

## 104. LEGALIDAD DE LA AMENAZA O EL EMPLEO DE ARMAS NUCLEARES

### Opinión consultiva de 8 de julio de 1996

La Corte emitió su opinión consultiva sobre la solicitud presentada por la Asamblea General de las Naciones Unidas respecto a la cuestión de la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares.

El texto del último párrafo de la opinión es el siguiente:

“Por estas razones,

“LA CORTE,

“1) Por 13 votos contra 1,

“Decide aceptar la solicitud de una opinión consultiva;

“VOTOS A FAVOR: Bedjaoui, *Presidente*; Schwebel, *Vicepresidente*; Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Ferrari Bravo y Higgins, *Magistrados*;

“VOTO EN CONTRA: Oda, *Magistrado*;

“2) *Responde* en la siguiente forma a la cuestión planteada por la Asamblea General:

“A) Por unanimidad,

“No existe ni en el derecho internacional consuetudinario ni en el derecho internacional convencional ninguna autorización específica de la amenaza o el empleo de armas nucleares;

“B) Por 11 votos contra 3,

“No existe ni en el derecho internacional consuetudinario ni en el derecho internacional convencional ninguna prohibición total y universal de la amenaza o el empleo de las armas nucleares como tales;

“VOTOS A FAVOR: Bedjaoui, *Presidente*; Schwebel, *Vicepresidente*; Oda, Guillaume, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereshchetin, Ferrari Bravo y Higgins, *Magistrados*;

“VOTOS EN CONTRA: Shahabuddeen, Weeramantry y Koroma, *Magistrados*;

“C) Por unanimidad,

“Es ilegal una amenaza o un empleo de la fuerza por medio de armas nucleares en contra de lo dispuesto en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y que no cumpla los requisitos del Artículo 51;

“D) Por unanimidad,

“La amenaza o el empleo de armas nucleares debe también ser compatible con las exigencias del derecho internacional aplicable a los conflictos armados, en particular con los principios y normas del derecho internacional humanitario, así como con las obligaciones concretas en virtud de tratados y otros compromisos que se refieren expresamente a las armas nucleares;

“E) Por 7 votos contra 7, con el voto decisivo del Presidente,

“De los requisitos antes mencionados se desprende que la amenaza o el empleo de armas nucleares sería, en general, contrario a las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados y, en particular, a los principios y normas de derecho humanitario;

“Sin embargo, habida cuenta de la situación actual del derecho internacional y de los elementos de hecho de que dispone, la Corte no puede concluir definitivamente que la amenaza o el empleo de armas nucleares fuese legal o ilegal en circunstancias extremas de legítima defensa en que estuviese en juego la supervivencia misma de un Estado;

“VOTOS A FAVOR: Bedjaoui, *Presidente*; Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereshchetin y Ferrari Bravo, *Magistrados*;

“VOTOS EN CONTRA: Schwebel, *Vicepresidente*; Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Koroma y Higgins, *Magistrados*;

“F) Por unanimidad,

“Existe la obligación de proseguir de buena fe y llevar a su conclusión las negociaciones con miras al desarme nuclear en todos sus aspectos bajo un control internacional estricto y efectivo.”

\*

La composición de la Corte fue la siguiente: *Presidente*: Bedjaoui; *Vicepresidente*: Schwebel; *Magistrados*: Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Ferrari Bravo y Higgins; *Secretario*: Valencia Ospina.

El Presidente Bedjaoui y los Magistrados Herczegh, Shi, Vereshchetin y Ferrari Bravo agregaron declaraciones a la opinión consultiva de la Corte; los Magistrados Guillaume, Ranjeva y Fleischhauer agregaron opiniones separadas; el Vicepresidente Schwebel y los Magistrados Oda, Shahabuddeen, Weeramantry, Koroma y Higgins agregaron opiniones disidentes.

*Presentación de la solicitud y actuaciones subsiguientes* (párrs. 1 a 9)

La Corte comienza recordando que, mediante una carta de fecha 19 de diciembre de 1994, registrada en la Secretaría de la Corte el 6 de enero de 1995, el Secretario General de las Naciones Unidas comunicó oficialmente al Secretario de la Corte la decisión adoptada por la Asamblea General de solicitar de la Corte una opinión consultiva. En el último párrafo de la resolución 49/75 K, aprobada por la Asamblea General el 15 de diciembre de 1994, que plantea la cuestión, se dice que la Asamblea General

“Decide, de conformidad con el párrafo 1 del Artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, solicitar a la

Corte Internacional de Justicia que dé con carácter de urgencia su opinión consultiva sobre la cuestión siguiente: “¿Autoriza el derecho internacional en alguna circunstancia la amenaza o el empleo de armas nucleares?” ”

La Corte recapitula a continuación las diversas etapas de las actuaciones.

#### *Competencia de la Corte* (párrs. 10 a 18)

La Corte examina en primer lugar si es competente para responder a la solicitud de una opinión consultiva hecha por la Asamblea General y si, en caso de que la respuesta sea afirmativa, existe alguna razón por la que deba declinar el ejercicio de esa competencia.

La Corte señala que su competencia respecto a las opiniones consultivas procede del párrafo 1 del Artículo 65 de su Estatuto, en tanto que en el párrafo 1 del Artículo 96 de la Carta se establece que:

“La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica.”

Algunos Estados, que se oponían a que la Corte emitiera una opinión, argumentaron que la Asamblea General y el Consejo de Seguridad pueden pedir una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica sólo en la esfera de sus actividades. A juicio de la Corte, importa poco si esta interpretación del párrafo 1 del Artículo 96 es o no es correcta; en el presente asunto, la Asamblea General es competente, en todo caso, para solicitarla de la Corte. Refiriéndose a los Artículos 10, 11 y 13 de la Carta, la Corte resuelve que, sin duda, la cuestión que se le ha planteado es pertinente respecto a muchos aspectos de las actividades y responsabilidades de la Asamblea General, incluidas las relativas a la amenaza o el empleo de la fuerza en las relaciones internacionales, el proceso de desarme y el desarrollo progresivo del derecho internacional.

#### *“Cuestión jurídica”* (párr. 13)

La Corte señala que ya ha tenido la oportunidad de indicar que las cuestiones

“redactadas en términos jurídicos y que planteen problemas de derecho internacional ... son, por su propia naturaleza, susceptibles de una respuesta basada en el derecho ... [y] parece ... que son cuestiones de carácter jurídico” (*Sáhara Occidental, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1975*, pág. 18, párr. 15).

Resuelve que la cuestión que le ha planteado la Asamblea General es, sin duda, de carácter jurídico, ya que se pide a la Corte que decida sobre la compatibilidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares con los principios y normas pertinentes de derecho internacional. Para hacerlo, la Corte debe determinar los principios y normas vigentes, interpretarlos y aplicarlos a la amenaza o el empleo de armas nucleares, dando así una respuesta basada en el derecho a la cuestión planteada.

El hecho de que esa cuestión tenga también aspectos políticos, como, dada la naturaleza de las cosas, ocurre con tantas cuestiones que surgen en la vida internacional, no basta para privarla de su carácter de “cuestión jurídica” ni para “privar a la Corte de una competencia que se

le confiere expresamente en su Estatuto”. Ni son pertinentes la naturaleza política de los motivos que pueda decirse que han inspirado la solicitud, o las consecuencias políticas que pueda tener la opinión emitida, para determinar la competencia de la Corte para emitirla.

#### *Facultad discrecional de la Corte para emitir una opinión consultiva* (párrs. 14 a 19)

En el párrafo 1 del Artículo 65 del Estatuto se establece: “La Corte *podrá* emitir opiniones consultivas ...” (se ha añadido la letra cursiva). Esa disposición no es sólo una autorización. Como la Corte ha resaltado repetidamente, el Estatuto le confiere la facultad discrecional de emitir o no la opinión consultiva que se le ha solicitado, una vez que haya determinado su competencia al respecto. En ese contexto, la Corte ha señalado previamente lo siguiente:

“La opinión de la Corte se da no a los Estados, sino al órgano que está facultado para solicitarla; la respuesta de la Corte, que es ella misma un “órgano de las Naciones Unidas”, representa su participación en las actividades de la Organización y, en principio, no debe denegarse.” (*Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania, Primera Fase, Opinión Consultiva, I.C.J. Reports 1950*, pág. 71).

En la historia de la Corte actual no ha habido ninguna negativa, basada en la facultad discrecional de la Corte, a responder a una solicitud de opinión consultiva; en el caso relativo a la *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados*, la negativa a dar a la Organización Mundial de la Salud la opinión consultiva solicitada por ella estaba justificada por la falta de competencia de la Corte en ese caso.

Durante las actuaciones se adujeron varias razones para persuadir a la Corte de que, en el ejercicio de su facultad discrecional, debía negarse a emitir la opinión solicitada por la Asamblea General. Varios Estados, al alegar que la cuestión planteada a la Corte era vaga y abstracta, parecían indicar con ello que no existía ninguna controversia concreta respecto al objeto de la cuestión. Para responder a ese argumento es necesario distinguir entre los requisitos aplicables al procedimiento contencioso y los aplicables a las opiniones consultivas. El propósito de la función consultiva no es resolver —al menos directamente— controversias entre Estados, sino ofrecer asesoramiento jurídico a los órganos e instituciones que solicitan la opinión. Por consiguiente, el hecho de que la cuestión planteada a la Corte no esté relacionada con una controversia específica no debe inducir a rehusar la opinión solicitada. Otros argumentos se referían: al temor de que el carácter abstracto de la cuestión pudiera inducir a la Corte a hacer declaraciones hipotéticas o especulativas, ajenas a su función judicial; al hecho de que la Asamblea General no haya explicado a la Corte para qué propósitos precisos solicita la opinión consultiva; a que una respuesta de la Corte en este caso puede afectar adversamente a las negociaciones en materia de desarme y perjudicar, por lo tanto, los intereses de las Naciones Unidas, y al temor de que, al responder a la cuestión planteada, la Corte se salga de su función judicial y se arrogue una capacidad legislativa.

La Corte no acepta esos argumentos, y concluye que está facultada para emitir una opinión sobre la cuestión planteada por la Asamblea General, y que no existe ninguna

“razón concluyente” que fuerce a la Corte a ejercer su facultad discrecional de no responder a la cuestión planteada. Señala, sin embargo, que otra cuestión completamente diferente es si, dadas las limitaciones que le impone su carácter de órgano judicial, podrá dar una respuesta completa a la pregunta que se le hace. Pero ésa es una cuestión diferente de la negativa total a responder.

#### *Formulación de la cuestión planteada (párrs. 20 a 22)*

La Corte resuelve que no es necesario pronunciarse sobre las posibles divergencias entre los textos francés e inglés de la cuestión planteada. Su verdadero objetivo está claro: determinar la legalidad o ilegalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares. Y la Corte resuelve que el argumento relativo a las conclusiones jurídicas que han de extraerse del uso de la palabra “autoriza” y las cuestiones relativas a la carga de la prueba, a que se dice que esa palabra da lugar, carecen de importancia particular para la determinación de las cuestiones planteadas.

#### *El derecho aplicable (párrs. 23 a 34)*

Al tratar de responder a la pregunta que le ha hecho la Asamblea General, la Corte debe decidir, tras examinar el gran corpus de normas de derecho internacional de que puede valerse, cuál puede ser el derecho aplicable pertinente.

La Corte considera que la cuestión de si determinada pérdida de vidas, debida al empleo de cierta arma en la guerra, ha de considerarse una privación arbitraria de la vida, contraria al artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como alegan algunos de los partidarios de la ilegalidad del empleo de armas nucleares, sólo puede decidirse por referencia al derecho aplicable en los conflictos armados, y no puede deducirse de los términos del propio Pacto. La Corte señala también que la prohibición del genocidio sería pertinente en este caso si el recurso a las armas nucleares entrañara de hecho el elemento de intención hacia un grupo como tal, que requiere el artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. A juicio de la Corte, sólo sería posible llegar a tal conclusión después de haber tenido debidamente en cuenta las circunstancias específicas de cada caso. La Corte resuelve además que, si bien el derecho internacional vigente relativo a la protección y la salvaguardia del medio ambiente no prohíbe expresamente el empleo de armas nucleares, ese derecho indica importantes factores ambientales que han de tenerse debidamente en cuenta en el contexto de la aplicación de los principios y normas del derecho relativo a los conflictos armados.

Teniendo presente cuanto antecede, la Corte concluye que el derecho pertinente más directamente aplicable a la cuestión que se le ha planteado es el relativo al uso de la fuerza, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, y el derecho aplicable a los conflictos armados, que rige la conducción de las hostilidades, junto con cualesquiera tratados específicos sobre armas nucleares que la Corte determine que son pertinentes.

#### *Características únicas de las armas nucleares (párrs. 35 y 36)*

La Corte toma nota de que para aplicar correctamente al presente caso el derecho consagrado en la Carta respecto al uso de la fuerza y el derecho aplicable en los conflic-

tos armados, en particular el derecho humanitario es imperativo que tenga en cuenta las características únicas de las armas nucleares, y en particular su capacidad destructiva, su capacidad de causar indecibles sufrimientos humanos y su capacidad de perjudicar a las generaciones futuras.

#### *Disposiciones de la Carta relativas a la amenaza o el uso de la fuerza (párrs. 37 a 50)*

La Corte examina después la cuestión de la legalidad o ilegalidad del recurso a las armas nucleares a la luz de las disposiciones de la Carta relativas a la amenaza o el uso de la fuerza.

En el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta se prohíbe el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

Esa prohibición del uso de la fuerza ha de considerarse a la luz de otras disposiciones pertinentes de la Carta. En su Artículo 51, la Carta reconoce el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado. Otro uso legal de la fuerza está previsto en el Artículo 42, que autoriza al Consejo de Seguridad a adoptar medidas militares de ejecución, de conformidad con el Capítulo VII de la Carta.

Esas disposiciones no hacen referencia a ciertas armas específicas. Se aplican a cualquier uso de la fuerza, independientemente de las armas empleadas. La Carta ni prohíbe expresamente ni permite el uso de cualquier arma específica, incluidas las armas nucleares.

El derecho a recurrir a la legítima defensa en virtud del Artículo 51 está sujeto a las condiciones de la necesidad y la proporcionalidad. Como la Corte manifestó en el caso relativo a las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos de América)* (I.C.J. Reports 1985, pág. 94, párr. 176), “existe una norma específica con arreglo a la cual la legítima defensa sólo justifica medidas que sean proporcionales al ataque armado y necesarias para responder a él; se trata de una norma bien establecida en el derecho internacional consuetudinario”.

Por lo tanto, el principio de la proporcionalidad puede no excluir por sí mismo en todas las circunstancias el empleo de armas nucleares en legítima defensa. Sin embargo, al mismo tiempo, un uso de la fuerza que sea proporcional con arreglo al derecho de legítima defensa debe, para ser legítimo, cumplir también los requisitos del derecho aplicable en los conflictos armados, que incluye en particular los principios y normas del derecho humanitario. Y la Corte señala que la misma naturaleza de todas las armas nucleares y los profundos riesgos que entrañan son consideraciones adicionales que han de tener presentes los Estados que crean que pueden ejercer una respuesta nuclear en legítima defensa de conformidad con los requisitos de la proporcionalidad.

Con objeto de disminuir o eliminar el riesgo de un ataque ilegal, los Estados señalan a veces que poseen ciertas armas para emplearlas en legítima defensa contra cualquier Estado que viole su integridad territorial o su independencia política. Si la intención señalada de usar la fuerza si ocurren ciertos acontecimientos constituye o no

una "amenaza", en el sentido del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta, depende de varios factores. Las nociones de "amenaza" y de "uso" de la fuerza, con arreglo al párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta están unidas en el sentido de que, si el uso de la fuerza en un caso determinado es por sí mismo ilegal —por cualquier razón—, la amenaza de usar esa fuerza será igualmente ilegal. En breve, para que sea legal, la intención declarada de un Estado de usar la fuerza debe referirse a un uso de la fuerza de conformidad con la Carta. Por lo demás, ningún Estado —defendiera o no la política de disuasión— sugirió a la Corte que sería legal amenazar con usar la fuerza si el uso de la fuerza previsto fuera ilegal.

#### *Normas relativas a la legalidad o ilegalidad de las armas nucleares como tales (párrs. 49 a 73)*

Una vez examinadas las disposiciones de la Carta relativas a la amenaza o el uso de la fuerza, la Corte pasa a considerar el derecho aplicable en las situaciones de conflicto armado. Examina, en primer lugar, la cuestión de si existen normas específicas de derecho internacional que regulen la legalidad o ilegalidad del recurso a las armas nucleares *per se*; examina luego la cuestión que se le ha planteado a la luz del derecho aplicable en un conflicto armado propiamente dicho, es decir, los principios y normas de derecho humanitario aplicables en los conflictos armados, y el derecho de neutralidad.

La Corte señala, a modo de introducción, que ni el derecho internacional consuetudinario ni el convencional contienen ninguna prescripción específica que autorice la amenaza o el empleo de armas nucleares o de cualquier otra arma en general o en ciertas circunstancias, en particular las del ejercicio de la legítima defensa. Sin embargo, tampoco existe ningún principio o norma de derecho internacional que haga depender la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares o de cualesquiera otras armas de una autorización expresa. La práctica de los Estados muestra que la ilegalidad del uso de ciertas armas como tales no resulta de una falta de autorización, sino que, por el contrario, se formula en términos de prohibición.

La Corte no estima que el empleo de armas nucleares pueda considerarse prohibido expresamente basándose en ciertas disposiciones de la Segunda Declaración de La Haya de 1899, el Reglamento anexo a la Cuarta Convención de La Haya de 1907 o el Protocolo de Ginebra de 1925. La pauta ha sido hasta ahora que las armas de destrucción masiva sean declaradas ilegales en instrumentos específicos. Sin embargo, la Corte no halla ninguna prohibición específica del recurso a las armas nucleares en los tratados que prohíben expresamente el uso de ciertas armas de destrucción masiva, y observa que, aunque en los dos últimos decenios se han realizado numerosas negociaciones respecto a las armas nucleares, no ha resultado de ellas un tratado de prohibición general del mismo tipo que los relativos a las armas bacteriológicas y químicas.

La Corte señala que los tratados relativos exclusivamente a la adquisición, la manufactura, la posesión, el despliegue y el ensayo de armas nucleares, sin referirse expresamente a su amenaza o empleo, apuntan ciertamente a una creciente preocupación de la comunidad internacional por esas armas. Concluye de ese hecho que puede considerarse que esos tratados presagian una futura prohi-

bición general del uso de tales armas, pero que no constituyen por sí mismos tal prohibición. En cuanto a los Tratados de Tlatelolco y Rarotonga y sus Protocolos, y también a las declaraciones hechas respecto a la prórroga indefinida del Tratado sobre la no Proliferación de las Armas Nucleares, de esos instrumentos se deduce que:

a) Varios Estados se han comprometido a no emplear las armas nucleares en determinadas zonas (América Latina, Pacífico Meridional) o contra ciertos Estados (Estados no poseedores de armas nucleares que sean partes en el Tratado sobre la no Proliferación de las Armas Nucleares);

b) No obstante, incluso dentro de ese marco, los Estados poseedores de armas nucleares se han reservado el derecho a emplear esas armas en ciertas circunstancias, y

c) Esas reservas no provocaron objeción alguna en las partes en los Tratados de Tlatelolco o Rarotonga o en el Consejo de Seguridad.

La Corte pasa luego a examinar el derecho internacional consuetudinario, a fin de determinar si esa fuente de derecho contiene alguna prohibición de la amenaza o el empleo de armas nucleares *per se*.

La Corte señala que los miembros de la comunidad internacional están profundamente divididos respecto a la cuestión de si el no haber recurrido a las armas nucleares durante los últimos 50 años constituye la expresión de una *opinio juris*. En esas circunstancias, la Corte no se considera capaz de determinar que existe tal *opinio juris*. Apunta que la aprobación cada año, en la Asamblea General, por una amplia mayoría, de resoluciones que reiteran el contenido de la resolución 1653 (XVI) y piden a los Estados Miembros que concierten una convención que prohíba el uso de las armas nucleares en cualquier circunstancia revela el deseo de una amplísima sección de la comunidad internacional de lograr, mediante una prohibición específica y expresa del uso de las armas nucleares, un importante avance en el camino hacia el desarme nuclear completo. La aparición, como *lex lata*, de una norma consuetudinaria que prohíba expresamente el uso de armas nucleares como tales es obstaculizada por las continuas tensiones entre la naciente *opinio juris*, por una parte, y, por la otra, la aún firme adhesión a la doctrina de la disuasión (en la que se reserva el derecho a emplear esas armas en el ejercicio de la legítima defensa contra un ataque armado que amenace los intereses vitales de seguridad del Estado).

#### *Derecho internacional humanitario (párrs. 74 a 87)*

No habiendo hallado una norma convencional de alcance general ni una norma consuetudinaria que proscriban expresamente la amenaza o el empleo de armas nucleares *per se*, la Corte examina después la cuestión de si el recurso a las armas nucleares debe considerarse ilegal a la luz de los principios y normas del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y del derecho de neutralidad.

Tras esbozar el desarrollo histórico del cuerpo de normas al que originalmente se llamó "leyes y usos de la guerra" y más tarde pasó a ser denominado "derecho internacional humanitario", la Corte señala que los principios cardinales que contienen los textos que constituyen el armazón del derecho humanitario son los siguientes. El

primero tiene por objeto la protección de la población civil y de las propiedades civiles, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes. Los Estados nunca deben hacer objeto de ataque a la población civil y, por consiguiente, nunca deben usar armas que sean incapaces de distinguir entre objetivos civiles y militares. Según el segundo principio, está prohibido causar a los combatientes sufrimientos innecesarios; en consecuencia, se prohíbe usar armas que les causen ese tipo de daños o que agraven inútilmente su sufrimiento. En aplicación del segundo principio, los Estados no tienen una libertad ilimitada de elección de las armas que emplean.

La Corte se refiere también a la Cláusula Martens, que se incluyó por primera vez en la Segunda Convención de La Haya sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, de 1899, y que ha resultado un medio eficaz de hacer frente a la rápida evolución de la tecnología militar. Una versión moderna de esa Cláusula figura en el párrafo 2 del artículo 1 del Protocolo Adicional I de 1977, cuyo texto es el siguiente:

“En los casos que no abarcan el presente Protocolo u otros acuerdos internacionales, la población civil y los combatientes siguen estando bajo la protección y la autoridad de los principios de derecho internacional derivados de las costumbres establecidas, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.”

La extensa codificación del derecho humanitario y la amplia adhesión a los tratados resultantes así como el hecho de que nunca se hayan utilizado las cláusulas de denuncia que existían en los instrumentos de codificación han proporcionado a la comunidad internacional un cuerpo de normas convencionales que, en su gran mayoría, eran ya derecho consuetudinario y que reflejan los principios humanitarios más universalmente reconocidos. Esas normas indican la conducta y el comportamiento que se esperan normalmente de los Estados.

Pasando a la aplicabilidad de los principios y normas del derecho humanitario a la posible amenaza o empleo de armas nucleares, la Corte señala que las armas nucleares fueron inventadas después de que la mayoría de los principios y normas del derecho humanitario aplicable en los conflictos armados estuvieran ya vigentes; las Conferencias de 1949 y de 1974-1977 dejaron a un lado esas armas, y existe una diferencia, tanto cualitativa como cuantitativa, entre las armas nucleares y todas las armas convencionales. Sin embargo, a juicio de la Corte, no puede concluirse de ese hecho que los principios y normas establecidos del derecho humanitario aplicable en los conflictos armados no se apliquen a las armas nucleares. Tal conclusión sería incompatible con el carácter intrínsecamente humanitario de los principios jurídicos de que se trata, que impregna todo el derecho de los conflictos armados y se aplica a todas las formas de guerra y a todas las clases de armas, las del pasado, las del presente y las del futuro. A ese respecto, parece significativo que la tesis de que las normas del derecho humanitario no se aplican a los nuevos armamentos, por su novedad, no se haya alegado en las presentes actuaciones.

#### *El principio de neutralidad (párrs. 88 y 89)*

La Corte resuelve que, como en el caso de los principios del derecho humanitario aplicable en los conflictos

armados, el derecho internacional no permite dudar de que el principio de neutralidad, cualquiera que sea su contenido, que tiene un carácter fundamental similar al de los principios y normas del derecho humanitario, es aplicable (con sujeción a las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas) a todos los conflictos armados internacionales, cualquiera que sea el tipo de armas que se use.

#### *Conclusiones que han de extraerse de la aplicabilidad del derecho internacional humanitario y del principio de neutralidad (párrs. 90 a 97)*

La Corte señala que, aunque la aplicabilidad de los principios y normas del derecho humanitario y del principio de neutralidad a las armas nucleares apenas se discute, existen controversias respecto a las conclusiones que deben extraerse de esa aplicabilidad.

Según un punto de vista, el hecho de que el recurso a las armas nucleares esté regido y regulado por el derecho de los conflictos armados no implica necesariamente que ese recurso esté prohibido como tal. Según otra opinión, el recurso a las armas nucleares, teniendo en cuenta las consecuencias necesariamente indiscriminadas de su empleo, nunca puede ser compatible con los principios y normas del derecho humanitario, y, por consiguiente, está prohibido. Una opinión similar ha sido expresada con respecto a los efectos del principio de neutralidad. En consecuencia, algunos han considerado que, al igual que los principios y normas del derecho humanitario, ese principio excluye el uso de un arma cuyos efectos no pueden contenerse dentro de los territorios de los Estados contendientes.

La Corte señala que, en vista de las características únicas de las armas nucleares, a las que ya se ha referido anteriormente, el uso de tales armas parece, en efecto, escasamente compatible con el respeto a las exigencias del derecho aplicable en los conflictos armados. Sin embargo, considera que no dispone de suficientes elementos para concluir con certeza que el empleo de armas nucleares sería necesariamente incompatible en todas las circunstancias con los principios y normas del derecho aplicable en los conflictos armados. Por otra parte, la Corte no puede perder de vista el derecho fundamental de todos los Estados a la supervivencia ni su derecho a recurrir a la legítima defensa, de conformidad con el Artículo 51 de la Carta, cuando esté amenazada su supervivencia. Tampoco puede pasar por alto la práctica conocida como “política de disuasión”, a la que una parte apreciable de la comunidad internacional se ha adherido durante muchos años.

Por consiguiente, en vista del presente estado del derecho internacional considerado en su conjunto, tal como lo ha examinado la Corte, y de los elementos materiales a su disposición, la Corte se ve forzada a señalar que no puede llegar a una conclusión definitiva en cuanto a la legalidad o la ilegalidad del uso de armas nucleares por un Estado en una circunstancia extrema de legítima defensa, en la cual su misma supervivencia esté amenazada.

#### *Obligación de negociar el desarme nuclear (párrs. 98 a 103)*

Dadas las cuestiones sumamente difíciles que se plantean al aplicar a las armas nucleares el derecho relativo al uso de la fuerza, y sobre todo el derecho aplicable en los

conflictos armados, la Corte considera que tiene que examinar otro aspecto de la cuestión que se le ha planteado, situándola en un contexto amplio.

A largo plazo, el derecho internacional, y con él la estabilidad del orden internacional que pretende regir, tienen que sufrir forzosamente de la continua diferencia de opiniones respecto al estatuto jurídico de armas tan mortales como las armas nucleares. En consecuencia, es importante poner fin a esa situación de hecho: el desarme nuclear completo, largamente prometido, parece el medio más apropiado de lograr ese resultado.

En esas circunstancias, la Corte aprecia toda la importancia del reconocimiento, en el artículo VI del Tratado sobre la no Proliferación de las Armas Nucleares, de la obligación de negociar de buena fe un desarme nuclear. La importancia jurídica de esa obligación rebasa la de una mera obligación de comportamiento; la obligación de que aquí se trata es una obligación de lograr un resultado preciso —el desarme nuclear en todos sus aspectos— adoptando un comportamiento determinado, a saber, la realización de buena fe de negociaciones sobre ese asunto. Esa doble obligación, de realizar y de concluir las negociaciones, afecta formalmente a los 182 Estados partes en el Tratado sobre la no Proliferación de las Armas Nucleares, o sea, en otras palabras, a la inmensa mayoría de la comunidad internacional. En efecto, cualquier búsqueda realista de un desarme general y completo, especialmente el desarme nuclear, requiere la cooperación de todos los Estados.

\*

La Corte subraya, por último, que su respuesta a la pregunta que le ha planteado la Asamblea General se basa en la totalidad de los fundamentos jurídicos expuestos anteriormente por la Corte (párrs. 20 a 103), cada uno de los cuales ha de considerarse en relación con los otros. Algunos de esos fundamentos no pueden ser objeto de conclusiones formales en el último párrafo de la opinión, sin embargo, conservan, a juicio de la Corte, toda su importancia.

#### *Declaración del Presidente Bedjaoui*

Tras haber señalado que el párrafo E de la parte dispositiva fue adoptado por siete votos contra siete, con su propio voto decisivo, el Presidente Bedjaoui comienza por subrayar que la Corte ha sido sumamente meticulosa y ha mostrado un agudo sentido de su responsabilidad al considerar todos los aspectos de la compleja cuestión que le ha planteado la Asamblea General. Indica, sin embargo, que la Corte ha tenido que determinar que, en el estado actual del derecho internacional, se trata de una cuestión a la que lamentablemente no está en situación de dar una respuesta clara. A su juicio, la opinión consultiva así emitida tiene al menos el mérito de señalar las imperfecciones del derecho internacional y de invitar a los Estados a corregirlas.

El Presidente Bedjaoui indica que el hecho de que la Corte no haya podido llegar más lejos no debe, “en modo alguno, interpretarse en el sentido de que deja el camino abierto al reconocimiento de la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares”. Según él, la Corte no hace otra cosa que levantar acta de la existencia de una incertidumbre jurídica. Después de señalar que la votación de

los miembros de la Corte respecto al párrafo E de la parte dispositiva no refleja ninguna línea divisoria geográfica, da las razones que le llevaron a decidir el fallo de la Corte.

Con tal objeto, comienza por resaltar la naturaleza especialmente exigente del derecho internacional y el modo en que es preciso aplicarlo en todas las circunstancias. Más concretamente, concluye que “*la propia naturaleza de esa arma ciega tiene, por consiguiente, un efecto destabilizador sobre el derecho humanitario que regula el discernimiento en el tipo de arma empleada. Las armas nucleares, el último mal, destabilizan el derecho humanitario, que es el derecho del mal menor. La existencia de armas nucleares constituye, por lo tanto, un reto a la existencia misma del derecho humanitario, por no mencionar los efectos a largo plazo del daño al medio ambiente humano, respecto al cual puede ejercerse el derecho a la vida*”.

El Presidente Bedjaoui considera que “la legítima defensa —si se ejerce en circunstancias extremas, en las que está amenazada la supervivencia misma de un Estado— no puede engendrar una situación en la que ese Estado se exonere a sí mismo del cumplimiento de las normas “*intransgredibles*” del derecho internacional humanitario”. Según él, sería temerario conceder sin ninguna vacilación mayor prioridad a la supervivencia de un Estado que a la supervivencia de la propia humanidad.

Como el objetivo último de cualquier acción en la esfera de las armas nucleares es el desarme nuclear, el Presidente Bedjaoui concluye subrayando la importancia de la obligación de negociar de buena fe el desarme nuclear, que la Corte ha reconocido además. Considera, por su parte, que es posible ir más allá de las conclusiones de la Corte a este respecto y afirmar “que existe de hecho una doble *obligación general*, oponible *erga omnes*, de negociar de buena fe y de lograr un resultado determinado”; en otras palabras, dado el apoyo unánime, al menos formalmente, a ese objetivo, esa obligación ha adquirido ahora, a su juicio, el valor de derecho consuetudinario.

#### *Declaración del Magistrado Herczegh*

En su declaración, el Magistrado Herczegh considera que la opinión consultiva podía haber incluido un resumen más preciso del estado actual del derecho internacional respecto a la cuestión de la amenaza y el empleo de armas nucleares “en cualquier circunstancia”. Ha votado a favor de la opinión consultiva, y más concretamente a favor del apartado E del párrafo 105, porque no deseaba disociarse del gran número de conclusiones que se han expresado e integrado en la opinión consultiva, y que respalda plenamente.

#### *Declaración del Magistrado Shi*

El Magistrado Shi ha votado a favor del párrafo dispositivo de la opinión consultiva de la Corte. Sin embargo, tiene reservas respecto a la función que la Corte asigna a la política de disuasión, al determinar la existencia de una norma consuetudinaria sobre el empleo de armas nucleares.

A su juicio, “la disuasión nuclear” es un instrumento de política al que ciertos Estados poseedores de armas nucleares, apoyados por los Estados que aceptan la protección del “paraguas nuclear”, se adhieren en sus relaciones

con otros Estados. Esa práctica pertenece a la esfera de la política internacional y no tiene valor jurídico alguno desde el punto de vista de la formación de una norma consuetudinaria que prohíba el empleo de las armas nucleares como tales.

Difícilmente sería compatible con la función judicial de la Corte que ésta, al determinar una norma de derecho vigente que rija el empleo de las armas, tuviera que tener en cuenta la "política de disuasión".

Por lo demás, dejando aparte la naturaleza de la política de disuasión, los Estados que se adhieren a esa política, aunque sean miembros importantes y poderosos de la comunidad internacional y desempeñen un papel importante en el escenario de la política internacional, no representan una gran parte de los miembros de la comunidad internacional.

Por otra parte, la estructura de la comunidad de Estados está basada en el principio de la igualdad soberana. La Corte no puede considerar a esos Estados poseedores de armas nucleares y a sus aliados en términos de su poder material, sino que debe considerarlos desde el punto de vista del derecho internacional. Cualquier atención indebida a la práctica de esos Estados materialmente poderosos, que constituyen una pequeña fracción de los miembros de la comunidad de Estados, no sólo se opondría al principio de la igualdad soberana de los Estados, sino que dificultaría también el examen preciso y adecuado de la existencia de una norma consuetudinaria sobre el empleo de armas nucleares.

#### *Declaración del Magistrado Vereshchetin*

En su declaración, el Magistrado Vereshchetin explica las razones que le han hecho votar a favor del párrafo 2 E de la *parte dispositiva*, que entraña el reconocimiento de la indecisión de la Corte. A su juicio, en el procedimiento consultivo, en el que no se pide a la Corte que resuelva una controversia existente sino que declare el derecho que considera vigente, la Corte no puede tratar de colmar ninguna laguna o de mejorar el derecho que sea imperfecto. No puede censurarse a la Corte por ser indecisa o evasiva, cuando el derecho sobre el que tiene que pronunciarse no es concluyente.

El Magistrado Vereshchetin cree que la opinión refleja adecuadamente la situación jurídica vigente y muestra los medios más apropiados para poner fin a la existencia de cualquier "zona gris" en la condición jurídica de las armas nucleares.

#### *Declaración del Magistrado Ferrari Bravo*

El Magistrado Ferrari Bravo lamenta que la Corte haya dividido arbitrariamente en dos categorías la larga línea de resoluciones de la Asamblea General que tratan de las armas nucleares. Esas resoluciones son fundamentales. Lo es, por ejemplo, la resolución 1 (I), de 24 de enero de 1946, en la cual se señaló claramente que existía un *compromiso* verdaderamente solemne de eliminar todas las formas de armas nucleares, cuya presencia en los arsenales militares se declaró ilegal. La guerra fría, que surgió poco tiempo después, impidió el *desarrollo* de ese concepto de ilegalidad, e hizo nacer el concepto de disuasión nuclear, que no tiene *ningún valor jurídico*. La teoría de la disuasión, aunque haya originado una práctica de los Estados poseedores de armas nucleares y de sus aliados, no ha podido

crear una práctica jurídica que sirva como base para la formación incipiente de una costumbre internacional. Además, ha contribuido a ensanchar la brecha entre el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta y el Artículo 51.

La Corte debía haber procedido a un análisis interpretativo de la función de las resoluciones de la Asamblea General. Esas resoluciones han contribuido, desde el inicio, a la formación de una norma de prohibición de las armas nucleares. La teoría de la disuasión ha detenido el desarrollo de esa norma, y si bien ha impedido la *aplicación* de la prohibición de las armas nucleares, sigue siendo cierto que la "mera" prohibición ha permanecido invariable y continúa produciendo sus efectos, al menos con respecto a la carga de la prueba, al dificultar que las potencias nucleares vindiquen sus políticas en el marco de la teoría de la disuasión.

#### *Opinión separada del Magistrado Guillaume*

Tras haber ponderado la admisibilidad de la solicitud de opinión consultiva, el Magistrado Guillaume comienza por expresar su acuerdo con la Corte respecto al hecho de que las armas nucleares, como todas las armas, sólo pueden emplearse en ejercicio del derecho de legítima defensa, recogido en el Artículo 51 de la Carta. Por otra parte, expresa sus dudas sobre la aplicabilidad del derecho humanitario tradicional al empleo —y sobre todo a la amenaza de empleo— de armas nucleares. Sigue diciendo, sin embargo, que no tiene otra opción que someterse al consenso que ha surgido ante la Corte entre los Estados.

Pasando a analizar el derecho aplicable en los conflictos armados, señala que ese derecho entraña esencialmente comparaciones en las que las consideraciones humanitarias han de ponderarse frente a las exigencias militares. Por ejemplo, el daño colateral causado a la población civil no debe ser "excesivo" en comparación con la "ventaja militar" conseguida. El daño causado a los combatientes no debe ser "mayor que el inevitable para lograr objetivos militares legítimos". A ese respecto, las armas nucleares de destrucción masiva sólo pueden usarse legalmente en casos extremos.

En un intento por definir esos casos, el Magistrado Guillaume subraya que ni la Carta de las Naciones Unidas ni ninguna norma convencional o consuetudinaria pueden menoscabar el derecho de legítima defensa reconocido en el Artículo 51 de la Carta. De ello deduce que el derecho internacional no puede privar a un Estado del derecho a recurrir al armamento nuclear si ese recurso constituye el medio último por el que puede asegurar su supervivencia.

Lamenta que la Corte no lo haya reconocido expresamente, pero subraya que lo ha hecho implícitamente. Ciertamente, la Corte ha concluido que no puede, en esas circunstancias extremas, determinar de un modo definitivo la legalidad o ilegalidad del empleo de armas nucleares. En otras palabras, ha opinado que en esas circunstancias el derecho no ofrece orientación alguna a los Estados. Sin embargo, si el derecho permanece mudo respecto a ese asunto, los Estados, en ejercicio de su soberanía, quedan libres para actuar como consideren oportuno.

Por consiguiente, del párrafo 2 E de la opinión consultiva de la Corte se deduce implícita pero necesariamente que los Estados pueden recurrir a "la amenaza o el empleo de armas nucleares en una circunstancia extrema de legítima defensa, en la que esté en juego la supervivencia

misma de un Estado". Al reconocer ese derecho, la Corte ha reconocido, por lo tanto, la legalidad de la política de disuasión.

#### *Opinión separada del Magistrado Ranjeva*

En su opinión separada, el Magistrado Ranjeva ha querido resaltar que, por primera vez, la Corte ha declarado de un modo no ambiguo que el empleo o la amenaza de empleo de armas nucleares se oponen a las normas de derecho internacional aplicables, en particular, en los conflictos armados y, más concretamente, a los principios y normas del derecho humanitario. Esa respuesta indirecta a la cuestión planteada por la Asamblea General se justifica, a su juicio, por la naturaleza misma del derecho relativo a los conflictos armados, aplicable independientemente de la situación de víctima o de agresor, y eso explica por qué la Corte no ha llegado a apoyar la excepción de legítima defensa extrema, cuando está en juego la propia supervivencia del Estado, como una condición para la suspensión de la ilegalidad. A su juicio, la práctica de los Estados muestra que se ha llegado a un punto sin retorno posible: el principio de la legalidad del empleo o la amenaza de empleo de armas nucleares no ha sido afirmado; sobre la base de la justificación de una excepción a ese principio, aceptado como legal, los Estados poseedores de armas nucleares tratan de dar las razones para su política, y los regímenes jurídicos cada vez más intrincados de las armas nucleares han surgido en el contexto de la consolidación y la aplicación de la obligación definitiva de producir un resultado concreto, a saber, el desarme nuclear generalizado. Esas "admisiones" representan, por tanto, el advenimiento de una práctica coherente y uniforme, una *opinio juris* emergente.

El Magistrado Ranjeva considera, sin embargo, que el trato igual que en la opinión consultiva se ha dado a los principios de legalidad y de ilegalidad no puede justificarse. La Asamblea General dio una definición muy clara del objeto de su pregunta: "¿Autoriza el derecho internacional en alguna circunstancia la amenaza o el empleo de armas nucleares?". Tratar al mismo tiempo y sobre todo en el mismo plano de la legalidad y la ilegalidad, ha llevado a la Corte a adoptar una aceptación liberal del concepto de una "cuestión jurídica" en un procedimiento consultivo, ya que en adelante se considerará admisible cualquier cuestión cuyo objeto sea pedir a la Corte que examine asuntos que algunas personas no tratan de entender.

En conclusión, el Magistrado Ranjeva, si bien es consciente de las críticas que los especialistas en derecho y en asuntos judiciales no dejarán de hacer a la opinión consultiva, considera, en definitiva, que ésta declara el derecho tal como es actualmente, al tiempo que traza límites cuya superación compete a los Estados. No obstante, espera que ninguna Corte tenga nunca que adoptar una decisión siguiendo las directrices del segundo apartado del párrafo E.

#### *Opinión separada del Magistrado Fleischhauer*

En su opinión separada, el Magistrado Fleischhauer resalta que el derecho internacional está aún esforzándose por superar la dicotomía que la existencia de armas nucleares ha creado entre el derecho aplicable en los conflictos armados, en particular las normas y principios del derecho humanitario, por una parte, y el derecho inma-

nente a la legítima defensa, por la otra. Las cualidades conocidas de las armas nucleares hacen que resulte difícil conciliar su empleo con el derecho humanitario, en tanto que el derecho a la legítima defensa quedaría gravemente menoscabado si se excluyera totalmente el empleo de las armas nucleares, como última opción legal, por parte de un Estado que fuera víctima de un ataque con armas nucleares, químicas o bacteriológicas o que de algún otro modo constituyera una amenaza mortal para su propia existencia.

La opinión separada respalda la determinación de la Corte de que el derecho internacional aplicable en los conflictos armados y, en particular, las normas y principios del derecho humanitario se aplican a las armas nucleares. También conviene con la conclusión de la Corte de que la amenaza o el empleo de armas nucleares sería generalmente contrario a las normas aplicables en los conflictos armados y, en particular, a los principios y normas del derecho humanitario. La opinión separada acoge luego con satisfacción que la Corte no se detuviera ahí, sino que admitiera que esa determinación podía condicionarse. Si la Corte no hubiera actuado así, habría hecho que uno de los conjuntos de principios implicados prevaleciera sobre el otro. Sin embargo, todos los principios implicados tienen igual valor.

La opinión separada mantiene a continuación que la Corte podía y debía haber ido más lejos, y que podía y debía haber declarado que, para conciliar los principios en conflicto, debía aplicarse su mínimo común denominador. Eso significa que el recurso a las armas nucleares podía constituir una opción jurídica justificada en un caso extremo de legítima defensa individual o colectiva, como el último recurso de un Estado víctima de un ataque con armas nucleares, bacteriológicas o químicas o que de algún otro modo amenazara su misma existencia. La opinión separada ve una confirmación de ese punto de vista en la práctica jurídica pertinente de los Estados relativa a las cuestiones de legítima defensa.

Sin embargo, para que el recurso a las armas nucleares se considere justificado no sólo tendría que ser extrema la situación, sino que habrían de cumplirse todas las condiciones de las que depende la legalidad del ejercicio del derecho de legítima defensa en el derecho internacional, incluido el requisito de proporcionalidad. Por consiguiente, el margen para considerar que una amenaza o un empleo concreto de armas nucleares pueda ser legal es sumamente estrecho.

Por último, la opinión separada respalda la existencia de una obligación general de los Estados de realizar de buena fe y llevar a su conclusión negociaciones conducentes al desarme nuclear en todos sus aspectos bajo un control internacional estricto y efectivo.

#### *Opinión disidente del Vicepresidente Schwebel*

El Vicepresidente Schwebel, si bien concurre con gran parte de la opinión de la Corte, disiente por su "profundo" desacuerdo con su principal conclusión operativa: "La Corte no puede concluir definitivamente que la amenaza o el empleo de armas nucleares sería legal o ilegal en circunstancias extremas de legítima defensa en que estuviese en juego la supervivencia misma de un Estado". La Corte concluye, por lo tanto, "sobre la cuestión suprema de la amenaza o el empleo de la fuerza en nuestra edad

que no se ha formado ninguna opinión ... que el derecho internacional, y por ende la Corte, no tienen nada que decir. Tras muchos meses de angustioso examen del derecho, la Corte descubre que no existe ninguno. Cuando están en juego los intereses supremos del Estado, la Corte descarta el progreso jurídico del siglo XX, deja a un lado las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, cuyo "órgano judicial principal" es, y proclama, en términos que recuerdan la *realpolitik*, su ambivalencia respecto a las disposiciones más importantes del derecho internacional moderno. Si ésa iba a ser su determinación definitiva, la Corte hubiera hecho mejor en haber aprovechado su indiscutible facultad discrecional para no emitir una opinión."

La indecisión de la Corte no concuerda ni con su Estatuto, ni con su precedente, ni con los acontecimientos que demuestran la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares en circunstancias extraordinarias. Por ejemplo, la amenaza que el Iraq consideró una amenaza nuclear y que puede haberle disuadido de emplear armas químicas y biológicas contra las fuerzas coligadas en la Guerra del Golfo era "no sólo eminentemente legal, sino intensamente deseable".

Si bien los principios de derecho internacional humanitario rigen el empleo de armas nucleares, y si bien "es sumamente difícil conciliar el empleo ... de armas nucleares con la aplicación de esos principios", de ello no se deduce que el empleo de armas nucleares contravenga necesaria e invariablemente esos principios. Sin embargo, no puede aceptarse que el empleo de armas nucleares en una escala que diera —o pudiera dar— como resultado la muerte de "muchos millones en un infierno indiscriminado y mediante una precipitación radiactiva de largo alcance ... y hacer inhabitable toda la Tierra o gran parte de ella, pudiera ser legal". La conclusión de la Corte de que la amenaza o el empleo de armas nucleares sería "en general" contrario a las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados "no es irrazonable".

El caso en su conjunto presenta una tensión sin igual entre la práctica de los Estados y un principio jurídico. La práctica de los Estados demuestra que las armas nucleares se han fabricado y desplegado durante unos 50 años, que ese despliegue entraña una amenaza de posible empleo ("disuasión") y que la comunidad internacional, lejos de proscribir la amenaza o el empleo de armas nucleares en todas las circunstancias, ha reconocido de hecho o expresamente que en ciertas circunstancias pueden emplearse las armas nucleares o que puede amenazarse con emplearlas. Esa práctica de los Estados no es la de un objeto persistente, aislado y secundario, sino la práctica de los Miembros permanentes del Consejo de Seguridad, apoyados por un amplio e importante número de otros Estados, que unidos representan la mayoría del poder mundial y gran parte de su población.

El Tratado sobre la no Proliferación de las Armas Nucleares y las garantías de seguridad negativas y positivas de las potencias nucleares, aceptadas unánimemente por el Consejo de Seguridad, indican la aceptación por la comunidad internacional de la amenaza o el empleo de armas nucleares en ciertas circunstancias. De los demás tratados nucleares se infiere igualmente que las armas nucleares no están totalmente prohibidas ni por el derecho internacional convencional ni por el consuetudinario.

Las resoluciones en contrario de la Asamblea General no son creadoras de derecho ni declaratorias del derecho internacional vigente. Cuando se enfrentan con una oposición continuada e importante, la repetición de resoluciones de la Asamblea General es una señal de ineficacia en la formación del derecho, al igual que en sus consecuencias prácticas.

#### *Opinión disidente del Magistrado Oda*

El Magistrado Oda ha votado en contra de la primera parte de la opinión consultiva de la Corte debido a su opinión de que, por razones de conveniencia judicial y economía judicial, la Corte debía haber ejercido su facultad discrecional de abstenerse de emitir una opinión en respuesta a la solicitud.

A juicio del Magistrado Oda, la pregunta incluida en la solicitud no estaba adecuadamente redactada, y había una falta de consenso significativo de la Asamblea General respecto a la solicitud de 1994. Tras examinar la evolución hasta 1994 de las resoluciones de la Asamblea General relativas a una convención sobre la prohibición del empleo de armas nucleares, señala que la Asamblea General dista mucho de haber llegado a un acuerdo sobre la preparación de una convención que haga ilegal el uso de armas nucleares. Teniendo en cuenta esa historia, la solicitud no fue preparada y redactada para determinar la situación del derecho internacional vigente sobre la cuestión, sino para tratar de promover la eliminación total de las armas nucleares, es decir, con motivos altamente *políticos*.

Señala que la perpetuación del régimen del Tratado de no Proliferación reconoce dos grupos de Estados: los cinco Estados poseedores de armas nucleares y los Estados no poseedores de armas nucleares. Como los cinco Estados poseedores de armas nucleares han asegurado repetidamente a los Estados no poseedores de armas nucleares su intención de no emplear armas nucleares contra ellos, no existe casi ninguna probabilidad de un uso cualquiera de armas nucleares, dada la doctrina actual de disuasión nuclear.

El Magistrado Oda mantiene que sólo debe emitirse una opinión consultiva en caso de que exista una necesidad real. En la presente ocasión no hay necesidad alguna ni justificación racional alguna para la solicitud de la Asamblea General de que la Corte emita una opinión consultiva respecto al derecho internacional vigente sobre el empleo de armas nucleares. El Magistrado Oda destaca también que desde el punto de vista de la economía judicial no debe abusarse del derecho a solicitar una opinión consultiva.

Para concluir su opinión, el Magistrado Oda subraya su viva esperanza de que las armas nucleares sean eliminadas del mundo, pero manifiesta que la decisión al respecto es función de las negociaciones políticas de los Estados en Ginebra (la Conferencia de Desarme) o en Nueva York (las Naciones Unidas), pero no incumbe a la institución judicial de La Haya.

Ha votado en contra del apartado E del párrafo 2 de la parte dispositiva porque las equivocaciones que contiene sirven, a su juicio, para confirmar su convicción de que habría sido prudente que la Corte rehusara desde el inicio emitir cualquier opinión en el presente caso.

### *Opinión disidente del Magistrado Shahabuddeen*

Según la opinión disidente del Magistrado Shahabuddeen, la esencia de la cuestión planteada por la Asamblea General es si en el caso especial de las armas nucleares es posible conciliar la necesidad imperativa de un Estado de defenderse con la necesidad no menos imperativa de garantizar que al hacerlo no ponga en peligro la supervivencia de la especie humana. Si no es posible una conciliación, ¿cuál de esas necesidades debe prevalecer? Hay que admitir que es difícil responder a esa cuestión, pero la Corte tenía claramente la obligación de responder. No está convencido de que existiera alguna deficiencia en el derecho o en los hechos que impidiera a la Corte dar una respuesta definitiva al punto esencial de la pregunta de la Asamblea General. En su opinión respetuosa, la Corte debía y podía haber dado una respuesta definitiva, en un sentido o en el otro.

### *Opinión disidente del Magistrado Weeramantry*

La opinión del Magistrado Weeramantry se basa en la proposición de que el empleo o la amenaza de empleo de armas nucleares es ilegal *en cualesquiera circunstancias*. Viola los principios fundamentales del derecho internacional y representa la negación misma de las preocupaciones humanitarias que constituyen la estructura del derecho humanitario. Constituye una ofensa al derecho convencional y, en particular, al Protocolo de Ginebra sobre el Empleo de Gases, de 1925, y al apartado a) del artículo 23 del Reglamento de La Haya de 1907. Contradice el principio fundamental de la dignidad y la valía de la persona humana en el que se basa todo el derecho. Pone en peligro el medio ambiente humano de un modo que amenaza a la totalidad de la vida sobre el planeta.

Lamenta que la Corte no haya resuelto en ese sentido directa y categóricamente.

Sin embargo, hay algunas partes de la opinión de la Corte que son valiosas, ya que determina expresamente que las armas nucleares están sujetas a limitaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas, los principios generales del derecho internacional, los principios del derecho internacional humanitario y una gran variedad de obligaciones convencionales. Es la primera determinación judicial internacional en ese sentido, y permite ulteriores aclaraciones en el futuro.

El Magistrado Weeramantry explica, en su opinión, que, desde la época de Henri Dunant, el derecho humanitario tuvo su origen y se inspiró en una percepción realista de las brutalidades de la guerra y en la necesidad de ponerles freno de conformidad con los dictados de la conciencia de la humanidad. Las brutalidades de las armas nucleares multiplicaron por mil todas las brutalidades de la guerra conocidas en la era prenuclear. Por consiguiente, es doblemente claro que los principios del derecho humanitario rigen esa situación.

En su opinión, el Magistrado Weeramantry examina con cierto detalle las brutalidades de la guerra nuclear, mostrando numerosos modos en que el arma nuclear es única, incluso entre las armas de destrucción masiva, en su modo de lesionar la salud humana, dañar el medio ambiente y destruir todos los valores de la civilización.

El arma nuclear causa muerte y destrucción, provoca el cáncer, la leucemia, los queloides y otras afecciones con-

xas; causa infecciones gastrointestinales, cardiovasculares y otras conexas; sigue induciendo, decenios después de su empleo, los problemas de salud anteriormente mencionados; daña los derechos ambientales de las generaciones futuras; causa deformidades congénitas, retraso mental y daño genético; tiene el potencial de causar un "invierno nuclear"; contamina y destruye la cadena alimentaria; pone en peligro el ecosistema; produce niveles letales de calor y explosión; provoca radiación y lluvia radiactiva; produce pulsaciones electromagnéticas perturbadoras; origina la desintegración social; pone en peligro toda la civilización; amenaza a la supervivencia humana; provoca la devastación cultural; actúa durante un período de miles de años; amenaza a toda la vida sobre el planeta; menoscaba irreversiblemente los derechos de las generaciones futuras; extermina poblaciones civiles; daña a los Estados vecinos; produce tensiones psicológicas y síndromes de temor, *como no lo hace ninguna otra arma*.

Si bien es cierto que no existe ningún tratado o norma jurídica que proscriba expresamente las armas nucleares, citándolas por su nombre, hay una gran abundancia de principios del derecho internacional, y en particular del derecho internacional humanitario, que no dejan duda alguna respecto a la ilegalidad de las armas nucleares, cuando se tienen en cuenta sus efectos conocidos.

Entre esos principios figura la prohibición de causar sufrimientos innecesarios, el principio de la proporcionalidad, el principio de la discriminación entre combatientes y civiles, el principio de no ocasionar daños a los Estados neutrales, la prohibición de causar perjuicios graves y duraderos al medio ambiente, la prohibición del genocidio y los principios básicos relativos a los derechos humanos.

Además existen disposiciones convencionales específicas en el Protocolo de Ginebra sobre el Empleo de Gases (1925) y el Reglamento de La Haya (1907) que son claramente aplicables a las armas nucleares, ya que prohíben el uso de venenos. Esa descripción corresponde directamente a la radiación, y la prohibición del uso de venenos es, sin duda, una de las normas más antiguas de las leyes de la guerra.

En la opinión del Magistrado Weeramantry, se llama la atención también hacia el origen antiguo y multicultural de las leyes de la guerra, haciendo referencia al reconocimiento de sus normas básicas en las tradiciones culturales hindú, budista, china, judaica, islámica, africana y europea moderna. Por lo tanto, las normas humanitarias aplicables a los conflictos bélicos no pueden considerarse como un sentimiento nuevo, inventado en el siglo XIX, enraizado tan débilmente en la tradición universal que puede rechazarse ligeramente.

En la opinión disidente se señala también que no puede haber dos conjuntos de leyes de la guerra aplicables simultáneamente al mismo conflicto: uno para las armas convencionales y el otro para las armas nucleares.

El análisis del Magistrado Weeramantry incluye perspectivas filosóficas que muestran que ningún sistema judicial verosímil puede contener una norma que legitime un acto que puede destruir la totalidad de la civilización de la que ese sistema jurídico forma parte. Los modernos debates jurídicos muestran que una norma de esa naturaleza, que podría figurar en el reglamento de un club de suicidas, no puede formar parte de ningún sistema jurí-

co razonable, y el derecho internacional es primordialmente un sistema de esa índole.

La opinión concluye con una referencia al llamamiento hecho en el Manifiesto Russell-Einstein a “recordar vuestra humanidad y olvidar el resto”, sin lo cual surge el riesgo de muerte universal. En ese contexto, la opinión señala que el derecho internacional está dotado de la plenitud de principios necesaria para responder, y que ese derecho puede contribuir notablemente al alejamiento de la amenaza del “hongo nuclear”, y anunciar el amanecer de una edad libre de armas nucleares.

Por consiguiente, la Corte debía haber respondido, convincente, clara y categóricamente, a la cuestión.

#### *Opinión disidente del Magistrado Koroma*

En su opinión disidente, el Magistrado Koroma manifiesta que disiente fundamentalmente de la determinación de la Corte de que:

“... habida cuenta de la situación actual del derecho internacional y de los elementos de hecho de que dispone, la Corte no puede concluir definitivamente que la amenaza o el empleo de armas nucleares sería legal o ilegal en circunstancias extremas de legítima defensa, en que estuviese en juego la supervivencia misma de un Estado.”

El Magistrado Koroma mantiene que esa determinación no puede apoyarse sobre la base del derecho internacional vigente ni frente al peso y la abundancia de las pruebas y materiales presentados a la Corte. A su juicio, sobre la base del derecho vigente, en particular el derecho humanitario, y los elementos de hecho de que disponía la Corte, el empleo de armas nucleares, en cualquier circunstancia, constituiría, por lo menos, una violación de los principios y normas de ese derecho, y sería, por lo tanto, ilegal.

El Magistrado Koroma señala también que aunque las opiniones de los Estados estén divididas sobre la cuestión de los efectos del empleo de armas nucleares, o sobre si el asunto debería haberse sometido a la Corte, él opina que, una vez que se había resuelto que la Asamblea General era competente para plantear la cuestión y que no existía ninguna razón imperiosa para no emitir una opinión, la Corte debía haber desempeñado su función judicial y decidido el caso sobre la base del derecho internacional vigente. Lamenta que la Corte, incluso después de haber determinado que:

“la amenaza o el empleo de armas nucleares sería, en general, contrario a las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados, y en particular a los principios y normas de derecho humanitario”,

—una determinación con la que concurre, salvo por las palabras “en general”— no se haya atrevido a responder a la verdadera cuestión que se le había planteado: que, con arreglo al derecho internacional, la amenaza o el empleo de armas nucleares sería ilegal en cualquier circunstancia.

Mantiene que la respuesta de la Corte a la cuestión se ha vuelto hacia la “supervivencia del Estado”, mientras que la pregunta hecha a la Corte se refería a la legalidad del empleo de armas nucleares. Por consiguiente, considera que el fallo de la Corte no sólo es insostenible en derecho, sino incluso potencialmente desestabilizador del

orden jurídico internacional vigente, ya que no sólo constituye a los Estados que puedan estar dispuestos a emplear esas armas en jueces acerca de la legalidad de su empleo, sino que también pone en duda el régimen relativo a la prohibición del uso de la fuerza y la legítima defensa, regulado en la Carta de las Naciones Unidas, en tanto que, al mismo tiempo aunque involuntariamente, menoscaba las limitaciones jurídicas impuestas a los Estados poseedores de armas nucleares respecto al empleo de dichas armas.

El Magistrado Koroma, en su opinión disidente, realiza un examen de cuál es, a su juicio, el derecho aplicable a la cuestión, analiza los elementos de hecho presentados a la Corte y llega a la conclusión de que no resulta convincente que la Corte haya determinado que, habida cuenta de “la situación actual del derecho”, no podía concluir definitivamente que la amenaza o el empleo de armas nucleares sería ilegal. A su juicio, el derecho no sólo existe en forma sustancial y amplia, sino que también es preciso, y la presunta laguna jurídica es totalmente inconvincente. En su opinión, no había justificación alguna para una determinación de *non liquet* en el asunto sometido a la Corte.

Por otra parte, tras analizar las pruebas, el Magistrado Koroma llega, como la Corte, a la conclusión de que las armas nucleares, cuando se emplean, no son capaces de distinguir entre civiles y personal militar, darían como resultado la muerte de miles, si no millones, de civiles, causarían lesiones superfluas y sufrimientos innecesarios a los supervivientes, afectarían a las generaciones futuras, dañarían a los hospitales y contaminarían el medio ambiente natural, los alimentos y el agua potable con radiactividad, privando así a los supervivientes de los medios de supervivencia en contra de los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional a los mismos de 1977. Por consiguiente, debe deducirse que el empleo de tales armas sería ilegal.

Pese a disentir de la principal determinación de la Corte, el Magistrado Koroma manifiesta que no debe considerarse que la opinión carece totalmente de importancia o valor jurídico. Las determinaciones normativas que figuran en ella deben tomarse como un paso adelante en el histórico proceso de imposición de limitaciones jurídicas en los conflictos armados y en la reafirmación de que las armas nucleares están sujetas al derecho internacional y al imperio de la ley. A su juicio, la opinión consultiva de la Corte representa la primera vez en la historia en la que un tribunal de esa categoría ha declarado y reafirmado que la amenaza o el empleo de armas nucleares, que es contrario al párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta, que prohíbe el uso de la fuerza, es ilegal y sería incompatible con las exigencias del derecho internacional aplicable en los conflictos armados. Esa determinación, aunque esté condicionada, equivale a un rechazo del argumento de que, como las armas nucleares se inventaron después de la aparición del derecho humanitario, no están sujetas a ese derecho.

Por último, el Magistrado Koroma lamenta que la Corte no haya seguido adelante con esas conclusiones normativas y no haya formulado la única e inevitable determinación de que, debido a sus probadas características, es imposible concebir alguna circunstancia en que el empleo de armas nucleares en un conflicto armado no sea ilegal. Esa conclusión habría sido la contribución más inestimable de

la Corte, como guardián de la legalidad del sistema de las Naciones Unidas, a lo que se ha descrito como el aspecto más importante del derecho internacional con el que la humanidad se enfrenta hoy en día.

*Opinión disidente de la Magistrada Higgins*

La Magistrada Higgins agrega una opinión disidente en la que explica que no puede apoyar la determinación fun-

damental de la Corte en el párrafo 2 E. A su juicio, la Corte no ha aplicado las normas de derecho humanitario de un modo sistemático y transparente para indicar cómo ha llegado a la conclusión que figura en la primera parte del párrafo 2 E de la *parte dispositiva*. Tampoco está claro el significado de la primera parte del párrafo 2 E. La Magistrada Higgins se opone también al *non liquet* de la segunda parte del párrafo 2 E, por creer que es innecesario y erróneo en derecho.