

fue contestada por la posición reticente de la Corte en este caso. Fue aún más lamentable al recordar que los demandantes, al referirse al "daño psicológico" causado a los habitantes de la región del Pacífico Sur por "su ansiedad en cuanto a los posibles efectos de lluvia radioactiva en el bienestar de ellos mismos y sus descendientes" como resultado de los ensayos nucleares realizados en la atmósfera, irónicamente invocaron la noción de obligaciones *erga omnes* avanzada por la misma CIJ en sus famosos *obiter dicta* en el caso *Barcelona Traction* solamente cuatro años antes³⁹ (*supra*).

3. La Prevalencia de los Principios Generales del Derecho Internacional Humanitario

De todos modos, la CIJ, a pesar de haber perdido esa oportunidad histórica para aclarar el punto fundamental en cuestión, ahora -dos décadas después- tiene una segunda oportunidad de pronunciarse sobre un asunto que tiene una influencia directa sobre el derecho fundamental a la vida, no susceptible de suspensión, y en su dimensión amplia. Recientemente, en mayo de 1993, la Organización Mundial de Salud (OMS), dándose cuenta de que la "prevención primaria de las amenazas a la salud que representan las armas nucleares requiere de una aclaración sobre el estado de su uso en el derecho internacional" y que "por los últimos 48 años los Estados miembros han expresado claras diferencias de opinión sobre la legalidad del uso de armas nucleares", solicitó a la CIJ una opinión consultiva sobre la siguiente pregunta: "¿En vista de los efectos a la salud y al medio ambiente, el uso de armas nucleares por un Estado durante una guerra u otro conflicto armado constituiría una violación de sus obligaciones bajo el derecho internacional, inclusive de la Constitución de la OMS"⁴⁰?

39 Como recordado en la opinión disidente conjunta de los Jueces Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga y Waldock, *ICJ Reports* (1974) págs. 362, 368-369 y 520-521; tal como en la opinión disidente del Juez Barwick, *Ibid.*, págs. 436-437.

40 ICJ, *Request for Advisory Opinion - Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, de 14.05.1993, págs. 4 y 6. Y para las órdenes de la CIJ sobre este asunto, cf. *ICJ Reports* (1993) págs. 467-468; e *ICJ Reports* (1994) págs. 109-110. Hasta el 20.09.1994, escritos sobre el asunto habían sido presentados a la Secretaría de la CIJ por 34 Estados; *Communiqué* n. 94/20 de 23.09.1994, pág. 1.

Luego, la misma Asamblea General de las Naciones Unidas, en diciembre de 1994, consciente de que "la existencia y el desarrollo continuo de armas nucleares presentan riesgos serios a la humanidad" y convencida de que "la eliminación completa de armas nucleares es la única garantía contra la amenaza de una guerra nuclear"; solicitó que la CIJ diera una opinión consultiva sobre la siguiente pregunta (con una ligera diferencia de redacción de la OMS): "¿El derecho internacional permite la amenaza o uso de armas nucleares en cualquier circunstancia?"⁴¹. La Asamblea General se refirió a sus resoluciones previas por las cuales había declarado que el uso de armas nucleares sería una violación de la Carta de la ONU y un crimen contra la humanidad⁴².

Mientras se esperan ansiosamente las opiniones consultivas de la CIJ, hay que recordar que el Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario de 1949, en su artículo 35 (3), prohíbe "el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural"; y que el artículo 48 del Protocolo I impone el deber a las Partes en conflicto de distinguir entre población civil y combatientes; y el artículo 35(2) del mismo Protocolo prohíbe el empleo de armas y "métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios"⁴³. De ahí se podría por lo menos inferir la ilegalidad de

41 ICJ, *Request for Advisory Opinion - Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, de 15. 12. 1994, págs. 5-7.

42 Es decir, A.G. resoluciones 1653 (XVI) de 24.11.1961; 33/71 B de 14.12.1978; 34/83 G de 11.12.1979; 35/152 D de 12.12.1980; 36/92 I de 09.12.1981; 45/59 B de 04.12.1990; y 46/37 D de 06.12.1991; *cit. in Ibid.*, pág. 4; y cf., para la orden de la CIJ sobre este asunto, *ICJ Reports* (1995) págs. 3-4.

43 Para comentarios sobre estas disposiciones, cf. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (ed. Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann), Ginebra, ICRC/Nijhoff, 1987, págs. 389-420 y 597-600.

las armas nucleares⁴⁴. Como hace poco ha manifestado un órgano internacional de supervisión de los derechos humanos, el derecho a la vida es "el derecho supremo del cual no se permite suspensión alguna aún en tiempo de emergencia pública", y la amenaza de armas de destrucción masiva debería ser relacionada a la "obligación suprema de los Estados de prevenir la guerra". Se asoció entonces con la preocupación creciente expresada durante sucesivos períodos de sesiones de la Asamblea General de la ONU, por representantes de todas las regiones geográficas, con lo que representa una de las "amenazas más grandes al derecho a la vida que confronta la humanidad hoy en día", y por eso hizo un llamado a "todos los Estados", en el "interés de la humanidad", a tomar pasos urgentes unilateralmente y por acuerdo, "para eliminar del mundo esa amenaza"⁴⁵.

Existen, en efecto, antecedentes en la jurisprudencia de CIJ que deberían ser mencionados. La preocupación de la CIJ de asegurar la aplicación o cumplimiento de obligaciones de carácter humanitario data desde su fallo en el caso del *Canal de Corfu* (1949). Al enfatizar la obligación internacional de Albania de notificar, en interés de la navegación en general, la existencia de minas en sus aguas territoriales, la CIJ ponderó que tal obligación está fundada en "ciertos principios generales y reconocidos, tales como consideraciones elementales de humanidad, aún más exigentes en tiem-

44 Cf. Pastor Ridruejo, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 1994, págs. 678 y 680-681.

45 ONU, *Report of the Human Rights Committee*, G.A.O.R., 40th session (1985), suppl. n. 40- (A/40/40), pág. 162. Para un estudio general, cf. Gormley, W.P., "The Right to Life and the Rule of Non Derogability: Peremptory Norms of *Jus Cogens*", en *The Right to Life in International Law* (ed. B.G. Ramcharan), Dordrecht, Nijhoff, 1985, págs. 120-159.

pos de paz que de guerra..."⁴⁶. Poco después, en su opinión consultiva sobre *Reservas a la Convención contra el Genocidio* (1951), la CIJ observó que esa Convención había sido adoptada "con un propósito puramente humanitario y civilizador"; su objeto "por un lado es de velar por la existencia misma de ciertos grupos humanos y por otro lado de confirmar y endosar los más elementales principios de la moralidad. En este tipo de Convención los Estados Partes no tienen intereses propios; solo tienen, cada uno, un interés común que es el cumplimiento de estos altos propósitos que son la razón de ser de la Convención. Por ello, en una Convención de esta naturaleza no se puede hablar de ventajas o desventajas individuales de los Estados o del mantenimiento de un balance contractual perfecto entre derechos y deberes. Los altos ideales que inspiraron la Convención dan, en virtud de la voluntad común de las Partes, la base y medida de todas sus cláusulas"⁴⁷. Dos décadas después, en su opinión consultiva sobre *Namibia* (1971), la CIJ, al decidir que África del Sur había violado sus obligaciones internacionales de derechos humanos, manifestó que "disposiciones relacionadas con la protección de la persona humana contenidas en los tratados de carácter humanitario"⁴⁸ eran aplicables al territorio fideicomisado en cuestión.

Más recientemente, en su fallo en el caso de *Nicaragua* (1986), la CIJ decidió que "una violación a los principios del derecho humanitario" (subyacentes a los términos de la Convención n. VIII de 1907)⁴⁹ había sido cometida por los Estados Unidos con respecto al hecho de colocar una red de minas en aguas nicaragüenses. Cabe señalar que la CIJ tomó en cuenta la obligación de "hacer respetar", prevista en el artículo 1 común de los Convenios de Gine-

46 ICJ Reports (1949) pág. 22.

47 ICJ Reports (1951) pág. 23.

48 ICJ Reports (1971) pág. 47.

49 ICJ Reports (1986) pág. 112, y cf. pág. 147.

bra de 1949 sobre Derecho Internacional Humanitario. Dejó por eso claro los principios generales básicos del derecho internacional humanitario contemporáneo, reconociendo su aplicabilidad en toda circunstancia, para asegurar una mejor protección de las víctimas⁵⁰. En las circunstancias del caso, la Corte condenó a los Estados Unidos por violación del derecho internacional, por haber alentado a través de la difusión por la CIA de un manual sobre "Operaciones Psicológicas en Lucha de Guerrilla", la realización por los "contras" y otras personas involucradas en el conflicto en Nicaragua de actos de violación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949⁵¹.

Aunque Nicaragua se hubiese abstenido de referirse en este caso a los cuatro Convenios de Ginebra, la CIJ determinó que en razón de los principios generales del derecho internacional humanitario los Estados Unidos tenían "la obligación de no alentar a personas o grupos de personas involucrados en el conflicto en Nicaragua a cometer violaciones del artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra"⁵². En las palabras de la Corte, "los Estados Unidos tenían la obligación, en los términos del artículo 1 de los cuatro Convenios de Ginebra, de 'respetar' y también 'hacer respetar' esos Convenios 'en toda circunstancia', pues tal obliga-

50 Abi-Saab, Rosemary, "Les 'principes généraux du droit humanitaire selon la Cour Internationale de Justice", 766 *Revue internationale de la Croix-Rouge* (1987) págs. 388-389. Así, al enfocar el contenido del derecho humanitario (en cuanto que sea aplicable a las actividades de los Estados Unidos), la CIJ fue más allá del alegato de la aplicación nicaragüense que inició el proceso, de una violación de parte de los Estados Unidos de las obligaciones de acuerdo al derecho internacional general y consuetudinario; cf. Lang. C., *L'affaire Nicaragua/Etats Unis devant la Cour Internationale de Justice*, Paris, LGDJ, 1990, págs. 254 y 140. Sobre la interacción entre el derecho convencional y el derecho consuetudinario con respecto al derecho humanitario (a la luz del fallo en el caso de *Nicaragua* de 1986 de la CIJ), al efecto de aumentar la protección, cf. Bruderlein, C., "De la coutume en droit international humanitaire", 792 *Revue internationale de la Croix-Rouge* (1991) págs. 612-629.

51 *ICJ Reports* (1993) págs. 129-130

52. *Ibid.*, pág. 114.

ción no deriva solo de los propios Convenios, sino también de los principios generales del derecho humanitario a los cuales los Convenios simplemente dan expresión concreta”⁵³. La obligación de “respetar” y “hacer respetar” finalmente obtuvo reconocimiento judicial por parte de la CIJ, un factor importante hacia una mayor precisión de su contenido y alcance en el futuro próximo.

La CIJ tiene bajo consideración el caso de la *Aplicación de la Convención contra el Genocidio* (Bosnia y Herzegovina v. Yugoslavia -Serbia y Montenegro) en el cual se han invocado los principios básicos del derecho internacional humanitario y las obligaciones del derecho internacional general y consuetudinario. En su orden del 13 de setiembre de 1993, la CIJ advirtió que “ninguna reparación podría borrar los resultados de una conducta que la Corte pueda encontrar contraria al derecho internacional”⁵⁴. Al reafirmar las medidas provisionales de su orden de 8 de abril de 1993, la CIJ enfatizó el deber fundamental de prevenir la comisión de cualesquiera actos de genocidio, así como el deber de castigarlos, conforme la Convención contra el Genocidio⁵⁵.

4. Las Obligaciones *erga omnes* en Materia de los Derechos Humanos

Una de las contribuciones más significativas de la jurisprudencia de la CIJ al desarrollo de la materia en estudio ha sido la noción de obligaciones *erga omnes* relativa a los derechos humanos. Esta corriente doctrinal fue iniciada con la importante opinión consultiva sobre *Reservas a la Convención contra el Genoci-*

53. *Ibid.*, pág. 114. Para un estudio de los aspectos jurisdiccionales del caso, cf. Trindade, A.A. Cançado, “Nicaragua versus Estados Unidos: Os Limites de Jurisdição Obrigatoria da Corte Internacional de Justiça e as Perspectivas da Solução Judicial de Controversias Internacionais”, 67/68 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1985-1986) págs. 71-96.

54. *ICJ Reports* (1993) pág. 349 y cf. pág. 326.

55. *Ibid.*, págs. 347-350.

dio (1951), en la cual la CIJ manifestó que “los principios que informan el contenido de la Convención [contra el Genocidio] son principios reconocidos (...) como obligatorios a los Estados, al margen de cualquier vínculo convencional (...). Por ello, fue la intención de la Asamblea General [de la ONU] y las Partes Contratantes que la Convención contra el Genocidio sea sin duda universal en su alcance”⁵⁶. Esta manifestación de la CIJ de que el genocidio es una violación del derecho internacional convencional y del derecho consuetudinario preparó el terreno para su construcción jurisprudencial subsiguiente sobre obligaciones *erga omnes* en materia de derechos humanos.

Dos décadas después, en su importante opinión consultiva sobre *Namibia* (1971), la CIJ clarificó que la Carta de la ONU impone a los Estados miembros de las Naciones Unidas obligaciones legales en el campo de los derechos humanos. En las palabras de la Corte, “la terminación del mandato y la declaración de la ilegalidad de la presencia de África del Sur en Namibia son aplicables a todos los Estados en el sentido de prohibir *erga omnes* la legalidad de una situación que existe en violación del derecho internacional”⁵⁷. La CIJ agregó que de acuerdo con la Carta de la ONU, el Estado mandatario “se había comprometido a observar y a respetar, en un territorio con estatuto internacional, los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos sin distinción de raza. El hecho de establecer y de imponer, por el contrario, distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones que están únicamente fundadas en la raza, el color, la descendencia o el origen nacional o étnico y que constituyen una denegación de los derechos fundamentales de la persona humana, es una violación flagrante de los fines y principios de la Carta”⁵⁸.

56 *ICJ Reports* (1951) pág. 23.

57 *ICJ Reports* (1971) pág. 56.

58 *Ibid.*, pág. 57.

La CIJ desarrolló su razonamiento en este respecto en su decisión sobre el caso *Barcelona Traction* (1970). En los famosos párrafos 33 y 34 del fallo, la Corte reconoció la existencia de obligaciones *erga omnes*, que "concernen a todos los Estados", es decir, "obligaciones de los Estados respecto a la comunidad internacional en su conjunto"; tales obligaciones, agregó la Corte, "se desprenden, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio y también de los principios y de las normas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial"⁵⁹. Al recordar su opinión consultiva sobre *Reservas a la Convención contra el Genocidio* (*supra*), la CIJ notó que, mientras algunos de los derechos correspondientes de protección "están otorgados por instrumentos internacionales de naturaleza universal o cuasi-universal", otros "han entrado en el *corpus* del derecho internacional general"⁶⁰.

La CIJ consideró de nuevo este asunto una década después, al considerar la condición de los rehenes en el *cas d'espèce* desde el ángulo de la protección de los derechos humanos fundamentales no susceptibles de suspensión e invocando de modo expreso la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. De hecho, en el caso de los *Rehenes en Tehran* (1980), en otro conocido *dictum*, la CIJ manifestó que "privar a los seres humanos ilegalmente de su libertad y sujetarlos a un constreñimiento físico en condiciones de penuria es en sí mismo manifiestamente incompatible con los principios de la Carta de las Naciones Unidas y con los princi-

59 *ICJ Reports* (1970) pág. 32.

60 *Ibid.*, pág. 32. Tal reconocimiento, de gran significado y actualmente muy citado, no obstante no tiene una evolución paralela en la adjudicación internacional (disposiciones jurisdiccionales pertinentes), así disminuyendo la posibilidad de la protección internacional de los derechos humanos al nivel universal, -como advertido por la CIJ en el párrafo 91 del mismo fallo en el caso *Barcelona Traction*; *ibid.*, pág. 47. El punto no pasó desapercibido en la opinión separada del Juez Petrén en el caso *Nuclear Tests*, Nueva Zelandia v. Francia, *ICJ Reports* (1974) pág. 488, y *Australia v. Francia*, *ibid.*, pág. 303.

pios básicos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos”⁶¹.

IV. Consideraciones Finales

En la jurisprudencia de la CIJ -con antecedentes en la de la CPJI- existen elementos que han tenido una influencia directa sobre la cuestión de los derechos humanos que no pueden ser suspendidos. Tales elementos se han centrado en la cristalización de la capacidad jurídica internacional de la persona humana (paralelo a la erosión gradual de la jurisdicción interna de los Estados), en el crecimiento del *corpus juris gentium* y en el reconocimiento de que las normas de los derechos humanos se han infiltrado en el *corpus* del derecho internacional general, la prevalencia de los principios generales del derecho internacional humanitario. Otro elemento de gran importancia en la jurisprudencia de la CIJ ha sido la elaboración de obligaciones *erga omnes* en materia de derechos humanos. La determinación del contenido de tales obligaciones es un proceso en curso hoy en día. No obstante, cabe señalar que estos puntos han sido desarrollados por la CIJ, a pesar de centrarse sobre todo en la solución de disputas entre Estados y de la falta de acceso directo de los individuos al Tribunal.

Este asunto tiene que ser parte de un debate más amplio que ya se está dando sobre los modos de establecer obligaciones *erga omnes*, con base en las normas perentorias en el derecho consuetudinario y del enfoque del *jus cogens* respecto a los derechos humanos. El núcleo duro (*hard core*) de derechos no susceptibles de suspensión puede ampliarse, está abierto a crecimiento o expansión. Su existencia misma -expresada en los tratados humanitarios y de derechos humanos- es un logro definitivo de la civilización. También esta materia está vinculada a la promoción de convergencias

61 ICJ Reports (1980) pág. 42.

entre los derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho de refugiados, con el propósito de fortalecer la protección internacional de la persona humana. El concepto de la no-suspensión aparece últimamente como una manifestación de la búsqueda del mínimo irreducible y universalmente reconocible en la protección del ser humano en todas circunstancias.

Como ya se indicó, la jurisprudencia de la CIJ ha contribuido en forma significativa al desarrollo de algunos aspectos en esta materia. En más de una ocasión esa contribución pudiera haber sido más sustancial. De todos modos, la CIJ fue pionera, en una importante opinión consultiva de 1951, cuando fue el primer tribunal internacional en señalar que los tratados de derechos humanos -tomando en cuenta la Convención contra el Genocidio- no pueden ser abordados de acuerdo a las ventajas o desventajas individuales de los Estados Partes. Más bien tienen que ser enfocados, clarificó la Corte, a la luz del interés común y los propósitos superiores que los subyacen⁶². Este punto fue luego considerado y desarrollado por las dos Cortes regionales de Derechos Humanos -la Europea y la Interamericana- que revelan una *jurisprudence constante* convergente, que enfatiza la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos y la especificidad del derecho internacional de los derechos humanos. Se puede esperar que éste y otros puntos desarrollados por la construcción jurisprudencial de la CIJ hasta la fecha sobre esta materia puedan ser y serán desarrollados por las dos Cortes regionales de derechos humanos, básicamente dirigidas a la protección de los derechos de la persona humana más bien que de los derechos de los Estados. Es en este contexto de protección que el estudio y la evolución de la cuestión de los derechos no susceptibles de suspensión pueden ser particularmente enriquecidos y aún más promocionados. Y eso puede contribuir de modo significativo al desarrollo del derecho internacional en el dominio de la protección internacional de la persona humana.

62 Cf. *ICJ Reports* (1951) pág. 23.