra Hamás: Respondiendo a sus preguntas más apremiantes”, mencionado por Sudáfrica en su demanda.²⁹

A la luz de lo anterior, el Tribunal ha concluido que los elementos mencionados han sido suficientes en esta fase para establecer *prima facie* la existencia de una controversia entre las partes relativa a la interpretación, aplicación o cumplimiento de la Convención sobre el Genocidio.³⁰

2.2.2 Los hechos y las circunstancias imperantes que exigen la indicación de las medidas en relación con la Convención sobre el Genocidio

La Corte Internacional de Justicia, para conocer si está facultada para indicar medidas provisionales, debe establecer en esta fase del procedimiento si parece posible que los actos y omisiones denunciados por el demandante pueden estar comprendidos en el ámbito de aplicación material de la Convención sobre el Genocidio,³¹ y basta con que al menos algunos de los actos denunciados puedan estarlo.³² Esta cuestión es relevante porque la CIJ, en esta fase, no entra a conocer sobre el fondo del asunto, no resuelve si Israel está o no está incumpliendo sus obligaciones en relación con la Convención, solo decide si los hechos y las circunstancias relevan la necesidad de tomar medidas para proteger los derechos en cuestión de sufrir un riesgo irreparable hasta que la Corte tome una decisión definitiva sobre el caso.³³

Sudáfrica ha realizado en su demanda una minuciosa e informada descripción de todos aquellos actos y omisiones llevados a cabo por el Estado de Israel, sus más altos representantes, así como sus fuerzas armadas, en el marco del

29 *South Africa v. Israel, Provisional Measures, Order of 26 January 2024*, párrs. 26 y 27.

30 *Ibidem*, párr. 28.

31 *Ukraine v. Russian Federation, Provisional Measures, Order of 16 March 2022*, ICJ Reports 2022 (I), p. 219, párr. 29.

32 *The Gambia v. Myanmar, Provisional Measures, Order of 23 January 2020*, p. 14, párr. 30.

33 *Ukraine v. Russian Federation, Provisional Measures, Order of 16 March 2022*, ICJ Reports 2022 (I), p. 222, párr. 43.

ataque contra Gaza y ha intentado demostrar la existencia de una intención genocida, elemento subjetivo necesario para la calificación del crimen como tal. De acuerdo con la opinión del demandante, son actos de naturaleza genocida —que tiene cabida en el ámbito material del artículo II de la Convención sobre el Genocidio— los siguientes: matar a más de 30000 palestinos de Gaza; causar graves daños mentales y corporales; la evacuación forzosa y el desplazamiento de alrededor del 85% de los palestinos de Gaza; causar hambre, deshidratación e inanición generalizadas; no proporcionar y restringir la provisión de refugio, ropa, higiene o saneamiento adecuados; no atender o garantizar la atención de las necesidades médicas de los palestinos en Gaza; destruir la vida en Gaza; imponer medidas para evitar el nacimiento de niños en Gaza. De la misma manera, las acciones y omisiones de Israel descritas constituirían una violación de la obligación de prevenir y sancionar el genocidio contenida en el artículo I de la Convención.³⁴

Asimismo, Israel tampoco habría castigado el genocidio, la conspiración, la incitación directa y pública, la tentativa y la complicidad para cometer el crimen, todo ello, en contra de lo dispuesto en los artículos III y IV de la Convención sobre el Genocidio.

La narrativa de Sudáfrica sobre los acontecimientos que han sucedido en la Franja en los últimos meses contribuye a dibujar los contornos de un contexto que podría determinar la naturaleza genocida de las acciones y de las omisiones que son atribuibles al Estado de Israel.³⁵

De una parte, Sudáfrica encuadra los hechos ocurridos a partir del 7 de octubre de 2023 en la ocupación de más de siete décadas de los territorios palestinos, que incluyen Cisjordania y la Franja de Gaza. A pesar de que en el año 2005 Israel se “desenganchó” unilateralmente de Gaza, desmanteló sus bases militares y reubicó a los colonos israelíes, ha continuado ejerciendo un control efectivo sobre el espacio aéreo, terrestre, marítimo y pasos terrestres, así como sobre el suministro de agua, combustible, electricidad y alimentos, esfera electromagnética e infraestructura civil, además de algunas funciones gubernamentales clave.³⁶ Por esta razón, la comunidad internacional entiende que Gaza se encuentra bajo ocupación beligerante por parte de Israel.³⁷

34 *South Africa v. Israel, Provisional Measures, The Facts*, párrs. 18-107.

35 Hay que tener en cuenta que este artículo trabajó sobre la demanda presentada por Sudáfrica, y aunque ha actualizado algunos datos, se sostiene sobre ella que fue presentada en diciembre de 2023.

36 *South Africa v. Israel, Provisional Measures, The Facts*, párrs. 18-39.

37 Resolución del Consejo de Seguridad 1680 (2009), adoptada el 8 de enero de 2009: “(...) the Gaza

Este contexto de ocupación y asedio durante más de una década ha dejado a la población de Gaza en una situación de enorme fragilidad y vulnerabilidad, a lo que hay que sumar las secuelas de las dos escaladas anteriores al conflicto actual, las operaciones Plomo Fundido (2009) y Margen Protector (2014), en las que se produjeron, de acuerdo con los informes de expertos independientes y programas de las Naciones Unidas, graves violaciones de las normas DIH.³⁸ De otra parte, la presentación de los hechos que realiza Sudáfrica en la demanda permitiría inferir que el ataque armado a gran escala, que ha llevado a cabo Israel contra la Franja de Gaza en el marco del último conflicto, ha creado un contexto *de facto* que permite establecer la naturaleza genocida de los actos descritos, ya que, considerados todos y cada uno de ellos en conjunto y no individualmente, producirían necesariamente circunstancias calculadas para provocar la destrucción física de los palestinos de Gaza. Dicho de otra forma, el ataque armado sería instrumental a la destrucción de una parte sustancial de los palestinos de Gaza,³⁹ que son un parte importante del pueblo palestino.⁴⁰ Analizados desde esta óptica, los hechos descritos serían distintos de otras violaciones del derecho internacional perpetradas por el Estado de Israel en la Franja, como son los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, aunque a menudo exista una estrecha relación entre todos estos actos.⁴¹

Por consiguiente, todas las acciones y omisiones perpetradas por Israel en y durante las operaciones militares, tomadas en consideración individual y colectivamente, formarían un patrón calculado de conducta del que podría inferirse la comisión —o al menos un riesgo grave e inminente— de cometerse un genocidio contra la población palestina de Gaza.

Strip constitutes an integral part of the territory occupied in 1967 and will be a part of the Palestinian state”. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/645525?ln=en#record-files-collapse-header>. Esta cuestión ha sido recientemente reafirmada por la Asamblea General en su resolución 77/30, asistencia al pueblo palestino, aprobada el 6 de diciembre de 2022. Disponible en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n22/729/13/pdf/n2272913.pdf?token=UGLjrFFKYrKoW60ypK&fe=true>. Véase también la resolución del Consejo de Seguridad 272 (2023), del 22 de diciembre de 2023, en la que subraya lo siguiente: “The Gaza Strip constitutes an integral part of the territory occupied in 1967” y reitera “the vision of the two-State solution, with the Gaza Strip as part of the Palestinian State”. Disponible en: <https://documents-dds/ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N23/424/87/PDF/N2342487.pdf?OpenElement>.

38 United Nations (16 de marzo de 2001, 22 de octubre de 2001, 1 de septiembre de 2008, 25 de septiembre de 2009, 24 de junio de 2015, 22 de diciembre de 2020).

39 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, The Facts, párrs. 40-100.

40 La CIJ así lo subraya en su decisión sobre las medidas provisionales, *South Africa v. Israel, Provisional Measures* Order 26 January 2024, párr. 44.

41 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Introduction, párr. 4.

Asimismo, Sudáfrica ha concentrado una parte importante de sus esfuerzos en probar que la intención de Israel de destruir total o parcialmente al pueblo palestino como grupo responde a una política de Estado. En la demanda, ha presentado pruebas que entiende son significativas y manifiestas de la intención genocida de los más altos representantes del Estado israelí, directamente trasladada a sus fuerzas armadas, de cometer y persistir en la comisión de actos genocidas. En particular, cabe destacar las declaraciones y manifestaciones de retórica genocida hechas públicas por el ministro israelí, Benjamín Netanyahu y por el presidente de Israel, Isaac Herzog, pasando por los ministros de Defensa, de Seguridad Nacional, Energía e Infraestructura, Finanzas, Patrimonio, Agricultura, el coordinador del Ejército israelí de las Actividades Gubernamentales en los Territorios, el general de división del Ejército israelí y asesor del ministro de Defensa, hasta llegar a los comandantes, soldados, reservistas y, por supuesto, a la sociedad civil.⁴² Todas estas declaraciones y mensajes genocidas constituyen, de acuerdo con la opinión de Sudáfrica, una clara incitación directa y pública al genocidio que las autoridades israelíes no han controlado ni castigado.⁴³

Con arreglo a lo anterior, Sudáfrica concluye que los hechos descritos, conjuntamente con las declaraciones públicas de retórica especialmente deshumanizante, combinadas con el nivel de muertes, desplazamientos y destrucción sobre el terreno y el asedio contra Gaza, evidencian un genocidio continuado y en desarrollo.⁴⁴ Igualmente, la opinión de Sudáfrica es compartida por un número considerable de Estados⁴⁵ y de expertos de Naciones Unidas que han advertido repetidamente, desde al menos mediados de octubre de 2023, que el pueblo palestino corre un grave riesgo de sufrir un genocidio por parte de Israel.⁴⁶

Sudáfrica ha sostenido, tanto en su escrito de demanda como en la fase de alegaciones orales, que al menos algunos de los actos, si no todos, cometidos en Gaza como respuesta al ataque de Hamás del 7 de octubre de 2023 son susceptibles de quedar comprometidos *prima facie* en el artículo II de la Convención en la medida en que la intención genocida puede inferirse tanto del patrón de con-

42 Ibidem, The Facts, párrs. 101-107.

43 Ídem.

44 Ibidem, párr. 101.

45 Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Irán, Turquía, Venezuela, Bangladesh, Egipto, Honduras, Iraq, Jordania, Libia, Malasia, Namibia, Pakistán y Siria así lo han expresado en diferentes medios y reuniones. Ibidem, Jurisdiction of the Court, párr. 12

46 Ibidem, The Facts, párrs. 108-109.

ducta contra los palestinos en Gaza como de las declaraciones de los funcionarios del Gobierno y sus fuerzas armadas.⁴⁷ Asimismo, llega a la conclusión que el hecho de que Israel no haya impedido o castigado el genocidio, la conspiración, la incitación directa y pública, la tentativa y la complicidad para cometerlo puede comprometer sus acciones en el marco del artículo III de la Convención.⁴⁸

El Estado de Israel, en sus alegaciones orales, ha enfocado sus argumentos en rebatir que Sudáfrica haya probado que los actos denunciados fueran susceptibles de entrar *prima facie* en el ámbito de aplicación del Convenio, ya que esto implicaría necesariamente un grado de prueba sobre la plausibilidad del elemento de la intención que no existiría; sin prueba suficiente de la intención genocida en esta fase de medidas provisionales, los actos no tendrían cabida en la Convención sobre el Genocidio y, por lo tanto, se pondría en juego la propia aplicación del tratado y la jurisdicción de la CIJ, que decaería al no tener autoridad sobre ningún otro delito por grave que fuera dentro del caso.⁴⁹

El demandado ha tratado de desmontar las alegaciones de Sudáfrica, argumentando que el demandante no puede apreciar lo que a todas luces Israel considera que es un conflicto armado entre un Estado y una organización terrorista sin ley por un genocidio de un Estado contra una población civil,⁵⁰ más cuando Israel ha ordenado sus operaciones militares de acuerdo con las normas que lo obligan en virtud del DIH y que las inevitables víctimas y el sufrimiento humano de cualquier conflicto no constituyen por sí mismos un patrón de conducta que demuestre plausiblemente una intención genocida.⁵¹ Además, respecto de las declaraciones en las que se ha apoyado para probar la incitación al genocidio, señala, en la misma línea, que no dejan de ser aleatorias, descontextualizadas y distorsionadas, ya que malinterpretan la naturaleza y la procedencia de ciertos comentarios particulares que no se ajustan a las políticas y decisiones adoptadas por el Comité Ministerial de Asuntos de Seguridad Nacional y del Gabinete de Guerra, que forman la estructura de autoridad clara y eficaz en lo que respecta a la toma de decisiones gubernamentales en el marco

47 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, párrs. 18-109. *Ibidem*, Public Sitting 11 January 2024, p. 21 y ss., párrs. 1-41 y p. 31 y ss., párrs. 1-39.

48 *Ídem*.

49 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record), Intent, p. 26, párrs. 31-34.

50 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting 12 January 2024, Co-Agent's Opening Statement, p. 20, párr. 44.

51 *Ibidem*, The first and second requested provisional measures, p. 56, párr. 11.

del conflicto armado con Gaza.⁵² De la misma forma, Israel menciona que su sistema jurídico israelí es un sistema eficaz, independiente e imparcial que garantiza la rendición de cuentas y señala que sus tribunales, incluido el Tribunal Supremo, han iniciado algunas acciones judiciales sobre diferentes aspectos de la guerra actual.⁵³

En este punto, Israel ha alegado que los actos denunciados por Sudáfrica no pueden quedar comprendidos en las disposiciones de la Convención sobre el Genocidio, particularmente porque el estándar de prueba de la existencia *prima facie* de la intención genocida requerido en esta fase del procedimiento, más flexible que el exigido en la fase de fondo, ni siquiera ha sido alcanzado.⁵⁴ El Estado de Israel ha subrayado el riesgo de que la CIJ llegue a una conclusión prematura sobre su competencia en la medida en que, si no realizara una apreciación de los hechos y una valoración de la prueba correcta, Israel en tanto que destinatario de las medidas provisionales podría pagar un grave precio político y de seguridad, aunque más tarde se demostrara que las medidas eran totalmente injustificadas.⁵⁵

En todo caso, el Estado de Israel cierra esta cuestión indicando que la propia CIJ subrayó, en su auto de 2 de junio de 1999 relativo al caso *Yugoslavia c. Bélgica relativo a la legalidad del uso de la fuerza*, que la amenaza o el uso de la fuerza no podían constituir por sí mismos un acto de genocidio en el sentido del artículo II de la Convención sobre el Genocidio, añadiendo el comentario de que “si las alegaciones de genocidio se convirtieran en la moneda común de los conflictos armados, en cualquier momento y lugar, la esencia de este crimen se diluiría y se perdería”.⁵⁶

La CIJ ha concluido que, efectivamente, algunos de los actos y omisiones que Sudáfrica alega que han sido cometidos por Israel en Gaza podrían estar comprendidos *prima facie* en las disposiciones del Convenio.⁵⁷

52 Ibidem, The third requested provisional measure, p. 64, párrs. 39-40.

53 Ibidem, Conclusión, p. 71 y ss., párrs, 10, 12, 14 y 36.

54 *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgement, ICJ Reports 2007 (I), p. 129, párr. 209, en *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record), p. 29, párr. 28.

55 Ibidem.

56 *Yugoslavia v. Belgium, Legality of Use of Force, Provisional Measures*, Order of 2 June 1999, I.C.J Reports 1999 (I), pp. 132-133, párrs. 16-17 y p. 138, párr. 40.

57 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, párr. 30.

2.2.3 Conclusiones sobre la competencia *prima facie* de la Corte

A la luz de todo lo anterior, el Tribunal ha concluido que tenía *prima facie* competencia en virtud del artículo IX del Convenio sobre Genocidio para conocer del caso.⁵⁸

2.3 La plausibilidad de los derechos y su vínculo con las medidas provisionales

La CIJ solo puede adoptar medidas provisionales si entiende que los derechos invocados son plausibles y si existe un vínculo entre los derechos y las medidas propuestas.

Los derechos invocados por Sudáfrica son, por un lado, el derecho de los palestinos a existir como grupo y su derecho a ser protegidos de actos de genocidio, así como de la conspiración, la incitación directa y pública a cometer genocidio, la tentativa y la complicidad en el crimen; y, por otro lado, el derecho de Sudáfrica de hacer cumplir con las obligaciones de la Convención.⁵⁹

Sudáfrica ha defendido la plausibilidad de los derechos invocados luego que la descripción de los hechos, incluidas las declaraciones públicas aportadas, realizadas por los más altos representantes del Estado, del Gobierno, de las fuerzas armadas e incluso de miembros reconocidos de la sociedad civil mostrara de manera incontrovertible un patrón de conducta y una intención conexas que justifican una alegación plausible de actos genocidas.⁶⁰ A la vista de lo anterior, el demandante deduce la existencia, como mínimo, de un riesgo real de genocidio, que daría lugar a la obligación de prevenirlo de acuerdo con el artículo I de la Convención, que es vinculante tanto para Israel como para Sudáfrica.

El vínculo entre los derechos reivindicados por Sudáfrica y las medidas provisionales solicitadas estaría acreditado en tanto y en cuanto estas medidas se encuentren directamente vinculadas a los derechos que constituyen el objeto del litigio.⁶¹ De esta manera, las seis primeras medidas provisionales se solicitaron para garantizar el cumplimiento por parte de Israel de sus obligaciones en virtud de la Convención sobre el Genocidio, mientras que las tres últimas tienen por objeto proteger la integridad del procedimiento ante el Tribunal y el derecho de Sudáfrica a que su demanda se resuelva con equidad.⁶²

58 Ibidem, párr. 31.

59 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, párr. 134.

60 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record), p. 30, párr. 37.

61 Ibidem, párr. 135.

62 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, párr. 45.

Israel ha rechazado de plano las acusaciones de Sudáfrica de estar cometiendo un genocidio contra la población palestina de Gaza en el marco del conflicto armado que lo enfrenta con Hamás. Los alegatos de la defensa se han centrado en indicar que Israel tiene el derecho inherente a tomar todas las medidas legítimas para defender a sus ciudadanos y asegurar la liberación de los rehenes después del ataque perpetrado por Hamás el 7 de octubre de 2023;⁶³ que sus acciones son legítimas en el marco de un conflicto armado, ya que han respetado los principios del DIH en la medida en que la acción militar prevista lo ha permitido y que se han realizado esfuerzos por mitigar los daños cuando lleva a cabo operaciones militares; ha subrayado que los daños que se han venido produciendo son más bien una consecuencia de los métodos de guerra urbana que utiliza Hamás;⁶⁴ y, en último lugar, ha insistido en que se han tomado medidas por aliviar las penurias y el sufrimiento mediante actividades humanitarias en Gaza, lo que disipa cualquier intención genocida. Según el demandado, las declaraciones de los funcionarios israelíes presentadas por Sudáfrica son engañosas en el mejor de los casos y no están en conformidad con la política gubernamental.⁶⁵

En cualquier caso, Israel ha sostenido que, dado que el propósito de las medidas provisionales es preservar los derechos de ambas partes, el Tribunal debe, en el presente caso, considerar y equilibrar los derechos respectivos de Sudáfrica e Israel, incluido el derecho de este último a la legítima defensa.⁶⁶ Finalmente, ha indicado que, en todo caso, el marco jurídico apropiado para el conflicto de Gaza es el DIH y no la Convención sobre el Genocidio, tratando de poner en cuestión la competencia del propio tribunal.⁶⁷

De la misma manera, Israel ha considerado que las medidas solicitadas van más allá de lo necesario para proteger los derechos de forma provisional y, por lo tanto, no tienen relación con los derechos que se pretende proteger. La parte demandada ha alegado, entre otras cosas, que la concesión de la primera y segunda medidas solicitadas por Sudáfrica invertiría la jurisprudencia del Tribunal, ya que esas medidas servirían para la protección de un derecho que no podría constituir la base de una sentencia en ejercicio de jurisdicción conforme a la Convención sobre el Genocidio.⁶⁸

63 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record), The rights whose protection is sought, pp. 38-39, párrs. 66-69.

64 *Ibidem*, Conclusión, p. 72, párr. 6.

65 *Ibidem*, Intent, pp. 31-35, párrs. 38-52.

66 *Ibidem*, The rights whose protection is sought, pp. 38-39, párrs. 66-70.

67 *Ibidem*, p. 37, párr. 62.

68 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, párr. 57.

La Corte, teniendo en cuenta los hechos y circunstancias mencionados, especialmente poniendo en valor los informes y declaraciones presentados por diferentes representantes de organizaciones, agencias y programas del sistema de las Naciones Unidas, así como las declaraciones realizadas por altos funcionarios israelíes, ha concluido que son suficientes para establecer que al menos algunos de los derechos reclamados por Sudáfrica y para los que solicita protección son plausibles. Este es el caso del derecho de los palestinos de Gaza a ser protegidos de actos de genocidio y actos prohibidos dentro del artículo III, así como el derecho de Sudáfrica de buscar el cumplimiento por parte de Israel de sus obligaciones en virtud del Convenio.⁶⁹

2.4 El riesgo de perjuicio irreparable y urgencia

La Corte, en virtud del artículo 41 de su Estatuto, está facultada para indicar medidas provisionales cuando pueda causarse un perjuicio irreparable sobre los derechos que son objeto de un procedimiento judicial o cuando la presunta inobservancia de tales derechos pueda acarrear consecuencias irreparables.⁷⁰ Ahora bien, estas medidas solo podrán tomarse si existe una urgencia, es decir, que haya un riesgo real e inminente de que el perjuicio irreparable puede producirse en cualquier momento antes de que el Tribunal dicte una resolución definitiva sobre el caso.⁷¹ De esta manera, la Corte debe determinar si las circunstancias presentadas por las partes exigen la indicación de las medidas provisionales para la protección de derechos plausibles.

Sudáfrica ha presentado el cumplimiento de la condición de urgencia de acuerdo con los criterios que la CIJ ha desarrollado en su jurisprudencia en relación con casos que implican alegaciones de genocidio en el curso de un conflicto armado, entre estos: que la población en riesgo sea particularmente vulnerable, la fragilidad de la situación general y el riesgo de que se repita el daño.⁷²

La CIJ ha considerado que la población civil es extremadamente vulnerable

69 Ibidem, párr. 54.

70 *Ukraine v. Russian Federation, Provisional Measures*, Order of 16 March 2022. p. 226, párr. 65, en *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, párr. 60.

71 Ibidem, p. 227, párr. 66), en *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, párr. 61.

72 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, 29 December 2023, *The Risk of Irreparable Prejudice and Urgency*, párrs. 136-143.

cuando las operaciones militares han causado entre ellos numerosos muertos y heridos, importantes daños materiales, incluida la destrucción de edificios e infraestructuras, y cuando los ataques continúan y están creando condiciones de vida cada vez más difíciles.⁷³ En el caso *Ucrania contra Rusia*, la CIJ, al indicar medidas provisionales, había considerado entre los factores de riesgo la falta de los alimentos más básicos, agua potable, electricidad, medicamentos esenciales o calefacción,⁷⁴ así como los intentos de un número muy elevado de personas de huir de las ciudades más afectadas en condiciones de extrema inseguridad.⁷⁵

La Corte también ha considerado como factores de riesgo aquellos planteados en la Resolución ES 11/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 2 de marzo de 2022, sobre la agresión contra Ucrania para evaluar si se cumple la condición de urgencia en los casos que implican alegaciones de genocidio: “ataques contra instalaciones civiles, como residencias escuelas y hospitales y de víctimas civiles, incluidas mujeres, ancianos, personas con discapacidades y niños”; la “escala” de las operaciones militares, incluida su comparación con otros conflictos, el “deterioro de la situación humanitaria” en un territorio, y el “creciente número de desplazados internos y refugiados que necesitan ayuda humanitaria”.⁷⁶ Del mismo modo, la CIJ ha tenido en cuenta las conclusiones de la misión de investigación en Myanmar, considerando factores tales como “el despojo sistemático despojo sistemático de los derechos humanos”, “narrativas y retórica deshumanizadoras”, “planificación metódica”, “matanza masiva”, “desplazamiento masivo”, “miedo masivo”, “niveles abrumadores de brutalidad, combinados con la destrucción física del hogar de la población objetivo, en todos los sentidos y a todos los niveles”.⁷⁷

Sudáfrica también señala en la demanda que la CIJ ha adoptado medidas provisionales cuando ha considerado que “no es inconcebible” que las violaciones de derechos no puedan volver a producirse⁷⁸ y cuando las circunstancias

73 *Ukraine v. Russian Federation, Provisional Measures*, Order of 16 March 2022, p. 228, párr. 75.

74 Ídem.

75 Ídem. Véase también *The Gambia v. Myanmar, Provisional Measures*, Order of 23 January 2020, p. 27, párr. 71; y Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *Provisional Measures*, Order of 18 July 2011, ICJ Reports 2011, p. 550, párr. 53.

76 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/ES-11/1 Agresión contra Ucrania, del 2 de marzo de 2022.

77 United Nations (12 de septiembre de 2018, párrs. 83 y 84-87), Application Instituting Proceedings, párr. 139.

78 *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, *Provisional Measures*, Order of 7 De-

eran inestables y podían cambiar rápidamente” con “tensión continua y la ausencia de una solución global al conflicto”, lo que significaba que el grupo afectado seguía siendo vulnerable.⁷⁹ A renglón seguido, argumenta que cualquier alto el fuego que se acuerde o cualquier otro acto de Israel que pudiera percibirse como capaz de mejorar las circunstancias de los palestinos a corto plazo no tendrían un efecto dispositivo y no afectaría ni al mérito ni a la urgencia de los argumentos de Sudáfrica.⁸⁰

La demandante concluye que, apoyándose en los datos demoledores sobre el número de muertes, heridos, personas desplazadas, destrucción de viviendas, hospitales e instalaciones civiles en general, la insuficiencia de la ayuda humanitaria y el riesgo de hambrunas y muertes por enfermedades sobrevenidas de las circunstancias, junto a los incendiarios discursos de odio y deshumanizantes, existe un claro riesgo de perjuicio irreparable para los derechos de los palestinos y para los propios derechos de Sudáfrica en virtud de la Convención sobre el Genocidio, además de que la extrema urgencia de la situación es evidente.⁸¹

Israel, que ya ha expuesto en sus alegaciones orales el rechazo a la competencia *prima facie* de la CIJ y a la plausibilidad de los derechos, deduce que las consecuencias irreparables no pueden, en el presente caso, ser causadas por la supuesta vulneración de los derechos reconocidos en el Convenio sobre el Genocidio. Argumenta que los daños contra la población civil vienen provocados, en todo caso, por la situación humanitaria derivada del conflicto armado y de las tácticas de guerra utilizadas por Hamás.⁸²

El demandado subraya los extraordinarios esfuerzos realizados por Israel —y por una multitud de otros Estados y actores internacionales— para mejorar la situación humanitaria —ayuda alimentaria, acceso al agua, acceso a suministros y servicios médicos, combustible y gas y eliminación de los cuellos de botella para mejorar la entrada y distribución de la ayuda—⁸³ y destaca cómo solo esta apreciación frustra cualquier intento de establecer la intención especial necesari-

ember 2016, ICJ Reports 2016, p. 1169, párr. 89. Véase en *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, 29 December 2023, párr. 140.

79 Véase *Application Instituting Proceedings of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Provisional Measures*, Order of 15 October 2008, ICJ Reports 2008, p. 396, párr. 143.

80 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, 29 December 2023, párr. 40.

81 *Ibidem*, párrs. 41-43.

82 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record), pp. 49-50, párrs. 1-4.

83 *Ibidem*, párrs. 7-15.

ria para el genocidio.⁸⁴ De igual manera, reivindica que la CIJ, sobre la base de su propia jurisprudencia en el caso *Gambia contra Myanmar*, reconozca que estas medidas concretas tomadas por Israel “encaminadas específicamente a reconocer y garantizar el derecho”⁸⁵ del grupo en cuestión a existir significaría que no se pueda establecer la existencia de un daño irreparable ni de una urgencia.⁸⁶

Israel concluye su exposición haciendo una defensa de las últimas decisiones tomadas en el campo militar y que llevarían a una disminución de las hostilidades, así como al establecimiento de la coordinación con el mecanismo creado por las Naciones Unidas para la gestión de la ayuda humanitaria para Gaza y la facilitación de la entrada de una delegación de la ONU en el norte de Gaza para evaluar la situación y determinar las necesidades de un futuro retorno de los civiles palestinos.⁸⁷

Por todo lo anterior, afirma que la condición de perjuicio irreparable y urgencia no puede cumplirse en el caso y que, más bien, serían el Estado de Israel y sus ciudadanos quienes correrían el riesgo de sufrir un perjuicio irreparable si se accediera a la petición de Sudáfrica.⁸⁸

La CIJ, a la luz de los fundamentos expuestos por las partes, concluye que los derechos plausibles en cuestión en este procedimiento son de tal naturaleza que su perjuicio puede causar un daño irreparable;⁸⁹ que el riesgo de un mayor deterioro de las condiciones de vida en la Franja de Gaza existe atendiendo a las apreciaciones que han hecho altos representantes de las Naciones Unidas, en particular su secretario general;⁹⁰ que la población civil de la Franja sigue siendo extremadamente vulnerable y que en la actualidad muchos gazatíes no tienen acceso a los alimentos más básicos, agua potable, electricidad, medicamentos esenciales o calefacción;⁹¹ y, por último, que la catastrófica situación humanitaria corre grave riesgo de deteriorarse aún más antes de que el Tribunal dicte su sentencia definitiva. Por todo ello, la Corte considera que existe

84 Ibidem, párr. 5

85 *The Gambia v. Myanmar, Provisional Measures*, Order of 23 January 2020, ICJ Reports 2020, p. 27, párr. 73.

86 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record), pp. 49-50, párr. 7.

87 Ibidem, p. 53, párrs. 16-19.

88 Ibidem, p. 54, párr. 22.

89 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, párr. 66.

90 Ídem, párr. 67-69.

91 Ibidem, párr. 70.

urgencia, en el sentido de que existe un riesgo real e inminente de que se cause un perjuicio irreparable sobre los derechos que el Tribunal considera plausibles antes de que dicte su resolución definitiva.⁹²

La consecuencia de esta conclusión ha supuesto que la CIJ no haya aceptado ni la petición del Estado de Israel de rechazar la solicitud de indicación de medidas provisionales ni eliminar el caso de la Lista General.

3. La indicación de las medidas provisionales por parte de la Corte Internacional de Justicia

3.1. La ordenación de seis medidas provisionales

La Corte ha adoptado seis medidas provisionales que, como señala en el auto, no son idénticas a las solicitadas, pero que recuerda si tienen efecto vinculante y crean obligaciones jurídicas internacionales para cualquier parte a la que se dirijan.⁹³ De las seis medidas, las cuatro primeras se refieren a las cuestiones sustantivas del caso, mientras que las dos últimas tienen relación con la salvaguardia del proceso. Nos ceñiremos solo al análisis de las cuatro primeras medidas.

La primera medida provisional adoptada por la CIJ, por 15 votos contra 2, ha indicado que el Estado de Israel —no hace referencia a las obligaciones de Sudáfrica—, de conformidad con sus obligaciones en virtud de la Convención sobre el Genocidio y en relación con los palestinos de Gaza, adoptará todas las medidas a su alcance para impedir la comisión de todos los actos comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo II de la Convención. Esta medida provisional responde a la cuarta medida solicitada por Sudáfrica, en la que pedía a la CIJ que ordenara a Israel que “desistiera” de la comisión de “cualquiera de los actos” mencionados en relación con el “grupo palestino”.⁹⁴

Sin embargo, la indicación de esta medida, que acoge en buen grado la solicitud de Sudáfrica, toma en consideración tres de los argumentos centrales

92 Ibidem, párr. 74.

93 Ibidem, párrs. 77 y 83.

94 “The State of Israel shall, in accordance with its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, in relation to the Palestinian people as a group protected by the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, desist from the commission of any and all acts within the scope of Article II of the Convention, in particular:
 (a) killing members of the group;
 (b) causing serious bodily or mental harm to the members of the group;
 (c) deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; and
 (d) imposing measures intended to prevent births within the group”.

presentados por Israel en sus alegaciones orales: por un lado, que la indicación al Estado de Israel de “desistir” en la comisión de los actos mencionados implicaría el reconocimiento de que se estarían produciendo violaciones del Convenio, buscando un fallo implícito sobre el fondo del asunto en esta fase del procedimiento,⁹⁵ contrariando en este sentido a la propia jurisprudencia de la CIJ;⁹⁶ por otro lado, que teniendo en cuenta que Sudáfrica no habría podido demostrar, ni siquiera *prima facie*, la posibilidad de la intención genocida, que es un elemento del tipo,⁹⁷ la vaguedad de la redacción de la cuarta medida solicitada por Sudáfrica dejaría un amplio margen para que el demandante argumente posteriormente que estas medidas se referían a los actos enunciados en sí, con independencia de haberse cometido o no con intención genocida, siendo el efecto de esta interpretación el cierre de la operación militar de Israel, ya que cualquier daño provocado como consecuencia del conflicto podría ser considerado una violación de las propias medidas;⁹⁸ que la solicitud e indicación de medidas provisionales debería limitarse a la población palestina de Gaza afectada por las operaciones militares, ya que una referencia general al pueblo palestino abriría la posibilidad de reclamaciones posteriores por incumplimiento de estas medidas, aunque no estuvieran relacionadas con la operación en curso contra la Franja.⁹⁹ De la misma manera, solicitó que la medida abandonara cualquier pretensión de Sudáfrica de que se le reconociera una obligación de adoptar todas las medidas posibles para prevenir el genocidio.¹⁰⁰

La jueza Sebutinde, que votó en contra de esta primera medida, afirmó en su opinión disidente que el objeto final de la cuarta medida provisional solicitada por Sudáfrica era exigir de hecho que Israel pusiera fin unilateralmente a las hostilidades con Hamás, ya que esta era la única forma de garantizar que no se

95 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record) The Fourth Provisional Measure, p. 65, párr. 52.

96 Israel sostuvo que la CIJ, en el caso *Bosnia contra Yugoslavia*, denegó la medida provisional solicitada por Bosnia según la cual Yugoslavia debía “cesar y desistir de todo acto de genocidio”. Véanse *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Provisional Measures, en *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record) The Fourth Provisional Measure, p. 65, párr. 52.

97 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record), Intent, p. 522, párr. 52.

98 *Ibidem*, Fourth Provisional Measures, p. 65, párrs. 54 y 55.

99 *Ibidem*, Third Provisional Measures, p. 64, párr. 42.

100 *Ibidem*, párr. 45.

produjera ninguno de los actos que han sido alegados.¹⁰¹ Asimismo, el juez *ad hoc* Barak votó también en contra, basándose en los mismos argumentos, aunque señaló en su declaración particular que entendía que la Corte, al indicar la primera medida provisional, se había limitado a reafirmar las obligaciones que Israel ya tenía en virtud de los artículos I y II de la Convención sobre el Genocidio.¹⁰²

Las medidas provisionales segunda y tercera, adoptadas respectivamente por 15 votos contra 2 y 16 a 1, se indican —de manera separada— para darle respuesta a la sexta medida solicitada por Sudáfrica, que se refería a que el Estado de Israel asegurara que sus fuerzas armadas, pero también otros grupos irregulares, organizaciones o sujetos a su control, dirección o influencia no cometieran actos de genocidio, además de que no participaran en la incitación directa y pública y otras formas punibles de cometer genocidio, tomando en todo caso medidas para su castigo.¹⁰³

De esta manera, la segunda medida provisional adoptada por la Corte indica que el Estado de Israel garantizará con efecto inmediato que sus fuerzas armadas no cometan ninguno de los actos contemplados en el artículo II,¹⁰⁴ borrando cualquier referencia a que otros grupos irregulares, organizaciones o particulares se vean vinculados respecto a ella.¹⁰⁵ De esta manera, la CIJ deja entrever que, en todo caso, los actos alegados por Sudáfrica se conducen en el marco de las operaciones militares que se llevan a cabo en la Franja, ejecutadas por las fuerzas armadas siguiendo una política estatal.¹⁰⁶

101 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, Dissenting Opinion Judge Sebutinde, pp. 8 y 9.

102 *Ibidem*, Separate Opinion Judge *ad hoc* Barak, párr. 43.

103 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, 29 December 2023. Provisional measure (vi) “The State of Israel shall, in relation to Palestinians, ensure that its military, as well as *any irregular armed units or individuals which may be directed, supported or otherwise influenced by it and any organizations and persons which may be subject to its control, direction or influence*, do not commit any acts described in (4) and (5) above, or engage in direct and public incitement to commit genocide, conspiracy to commit genocide, attempt to commit genocide, or complicity in genocide, and insofar as they do engage therein, that steps are taken towards their punishment pursuant to Articles I, II, III and IV of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”.

104 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, Provisional measure (ii) “The State of Israel shall ensure with immediate effect that its military does not commit any acts described in point I above”.

105 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record), The sixth requested provisional measure, p. 67, párrs. 66-70.

106 *Ibidem*, Israel llama la atención de que la medida solicitada por Sudáfrica se trata de una copia de las medidas solicitada en el caso *Gambia contra Myanmar*.

Esta medida se adoptó con el voto en contra de la jueza Sebutinde, quien la ha considerado redundante, ya que podría estar cubierta en la primera medida provisional ordenada por la Corte o ser un reflejo de las obligaciones que ya le incumben a Israel en virtud de los artículos I y II de la Convención sobre el Genocidio.¹⁰⁷ De la misma manera, el juez *ad hoc* Barak votó en contra arguyendo el mismo razonamiento que utilizó para rechazar la primera medida provisional.¹⁰⁸

La tercera medida provisional indicada señala que el Estado de Israel tomará todas las medidas a su alcance para prevenir y castigar la incitación directa y pública para cometer genocidio en relación con los miembros del grupo palestino en la Franja de Gaza. La CIJ, si bien considera que Israel ha tomado ciertas medidas en este sentido y señala en particular la reciente declaración del fiscal general en la que alertó que un llamamiento a causar daños intencionados a civiles puede constituir un delito penal, incluido el de incitación, y ha tomado en consideración que las autoridades judiciales israelíes están examinando varios casos de este tipo, las ha valorado insuficientes para eliminar el riesgo de que se cause un perjuicio irreparable antes de que la Corte dicte su resolución definitiva sobre el caso.¹⁰⁹ El hecho de que la medida provisional adoptada tampoco haga una referencia expresa a los grupos o individuos a los que se dirige advierte sobre su alcance general. Respecto de esta cuestión, hay que tomar en cuenta que las pruebas presentadas por Sudáfrica señalaban el amplio y variado número de actores y de sectores de la sociedad de Israel que habían participado de las narrativas, discursos y órdenes plausibles de incitar al genocidio, en particular los que provenían de los más altos órganos del Estado, lo que es síntoma de su alcance generalizado.

Haciendo alusión a esta tercera medida provisional, el juez Nolte subrayó que su voto a favor de la medida se basaba en la alegación plausible de Sudáfrica de que determinadas declaraciones de funcionarios del Estado de Israel, incluidos miembros de su ejército, sí daban lugar a un riesgo real e inminente de perjuicio irreparable de los derechos de los palestinos en virtud del Convenio sobre el Genocidio.¹¹⁰ El juez *ad hoc* Barak, que también votó a favor de esta medida, señaló que su motivación estaba basada en la esperanza de que

107 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, Dissenting Opinion of Judge Sebutinde, párr. 33.

108 *Ibidem*, Separate Opinion Judge *ad hoc* Barak.

109 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, párr. 73.

110 *Ibidem*, Declaration of Judge Nolte, párr. 18.

la medida contribuyera a disminuir las tensiones y a desalentar este tipo de retórica tan perjudicial.¹¹¹ Esta medida solo obtuvo el voto en contra de la jueza Sebutinde, quien hizo referencia en su declaración no solo a la intencionada descontextualización de las diferentes declaraciones y mensajes de las funciones israelíes presentados por Sudáfrica, sino también a que no se podía apreciar que la política de guerra oficial del Gobierno israelí contuviera indicadores de una intención genocida.¹¹²

La cuarta medida provisional ordenada por la CIJ le indica al Estado de Israel que debe adoptar medidas inmediatas y eficaces para permitir la prestación de los servicios básicos y la asistencia humanitaria que se necesitan urgentemente para hacerles frente a las adversas condiciones de vida a las que se enfrentan los palestinos en la Franja de Gaza.

La indicación de esta medida responde, solo en parte, a la solicitud realizada por Sudáfrica en su quinta medida provisional, en la que aspiraba no solo a que Israel desistiera de las restricciones y prohibiciones —incluidas las revocaciones de órdenes para permitir el acceso a los servicios básicos de agua, alimentos, suministros y ayuda humanitaria— sino también a que asumiera ese comportamiento respecto de la privación del acceso adecuado a la asistencia médica, de la expulsión y el desplazamiento forzado de la población y la destrucción de la vida en Palestina,¹¹³ todos ellos aspectos que especifican los tipos de actos que deben considerarse como parte de un patrón de comportamiento conducente a infligir deliberadamente condiciones de vida calculadas para provocar la destrucción física del grupo,¹¹⁴ pareciendo que la CIJ ha evitado pronunciarse expresamente sobre ellos.

Israel, en sus alegaciones orales, ya indicó que la quinta medida provisional solicitada por Sudáfrica no era autónoma, sino que se encontraba vinculada

111 Ibidem, Separate Opinion Judge *ad hoc* Barak, párr. 44.

112 Ibidem, Dissenting Opinion Judge Sebutinde, párr. 22.

113 Ibidem, Provisional measure (5) “The State of Israel shall, pursuant to point (4)(c) above, in relation to Palestinians, desist from, and take all measures within its power including the rescinding of relevant orders, of restrictions and/or of prohibitions to prevent:
 (a) the expulsion and forced displacement from their homes;
 (b) the deprivation of:
 (i) access to adequate food and water;
 (ii) access to humanitarian assistance, including access to adequate fuel, shelter, clothes, hygiene and sanitation;
 (iii) medical supplies and assistance; and
 (c) the destruction of Palestinian life in Gaza”.

114 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 29 December 2024.

con la cuarta medida provisional, apartado c), referida al hecho de “infligir deliberadamente al grupo condiciones de vida calculadas para causar su destrucción física en todo o en parte”. En ese sentido, denunciaba que cualquier decisión sobre las medidas provisionales cuarta y quinta debía estar vinculada y que, en todo caso, la CIJ debía tomar en consideración el contexto del conflicto armado y sus consecuencias en el marco del DIH.¹¹⁵

La jueza Sebutinde, en su opinión disidente, da a entender que las medidas no estarían justificadas, además de ser innecesarias, ya que sin la prueba de la plausibilidad de la intención genocida equivaldrían a exigir que Israel cumpliera con sus obligaciones en virtud del DIH en lugar de la Convención sobre el Genocidio.¹¹⁶

Esta medida es quizás una de las más complejas de aplicar por parte de la CIJ; por un lado, porque la prestación de ayuda humanitaria se configura como un derecho de la población civil dentro del DIH y, por otro, porque es conocida la dificultad de la Corte en la aplicación de este sector de normas del derecho internacional (Arévalo-Ramírez, 2022), pero que en todo caso no sería objeto de controversia en este caso, quedando fuera de la autoridad de la Corte.¹¹⁷

Una lectura comprensiva de las medidas provisionales indicadas da buena cuenta de que están basadas en la propia jurisprudencia de la Corte y alcanzadas casi por unanimidad, mostrando un consenso general sobre aspectos fundamentales en relación con la naturaleza y el alcance de las medidas provisionales, con el hecho de que se cumplen las condiciones para la determinación de la competencia *prima facie* de la Corte y que en esta fase del procedimiento solo debe decidir si los derechos reivindicados por Sudáfrica y cuya protección solicita son plausibles y corren un riesgo real e inminente de perjuicio irreparable, habiendo una relación entre los derechos y las medidas solicitadas. Sin embargo, las declaraciones de los jueces adjuntas a la sentencia traslucen diferentes opiniones y críticas en el seno de la propia Corte sobre cuestiones de enorme calado, que tienen que ver con el hecho de que no se hayan tratado las diferencias relevantes sobre algunos aspectos fundamentales entre este caso

115 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record), The fifth requested provisional measure, pp. 66-67, párr. 59 y ss.

116 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, Dissenting Opinion of Judge Sebutinde, párrs. 28 y p. 33. Asimismo, considera esta medida innecesaria teniendo en cuenta las alegaciones realizadas por Israel en esta materia, donde trata de explicar y justificar algunos avances en asistencia humanitaria dirigida a la atención de las necesidades básicas de la población.

117 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, Dissenting Opinion of Judge Sebutinde.

y otros anteriormente sometidos a la Corte en materia de genocidio, ni se haya especificado la importancia relativa de determinados factores, en particular el estándar sobre la plausibilidad de los derechos, así como la prueba de la intención genocida.

Si bien el juez Bhandari, en su declaración adjunta al auto, ha señalado que en esta fase de medidas provisionales, la naturaleza de la campaña militar, la amplia destrucción de vidas e infraestructuras y las necesidades humanitarias han sido por sí solas capaces de satisfacer el criterio de la *plausibilidad* de los derechos reconocidos en el artículo II de la Convención, por otro lado advierte que, cuando tenga que resolverse sobre la cuestión de fondo, la existencia del *dolus specialis* exigirá la convicción de que esa es la única inferencia que puede extraerse de los actos en cuestión, poniendo de relieve que el criterio de verosimilitud para conceder medidas provisionales es muy inferior al de la prueba que la Corte ha aplicado en la fase de fondo, que permite determinar la intención genocida de un patrón de conducta sólo si “ésta es la única inferencia que podría extraerse razonablemente de los actos en cuestión”.¹¹⁸

Más crítica sobre esta cuestión, el juez Nolte, aunque votó a favor de las medidas haciéndose eco de la jurisprudencia de la CIJ en el caso *Gambia contra Myanmar*, señaló que la plausibilidad de la intención genocida debe inferirse de las circunstancias del caso tal y como han sido presentadas ante la Corte y que la verosimilitud de este elemento mental es indispensable en la fase de medidas provisionales en los procedimientos que implican acusaciones de genocidio. De hecho, el juez puso en duda la prueba de Sudáfrica sobre la plausibilidad de la intención genocida durante la operación militar y señaló que no era suficiente con que señalara la muerte y destrucción que Israel había provocado y seguía provocando, sino que debía demostrar que los factores que permiten inferir el elemento mental estaban presentes en algún grado sobre bases razonables, aunque el juez precisó la diferencia entre el umbral jurídico aplicable en la fase de medidas provisionales y la prueba jurídica mucho más estricta para determinar la intención genocida en la fase de fondo, e hizo notar la falta de precisión en la jurisprudencia del tribunal sobre el criterio de plausibilidad y la ausencia de una clara explicación de sus razones para concluir que se cumple este criterio en el caso.¹¹⁹

En la misma línea, el juez *ad hoc* Barak, en su voto particular, afirmó que no

118 Ibidem, Declaration of Judge Bhandari.

119 Ibidem, Declaration of Judge Nolte, párrs. 10 y ss.

era necesario en esta fase demostrar de forma convincente la *mens rea* del genocidio por referencia a circunstancias particulares o a un patrón de conducta del que sólo pudiera inferirse la existencia de tal intención, aunque sí insistió en que era necesaria al menos alguna prueba de la intención especial para que una alegación de genocidio fuera plausible. Barak, en este punto, remitiéndose al nivel de prueba aportado por Gambia en el caso contra Myanmar, valoró como insuficiente la prueba manejada por Sudáfrica para determinar la plausibilidad de los derechos, por lo que terminó desacreditando la decisión de la CIJ en el caso en relación con el estándar admitido sobre la intención genocida.¹²⁰

La jueza Sebutinde en su opinión disidente, único miembro de la Corte que votó en contra de todas y cada una de las medidas, casi haciendo suyos los argumentos de Israel, puso de manifiesto la ausencia de los estándares necesarios de prueba respecto de la intención genocida y, además, indicó que la Corte debería haber examinado —ya en esta fase preliminar— la prueba disponible para identificar indicios de intención genocida, pues no bastaba con que Sudáfrica alegara las graves violaciones tipificadas en el artículo II de la Convención para establecer la *plausibilidad* de los derechos protegidos,¹²¹ más aún si tenía en cuenta las evidencias presentadas por Israel y que se referían tanto a las medidas adoptadas durante el desarrollo de las operaciones militares como a las medidas adoptadas para perseguir y sancionar el crimen de genocidio.¹²² En definitiva, de acuerdo con la opinión de la jueza, la falta de la plausibilidad de los derechos llevaría a que los actos mencionados no tendrían cabida dentro del ámbito material de aplicación de la Convención sobre el Genocidio, sino en el de las normas del DIH, que no forman parte de la controversia entre las partes y permanecen fuera de la autoridad de la CIJ,¹²³ cuestionando en este punto la competencia de la Corte.

120 Ibidem, Separate Opinion of Judge *ad hoc* Barak, párrs. 29-41.

121 Ibidem, Dissenting Opinion Judge Sebutinde. Llama la atención que la jueza Sebutinde se manifestara a favor de la adopción de la medida provisional medida más drástica de la suspensión de operaciones militares en el caso *Ucrania contra Rusia* sin esta delicada atención sobrevenida a los estándares de la plausibilidad.

122 Ibidem, Dissenting Opinion of Judge Sebutinde, párrs. 17-23.

123 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, Dissenting Opinion Judge Sebutinde, p. 23

3.2 Tesis sobre la no indicación de las medidas provisionales que solicitaban la suspensión de las operaciones militares

Las medidas provisionales primera y segunda solicitadas por Sudáfrica, en las que pedía la suspensión inmediata de las operaciones militares llevadas a cabo por parte del Ejército de Israel u otros grupos en la Franja de Gaza,¹²⁴ respondían con absoluta claridad a uno de los argumentos que con más fuerza ha sostenido Sudáfrica a lo largo de todo el proceso: que la intención genocida de Israel podía inferirse de la naturaleza, el alcance y el patrón de conducta seguido durante las operaciones militares desarrolladas por Israel contra Gaza¹²⁵ y que “forman parte de un continuo” de actos ilegales perpetrados contra el pueblo palestino desde 1948.¹²⁶

El Estado de Israel se ha opuesto con determinación a la posible indicación de estas medidas por parte de la CIJ, apoyándose en dos argumentos. El primero descansa en la idea de que la suspensión de las operaciones militares iría más allá de lo necesario para preservar los derechos en cuestión —a saber, la observancia de la Convención sobre el Genocidio durante el despliegue de su ataque milita en Gaza—, e iría incluso en contra de la jurisprudencia de la propia Corte en casos anteriores en los que se han solicitado estas mismas medidas, en particular *Bosnia Herzegovina contra Serbia*¹²⁷ y el más reciente de *Ucrania contra Rusia*.¹²⁸ El segundo plantea que la jurisprudencia de la Corte

124 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, 29 December 2023, E. Provisional Measures Requested (...): “(1) The State of Israel shall immediately suspend its military operations in and against Gaza. (2) The State of Israel shall ensure that any military or irregular armed units which may be directed, supported or influenced by it, as well as any organisations and persons which may be subject to its control, direction or influence, take no steps in furtherance of the military operations referred to point (1) above”.

125 *Ibidem*, párr. 4; Conclusiones de la Sra. Hassim, a quien le correspondía dirigirse a la Corte en relación con los actos genocidas en nombre de Sudáfrica, en *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 11 January 2024 (verbatim record), Pattern of conduct indicates intent, p. 30, párr. 36.

126 *Ibidem*, p. 17, párr. 5.

127 Bosnia y Herzegovina solicitó específicamente una medida provisional por la que se le exigía a Yugoslavia que “cesara y desistiera de todo tipo de actividades militares o paramilitares (...) contra el Pueblo, el Estado y el Gobierno de Bosnia y Herzegovina”, en *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Provisional Measures*, 20 March 1993, párr. 14 (3) (véase también párr. 14 (1) y (2)), <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/91/13275.pdf>. Sin embargo, el Tribunal no la concedió a pesar de que, a diferencia de este caso, se afirmaba que se estaba produciendo un genocidio en el territorio del mismo Estado que solicitaba las medidas provisionales y de que ambas partes en el conflicto eran partes en el caso, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Provisional Measures*, Order 8 April 1993, pp. 24-25, párr. 52

128 Rusia había alegado que su operación militar tenía el propósito de prevenir y castigar el genocidio que se estaba cometiendo en Ucrania. El Tribunal consideró dudoso que la Convención sobre el Genocidio autorice un uso unilateral de la fuerza en el territorio de otro Estado y plausible que

ha dejado bien establecidos algunos principios que deben ser necesariamente observados en cualquier decisión en la fase de medidas provisionales en relación con la preservación de los derechos de las partes y que pueden resumirse en los siguientes: que las medidas deben respetar el equilibrio de los derechos plausibles del demandado y del demandante; que el posible perjuicio causado al destinatario de las medidas provisionales no debe ser desproporcionado con la ventaja que el demandante espera obtener de ellas; y, finalmente, que las medidas no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar su fin.¹²⁹ Para lograr este necesario equilibrio, Israel le ha indicado a la Corte una serie de considerandos que, de no tenerse en cuenta en su decisión respecto de las medidas que solicitan la suspensión de las operaciones militares, terminarían por romperlo. Israel ha querido destacar particularmente que las medidas, tal y como estaban planteadas por Sudáfrica, no serían vinculantes para Hamás, por lo que afectarían unilateralmente al demandado; que privarían a Israel de su derecho inmanente a la legítima defensa; y, finalmente, que le darían a Hamás espacio para preservar y desarrollar sus capacidades, lo que le permitiría plantear una amenaza aún mayor si cabe.¹³⁰ En conclusión, Israel señala que, de adoptarse estas dos medidas provisionales, no se pondría fin al conflicto, sino únicamente a las operaciones militares de una de las partes, perjudicando gravemente sus derechos y creando una impresión de desproporcionalidad e imparcialidad.¹³¹

La Corte no solo no ha decidido la suspensión de las operaciones militares de Israel, sino que ha omitido por completo cualquier referencia a estas medidas. Las razones que pueden encontrarse detrás de este dramático silencio tienen obviamente naturaleza legal o jurídica, pero también política, cuestión que no puede obviarse.

Antes de todo, cabe mencionar que en muy pocas ocasiones la CIJ ha decidido medidas provisionales que ordenasen la suspensión de operaciones militares, menos aún en un caso relacionado con una controversia relacionada con la Convención sobre el Genocidio. De los casi doscientos casos sustanciados ante la CIJ, solo en tres ocasiones la Corte se ha enfrentado a la indicación

Ucrania tuviera un derecho a no ser objeto de operaciones militares por parte de Rusia con ese fin, en *Ukraine v. Russian Federation, Provisional Measures*, Order 16 March 2022, ICJ Reports 2022, p. 225, párrs. 59-60.

129 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record), The first and second requested provisional measures, p. 58 y ss., párrs. 16-22.

130 *Ibidem*, párrs. 25-35.

131 *Ibidem*, párrs. 36-37.

de medidas provisionales que conllevaran el alto el fuego: *Guinea Bissau contra Senegal*,¹³² un caso claramente bilateral y fronterizo, *Ucrania contra Rusia*¹³³ y *Sudáfrica contra Israel*. De estos casos, solo los dos últimos referidos tienen relación con la aplicación de la Convención sobre el Genocidio y, en todo caso, ambos presentan importantes diferencias.

En el caso *Ucrania contra Rusia*, las operaciones militares rusas en el territorio ucraniano habían sido justificadas para prevenir y castigar la comisión de un genocidio contra la población prorrusa del Dombás, argumentando la existencia de una obligación *erga omnes* dimanante de la Convención sobre el Genocidio para Rusia.¹³⁴ La CIJ indicó, sin embargo, que tenía serias dudas de que la Convención autorizara el uso de la fuerza contra el territorio de otro Estado para el cumplimiento de la obligación de prevenir el genocidio y que encontraba plausible el derecho de Ucrania de no ser sometida a una operación militar por parte de Rusia con este propósito.¹³⁵ En conclusión, Rusia había utilizado la Convención como argumento para justificar una operación militar y el análisis sobre la legalidad o no del uso de la fuerza sí requería una interpretación sobre el cumplimiento del tratado. Por consiguiente, la CIJ debía pronunciarse sobre la medida provisional dentro del tratado y así lo hizo.

Empero, en el caso *Sudáfrica contra Israel* puede deducirse que la CIJ no ha considerado que el demandante haya demostrado de forma plausible que la operación militar emprendida por Israel, como tal, se estuviera llevando a cabo con intención genocida y que, por lo tanto, una decisión sobre su suspensión tuviese que adoptarse dentro de la Convención sobre el Genocidio. La Corte ha concluido que en su opinión solo “(...) algunos de los actos y omisiones que Sudáfrica alega que fueron cometidos por Israel en Gaza parecen poder estar comprendidos en las disposiciones del Convenio”.¹³⁶ Esta cuestión ha sido puesta de manifiesto en las declaraciones adjuntas a la decisión de la Corte por parte del juez Nolte,¹³⁷ así como en el voto particular del juez *ad hoc* Barak¹³⁸ y en el voto disidente de la juez Sebutinde.¹³⁹

132 *Case concerning the arbitral award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal) request of indication of provisional measures, order of 2 March of 1990.*

133 *Ukraine v. Russian Federation, Provisional Measures, Order of 16 March 2022, ICJ Reports 2022.*

134 *Ibidem*, pp. 230-231, párr. 86.

135 *Ibidem*, p. 225, párrs. 59-60.

136 *South Africa v. Israel, Provisional Measures, 29 December 2024, párr. 30.*

137 *South Africa v. Israel, Provisional Measures, Order 26 January 2024, Declaration of Judge Nolte.*

138 *Ibidem*, Separate Opinion of Judge *ad hoc* Barak.

139 *Ibidem*, Dissenting Opinion of Judge Sebutinde.

Por el contrario, sí que se trasluce que la CIJ haya adoptado más bien un enfoque plausible respecto del derecho a la legítima defensa argüido por Israel, justificado por su deber de proteger a la población civil y rescatar a los rehenes que se encuentran en la Franja de Gaza. De esta suerte, en el supuesto plausible de que las operaciones militares de Israel contra la Franja de Gaza fueran un acto de legítima defensa, en el sentido del artículo 51 de la Carta de la Naciones Unidas, esta disposición operaría como una limitación importante de la autoridad de la CIJ en esta fase, ya que no estaría facultada para indicar medidas provisionales que le negaran a Israel la capacidad de defenderse legalmente contra un ataque armado (Lempel, 2024).

A pesar de que no han sido pocas las voces autorizadas en la materia que han cuestionado que los ataques actuales de Israel contra la Franja cumplan con los requisitos exigidos por el derecho internacional para que sean calificados en términos de legítima defensa (Schmitt, 2023) —y trayendo a colación necesariamente en este punto que la propia Corte Internacional de Justicia (2004), en su opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en Palestina, haya cuestionado la invocación de este derecho, en el sentido interestatal que tiene, por parte de Israel como fuerza ocupante de Palestina—,¹⁴⁰ la decisión de la CIJ ha mostrado un rechazo absoluto a cualquier colisión con el artículo 51 de la Carta y el derecho inmanente Israel a la legítima defensa.

Otro argumento adicional que puede sumarse a la explicación de por qué la CIJ no se ha pronunciado sobre las medidas provisionales primera y segunda solicitadas por Sudáfrica es el de que ha podido prevalecer en la construcción de su decisión sobre el cese de las operaciones militares la teoría de los poderes inherentes, subrayando que la naturaleza y el alcance de la medida preliminar desborda las competencias de la CIJ a favor de otros órganos de las Naciones Unidas, como es el caso del Consejo de Seguridad, que tiene la función de mantener la paz y la seguridad internacional, teoría a la que ha recurrido al referirse a un tema de enorme relevancia y complejidad, como es el de la ejecución de las sentencias de la Corte (Couzigou, 2017).

Por añadidura, no es baladí preguntarse cómo habrá influido sobre esta decisión la percepción que pueda tener la CIJ en relación con la tensión entre la naturaleza política y jurídica de la controversia y la subsiguiente tendencia hacia la judicialización de los conflictos armados. La jueza Sebutinde, en su

140 Con las salvedades que podrían aducirse respecto de la ocupación como consecuencia del desenganche de Israel a partir del año 2009 cuando Hamás asume el Gobierno de la Franja de Gaza.

opinión disidente, ya apuntó a la invocación de tratados como la Convención sobre el Genocidio como un pretexto en un intento desesperado por forzar un caso ante la Corte con el fin de favorecer su resolución judicial,¹⁴¹ opinión a la que se sumó el juez Barak.¹⁴²

Para concluir, por más que puedan tener peso los argumentos de la CIJ en su decisión de no indicar la suspensión de las operaciones militares, la Corte ha dejado perder una gran oportunidad para hacer prevalecer el derecho plausible del grupo de los palestinos de Gaza de ser protegido de un genocidio y el derecho plausible de Sudáfrica de proteger esos derechos frente al derecho plausible de Israel de defenderse legítimamente. Si se parte de un análisis y de una interpretación comprensiva de los hechos, la naturaleza, la forma y el alcance de las operaciones militares, sin duda estas van más allá de los límites que permite el DIH para alcanzar un objetivo o una ventaja militar legítima, lo que manifestaría su instrumentalidad a un propósito mayor, que es el del establecimiento de condiciones calculadas para impedir el desarrollo de la vida de los gazatíes y la destrucción en todo o en parte de la población palestina en Gaza.

Este caso reúne todos los elementos para que la CIJ hubiera puesto en práctica un cambio radical de enfoque en la doctrina de la plausibilidad para la indicación de medidas provisionales, pasando desde el estatocentrismo a un enfoque centrado en las necesidades y los intereses de los individuos y las comunidades humanas como fundamento último del derecho internacional (*plausibility as human vulnerability*) (Miles, 2018; Sparks y Somos, 2021). A esta transformación aspiraba el gran humanista que fue el profesor Cançado Trindade, quien, en varias de sus opiniones en calidad de juez de la CIJ —pero muy especialmente en el caso *Ucrania contra Rusia*— argumentó que la vulnerabilidad humana habría sustituido a la verosimilitud como factor clave para la indicación de medidas.¹⁴³ En apoyo a la necesidad de esta flexibilización del enfoque de la CIJ, el juez ha descrito el creciente reconocimiento de la legitimidad de la preocupación de la comunidad internacional en su conjunto por las condiciones de vida de la población en todas partes¹⁴⁴ y ha argumentado que, en

141 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, Dissenting Opinion of Judge Sebutinde.

142 *Ibidem*, Separate Opinion of Judge *ad hoc* Barak.

143 *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 19 April 2017, (2017) ICJ Reports 104, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade.

144 *Ídem*.

cualquier situación de concesión de medidas provisionales, los beneficiarios últimos son los individuos dentro de los Estados y no sólo el Estado en tanto que entidad jurídica.¹⁴⁵ Por esa razón, con más peso si cabe, en aquellos casos de controversias entre Estados que tengan como centro daños directos e inmediatos a las personas y grupos —especialmente las situaciones en las que se alegan graves abusos a los derechos, como es la aplicación de la Convención sobre el Genocidio— la vulnerabilidad humana sería una prueba aún más convincente de la verosimilitud de los derechos para la indicación u ordenación de medidas provisionales dirigidas a la protección de la vida e intereses de las personas y de los grupos,¹⁴⁶ ya que el tipo de daños irreparables que estos pueden sufrir no tiene comparación con los que el Estado puede experimentar (Sparks y Somos, 2021). De esta manera, algunas autoridades en la materia han afirmado que la idea de que la Corte busque activamente proteger la vida de las personas a través de sus medidas provisionales dista mucho de ser radical (Higgins, 1998).

3.3 El recurso a una solicitud de medidas provisionales basándose en nuevos hechos

La decisión de la CIJ de no ordenar la suspensión de las operaciones militares le ha impedido a Sudáfrica poner fin a lo que considera el genocidio que se está cometiendo sobre la población palestina en Gaza por medio de una guerra total sobre la Franja.

Desde que la CIJ tomara su decisión sobre la indicación de medidas provisionales, el 26 de enero de 2024, se han producido al menos tres hechos de enorme relevancia que podrían revertir esta situación en relación con la adopción de esta medida provisional.

Se trataría, en primer lugar, de la amenaza de Israel de tomar la ciudad de Rafah, a partir de las declaraciones del primer ministro de Israel, el 9 de febrero de 2024, y en lo sucesivo.¹⁴⁷ En segundo lugar, la conclusión del informe de la relatora de la ONU sobre la situación de los derechos humanos en el territorio

145 *Alleged violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v United States of America)*, Provisional Measures, Order of 3 October 2018, ICJ General List No. 175. Separate Opinion of Judge Cançado Trindade.

146 Ídem.

147 “Israel Prime Minister’s Office, A message from the Prime Minister’s Office regarding an operation in Rafah (9 February 2024) “It is impossible to achieve the goal of the war of eliminating Hamas by leaving four Hamas battalions in Rafah. On the contrary, it is clear that intense activity in Rafah requires that civilians evacuate the areas of combat. Therefore, Prime Minister Benjamin Netanyahu has ordered the IDF and the security establishment to submit to the Cabinet a combined plan for

palestino ocupado desde 1967, Francesca Albanese, que ha arrojado que hay “motivos razonables” para concluir que Israel está cometiendo “actos de genocidio”, particularmente: causar graves daños físicos o mentales a miembros del grupo; infligir deliberadamente al grupo condiciones de vida calculadas para provocar su destrucción física total o parcial; imponer medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo.¹⁴⁸ La relatora, además, apunta a que estos actos se “han prestado con apoyo militar, económico y político a la atrocidad, agravando la devastación que ha provocado en los palestinos”.¹⁴⁹ Este informe llenaría la insuficiencia de evidencias sobre la intención genocida de la operación militar. En último lugar, la publicación de este informe ha coincidido prácticamente en el tiempo con la adopción de la resolución 2728 del Consejo de Seguridad, del 25 de marzo de 2024, en la que, por primera vez, por medio de la abstención en la votación de los Estados Unidos, se ha solicitado un alto el fuego inmediato en la Franja.¹⁵⁰

La amenaza de invadir Rafah ha motivado que Sudáfrica haya presentado dos nuevas solicitudes de medidas provisionales. El 6 de marzo de 2024, solicitó de nuevo a la CIJ la indicación y la modificación de medidas provisionales.¹⁵¹ Para ello, ha utilizado la vía que abre el artículo 75 (1) del Reglamento de la Corte que le permite decidir en cualquier momento examinar de oficio si las circunstancias del caso exigen la indicación de medidas provisionales que deban ser tomadas o cumplidas por alguna de las partes o por todas ellas. En su comunicación a la Corte, Sudáfrica hace hincapié en que el Tribunal actuó de oficio en *LaGrand* “en una situación de extrema urgencia que afectaba a un individuo”, mientras que el caso de la invasión de Rafah presenta una situación de extrema urgencia “que afecta a aproximadamente 1,4 millones de palestinos vulnerables”, pero al solicitar que el Tribunal actúe de oficio, no ha propuesto ninguna medida específica. Puede entenderse que ha pretendido implícitamente

evacuating the population and destroying the battalions”. Disponible en: <https://x.com/IsraeliPM/status/1755979954448150530?lang=es>.

148 Human Right Council, Anatomy of a Genocide– Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territory occupied since 1967 to Human Rights Council – Advance unedited version (A/HRC/55/73).

149 Ídem.

150 Resolución 2728, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 9586ª sesión, celebrada el 25 de marzo de 2024. Disponible en: <https://doc.ments.un.org/doc/undoc/gen/n24/080/85/pdf/n2408085.pdf?token=yRp7hEmEh7aUshLKVN&fe=true>.

151 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Urgent Request for Additional Measures Under Article 75(1) Of The Rules Of Court Of The International Court Of Justice 12 February 2024.*

te resucitar su petición de suspensión de todas las operaciones militares en Gaza o, al menos, la suspensión de cualquier actividad militar en la zona de Rafah, aunque ha dejado en manos de la CIJ los medios para abordar la situación.

La decisión de la CIJ ha reafirmado las medidas adoptadas el 26 de enero y ha indicado *ex novo* dos medidas, teniendo en cuenta el empeoramiento de las condiciones de vida de los palestinos de Gaza. En la primera, tomada por unanimidad, ordena que Israel adopte todas las medidas necesarias para garantizar sin demora, sin trabas, a gran escala y en cooperación con las Naciones Unidas los servicios básicos que se necesitan con urgencia y la asistencia humanitaria.¹⁵² En la segunda, muy importante y en la que ahora sí se aprecia un cambio definitivo de enfoque, indica que Israel debe garantizar con efecto inmediato que sus fuerzas armadas no cometan actos que constituyan una violación de cualquiera de los derechos de los palestinos en Gaza como grupo protegido bajo la Convención, incluso *impidiendo*, mediante cualquier acción, la entrega de asistencia humanitaria que se necesita con urgencia.¹⁵³

La CIJ, por primera vez, indica que el impedimento de la entrega de la asistencia humanitaria por parte de las fuerzas armadas podría constituir una violación de la Convención sobre el Genocidio. Hay que tener en cuenta que la solicitud de Sudáfrica y la decisión de la CIJ han sido anteriores a la conclusión por parte de la relatora de la ONU del informe en la que aprecia la comisión de actos genocidas y de la adopción de la primera resolución del Consejo de Seguridad en la que se pide un alto el fuego inmediato.

A esta segunda solicitud hay que sumarle la nueva solicitud urgente de modificación de las medidas provisionales realizada por Sudáfrica, del 10 de mayo de 2024.¹⁵⁴ El Estado sudafricano le ha pedido al Tribunal que indique urgentemente nuevas medidas provisionales y/o que modifique sus medidas provisionales anteriores, adoptadas el 26 de enero y 28 de marzo de 2024, de conformidad con el artículo 41 del Estatuto de la Corte y los artículos 73(1), 74(1), 75(1) y (3) y/o 76(1) del Reglamento de la Corte, sobre la base de los

152 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Urgent Request for Additional Measures Under Article 75(1) Of The Rules Of Court Of The International Court Of Justice, Order of 28 March 2024.*

153 *Ibidem*, “(2) Indicates the following provisional measures: Ensure with immediate effect that its military does not commit acts which constitute a violation of any of the rights of the Palestinians in Gaza as a protected group under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, including by preventing, through any action, the delivery of urgently needed humanitarian assistance” (...). La cursiva es nuestra.

154 *Request for the modification of the Order of 28 March 2024 indicating provisional measures of 10 May 2024.*

cambios en la situación y/o nuevos hechos y que lo haga sin proceder al trámite de las audiencias. La situación provocada por el asalto israelí a Rafah y el riesgo extremo que supone para el suministro de ayuda humanitaria, la supervivencia del sistema médico palestino y para la propia supervivencia de los palestinos de Gaza como grupo, no se considera sólo una escalada de la situación existente, sino que da lugar a nuevos hechos que están causando un daño irreparable a los derechos del pueblo palestino en Gaza.¹⁵⁵

La CIJ, a la luz de las consideraciones expuestas sobre el impacto de las operaciones en Rafah sobre una población extremadamente vulnerable y que crean un ruego de muerte inminente—de acuerdo con la información proporcionada por las agencias de la ONU sobre el terreno—¹⁵⁶ ha considerado que la situación actual derivada de la ofensiva militar de Israel en Rafah entraña un riesgo adicional de perjuicio irreparable para los derechos plausibles reivindicados por Sudáfrica y que existe urgencia, en el sentido de que existe un riesgo real e inminente de que se cause tal perjuicio antes de que el Tribunal dicte su resolución definitiva.¹⁵⁷ Por estas razones, la CIJ ha reafirmado las medidas provisionales en sus órdenes de 26 de enero de 2024 y 28 de marzo de 2024, por 13 votos contra 2, y, ahora sí, ha adoptado cuatro medidas provisionales nuevas, siendo la primera de estas la indicación del cese inmediato de su ofensiva militar y cualquier otra acción en Rafah que pueda infligirle al grupo palestino de Gaza condiciones de vida que puedan provocar su destrucción física total o parcial.¹⁵⁸

La medida se ha adoptado, como no se podía esperar de otra forma, con los votos disidentes de la jueza Sebutinde, quien ha señalado que la medida solo parece prohibir las operaciones militares en Rafah en la medida en que afecten los derechos protegidos por la Convención sobre el Genocidio y, por otro lado, que solo afecta a las operaciones del Estado de Israel, pero no de Hamás.¹⁵⁹ De la misma manera, el juez *ad hoc* Barak, a vueltas con el estándar de la plausibilidad de la prueba de la intención genocida, se apoya en su opinión de que Sudáfrica no ha presentado ni una sola prueba nueva de la existencia

155 *Ibidem*, párrs. 4 y ss.

156 *Request for the modification of the Order of 28 March 2024 indicating provisional measures of 10 May 2024, Order of 24 May 2024*, párrs. 43-45.

157 *Ibidem*, párr. 47

158 *Request for the modification of the Order of 28 March 2024 indicating provisional measures of 10 May 2024, Order of 24 May 2024*.

159 *Dissenting Opinion Judge Sebutinde, 24 May 2024*, párr. 21.

plausible de intención genocida.¹⁶⁰ El juez Nolte, quien ha votado a favor de las medidas, no ha querido dejar pasar la ocasión de manifestar sus dudas sobre el cumplimiento de los criterios que dan lugar a la indicación de nuevas medidas en el caso. Por un lado, vacila sobre el hecho de que la invasión en Rafah, por terrible que sea, suponga un cambio en la situación en Gaza no considerado anteriormente, de que las medidas ya adoptadas no sean suficientes para abordar el riesgo de un perjuicio irreparable y, por último, que la CIJ esté anticipándose a un análisis sobre el fondo creando un peligroso precedente. En particular, presenta una enorme preocupación por el hecho de que Sudáfrica haya señalado que “(...) it expects the Court to act in order to render its own previous Orders ‘effective’, to prevent them from becoming ‘worthless’ and to step in for the United Nations Security Council and General Assembly, which, according to South Africa, are not fulfilling their mandate in the present case”.¹⁶¹

El alcance de esta decisión es muy significativo por dos razones: en primer lugar, porque introduce en la indicación de la medida el vínculo entre el desarrollo de las operaciones militares y la destrucción física total o parcial del grupo —al menos en Rafah—, afirmando la presencia del elemento material del crimen de genocidio en el caso, tratando de dejar atrás las dificultades que plantea en la fase de medidas provisionales la afirmación de la plausibilidad de los derechos del grupo palestino de ser protegidos de actos de genocidio debido a la vaguedad el estándar de prueba del elemento mental del crimen durante las operaciones militares. En segundo lugar, la decisión de la CIJ llegó unos días después de que la Corte Penal Internacional anunciara una orden de arresto contra Benjamín Netanyahu, primer ministro de Israel, y Joav Gallant, ministro de Defensa, por crímenes de guerra, el 20 de mayo de 2023,¹⁶² por lo que parece querer afirmar la existencia *prima facie* de un caso de genocidio y no solo de graves violaciones del DIH.

4. Conclusiones

La guerra total contra la Franja de Gaza está dejando un panorama apocalíptico ante los ojos de la comunidad internacional, que pone en tensión algunas cuestiones de primer orden en el derecho internacional: el alcance del ejercicio de

160 *Dissenting Opinion Judge ad hoc Barak*, 24 May 2024, párrs. 16-19.

161 *Opinion Judge Nolte*, 24 May 2024, párr. 9

162 *Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine*, 20 May 2024.

la responsabilidad de proteger a las poblaciones de los crímenes más graves, la eficacia del uso de medios pacíficos de controversias en la figura de la CIJ para resolver una controversia jurídica —pero que tiene también un enorme componente político— y la solicitud de indicación de medidas provisionales; la más significativa, la suspensión de las operaciones militares en Gaza para proteger los derechos de las partes en una controversia sobre la aplicación de la Convención sobre el Genocidio y la nueva orientación de la Corte en la cuestión relativa a la plausibilidad de los derechos y la consideración de las pretensiones y su verosimilitud, lo que ha llevado a considerar la protección del derecho a la legítima defensa de Israel junto al derecho de los palestinos de ser protegidos frente al genocidio, la cuestión de la legítima defensa en territorios ocupado, la efectividad de las decisiones de la CIJ que son obligatorias y, finalmente, la relación entre el Consejo de Seguridad y la CIJ en materia de cumplimiento de decisiones y complementariedad de esfuerzos.

El balance de una análisis comprensivo de lo anterior muestra claramente algunos síntomas del desgaste del derecho internacional y de la arquitectura del sistema internacional construido después de la Segunda Guerra Mundial para evitar que las generaciones venideras sufrieran el flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana (...).

Bibliografía

- Arévalo-Ramírez, W. (2022). The International Court of Justice and the international humanitarian law rules for armed conflicts. *Revista Científica General José María Córdova*, 20(38), 425-442. <https://doi.org/10.21830/19006586.912>.
- Becker, M. A. (2024). *Desperate Times, Desperate (Provisional) Measures: Rafah and South Africa's Latest Action at the ICJ*. VerfBlog. <https://verfassungsblog.de/desperate-times-desperate-provisional-measures>.
- Buchan, R. (29 de noviembre de 2023). *Self-Defence as an Exception to the Principle of Non-Use of Force: Debunking the Myth*. EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law. <https://www.ejiltalk.org/self-defence-as-an-exception-to-the-principle-of-non-use-of-force-debunking-the-myth/>.
- Corte Internacional de Justicia. (9 de julio de 2004). *Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado*. Opinión consultiva. <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdocket/cmwp/cmwpframe.htm>.

- Couzigou, I. (2017). Enforcement of UN Security Council Resolutions and of ICJ Judgments: The Unreliability of Political Enforcement Mechanisms. En Jakab, A. y Kochenov, D. (Eds.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance* (pp. 363-378). Oxford Academic. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198746560.003.0022>.
- Gill, T. (13 de noviembre de 2023). *The ICJ Wall Advisory Opinion and Israel's Right of Self-Defence in Relation to the Current Armed Conflict in Gaza*. Armed Groups and International Law. <https://www.armedgroups-internationalallaw.org/2023/11/13/the-icj-wall-advisory-opinion-and-israels-right-of-self-defence-in-relation-to-the-current-armed-conflict-in-gaza/#:~:text=The%20Advisory%20Opinion%20then%20went,the%20wall%20was%20supposed%20to>.
- Higgins, R. (1998). Interim Measures for the Protection of Human Rights. *36 Columbia Journal of Transnational Law*, (91), 91-108.
- International Committee of the Red Cross. (13 de octubre de 2023). *Israel and the occupied territories: Evacuation order of Gaza triggers catastrophic humanitarian consequences*. <https://www.icrc.org/en/document/israel-and-occupied-territories-evacuation-order-of-gaza-triggers-catastrophic-humanitarian-consequences>.
- Lando, M. (2017). Compliance with Provisional Measures Indicated by the International Court of Justice. *Journal of International Dispute Settlement*, 8(1), 22-55. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idv029>.
- Lee-Iwamoto, Y. (2002). The Protection of Human Life through Provisional Measures Indicated by the International Court of Justice. *Leiden Journal of International Law*, 15(2), 345-366.
- Lempel, J. (8 de enero de 2024). *Why the ICJ Cannot Order Israel to Stop the War in Gaza as a Provisional Measure*. EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law. <https://www.ejiltalk.org/why-the-icj-cannot-order-israel-to-stop-the-war-in-gaza-as-a-provisional-measure/>.
- Miles, C. (2018). Provisional Measures and The 'New' Plausibility In The Jurisprudence of The International Court Of Justice. *The British Yearbook of International Law*, bry011. <https://doi.org/10.1093/bybil/bry011>.
- Remiro Brotons, A. (1 de febrero de 2024). *Perspectivas e implicaciones de la Orden de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso Sudáfrica contra Israel*. Real Instituto El Cano. <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/perspectivas-e-implicaciones-de-la-orden-de-la-corte-internacional-de-justicia-cij-en-el-caso-sudafrica-contra-israel/>.
- Save the Children. (7 de noviembre de 2023). *Children's Mental Health in Gaza Pushed beyond Breaking Point after Nearly a Month of Siege and Bombardment*. <https://www.savethechildren.net/news/children-s-mental-health-gaza-pushed-beyond-breaking-point-after-nearly-month-siege-and>.
- Schmitt, M. N. (10 de octubre de 2023). *Israel – Hamas 2023 Symposium – The Legal Context of Operations Al-Aqsa Flood and Swords of Iron*. Lieber Institut.
- Sparks, T. y Somos, M. (2021). The humanisations of provisional measures? Plausibility and the interim protection of rights before de ICJ. *MPIL Research Paper Series*, (20).
- Uchkunova, I. (1 de enero de 2013). *Provisional Measures before the International Court of Justice*. The Law & Practice of International Courts and Tribunals.
- United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs. (9 de enero de 2023). *Hostilities in the Gaza Strip and Israel | Flash Update #88*. <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-flash-update-88>.
- United Nations. (20 de noviembre de 2023). *Women bearing the brunt of Israel-Gaza conflict: UN*

- expert. <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/11/women-bearing-brunt-israel-gaza-conflict-un-expert>.
- United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs. (27 de diciembre de 2023). *Hostilities in Gaza Strip and Israel | Flash Update #78*. <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-flash-update-78>.
- United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs. (3 de enero de 2024). *Hostilities in Gaza Strip and Israel | Flash Update #83*. <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-flash-update-83>.
- United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs. (5 de enero de 2024). *Hostilities in Gaza Strip and Israel | reported impact | Day 90*. <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-reported-impact-day-90>.
- United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs. (6 de enero de 2024). *Hostilities in Gaza Strip and Israel | Flash Update #85*. <https://reliefweb.int/report/occupied-palestinian-territory/hostilities-gaza-strip-and-israel-flash-update-85>.
- United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs. (9 de enero de 2024). *Hostilities in Gaza Strip and Israel | Flash Update #88*. <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-flash-update-88>.
- United Nations. Economic and Social Council Commission on Human Rights. (16 de marzo de 2001). *Report of the human rights inquiry commission established pursuant to Commission resolution S-5/1 of 19 October 2000*. E/CN.4/2001/121. <https://undocs.org/E/CN.4/2001/121>.
- United Nations. General Assembly. (22 de octubre de 2001). *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, Michael Lynk*. A/76/433. <https://undocs.org/A/76/433>.
- United Nations. General Assembly. (12 de septiembre de 2018). *Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar, UN doc. A/HRC/39/64*. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g18/274/54/pdf/g1827454.pdf?token=DETYNwtmZD5Z7y9r-Sy&fe=true>.
- United Nations. Human Rights Council. (1 de septiembre de 2008). *Report of the high-level fact-finding mission to Beit Hanoun established under Council resolution S-3/1*. A/HRC/9/26. <https://undocs.org/A/HRC/9/26>.
- United Nations. Human Rights Council. (25 de septiembre de 2009). *Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict*. A/HRC/12/48. <https://undocs.org/A/HRC/12/48>.
- United Nations. Human Rights Council. (24 de junio de 2015). *Report of the independent commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council resolution S-21/1*. A/HRC/29/52. <https://undocs.org/A/HRC/29/52>.
- United Nations. Human Rights Council. (18 de marzo de 2019). *Report of the detailed findings of the independent international Commission of inquiry on the protests in the Occupied Palestinian Territory*. A/HRC/40/CRP.2 https://www.un.org/unispal/wp-content/uploads/2019/06/A.HRC_40.CRP_2.pdf.
- United Nations. Human Rights Council. (22 de diciembre de 2020). *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, Michael Lynk*. A/HRC/44/60. <https://undocs.org/A/HRC/44/60>.

