

EL FORMALISMO DEL DERECHO INTERNACIONAL FRENTE A SU HUMANIZACIÓN: SUDÁFRICA CONTRA ISRAEL ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL CASO RELATIVO A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL CRIMEN DE GENOCIDIO EN LA FRANJA DE GAZA

THE FORMALISM VERSUS THE HUMANIZATION OF INTERNATIONAL LAW: SOUTH AFRICA V. ISRAEL BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN THE CASE CONCERNING THE APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE IN THE GAZA STRIP

LIBIA ARENAL LORA*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS ANTE LA SOLICITUD PRESENTADA A LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE INDICACIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES EN EL ASUNTO SUDÁFRICA C. ISRAEL. III. LAS CONDICIONES SOBRE LA PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES: LAS ALEGACIONES DE LAS PARTES Y LA DECISIÓN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. IV. LA INDICACIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES POR PARTE DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Este trabajo tiene como objeto analizar la solicitud de indicación de medidas provisionales en la demanda presentada por Sudáfrica contra Israel ante la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio en la Franja de Gaza con el propósito de inferir las razones por las cuales la Corte no ha entrado a considerar ni a pronunciarse sobre la suspensión de las operaciones militares, además de señalar qué posibilidades tiene Sudáfrica de solicitar de nuevo esta medida ante la aparición de nuevos hechos o circunstancias desde febrero de 2024.

Fecha de recepción del trabajo: 23 de abril de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 27 de mayo de 2024.

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Sevilla. Contacto: marenal@us.es. Trabajo realizado en el marco del proyecto de I+d+i “Vacíos normativos y desarrollo progresivo de la Agenda 2030 y del principio de sostenibilidad. Especial relevancia para España”. IP Carlos FERNÁNDEZ LIESA/ IP Ana MANERO SALVADOR, financiado por MCIN-2023, PID2022-1383339OB-I00; así como en el marco del Grupo de investigación del Plan Andaluz de Investigación SEJ-055 “nuevos sujetos, nuevos derechos, nuevas responsabilidades: derechos humanos en la sociedad global” y en el marco de la “Red Empresas y Derechos Humanos. Incidencia especial en el extractivismo y los acaparamientos de tierra y agua” (REDH-EXATA) financiada por la Asociación Iberoamericana de Postgrado (AUIP). Más información sobre la Red disponible en la web <https://redhexata.com/la-red/>.

ABSTRACT: *This article analyses the request for the indication of provisional measures to the International Court of Justice in the case South Africa v. Israel concerning 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 Court has not considered the suspension of military operations and also to point out what possibilities South Africa has to request this measure again if new facts or circumstances arise from February 2024.*

PALABRAS CLAVE: genocidio; Corte Internacional de Justicia; medidas provisionales; suspensión de operaciones militares.

KEYWORDS: *genocide; International Court of Justice; provisional measures; military operations.*

I. INTRODUCCIÓN

El conflicto más longevo en Oriente Próximo es, sin lugar a duda, 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 ido sucediendo conflictos de diferente intensidad y alcance que han tenido como resultado la ampliación de las zonas ocupadas por Israel, 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 incluso como un régimen de *apartheid*¹.

El año 2006 fue un punto de inflexión en la historia de este conflicto. La victoria de Hamás en las elecciones generales de Palestina supuso el desencadenamiento de una crisis política y la ruptura de la unidad nacional entre las formaciones políticas Fatah y Hamás, el bloqueo total de Israel sobre la Franja y las tres grandes escaladas del conflicto que han tenido lugar hasta la fecha en este territorio: la operación Plomo Fundido (2008-2009), que fue un asalto masivo de 22 días a la Franja; la 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 terrestre a gran escala por parte de grupos armados de Hamás en Israel, capturando a cientos de rehenes y matando a miles de civiles israelíes, y que ha dado lugar a una respuesta militar sin precedentes por parte de Israel que 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 35.000 palestinos muertos a manos de las fuerzas armadas², de los que al menos el 70% son mujeres y niños³. La desaparición de al menos 7.000 palestinos, que continúan presuntamente muertos bajo los escombros⁴. Más de 1.800 familias palestinas

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

2 OCHA, Reported impact since 7 October. Disponible en: <https://www.ochaopt.org/>. Datos actualizados el 20 de mayo de 2024.

3 OCHA, Hostilities in Gaza Strip and Israel | Flash Update #85 (6th January 2024). Disponible en: <https://reliefweb.int/report/occupied-palestinian-territory/hostilities-gaza-strip-and-israel-flash-update-85>.

4 OCHA, Hostilities in Gaza Strip and Israel| Flash Update #83 (3th January 2024). Disponible en: <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-flash-update-83>.

de Gaza que han perdido a varios de sus miembros⁵ y cerca de 79.000 palestinos heridos y mutilados⁶ de nuevo la mayoría mujeres y niños⁷.

Se calcula que más de 1,7 millones de palestinos, de los 2,3 millones de habitantes de Gaza, se han visto obligados a abandonar sus hogares y a desplazarse internamente –incluyendo personas heridas y enfermas⁸. Los desplazamientos obedecen a las sucesivas “órdenes de evacuación” dadas por Israel, calificadas de contrarias al Derecho Internacional Humanitario (DIH) por el Comité Internacional de la Cruz Roja, que han provocado un movimiento de población sin precedentes del Norte al Sur de Gaza⁹. Las rutas de evacuación han sufrido ataques y en ellas se han producido asesinatos y otros actos de violencia. Para muchos palestinos, la evacuación forzosa de sus hogares será necesariamente permanente debido a la magnitud de la destrucción, que hasta la fecha alcanza al 60% del parque de viviendas de Gaza¹⁰ y sin contar con el nivel de pérdida e inutilización de todo tipo de infraestructuras civiles –desde centrales eléctricas hasta desalinizadoras¹¹.

La mayoría de los 1,7 millones de palestinos desplazados en Gaza buscan refugio en instalaciones de la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina (UNRWA, 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 12.000 palestinos por kilómetro cuadrado¹².

El 9 de octubre de 2023, Israel declaró un asedio total a Gaza, lo que impidió inicialmente la entrada de electricidad, alimentos, agua o combustible. Aunque el asedio se ha ido aliviando parcialmente desde entonces y, a partir del 21 de octubre de 2023, se permitió la entrada de

5 OCHA, Hostilities in Gaza Strip and Israel-Fals update| Día 90 (5th January de 2024). Disponible en: <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-reported-impact-day-90>.

6 OCHA, Reported impact since 07 October. <https://www.ochaopt.org/>. Datos actualizados a 20 de mayo de 2024.

7 OCHA, Hostilities in Gaza Strip and Israel| Flash Update #78 (27t of December 2023). Disponible en: <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-flash-update-88>.

8 OCHA, Reported impact since 7 October. Disponible en: <https://www.ochaopt.org/>. Datos actualizados a 20 de mayo de 2024.

9 ICRC, Israel and the occupied territories: Evacuation order of Gaza triggers catastrophic humanitarian consequences (13th October 2023). Disponible en: <https://www.icrc.org/en/document/israel-and-occupied-territories-evacuation-order-of-gaza-triggerscatastrophic-humanitarian-consequences>.

10 OCHA, Reported impact since 7 October. Más de 70.000 vivienda destruidas. Disponible en: <https://www.ochaopt.org/>. Datos actualizados a 20 de mayo de 2024.

11 La información que se refleja en este artículo se ha obtenido de los informes, los datos y las opiniones expresadas por diferentes organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales y personas expertas, que han sido recogidas en la demanda presentada por Sudáfrica contra Israel ante la Corte Internacional de Justicia, el 29 de diciembre de 2023. *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 of December 2023, párrs. 61-70 (en adelante, *South Africa v. Israel, Provisional Measures*).

12 *Ídem*, párrs.71-75.

algunos camiones de ayuda, sus consecuencias han sido alarmantes por la insuficiencia de la ayuda humanitaria. A pesar de que la resolución 2720 del Consejo de Seguridad (CS) de las Naciones Unidas, de 22 de diciembre de 2023¹³, exigió que las partes en el conflicto permitieran y facilitaran 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 estableciera rápidamente un mecanismo de las Naciones Unidas para acelerar el suministro de envíos de ayuda humanitaria, no abordó adecuadamente los cuatro elementos que su Secretario General considera que son necesarios para permitir una ayuda eficaz, capaz de asistir a los palestinos de Gaza: seguridad, personal, logística y reapertura de las actividades comerciales.

Esta situación ha conducido a los palestinos de Gaza a una situación de riesgo real por falta extrema de alimentos e inanición. El Programa Mundial de Alimentos (PMA) ha informado de 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, lavado, preparación de alimentos, saneamiento e higiene), muy por debajo del umbral de emergencia, fijado en 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 los habitantes de la Franja. Expertos en la materia predicen que pueden morir más palestinos de hambre y enfermedades que de ataques aéreos¹⁴.

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 necesarios para mantener su funcionamiento, 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 los que más de 61 hospitales y otras instalaciones sanitarias han resultado dañadas o destruidas. 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. Esta situación está teniendo un impacto especialmente grave sobre las mujeres embarazadas, recién nacidos y bebés. Se estima que más de 7.000 menores han muerto y 4.700 están desaparecidos; 5.500 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 evitables¹⁵.

Además de los ataques 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

13 S/RES/2720 (2023), Resolución 2720 (2023) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 9520ª sesión, celebrada el 22 de diciembre de 2023.

14 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, párrs. 61-70.

15 *Ídem*, párrs. 76-87.

nivel de destrucción de la infraestructura que alberga las instituciones estatales y gubernamentales, universidades, escuelas, patrimonio cultural y religioso histórico, mezquitas e iglesias es incalculable. Asimismo, 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 Gaza¹⁶.

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 (en adelante, Convención sobre Genocidio). La demanda contiene una solicitud de indicación de medidas provisionales, de conformidad con el artículo 41 del ECIJ 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 y garantizar el cumplimiento de las obligaciones que tienen Israel y Sudáfrica de no cometer genocidio, de prevenirlo y castigarlo en virtud de la Convención.

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 y en contra de Gaza¹⁷. A pesar de que la Corte ha ordenado que Israel adopte 6 medidas provisionales, ni ha ordenado ni se ha pronunciado sobre la suspensión de las operaciones militares.

Este trabajo tiene como objeto analizar la solicitud de medidas provisionales realizada por Sudáfrica, las alegaciones presentadas por las partes y la decisión de la CIJ para inferir las razones por las cuales la CIJ no ha entrado a considerar ni a pronunciarse sobre esta medida provisional, además de señalar qué posibilidades tiene Sudáfrica de solicitar de nuevo esta medida ante la aparición de nuevos hechos o circunstancias como ha sido la amenaza de la ofensiva terrestre sobre Rafah, en febrero de 2024.

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS A LA SOLICITUD PRESENTADA ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE INDICACIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES EN EL ASUNTO SUDÁFRICA C. ISRAEL

1. Naturaleza y alcance de la facultad de la Corte Internacional de Justicia para adoptar medidas provisionales

El artículo 41 del ECIJ recoge la facultad de la Corte de indicar medidas provisionales, si considera que las circunstancias así lo exigen, para resguardar los derechos de cada una de las partes en una controversia y hasta cuando el Tribunal resuelva sobre el fondo del asunto en

¹⁶ *Ídem*, párrs. 88-94.

¹⁷ *Ídem*, E. Provisional Measures Requested, (1): “The State of Israel shall immediately suspend its military operations in and against Gaza”, párr. 144.

cuestión. Aunque la solicitud de medidas provisionales no ha sido un recurso de uso frecuente entre los Estados, sí se ha manifestado un interés creciente por él a principios del S. XXI¹⁸, en particular, en casos en los que el estricto estatocentrismo de las controversias comienza a dar paso a una serie de litigios más estratégicos relacionados con la protección internacional de los derechos de la persona en contextos y circunstancias particulares¹⁹.

La finalidad de las medidas provisionales ha sido declarada por la CIJ desde el caso *Anglo-Iranian OilCo*, en 1951, el primer asunto en el que se trató una petición en este sentido, y en el que la Corte ya indicó que el propósito de este recurso no era otro, sino que preservar los derechos respectivos de las partes en espera de su decisión sobre el fondo del asunto²⁰. Como aclaró más adelante en el caso *relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías*, la protección provisional persigue que no se cause un perjuicio irreparable a los derechos que son objeto de litigio en un procedimiento judicial y aclara que, en ningún caso, la sentencia del Tribunal debe anticiparse por razón de cualquier iniciativa relativa a las medidas en cuestión²¹. La CIJ ha ido reconociendo, además, a lo largo de su jurisprudencia, cómo las medidas provisionales también contribuyen a otros fines, tales como no agravar las condiciones o las circunstancias de las disputas entre los Estados²², proporcionar un cierto equilibrio entre la solución bilateral de controversias entre Estados y las consecuencias sobre intereses de carácter colectivo²³ e incluso sentar las bases para las reparaciones finales²⁴.

-
- 18 KULICK, A., “Provisional Measures after Ukraine v Russia (2022)”, *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 13, Issue 2, June 2022, pp. 323–340. DOI: 10.1093/jnlids/idac012 2.
- 19 SPARKS, T., SOMOS, M., “The humanisation of provisional measures? Plausibility and the interim protection of rights before de ICJ”, *MPIL Research Paper Series*, n°. 2021-20.
- 20 *Anglo-Iranian Oil Co. Case*, Order of July 5th (ICJ. Reports, 1951) pp. 89-93.
- 21 *Fisheries Jurisdiction (Germany v. Iceland)*, *Interim Protection*, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972 p. 30, p. 34, párr. 22.
- 22 RIETER, E. R., *Preventing Irreparable Harm Provisional Measures in International Human Rights Adjudication*, Antwerp, Portland: Intersentia, 2020, p.16.
- 23 RAMSDEN, M., “Strategic Litigation in Wartime: Judging the Russian Invasion of Ukraine through the Genocide Convention” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 56, no. 1: 2023, pp. 181-210, p. 195. Disponible en: <https://www.transnat.org/post/strategic-litigation-in-wartime>. La CIJ observó que “(...) ... all states must act in conformity with their obligations under the United Nations Charter and other rules of international law, including international humanitarian law” en ICJ, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, *Provisional Measures*, Order of 16 March 2022, I.C.J. Reports 2022, p. 211 (en adelante, *Ukraine V. Russian Federation Provisional Measures*, Order of 16 March 2022), p. 5.
- 24 *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. Order, 1 of July 2000, I.C.J. Reports 2000, p. 111; La CIJ concedió la restitución, por ejemplo, en el caso de la toma de rehenes en la embajada de Estados Unidos en Teherán en el que se observó que Irán debía garantizar que el local de la embajada tenía que volver a estar en posesión de Estados Unidos, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, *Provisional Measures*, Order, 15 of December 1979, I.C.J. Reports 1979, p. 7. Provisional Measure 1. A. (i): “The Government of the Islamic Republic of Iran should immediately ensure that the premises of the United States Embassy, Chancery and Consulates be restored to the possession of the United States authorities under their exclusive control and should ensure their inviolability and effective protection as provided for by the treaties in force between the two States, and by general international law”.

Respecto de los criterios que la Corte debe tomar en consideración para la indicación de las medidas provisionales, puesto que el artículo 41 es muy breve en sus términos, ha sido su práctica la que ha ido elaborando y consolidado al menos los siguientes: (1) que la Corte tenga jurisdicción *prima facie*; (2) que el derecho sea “plausible”; (3) que exista un riesgo de un perjuicio irreparable sobre los derechos; y (4) que haya urgencia, en el sentido de que este perjuicio podría materializarse antes de la resolución definitiva del litigio²⁵. En este punto, hay que subrayar que uno de los ámbitos en los que la CIJ se ha mostrado más activa en los últimos años ha sido en el desarrollo del requisito nada pacífico de la “plausibilidad”, incorporado por primera vez al acervo jurisprudencial de la Corte en el caso *Bélgica contra Senegal*²⁶, y que ha experimentado una significativa evolución en sus últimas decisiones, en particular, a partir del caso *Ucrania c. Rusia* sobre la aplicación de la Convención para la Supresión de la Financiación del Terrorismo y la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial²⁷. Si hasta este momento el criterio procesal de la plausibilidad, central en la fase de medidas provisionales, carecía de estándares claramente establecidos y podría definirse más bien por su vaguedad, en este asunto, la Corte dio un paso importante al abordar el estándar de plausibilidad a través del análisis o evaluación de los cuatro elementos que podría requerir un análisis provisional del fondo: la existencia de los derechos reivindicados, la pertenencia de los derechos al demandante o que los derechos en cuestión fueran aplicables en las circunstancias del caso, su violación por el demandado y la disponibilidad de cualquier defensa o reclamación alternativa. Este cambio en la práctica de la Corte se tradujo en que no solo analizara la plausibilidad de los derechos, sino que también examinara la plausibilidad de las reclamaciones, yendo más allá de los parámetros que había establecido anteriormente²⁸.

Todo el esfuerzo que ha realizado la CIJ para proveerse de criterios que legitimen sus decisiones tiene una íntima conexión con la naturaleza jurídicamente vinculante y obligatoria de las medidas provisionales y con el hecho de que su incumplimiento entrañaría la responsabilidad del Estado, cuestión que fue declarada por la Corte en el caso *LaGrand*²⁹. De acuerdo con la opinión del juez Abraham en el caso *Pulp Mills*, para la Corte surgiría una responsabilidad adicional de garantizar la legitimidad de las medidas ordenadas en virtud del artículo 41³⁰.

25 MILES, C., “Provisional Measures and The ‘New’ Plausibility in The Jurisprudence of The International Court of Justice”, *The British Yearbook of International Law*, 2018. Published by Oxford University Press. Disponible en: www.bybil.oxfordjournals.org doi:10.1093/bybil/bry01, p. 2.

26 *Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal)*, Provisional Measures, 2009, I.C.J. Reports 139, p. 151.

27 *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, I.C.J. Reports 2017, p. 104.

28 MILES, C., “Provisional Measures and The ‘New’ Plausibility (...)”, *op. cit.* p. 32 y ss.

29 *LaGrand (Germany v. USA)*, Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999. Sobre esta cuestión puede verse ABAD CASTELOS, M., “Efectos jurídicos de las medidas provisionales adoptadas por el tribunal internacional de justicia: El antes y el después del asunto *LaGrand* (Sentencia de 27 de junio de 2001)” *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2002, 6, pp. 53-74.

30 *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)*, Provisional Measures, 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006, p.113), pp 139-140.

Para concluir con esta introducción de carácter general, nos referiremos a algunas de las limitaciones más significativas que afectan a las medidas provisionales, sobre las que la Corte se ha pronunciado en algunas de sus resoluciones³¹. La primera limitación se refiere a su alcance cautelar³²; la segunda al efecto relativo de las medidas provisionales para las partes en litigio³³; y, la tercera, de enorme calado en términos de eficacia, al limitado poder de la CIJ para hacer cumplir las medidas provisionales obligatorias y el papel que pueda cumplir el Consejo de Seguridad (CS) de las Naciones Unidas en este sentido³⁴.

2. El enfoque general de CIJ en las medidas provisionales en casos de genocidio

La primera vez que la CIJ abordó la cuestión del crimen de genocidio fue en su opinión consultiva sobre las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, del 28 de mayo de 1951, en la que declaró que los principios en los que se basaba el tratado serían reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados y que su finalidad era puramente humanitaria y civilizadora, razones por las que el objeto y fin de la Convención limitaban tanto la libertad de formular reservas como la de oponerse a ellas³⁵.

Posteriormente, en el caso *Barcelona Traction*, la CIJ se refirió al respeto de las normas que prohíben el genocidio como una obligación *erga omnes*, en el sentido de obligaciones que los Estados deben a la comunidad internacional en su conjunto³⁶.

Empero estos dos antecedentes, hasta la década de 1990, no se presentaron casos ante la CIJ relacionados con la aplicación y la interpretación de la Convención sobre Genocidio. Respecto de este periodo, hay que destacar la proliferación de tribunales penales internacionales *ad hoc* que, si bien tenían una competencia material y temporal muy limitada, además de estar enfocados al enjuiciamiento de las personas involucradas en la comisión de crímenes internacionales, hicieron una contribución incalculable a la definición del crimen de genocidio, en particular, al requisito de la intención específica y al umbral requerido para su calificación³⁷.

31 UCHKUNOVA, I., “Provisional Measures before the International Court of Justice” *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 1 January 2013.

32 *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Provisional Measures*, order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993, p. 325. Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, p. 356.

33 *Ídem*, párr. 40

34 En todo caso, habría que interpretar la posible aplicación del artículo 94 de la Carta de la Naciones Unidas (CONU), que se refiere a las sentencias de la CIJ y no a las medidas provisionales, al menos en aquellos casos en los que ponga en peligro la paz y la seguridad internacional. LANDO, M., “Compliance with Provisional Measures Indicated by the International Court of Justice”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2017, 8, pp. 22–55. DOI: 10.1093/jnlids/idv029.

35 *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion of 28 May 1951, I.C.J. Reports 1951, pp. 25-26.

36 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* Second Phase, Judgement, 5 February 1970, I.C.J. Reports 1970, p. 32, párr. 33.

37 ABASS, A., “Proving State Responsibility for Genocide: The ICJ in Bosnia v. Serbia and the International Commission of Inquiry for Darfur”, *Fordham International Law Journal*, 2007, 31(4), pp. 871-910.

Desde entonces, La CIJ se ha enfrentado a varios casos de solicitud de medidas provisionales en relación con la violación de la Convención sobre Genocidio y todos ellos presentan importantes diferencias.

El primero de estos casos fue el caso *Bosnia-Herzegovina c. Serbia Montenegro*, cuando la República de Bosnia solicitó, en el año 1993, medidas provisionales contra la República Federal de Yugoslavia para prevenir la comisión del delito de genocidio y asegurar que cualesquiera de las organizaciones y personas que pudieran estar bajo su influencia no cometieran ningún acto de genocidio sobre la población no serbia³⁸. La decisión sobre este caso no ha estado exenta de polémica, ya que si bien la CIJ contribuyó a afirmar que las obligaciones que tiene cada Estado de prevenir y sancionar el genocidio no se hallan territorialmente limitadas por la Convención –en clara referencia a Serbia– y que habría que exigir responsabilidad internacional a un Estado no solamente en el caso de que hubiera cometido actos de genocidio, sino también si hubiera faltado de una forma pasiva a sus obligaciones de prevención y sanción³⁹, en su decisión sobre el fondo eximió a Serbia de responsabilidad sobre el genocidio conforme al Derecho internacional⁴⁰, practicando la Corte un enfoque estricto en la interpretación del crimen⁴¹.

El segundo de los casos en el que la CIJ tuvo la oportunidad de interpretar la Convención sobre Genocidio, en el contexto de las medidas provisionales, fue en el caso relativo a la legalidad del uso de fuerza de la OTAN⁴². En este caso concluyó, refiriéndose a la opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares⁴³, que la amenaza o uso de la fuerza contra un Estado no podían constituir por sí mismos un acto de genocidio, en el sentido del artículo 2 de la Convención, ya que, al menos en esta fase del procedimiento, no parecía que los bombardeos de la OTAN entrañaran en elemento de la intención de la destrucción total o parcial de un grupo como tal⁴⁴. En este caso, la CIJ adoptó un enfoque muy formalista

38 *Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro) Provisional Measures*, Order of 8 April 1993. Provisional Measure 1. “That Yugoslavia (Serbia and Montenegro), together with its agents and surrogates in Bosnia and elsewhere, must immediately cease and desist from all acts of genocide and genocidal acts against the People and State of Bosnia and Herzegovina, including but not limited to murder (...)”.

39 GIL GANDIA, C., “El despertar del individuo en la Corte Internacional de Justicia”, en TORRECUALDRADO GARCÍA-LOZANO, S., (dir.) *Los nuevos retos de la Corte Internacional de Justicia. Los desafíos de la Corte Internacional de Justicia y las sinergias entre la Corte y otros órganos judiciales*, Wolter Kluwer, 2021, pp. 279-302, p. 293.

40 La CIJ también concluyó que la matanza de musulmanes en Srebrenica, por parte del Estado Mayor del Ejército de la República Serbia de Bosnia, si tenía cabida dentro del ámbito material del artículo II de la Convención, aunque los actos no pueden atribuirse a Serbia. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, (I.C.J. Reports 2007 (I)).

41 GIL GANDIA, C., “El despertar del individuo en la Corte Internacional de Justicia” *op. cit.*

42 *Legality of Use of Force (Yugoslavia V. Spain) Request for the Indication of Provisional Measures*, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999, p. 761.

43 *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, I.C.J. Reports 1996 (I), p. 226, p. 240, párr. 26.

44 *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)*, Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999, p.124: “[t]he threat or use of force against a State cannot in itself constitute an act of genocide

y perdió la oportunidad de haber indicado medidas provisionales basadas en la urgencia de no agravar la situación, separándose de su opinión anterior a la luz del caso *LaGrand*⁴⁵.

El tercero de los casos es el de *Gambia c. Myanmar*, que puede considerarse el primer caso estratégico presentado ante la CIJ por un tercer Estado no directamente afectado por la posible violación de la Convención, pero sí Estado parte en la misma, y que fundamenta su *ius standi* sobre la base de su obligación de prevenir el crimen y de su derecho de hacer cumplir con las obligaciones dimanantes del tratado. Sobre este asunto cabe destacar que la Corte pusiera a prueba los tres criterios necesarios para indicar una decisión sobre medidas provisionales: la jurisdicción *prima facie*, la plausibilidad y el riesgo de pérdida irreparable y la urgencia. Además, la CIJ aplicó un enfoque más flexible sobre el estándar de prueba respecto de la intención genocida al señalar que, en la fase de medidas provisionales, no era imperativo discutir sobre la misma, ya que se trataba de una cuestión reservada exclusivamente al fondo⁴⁶, aceptando así el argumento de Gambia en este sentido que afirmaba que la intención genocida podía deducirse del patrón de conducta contra los rohingya en Myanmar y que ello era suficiente para declarar los derechos plausibles⁴⁷. La CIJ ha adoptado importantes medidas provisionales en este caso para la protección de los derechos objeto de la controversia, a saber, los derechos de los *rohingya* de sufrir actos de genocidio.

El cuarto y último caso, justamente anterior a la solicitud de medidas provisionales en el asunto *Sudáfrica c. Israel*, es el de *Ucrania c. Rusia*. En este caso la CIJ no debía decidir sobre los contornos de la comisión del genocidio, sino si la invasión de Rusia del territorio de Ucrania estaba justificada para la prevención de un supuesto genocidio en ciernes a manos de Ucrania cometido en contra de la población de las provincias separatistas del Dombás. La Corte, aunque no respondió abiertamente a esta pregunta, sí señaló que la obligación de prevenir el Genocidio debía estar dentro de los límites del Derecho internacional, para lo que indicó medidas provisionales, incluida la suspensión de las operaciones militares por parte de Rusia⁴⁸.

En síntesis, podría decirse que son muy pocos los casos en los que la CIJ ha tenido que enfrentarse a la solicitud de medidas provisionales en casos relacionados con la Convención sobre Genocidio, así como que su aproximación al tema ha sido oscilante, a pesar de que es indiscutible el valor de sus aportaciones dentro del formalismo jurídico-procesal de las demandas ante la Corte. Aun así, no queremos dejar pasar esta ocasión para advertir sobre algunos vacíos

within the meaning of Article II of the Genocide Convention; and... in the opinion of the Court, it does not appear at the present stage of the proceedings that the bombings which form the subject of the Yugoslav Application indeed entail the element of intent, towards a group as such, required by [Article II]”, párr. 40.

45 ALEXANDER, A., “International Court of Justice and Provisional Measures Under the Genocide Convention: Curious Case of Ukraine V. Russian Federation”, *The Age of Human Rights Journal*, 21, December 2023. DOI: 10.17561/tahrj.v21.7781, p. 15.

46 *Application Instituting Proceedings of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) Provisional Measures*, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, p. 3, p. 23, párr. 56.

47 *Ídem*, p. 8, párr. 46.

48 *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 16 March 2022, I.C.J. Reports 2022 (I) (en adelante, *Ukraine v. Russian Federation* 2022).

que se han hecho sentir en el marco de las contribuciones de la Corte respecto del esclarecimiento de algunos elementos del crimen de genocidio. Nos referimos, por un lado, a la necesidad de arrojar luz sobre la propia naturaleza de la estructura del crimen y, por otro lado, al umbral de la prueba en la fase de medidas provisionales, cuestión que se vuelve especialmente importante teniendo en cuenta el “nuevo criterio de plausibilidad” que parece haber adoptado la CIJ a partir del caso *Ucrania c. Rusia* relativo a la aplicación de la Convención para la Supresión de la Financiación del Terrorismo y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, referido anteriormente.

De una parte, la estructura del crimen de genocidio plantea todo un problema, ya que carece de un elemento “contextual” explícito, que Lemkin sí tuvo en cuenta a la hora de definirlo décadas atrás: “[g]enocide is intended to signify a coordinated plan of different actions aiming at the destruction of essential foundations of the life of national groups, with the aim of annihilating the groups themselves”⁴⁹. Kress, en esta línea, ha señalado cómo otros tribunales se han ocupado de este elemento contextual, por ejemplo, el Tribunal de Distrito de Jerusalén, que investigó la campaña genocida general dirigida por los dirigentes nazis; las Salas del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), que se ocuparon de la cuestión de si hubo o no un genocidio “a escala nacional” en Ruanda en 1994; así como la Sala de Primera Instancia competente del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) sobre la acusación de la comisión de genocidio en Bosnia que consideró necesario hacer una determinación relativa a la “empresa criminal” general⁵⁰. El hecho de reconocer que el genocidio necesita un contexto como punto de referencia implícito, nos lleva a la distinción trascendental entre la intención genocida colectiva e individual, que tan bien expresó la Sala de Primera Instancia en *Krstic*⁵¹. La CIJ no ha arrojado luz de una manera nítida sobre la mayor significación de la intención colectiva ni cómo sobre ésta puede o debe inferirse de los hechos y de las circunstancias imperativas, y esto en relación con la relevancia que parece que ha tenido en la práctica la prueba de la intención de los autores individuales⁵². De otra parte, una interpretación clara de la CIJ sobre esta cuestión contribuiría a fijar un estándar de prueba sobre la intención del genocidio en la fase de medidas provisionales, en particular, que pudiera inferirse de un contexto, patrón de conducta o conjunto de acciones planificadas, lo que podría dar lugar a que algunos

49 LEMKIN, R., *Axis Rule in Occupied Europe*, 1944, p. 79.

50 Esta es la opinión de KRESS C., “The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide”, *The European Journal of International Law* Vol. 18 n°. 4, EJIL 2007.

51 *Prosecutor v. Krstic*, IT-98-33-T, judgment, 2 Aug. 2001, párr. 549. “(...) the Chamber emphasises the need to distinguish between the individual intent of the accused and the intent involved in the conception and commission of the crime. The gravity and scale of the crime of genocide ordinarily presume that several protagonists were involved in its preparation. Although the motive of each participant may differ, the objective of the enterprise remains the same. In such cases of joint participation, the intent to destroy, in whole or in part, a group as such must be discernible in the act itself, apart from the intent of particular perpetrators (...).”

52 *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgment, 26 February 2007, I.C.J. Reports 2007, p. 43. Esta sentencia le brindó a la CIJ una oportunidad perfecta para aclarar el estatus relativo a la intención colectiva detrás de los actos materiales del genocidio y de la motivación de los autores individuales. Sin embargo, la Corte solo reconoció la posibilidad de una intención genocida colectiva en teoría y no arrojó luz sobre el peso de dicha intención sobre la de los autores individuales. Esta es la opinión de KRESS C., “The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide” *op. cit.*, pp. 622-623.

de los derechos reclamados y para los que solicita protección fueran considerados plausibles. Definitivamente, cualquier avance de la Corte en esta línea sería beneficioso para casos como el de *Sudáfrica c. Israel*, objeto de este trabajo.

3. La solicitud de medidas provisionales en el caso de Sudáfrica contra Israel

La idea del desarrollo de un contexto genocida, entendido como un plan coordinado que se lleva a cabo por medio de diferentes acciones, que tiene como propósito la destrucción de los fundamentos esenciales de la vida para el grupo de los palestinos de Gaza, ha llevado a Sudáfrica a solicitar a la CIJ la indicación de medidas provisionales en el caso contra Israel en relación con la aplicación de la Convención sobre Genocidio.

Sudáfrica ha solicitado 9 medidas provisionales, tomando claramente como referencia las medidas solicitadas en el caso *Gambia c. Myanmar*, dentro de las que las 6 primeras se encuentran dirigidas a la protección de los derechos objeto del asunto y las 3 últimas para la garantía del proceso.

A modo de resumen, las medidas provisionales solicitadas para la protección del grupo de los palestinos y dirigidas hacia el Estado de Israel consistirían en: (1) suspender todas las operaciones militares; (2) asegurar que las fuerzas armadas, otros grupos irregulares, organizaciones o personas bajo su control, dirección o influencia, no adopten ninguna medida que contribuya a las operaciones militares mencionadas; (3) prevenir el genocidio de acuerdo con sus obligaciones en la Convención sobre Genocidio; (4) desistir de la comisión de todos y cada uno de los actos contemplados en el artículo II de la Convención sobre Genocidio; (5) desistir y adoptar todas las medidas pertinentes para impedir infligir deliberadamente al grupo condiciones de vida calculadas para provocar su destrucción física total o parcial; (6) evitar la incitación directa y pública a la comisión de genocidio, conspiración, tentativa o complicidad en genocidio y proceder a su castigo; (7) adoptar medidas eficaces para impedir la destrucción y garantizar la conservación de las pruebas; (8) presentar un informe a la Corte sobre todas las medidas adoptadas; (9) abstenerse de toda acción y velar por que no se emprenda ninguna acción que pueda agravar o extender el litigio ante el Tribunal o dificultar su resolución⁵³.

III. LAS CONDICIONES SOBRE LA PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES: LAS ALEGACIONES DE LAS PARTES Y LA DECISIÓN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

1. El *ius standi* de Sudáfrica

Sudáfrica ha presentado ante la Corte una demanda contra el Estado de Israel alegando que tiene legitimación para hacerlo ya que, como Estado parte de la Convención sobre Genocidio, tiene la obligación de prevenirlo, aunque no sea un Estado directamente afectado por los

53 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, 29 December 2023, párr. 144.

hechos y las circunstancias del caso. Sudáfrica, por lo tanto, argumentando que tiene *prima facie ius standi* ante la CIJ ha invocado la responsabilidad internacional de Israel con el fin de determinar el supuesto incumplimiento de sus obligaciones en relación con la prevención y la sanción y del crimen de genocidio y ponerle fin⁵⁴.

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 asunto *Gambia c. Myanmar*, en el que también se invocó el artículo IX de la Convención, ya observó que todos los Estados parte en el tratado tenían un interés común en el cumplimiento de las obligaciones dimanantes, por tanto, cualquiera de ellos, sin distinción, tenía derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado parte por un supuesto incumplimiento, incluso mediante la incoación de un procedimiento ante la Corte que tuviera como fin determinar la violación de las obligaciones *erga omnes partes* y poner fin a dicho incumplimiento⁵⁵.

La Corte, considerando que esta cuestión de la legitimación se encuentra jurisprudencialmente resuelta, ha concluido en su decisión sobre medidas provisionales que Sudáfrica está legitimada *prima facie* para someter el litigio contra Israel relativo a las supuestas violaciones de las obligaciones derivadas de la Convención sobre Genocidio⁵⁶.

2. La competencia *prima facie* de la Corte Internacional de Justicia

A) LA EXISTENCIA DE UNA CONTROVERSIA

Sudáfrica ha fundamentado la competencia de la CIJ en el artículo 36 (1) del ECIJ y en el artículo IX de la Convención sobre 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 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 relativa a la interpretación, aplicación o cumplimiento del tratado⁵⁷.

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 partes”⁵⁸ y que “tal desacuerdo u oposición positiva de una parte

54 *Ídem*, párrs. 3 y 6.

55 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 2022 (II), p. 502, (en adelante, *The Gambia v. Myanmar Judgment*) pp. 516-517, párrs. 107-108 y 112.

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

57 El artículo IX de la Convención sobre 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.”

58 En el caso de las *Islas Marshall c. 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

a la pretensión de la otra no debe necesariamente manifestarse *expressis verbis* (...) la posición o la actitud de una parte puede establecerse por inferencia (...)”⁵⁹.

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 Genocidio, que podía inferirse de las manifestaciones públicas que venía 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 ante varios de los órganos principales de la Naciones Unidas como son el Consejo de Seguridad (CS) y la Asamblea General (AG), así como en otros foros públicos multilaterales, de participar en actos genocidas. Sudáfrica había llevado a cabo una gestión diplomática ante Israel advirtiéndole de que consideraba su conducta como genocida y, de manera simultánea, había pedido a la Corte Penal Internacional (CPI) que investigara enérgicamente los delitos tipificados en la Convención cometidos por Israel en la Franja de Gaza, acusando a Israel, entre otras cosas, de atacar deliberadamente a civiles, provocar intencionadamente el hambre y obstaculizar el socorro⁶⁰. En opinión de Sudáfrica, la controversia entre las partes había cristalizado como una cuestión de derecho 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 Gaza⁶¹.

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 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: debe demostrarse que la pretensión de una parte cuenta con la oposición positiva de la otra; la fecha para determinar la existencia del litigio es la fecha de la solicitud, pero pueden tenerse en cuenta conductas pos-

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 *The Gambia v. Myanmar, Provisional Measures*, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, p. 3, en p. 13, párr. 27, citando el caso *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections*, Judgment, I.C.J. Reports 1998: “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between parties”.

59 *Ídem*, citando *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections*, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 315) párr. 89.

60 *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.

61 Israel, Ministry of Foreign Affairs, Hamas-Israel Conflict 2023: Frequently asked Questions: “The accusation of genocide in these circumstances is not just legally and factually incoherent, it is obscene”, actualizado el 8 de diciembre, pp. 13-5. “ Disponible en: <https://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/swords-of-iron-faq-6-dec-2023/en/>. English_Documents_Israel-Hamas-Conflict-2023-FAQs-Israel-MFA-8-12-23.pdf., en *South Africa v. Israel, Provisional Measures, Public sitting held on Thursday 11 January 2024*, párr. 9.

teriores; y, por último, la existencia del litigio debe fijarse mediante una apreciación objetiva de los hechos⁶².

La negación de la existencia de una controversia por parte del Estado de 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 interacción⁶³. Israel ha querido fijar su postura con respecto a esta cuestión definiendo las circunstancias relativas al establecimiento del posible desacuerdo entre las partes utilizando el término “*undispute*”⁶⁴. El segundo argumento giró en torno a la descalificación de una posible negociación diplomática mediante el intercambio de las notas verbales, a la que acusa de estratégica, tardía y de no haber propiciado una oportunidad razonable de responder 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 CIJ⁶⁵.

Por todo ello, Israel ha considerado que las afirmaciones unilaterales de Sudáfrica 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 Genocidio.

La Corte Internacional de Justicia ha omitido en su decisión cualquier valoración sobre el intercambio diplomático bilateral y sí ha apreciado las declaraciones públicas realizadas por Sudáfrica en diversos contextos multilaterales en los que expresó 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 equivaldrían a violaciones de sus obligaciones en virtud de la Convención sobre 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 con el título “The War Against Hamas: Answering Your Most Pressing Questions”⁶⁶.

62 *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections*, Judgment I.C.J. Reports 1962, p. 328; *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections*, Judgment, I.C.J. 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.

63 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting 12th January 2024 (verbatim record), Prima Facie Jurisdiction, p. 25, párr. 12. Véase también *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections*, Judgment, I.C.J. 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, I.C.J. Reports 2011 (I), p. 85, párr. 31; *Marshall Islands v. United Kingdom, Jurisdiction and Admissibility*, Judgment, I.C.J. Reports 2016 (I), p. 851, párr. 43.

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

65 *Ídem*, párr. 26.

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

A la luz de lo anterior, el Tribunal han 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 Genocidio⁶⁷.

B) LOS HECHOS Y LAS CIRCUNSTANCIAS IMPERANTES QUE EXIGEN LA INDICACIÓN DE LAS MEDIDAS EN RELACIÓN CON LA CONVENCIÓN SOBRE GENOCIDIO

La Corte Internacional de Justicia, una vez determinada la existencia de una controversia entre las partes, para conocer si estaba facultada para indicar medidas provisionales, pasó a establecer, en esta fase del procedimiento, si parecía posible que los actos y omisiones denunciados por el demandante pudieran estar comprendidos en el ámbito de aplicación material de la Convención sobre Genocidio⁶⁸ y, para ello, basta con que al menos algunos de los actos denunciados puedan estarlo⁶⁹. 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 revelan 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 caso⁷⁰.

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 ataque contra Gaza y ha intentado demostrar la inferencia de una intención genocida, necesaria para alcanzar el umbral de la calificación del crimen. De acuerdo con la opinión del demandante, son actos de naturaleza genocida, que tienen cabida en el ámbito material del artículo II de la Convención sobre Genocidio, los siguientes: matar a más de 30.000 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 en 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 Convención⁷¹. Asimismo, señala que Israel tampoco habría castigado el genocidio, la conspiración, la incitación directa y pública al genocidio, la tentativa

67 *Ídem*, párr. 28.

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

69 *The Gambia v. Myanmar, Provisional Measures*, p. 14, párr. 30..

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

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

ni la complicidad para cometer el crimen, en contra de lo dispuesto en los artículos III y IV de la Convención sobre 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 Israel⁷².

De una parte, Sudáfrica ha encuadrado los hechos ocurridos a partir del 7 de octubre de 2023 en la ocupación de más de 7 décadas de los Territorios Palestinos, que incluyen Cisjordania y la Franja de Gaza. A pesar de que en el año 2005 Israel se “desenganchara” unilateralmente de Gaza, dismantelara sus bases militares y reubicara a los colonos israelíes, ha continuado ejerciendo un control efectivo sobre el espacio aéreo, terrestre, marítimo, pasos terrestres, así como sobre el suministro de agua, combustible, electricidad y alimentos, esfera electromagnética e infraestructura civil, y sobre algunas funciones gubernamentales clave⁷³. Por esta razón, la comunidad internacional entiende que Gaza se encuentra bajo ocupación beligerante por parte de Israel⁷⁴.

Este contexto de ocupación y asedio 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, la operación Plomo Fundido de 2009 y Margen Protector de 2014, en las que se produjeron, de acuerdo con los informes de expertos independientes y órganos de las Naciones Unidas, graves violaciones de las normas del Derecho internacional humanitario (DIH)⁷⁵.

72 La autora indica que el artículo se ha elaborado sobre la base de los informes, los datos y las opiniones expresadas por diferentes organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales y personas expertas que han sido recogidas en la demanda presentada por Sudáfrica contra Israel ante la Corte Internacional de Justicia, el 29 de diciembre de 2023. La continuidad del conflicto desde la fecha de la elaboración de este artículo –febrero de 2024– hasta su redacción final –mayo de 2024– ha provocado cambios en los datos recogidos en la demanda.

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

74 Security Council Resolution 1860, S/RES/1860 (2009) (8 January 2009) “(...) the 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>. General Assembly Resolution 77/30, Assistance to the Palestinian People, A/RES/77/30 (6 December 2022). Disponible en: <https://documentsddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/729/08/PDF/N2272908.pdf?OpenElement>. Human Rights Council, “Human rights situation in Palestine and the other occupied Arab territories. 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 (18 March 2019). Disponible en: https://www.un.org/unispal/wp-content/uploads/2019/06/A.HRC_40.CRP_2.pdf. Security Council resolution 272 (2023), ha señalado que: “the Gaza Strip constitutes an integral part of the territory occupied in 1967” y ha reiterado que “the vision of the two-State solution, with the Gaza Strip as part of the Palestinian State”. Disponible en: <https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N23/424/87/PDF/N2342487.pdf?OpenElement>.

75 Human Rights Council, “Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories. Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict”, A/HRC/12/48 (25 September 2009). Disponible en: <https://undocs.org/A/HRC/12/48>; Human Rights Council, “Report of the independent commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council resolution S-21/1”, A/HRC/29/52 (24 June 2015). Disponible en: <https://undocs.org/A/HRC/29/52>; UN Economic and Social Council Commission on Human Rights, “Report of the human rights inquiry commission established pursuant to Commission reso-

De otra parte, la presentación de los hechos que ha realizado Sudáfrica en la demanda permitiría inferir que el ataque armado a gran escala de Israel contra la Franja de Gaza, en el marco del último conflicto, ha creado un contexto que *de facto* permitiría inferir la naturaleza genocida de los actos descritos ya que, considerados todos y cada uno de ellos en conjunto y no solo 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 Gaza⁷⁶, que son un parte importante del pueblo palestino⁷⁷.

Asimismo, Sudáfrica ha concentrado 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 del 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 que operan en terreno. En particular, caben destacar las declaraciones y manifestaciones de retórica genocida hechas públicas por el Primer Ministro Israelí, Benjamín Netanyahu y por el Presidente de Israel, Isaac Herzog, pasando por los ministros de Defensa, 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 civil⁷⁸. Todas estas declaraciones y mensajes constituyen, de acuerdo con la opinión de Sudáfrica, una clara incitación directa y pública al genocidio, que las autoridades israelíes no han controlado ni castigado⁷⁹.

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. 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 actos⁸⁰.

lution S-5/1 of 19 October 2000”, E/CN.4/2001/121 (16 March 2001). Disponible en: <https://undocs.org/E/CN.4/2001/121>, párrs. 50 –51. Human Rights Council, “Report of the high-level fact-finding mission to Beit Hanoun established under Council resolution S-3/1”, A/HRC/9/26 (1 September 2008). Disponible en: <https://undocs.org/A/HRC/9/26>. 122 General Assembly, “Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, Michael Lynk”, A/76/433 (22 October 2021). Disponible en: <https://undocs.org/A/76/433>. Human Rights Council, “Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, Michael Lynk”, A/HRC/44/60 (22 December 2020). Disponible en: <https://undocs.org/A/HRC/44/60>.

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

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

78 *Ídem*, *The Facts*, párrs. 101-107.

79 *Íbidem*.

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

En conclusión, Sudáfrica ha sostenido, tanto en su escrito de demanda como en la fase de alegaciones orales, que al menos algunos de los actos cometidos en Gaza como respuesta al ataque de Hamás, del 7 de octubre de 2023, si no todos, son susceptibles de quedar incluidos *prima facie* en el artículo II de la Convención en la medida que la intención genocida puede inferirse tanto del patrón de conducta contra los palestinos en Gaza como de las declaraciones de los funcionarios del Gobierno y sus fuerzas armadas⁸¹. Asimismo, ha subrayado que el hecho de que Israel no haya impedido o castigado el genocidio, la conspiración, la incitación directa y pública al genocidio, la tentativa ni la complicidad para cometerlo puede ser comportamientos contemplados en el artículo III de la Convención⁸². La opinión de Sudáfrica ha sido compartida por un número considerable de Estados⁸³ y de expertos de Naciones Unidas que han advertido repetidamente, desde mediados de octubre de 2023, que el pueblo palestino corre un grave riesgo de sufrir un genocidio por parte de Israel⁸⁴.

El Estado de Israel, en sus alegaciones orales, ha enfocado sus argumentos en rebatir que Sudáfrica haya probado que los actos denunciados sean susceptibles de entrar *prima facie* en el ámbito de aplicación de la Convención, ya que esto implicaría necesariamente un grado de prueba sobre la plausibilidad del elemento de la intención que no existe; sin prueba suficiente de la intención genocida en esta fase de medidas provisionales, los actos no tendrían cabida en la Convención sobre Genocidio y, por 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 caso⁸⁵.

El demandado ha tratado de desmontar las alegaciones de Sudáfrica, argumentando que el demandante no puede reemplazar lo que Israel entiende que es un conflicto armado entre un Estado y una organización terrorista sin ley, por un genocidio de un Estado contra una población civil⁸⁶, más cuando Israel ha ordenado sus operaciones militares de acuerdo con las normas que le obligan en virtud del Derecho internacional humanitario y que las inevitables víctimas y el sufrimiento humano de cualquier conflicto no constituyen por sí mismos un patrón de conducta que demuestre plausiblemente la intención genocida⁸⁷. 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

81 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, párrs. 18–109. *Ídem*, Public Sitting 11th January 2024, p. 21 y ss, párras. 1-41 y p. 31 y ss, párrs. 1-39.

82 *Ídem*.

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

84 *Ídem*, The Facts, párrs. 108-109.

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

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

87 *Ídem*, The first and second requested provisional measures, p. 56, párr. 11.

de Guerra, que forman la estructura de autoridad clara y eficaz en lo que respecta a la toma de decisiones gubernamentales en el marco del conflicto armado con Gaza⁸⁸. De la misma forma, Israel ha afirmado que su sistema jurídico es un sistema eficaz, independiente e imparcial que garantiza la rendición de cuentas y ha señalado que sus tribunales, incluido el Tribunal Supremo, han iniciado algunas acciones judiciales sobre diferentes aspectos de la guerra actual⁸⁹.

En este punto, Israel ha alegado que los actos denunciados por Sudáfrica no pueden quedar comprendidos en las disposiciones de la Convención sobre 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 alcanzado⁹⁰. El Estado de Israel ha subrayado el riesgo de que la CIJ llegue a una conclusión prematura sobre su competencia en la medida que, si no realizara una apreciación de los hechos y una valoración de la prueba correcta, el destinatario de las medidas provisionales podría pagar un grave precio político y de seguridad, aunque más tarde se demostrara que las medidas eran totalmente injustificadas⁹¹.

En todo caso, el Estado de Israel ha cerrado esta cuestión indicando que la propia CIJ subrayó, en su auto de 2 de junio de 1999, 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 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”⁹².

La CIJ ha concluido que, efectivamente, algunos de los actos y omisiones llevados a cabo por Israel en Gaza y denunciados por Sudáfrica podrían estar comprendidos *prima facie* en las disposiciones de la Convención sobre Genocidio⁹³.

C) CONCLUSIONES SOBRE LA COMPETENCIA PRIMA FACIE DE LA CORTE

A la luz de todo lo anterior, Tribunal ha concluido que tenía competencia *prima facie* en virtud del artículo IX de la Convención sobre Genocidio para conocer del caso⁹⁴.

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.

88 *Ídem*, The third requested provisional measure, p. 64, párrs, 39-40.

89 *Ídem*, Conclusión, p. 71 y ss, párrs, 10, 12, 14 y 36.

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

91 *Ibidem*.

92 *Ídem*, Context, p. 24, párrs. 8 y 9. Traducción de la autora.

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

94 *Ídem*, párr. 31.

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 las obligaciones de la Convención⁹⁵.

Sudáfrica ha defendido la plausibilidad de los derechos invocados luego que, de 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, se dedujera de manera incontrovertible un patrón de conducta y una intención conexa que justifican una alegación plausible de actos genocidas⁹⁶. A la vista de lo anterior, el demandante ha deducido 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 en cuanto estas medidas se encuentran directamente vinculadas a los derechos que constituyen el objeto del litigio⁹⁷. 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 Genocidio, mientras que las tres últimas tenían por objeto proteger la integridad del procedimiento ante el Tribunal y el derecho de Sudáfrica a que su demanda se resuelva con equidad⁹⁸.

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 le 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 2023⁹⁹; que sus acciones son legítimas en el marco de un conflicto armado, ya que han respetado los principios del Derecho internacional humanitario, en la medida que la acción militar prevista lo ha permitido, y que se han realizado esfuerzos por mitigar los daños cuando lleva a cabo operaciones y ha subrayado que los daños que se han venido produciendo son más bien una consecuencia de los métodos de guerra urbana que utiliza Hamás¹⁰⁰; en último lugar, ha insistido en que se han tomado medidas por aliviar las penurias y el sufrimiento de los palestinos mediante actividades humanitarias en Gaza, que disipa cualquier intención genocida. Según el demandado, las declaraciones de las autoridades israelíes presentadas por Sudáfrica son engañosas en el mejor de los casos y no están en conformidad con la política gubernamental¹⁰¹.

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

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

97 *Ídem*, párr. 135.

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

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

100 *Ídem*, Conclusión, p. 72, párr. 6.

101 *Ídem*, Intent, pp. 31-35, párr. 38-52.

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 defensa¹⁰². Finalmente, ha indicado que, en todo caso, el marco jurídico apropiado para el conflicto de Gaza es el DIH y no la Convención sobre Genocidio, tratando de poner en cuestión la competencia del propio tribunal¹⁰³.

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 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 Genocidio¹⁰⁴.

La Corte, teniendo en cuenta los hechos y circunstancias mencionados, especialmente, poniendo en valor los informes y declaraciones presentados por representantes de distintas organizaciones, agencias y programas dentro de la Organización 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 a buscar el cumplimiento por parte de Israel de las obligaciones de este último en virtud de la Convención¹⁰⁵.

A pesar de la decisión de la Corte, parece que la discusión sobre la plausibilidad de los derechos no parece definitivamente cerrada en el debate judicial, cuestión que se abordará más adelante.

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 a los derechos que son objeto de un procedimiento judicial o cuando la presunta inobservancia de tales derechos pueda acarrear consecuencias irreparables¹⁰⁶. 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 su resolución definitiva¹⁰⁷. 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.

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

103 *Ídem*, p. 37, párr. 62.

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

105 *Ídem*, párr. 54.

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

107 *Ídem*, p. 227, párr. 66, en *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26th January 2024, párr. 61.

Sudáfrica ha presentado el cumplimiento de la condición de urgencia de acuerdo con los criterios que la CIJ ha establecido en su jurisprudencia en 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, incluida la probabilidad y el riesgo de que se repita el daño¹⁰⁸.

La CIJ ha considerado que la población civil es “extremadamente vulnerable” cuando las operaciones militares “han causado numerosos muertos y heridos entre la población civil”; han “causado importantes daños materiales, incluida la destrucción de edificios e infraestructuras”, y cuando “[l]os ataques continúan y están creando condiciones de vida cada vez más difíciles para la población civil”¹⁰⁹. 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”¹¹⁰, así como los intentos de un “número muy elevado de personas (...) de huir de las ciudades más afectadas en condiciones de extrema inseguridad”¹¹¹.

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”¹¹². Del mismo modo, la CIJ ha tenido en cuenta las conclusiones de la misión de investigación en Myanmar, considerando factores como “el 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”¹¹³.

Sudáfrica ha señalado en su solicitud que la CIJ ha adoptado medidas provisionales cuando ha considerado que “no es inconcebible” que las violaciones de derechos puedan volver a producirse¹¹⁴ y cuando las circunstancias eran “inestables y podían cambiar rápidamente”, con

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

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

110 *Ídem*.

111 *Íbidem*. Véase también *The Gambia v. Myanmar, Provisional Measures*, Order of 23 January 2020, p. 27, párr. 71; 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, I.C.J. Reports 2011, p. 550, párr. 53.

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

113 United Nations, Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar, UN doc. A/HRC/39/64, 12 September 2018, paras. 83 and 84-87), Application Instituting Proceedings, párr. 139.

114 *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, *Provisional Measures*, Order of 7 December 2016, I.C.J. Reports 2016, p. 1169, párr. 89. Véase en *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, 29th December 2023, párr. 140.

“tensión continua y la ausencia de una solución global al conflicto”, lo que significaba que el grupo afectado seguía siendo vulnerable¹¹⁵. A renglón seguido, Sudáfrica también ha argumentado que cualquier alto el fuego que se acordara o cualquier otro acto de Israel que pudiera percibirse como capaz de mejorar las circunstancias de los palestinos a corto plazo no afectaría ni al mérito ni a la urgencia de la adopción de las medidas¹¹⁶.

La demandante concluyó, por tanto, 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, existía 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 Genocidio, además de que la extrema urgencia de la situación era evidente¹¹⁷.

Israel, que ya había expuesto en sus alegaciones orales el rechazo a la competencia *prima facie* de la CIJ y a la plausibilidad de los derechos, dedujo que las consecuencias irreparables no pueden, en el presente caso, ser causadas por la supuesta vulneración de los derechos reconocidos en la Convención sobre 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 Hamás¹¹⁸.

El demandado subrayó 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 ayuda¹¹⁹– y destaca cómo solo esta apreciación frustraría cualquier intento de establecer la intención especial necesaria para el genocidio¹²⁰. De igual manera, reivindicó que la CIJ reconociera que las medidas concretas tomadas por Israel sí estaban encaminadas específicamente a reconocer y garantizar el derecho del grupo en cuestión a existir, teniendo en cuenta para ello su jurisprudencia en el caso *Gambia contra Myanmar*¹²¹, lo que impediría establecer la existencia de un daño irreparable o la urgencia de las medidas¹²².

Israel terminó su exposición haciendo una defensa de las últimas decisiones tomadas en el campo militar y que llevarían a una disminución de las hostilidades; el establecimiento de la

115 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, I.C.J. Reports 2008, p. 396, párr. 143.

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

117 *Ídem*, párrs. 41-43.

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

119 *Ídem*, párrs. 7-15.

120 *Ídem*, párr. 5

121 *The Gambia v. Myanmar, Provisional Measures*, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, p. 27, párr. 73.

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

coordinación con el mecanismo creado por las Naciones Unidas para la gestión de la ayuda humanitaria para Gaza; y, por último, destaca 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 palestinos¹²³.

Por todo lo anterior, ha sostenido que la condición de perjuicio irreparable y urgencia no podía cumplirse en el caso y que son el Estado de Israel y sus ciudadanos quienes correrían el riesgo de sufrir un perjuicio irreparable si se accediera a la petición de Sudáfrica¹²⁴.

La CIJ concluyó, a la luz de los argumentos expuestos por las partes, que los derechos plausibles en cuestión en este procedimiento eran de tal naturaleza que su perjuicio podría causar un daño irreparable¹²⁵; que el riesgo de un mayor deterioro de las condiciones en la Franja de Gaza existía atendiendo a la apreciación que han hecho altos representantes de las Naciones Unidas, en particular su Secretario General¹²⁶; que la población civil de la Franja de Gaza seguía siendo extremadamente vulnerable y que muchos palestinos de la Franja de Gaza no tenían acceso a los alimentos más básicos, agua potable, electricidad, medicamentos esenciales o calefacción¹²⁷; y, por último, que la catastrófica situación humanitaria en la Franja de Gaza corría grave riesgo de deteriorarse aún más antes de que el Tribunal dictara su sentencia definitiva.

Por todo ello, la Corte consideró que existe urgencia, en el sentido de que existía un riesgo real e inminente de que se causara un perjuicio irreparable a los derechos que el Tribunal considera plausibles, antes de que dicte su resolución definitiva¹²⁸.

Esta resolución ha traído en consecuencia que la CIJ no haya aceptado ni la petición del Estado de Israel de rechazar la solicitud de indicación de medidas provisionales ni archivar el asunto de la Lista General.

IV. LA INDICACIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES POR PARTE DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

1. La ordenación de seis medidas provisionales por parte de la Corte Internacional de Justicia

La Corte, después de examinar las circunstancias del caso y los términos de las medidas solicitadas por Sudáfrica, ha adoptado 6 medidas provisionales que, como señala en el auto, no son idénticas a las solicitadas, pero que en todo caso recuerda que tienen efecto vinculante y, por tanto, crean obligaciones jurídicas internacionales para cualquier parte a la que se dirijan¹²⁹. De las seis medidas provisionales, las cuatro primeras se refieren a las cuestiones sustantivas

123 *Ídem*, p. 53, párrs. 16-19.

124 *Ídem*, p. 54, párr. 22.

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

126 *Ídem*, párrs. 67-69

127 *Ídem*, párr. 70.

128 *Ídem*, párr. 74.

129 *Ídem*, párrs. 77 y 83.

del caso, mientras que las tres 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 quince votos contra dos, ha indicado que el Estado de Israel, de conformidad con sus obligaciones en virtud de la Convención sobre Genocidio, y en relación con los palestinos de Gaza –no menciona las obligaciones de Sudáfrica– 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”¹³⁰.

La indicación de esta medida, que acoge en buen grado la solicitud de Sudáfrica, sin embargo, toma en consideración cuatro de los argumentos centrales 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 de la Convención, buscando un fallo implícito sobre el fondo del asunto en esta fase del procedimiento¹³¹, contrariando en este sentido a la propia jurisprudencia de la CIJ¹³²; 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 tipo¹³³, la vaguedad de la redacción de la medida dejaría un amplio margen para que el demandante argumentara posteriormente que estas medidas se refieren 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 medidas¹³⁴; 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

130 The State of Israel shall, in accordance with its obligations under the Convention on the mPrevention 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. La cursiva es nuestra.

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

132 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” Véase *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Provisional Measures*, en *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12th January 2024 (verbatim record) The Fourth Provisional Measure, p. 65, párr. 52.

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

134 *Ídem*, Fourth Provisional Measures, p. 65, párrs. 54 y 55.

estuvieran relacionadas con la operación en curso contra la Franja¹³⁵; y, por último, 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 genocidio¹³⁶.

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 produjera ninguno de los actos que han sido alegados¹³⁷. Asimismo, el juez *ad hoc* Barak votó, basándose en los mismos argumentos, también en contra de esta medida, 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 Genocidio¹³⁸.

Las medidas provisionales segunda y tercera, adoptadas respectivamente por quince votos contra dos y, dieciséis a uno, se indican, de manera separada, para dar 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 individuos 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 castigo¹³⁹.

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 II¹⁴⁰, dejando sutilmente establecido 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 y siguiendo una política estatal¹⁴¹.

Esta medida se adoptó con el voto en contra de la jueza Sebutinde, quien la ha considerado redundante, ya que podría estar cubierta bien en la primera medida provisional ordenada por la Corte o

135 *Ídem*, Third Provisional Measures, p. 64, párr. 42.

136 *Ídem*, párr. 45.

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

138 *Ídem*, Separate Opinion Judge *ad hoc* Barack, párr. 43.

139 *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”.

140 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order of 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 1 above”.

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

bien ser un reflejo de las obligaciones que ya le incumben a Israel en virtud de los artículos I y II de la Convención sobre Genocidio¹⁴². De la misma manera, el juez *ad hoc* Barak votó en contra arguyendo el mismo razonamiento que utilizó para rechazar la primera medida provisional¹⁴³.

La tercera medida provisional indicada, adoptada por 16 votos a uno, 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 caso¹⁴⁴. 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 y discursos 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.

En referencia 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 de la Convención sobre Genocidio¹⁴⁵. El juez *ad hoc* Barak, que también votó a favor de esta medida, señaló que su motivación estaba basada en la esperanza de que la medida contribuyera a disminuir las tensiones y a desalentar este tipo de retórica tan perjudicial¹⁴⁶. Esta medida solo obtuvo el voto en contra de la jueza Sebutinde quien hizo referencia en su declaración, no solo a lo intencionada descontextualización de las diferentes declaraciones y mensajes de las autoridades israelíes presentados por Sudáfrica, sino a que no se podía apreciar que la política de guerra oficial del Gobierno israelí contuviera indicadores de una intención genocida¹⁴⁷.

La cuarta medida provisional ordenada por la CIJ, por dieciséis votos a uno, 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 hacer 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 res-

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

143 *Ídem*, Separate Opinion Judge *ad hoc* Barak.

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

145 *Ídem*, Declaration of Judge Nolte, párr.18.

146 *Ídem*, Separate Opinion Judge *ad hoc* Barak, párr. 44.

147 *Ídem*, Dissenting Opinion Judge Sebutinde, párr. 22.

tricciones y prohibiciones, incluidas las revocaciones de órdenes, para permitir el acceso a los servicios básicos de agua, alimentos, suministros y ayuda humanitaria, sino que también asumiera ese comportamiento respecto de la privación del acceso adecuado a asistencia médica, de la expulsión y el desplazamiento forzado de la población y la destrucción de la vida en Palestina¹⁴⁸, 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 grupo¹⁴⁹, pareciendo que la CIJ ha tratado de evitar 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 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 debían estar vinculadas y que, en todo caso, la CIJ debía tomar en consideración el contexto del conflicto armado y sus consecuencias en el marco del DIH¹⁵⁰.

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 Genocidio¹⁵¹.

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 lado, porque es conocida la dificultad de la Corte en la aplicación de este sector de normas del Derecho internacional¹⁵², pero que en todo caso no sería objeto de controversia en este caso quedando fuera de la autoridad de la Corte¹⁵³.

148 Ídem, 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”.

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

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

151 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order of 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.

152 ARÉVALO-RAMÍREZ, W, “The International Court of Justice and the international humanitarian law rules for armed conflicts”, *Revista Científica General José María Córdova*, vol. 20, n°. 38, 2022, April-June, pp. 425-442 Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova” DOI:10.21830/19006586.912

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

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 el establecimiento 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 adjuntas de los jueces a la sentencia traslucen diferentes opiniones y críticas en el seno de la 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 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 y su verosimilitud.

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 fondo¹⁵⁴.

Ahora bien, otros jueces han señalado en sus declaraciones que la dimensión de la tragedia humana, mostrada en la descripción de los hechos acontecidos durante la operación militar, “ha pulverizado el estándar de la plausibilidad”¹⁵⁵. En este sentido, el juez Nolte, aunque votó a favor de las medidas, mantuvo, haciéndose eco de la jurisprudencia de la CIJ en el caso *Gambia contra Myanmar*, 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. Sin embargo, el juez puso en duda la prueba de Sudáfrica sobre la plausibilidad de la intención genocida durante la operación militar y subrayó que no era suficiente con que Sudáfrica 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 sobre bases razonables en algún grado. 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, hizo notar la falta de precisión en la jurisprudencia de la Corte sobre el criterio de

154 *Ídem*, Declaration of Judge Bhandari.

155 REMIRO BROTONS, A., *Perspectivas e implicaciones de la Orden de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso Sudáfrica contra Israel*, Análisis, Real Instituto Elcano, 1 de febrero de 2024. Disponible en: <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/perspectivas-e-implicaciones-de-la-orden-de-la-corte-internacional-de-justicia-cij-en-el-caso-sudafrica-contra-israel/>.

plausibilidad y la ausencia de una clara explicación de sus razones para concluir que se cumple este criterio¹⁵⁶.

En la misma línea, el juez *ad hoc* Barack, en su voto particular, afirmó que no 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. Barack, 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 genocida¹⁵⁷.

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 protegidos¹⁵⁸, 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 genocidio¹⁵⁹. 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 Genocidio, sino en el de las normas del Derecho Internacional Humanitario, que no forman parte de la controversia entre las partes y permanecen fuera de la autoridad de la CIJ¹⁶⁰, cuestionando en este punto la competencia de la Corte.

2. Tesis sobre la falta de 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 Gaza¹⁶¹, respondían con absoluta claridad a uno de los

156 *Ídem*, Declaration of Judge Nolte, párr. 10 y ss.

157 *Ídem*, Separate Opinion of Judge *ad hoc* Barack, párrs. 29-41.

158 *Ídem*, Dissenting Opinion Judge Sebutinde. Llama la atención que la jueza Sebutinde se manifestará en el caso *Ucrania contra Rusia* a favor de la adopción de la medida provisional relativa a la suspensión de las operaciones militares sin esta delicada atención sobrevenida a los estándares en materia de plausibilidad.

159 *Ídem*, Dissenting Opinion of Judge Sebutinde, párrs. 17-23.

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

161 *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

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 Gaza¹⁶² que “forman parte de un continuo” de actos ilegales perpetrados contra el pueblo palestino desde 1948¹⁶³.

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 Genocidio durante el desarrollo de estas operaciones, situándose, incluso, en contra de la jurisprudencia de la propia Corte en casos anteriores en los que se han solicitado estas mismas medidas, en particular, los casos *Bosnia-Herzegovina contra Serbia*¹⁶⁴ y, el más reciente, *Ucrania contra Rusia*¹⁶⁵.

El segundo de los argumentos plantea que la jurisprudencia de la propia Corte 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 el 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 fin¹⁶⁶. Para ello, 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, romperían este equilibrio entre partes. De manera particular, ha querido destacar que las medidas, tal y como estaban planteadas por Sudáfrica, no serían vinculantes para Hamás por lo que afectarían unilateralmente al demandado; que

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”.

162 *Ídem*, 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, 11th January 2024 (verbatim record), Pattern of conduct indicates intent, p. 30, párr. 36.

163 *Ídem*, p.17, párr. 5.

164 Bosnia-Herzegovina solicitó que se adoptara una medida provisional por la que se 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”. Véase en *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Provisional Measures*, 20 March 1993, párr. 14 (3), véase también párr. 14 (1) y (2). La Corte, sin embargo, no la concedió y ello a pesar de que sí se afirmaba que se estaba produciendo un genocidio en el territorio del mismo Estado que solicitaba tales medidas provisionales y de las dos partes en el conflicto eran las partes en el caso. Véase en *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Provisional Measures*, Order of 8 April 1993, pp. 24-25, párr. 52.

165 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 Genocidio autorice el uso unilateral de la fuerza en el territorio de otro Estado y, al mismo tiempo, plausible que Ucrania tuviera un derecho a no ser objeto de operaciones militares por parte de Rusia con ese fin. Véase en *Ukraine v. Russian Federation, Provisional Measures*, Order of 16 March 2022, I.C.J. Reports 2022, p. 225, párrs. 59-60.

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

privarían a Israel de su derecho inmanente a la legítima defensa; y, por último, que darían a Hamás espacio para preservar y desarrollar sus capacidades, lo que le permitiría plantear una amenaza aún mayor si cabe¹⁶⁷. En conclusión, señala Israel 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 imparcialidad¹⁶⁸.

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 una naturaleza legal o jurídica, pero también otra de carácter político 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 Genocidio. De los casi doscientos casos sustanciados ante la CIJ, solo en 3 ocasiones la Corte se ha enfrentado a la indicación de medidas provisionales que conllevaran el alto el fuego: *Guinea Bissau y Senegal*¹⁶⁹, un caso claramente bilateral y fronterizo, *Ucrania contra Rusia*¹⁷⁰, un caso bilateral y marcado por una invasión, y el caso de *Sudáfrica contra Israel*. De estos casos, solo los dos últimos referidos tienen relación con la aplicación de la Convención sobre Genocidio; y, en todo caso, ambos parecieran presentar importantes diferencias.

En el caso *Ucrania c. Rusia*, las operaciones militares rusas en el territorio ucraniano habían sido justificadas para prevenir y castigar la comisión de un genocidio contra la población del Dombás, argumentando la existencia de una obligación *erga omnes* dimanante de la Convención sobre Genocidio¹⁷¹. 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 Rusia con este propósito¹⁷². 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 de la Convención sobre Genocidio y así lo hizo.

Sin embargo, en el caso *Sudáfrica c. 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 Genocidio. La Corte

167 *Ídem*, párrs. 25-35.

168 *Ídem*, párrs. 36 y 37.

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

170 *Ukraine v. Russian Federation, Provisional Measures*, Order of 16 March 2022, I.C.J. Reports 2022.

171 *Ídem*, pp. 230-231, párr. 86.

172 *Ídem*, p. 225, párrs. 59-60.

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 de la Convención”¹⁷³ Esta cuestión ha sido puesta de manifiesto, como ya se ha visto, en las declaraciones adjuntas a la decisión de la Corte por parte del juez Nolte¹⁷⁴, así como en el voto particular del juez *ad hoc* Barak¹⁷⁵ y en el voto disidente de la juez Sebutinde¹⁷⁶.

Por el contrario, de la decisión de la CIJ se trasluce la aplicación al caso del nuevo enfoque de plausibilidad, que se extiende no solo a los derechos reivindicados, sino a las reclamaciones de las partes, y que parece haber jugado –tácitamente– a favor del derecho a la legítima defensa argüido por Israel. 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 para la indicación de medidas provisionales, ya que no estaría facultada para ordenar aquellas medidas que negaran a Israel la capacidad de defenderse legalmente contra un ataque armado¹⁷⁷.

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 se puedan considerar actos de legítima defensa conforme al Derecho internacional¹⁷⁸, y trayendo a colación en este punto que la propia CIJ, en su Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en Palestina, haya cuestionado la posible invocación de este derecho por parte de Israel como fuerza ocupante de Palestina¹⁷⁹, la decisión de la CIJ parece haber mostrado un rechazo absoluto a cualquier colisión con el artículo 51 de la Carta y el derecho inmanente a la defensa de Israel.

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

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

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

175 *Ídem*, Separate Opinion of Judge *ad hoc* Barak.

176 *Ídem*, Dissenting Opinion of Judge Sebutinde.

177 LEMPEL, J., “Why the ICJ Cannot Order Israel to Stop the War in Gaza as a Provisional Measure, January 8, 2024”, *Blog of the European Journal of International Law*, EJIL Talk. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/why-the-icj-cannot-order-israel-to-stop-the-war-in-gaza-as-a-provisional-measure/>.

178 SCHMITT, M. N., Israel – Hamas 2023 Symposium: “The Legal Context of Operations Al-Aqsa Flood and Swords of Iron”, Oct 10, 2023, *Articles of War*. Disponible en: <https://lieber.westpoint.edu/legal-context-operations-al-aqsa-flood-swords-of-iron/>; BUCHAN, R., “Self-Defence as an Exception to the Principle of Non-Use of Force: Debunking the Myth”, November 29, 2023, *Blog of the European Journal of International Law*, EJIL:Talk. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/self-defence-as-an-exception-to-the-principle-of-non-use-of-force-debunking-the-myth/>; GILL, T., “The ICJ Wall Advisory Opinion and Israel’s Right of Self-Defence in Relation to the Current Armed Conflict in Gaza”, November 13, 2023, *Armed Groups and International Law*. Disponible en: <https://www.armedgroups-internationallaw.org/2023/11/13/the-icj-wall-advisory-opinion-and-israels-right-of-self-defence-in-relation-to-the-current-armed-conflict-in-gaza/>.

179 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 2004, p. 136, en p. 194, párr. 39. Hay que tener en cuenta las posibles salvedades que podrían alegarse con respecto a la ocupación efectiva de Israel sobre la Franja de Gaza después de producirse el “desenganche” de Israel, a partir del año 2006, una vez que Hamás asumió el gobierno de la Franja.

militares la teoría de los poderes inherentes, subrayando que la naturaleza y el alcance de la medida provisional 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 Corte¹⁸⁰.

Por añadidura, no es baladí preguntarse por cómo haya influido sobre esta decisión la percepción que tenga la CIJ sobre la cuestión de la naturaleza política y/o jurídica de la controversia y la subsiguiente tendencia hacia la judicialización de los conflictos armados. La jueza Sebutinde, en su opinión disidente, ya apuntó a la invocación de tratados como la Convención sobre Genocidio como un pretexto en un intento desesperado por forzar un caso ante la Corte con el fin de favorecer su resolución judicial¹⁸¹, opinión a la que se ha sumado el juez Barack¹⁸².

Para concluir, por más que puedan tener peso las diferentes razones que haya tenido la CIJ en su decisión de no indicar la suspensión de las operaciones militares, 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. 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 estadocentrismo a un enfoque denominado “*plausibility as human vulnerability*”, centrado en la protección de las necesidades y los intereses de los individuos y las comunidades humanas como fundamento último del Derecho internacional¹⁸³. La aplicación de este enfoque, realizando un análisis y una interpretación comprensiva de los hechos, de la naturaleza, la forma y el alcance de las operaciones militares, que se sitúan mucho más allá de los límites que establece el Derecho internacional en la legítima defensa y el DIH para alcanzar un objetivo militar legítimo, hubiera puesto de manifiesto 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.

A esta transformación del Derecho internacional 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 c. Rusia*, argumentó que la vulnerabilidad humana habría sustituido a la verosimilitud como factor clave para la indicación de medidas provisionales¹⁸⁴. 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

180 COUZIGOU, I., “Enforcement of UN Security Council Resolutions and of ICJ Judgments: The Unreliability of Political Enforcement Mechanisms”, en JAKAB, A., AND KOCHENOV, D., (eds), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States’ Compliance*, Oxford, 2017; online edn, Oxford Academic, 20 Apr. 2017. DOI:10.1093/acprof:oso/9780198746560.003.0022.

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

182 *Ídem*, Separate Opinion of Judge *ad hoc* Barack.

183 VER SPARKS, T., SOMOS, M. “The humanisations of provisional measures? (...), *op. cit.*”

184 *Ukraine v Russian Federation, Provisional Measures*, Order of 19 April 2017, I.C.J. Reports 2017, p. 104, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade.

su conjunto por las condiciones de vida de las personas¹⁸⁵ y ha argumentado que, en cualquier situación de concesión de medidas provisionales, los beneficiarios últimos son los individuos dentro de los Estados y no sólo el Estado en cuenta que entidad jurídica y política¹⁸⁶. Por esa razón, con más peso si cabe, en aquellos casos de controversias entre Estados que encierren cuestiones relativas a los daños directos e inmediatos sobre las personas y los grupos –especialmente las situaciones en las que se alegan graves abusos a los derechos humanos como es la aplicación de la Convención sobre Genocidio– la vulnerabilidad humana sería una prueba aún más convincente que la verosimilitud de los derechos de la partes para la indicación u ordenación de medidas provisionales cuando estén dirigidas a la protección de la vida e intereses de las personas y de los grupos¹⁸⁷, ya que no son comparables los daños irreparables que estos pueden padecer con los que pueda sufrir un Estado¹⁸⁸. De acuerdo con la opinión de algunas autoridades en la materia, la idea de que la Corte busque activamente proteger la vida de las personas a través de sus medidas provisionales dista mucho de ser radical¹⁸⁹.

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 ha comprometido la iniciativa sudafricana de tratar de poner fin a lo que considera la comisión de un genocidio sobre la población palestina en Gaza por medio de una guerra total sobre la Franja. Ahora bien, 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, hecha pública en las declaraciones del primer ministro de Israel, el 9 de febrero de 2024, y que se ha mantenido en lo sucesivo¹⁹⁰. En segundo lugar, la conclusión, en marzo de 2024, del informe titulado

185 *Ídem*.

186 *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.

187 *Íbid*.

188 VER SPARKS, T., SOMOS, M., “The humanisations of provisional measures? (...), *op. cit.* Human Right Council, Anatomy of a Genocide. Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, Francesca Albanese* (A/HRC/55/73), 25th March 2024, Advance unedited version.

189 HIGGINS, R., “Interim Measures for the Protection of Human Rights” *36 Columbia Journal of Transnational Law* 91, 1998, pp. 91-108; YOSHIYUKI LEE-IWAMOTO., “The Protection of Human Life Through Provisional Measures Indicated by the International Court of Justice” *15 Leiden Journal of International Law* (2) 2002, pp. 345-366.

190 Israel Prime Minister’s Office (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 evacuating the population and destroying the battalions.” Disponible en: <https://www.gov.il/Departments/news/spoke-rafah1090224>. See also: Prime Minister.

“Anatomía de un Genocidio” de la Relatora de la ONU sobre la situación de los derechos humanos en el territorio 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 grupo¹⁹¹. La Relatora, además, apunta a que estos actos se han prestado con apoyo militar, económico y político de otros actores políticos agravando la devastación que ha provocado en los palestinos¹⁹². Este informe contribuiría a llenar la insuficiencia de evidencias sobre la prueba requerida de la intención genocida de la operación militar durante el procedimiento de medidas provisionales, tan señalada en parte de las opiniones adjuntas de los jueces a la orden sobre las medidas provisionales adoptada por la CIJ. En último lugar, la publicación de este informe ha coincidido prácticamente en el tiempo con la adopción de la resolución 2728 (2024) del Consejo de Seguridad, de 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 Franja¹⁹³.

Estos nuevos hechos podrían motivar que Sudáfrica presentara una nueva solicitud de medidas provisionales, incluidas las medidas que la Corte había rechazado anteriormente, en virtud del artículo 75 (3) del Reglamento de la Corte. Como alternativa, Sudáfrica podría solicitar a la Corte que modificara las medidas provisionales existentes basándose en un “cambio en la situación” de acuerdo con el Artículo 76 (1) del Reglamento. Esto no habría requerido una audiencia, ya que las normas sólo exigen que el Tribunal conceda a las partes la oportunidad de presentar sus observaciones al respecto, según el Artículo 76 (3).

Sudáfrica, sin embargo, presentó una nueva solicitud de medidas provisionales, el 12 de febrero de 2024¹⁹⁴, y eligió 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. Como señala Sudáfrica, la CIJ puede excepcionalmente prescindir de las audiencias o de las presentaciones de las partes en un escenario de extrema urgencia y riesgo inminente de daño¹⁹⁵, aunque es cierto que nunca ha indicado medidas provisionales de oficio en ausencia de una parte que se lo pida por razones de urgencia¹⁹⁶.

191 Human Right Council, *Anatomy of a Genocide (...)*, *op. cit.*

192 *Ídem.*

193 S/RES/2728 (2024), Resolución 2728 (2024) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 9586ª sesión, celebrada el 25 de marzo de 2024. Disponible en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/080/85/pdf/n2408085.pdf?token=wvaaOjOpTTKycNNavQ&fe=true>.

194 *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 12th February 2024.*

195 La CIJ solo ha hecho uso de esta facultad en el caso *LaGrand*. BECKER, MICHAEL A., *Desperate Times, Desperate (Provisional) Measures: Rafah and South Africa's Latest Action at the ICJ*, *VerfBlog*, 2024/2/14. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/desperate-times-desperate-provisional-measures/>, DOI: 10.59704/6b19711edce7a00f.

196 *Ídem.*

En su comunicación a la Corte, Sudáfrica hizo 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 1,7 millones de palestinos vulnerables. Pero al solicitar que la Corte actúe de oficio, Sudáfrica no ha propuesto ninguna medida específica. Puede entenderse que Sudáfrica pretendía implícitamente 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. Pero Sudáfrica 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. La primera medida, tomada por unanimidad, en la que 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 humanitaria¹⁹⁷. La segunda, muy importante, y en la que ahora sí se aprecia un cambio definitivo de enfoque, en la que 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 urgencia¹⁹⁸.

La CIJ, por primera vez, ha indicado que el impedimento de la entrega de la asistencia humanitaria por parte de las fuerzas armadas podría constituir una violación de la Convención sobre 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 de su informe y de la adopción de la primera resolución del Consejo de Seguridad en la que se pide un alto el fuego inmediato.

En este nuevo contexto sería deseable una articulación *de facto* de medidas más ambiciosas. Una decisión de la CIJ sobre medidas provisionales que incluyese ahora sí, sobre la base de nuevos hechos y evidencias o pruebas, la suspensión de las operaciones militares significaría una clara alineación judicial con una decisión del Consejo de Seguridad y, viceversa, la CIJ vería respaldada su medida provisional por una decisión previa del Consejo, que sí dispone de los medios coercitivos necesarios para hacer cumplir tanto sus propias resoluciones como las decisiones de la CIJ¹⁹⁹.

Una posible ordenación de medidas provisionales de suspensión de las operaciones militares de la CIJ, leída en conjunto con la resolución del CS, tendría dos efectos: uno en el ámbito jurídico, puesto que reforzaría la idea de la obligatoriedad de las decisiones adoptadas por ambos órganos

197 *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 The Court Of The International Court Of Justice*, Order 28th March 2024.

198 *Ídem*, (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.

199 Sobre esta cuestión ver *supra*. n. 34.

y la posibilidad de hacerlas cumplir; otro, en la arena política, al reflejar una opinión general de la comunidad internacional que rechaza la guerra total de Israel contra la Franja. En algún momento, Israel tendría que dar por terminada su campaña contra los palestinos en Gaza.

V. CONCLUSIONES

El caso Sudáfrica c. Israel ante la Corte Internacional de Justicia ha colocado a este órgano judicial frente a un dilema ético al que solo podía dar respuesta a través del Derecho: humanización o barbarie.

La humanización significa poner el Derecho internacional al servicio de la protección de los derechos de los individuos y de los pueblos frente a sus agresiones más aberrantes, aun cuando existan intereses de los Estados. Una concepción puramente formal del Derecho internacional y de la aplicación de sus normas, que lo desvinculen de los más importantes elementos morales, sociales y políticos, que constituyen su medio de acción y condicionan su efectividad, pueden contribuir a refrendar la barbarie.

Es incuestionable que los palestinos de Gaza están sufriendo una grave amenaza contra su propia existencia, provocada por un contexto, creado a través del desarrollo de las operaciones militares de Israel en la Franja, que está produciendo condiciones calculadas para su destrucción física. La protección de su existencia como grupo constituye una obligación de todos los Estados que forman parte de la comunidad internacional y para ello han de utilizar todos los medios legales que se encuentren a su alcance. Este ha sido el propósito de Sudáfrica al solicitar a la Corte que indicara la suspensión de estas operaciones militares. Asimismo, es indiscutible, desde una perspectiva estrictamente jurídica, que la guerra total declarada por Israel contra la Franja de Gaza no respeta mínimamente los contornos de la legítima defensa, ni las normas del Derecho Internacional Humanitario. La decisión de no suspender las operaciones militares de Israel, basada en la aplicación del nuevo enfoque sobre el criterio procesal de la plausibilidad en la fase de medidas provisionales, destila la idea de que el derecho del pueblo palestino de no ser destruido debe quedar sometido a la protección del derecho a la legítima defensa de Israel. Para superar esta decisión, apegada a una concepción tradicional del Derecho internacional, hubiera bastado como anteponer el criterio de la vulnerabilidad humana al de la plausibilidad como factor clave para la indicación de las medidas provisionales.

La Corte Internacional de Justicia parece moverse en esa dirección. La decisión que ha adoptado el día de cierre de este artículo, 24 de mayo de 2024, respecto de la petición urgente de adopción y modificación de medidas provisionales solicitada por Sudáfrica el 10 de mayo, y en la que indica que Israel debe detener inmediatamente su ofensiva militar y cualquier otra acción en la provincia de Rafah, que puede infligir al grupo palestino en Gaza condiciones de vida que podrían provocar su destrucción física, destrucción total o parcial²⁰⁰, constituye un paso esperanzador.

200 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order of 24 May 2024.

