



Asamblea General

Distr.
GENERA

A/51/218
19 de julio de 1996
ESPAÑOL
ORIGINAL: FRANCÉS/INGLÉS

Quincuagésimo primer período de sesiones Tema
71 del programa provisional*

DESARME GENERAL Y COMPLETO

Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares

Nota del Secretario General

1. En su cuadragésimo noveno período de sesiones, la Asamblea General aprobó la resolución 49/75 K, de fecha 15 de diciembre de 1994, en la que decidió, de conformidad con el párrafo 1 del Artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, solicitar a la Corte Internacional de Justicia que diera 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?"

2. El 8 de julio de 1996, la Corte Internacional de Justicia emitió su opinión consultiva sobre la mencionada cuestión que le había presentado la Asamblea General.

3. El 9 de julio de 1996 recibí el Testimonio de esa opinión consultiva de la Corte debidamente firmado y sellado.

4. Por la presente transmito a la Asamblea General la opinión consultiva dada por la Corte Internacional de Justicia el 8 de julio de 1996, así como las declaraciones, las opiniones por separado y las opiniones disidentes en relación con dicha opinión consultiva, sobre la cuestión relativa a la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares.

* A/51/150.

ANEXO

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

AÑO 1996

1996

8 de Julio

Lista general

No. 95

8 de julio de 1996

LEGALIDAD DE LA AMENAZA O EL EMPLEO DE ARMAS NUCLEARES

Competencia de la Corte para emitir la opinión consultiva solicitada - Artículo 65, párrafo 1, del Estatuto - Órgano autorizado para solicitar una opinión - Artículo 96, párrafos 1 y 2, de la Carta - Actividades de la Asamblea General - "Cuestión jurídica" - Aspectos políticos de la cuestión planteada - Motivos que se han alegado para justificar la solicitud y consecuencias políticas que puede tener la opinión.

Facultad discrecional de la Corte sobre si emitirá o no una opinión - Artículo 65, párrafo 1, del Estatuto - Razones apremiantes - Cuestión vaga y abstracta - Fines para los que se solicita la opinión - Posibles efectos de la opinión para las negociaciones en curso - Deber de la Corte de no legislar.

Formulación de la cuestión planteada - Textos en francés e inglés - Objetivo claro - Carga de la prueba.

Derecho aplicable - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - Privación arbitraria de la vida - Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio - Acto intencional dirigido contra un grupo como tal - Normas en vigor en materia de salvaguardia y la protección del medio ambiente - Consideraciones ambientales que se han de tener en la observación del derecho aplicable en caso de conflicto armado - Aplicación de las leyes más pertinentes: disposiciones de la Carta y derecho aplicable en caso de conflicto armado.

Características singulares de las armas nucleares.

Disposiciones de la Carta relativas a la amenaza o uso de la fuerza - Artículo 2, párrafo 4 - La Carta no prohíbe ni autoriza expresamente el uso de ningún arma concreta - Artículo 51 - Condiciones de necesidad y proporcionalidad - Las nociones de "amenaza" y "uso" de la fuerza están relacionados - Posesión de armas nucleares, disuasión y amenaza.

Normas expresas que regulan la legalidad o ilegalidad del recurso a las armas nucleares como tales - Ausencia de disposiciones expresas que autoricen la amenaza o el uso de armas nucleares - Ilegalidad intrínseca: derecho de los tratados - Instrumentos que prohíben el uso de armas envenenadas - Instrumentos que prohíben expresamente el uso de ciertas armas de destrucción en masa - Tratados concertados con el objeto de limitar la adquisición, fabricación y posesión de armas nucleares, el despliegue de armas nucleares y la realización

de pruebas con ellas - Tratado de Tlatelolco - Tratado de Rarotonga - Declaraciones hechas por Estados no poseedores de armas nucleares con motivo de la ampliación del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares - Ausencia de una prohibición convencional general y universal del empleo o la amenaza de empleo de armas nucleares como tales - Ilegalidad intrínseca: derecho consuetudinario - Práctica uniforme de no utilización de armas nucleares - Política de disuasión - Resoluciones de la Asamblea General en las que se confirma la ilegalidad de las armas nucleares - Tensiones persistentes entre la incipiente opinio iuris y la adhesión todavía muy fuerte a la práctica de la disuasión.

Principios y normas del derecho internacional humanitario - Prohibición de métodos y medios de guerra que no distingan entre objetivos civiles y militares o que causen sufrimientos innecesarios a los combatientes - Cláusula Martens - Principio de neutralidad - Aplicabilidad de esos principios y normas a las armas nucleares - Conclusiones.

Derecho de un Estado a la supervivencia y derecho a defenderse - La legítima autodefensa - Política de disuasión - Reservas con respecto a las promesas de algunos Estados no poseedores de armas nucleares de no emplear esas armas.

Situación actual del derecho internacional y antecedentes de hecho con que cuenta la Corte - Empleo de armas nucleares en circunstancias extremas de legítima defensa en las que está en juego la supervivencia misma de un Estado.

Artículo VI del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares - Obligación de negociar de buena fe y de llevar a cabo el desarme nuclear en todos sus aspectos.

OPINIÓN CONSULTIVA

Presentes: Presidente BEDJAOUI; Vicepresidente SCHWEBEL; Magistrados ODA, GUILLAUME, SHAHABUDEEN, WEERAMANTRY, RANJEVA, HERCZEGH, SHI, FLEISCHHAUER, KOROMA, VERESCHETIN, FERRARI BRAVO, HIGGINS; Secretario VALENCIA-OSPINA.

Sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares,

LA CORTE,

compuesta por los miembros antes mencionados,

emite la siguiente opinión consultiva:

1. La cuestión con respecto a la cual se ha solicitado la opinión consultiva de la Corte aparece plasmada en la resolución 49/75 K, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante denominada la "Asamblea General") el 15 de diciembre de 1994. En carta de fecha 19 de diciembre de 1994, recibida en la Secretaría por facsímil el 20 de diciembre de 1994 y cuyo texto original se presentó el 6 de enero de 1995, el Secretario General de las Naciones Unidas comunicó oficialmente al Secretario la decisión adoptada por

la Asamblea General de someter la cuestión a la Corte para que emitiera una opinión consultiva. La resolución 49/75 K, cuyo texto en inglés figura adjunto a la citada carta, dice lo siguiente:

"La Asamblea General,

Consciente de que el hecho de que sigan existiendo y desarrollándose armas nucleares expone a la humanidad a graves riesgos,

Consciente también de que los Estados tienen la obligación, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado,

Recordando sus resoluciones 1653 (XVI), de 24 de noviembre de 1961, 33/71 B, de 14 de diciembre de 1978, 34/83 G, de 11 de diciembre de 1979, 35/152 D, de 12 de diciembre de 1980, 36/92 I, de 9 de diciembre de 1981, 45/59 B, de 4 de diciembre de 1990, y 46/37 D, de 6 de diciembre de 1991, en las que se declara que el empleo de armas nucleares constituiría una violación de la Carta y un crimen de lesa humanidad,

Acogiendo con beneplácito los progresos realizados en la prohibición y eliminación de armas de destrucción masiva, incluida la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y toxínicas y sobre su destrucción¹ y la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción²,

Convencida de que la eliminación completa de las armas nucleares es la única garantía contra la amenaza de guerra nuclear,

Observando las inquietudes expresadas en la Cuarta Conferencia de las Partes encargada del examen del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, en el sentido de que no se ha avanzado suficientemente en la tarea de eliminar por completo y lo antes posible las armas nucleares,

Recordando que, convencida de la necesidad de reforzar el imperio de la ley en las relaciones internacionales, ha declarado el periodo 1990-1999 Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional³,

Observando que el párrafo 1 del Artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas faculta a la Asamblea General a que solicite a la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica,

¹ Resolución 2826 (XXVI), anexo.

¹ Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo periodo de sesiones. Suplemento No. 27 (A/47/27), apéndice I.

³ Resolución 44/23.

Recordando la recomendación formulada por el Secretario General en su informe titulado "Un programa de paz"⁴ en el sentido de que los órganos de las Naciones Unidas autorizados a solicitar opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia lo hagan con mayor frecuencia,

Acogiendo con beneplácito la resolución 4S/40, de 14 de mayo de 1993, de la Asamblea de la Organización Mundial de la Salud, en que la organización pedía a la Corte Internacional de Justicia que diera una opinión consultiva sobre si el empleo de armas nucleares por un Estado en una guerra u otro conflicto armado constituiría una violación de las obligaciones que le impone el derecho internacional, incluida la Constitución de la Organización Mundial de la Salud,

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?".

2. De conformidad con el párrafo 2 del Artículo 65 del Estatuto, el Secretario General de las Naciones Unidas transmitió a la Corte un expediente con los documentos que podían arrojar luz sobre la cuestión.

3. En sendas cartas de fecha 21 de diciembre de 1994, el Secretario, de conformidad con el párrafo 1 del Artículo 66 del Estatuto, puso en conocimiento de todos los Estados con derecho a comparecer ante la Corte la solicitud de tona opinión consultiva.

4. En una providencia de fecha 1º de febrero de 1995, la Corte decidió que los Estados con derecho a comparecer ante ella y las Naciones Unidas podían suministrar información sobre la cuestión, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del Artículo 66 del Estatuto. En la misma providencia, la Corte determinó que el 20 de junio de 1995 sería el término para la presentación de exposiciones escritas sobre la cuestión y el 20 de septiembre de 1995 el término en el que los Estados y las organizaciones que hubieran presentado exposiciones escritas podían presentar observaciones escritas sobre las demás exposiciones escritas, de conformidad con el párrafo 4 del Artículo 66 del Estatuto. En la citada providencia se señaló en particular, que la Asamblea General había solicitado a la Corte que diera "con carácter de urgencia" su opinión consultiva; también se hacía referencia a los plazos procesales ya establecidos para la solicitud de una opinión consultiva que formulara anteriormente la Organización Mundial de la Salud a la Corte sobre la cuestión de la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares en caso de conflicto armado.

El 8 de febrero de 1995, el Secretario cursó a los Estados con derecho a comparecer ante la Corte y a las Naciones Unidas la comunicación especial y directa estipulada en el párrafo 2 del Artículo 66 del Estatuto.

5. Los siguientes Estados enviaron exposiciones escritas: Alemania, Bosnia y Herzegovina, Burundi, Ecuador, Egipto, Estados Unidos de América,

Federación de Rusia, Finlandia, Francia, India, Irlanda, Islas Marshall, Islas Salomón, Italia, Japón, Lesotho, Malasia, México, Nauru, Nueva Zelanda, Países Bajos, Qatar, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Islámica del Irán, República Popular Democrática de Corea, Samoa, San Marino y Suecia. Además, los siguientes Estados enviaron observaciones escritas acerca de las citadas exposiciones escritas: Egipto, las Islas Salomón y Nauru. Tras recibir esas exposiciones y observaciones, el Secretario transmitió el texto a todos los Estados que habían participado en las actuaciones escritas.

6. La Corte decidió celebrar audiencias públicas, a partir del 30 de octubre de 1995, en las que podían presentar exposiciones orales ante la Corte todos los Estados u organizaciones que se hubiera considerado que podían proporcionar información sobre la cuestión que la Corte tenía ante sí. En cartas de fecha 23 de junio de 1995, el Secretario solicitó a los Estados con derecho a comparecer ante la Corte y a las Naciones Unidas que le comunicaran si tenían intención de participar en los procedimientos orales; en esas cartas se señaló que la Corte había decidido oír, también en esas audiencias públicas, las exposiciones orales relativas a la solicitud por la Asamblea General de una opinión consultiva y las exposiciones orales relativas a la citada solicitud de una opinión consultiva formulada a la Corte por la Organización Mundial de la Salud, en el entendimiento de que las Naciones Unidas tendrían derecho a hacer declaraciones únicamente por lo que se refería a la solicitud presentada por la Asamblea General; se dijo asimismo que los participantes en las actuaciones orales que no hubieran tomado parte en las actuaciones escritas recibirían el texto de las exposiciones y las observaciones presentadas en estas últimas.

7. En carta de fecha 20 de octubre de 1995, la República de Nauru solicitó la venia de la Corte para retirar las observaciones escritas presentadas en su nombre en un documento titulado "respuesta a las exposiciones de otros Estados". La Corte hizo lugar a esa petición y, en cartas de fecha 30 de octubre de 1995, el Secretario Adjunto informó al respecto a los Estados a los que se había dado traslado del documento, indicando que éste, por lo tanto, no formaba parte del expediente que la Corte tenía ante sí.

8. De conformidad con el artículo 106 del Reglamento de la Corte, ésta decidió hacer asequibles al público las exposiciones y observaciones escritas presentadas ante ella, a partir de la apertura de las actuaciones orales.

9. En las audiencias públicas celebradas entre el 30 de octubre de 1995 y el 15 de noviembre de 1995, la Corte oyó las siguientes exposiciones orales, en el orden que a continuación se indica:

En nombre del Commonwealth: Sr. Gavan Griffith, Fiscal de la Corona, de Australia
Procurador General de Australia, Abogado;

Sr. Gareth Evans, Fiscal de la Corona, Senador,
Ministro de Relaciones Exteriores, Abogado;

En nombre de la República
Árabe de Egipto:

Sr. George Abi-Saab, Catedrático de Derecho
Internacional, Instituto Superior de Estudios
Internacionales, Ginebra, Miembro del Instituto de
Derecho Internacional;

/...

En nombre de la República
Francesa :

Sr. Marc Perrin de Brichambaut, Director de
Asuntos Jurídicos, Ministerio de Relaciones
Exteriores;

Sr. Alain Pellet, Catedrático de Derecho
Internacional, Universidad de París X e
Instituto de Estudios Políticos, París;

En nombre de la República
Federal de Alemania:

Sr. Hartmut Hillgenberg, Director General de
Asuntos Jurídicos, Ministerio de Relaciones
Exteriores;

En nombre de Indonesia:

Excmo. Sr. Johannes Berchmans Soedarmanto
Kardarisman, Embajador de Indonesia ante los
Países Bajos;

En nombre de México :

Excmo. Sr. Sergio González Gálvez,
Embajador, Secretario General Adjunto de
Relaciones Exteriores;

En nombre de la República
Islámica del Irán:

Excmo. Sr. Mohammad J. Zarif,
Viceministro de Asuntos Jurídicos e Internacionales,
Ministerio de Relaciones Exteriores , -

En nombre de Italia:

Sr. Umberto Leanza, Catedrático de Derecho
Internacional de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Roma "Tor Vergata", Jefe del Servicio
Jurídico Diplomático del Ministerio de Relaciones
Exteriores;

En nombre del Japón:

Excmo. Sr. Takekazu Kawamura, Embajador,
Director General del Departamento de Control de
Armamento y Asuntos Científicos, Ministerio de
Relaciones Exteriores;

Sr. Takashi Hiraoka, Alcalde de Hiroshima

Sr. Iccho Itoh, Alcalde de Nagasaki;

Excmo. Sr. Tan Sri Razali Ismail,
Embajador, Representante Permanente de Malasia ante
las Naciones Unidas;

En nombre de Malasia:

Dato' Mohtar Abdullah, Ministro de Justicia

Sr. Paul East, Fiscal de la Corona, Ministro de
Justicia de Nueva Zelandia;

En nombre de Nueva Zelandia:

Sr. Alian Bracegirdle, Subdirector de la División
Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores y
Comercio de Nueva Zelandia;

En nombre de Filipinas :

Excmo. Sr. Rodolfo S. Sánchez, Embajador de
Filipinas ante los Países Bajos;

Profesor Merlin N. Magallona, Decano, Facultad de
Derecho, Universidad de Filipinas;

En nombre de Qatar:

Excmo. Sr. Najeeb ibn Mohammed Al-Nauimi,
Ministro de Justicia;

En nombre de la Federación de Rusia:

Sr. A. G. Khodakov, Director, Departamento
Jurídico, Ministerio de Relaciones Exteriores ;

En nombre de Sam Marino:

Sra. Federica Bigi, Consejera de la Embajada,
Funcionaria a cargo de la Dirección de Asuntos
Políticos, Departamento de Relaciones Exteriores;

En nombre de Samoa:

Excmo. Sr. Neróni Slade, Embajador y
Representante Permanente de Samoa ante las
Naciones Unidas;

Sra. Laurence Boisson de Chazournes, Catedrática
Adjunta, Instituto Superior de Estudios
Internacionales, Ginebra;

Sr. Roger S. Clark, Profesor Emérito de Derecho,
Rutgers University School of Law, Camden, Nueva
Jersey;

En nombre de las Islas
Marshall :

Sr. Theodore G. Kronmiller, Asesor Jurídico,
Embajador de las Islas Marshall ante los Estados
Unidos de América;

Sra. Lijon Eknilang, Miembro del Consejo,
Administración Local del Atolón de Rongelap;

En nombre de las Islas
Salomón:

Sr. Victor Ngele, Ministro de Policía y Seguridad Nacional;

Sr. Jean Salmon, Catedrático de Derecho,
Universidad Libre de Bruselas;

Sr. Eric David, Catedrático de Derecho,
Universidad Libre de Buselas;

Sr. Philippe Sands, Profesor de Derecho, Escuela de Estudios Orientales y Africanos, Universidad de Londres, Director Jurídico, Foundation for International Environmental Law and Development;

Sr. James Crawford, Profesor de la cátedra Whevell de
Derecho Internacional, Universidad de Cambridge ;

/ . . .

En nombre de Costa Rica:	Sr. Carlos Vargas Pizarro, Asesor Jurídico y Enviado Especial del Gobierno de Costa Rica;
En nombre del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte:	Sir Nicholas Lyell, Fiscal de la Corona, Miembro del Parlamento, Ministro de Justicia de Su Majestad la Reina;
Por los Estados Unidos de América:	Sr. Conrad K. Harper, Asesor Jurídico, Departamento de Estado de los Estados Unidos;
	Sr. Michael J. Matheson, Asesor Jurídico Adjunto {Principal}, Departamento de Estado de los Estados Unidos;
	Sr. John H. McNeil, Asesor General Adjunto {Superior}, Departamento de la Defensa de los Estados Unidos;
En nombre de Zimbabwe:	Sr. Jonathan Wutawunashe, Encargado de Negocios interino, Embajada de la República de* Zimbabwe

Los Magistrados de la Corte formularon preguntas a algunos participantes en las actuaciones orales, los cuales contestaron por escrito, como se les había pedido, dentro de los plazos establecidos; la Corte decidió que los demás participantes podían responder también a esas preguntas en las mismas condiciones y algunos de ellos así lo hicieron. Los Magistrados de la Corte formularon otras preguntas, de carácter más general, a todos los participantes en las actuaciones orales; algunos de ellos contestaron por escrito, como se había pedido, dentro de los plazos establecidos.

*

10. La Corte debe examinar en primer lugar si tiene competencia para responder a la solicitud de una opinión consultiva de la Asamblea General y, en caso afirmativo, si existe algún motivo por el que deba declinar esa competencia.

La competencia de la Corte con respecto a las opiniones consultivas dimana del párrafo 1 del artículo 65 de su Estatuto, según el cual, la Corte

"podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma."

11. Para que la Corte sea competente para emitir una opinión consultiva, es necesario, pues, en primer lugar, que el organismo que solicita la opinión esté "autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma". La Carta dispone en el Artículo 96 párrafo 1 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 oponen a que la Corte dé una opinión aducen que la Asamblea General y el Consejo de Seguridad no tienen derecho a solicitar opiniones sobre cuestiones totalmente desvinculadas con su cometido. Estos Estados sugieren que, en el caso de órganos y de organismos especializados que actúen conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del Artículo 96, ya pesar de la diferencia que existe en la redacción entre esa disposición y el párrafo 1 del mismo Artículo, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad pueden solicitar una opinión consultiva sobre una cuestión jurídica sólo dentro de los límites de su cometido.

En opinión de la Corte, poca importancia tiene que esta interpretación del párrafo 1 del Artículo 96 sea o no correcta; en el supuesto que nos ocupa, la Asamblea General tiene competencia en todo caso para recurrir a la Corte. En verdad, el Artículo 10 de la Carta otorga a la Asamblea General competencia en "cualesquier asuntos o cuestiones" dentro de los límites de la Carta. El Artículo 11 le confiere competencia específicamente para "considerar los principios generales ... en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, incluso los principios que rigen el desarme y la regulación de los armamentos"¹¹. Finalmente, de acuerdo con el Artículo 13, la Asamblea General "promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación".

12. La cuestión planteada a la Corte se relaciona en muchos sentidos con el cometido e intereses de la Asamblea General, incluidos los que se refieren a la amenaza o el empleo de la fuerza en las relaciones internacionales, el proceso de desarme y el desarrollo progresivo del derecho internacional. La Asamblea General se ha interesado de larga data en esos temas y en su relación con las armas nucleares. Ese interés se ha puesto de manifiesto en los debates anuales de la Primera Comisión, y en las resoluciones de la Asamblea sobre armas nucleares; en la celebración de tres períodos extraordinarios de sesiones de la Asamblea General sobre desarme (en 1978, 1982 y 1988) y en las reuniones anuales de la Comisión de Desarme desde 1978; y también en los informes sobre los efectos del uso de armas nucleares que la Asamblea General ha solicitado. En este contexto, no tiene transcendencia que importantes actividades, sobre el desarme nuclear recientes y actuales, se lleven a cabo en otros foros.

Finalmente no puede entenderse que el párrafo 1 del Artículo 96 de la Carta limite la capacidad de la Asamblea para solicitar una opinión solamente a los casos en los que puede tomar decisiones vinculantes. Que las actividades de la Asamblea en ese ámbito la hayan llevado únicamente a aprobar recomendaciones para nada influye, pues, en el problema de si tenía o no competencia para llevar ante la Corte la cuestión referida.

13. La Corte misma además debe cerciorarse de que la opinión que se le solicita se refiere realmente a una "cuestión jurídica" en la acepción que se da a la expresión en el Estatuto y en la Carta de las Naciones Unidas.

La Corte ya ha tenido ocasión de señalar que las cuestiones

/...

"planteadas en términos jurídicos y que susciten problemas de derecho internacional ... son por su misma naturaleza susceptibles de obtener una respuesta basada en derecho ... [y] parecen ... ser cuestiones de carácter jurídico" (Western Sahara, Advisory Opinión, I.C.J. Reports 1975, pág. 18, párr. 15).

La cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General es, a decir verdad, una cuestión jurídica, ya que se pide a la Corte que se pronuncie sobre la compatibilidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares con los principios y las normas pertinentes del derecho internacional. A ese fin, la Corte debe determinar los principios y las normas vigentes, interpretarlos y aplicarlos a la amenaza o el empleo de armas nucleares, para dar así una respuesta con fundamento jurídico a la cuestión planteada.

Que en esta cuestión haya también aspectos políticos, como, por 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 le ha sido expresamente conferida por su Estatuto" (Application for Review of judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinión, I.C.J. Reports 1973, pág. 172, párr. 14). Cualesquiera que sean los aspectos políticos de la cuestión, la Corte no puede negarse a admitir el carácter jurídico de una cuestión que le invita a desempeñar una tarea esencialmente judicial, a saber, una evaluación de la legalidad del posible comportamiento de los Estados con respecto a la obligaciones que les impone el derecho internacional (cf. Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter), Advisory Opinión, I.C.J. Reports 1947-1948, págs. 61 y 62; Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinión I.C.J. Reports 1950, págs. 6 y 7; Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2 of the Charter), Advisory Opinión I.C.J. Reports 1962, pág. 155).

Es más, tal como la Corte declaró en la opinión que emitió en 1980 sobre la Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la QMS y Egipto:

"En verdad, en situaciones en las que las consideraciones políticas son importantes puede ser especialmente necesario para una organización internacional obtener una opinión consultiva de la Corte acerca de los principios jurídicos aplicables al asunto que se debate ..."

(Interpretación of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt. Advisory Opinión, I.C.J. Reports 1980. pág. 87, párr. 33.)

La Corte, además, considera que la naturaleza política de los motivos que pueda decirse que han inspirado la petición y las consecuencias políticas que la opinión emitida podría tener no son relevantes a la hora de determinar su competencia para emitir dicha opinión.

*

14. El párrafo 1 del Artículo 65 del Estatuto dispone: "La Corte podrá emitir opiniones consultivas ...". (El subrayado es mío.) Se trata de algo más que una disposición habilitante. Como la Corte ha subrayado repetidamente, el Estatuto deja a su discreción el dar o no la opinión consultiva solicitada, una

/...

vez que se ha establecido su competencia para hacerlo. En este contexto, la Corte previamente ha señalado lo siguiente:

"La Corte no da su opinión a los Estados sino al órgano autorizado para solicitarla; la respuesta de la Corte, que es un 'órgano de las Naciones Unidas', representa su participación en las actividades de la Organización y, en principio, no debiera denegarse." (Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, páa. 71; véase también Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, pág. 19; Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against UNESCO, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1956, pág. 86; Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962, pág. 155; y and Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1989, pág. 189.)

La Corte siempre ha tenido en cuenta sus responsabilidades como "órgano judicial principal de las Naciones Unidas" (Artículo 92 de la Carta). Al estudiar una petición tiene presente que en principio no debería negarse a dar una opinión consultiva. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Corte, esa negativa sólo se justificaría por razones imperiosas (Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1956, pág. 86; Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962, pág. 155; Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970?), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pág. 27; Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1973, pág. 183; Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, pág. 21; y Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1989, pág. 191.) La Corte no ha denegado hasta ahora ninguna petición de opinión consultiva aduciendo su facultad discrecional; en el caso titulado La legalidad del empleo de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado la denegación de la opinión consultiva solicitada por la Organización Mundial de la Salud se sustentó en la falta de competencia de la Corte en ese caso. La Corte Permanente de Justicia Internacional dictaminó solamente en una ocasión que no podía contestar a una cuestión que se le había planteado, teniendo en cuenta las especialísimas circunstancias del caso, entre las que se encontraba el hecho de que estaba directamente relacionado con una controversia ya existente, en la cual uno de los Estados partes en la controversia no era ni parte en el Estatuto de la Corte Permanente ni miembro de la Sociedad de las Naciones, por lo que la Corte declinó participar en el proceso en forma alguna (Status of Eastern Carelia, P.C.I.J., Series B, No. 5).

15. La mayoría de las razones aducidas en estas actuaciones para persuadir a la Corte de que en el ejercicio de su facultad discrecional debería declinar la emisión de la opinión, solicitada por la resolución 49/75 K de la Asamblea General se sintetizaron en la siguiente declaración que hizo un Estado en el procedimiento escrito:

/...

"La cuestión planteada es vaga y abstracta, trata problemas complejos que son objeto de consideración entre los Estados interesados y en otros órganos de las Naciones Unidas que tienen conferido un mandato expreso para examinar estos problemas. La opinión de la Corte en relación con la cuestión planteada no proporcionaría una ayuda real a la Asamblea General en el desempeño de las funciones que la Carta le encomienda. Dicha opinión podría socavar los progresos que ya se han hecho o que se están haciendo en este delicado tema y, por tanto, es contraria a los intereses de las Naciones Unidas." (Estados Unidos de América, declaración escrita, págs. 1 y 2; cf. págs. 3 a 7, II. Véase también Reino Unido, declaración escrita, págs. 9 a 20, párrs. 2.23 a 2.45; Francia, declaración escrita, págs. 13 a 20, párrs. 5 a 9; Finlandia, declaración escrita, págs. 1 y 2; Países Bajos, declaración escrita, págs. 3 y 4, párrs. 6 a 13; Alemania, declaración escrita, págs. 3 a 6, párr. 2b).)

Al aducir que la cuestión planteada a la Corte es vaga y abstracta, algunos Estados parecen querer decir que no existe una controversia concreta sobre el tema objeto de la cuestión. A fin de responder a este argumento, es necesario distinguir entre los requisitos que regulan el procedimiento contencioso y los aplicables a las opiniones consultivas. La finalidad de la función consultiva no es, al menos directamente, zanjar controversias entre Estados, sino brindar asesoramiento jurídico a los órganos e instituciones que solicitan la opinión (cf. Interpretation of Peace Treaties I.C.J. Reports 1950, pág. 71). Que la cuestión planteada a la Corte no esté relacionada con una controversia concreta no debería, por tanto, inducir a la Corte a negarse a emitir la opinión que se le solicita.

Es más, la Corte ha dicho claramente que el argumento de que no debe entender de aquellas cuestiones enunciadas en términos abstractos es "una mera afirmación, desprovista de toda justificación", y que "la Corte debe emitir una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica, sea abstracta no" (Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter), Advisory Opinion, 1948, I.C.J. Reports 1947-1948, pág. 61; véase también Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1954, pág. 51; and Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pág. 27, párr. 40).)

Sin embargo, algunos Estados han manifestado su temor de que la naturaleza abstracta de la cuestión pueda inducir a la Corte a hacer declaraciones hipotéticas o conjeturales fuera del ámbito de su función judicial. La Corte no considera que al dar una opinión consultiva en el caso actual necesariamente deba elaborar contextos, estudiar diversos tipos de armas nucleares y evaluar información tecnológica, estratégica y científica, altamente compleja y controvertible. La Corte simplemente examinará las cuestiones que surjan en todos sus aspectos, aplicando a la situación las normas jurídicas pertinentes.

16. Algunos Estados han señalado que la Asamblea General no ha explicado a la Corte los fines específicos para los que solicita la opinión consultiva. Sin embargo, no cabe a la Corte decidir si la Asamblea necesita la opinión consultiva para el desempeño de sus funciones. La Asamblea General tiene

derecho a decidir por sí misma, a la luz de sus propias necesidades, sobre la utilidad de una opinión.

De igual forma, una vez que la Asamblea, mediante la aprobación de una resolución, ha solicitado una opinión consultiva sobre una cuestión jurídica, la Corte, al determinar si hay razones imperiosas para negarse a emitir dicha opinión, no entrará a considerar los orígenes o los antecedentes políticos de la petición, ni la distribución de los votos con respecto a la resolución aprobada.

17. También se ha dicho que una respuesta de la Corte en este caso podría afectar negativamente a las negociaciones sobre el desarme y, por tanto, iría en contra de los intereses de las Naciones Unidas. La Corte sabe que, sean cuales fueren, las conclusiones de cualquier opinión que pueda emitir, afectarán al debate en curso sobre la cuestión en la Asamblea General y constituirán un elemento más en las negociaciones sobre el tema. Aparte de esto, el efecto de la opinión es una cuestión de apreciación. La Corte ha oído argumentos contrapuestos y no hay criterios evidentes para preferir una u otra evaluación. Por lo tanto, la Corte no puede considerar este factor como una razón imperiosa para negarse a ejercer su jurisdicción.

18. Por último, algunos Estados han sostenido que, al responder a la pregunta planteada, la Corte excedería su función judicial y asumiría una función legislativa. Es evidente que la Corte no puede legislar, y en las circunstancias del presente caso no se le pide que lo haga. Su cometido consiste, en cambio, en llevar a cabo su función judicial habitual de reafirmar la existencia o no de principios y normas jurídicas aplicables a la amenaza o el empleo de armas nucleares. El argumento de que responder a la cuestión planteada exigiría a la Corte legislar se basa en la suposición de que el actual corpus jurídico carece de normas pertinentes en esta materia. La Corte no puede aceptar ese argumento; la Corte determina el derecho vigente y no legisla, aunque al determinar y aplicar el derecho, la Corte necesariamente tiene que limitar su ámbito y, a veces, señalar su tendencia general.

19. En vista de lo antes expuesto, la Corte llega a la conclusión de que tiene competencia para emitir una opinión sobre la cuestión planteada por la Asamblea General y que no existen "razones imperiosas" que lleven a la Corte a ejercer su facultad discrecional de no hacerlo.

Una cuestión totalmente diferente es la relativa a saber si la Corte, habida cuenta de las limitaciones que tiene como órgano judicial, podrá emitir una respuesta completa a la cuestión que se le plantea. Pero esto es diferente a una negativa total a responder.

*

* *

20. La Corte debe a continuación examinar ciertos asuntos en relación con la formulación de la cuestión planteada por la Asamblea General. El texto en inglés pregunta: "Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under international law?". El texto en francés de la pregunta es el siguiente: "Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance?" Se ha sugerido que la

Asamblea General pregunte a la Corte si se permite el recurso a las armas nucleares en toda circunstancia, y se ha argumentado que dicha cuestión inevitablemente llevaría a una simple respuesta negativa.

La Corte considera innecesario pronunciarse sobre las posibles divergencias existentes entre los textos en inglés y en francés sobre la cuestión planteada. Su objetivo real es claro: determinar la legalidad o ilegalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares.

21. La utilización de la palabra "autoriza" en la pregunta planteada por la Asamblea General ha sido criticada ante la Corte por algunos Estados, que adujeron que implicaría que la amenaza o el empleo de armas nucleares sólo estaría autorizado si la autorización estuviera contenida en una disposición de un tratado o en el derecho internacional consuetudinario. Esos Estados dijeron que ese punto de partida era incompatible con el fundamento mismo del derecho internacional, que se sustenta en los principios de la soberanía y el consentimiento; en consecuencia, y contrariamente a lo que denotaría el uso de la palabra "autoriza", los Estados están en libertad de amenazar con el empleo de armas nucleares, o de emplearlas a menos que pueda demostrarse que están obligados a no hacerlo por una prohibición contenida sea en el derecho de los tratados, sea en el derecho internacional consuetudinario. En apoyo de este argumento se citaron pronunciamientos de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso "Lotus" de que "las restricciones a la independencia de los Estados no pueden ... presumirse" y que el derecho internacional deja a los Estados "una amplia discrecionalidad, limitada únicamente en ciertos casos por normas prohibitivas" (P.C.I.J., Serie A. No. 10, págs. 18 y 19); también se encontró apoyo en el pronunciamiento de la actual Corte en el caso sobre Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) en el que la Corte dijo lo siguiente:

"En el derecho internacional no hay normas, aparte de aquellas a las que el Estado en cuestión se someta, mediante tratado o de otra forma, que puedan limitar el nivel de armamentos de un Estado soberano" (I.C.J. Reports, 1986, pág. 135, párr. 269).

Otros Estados consideraron que la invocación de estos pronunciamientos del caso "Lotus" era inapropiada; se impugnó la validez de esos pronunciamientos en el derecho internacional contemporáneo y su aplicabilidad a las circunstancias muy diferentes del presente caso. También se dijo que el pronunciamiento antedicho de la actual Corte se refería a la posesión de armamentos y no era pertinente en lo que se refiere a la amenaza o el empleo de armas nucleares.

Por último se sugirió que, si la Corte contestaba la cuestión planteada por la Asamblea, la palabra "autoriza" debería ser sustituida por la palabra "prohibe".

22. La Corte observa que los Estados poseedores de armas nucleares que comparecieron aceptaron o no negaron que la independencia de su acción estaba efectivamente restringida por los principios y normas del derecho internacional, en particular por el derecho humanitario (véase el párrafo 86 infra), y lo propio hicieron los demás Estados que intervinieron en las actuaciones.

Así pues, el argumento relativo a las conclusiones de derecho que se han de desprender de la utilización de la palabra "autoriza" y las cuestiones relativas al onus probandi que al parecer planteaba, no tienen especial importancia para el examen de las cuestiones que la Corte tiene ante sí.

* *

23. Para intentar responder a la pregunta que le formula la Asamblea General, la Corte debe decidir, tras examinar el extenso corpus de normas del derecho internacional a que tiene acceso, cuál podría ser el derecho aplicable.

*

24. Algunos partidarios de la tesis de la ilicitud del empleo de armas nucleares han argüido que ese empleo constituiría una violación del derecho a la vida, garantizado en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en algunos instrumentos regionales para la protección de los derechos humanos. En el párrafo 1 del artículo 6 del Pacto Internacional se estipula lo siguiente:

"El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente."

En respuesta, otros adujeron que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se hacía referencia ni a la guerra ni a las armas, y que nunca se había contemplado la posibilidad de que ese instrumento regulara la legalidad de las armas nucleares. Se señaló que el Pacto tenía por objeto proteger los derechos humanos en tiempo de paz, pero que las cuestiones relativas a la privación ilegal de la vida en las hostilidades se regían por el derecho aplicable en caso de conflicto armado.

25. La Corte observa que la protección prevista en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempo de guerra, excepto cuando se aplica el artículo 4 del Pacto, según el cual algunas disposiciones pueden ser suspendidas cuando se da una situación de emergencia nacional. Sin embargo, el respeto del derecho a la vida no es una de esas disposiciones. En principio, el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente se aplica también en tiempo de hostilidades. Ahora bien, el criterio para determinar si la privación de la vida es arbitraria hay que referirse a la lex specialis aplicable, a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado, que tiene por objeto regir las situaciones de hostilidades. Así pues, que un caso de pérdida de vida, a causa del empleo de un arma determinada en una situación de guerra, se considere un caso de privación arbitraria de la vida que contraviene el artículo 6 del Pacto, es cosa que sólo se puede decidir por remisión al derecho aplicable en caso de conflicto armado y no por deducción de las disposiciones del Pacto.

26. Algunos Estados arguyeron también que la prohibición del genocidio, contenida en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito del Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, es una norma pertinente de derecho internacional consuetudinario que la Corte debe aplicar. La Corte recuerda que en el artículo II de la Convención figura la siguiente definición de genocidio:

/...

"... cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de miembros del grupo a otro grupo."

Se afirmó ante la Corte que el número de muertes causadas por el empleo de armas nucleares sería enorme; que, en algunos casos, podía haber entre las víctimas personas de un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado y que la intención de destruir a esos grupos podía inferirse de la circunstancia de que quien hubiera usado el arma nuclear se había abstenido de tener en cuenta los efectos bien conocidos del empleo de esas armas.

A ese respecto, la Corte puede señalar que la prohibición del genocidio sería pertinente en este caso si el recurso a las armas nucleares entrañara en efecto el elemento de intención respecto de un grupo como tal, que se prevé en la disposición citada supra. A juicio de la Corte, sólo se podría llegar a esa conclusión tras considerar debidamente las circunstancias propias de cada caso.

*

27. Tanto en sus exposiciones escritas como orales, algunos Estados señalaron además que todo uso de armas nucleares sería ilegal en virtud de las normas vigentes en materia de salvaguardia y protección del medio ambiente, normas que son de importancia vital.

Se hicieron referencias concretas a diversos tratados e instrumentos internacionales en vigor, como el párrafo 3 del artículo 35 del Protocolo adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, en el que se 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 la Convención de 18 de mayo de 1977, sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, en la que se prohíbe la utilización de armas que "tengan efectos vastos, duraderos o graves" para el medio ambiente (artículo 1). También se citaron el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972 y el Principio 2 de la Declaración de Río de 1992, en los que se expresa la convicción común de los Estados interesados de que tienen la obligación de "velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional". Se afirmó que esos instrumentos y otras disposiciones relativas a la protección y la salvaguardia

del medio ambiente se aplicaban en todo momento, tanto en tiempos de guerra como de paz, y que el empleo de armas nucleares que tuvieran consecuencias amplias y efectos transfronterizos supondría violarlos.

28. Otros Estados cuestionaron la naturaleza vinculante de esas normas del derecho ambiental o, en el marco de la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, negaron que ésta se refiriera en absoluto al empleo de armas nucleares en épocas de hostilidades; o, por lo que se refiere al Protocolo adicional I, negaron que estuvieran en general obligados por esas disposiciones, o recordaron que hablan hecho reservas con respecto al párrafo 3 de su artículo 35.

Algunos Estados sostuvieron también que el principal objetivo de los tratados y las normas en materia de medio ambiente era proteger el medio ambiente en tiempo de paz. Se dijo que en esos tratados no se mencionaban las armas nucleares. También se señaló que en sus textos no se hacía referencia a la guerra en general, ni a la guerra nuclear en particular, y que resultaría desestabilizador para el imperio del derecho y para la confianza depositada en las negociaciones internacionales que esos tratados se interpretaran ahora en el sentido de que prohibían el empleo de armas nucleares.

29. La Corte reconoce que el medio ambiente está sujeto a amenazas cotidianas y que el empleo de armas nucleares podría constituir una catástrofe para el medio ambiente. La Corte reconoce, también, que el medio ambiente no es un concepto abstracto, sino que representa el espacio viviente, la calidad de vida y la salud misma de los seres humanos, en particular, de las generaciones venideras. La existencia de la obligación general de que los Estados velen por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no dañen el medio ambiente de otros Estados o zonas que estén fuera de su jurisdicción nacional forma parte ya del corpus de normas internacionales en materia de medio ambiente.

30. Sin embargo, la Corte considera que la cuestión no radica en saber si los tratados en materia de protección del medio ambiente son o no aplicables durante un conflicto armado, sino más bien en saber si se ha querido que las obligaciones derivadas de esos tratados sean obligaciones de abstención en caso de conflicto militar.

La Corte no considera que porque los tratados en cuestión contengan obligaciones con respecto a la protección del medio ambiente, se haya pretendido con ellos privar a un Estado del ejercicio del derecho a la legítima defensa que el derecho internacional le reconoce. Sin embargo, los Estados deben tener en cuenta las consideraciones ambientales cuando determinan qué es necesario y proporcional para lograr objetivos militares legítimos. El respeto del medio ambiente es uno de los elementos que se han de sopesar para saber si una acción es conforme a los principios de necesidad y proporcional.

En verdad, ese enfoque encuentra sustento en el Principio 24 de la Declaración de Río, que dispone como sigue:

"La guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible. En consecuencia, los Estados deberán respetar las disposiciones de derecho

internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar en su ulterior desarrollo, según sea necesario."

31. La Corte observa, además, que en el párrafo 3 del artículo 35 y en el artículo 55 del Protocolo adicional I se prevén otras medidas de protección del medio ambiente. En su conjunto, esas disposiciones estatuyen una obligación general de proteger el medio natural contra daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente; la prohibición de utilizar métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, esos daños, y la prohibición de lanzar ataques contra el medio ambiente natural como represalia.

Todas esas medidas imponen serias limitaciones a todos los Estados que han suscrito las mencionadas disposiciones.

32. La resolución 47/37 de la Asamblea General, de 25 de noviembre de 1992, relativa a la protección del medio ambiente en tiempos de conflicto armado, también resulta interesante en este contexto. En ella se confirma la opinión general de que las consideraciones ambientales son uno de los elementos que se han de tener presentes para observar los principios del derecho aplicable a los conflictos armados: estipula que "la destrucción del medio ambiente no justificada por necesidades militares e inmotivada es claramente contraria al derecho internacional vigente". Habida cuenta de que algunos instrumentos todavía no son vinculantes para todos los Estados, la Asamblea General en esa resolución "hace un llamamiento a todos los Estados que aún no lo hayan hecho para que examinen la posibilidad de ser partes en los convenios internacionales pertinentes".

En su reciente providencia relativa a la solicitud de examinar la situación de los ensayos nucleares, de conformidad con el párrafo 63 del Fallo de la Corte de 20 de diciembre de 1974 (Nueva Zelanda contra Francia), la Corte declaró que formulaba su conclusión "sin perjuicio de las obligaciones de los Estados de respetar y proteger el medio ambiente natural" (providencia de 22 de septiembre de 1995, I.C.J. Reports 1995, pág. 306, párr. 64). Aunque esa declaración se hizo en el marco de los ensayos nucleares, evidentemente, se aplica también al empleo de armas nucleares en caso de conflicto armado.

33. Por consiguiente, la Corte estima que aunque el derecho internacional vigente en materia de protección y salvaguardia del medio ambiente no prohíbe expresamente el empleo de armas nucleares, sí señala importantes factores ambientales que se deben tener debidamente en cuenta para observar los principios y normas del derecho aplicable en las situaciones de conflicto armado.

*

34. A la luz de lo antes expuesto, la Corte llega, pues, a la conclusión de que las normas aplicables más pertinentes con respecto a la cuestión que se le ha planteado son las relativas al uso de la fuerza consagradas en la Carta de las Naciones Unidas y el derecho aplicable a los conflictos armados que regula las situaciones de hostilidades, junto con todos los tratados en materia de armas nucleares que la Corte pueda considerar pertinentes.

* *

/...

35. No obstante, para aplicar esas normas al presente caso, la Corte no puede dejar de tener en cuenta algunas características singulares de las armas nucleares.

La Corte ha tomado nota de las definiciones de armas nucleares que figuran en diversos tratados y acuerdos. Toma nota también de que las armas nucleares son artefactos explosivos cuya energía se deriva de la fusión o la fisión del átomo. En las armas nucleares tal y como existen hoy en día, en ese proceso, por su propia naturaleza, se liberan no sólo inmensas cantidades de calor y energía, sino también potentes radiaciones de efectos prolongados. Según la documentación que tiene ante sí la Corte, las dos primeras causas tienen un potencial de destrucción muy superior al de otras armas, mientras que el fenómeno de las radiaciones parece ser exclusivo de las armas nucleares. Esas características hacen que el arma nuclear sea potencialmente catastrófica. El poder de destrucción de las armas nucleares no puede contenerse ni en el espacio ni en el tiempo. Tienen capacidad para destruir por completo la civilización y el ecosistema entero del planeta.

La radiación que se libera en una explosión nuclear tendría efectos en la salud, la agricultura, los recursos naturales y la demografía de una zona sumamente extensa. Además, el uso de las armas nucleares supondría un grave peligro para las generaciones futuras. Las radiaciones ionizantes tienen la capacidad de destruir el medio ambiente, los alimentos y el sistema marino del futuro y de ocasionar defectos genéticos y enfermedades en las generaciones venideras.

36. Así pues, a fin de aplicar correctamente al caso presente las disposiciones de la Carta sobre el uso de la fuerza y las normas que rigen en los casos de conflicto armado, en particular el derecho humanitario, es imperativo que la Corte tenga en cuenta las características peculiares de las armas nucleares y en particular su capacidad para destruir, causar tremendos sufrimientos humanos y perjudicar a las generaciones venideras.

*

* *

37. A continuación la Corte se ocupará de la cuestión de la legalidad o ilegalidad del recurso a las armas nucleares a la luz de las disposiciones de la Carta que se refieren a la amenaza o al uso de la fuerza.

38. La Carta contiene varias disposiciones relativas a la amenaza y al uso de la fuerza. En el párrafo 4 del Artículo 2, se prohíbe recurrir a la amenaza o al 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. Ese párrafo dice así:

"Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al 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."

Esta prohibición del uso de la fuerza debe examinarse a la luz de otras disposiciones pertinentes de la Carta. En el Artículo 51, la Carta reconoce el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado. En el Artículo 42 está previsto otro uso legítimo de la fuerza: el Consejo de Seguridad podrá ejercer la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales, de conformidad con el Capítulo VII de la Carta.

39. Esas disposiciones no se refieren a armas concretas. Se refieren a cualquier uso de la fuerza, con independencia de las armas empleadas. La Carta ni prohíbe ni autoriza expresamente el uso de un arma concreta, inclusive las armas nucleares. Un arma que ya es ilícita per se, sea en virtud de un tratado o de la costumbre, no se vuelve lícita por utilizarse para un propósito que sea legítimo con arreglo a la Carta.

40. El ejercicio del derecho de legítima defensa en virtud del Artículo 51 está sometido a ciertas limitaciones. Algunas de éstas son inmanentes al concepto mismo de la legítima defensa. En el Artículo 51 se especifican otros requisitos.

41. El sometimiento del ejercicio del derecho de legítima defensa a las condiciones de necesidad y proporcionalidad es una norma del derecho internacional consuetudinario. Como afirmó la Corte en el caso "Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua" (Nicaragua contra los Estados Unidos de América) (I.C.J. Reports 1986, pág. 94, párr. 176), existe una norma específica en virtud de la cual la legítima defensa sólo justificaría medidas que fueran proporcionales al ataque armado y necesarias para responder a éste, una norma bien establecida en el derecho internacional consuetudinario. Esta doble condición se aplica igualmente al Artículo 51 de la Carta, sea cual sea el medio por el que se emplea la fuerza.

42. El principio de proporcionalidad, pues, tal vez no excluya en sí mismo el uso de armas nucleares en legítima defensa en todas las circunstancias. Pero al mismo tiempo, un uso de la fuerza que sea proporcionado con arreglo a las normas en materia de legítima defensa debe, a fin de considerarse lícito, cumplir también las condiciones de las leyes que rigen los conflictos armados, que comprenden en particular los principios y normas del derecho humanitario.

43. Algunos Estados han sugerido en sus alegatos escritos y orales que, en el caso de las armas nucleares, la condición de proporcionalidad debe evaluarse a la luz de varios factores más. Afirman que, por la misma naturaleza de las armas nucleares y la gran probabilidad de que se produzca una escalada de los intercambios nucleares, el riesgo de destrucción total es sumamente elevado. Así, el factor de riesgo impide que se cumpla la condición de proporcionalidad. La Corte no considera necesario detenerse en la cuantificación de esos riesgos ni examinar la cuestión de si existen armas nucleares tácticas que tengan precisión suficiente para limitar esos riesgos: basta que la Corte señale que la naturaleza misma de todas las armas nucleares y los graves riesgos que entrañan son otras consideraciones que también deben tener en cuenta los Estados que creen que pueden dar una respuesta nuclear en legítima defensa de conformidad con la norma de proporcionalidad.

44. Además de las condiciones de necesidad y proporcionalidad, el Artículo 51 exige específicamente que las medidas que adopten los Estados en ejercicio del derecho de legítima defensa sean comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad; ese artículo dispone además que esas medidas no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Esos requisitos del Artículo 51 se aplican sea cual sea el medio de fuerza que se utilice en legítima defensa.

45. La Corte toma nota de que, en el contexto de la prórroga del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, el Consejo de Seguridad aprobó el 11 de abril de 1995 la resolución 984 (1995) en la cual, por un lado:

"Toma nota con reconocimiento de las declaraciones hechas por cada uno de los Estados poseedores de armas nucleares (S/1995/261, S/1995/262, S/1995/263, S/1995/264, S/1995/265), en que dan garantías de seguridad contra el uso de armas nucleares a los Estados que no poseen este tipo de armas y que son Partes en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares,"

y, por otra parte,

"Acoge con beneplácito el propósito manifestado por ciertos Estados de prestar asistencia inmediata, o de apoyar esa asistencia, de conformidad con la Carta, a cualquier Estado no poseedor de armas nucleares Parte en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares que fuera víctima de un acto de agresión u objeto de una amenaza de agresión con uso de armas nucleares."

46. Algunos Estados afirmaron que el uso de armas nucleares en la ejecución de represalias sería legítimo. La Corte no tiene que examinar, en este contexto, la cuestión de las represalias armadas en tiempo de paz, que se consideran ilegítimas. Tampoco tiene que pronunciarse sobre la cuestión de las represalias bélicas salvo para observar que, en cualquier caso, todo derecho de recurso a esas represalias estaría gobernado al igual que la legítima defensa, entre otras cosas por el principio de proporcionalidad.

47. A fin de reducir o eliminar el riesgo de una agresión ilícita, los Estados a veces indican que poseen ciertas armas que podrían utilizarlas en legítima defensa contra cualquier Estado que violase su integridad territorial o amenazase su independencia política. El que la intención declarada de recurrir a la fuerza en caso de que se produzcan ciertos acontecimientos constituya o no una "amenaza" con arreglo al párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta depende de varios factores. Si el uso previsto de la fuerza es en sí ilegítimo, la afirmación de estar dispuesto a recurrir a ella sería una amenaza prohibida en virtud del párrafo 4 del Artículo 2. Así, sería ilegal que un Estado amenazase con la fuerza para asegurarse territorio de otro Estado, o para hacer que siga o abandone ciertas vías políticas o económicas. Los conceptos de "amenaza" y "uso" de la fuerza con arreglo al párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta van unidos en el sentido de que, si el mismo uso de la fuerza en ciertos casos es ilícito, cualquiera que sea la razón, la amenaza de recurrir a esa fuerza será igualmente ilícita. En resumidas cuentas, para que se considere legítimo, el

anuncio por un Estado de que está dispuesto a recurrir a la fuerza debe referirse a un uso de la fuerza que esté de conformidad con la Carta. En cuanto al resto, ningún Estado, defendiera o no la política de disuasión, sugirió a la Corte que fuese legítimo amenazar con el uso de la fuerza si el uso de la fuerza previsto fuese ilegítimo.

48. Algunos Estados presentaron el argumento de que la posesión de armas nucleares constituye por sí mismo una amenaza ilegítima de uso de la fuerza. La posesión de armas nucleares puede efectivamente justificar la inferencia de que existe la disposición a utilizarlas. Para que sea eficaz, la política de disuasión, por la que los Estados que poseen o se encuentran protegidos por armas nucleares pretenden desalentar la agresión militar demostrando que ésta no tendría objeto, exige que la intención de utilizar armas nucleares sea creíble. El que esto sea una "amenaza" contraria al párrafo 4 del Artículo 2 depende de que el uso particular de la fuerza que se ha previsto estuviera dirigido contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado, o contra los Propósitos de las Naciones Unidas, o de si, en caso de que su intención fuera como medio de defensa, violaría forzosamente los principios de necesidad y proporcionalidad. En cualquiera de esas circunstancias, el uso de la fuerza y la amenaza de usarla serían ilegítimas con arreglo a lo dispuesto en la Carta.

49. Además, el Consejo de Seguridad, en virtud del Capítulo VII de la Carta, puede tomar medidas de aplicación. Basándose en las declaraciones que se le han presentado, la Corte no considera necesario examinar cuestiones que, en un caso dado, pudieran derivarse de la aplicación del Capítulo VII.

50. Los términos de la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General en la resolución 49/75 K podría en principio abarcar también la amenaza de uso o el uso de armas nucleares por un Estado dentro de sus propias fronteras. No obstante, este aspecto particular no ha sido mencionado por ninguno de los Estados que se dirigieron a la Corte oralmente o por escrito en estos procedimientos. La Corte opina que no se le ha encomendado ocuparse del uso interno de armas nucleares.

*

**

51. Después de ocuparse de las disposiciones de la Carta relacionadas con la amenaza o el uso de la fuerza, la Corte pasará ahora a las normas aplicables a las situaciones de conflicto armado. En primer lugar examinará la cuestión de si existen normas concretas en el derecho internacional que regulen la legitimidad o ilegitimidad del recurso a las armas nucleares per se; a continuación examinará la cuestión que se le ha presentado a la luz de las normas aplicables a los conflictos armados propiamente dichos, es decir, los principios y normas del derecho humanitario aplicable en los conflictos armados y la ley de neutralidad.

/...

52. A modo de introducción, la Corte señala que el derecho internacional consuetudinario y de tratados no contiene ninguna disposición concreta que autorice la amenaza de uso o el uso de armas nucleares ni de ninguna arma, ni en general ni en circunstancias particulares, especialmente las relativas al ejercicio del derecho de legítima defensa. Tampoco existe, no obstante, ningún principio o norma del derecho internacional que haga que la legitimidad de la amenaza o el uso de armas nucleares o de cualquier otra arma dependa de una autorización concreta. La práctica de los Estados demuestra que la ilegitimidad del uso de ciertas armas en sí no se deriva de una ausencia de autorización sino que por el contrario, está formulada en términos de prohibición.

*

53. Así pues, la Corte debe examinar si existe alguna prohibición del recurso a las armas nucleares formulada como tal; en primer lugar, se cerciorará de si existe alguna disposición convencional a ese respecto.

54. En este contexto, se ha presentado el argumento de que debe darse a las armas nucleares la misma consideración que a las armas tóxicas. En ese caso, quedarían prohibidas en virtud de lo siguiente:

a) La Segunda Declaración de La Haya, de 29 de julio de 1899, por la que se prohíbe "emplear proyectiles que tengan por único fin difundir gases asfixiantes o deletéreos";

b) El inciso a) del artículo 23 de las reglas relativas a las leyes y usos de la guerra terrestre, que figuran como anexo de la Convención de La Haya IV, de 18 de octubre de 1907, en el que queda expresamente prohibido "emplear veneno o armas envenenadas"; y

c) El Protocolo de Ginebra de 17 de junio de 1925, en el que se prohíbe "el uso en la guerra de gases asfixiantes, venenosos o similares, así como de cualesquiera líquidos, materiales o dispositivos análogos".

55. La Corte observará que las Normas que figuran como anexo de la Convención de La Haya IV no definen lo que debe interpretarse por "veneno o armas envenenadas", y que existen distintas interpretaciones al respecto. El Protocolo de 1925 tampoco especifica el significado que debe darse a las palabras "materiales o dispositivos análogos". En la práctica de los Estados, esos términos se han interpretado en su sentido ordinario, es decir, referidos a armas cuyo efecto primordial, incluso exclusivo, es envenenar o asfixiar. Esta práctica está clara y las partes en esos instrumentos no los han considerado referidos a las armas nucleares.

56. En vista de ello, la Corte no opina que el uso de armas nucleares pueda considerarse específicamente prohibido sobre la base de las disposiciones mencionadas de la Segunda Declaración de La Haya de 1899, las Reglas que figuran como anexo de la Convención de La Haya IV de 1907 o el Protocolo de 1925 (véase el párrafo 54 supra).

57. Hasta ahora, la pauta ha sido que las armas de destrucción en masa hayan sido declaradas ilegales mediante instrumentos específicos. Los

instrumentos de ese tipo más recientes son la Convención de 10 de abril de 1972 sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y toxínicas y sobre su destrucción, en la que se prohíbe la posesión de armas bacteriológicas y toxínicas y se refuerza la prohibición de su uso, y la Convención de 13 de enero de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, en la que se prohíbe todo uso de armas químicas y se exige la destrucción de las reservas existentes. Cada uno de esos instrumentos ha sido negociado y adoptado en su propio contexto y por razones propias. La Corte no encuentra ninguna prohibición específica del recurso a las armas nucleares en los tratados que prohíben expresamente el uso de ciertas armas de destrucción en masa.

58. En los dos últimos decenios se han celebrado numerosas negociaciones sobre las armas nucleares que no han dado lugar a un tratado de prohibición general análogo a los que se refieren a las armas bacteriológicas y químicas. Sin embargo, se han concluido varios tratados específicos a fin de limitar:

a) La adquisición, fabricación y posesión de armas nucleares (Tratados de Paz de 10 de febrero de 1947; Tratado de Estado para el Restablecimiento de una Austria Independiente y Democrática, de 15 de mayo de 1955; Tratado de Tlatelolco de 14 de febrero de 1967 para la proscripción de las armas nucleares en América Latina y el Caribe y sus Protocolos Adicionales; Tratado de I° de julio de 1968 sobre la no proliferación de las armas nucleares; Tratado de Rarotonga de 6 de agosto de 1985 sobre la zona desnuclearizada del Pacífico Sur y sus Protocolos; Tratado de 12 de septiembre de 1990 sobre el Acuerdo Definitivo con respecto a Alemania);

b) El despliegue de armas nucleares (Tratado Antártico de I° de diciembre de 1959; Tratado de 27 de enero de 1967 sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes; Tratado de Tlatelolco de 14 de febrero de 1967 para la proscripción de las armas nucleares en América Latina y el Caribe y sus Protocolos Adicionales; Tratado de 11 de febrero de 1971 sobre prohibición de emplazar armas nucleares y otras armas de destrucción masiva en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo; Tratado de Rarotonga de 6 de agosto de 1985 sobre la zona desnuclearizada del Pacífico Sur y sus Protocolos);
y

c) Los ensayos de armas nucleares (Tratado Antártico de I° de diciembre de 1959; Tratado de 5 de agosto de 1963 por el que se prohíben los ensayos con armas nucleares en la atmósfera, en el espacio ultraterrestre y debajo el agua; Tratado de 27 de enero de 1967 sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes; Tratado de Tlatelolco de 14 de febrero de 1967 para la proscripción de las armas nucleares en América Latina y el Caribe, y sus Protocolos Adicionales; Tratado de Rarotonga de 6 de agosto de 1985 sobre la zona desnuclearizada del Pacífico Sur y sus Protocolos).

59. El recurso a las armas nucleares se trata directamente en dos de esas convenciones, así como en relación con la prórroga indefinida del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares de 1968 :

a) El Tratado de Tlatelolco de 14 de febrero de 1967 para la proscripción de las armas nucleares en América Latina y el Caribe, prohíbe, en el artículo 1, el uso de armas nucleares por las Partes Contratantes. Además incluye un Protocolo Adicional II abierto a los Estados que poseen armas nucleares fuera de la región, cuyo artículo 3 dispone lo siguiente:

"Los gobiernos representados por los Plenipotenciarios infrascritos se comprometen, además, a no emplear armas nucleares y a no amenazar con su empleo contra las Partes Contratantes del Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina."

El Protocolo fue firmado y ratificado por los cinco Estados poseedores de armas nucleares. Su ratificación vino acompañada de varias declaraciones. El Gobierno del Reino Unido, por ejemplo, afirmó que "en caso de que una Parte Contratante del Tratado cometa un acto de agresión en que reciba apoyo de un Estado poseedor de armas nucleares el Gobierno del Reino Unido estaría en libertad de reconsiderar hasta qué punto podría juzgarse obligado por las disposiciones del Protocolo Adicional II". Los Estados Unidos hicieron una declaración análoga. El Gobierno de Francia, por su parte, afirmó que interpretaba que el compromiso formulado en el artículo 3 del Protocolo "no podrá menoscabar el ejercicio pleno del derecho de legítima defensa confirmado por el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas". China reafirmó su compromiso a no ser la primera en emplear armas nucleares. La Unión Soviética se reservó el derecho de revisar sus obligaciones en virtud del Protocolo Adicional II, particularmente en caso de agresión por un Estado Parte, ya fuera en apoyo de un Estado nuclear o conjuntamente con ese Estado. Ninguna de esas declaraciones suscitó comentarios u objeciones entre las partes del Tratado de Tlatelolco.

b) El Tratado de Rarotonga, de 6 de agosto de 1985, establece una zona desnuclearizada en el Pacífico Sur en la que las Partes se comprometen a no fabricar, adquirir ni poseer ningún artefacto explosivo nuclear (artículo 3). A diferencia del Tratado de Tlatelolco, el Tratado de Rarotonga no prohíbe expresamente el uso de esas armas. Pero esa prohibición es para los Estados Partes la consecuencia necesaria de las prohibiciones estipuladas por el Tratado. El Tratado tiene varios protocolos. El Protocolo 2, abierto a los cinco Estados poseedores de armas nucleares, especifica en su artículo 1 lo siguiente:

"Cada Parte se compromete a no usar ni amenazar con usar ningún dispositivo nuclear explosivo contra:

- a) Partes del Tratado, o
- b) Cualquier territorio de la Zona Libre de Armas Nucleares del Pacífico Sur bajo la responsabilidad internacional de un Estado que haya pasado a ser Parte en el Protocolo 1."

China y Rusia son partes de ese Protocolo. Al firmarlo, China y la Unión Soviética formularon sendas declaraciones en las que se reservaban el derecho a revisar sus obligaciones en virtud de ese Protocolo. La Unión Soviética también se refirió a ciertas circunstancias en las que se consideraría libre de esas obligaciones. Francia, el Reino Unido y los Estados Unidos, por su parte,

firmaron el Protocolo 2 el 25 de marzo de 1996, pero aún no lo han ratificado. A la sazón, Francia declaró, por una parte, que ninguna prohibición de ese Protocolo podrá menoscabar el ejercicio pleno del derecho inmanente de legítima defensa enunciado en el Artículo 51 de la Carta y, por otra parte, que el compromiso establecido en el artículo 1 de ese Protocolo equivale a las garantías negativas de seguridad ofrecidas por Francia a los Estados que no poseen armas nucleares y que son partes del Tratado sobre la no proliferación, y que esas garantías no se aplicarán a los Estados que no sean partes en ese Tratado. Por su parte, el Reino Unido hizo una declaración en la que establecía las circunstancias precisas en las que no estará obligado por su compromiso en virtud del artículo 1 del Protocolo.

c) En cuanto al Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, en el momento de su firma en 1968 los Estados Unidos, el Reino Unido y la Unión Soviética ofrecieron varias garantías en materia de seguridad a los Estados no poseedores de armas nucleares que eran partes en el Tratado. En su resolución 255 (1968), el Consejo de Seguridad tomó nota con satisfacción de la intención expresada por esos tres Estados de

"proporcionar o apoyar una asistencia inmediata, en conformidad con la Carta, a todo Estado Parte no poseedor de armas nucleares que sea Parte en el Tratado sobre la no proliferación ... y fuere víctima de un acto u objeto de una amenaza de agresión en que se utilicen armas nucleares".

Con ocasión de la prórroga en el Tratado de 1995, los cinco Estados nucleares dieron a sus asociados no poseedores de armas nucleares, mediante declaraciones unilaterales separadas los días 5 y 6 de abril de 1995, garantías de seguridad positivas y negativas contra el uso de esas armas. Los cinco Estados poseedores de armas nucleares se comprometieron en primer lugar a no utilizar armas nucleares contra Estados no poseedores de armas nucleares que fueran Parte en el Tratado sobre la no proliferación. Sin embargo, esos Estados, aparte de China, hicieron una excepción en el caso de invasión o cualquiera agresión contra ellos, sus territorios, sus fuerzas armadas o aliadas, o un Estado con el que tuvieran un compromiso de seguridad, llevado a cabo o apoyado por un Estado no poseedor de armas nucleares que sea Parte en el Tratado en asociación o alianza con un Estado poseedor de armas nucleares. Cada uno de los Estados poseedores de armas nucleares se comprometió además, en cuanto miembro permanente del Consejo de Seguridad, en caso de ataque con el uso de armas nucleares, o amenaza de un ataque de ese tipo, contra un Estado no poseedor de armas nucleares, a remitir la cuestión al Consejo de Seguridad sin demora y actuar dentro del Consejo a fin de que éste pudiera adoptar medidas inmediatas para proporcionar, de conformidad con la Carta, la asistencia necesaria al Estado víctima (los compromisos contraídos tenían ligeras variaciones de redacción). El Consejo de Seguridad, al adoptar por unanimidad la resolución 984 (1995) el 11 de abril de 1995, citada supra, tomó nota con reconocimiento de esas declaraciones. Reconoció también

"que los Estados poseedores de armas nucleares miembros permanentes del Consejo de Seguridad señalarán el asunto a la atención del Consejo inmediatamente y procurarán que el Consejo, de conformidad con la Carta, preste la asistencia necesaria al Estado víctima";

y acogió con beneplácito

/...

"el propósito manifestado por ciertos Estados de prestar asistencia inmediata, o de apoyar esa asistencia, de conformidad con la Carta, a cualquier Estado no poseedor de armas nucleares parte en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares que fuera víctima de un acto de agresión u objeto de una amenaza de agresión con uso de armas nucleares".

60. Los Estados que creen que el recurso a las armas nucleares es ilegal hacen hincapié en que las convenciones que incluyen varias normas relativas a la limitación o la eliminación de las armas nucleares en ciertas zonas (como el Tratado Antártico de 1959, que prohíbe el despliegue de armas nucleares en el Antártico, o Tratado de Tlatelolco de 1967, que establece una zona desnuclearizada en América Latina), o las convenciones que aplican ciertas medidas de control y limitación a la existencia de armas nucleares (como el Tratado de prohibición parcial de los ensayos nucleares de 1963 o el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares) fijan límites al uso de armas nucleares. En su opinión, esos tratados son testigo, a su manera, de la aparición de una norma de prohibición legal completa de todos los usos de las armas nucleares.

61. Los Estados que defienden la posición de que el recurso a las armas nucleares es lícito en ciertas circunstancias, observan una contradicción lógica en esa conclusión. A su juicio, esos tratados, como el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, y las resoluciones 255 (1968) y 984 (1995) del Consejo de Seguridad, en las que se toma nota de las garantías de seguridad ofrecidas por los Estados poseedores de armas nucleares a los que no las poseen en relación con cualquier agresión nuclear contra los últimos, no pueden interpretarse como una prohibición del uso de las armas nucleares, y la conclusión es contraria a la letra misma de esos instrumentos. Para los que apoyan la legalidad del recurso a las armas nucleares, en ciertas circunstancias no existe ninguna prohibición absoluta del uso de esas armas. La misma lógica y estructura del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, según ellos, lo confirman. Ese Tratado, por el que, a su juicio, ha sido aceptada la posesión de armas nucleares por los cinco Estados nucleares, no puede considerarse que prohíba el uso de esas armas por esos Estados; aceptar el hecho de que esos Estados posean armas nucleares equivale a reconocer que esas armas pueden utilizarse en ciertas circunstancias. Tampoco, afirman, podrían haberse concebido las garantías de seguridad ofrecidas por los Estados poseedores de armas nucleares en 1968, y más recientemente en relación con la Conferencia de 1995 de las Partes para el examen y la prórroga del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, si no se hubiera supuesto que había circunstancias en las que las armas nucleares podrían usarse de modo lícito. Para los que defienden la legalidad del uso de las armas nucleares en ciertas circunstancias, la aceptación de esos instrumentos por los distintos Estados no poseedores de armas nucleares confirma y refuerza la lógica evidente en la que se basan esos instrumentos.

62. La Corte toma nota de que los tratados que se ocupan exclusivamente de la adquisición, la fabricación, la posesión, el despliegue y el ensayo de armas nucleares, sin abordar específicamente su amenaza o su uso, son síntoma indudable de la preocupación creciente de la comunidad internacional respecto de esas armas; la Corte concluye de ello que esos tratados podrían por lo tanto considerarse precursores de una futura prohibición general del uso de esas armas, pero no constituyen una prohibición en sí mismos. En cuanto a los

tratados de Tlatelolco y Rarotonga y sus Protocolos, así como las declaraciones formuladas en relación con la prórroga indefinida del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, se desprende de esos instrumentos que:

a) Varios Estados se han comprometido a no utilizar armas nucleares en ciertas zonas (América Latina, el Pacífico Sur) o contra ciertos Estados (Estados no poseedores de armas nucleares que son Partes en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares);

b) A pesar de ello, incluso en ese marco, los Estados poseedores de armas nucleares se han reservado el derecho a utilizar armas nucleares en ciertas circunstancias, y

c) Esas reservas no suscitaron objeción alguna de las Partes en los tratados de Tlatelolco y de Rarotonga ni en el Consejo de Seguridad.

63. Esos dos tratados, las garantías de seguridad ofrecidas en 1995 por los Estados poseedores de armas nucleares y el hecho de que el Consejo de Seguridad tomara nota de ellas con satisfacción, son testimonio de la conciencia cada vez mayor de la necesidad de liberar a la comunidad de Estados y al público internacional de los peligros que supone la existencia de las armas nucleares. Además, la Corte toma nota de la firma, incluso más recientemente, el 15 de diciembre de 1995, en Bangkok, de un Tratado sobre el establecimiento de una zona libre de armas nucleares en Asia sudoriental, y el 11 de abril de 1996, en El Cairo, de un Tratado sobre el establecimiento de una zona libre de armas nucleares en África. No considera, sin embargo, que esos elementos equivalgan a una prohibición convencional global y universal del uso, o la amenaza del uso de esas armas.

*

64. A continuación la Corte pasará a examinar el derecho internacional consuetudinario a fin de determinar si de él se desprende una prohibición de la amenaza de uso o el uso de armas nucleares como tal. Según ha afirmado la Corte, la sustancia de ese derecho debe buscarse principalmente en la práctica real y en la opinio iuris de los Estados (Plataforma Continental (Jamahiriya Árabe Libia/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985, pág. 29, párr. 27).

65. Los Estados que opinan que el uso de armas nucleares es ilícito han intentado demostrar la existencia de una norma consuetudinaria que prohíbe su uso. Se refieren a la práctica ininterrumpida y uniforme de no utilización de armas nucleares por los Estados desde 1945 y en esa práctica creen ver la expresión de una opinio iuris por parte de los que poseen esas armas.

66. Otros Estados, que defienden la legalidad de la amenaza de uso y el uso de armas nucleares en ciertas circunstancias, invocaron la doctrina y la práctica de la disuasión en apoyo de su argumento. Recuerdan que siempre, en concierto con otros Estados, se han reservado el derecho a utilizar esas armas en el ejercicio de su derecho de legítima defensa contra una agresión armada que pusiera en peligro sus intereses de seguridad vitales. En su opinión, si no se han utilizado armas nucleares desde 1945, no es por la existencia o el

surgimiento de una costumbre, sino simplemente porque, afortunadamente, no se han presentado las circunstancias que podrían justificar su uso.

67. La Corte no se propone pronunciarse aquí respecto de la práctica conocida como "política de disuasión". Señala que es un hecho que varios Estados han seguido esa práctica durante la mayor parte de la guerra fría y siguen haciéndolo. Además, los miembros de la comunidad internacional se encuentran profundamente divididos respecto de si el hecho de que no se haya recurrido a las armas nucleares en los últimos 50 años constituye la expresión de una opinio iuris. En estas circunstancias, la Corte no se considera capaz de encontrar que existe esa opinio iuris.

68. Según algunos Estados, la importante serie de resoluciones de la Asamblea General, iniciada con la resolución 1653 (XVI), de 24 de noviembre de 1961, relativas a las armas nucleares y en las que se confirma, con sistemática regularidad, la ilegalidad de las armas nucleares, pone de manifiesto la existencia de una norma del derecho internacional consuetudinario que prohíbe el recurso a esas armas. Sin embargo, según otros Estados, esas resoluciones no tienen carácter vinculante por sí solas ni son declarativas de ninguna norma consuetudinaria que prohíba las armas nucleares; algunos de esos Estados han señalado también que la serie de resoluciones en cuestión no sólo no contó con la aprobación de todos los Estados poseedores de armas nucleares, sino tampoco con la de muchos otros.

69. Los Estados que consideran que el empleo de armas nucleares sea ilegal señalaron que el objetivo de esas resoluciones no era establecer nuevas normas, sino simplemente confirmar el derecho consuetudinario relativo a la prohibición de medios y métodos de guerra, cuyo empleo, rebasaba lo permisible en situaciones de hostilidades. A su modo de ver, esas resoluciones en cuestión no hacían sino aplicar a las armas nucleares las normas vigentes del derecho internacional aplicables a los conflictos armados; eran simplemente el "continente" o "instrumento" que contenía ciertas normas consuetudinarias preexistentes del derecho internacional. Así pues, para esos Estados poca importancia tiene que el "instrumento" hubiera suscitado votos negativos, pues éstos no pueden dar lugar a la anulación de esas normas consuetudinarias que se han confirmado en el derecho de los tratados.

70. La Corte observa que las resoluciones de la Asamblea General, aunque no son vinculantes, pueden a veces tener valor normativo. En ciertas circunstancias pueden proporcionar pruebas importantes para determinar la existencia de una norma o la aparición de una opinio iuris. Para saber si una determinada resolución de la Asamblea General cumple ese recaudo, hay que examinar su contenido y las condiciones en que se aprobó; también hay que ver si existe una opinio iuris en cuanto a su carácter normativo. Puede ocurrir asimismo que una serie de resoluciones muestre la evolución gradual de la opinio iuris necesaria para el establecimiento de una nueva norma.

71. Examinadas en su conjunto, las resoluciones de la Asamblea General que se han presentado ante la Corte declaran que el empleo de armas nucleares constituye "una violación directa" de la Carta de las Naciones Unidas y en algunos casos establecen que "debería prohibirse" su uso. Esas resoluciones se han centrado algunas veces en asuntos conexos de diversa índole; no obstante, varias de las resoluciones que se están examinando en el presente caso han sido

aprobadas con numerosos votos en contra y abstenciones; así, aunque son un claro indicio de la profunda preocupación que existe con respecto al problema de las armas nucleares, todavía distan de establecer la existencia de una opinio iuris sobre la ilegalidad del empleo de esas armas.

72. La Corte observa, además, que en la primera de las resoluciones de la Asamblea General en la que se proclamó expresamente la ilegalidad del empleo de las armas nucleares, a saber, la resolución 1653 (XVI), de 24 de noviembre de 1961 (mencionada en resoluciones subsiguientes), después de hacer referencia a algunas declaraciones internacionales y acuerdos vinculantes, desde la Declaración de San Petersburgo de 1868 hasta el Protocolo de Ginebra de 1925, se procedió a calificar la naturaleza jurídica de las armas nucleares, a determinar sus efectos y a aplicar las normas generales del derecho internacional consuetudinario a las armas nucleares en particular. Esa aplicación por la Asamblea General de las normas generales del derecho consuetudinario al caso particular de las armas nucleares demuestra que, a su juicio, no existía ninguna norma específica en el derecho consuetudinario que prohibiera el empleo de las armas nucleares; de haber sido así, la Asamblea General podía simplemente haberse referido a ella, sin necesidad de realizar ese ejercicio de calificación jurídica.

73. Habida cuenta de lo anterior, la Corte señala que la aprobación anual por la Asamblea General, por gran mayoría de votos, de resoluciones en las que se recuerda el contenido de la resolución 1653 (XVI), y se pide a los Estados Miembros que concierten una convención que prohíba el empleo de las armas nucleares en cualquier circunstancia, pone de manifiesto el deseo de un sector muy amplio de la comunidad internacional de dar un importante paso hacia el desarme nuclear completo, mediante la prohibición específica y expresa del empleo de las armas nucleares. La aparición, como lex lata, de una norma consuetudinaria por la que se prohíba específicamente el empleo de las armas nucleares como tales se ve dificultada por las continuas tensiones entre la incipiente opinio iuris, por un lado, y la adhesión todavía muy fuerte a la práctica de la disuasión, por el otro.

* *

74. Al no haber encontrado una norma convencional de alcance general, ni tampoco una norma consuetudinaria que proscriba específicamente la amenaza o el empleo de armas nucleares, la Corte pasará a abordar la cuestión relativa a saber si el empleo de armas nucleares se ha de considerar ilegal habida cuenta de los principios y normas del derecho internacional humanitario aplicable en caso de conflicto armado y del derecho de la neutralidad.

75. Son muchas las normas consuetudinarias que se han establecido mediante la práctica de los Estados y que forman parte integrante del derecho internacional relacionado con la cuestión que se plantea. Las "leyes y usos de la guerra" - como se han denominado tradicionalmente - fueron objeto de las actividades de codificación que se llevaron a cabo en La Haya (incluidas las Convenciones de 1899 y 1907) y se basaron parcialmente en la Declaración de San Petersburgo de 1868 y en los resultados de la Conferencia de Bruselas de 1874. En ese "derecho de La Haya", y, sobre todo, en las Reglas del Convenio de La Haya, relativas a las leyes y usos de la guerra terrestre, se

/...

establecieron los derechos y las obligaciones de los beligerantes para la conducción de sus operaciones y se impusieron limitaciones a los métodos y medios que podían utilizar para causar daño al enemigo en un conflicto armado internacional. Cabría añadir las "Normas de Ginebra" (los Convenios de 1864, 1906, 1929 y 1949), que protegen a las víctimas de la guerra y tienen por objeto ofrecer protección al personal incapacitado de las fuerzas armadas y a las personas que no toman parte en las hostilidades. Esas dos ramas del derecho aplicable en casos de conflicto armado han llegado a estar tan relacionadas entre sí que se considera que poco a poco se han convertido en un régimen complejo único, conocido actualmente como derecho internacional humanitario. Las disposiciones de los Protocolos adicionales de 1977 reflejan y atestanan la unidad y la complejidad de ese derecho.

76. Desde principios del siglo, la aparición de nuevos medios de combate hizo necesario que, sin poner en tela de juicio los inveterados principios y normas del derecho internacional, se establecieran prohibiciones concretas con respecto al uso de ciertas armas, como los proyectiles explosivos de menos de 400 gramos, las balas dum-dum y los gases asfixiantes. A continuación, se prohibieron las armas químicas y bacteriológicas en el Protocolo de Ginebra de 1925. Más recientemente, en la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, de 10 de octubre de 1980, se prohibió o limitó, según el caso, el empleo de armas que dejaran "fragmentos no localizables", otros tipos de "minas, armas trampa y otros artefactos" y "armas incendiarias". Recientemente, el 3 de mayo de 1996 se modificaron las disposiciones de la Convención relativas a "minas, armas trampa explosivas y otros artefactos", en la que ahora está regulada de forma más detallada, por ejemplo, la utilización de las minas terrestres antipersonal.

77. Todo ello demuestra que las operaciones militares se rigen por un cuerpo de normas jurídicas, porque los beligerantes no gozan del derecho ilimitado de elegir los medios de perjudicar al enemigo", como se afirma en el artículo 22 de las Reglas del Convenio de La Haya relativas a las leyes y usos de la guerra terrestre de 1907. En la Declaración de San Petersburgo ya se había condenado el empleo de las armas "que acentúan innecesariamente el sufrimiento de los hombres incapacitados o hacen que su muerte sea inevitable". Las citadas reglas, que figuran en el anexo del Convenio IV de La Haya de 1907, prohíben el empleo de "armas, proyectiles o materiales que causen daños superfluos" (art. 23).

78. Los principios cardinales contenidos en los textos que constituyen la esencia del derecho humanitario se enumeran a continuación. El primero, relacionado con la protección de la población civil y los bienes de carácter civil, distingue entre combatientes y no combatientes; los Estados no deben nunca hacer objeto de sus ataques a los civiles y, por consiguiente, no deben utilizar jamás armas que no permitan distinguir entre objetivos civiles y objetivos militares. De acuerdo con el segundo principio, está prohibido causar daños superfluos a los combatientes: así pues, no se permite utilizar armas que les causen esos daños o que acentúen innecesariamente su sufrimiento. En aplicación de ese segundo principio, los Estados no gozan de libertad ilimitada de elección en cuanto al tipo de armas que utilizan.

En relación con esos principios, la Corte hace referencia también a la Cláusula Martens, que se incluyó por primera vez en el Convenio II de La Haya relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre de 1899 y que ha demostrado ser un medio eficaz para reflejar la rápida evaluación de la tecnología militar. En el párrafo 2 del artículo 1 del Protocolo adicional I de 1977 figura una versión moderna de esa cláusula, que dice lo siguiente:

"En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública."

De conformidad con los citados principios, el derecho humanitario prohibió, desde muy pronto, algunos tipos de armas, bien por sus efectos indiscriminados para los combatientes y los civiles, bien por los daños innecesarios causados a los combatientes, es decir, por ocasionar daños mayores que los inevitables para conseguir objetivos militares legítimos. Si las armas que se prevé usar no reúnen los requisitos del derecho humanitario, la amenaza de emplearlas sería también contraria a ese derecho.

79. Es indudable que el hecho de que un gran número de normas del derecho humanitario aplicable en caso de conflicto armado sean tan fundamentales para el respeto de la persona y constituyan "principios elementales de humanidad", como señala la Corte en su Fallo de 9 de abril de 1949 en la causa del Canal de Corfú (I.C.J. Reports 1949, pág. 22), ha sido la causa de que los Convenios de La Haya y de Ginebra hayan sido ratificados de forma tan amplia. Además, todos los Estados han de cumplir esas normas fundamentales, hayan o no ratificado los convenios que las estatuyen, porque constituyen principios intransgredibles del derecho internacional consuetudinario.

80. El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg determinó ya en 1945 que las normas humanitarias contempladas en las Reglas del anexo del Convenio IV de La Haya de 1907 "contaban con el reconocimiento de las naciones civilizadas y eran consideradas declarativas de las leyes y usos de la guerra" (Tribunal Militar Internacional, Trial of the Major War Criminals, 14 de noviembre de 1945 a 1º de octubre de 1946, Nuremberg, 1947, vol. I, pág. 254).

81. En el informe del Secretario General presentado de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, con el que éste dio a conocer el Estatuto de Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, y que fue aprobado unánimemente por el Consejo de Seguridad (resolución 827 (1993)), se afirmó:

"En opinión del Secretario General, la aplicación del principio nullum crimen sine lege exige que el Tribunal Internacional aplique las normas del derecho internacional humanitario que sin duda alguna forman parte del derecho consuetudinario ...

El derecho internacional humanitario convencional que fuera de toda duda ha pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario es

/...

el derecho aplicable en los conflictos armados consagrado en los siguientes instrumentos: Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, para la protección de las víctimas de la guerra; Cuarta Convención de La Haya relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y Reglamento conexo, de 18 de octubre de 1907; Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948 y Estatuto del Tribunal Militar Internacional, de 8 de agosto de 1945."

82. Dada la amplia codificación del derecho humanitario y el alcance de la ratificación de los tratados de él derivados, y el hecho de que las cláusulas de denuncia que existían en los instrumentos de codificación no se hayan usado jamás, la comunidad internacional cuenta con un corpus de disposiciones contenidas en tratados que en su mayoría han cobrado carácter consuetudinario y que aparecen reflejadas en los principios humanitarios más reconocidos a nivel universal. En esas normas se indican la conducta y el comportamiento normales que se esperan de los Estados.

83. En las actuaciones que nos ocupan se ha dicho que esos principios y normas del derecho humanitario forman parte del ius cogens, según la definición del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969. La cuestión de si una norma forma parte del ius cogens guarda relación con el carácter jurídico de la norma. La petición dirigida a la Corte por la Asamblea General plantea la cuestión de la aplicabilidad de los principios y las normas del derecho humanitario en los casos en que se utilicen armas nucleares y las consecuencias de que se apliquen esos principios y normas para la legalidad del empleo de esas armas. Sin embargo, no se plantea la cuestión del carácter del derecho humanitario que se aplicaría al empleo de las armas nucleares. Por lo tanto, es innecesario que la Corte se pronuncie sobre esta cuestión.

84. Tampoco es necesario que la Corte ahonde la cuestión de la aplicabilidad del Protocolo adicional I de 1977 a las armas nucleares. Únicamente tiene que observar que, aunque en la Conferencia Diplomática de 1974-1977 no hubo deliberaciones sustantivas sobre la cuestión nuclear y no se propusieron soluciones concretas al respecto, el Protocolo adicional I no sustituye en modo alguno a las normas consuetudinarias generales aplicables a todos los medios y métodos de combate, incluidas las armas nucleares. En particular, la Corte recuerda que todos los Estados están obligados en virtud de las disposiciones del Protocolo adicional I, que, cuando se adoptaron, era simplemente la expresión del derecho consuetudinario preexistente, como la Cláusula Martens, que se reafirmó en el artículo 1 del Protocolo adicional I. Que en la Conferencia de 1974-1977 no se tratara específicamente de ciertos tipos de armas no permite sacar ninguna conclusión jurídica en relación con las cuestiones sustantivas que plantearía el empleo de esas armas.

85. Por lo que se refiere a la aplicabilidad de los principios y normas del derecho humanitario a una posible amenaza o empleo de armas nucleares, la Corte observa que hay quienes en ocasiones han manifestado sus dudas al respecto debido a que esos principios y normas se establecieron antes de que se inventaran las armas nucleares y a que en las Conferencias de Ginebra de 1949 y 1974-1977, en las que adoptaron respectivamente los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos adicionales, no se trató expresamente de las armas nucleares. No obstante, sólo unos pocos defienden esa tesis. La gran mayoría

de los Estados y los autores no tienen dudas acerca de la aplicabilidad del derecho humanitario a las armas nucleares.

86. La Corte comparte esa opinión. Es cierto que las armas nucleares se inventaron cuando ya se había establecido la mayoría de los principios y normas del derecho humanitario aplicable a los conflictos armados, que las Conferencias de 1949 y 1974-1977 dejaron de lado esas armas y que existen diferencias tanto cualitativas como cuantitativas entre las armas nucleares y todas las armas convencionales; sin embargo, de ello no se puede inferir que las normas y principios establecidos del derecho humanitario aplicable en los conflictos armados no se aplique a las armas nucleares. Esa conclusión sería incompatible con el carácter intrínsecamente humanitario de los principios jurídicos en cuestión, que está presente en todo el derecho relativo a los conflictos armados y es válido para todas las formas de guerra y todos los tipos de armas, las del pasado, las del presente y las del futuro. A ese respecto, es importante que en estas actuaciones no se haya defendido la tesis de que las normas del derecho humanitario no se aplican a las armas nuevas, debido a su carácter reciente.

Por el contrario, el carácter reciente de las armas nucleares se ha rechazado expresamente como argumento para que no se les aplique el derecho internacional humanitario.

"En general, el derecho internacional humanitario guarda relación con la amenaza o el empleo de armas nucleares, al igual que con las demás armas.

El derecho internacional humanitario ha evolucionado para adaptarse a las circunstancias contemporáneas y su aplicación no se limita a las armas de épocas anteriores. Se mantienen los principios fundamentales de ese derecho, que son mitigar y restringir la crueldad en las guerras por razones humanitarias." (Nueva Zelanda, Exposición escrita, pág. 15, párrs. 63 y 64.)

En ninguna de las exposiciones presentadas ante la Corte se defendió en modo alguno la libertad de utilizar armas nucleares sin tener presentes las limitaciones de carácter humanitario, sino más bien todo lo contrario, ya que se declaró explícitamente que:

"Las restricciones establecidas por las normas aplicables en los conflictos armados con respecto a los medios y' métodos de guerra se aplican también sin duda alguna a las armas nucleares" (Federación de Rusia, CR 95/29, pág. 52);

"Por lo que atañe al derecho consuetudinario, el Reino Unido ha aceptado siempre que el empleo de armas nucleares está sujeto a los principios generales del tus in bello" (Reino Unido, CR 95/34, pág. 45) ; y

"Los Estados Unidos han compartido durante largo tiempo la opinión de que el derecho aplicable en los conflictos armados rige el empleo de las armas nucleares, al igual que el de las armas convencionales" (Estados Unidos de América, CR 95/34, pág. 85).

87. Por último, la Corte hace referencia a la Cláusula Martens, cuya existencia y aplicabilidad ininterrumpidas no se deben poner en duda, como

/...

afirmación de que los principios y normas del derecho humanitario se aplican a las armas nucleares.

88. La Corte se ocupará a continuación del principio de neutralidad, planteado por varios Estados. En el contexto de las actuaciones que sigue la Corte a petición de la OMS en relación con la Legalidad de la utilización por un Estado de armas nucleares en un conflicto armado, un Estado sostuvo la posición siguiente:

"El principio de neutralidad, en su sentido clásico, estaba encaminado a impedir la incursión de fuerzas beligerantes en un territorio neutral o los ataques contra las personas o buques de Estados neutrales. Por ejemplo: 'el territorio de las Potencias neutrales es inviolable' (artículo 1 de la Convención (V) de La Haya relativa a los derechos y deberes de las Potencias y personas neutrales en caso de guerra terrestre, firmada el 18 de octubre de 1907); 'los beligerantes se obligan a respetar los derechos soberanos de las Potencias neutrales ...' (artículo 1 de la Convención (XXII) de La Haya relativa a los derechos y deberes de las Potencias neutrales en caso de guerra marítima, firmada el 18 de octubre de 1907); 'los Estados neutrales tienen el mismo interés en que sus derechos sean respetados por los beligerantes ...' (Preámbulo de la Convención sobre la neutralidad marítima, firmada el 20 de febrero de 1928). No obstante, queda claro que el principio de la neutralidad se aplica con la misma fuerza a las incursiones transfronterizas de fuerzas armadas y a los daños transfronterizos causados a un Estado neutral por la utilización de armas en un Estado beligerante." (Legalidad de la utilización por un Estado de armas nucleares en un conflicto armado, Nauru, declaración escrita (I), pág. 35, IV E.)

Se considera que el principio así delimitado forma parte del derecho internacional consuetudinario.

89. La Corte considera que, al igual que en el caso de los principios del derecho humanitario aplicables en caso de conflicto armado, el derecho internacional no deja ninguna duda de que el principio de neutralidad, cualquiera que sea su contenido, y el cual tiene un carácter primordial, semejante al de los principios y normas humanitarios, es aplicable a todos los conflictos armados internacionales (a reserva de las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas), cualquiera que sea el tipo de las armas que puedan utilizarse. ■

*

90. Aunque apenas se objeta la aplicabilidad de los principios y normas del derecho humanitario y del principio de neutralidad a las armas nucleares, las conclusiones que pueden extraerse de esa aplicabilidad son, por otra parte, controvertidas.

91. Según un punto de vista, el hecho de que el recurso a la utilización de las armas nucleares esté contemplado y regulado por el derecho de los conflictos armados no significa necesariamente que ese recurso esté prohibido. Así, un Estado manifestó ante la Corte:

"Dando por sentado que la utilización de armas nucleares por un Estado obedece a necesidades de legítima defensa, ha de considerarse si esa utilización se ajusta a los principios fundamentales del derecho a los conflictos armados que regulan el desarrollo de las hostilidades" (Reino Unido, declaración escrita, pág. 40, párr. 3.44);

la legalidad de la utilización de las armas nucleares debe, pues, examinarse a la luz de los principios del derecho internacional aplicables al empleo de la fuerza y al desarrollo de las hostilidades, como ocurre en caso de otros métodos y medios bélicos" (Reino Unido, declaración escrita, pág. 75, párr. 4.2(3)); y

Lo cierto ... es que las armas nucleares podrían utilizarse en numerosas circunstancias con resultados muy diferentes por lo que respecta a las posibles víctimas civiles. En algunos casos, como ocurre cuando se utiliza un arma nuclear de baja potencia contra buques de guerra en alta mar o contra tropas en zonas escasamente pobladas, es posible considerar que el ataque nuclear causaría un número relativamente bajo de víctimas entre la población civil. Eso no significa en modo alguno que la utilización de armas nucleares contra un objetivo militar cause inevitablemente un gran número de víctimas entre la población civil." (Reino Unido, declaración escrita, pág. 53, párr. 3.70; véase también Estados Unidos de América, declaración oral, CR 95/34, págs. 89 y 90).

92. Según otra opinión, el recurso a la utilización de las armas nucleares nunca es compatible con los principios y normas del derecho humanitario y, por ello, queda prohibido. Cuando se utilizan las armas nucleares, éstas no distinguen entre la población civil y los combatientes ni entre los objetivos civiles y militares; sus efectos son en buena medida incontrolables y no pueden limitarse temporal ni especialmente a legítimos objetivos militares. Esas armas producen la muerte y destrucción de una manera forzosamente indiscriminada, habida cuenta de la onda expansiva, de la elevada temperatura y de la radiación ocasionadas por la explosión nuclear y sus correspondientes efectos; y sería muy elevado el número de víctimas que se producirían. Por consiguiente, la utilización de armas nucleares estaría prohibida en cualquier caso, a pesar de que no existiese ninguna prohibición expresa en una convención. Esa opinión se basa en las afirmaciones de ciertos Estados ante la Corte de que las armas nucleares son, por su propia naturaleza, ilícitas con arreglo al derecho internacional consuetudinario, habida cuenta del principio fundamental de humanidad.

93. Se ha expresado una opinión similar en relación con los efectos del principio de neutralidad. Al igual que los principios y normas de derecho humanitario, hay quienes consideran que ese principio excluye, por consiguiente, la utilización de armas cuyos efectos no pueden quedar circunscritos a los territorios de los Estados que combaten.

94. La Corte observa que ninguno de los Estados que propugnan la legalidad de la utilización de las armas nucleares en determinadas circunstancias, incluida la utilización "limpia" de armas nucleares tácticas más pequeñas y de escasa potencia, ha indicado, suponiendo que esa utilización limitada sea posible, cuáles son las circunstancias concretas que justifican esa utilización; tampoco ha indicado si esa utilización limitada daría lugar a una utilización

generalizada de las armas nucleares de alta potencia. En consecuencia, la Corte considera que no cuenta con elementos suficientes para pronunciarse sobre la validez de esa opinión.

95. Tampoco puede pronunciarse en la Corte sobre la validez de la opinión de que el recurso a la utilización de las armas nucleares es ilícito en cualquier circunstancia, dado que es intrínseca y totalmente incompatible con la legislación aplicable a los conflictos armados. Ciertamente, como ya ha indicado la Corte, los principios y normas que se aplican a los conflictos armados - cuyo núcleo está presidido por una consideración de humanidad - hacen que el desarrollo de las hostilidades armadas se supedita a requisitos estrictos. Así pues, quedan prohibidos los métodos y medios de combate, que excluyen cualquier distinción entre objetivos civiles y militares o dan lugar a sufrimientos innecesarios de los combatientes. Habida cuenta de las características singulares de las armas nucleares, a las que se ha referido anteriormente la Corte, la utilización de esas armas parece, de hecho, escasamente compatible con el respeto de tales requisitos. No obstante, la Corte considera que no cuenta con elementos suficientes para llegar con toda certeza a la conclusión de que la utilización de las armas nucleares está forzosamente reñida con los principios y normas aplicables a los conflictos armados en cualquier circunstancia.

95. Además, la Corte no puede perder de vista el derecho fundamental de todo Estado a su supervivencia y, por ende, su derecho a recurrir a la legítima defensa de conformidad con el Artículo 51 de la Carta en el caso de que su supervivencia se vea amenazada;

Tampoco puede hacer caso omiso de la práctica conocida como "política de disuasión", a la que durante muchos años ha recurrido una parte apreciable de la comunidad internacional. Además, la Corte toma nota de las reservas formuladas por algunos Estados que poseen armas nucleares a los compromisos que habían contraído particularmente con arreglo a los Protocolos de los Tratados de Tlatelolco y de Rarotonga y a las declaraciones que formularon en relación con la prórroga del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, de no recurrir a la utilización de esas armas.

97. En consecuencia, habida cuenta de la situación actual del derecho internacional en su conjunto, examinada más arriba por la Corte, y de los elementos de hecho de los que la Corte tiene constancia, ésta considera que no puede pronunciarse definitivamente sobre la licitud o ilicitud de la utilización de las armas nucleares por un Estado en circunstancias extremas de legítima defensa, en las que su propia supervivencia correría peligro.

*

* *

98. Habida cuenta de los problemas manifiestamente difíciles que plantea la aplicación del derecho relativo al recurso a la fuerza y, sobre todo, el derecho aplicable a la utilización de las armas nucleares en los conflictos armados, la Corte considera que ha de examinar otro aspecto de la cuestión que se le plantea en un contexto más amplio.

A largo plazo, el derecho internacional y la estabilidad del orden internacional que está destinado a regir serán constantemente objeto de la formulación de opiniones divergentes en relación con las normas aplicables a la utilización de Tinas armas tan mortíferas como las nucleares. Por ello, es importante poner fin a esa situación: para lograr el resultado deseado, el medio más adecuado parece ser el desarme nuclear completo, prometido desde hace largo tiempo.

En tales circunstancias, la Corte es plenamente consciente de la importancia de que en el artículo VI del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares se reconozca la obligación de negociar de buena fe el desarme nuclear. El texto de esa disposición es el siguiente:

"Cada Parte en el Tratado se compromete a celebrar negociaciones de buena fe sobre medidas eficaces relativas a la cesación de la carrera de armamentos nucleares en fecha cercana y al desarme nuclear, y sobre un tratado de desarme general y completo bajo estricto y eficaz control internacional."

La importancia jurídica de esa obligación va más allá de la mera obligación de observar una conducta; se trata de una obligación de lograr un resultado concreto - el desarme nuclear en todos sus aspectos - procediendo de una determinada manera, a saber, emprendiendo negociaciones de buena fe sobre la cuestión.

Esa obligación bímembre de emprender y celebrar negociaciones de manera oficial incumbe a los 182 Estados Partes en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares o, en otras palabras a la gran mayoría de los integrantes de la comunidad internacional.

Además, la práctica totalidad de la comunidad internacional parece ser parte directa, habida cuenta de que las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas al desarme nuclear se han aprobado repetidamente por unanimidad. Ciertamente cualquier intento realista de lograr un desarme general y completo, particularmente de carácter nuclear, requiere la cooperación de todos los Estados.

Incluso en la primera resolución de la Asamblea General, aprobada por unanimidad el 24 de enero de 1946 en el período de sesiones que se celebró en Londres, se establecieron comisiones cuyo mandato incluía la formulación de propuestas concretas para, entre otras cosas, "eliminar, de los armamentos nacionales, las armas atómicas, así como todas las demás armas principales capaces de causar destrucción colectiva de importancia". En buen número de las resoluciones posteriores, la Asamblea General ha reafirmado la necesidad de lograr un desarme nuclear. Así, en la resolución 808 A (IX), de 4 de noviembre de 1954, que también se aprobó por imanimidad, se dispone

"que debe hacerse un esfuerzo más para llegar a un acuerdo sobre propuestas completas y coordinadas que se incorporen en un proyecto de convención internacional de desarme que establezca: ... b) la prohibición total del empleo y la fabricación de armas nucleares y de todos los tipos de armas de destrucción en masa, así como la transformación para fines pacíficos de las reservas existentes de armas nucleares."

Esa misma convicción se ha expresado en diversos instrumentos al margen de las Naciones Unidas,

La obligación expresada en el artículo VI del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares incluye su cumplimiento de conformidad con el principio básico de la buena fe. Ese principio básico figura en el párrafo 2 del Artículo 2 de la Carta. También se pone de manifiesto en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados (resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970) y en la Declaración Final de la Conferencia de Helsinki, de

1º de agosto de 1975. Además, está recogido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969, en la que se dispone que "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

Tampoco ha dejado la Corte de prestarle atención, tal como se pone de manifiesto en el pasaje siguiente:

"Uno de los principios básicos que rigen el establecimiento y el cumplimiento de las obligaciones jurídicas, cualquiera que sea su fuente, es el principio de la buena fe. La fe y la confianza son inherentes a la cooperación internacional, particularmente en una época en que cada vez resulta más esencial la cooperación en muchas esferas." (Pruebas nucleares (Australia contra Francia). Fallo de 20 de diciembre de 1974, I.C.J. Reports 1974, pág. 268, párr. 46.)

En su resolución 984 (1995), de 11 de abril de 1995, el Consejo de Seguridad se encargó de reafirmar "la necesidad de que todos los Estados Partes en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares cumplan plenamente sus obligaciones" e instó

"a todos los Estados a que, como se prevé en el artículo VI del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, celebren negociaciones de buena fe sobre medidas eficaces relativas al desarme nuclear y sobre un tratado de desarme general y completo, bajo un control internacional estricto y efectivo, que sigue siendo un objetivo universal."

La importancia del cumplimiento de la obligación recogida en el artículo VI del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares se vio también reafirmada en el documento final de la Conferencia de las Partes encargada del examen y la prórroga del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, celebrada del 17 de abril al 12 de mayo de 1995.

A juicio de la Corte, no cabe duda de que ello sigue siendo un objetivo de importancia capital para la totalidad de la comunidad internacional.

*

**

104. Al final de la presente opinión, la Corte subraya que su respuesta a la cuestión planteada por la Asamblea General se basa en la totalidad de los

fundamentos jurídicos expresados supra (párrafos 20 a 103), cada uno de los cuales ha de interpretarse teniendo en cuenta los demás. Algunos de esos objetivos no se recogen en las conclusiones formales del último párrafo de la opinión; no obstante, la Corte considera que siguen teniendo toda la importancia que les corresponde.

*

* *

105. Por las razones que anteceden, LA CORTE,

1) Por trece votos contra uno,

Decide atender a la solicitud de que formule una opinión consultiva;

A FAVOR: El Presidente Bedjaoui; el Vicepresidente Schwebel; los Magistrados Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Higgins;

EN CONTRA: El Magistrado Oda.

2) Responde de la manera siguiente a la cuestión planteada por la Asamblea General:

A. Por unanimidad,

No existe en el derecho internacional consuetudinario ni en el derecho de los tratados ninguna autorización concreta para recurrir a la amenaza o al empleo de las armas nucleares;

B. Por once votos contra tres,

En el derecho internacional consuetudinario y en el derecho internacional convencional no existe ninguna prohibición general ni universal de la amenaza o el empleo de las armas nucleares como tales;

A FAVOR: El Presidente Bedjaoui; el Vicepresidente Schwebel; los Magistrados Oda, Guillaume, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Higgins;

EN CONTRA: Los Magistrados Shahabuddeen, Weeramantry, Koroma.

C. Por unanimidad,

Es ilícita la amenaza o el recurso al uso de la fuerza por medio de armas nucleares cuando se contravenga lo dispuesto en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y no se cumplan los requisitos del Artículo 51;

D. Por unanimidad,

La amenaza o el empleo de las armas nucleares debe ser también compatible con los requisitos del derecho internacional aplicables a los conflictos armados, particularmente los principios y normas del derecho internacional humanitario, así como las obligaciones concretas contraídas en virtud de los tratados y otros compromisos que se refieren concretamente a las armas nucleares;

E. Por siete votos contra siete y el voto de calidad del Presidente,

De los requisitos anteriormente mencionados se infiere que la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería generalmente contrario a las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados, particularmente los principios y normas del derecho humanitario;

No obstante, habida cuenta de la situación actual del derecho internacional y de los elementos de hecho de que dispone, la Corte no puede pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremadas de legítima defensa, en las que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado;

A FAVOR: El Presidente Bedjaoui; los Magistrados Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereschetin, Ferrari Bravo;

EN CONTRA: El Vicepresidente Schwebel; los Magistrados Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Koroma, Higgins.

F. Por unanimidad,

Existe la obligación de emprender de buena fe y concluir negociaciones encaminadas al desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un estricto y eficaz control internacional.

Hecho en francés e inglés, siendo la inglesa la versión auténtica, en el Palacio de la Paz, La Haya, el presente día ocho de julio de mil novecientos noventa y seis, en dos ejemplares, uno de los cuales se deposita en los archivos de la Corte y el otro se remite al Secretario General de las Naciones Unidas.

Presidente

Secretario

El Presidente BEDJAOUI y los Magistrados HERCZEGH, SHI, VERESHCHETIN y FERRARI BRAVO adjuntan declaraciones a la opinión Consultiva de la Corte.

Los Magistrados GUILLAUME, RANJEVA y FLEISCHHAUER adjuntan opiniones separadas a la opinión Consultiva de la Corte.

El Vicepresidente SCHWEBEL y los Magistrados ODA, SHAHABUDEEN, WEERAMANTRY, KOROMA y HIGGINS adjuntan opiniones disidentes a la opinión Consultiva de la Corte.

[Original: francés]

DECLARACIÓN DEL SEÑOR BEDJAOUI, PRESIDENTE

1. Nunca me han atraído mucho las declaraciones ni otras opiniones separadas o disidentes. Por esa razón, rara vez he recurrido a esos expedientes. Sin embargo, la aprobación por la Corte del apartado E de la parte dispositiva de la presente opinión consultiva gracias al voto de desempate que me corresponde en mi calidad de Presidente, conforme a lo dispuesto en el artículo 55 del Estatuto, es en sí tana circunstancia suficientemente excepcional como para inducirme a que me aparte de mi habitual reserva en la materia.

Por lo demás, estimo que esta declaración no es tanto el ejercicio de una simple facultad como el cumplimiento de un auténtico deber que dimana, tanto de la responsabilidad que he debido asumir en el ejercicio normal de mis funciones de Presidente como de lo que se ventila en el párrafo antes mencionado.

*

**

2. Con el arma nuclear la humanidad se encuentra bajo el efecto de una condena en suspenso. Ese aterrador medio de destrucción masiva forma parte, desde hace medio siglo, de la condición humana. El arma nuclear se ha incorporado a todos los cálculos, hipótesis y planes. Desde la explosión en Hiroshima en la mañana del 6 de agosto de 1945, el miedo se ha convertido poco a poco en la naturaleza primaria del hombre. La vida terrenal del hombre ha adquirido el aspecto de lo que el Corán denomina "un largo viaje nocturno", como una pesadilla de la cual la humanidad no puede, hasta ahora, entrever el fin.

3. La Carta del Atlántico había, con todo, prometido "liberar al hombre del miedo" y la Carta de San Francisco, por su parte, había prometido "preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra". Queda aún por recorrer un largo camino para exorcizar esta nueva forma de terror del hombre que le ha hecho volver al terror de sus antepasados que otrora temían que se desplomara sobre sus cabezas un cielo tormentoso cargado de rayos. Sin embargo, la situación del hombre del siglo XX se distingue, en muchos aspectos, de la de sus antepasados, pues está munido de conocimientos, se expone por sus propios actos a la autodestrucción y sus inquietudes tienen mejor fundamento. Aunque dotado de razón, el hombre no ha sido nunca tan irrazonable; su destino se empaña; su conciencia se oscurece, - su visión se inquieta y sus coordenadas éticas caen, como hojas muertas, del árbol de la vida.

4. Hay que reconocer, con todo, que el hombre ha hecho algunos esfuerzos por escapar a sus tinieblas. Así, la humanidad parece, al menos en nuestros días, más aliviada que en el decenio de 1980 cuando se amenazaba a sí misma con la "guerra de las galaxias". En esos años se corrió más que nunca el riesgo de que soplara sobre la humanidad el viento mortal de una guerra cósmica, total y altamente compleja, que amenazaba con la desintegración del planeta.

Los dispositivos en órbita podían dirigir su fuego nuclear sobre nuestro planeta y los satélites militares, de reconocimiento, observación, vigilancia o comunicaciones podían multiplicarse. Se iba a instalar un sistema mortífero. El "gobierno universal de la muerte", la "tanatocracia", como la había denominado un especialista de la historia y la filosofía de la ciencia, el

francés Michel Serres, se declaraba en condiciones de instalar sus baterías en todas las periferias del planeta. Afortunadamente, sin embargo, la distensión primero y luego el fin de la guerra fría pusieron término a esos preparativos aterradores.

5. Sin embargo, aún no se ha llegado a dominar la proliferación del fuego nuclear, a pesar de la existencia del Tratado sobre la no proliferación. El miedo y la demencia pueden, pues, conjugarse todavía en cualquier momento para ejecutar una danza macabra final. En nuestros días, la humanidad es aún más vulnerable porque está en condiciones de producir misiles nucleares en gran cantidad.

*

6. El hombre se impone a sí mismo una extorsión nuclear perversa y permanente. Es menester averiguar cómo librarlo de ella. La Corte tenía, el deber de participar, por mínima que esa participación fuera, en esa obra de salvación de la humanidad; así lo ha hecho en conciencia y humildad, habida cuenta de los límites que le imponen, por un lado, el Estatuto y, por el otro, el derecho internacional aplicable.

7. En realidad, no cabe duda de que nunca antes habrá examinado la Corte con tanto detenimiento los elementos más complejos de un problema que con ocasión del examen del problema de las armas nucleares. Al formular la presente opinión consultiva, la Corte se ha guiado por su propia interpretación de las responsabilidades especiales que le competen y por su voluntad de declarar el derecho tal cual es, sin ensombrecerlo ni embellecerlo. La Corte ha tratado de evitar toda tentación de crear derecho y a no dudarlo no se ha extralimitado en sus funciones al instar a los Estados a que legislen lo antes posible para dar cima a la obra que han emprendido hasta ahora.

8. Esta cuestión tan importante de las armas nucleares constituye desafortunadamente un ámbito en el cual la Corte ha debido constatar que no existe una respuesta inmediata y clara a la pregunta que se le formuló. Es de esperar que la comunidad internacional sepa reconocer que la Corte ha cumplido su misión - incluso si su respuesta puede parecer insatisfactoria - y que se aboque lo antes posible a corregir las imperfecciones de un derecho internacional que en definitiva no es otra cosa que la expresión de la voluntad de los Estados mismos. Al menos, a la Corte habrá que reconocerle el mérito de señalar esas imperfecciones y de instar a la sociedad internacional a remediarlas.

9. Como lo demuestra su opinión consultiva, la Corte en ningún momento ha perdido de vista las circunstancias de que las armas nucleares constituyen un medio potencial de destrucción de toda la humanidad. En ningún momento ha dejado de tener en cuenta esa cuestión eminentemente vital para la supervivencia de la humanidad. El drama de conciencia que han tenido antes unos y otros se refleja en muchos aspectos en la presente opinión consultiva. Sin embargo, es obvio que la Corte no podía hacer otra cosa que declarar el derecho. La Corte no podía decir lo que el derecho no dice.

10. En su opinión consultiva, la Corte, pues, se ha limitado a efectuar una constatación, al tiempo que se ha encontrado en la imposibilidad de ir más allá. No faltarán quienes interpreten que el párrafo E de la parte dispositiva prevé la posibilidad de que los Estados utilicen armas nucleares en circunstancias excepcionales. Por mi parte, y habida cuenta de lo antes expuesto, me siento en conciencia obligado a interpretar de manera distinta ese párrafo, lo que me ha permitido darle mi apoyo. Me explicaré seguidamente.

*

* *

11. No puedo dejar de insistir en que la circunstancia de que la Corte se haya encontrado en la imposibilidad de ir más allá de la constatación que ha formulado en modo alguno se puede interpretar como que la Corte ha dejado la puerta entreabierta al reconocimiento de la legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares.

12. La jurisprudencia del asunto del Lotus, que algunos no dejarán de resucitar, debe ser firmemente relativizada en el contexto particular de la cuestión que es objeto de la presente opinión consultiva. Se exageraría la importancia y se desvirtuaría el alcance de esta decisión de la Corte permanente si se la aislara del contexto específico, tanto judicial como temporal, en el que se dictó. La decisión en cuestión expresaba sin duda alguna las ideas de la época, esto es, las ideas de una sociedad internacional que aún estaba poco institucionalizada y se regía por un derecho internacional de estricta coexistencia, derecho éste que reflejaba el vigor del principio de la soberanía del Estado.

13. Apenas si cabe destacar que la fisonomía de la sociedad internacional contemporánea es muy diferente. Pese al ámbito aún limitado del "supranacionalismo", son innegables los progresos que ha habido a nivel de la institucionalización, incluso de la integración y de la "mundialización" de la sociedad internacional. Como prueba de ello cabe mencionar la multiplicación de las organizaciones internacionales, la progresiva sustitución del derecho internacional clásico de la coexistencia por un derecho internacional de cooperación, la aparición del concepto de "comunidad internacional" y las tentativas, a veces coronadas por éxito, de subjetivización de esta última. Todo ello queda de manifiesto en el lugar que el derecho internacional atribuye ahora a conceptos tales como los de las obligaciones erga omnes, las reglas de ius cogens o el patrimonio común de la humanidad. El criterio decididamente positivista y voluntarista del derecho internacional que imperaba a principios de siglo - y al cual, por otra parte, la Corte permanente no dejó de dar apoyo en la decisión antes mencionada¹ - ha sido sustituido por una concepción

¹ "El derecho internacional rige las relaciones entre Estados independientes. Las normas jurídicas que vinculan a los Estados dimanar, pues, de la voluntad de éstos, voluntad que se manifiesta en convenciones o en costumbres que tienen aceptación general por interpretarse que consagran principios de derecho y que se establecen con miras a regular la coexistencia de esas comunidades independientes o en aras de la consecución de fines comunes", asunto *Lotus*, decisión No. 9 del 7 de septiembre de 1927, C.P.J.I. serie A, No. 10, pág. 18.

objetiva del derecho internacional, que naturalmente se reconoce como reflejo de un estado de conciencia jurídica colectiva y como respuesta a las necesidades de los Estados organizados en comunidad. A la evolución de la sociedad internacional propiamente dicha cabe añadir los progresos registrados en el ámbito tecnológico, que hacen posible ahora la erradicación total y prácticamente instantánea del género humano.

14. Por otra parte, más allá de los elementos de tiempo y contexto, la decisión de la Corte permanente se distingue en todos sus aspectos de la opinión consultiva de la Corte actual, a saber: la naturaleza del problema planteado, los elementos centrales del dictamen y la filosofía que sustenta sus conclusiones. En 1927 la Corte permanente, en el marco del examen de una cuestión de mucha menos importancia, llegó en efecto a la conclusión de que una conducta que no estuviera expresamente prohibida por el derecho internacional estaba autorizada por ese solo hecho². En la presente opinión consultiva, por el contrario, la Corte no llega a la conclusión ni de la legalidad ni de la ilegalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares; de las incertidumbres en cuanto al derecho y los hechos no infiere ninguna libertad en la materia. No sugiere tampoco que esa libertad podría de algún modo deducirse de esa circunstancia. Si bien la Corte permanente había dado la luz verde de autorización, porque no encontraba en el derecho internacional razón alguna para dar la luz roja de prohibición, la Corte actual no se considera en condiciones de dar una u otra señal.

15. Así pues, la Corte, en la presente opinión consultiva, muestra mucha más circunspección que su predecesora en el asunto *Lotus*, cuando afirma hoy que lo que no está expresamente prohibido por el derecho internacional tampoco está autorizado.

16. Al no pronunciarse ni en favor de la legalidad de la amenaza o del empleo de las armas nucleares, ni en favor de su ilegalidad, la Corte toma nota, en su opinión consultiva, de que existe un proceso muy avanzado de mutación del derecho internacional en la materia o, en otras palabras, de que hay una tendencia en la actualidad a sustituir una norma de derecho internacional por otra, de las cuales la segunda no existe todavía y la primera ha dejado de existir. Una vez más si la Corte, qua órgano judicial, ha estimado que no puede ir más allá de esa constatación, los Estados, a mi juicio, no podrían ver en ello una autorización para actuar a su discreción.

² "La Corte debe, pues, en todo caso, examinar si existe o no una norma de derecho internacional que restrinja la libertad de los Estados de extender la jurisdicción penal de sus tribunales a una situación que reúna los recaudos de la causa que se examina" (ibíd., pág. 21); y la Corte llegó a la siguiente conclusión: "Hay, pues, que constatar que ningún principio de derecho internacional, en el sentido del artículo 15 de la Convención de Lausana, del 24 de julio de 1923, se opone al ejercicio de las acciones penales de que se trata. En consecuencia, Turquía, al intentar, en virtud de la libertad que el derecho internacional reconoce a todo Estado soberano, las acciones penales en cuestión, no ha podido, en ausencia de principios semejantes, actuar en contravención de los principios del derecho internacional de acuerdo con los términos del compromiso". (Ibíd., pág. 31).

17. La Corte tiene conciencia evidentemente del carácter a primera vista insatisfactorio de la respuesta que ha dado a la Asamblea General. Sin embargo, si la Corte puede dar la impresión a algunos de que ha hecho a medias la tarea que se le ha encomendado, en mi opinión, por el contrario, ha cumplido su misión al avanzar, en su respuesta a la pregunta que se le ha planteado, hasta dónde los elementos de hecho de que disponía le permitían hacerlo.

18. En la segunda frase del párrafo E de la parte dispositiva de la opinión consultiva, la Corte indica que ha llegado a un punto en su razonamiento que no podrá rebasar sin exponerse al riesgo de adoptar una conclusión que iría más allá de lo que a su juicio sería legítimo. Esa es la posición de la Corte qua órgano judicial. Varios magistrados han adherido a esa posición, aunque sin duda cada uno de ellos con su propio enfoque e interpretación. Seguramente se advertirá que la distribución de los votos, tanto en favor como en contra del párrafo E, no obedece en modo alguno a una distribución geográfica, prueba de la independencia de los Magistrados de la Corte, que me complace destacar. Explicado así el sentido que, a mi juicio, debe atribuirse al dictamen de la Corte, quiero volver ahora brevemente a referirme a las razones de fondo que me han llevado a concordar con esa posición.

*

**

19. El derecho internacional humanitario es un Corpus de normas particularmente estrictas con vocación de aplicarse en todas las circunstancias. La Corte ha reconocido plenamente la naturaleza de esas normas.

20. Por naturaleza - al menos en el estado actual de la ciencia -, las armas nucleares pueden causar víctimas en forma indiscriminada, afectando tanto a combatientes como a no combatientes y dando lugar, por añadidura, a padecimientos inútiles a unos y a otros. Las armas nucleares, armas ciecras, desestabilizan, pues, por naturaleza, el derecho humanitario, un derecho crue exige discernimiento en el empleo de las armas. Las armas nucleares, mal absoluto, desestabilizan el derecho humanitario qua derecho del mal menor.

Por lo tanto, la existencia misma de las armas nucleares constituye un gran desafío a la existencia misma del derecho humanitario, sin contar los efectos perjudiciales a largo plazo para el medio ambiente humano en el cual se puede ejercer el derecho a la vida. Si la ciencia no descubre armas nucleares "limpias" que ataque al combatiente sin afectar al no combatiente, es evidente que las armas nucleares tienen efectos indiscriminados y constituyen un desafío absoluto al derecho humanitario. Guerra nuclear v derecho humanitario parecen, en consecuencia, dos antítesis que se excluyen radicalmente entre sí, pues la existencia de una supone necesariamente la inexistencia de la otra.

21. Es indudable para mí que la mayor parte de los principios y reglas del derecho humanitario y, en todo caso, los dos principios que prohíben, por un lado, el empleo de armas de efectos indiscriminados y, por el otro, el empleo de armas que causan padecimientos superfluos, forman parte del ius cogens.

La Corte ha mencionado esa cuestión en la presente opinión consultiva, - con todo, ha declarado que no debía pronunciarse sobre esa cuestión en la medida en que la cuestión relativa a la naturaleza del derecho humanitario aplicable a las armas

/...

nucleares no entraba en el marco de la petición que le había hecho la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Corte tampoco ha considerado expresamente esas reglas fundamentales como "principios intransgredibles del derecho internacional consuetudinario"⁷.

22. El derecho a la supervivencia del Estado es también un derecho fundamental que se vincula, en muchos aspectos, con un derecho "natural". Sin embargo, la legítima defensa - ejercida en las condiciones extremas que ponen en peligro la supervivencia misma de un Estado - no puede dar lugar a una situación en la cual el Estado podría exonerarse de observar normas "intransgredibles" del derecho internacional humanitario. Puede, pues, haber en ciertas circunstancias, una oposición irreductible, una colisión frontal de principios fundamentales irreductibles. Sólo queda por señalar que el empleo del arma nuclear por un Estado en circunstancias en las que esté en juego su supervivencia hace correr el riesgo, a su vez, de poner en peligro la supervivencia de toda la humanidad, precisamente por el engranaje del terror y la escalada en el empleo de esas armas. Se carecería, en consecuencia, de la prudencia más elemental si se colocara sin vacilación a la supervivencia de un Estado por encima de las demás consideraciones y, en particular, de la supervivencia de la humanidad misma.

*

**

23. Como lo ha reconocido la Corte, la obligación de negociar de buena fe el desarme nuclear incumbe a los 182 Estados partes en el Tratado de no proliferación. Por mi parte, me parece que se puede ir más allá de esa conclusión y afirmar que en realidad existe una doble obligación general, oponible erga omnes, de negociar de buena fe y de llegar al resultado buscado. En efecto, no es irrazonable pensar que, habida cuenta de la unanimidad, al menos formal, que impera en la materia, esa doble obligación de negociar de buena fe y de lograr un resultado previsto ha adquirido, al cabo de 50 años, un carácter consuetudinario. Por lo demás, comparto enteramente la opinión de la Corte en cuanto al ámbito jurídico de esa obligación. Me contentaría solamente con señalar, una vez más, la importancia del objetivo por alcanzar, habida cuenta, en particular, de las incertidumbres que aún subsisten. La Corte debería haberlo dicho. Habida cuenta del nexo muy estrecho que esta cuestión tiene, por la naturaleza de las cosas, con la de la legalidad o ilegalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares, no se podría decir que la Corte

⁷ Es indudable que el hecho de que un gran número de normas del derecho humanitario aplicable en caso de conflicto armado sean tan fundamentales para el respeto de la persona y constituyen "principios elementales de humanidad", como señala la Corte en su Fallo de 9 de abril de 1949 en la causa del Canal de Corfú (I.C.J. Reports 1949, pág. 22), ha sido la causa de que los Convenios de La Haya y de Ginebra hayan sido ratificados de forma tan amplia. Además, todos los Estados han de cumplir esas normas fundamentales, hayan o no ratificado los convenios que las estatuyen porque constituyen principios intransgredibles del derecho internacional consuetudinario.

decidió ultra petita. Esta última idea, en todo caso, es ajena al procedimiento consultivo.

*

* *

24. La solución que se da en la presente opinión consultiva toma nota sin complacencia de la realidad jurídica, al tiempo que expresa y traduce fielmente la esperanza, compartida por todos, pueblos y Estados, de que el objetivo último de toda acción en la esfera de las armas nucleares será siempre el desarme nuclear, crue ese objetivo no es utópico y eme es deber de todos proceder a su consecución más activamente que nunca. De la existencia de esa intención depende el destino del hombre, porque como dijo Albert Einstein: "la suerte de la humanidad será la suerte que ésta se merezca"⁴.

(Firmado) Mohammed BEDJAOUI

⁴ Albert Einstein, Comment je vois le monde (traducción del coronel Cros), París, Flammarion, pág. 84.

Original: francés

DECLARACIÓN DEL SEÑOR HERCZEGH

Según el artículo 9 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, los miembros de la Corte deben representar "en el conjunto ... las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo". En consecuencia es inevitable que haya diferencias entre ellos en cuanto a los enfoques teóricos respecto de los atributos característicos del régimen del derecho internacional y sus disciplinas, de la existencia o inexistencia de lagunas en ese régimen y de la solución de posibles conflictos entre sus normas, así como otras cuestiones más o menos fundamentales. La preparación de una opinión consultiva respecto de la pregunta sumamente compleja que ha planteado la Asamblea General respecto de la legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares "en alguna circunstancia" ha puesto de relieve las diferentes concepciones del derecho internacional que existen en el seno de la Corte. La diversidad de conceptos ha impedido que se pueda llegar a una solución más completa y, en consecuencia, a un resultado más satisfactorio. La redacción de la exposición de motivos como la de las conclusiones de la opinión consultiva refleja esas divergencias. Conviene, con todo, observar que la Corte, en varios aspectos muy importantes\ se ha expresado de manera unánime.

A mi juicio, el estado actual del derecho internacional habría permitido con todo, en el marco de la opinión consultiva, formular una respuesta más precisa y menos cargada de incertidumbres y vacilaciones a la petición de la Asamblea General. En las esferas en las que no existe una prohibición completa y universal de ciertos actos "per se", la aplicación de los principios generales del derecho permiten determinar el comportamiento de los sujetos del ordenamiento jurídico internacional, obligándolos o autorizándolos, según el caso, a abstenerse o a actuar de una u otra manera. Los principios fundamentales del derecho internacional humanitario, correctamente valorados en la exposición de motivos de la opinión consultiva, prohíben de manera categórica e inequívoca el empleo de las armas de destrucción masiva y, entre ellas, de las armas nucleares. El derecho internacional humanitario no reconoce ninguna excepción a esos principios.

Considero que la Corte habría debido evitar enteramente el examen de la cuestión de las represalias en tiempo de conflicto armado, cuyo examen minucioso, a mi juicio, habría rebasado al marco de la petición de la Asamblea General. En la ocurrencia, la Corte pensó que sería útil mencionar la cuestión en su opinión consultiva, pero lo ha hecho de manera demasiado breve, lo que bien puede dar lugar a que se formulen interpretaciones apresuradas y mal fundadas.

Las relaciones entre los apartados C y E, tal como éstos aparecen en el párrafo 105 de la opinión consultiva, no parecen del todo claras y su congruencia tampoco parece perfecta. La amenaza o el empleo de la fuerza mediante el uso de armas nucleares debe, de acuerdo con el apartado C, reunir "los requisitos" del Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, que se refiere al derecho natural de legítima defensa, en tanto que en la segunda frase del apartado E indica lo siguiente:

"La Corte no puede pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremadas de legítima defensa, en la que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado"

Ahora bien, la redacción de esta última frase no es, a mi juicio, fácilmente conciliable con la referencia que antes se hizo a "los requisitos" del Artículo 51 de la Carta. En los párrafos 40 y 41 de la opinión consultiva se precisó que el derecho de actuar en legítima defensa está sujeto a restricciones y que existe una "norma específica"... bien establecida en el derecho internacional consuetudinario, de acuerdo con la cual "la legítima defensa sólo justificaría medidas que fueran proporcionales al ataque armado y necesarias para responder a éste". Estimo que la Corte habría podido hacer que esa constatación fuera objeto de conclusiones formales en el párrafo 105 de la opinión consultiva, lo que habría realzado así su precisión.

Una de las numerosas tareas asignadas a la Asamblea General corresponde - según el Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas - al "desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación". Transformar, por vía de la codificación, los principios generales del derecho y las reglas consuetudinarias en reglas del derecho convencional podría eliminar ciertas deficiencias inherentes al derecho consuetudinario y podría seguramente coadyuvar a zanjar las controversias que han precedido a la petición de opinión consultiva dirigida a la Corte por la Asamblea General en cuanto a la legalidad o ilegalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, la espera del desarme nuclear completo bajo un control internacional estricto y eficaz.

Voté en favor del apartado E del párrafo 105 de la opinión consultiva porque estimo que dicho apartado podría resumir de manera más precisa el estado actual del derecho internacional en cuanto a la cuestión de la amenaza y el empleo de armas nucleares "en alguna circunstancia". En efecto, votar contra ese apartado habría significado que se adoptaba una posición negativa en relación con ciertas conclusiones esenciales - expresadas igualmente en la presente opinión consultiva y a las que se hacía alusión en el apartado E -, conclusiones que hago mías en su totalidad.

(Firmado) Geza HERCZEGH

/...

[Original: inglés]

DECLARACIÓN DEL MAGISTRADO SHI JIUYONG

He votado a favor de los párrafos de la parte dispositiva de la opinión consultiva de la Corte porque en general estoy de acuerdo con su razonamiento y conclusiones.

Sin embargo, abrigo reservas respecto de la función que la Corte atribuye a la política de disuasión para determinar la lex lata respecto del empleo de las armas nucleares.

Por ejemplo, el párrafo 67 de la opinión consultiva dice como sigue:

"La Corte no se propone pronunciarse aquí respecto de la práctica conocida como 'política de disuasión'. Señala que es un hecho que varios Estados han seguido esa práctica durante la mayor parte de la guerra fría y siguen haciéndolo. Además, los miembros de la comunidad internacional se encuentran profundamente divididos respecto de si el hecho de que no se haya recurrido a las armas nucleares en los últimos 50 años constituye la expresión de una opinio iuris. En estas circunstancias, la Corte no se considera capaz de encontrar que existe esa opinio iuris."

Luego en el crucial párrafo 96 dice lo siguiente:

"Tampoco puede [la Corte] hacer caso omiso de la práctica conocida como 'política de disuasión', a la que durante muchos años ha recurrido una parte apreciable de la comunidad internacional."

A mi juicio, la "disuasión nuclear" es un instrumento de política que ciertos Estados poseedores de armas nucleares emplean en sus relaciones con otros Estados y que, según se dice, previene el estallido de un conflicto armado masivo o una guerra masiva y mantiene la paz y la seguridad entre las naciones. Indudablemente, esta práctica de ciertos Estados poseedores de armas nucleares pertenece a la esfera de la política internacional y no a la del derecho. Carece de significación jurídica desde el punto de vista de la formación de una norma consuetudinaria que prohíba el empleo de las armas nucleares caía nucleares. En cambio, la política de disuasión nuclear debiera ser objeto de regulación por el derecho y no viceversa. La Corte, al ejercer su función judicial de determinar la lex lata que rige el uso de las armas nucleares, no puede sencillamente tener en cuenta esta práctica sustantiva de ciertos Estados pues, si lo hiciera, sólo haría que el derecho concordara con las necesidades de la política de disuasión. La Corte no sólo confundiría así la política con el derecho, sino que estaría asumiendo también una posición jurídica respecto de la política de disuasión nuclear, con lo cual se injeriría en la política internacional, circunstancia que sería incompatible con su función judicial.

Asimismo, dejando de lado la naturaleza de la política de disuasión, esta "parte apreciable de la comunidad internacional" que adhiere a la política de disuasión se compone de ciertos Estados poseedores de armas nucleares y de Estados que aceptan protección de la "sombra nuclear". Es indudable que estos Estados son miembros importantes y poderosos de la comunidad internacional y que desempeñan una función importante en la escena de la política

internacional. Sin embargo, la Corte, en su calidad de órgano judicial principal de las Naciones Unidas, no puede tener en cuenta a esta "parte apreciable de la comunidad internacional"¹¹ desde el punto de vista del poderío material. La Corte sólo puede tenerla en cuenta desde el punto de vista del derecho internacional. Hoy día, la comunidad internacional de Estados se compone de más de 185 Estados. La parte apreciable de esta comunidad a la que se refiere la opinión consultiva en modo alguno constituye una proporción elevada de esa comunidad de Estados, y la estructura de la comunidad internacional se sustenta en el principio de la igualdad soberana. Por lo tanto, si se hiciera un énfasis indebido en la práctica de esta "parte apreciable" no sólo se contrariaría el principio mismo de la igualdad soberana de los Estados, sino que se haría también más difícil formular una apreciación exacta y apropiada de la existencia de una norma de derecho consuetudinario sobre el empleo del arma.

(Firmado) Shi JIUYONG

[Original: inglés]

DECLARACIÓN DEL MAGISTRADO VERESHCHETIN

La respuesta de la Corte, a mi juicio, refleja de manera adecuada la situación jurídica actual y da alguna indicación respecto del ulterior desarrollo del derecho internacional aplicable en los casos de conflicto armado.

Sin embargo, me veo obligado a explicar las razones que me han llevado a votar en favor del apartado 2E de la parte dispositiva, que trasluce la indecisión de la Corte y admite indirectamente la existencia de una zona "gris" en la actual regulación de la materia.

Los partidarios de la tesis de que a un tribunal le debe estar vedado hacer una declaración de non liquet consideran que esta prohibición es un corolario del concepto de la "integridad" del régimen jurídico. Quienes entre ellos no niegan la existencia de lagunas en el derecho internacional sustantivo consideran que es obligación de la Corte en una causa concreta colmar la laguna y, por ende, por referencia a un principio jurídico general o por vía de la creación judicial del derecho, proveer a la "integridad" del régimen jurídico.

Por otra parte, existe una firme doctrina de que la presunta "prohibición" de una declaración de non liquet "acaso no encuentre sustento en las pruebas que hasta ahora se han alegado" (J. Stone, "Non Liqueur and the Function of Law in the International Community", The British Year Book of International Law. 1959, pág. 145). En el libro que dedica especialmente a los problemas de las lacunae en derecho internacional, L. Siorat llega a la conclusión de que, en algunos casos, un tribunal está obligado a declarar un non liquet (L. Siorat, Le problème de lacunes en droit international, París, 1958, pág. 189).

Al evaluar con carácter crítico la importancia que para nuestro caso tiene la controversia doctrinaria sobre la cuestión del non liquet, no se ha perdido de vista la circunstancia de que el debate se ha referido fundamental e incluso exclusivamente a la admisibilidad o inadmisibilidad del non liquet en un procedimiento contencioso en el cual la Corte debe dictar una decisión vinculatoria y definitiva para zanjar una controversia entre las Partes. Incluso en esos casos, la posibilidad de declarar un non liquet no ha sido excluida por algunos autores, aunque esta tesis no encuentra sustento convincente en la práctica arbitral y judicial.

En el caso actual, con todo, la Corte tiene ante sí un procedimiento consultivo. No se le pide que zanje una controversia concreta entre partes concretas, sino que declare el derecho tal cual lo observa en la etapa actual de su desarrollo. Ni en el interrogante que se le ha formulado a la Corte, ni en los alegados escritos y orales de los Estados ante ella, hay nada que pueda interpretarse como una petición para colmar lagunas, si las hubiere, en el estado actual del derecho sobre la materia. Por el contrario, varios Estados han dicho específicamente que a la Corte "no se le pide que actúe como legislador o que elabore un régimen de desarme nuclear" (Samoa, CR 95/31, pág. 34) y que "la Corte no estará ni conjeturando ni legislando, sino elucidando el derecho tal como éste existe y tal como la Corte lo entiende ..." (Egipto, CR 95/23, pág. 32; véase, también, la exposición oral de Malasia, CR 95/27, pág. 52).

/...

Aunque se le hubiera pedido que colmara las lagunas, la Corte habría tenido que rehusarse a asumir la carga de creación de derecho, función que, en general, no le correspondería. En un procedimiento consultivo, cuando encuentra una laguna en el derecho o estima que el derecho es imperfecto, la Corte debe limitarse a declararlo así, sin tratar de colmar la laguna ni de mejorar el derecho por vía de la legislación judicial. No se puede culpar a la Corte de indecisión o evasión cuando el derecho sobre el que ha de pronunciarse es en sí inconcluso. Mucho menos se justificaría aducir la indecisión o evasividad de la Corte en esta opinión consultiva, que da una respuesta inequívoca, aunque no exhaustiva, a la pregunta que se le ha formulado.

En su respuesta, la Corte dice claramente que la amenaza o el empleo de armas nucleares entraría en el ámbito de las prohibiciones y firmes restricciones que imponen la Carta de las Naciones Unidas y diversos tratados multilaterales y otros compromisos específicos, así como el derecho consuetudinario y los principios del derecho aplicable a los conflictos armados. Además, la Corte declaró que la amenaza o el empleo de armas nucleares "sería generalmente contrario a las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados, particularmente los principios y normas del derecho humanitario". Es plausible que por inferencia, implicación o analogía, la Corte (y esto es lo que algunos Estados la han exhortado a hacer en sus exposiciones escritas y orales) podría haber deducido de lo antes expuesto una norma general que prohibiera de manera amplia la amenaza o el empleo de las armas nucleares, sin dejar lugar a una "zona gris", incluso aunque fuera excepcional.

La Corte, sin embargo, no podía ignorar varias consideraciones importantes, que le impedían tomar ese camino. Aparte de las consideraciones que se mencionaron en la exposición de motivos de la opinión consultiva, quisiera añadir lo siguiente. Los mismos Estados que instaron a la Corte a obrar con valentía y cumplir su "misión histórica" insistieron en que ésta se atuviera a los límites de su función judicial y no actuara como órgano legislativo y pidieron que la Corte declarara el derecho tal como éste existe y no tal como debiera ser. Segundo, la Corte no podía dejar de advertir que, en el pasado, todas las prohibiciones vigentes sobre el uso de otras armas de destrucción masiva (biológicas o químicas) y las restricciones especiales aplicables a las armas nucleares se habían establecido mediante tratados internacionales específicos o disposiciones discretas de los tratados, lo que indudablemente indica el curso de acción que la comunidad internacional ha considerado más apropiado para la prohibición total del uso de las armas de destrucción masiva y su eventual eliminación. Tercero, a la Corte le preocupa la autoridad y eficacia de una norma general "deducida" sobre una cuestión respecto de la cual los Estados están tan divididos.

Es importante que incluso un firme partidario de la "integridad" del derecho internacional y de la inadmisibilidad del non licruet como lo es H. Lauterpacht observe que, las nuevas circunstancias

"la aparente indecisión [de la Corte Internacional de Justicia], que deja lugar a la discreción por parte del órgano que solicitó la opinión consultiva, puede - desde el punto de vista del desarrollo del derecho y también como guía para la acción - ser preferible a una claridad engañosa que no dé una indicación de las complejidades inherentes en el problema. En la medida en que son expresiones del derecho internacional existente

- sea consuetudinario, sea convencional - las decisiones de la Corte no pueden sino reflejar la oscuridad o indeterminación ocasional de un régimen jurídico defectuoso". (H. Lauterpacht, The development of International Law by the International Court. reimpresión, Cambridge, 1982, pág. 152; el subrayado es mío.)

A mi juicio,, el caso que se nos presenta constituye un buen ejemplo de una instancia en la cual la claridad absoluta de la opinión consultiva sería "engañosa" y en la cual, por otra parte, su "aparente indecisión" parcial bien puede ser más útil "como guía para la acción".

Si se me permite hacer la comparación, yo diría que la construcción del sólido edificio encaminado a la prohibición total del empleo de armas nucleares aún no ha quedado concluida. Sin embargo, ello no obedece a la falta de materiales de construcción, sino a la renuencia y a las objeciones de un número considerable de los constructores del edificio. Para que un futuro edificio pueda resistir la acción del tiempo y las inclemencias del clima internacional, los Estados mismos - y no la Corte que dispone de recursos de construcción limitados - deben asumir la carga de llevar el proceso de construcción a feliz término. Al propio tiempo, la Corte ha demostrado claramente que el edificio de la prohibición total de la amenaza o el empleo de armas nucleares está en proceso de construcción y que ya se ha adelantado mucho.

La Corte ha demostrado también que los medios más apropiados para eliminar las "zonas grises" en el estatuto jurídico de las armas nucleares sería "el desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un estricto y eficaz control internacional". En consecuencia, la Corte ha determinado que existe una obligación de los Estados de emprender de buena fe y concluir negociaciones encaminadas a ese objetivo supremo.

(Firmado) Vladlen S. VERESHCHETIN

[Original: francés]

DECLARACIÓN DEL SR. FERRARI BRAVO

He votado a favor de la opinión consultiva relativa a la licitud de las armas nucleares porque creo que la Corte Internacional de Justicia no debe escatimar esfuerzo alguno por responder en los mejores términos posibles a las preguntas que le formulen los órganos principales de las Naciones Unidas autorizados para ello, especialmente si su respuesta puede abrir mayores posibilidades de salir de un estancamiento que, en este caso, perdura desde hace más de 50 años y hace que se cierna una sombra triste y amenazadora sobre la humanidad entera.

La Corte, en su función de principal órgano judicial de las Naciones Unidas (Artículo 92 de la Carta), ha sido establecida, entre otras cosas, justamente para eso y no tiene por qué preguntarse si su respuesta, en el mejor de los casos, puede contribuir a que la situación mejore. Tampoco tiene por qué justificarse si su respuesta no es exhaustiva. Por lo tanto, me adhiero plenamente a los motivos por los cuales la Corte adoptó la decisión de dar curso a la solicitud de la Asamblea General.

En este contexto, hay que decir en todo caso que la cuestión se plantea desde ion punto de vista totalmente distinto porque la pregunta procede de un organismo especializado de las Naciones Unidas cuya competencia para dirigirse a la Corte está, por razones de principio, bien delimitada. En todo caso, he votado también a favor de la opinión en la cual la Corte decidió no dar lugar a la solicitud de la Organización Mundial de la Salud y creo que este proceder no carece de lógica. La Corte, en efecto, es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, pero no es el principal órgano judicial de otras organizaciones internacionales cuyas atribuciones para dirigirse a ella tienen que estar minuciosamente limitadas si se quiere preservar una distribución correcta de competencias (y de la eficacia) entre los organismos internacionales y evitar que las funciones políticas, que la estructura del sistema ha encomendado únicamente a las Naciones Unidas, sean usurpadas por otras organizaciones que, para no decir otra cosa, no tienen la competencia ni la estructura para hacerlo.

*

**

Una vez dicho esto, tengo que manifestar en todo caso mi insatisfacción respecto de algunas partes cruciales de la decisión que, para ser franco, me parece poco audaz y, a veces, de difícil lectura.

En particular, lamento que la Corte haya repartido arbitrariamente en dos categorías de la larga lista de resoluciones de la Asamblea General que comienzan con la resolución 1 (I), de 24 de enero de 1946, y que, por lo menos hasta la resolución 808 (IX), constituyen una serie de resoluciones aprobadas por unanimidad. A mi juicio, estas resoluciones son fundamentales, en particular la primera, cuyo texto se había preparado ya en Moscú antes del establecimiento de las Naciones Unidas (para la historia de la resolución, así como de las gestiones realizadas en Moscú con miras a encomendar a las Naciones Unidas el control de la energía atómica que, hasta ese momento incumbía exclusivamente a los Estados Unidos, véase The United Nations in World Affairs, 1945-1947. Nueva York y Londres, 1947, pág. 391 y siguientes) y que.

estrictamente hablando, podría asimilarse a las disposiciones de la Carta. Esa resolución demuestra en la práctica y, a mi juicio, claramente la existencia de un verdadero compromiso solemne de erradicar todas las armas atómicas, cuya presencia en los arsenales militares se consideraba ilícita. El texto de la resolución era el siguiente:

"5. ... La Comisión [establecida en esa resolución] hará especialmente proposiciones específicas:

c) para eliminar, de los armamentos nacionales, las armas atómicas así como todas las demás armas principales capaces de causar destrucción colectiva de importancia." (El subrayado está añadido.)

Estas ideas se han consignado reiteradamente en otras resoluciones aprobadas por la Asamblea General inmediatamente después del establecimiento de las Naciones Unidas (véanse por ejemplo la resolución 41 (I) y la resolución 191 (III)) .

Soy perfectamente consciente de que la guerra fría que sobrevino poco después (respecto de la cual no incumbe señalar a los responsables, si bien no puedo dejar de mencionar que no pertenecían a una sola de las partes) impidió el desarrollo de este concepto de ilicitud (descartado posteriormente por los Estados Unidos, que habían sido sus promotores) y dio lugar a toda una serie de argumentos que giraban en torno al concepto de disuasión nuclear, que no tiene (y esto es importante como se verá más adelante) valor jurídico alguno.

A mi juicio, en todo caso, la ilicitud ya existía y la producción de armas nucleares debía, en consecuencia, justificarse, habida cuenta del estigma de ilicitud que no se podía borrar. Cabe entonces deplorar que esa conclusión no se desprenda claramente del razonamiento de la Corte, que, por el contrario, está muchas veces expresado en forma complicada, sinuosa y, finalmente, poco eficaz.

Una vez dicho esto, quiero agregar que varias de las conclusiones a que llegó la Corte no quedan de manifiesto en el texto dispositivo. Se trata de lagunas graves, que se explican en razón de la dificultad de lograr mayorías coherentes respecto de algunos elementos de la presente opinión consultiva.

Hay que reconocer de todas maneras la importancia absolutamente crucial del párrafo 104 de la opinión, que sirve de introducción de la parte dispositiva. En efecto, sobre la base de ese párrafo, el lector atento puede evaluar en su conjunto el razonamiento hecho por la Corte, teniendo en cuenta los elementos que no han quedado consignados en la parte dispositiva y, lo que es más importante, darse cuenta de las inevitables lagunas que hay en el razonamiento. Los lectores, y no únicamente los universitarios, deben tener presente que, a pesar de las similitudes de procedimiento, una opinión consultiva, y en particular ésta, no es un fallo.

*

* *

Es cierto que no existe una norma precisa y concreta que prohíba las armas atómicas y enuncie todas las consecuencias de esa prohibición. La teoría de la disuasión, a la que en la opinión no se hace más que una rápida mención {especialmente en el párrafo 96}, habría merecido algunas consideraciones suplementarias. He dicho que, a mi juicio, el concepto de disuasión nuclear no tiene valor jurídico alguno y tengo que agregar que la teoría de la disuasión, si bien ha servido para establecer una práctica de los Estados poseedores de armas nucleares y sus aliados, no sirve para crear una práctica jurídica en la que se pueda fundamentar el principio de una costumbre internacional. Se podría llegar a decir que estamos en presencia de un anti-derecho, si pensamos en los efectos que ha tenido respecto de la Carta de las Naciones Unidas.

Yo no quiero ir tan lejos, pero tampoco puedo dejar de constatar que ha sido en virtud de la doctrina de la disuasión que se ha reducido el alcance revolucionario del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta mientras, paralelamente, se ampliaba el alcance del Artículo 51, que constituía su contraparte con arreglo a una lógica tradicional, al formarse en torno a esa norma toda una serie de estructuras convencionales, como demuestran los dos sistemas que rigen la Alianza Atlántica, por una parte, y, mientras duró, el Pacto de Varsovia. Estos sistemas se rigen sin lugar a dudas por normas jurídicas, pero obedecen a una idea que dimana esencialmente de una constatación política, y no jurídica; la constatación del hecho de que el Consejo de Seguridad no puede funcionar frente a un gran conflicto, como sería, llegado el caso, el tipo de conflicto a que se refiere la presente opinión.

Así, el elemento de la disuasión que se ha agregado ha hecho crecer la brecha que separa el párrafo 4 del Artículo 2 del Artículo 51 y ello ha entrañado la necesidad de tender un puente para salvarla, utilizando los materiales que tenemos, a saber, el artículo VI del Tratado sobre la no proliferación nuclear.

Me caben serias dudas acerca de si la Corte comparte realmente este razonamiento, ya que los términos muy generales en que ha optado por referirse a la disuasión no permiten comprender si esa es realmente su opinión. Claro que tampoco permite excluirlo. En todo caso, las opiniones separadas o disidentes que se adjunten a la opinión (no veo mayor diferencia entre unas y otras) ayudarán a aclarar este (y otros) puntos.

De todas maneras, esta es la razón fundamental por lo cual la opinión de la Corte se ve obligada a enunciar, en su parte final, elementos fundados en una cláusula de un tratado que, al no tener carácter universal, no debería por lógica haberse mencionado. Sin embargo, ello encuentra plena justificación en la situación en que nos encontramos, en la que el Tratado sobre la no proliferación aparece como único medio para llegar rápidamente a una solución que pueda prevenir consecuencias desastrosas.

*

* *

Como conclusión, creo que no existe aún una norma precisa y concreta que prohíba las armas atómicas y enuncie todas las consecuencias de esa prohibición.

Es evidente que en la situación política que imperaba entre 1945 y 1985 no habría podido configurarse una norma de esa índole. Sin embargo, diría que las

normas establecidas en los últimos 50 años, especialmente en materia de derecho humanitario de la guerra, son incompatibles con el desarrollo tecnológico de las armas nucleares. Cómo imaginarse, por ejemplo, que en un momento en que el derecho humanitario, parte esencial y cada vez más importante del derecho de la guerra (y desde hace poco) del de la paz, consagra toda una serie de principios acerca de la protección de la población civil o de la preservación del medio ambiente, ese mismo derecho internacional haya de seguir considerando lícita, por ejemplo, la utilización de la bomba de neutrones, que deja intacto el medio ambiente pero tiene una "leve" consecuencia, la aniquilación de la población. Poco importa entonces encontrar una norma concreta que se refiera a la bomba de neutrones, ya que ésta es automáticamente ilícita por el juego de la mayoría de las normas del derecho internacional.

No se trata de un fenómeno nuevo porque, en cada una de las etapas de su desarrollo y desde el principio de la era moderna, el derecho internacional, que básicamente es un derecho consuetudinario v, por lo tanto, de formación espontánea, ha pasado por situaciones en que la fuerza de ciertas normas impedía establecer o mantener normas en contrario.

Todo esto ha quedado penosamente confuso en la opinión de la Corte por el temor de analizar con valor la evolución en el tiempo de las resoluciones de la Asamblea General que, a partir de cierta época (los años sesenta aproximadamente), han hecho aparecer claras diferencias entre los Estados poseedores de armas nucleares (y sus aliados) y los Estados amenazados por la bomba.

Repito. El hecho de que una norma prohíba las armas nucleares haya comenzado a configurarse a principios de la existencia de las Naciones Unidas no obsta para que su desarrollo y, en consecuencia, el de su fuerza motriz, se hayan detenido en el momento en que las dos grandes Potencias, ambas poseedoras de armas nucleares, entraron en la guerra fría y establecieron todo un mecanismo, incluso convencional, centrado en el concepto de disuasión. Pero ello no ha hecho más que entorpecer la puesta en práctica de la prohibición (que necesariamente debe obtenerse mediante negociación) y la prohibición como tal, la "nuda" prohibición si me permiten expresarme así, ha subsistido y sigue surtiendo efecto, al menos en lo que atañe a la carga de la prueba, al hacer más difícil para las Potencias nucleares justificarse en el contexto de las múltiples aplicaciones de la teoría de la disuasión que, repito, no es una teoría jurídica.

En otras palabras, se precisa un instrumento jurídico (el acuerdo) para protegerse del peligro de una entidad, el arma nuclear que, en sí, no tiene nada de jurídica y no es posible en un caso determinado verificar si las soluciones previstas sirven o no. Para que fuese posible habría que detonar una bomba atómica y ¿qué sentido tendría entonces la verificación?

La Corte debería haber dejado constancia minuciosamente de este elemento de desequilibrio normativo entre las razones de los Estados poseedores de armas nucleares y las de los Estados que no las poseen y no hacerlo en la forma a veces contradictoria que se encuentra en la opinión consultiva.

(Firmado) L. FERRARI BRAVO

[Original: francés]

OPINIÓN SEPARADA DEL SR. GUILLAÛME

1. La opinión consultiva que ha emitido la Corte en este asunto ha sido objeto de serias reservas por parte de muchos de mis colegas y recibirá probablemente un concierto de críticas. Comparto algunas de esas reservas, pero no me sumaré a ese concierto.

Es cierto que la opinión adolece de numerosas imperfecciones. Se refiere de manera demasiado rápida a complejas cuestiones que deberían haber sido objeto de un tratamiento más completo y equilibrado en lo que respecta, por ejemplo, al derecho del medio ambiente, el derecho de las represalias, el derecho humanitario o el de neutralidad. En estas diversas materias, la Corte, al indagar cuál era la costumbre vigente, no ha tenido suficientemente en cuenta, diga lo que diga, la práctica y la opinio iuris de los Estados y en demasiados casos se ha dejado llevar por consideraciones que corresponden más al derecho natural que al positivo, a la lex ferenda que a la lex lata. Ha dado además un alcance excesivo a las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Esta confusión, agravada por el párrafo 104 de la opinión, no deja de tener sus consecuencias en el texto de la parte dispositiva. Por lo demás, en la parte dispositiva, al dictaminar ultra petita en lo que toca al desarme nuclear, en algunos aspectos sólo responde de manera tácita a la pregunta formulada. En esas circunstancias, sería fácil criticar duramente a la Corte. Yo, por mi parte, no lo haré, porque esta situación poco satisfactoria tiene su origen más profundo no tanto en los errores del magistrado como en el derecho aplicable.

2. En esas circunstancias, la Corte podría haber optado por no dar curso a la solicitud de opinión consultiva. Esta solución habría encontrado cierta justificación en las circunstancias mismas de la solicitud. En efecto, la opinión solicitada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (al igual por lo demás que la solicitada por la Organización Mundial de la Salud) tiene su origen en una iniciativa de una asociación llamada International Association of lawyers against nuclear arms (IALANA) que, de consuno con otras agrupaciones, emprendió en 1992 un proyecto titulado World Court Project encaminado a que la Corte proclamara la ilicitud del empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares. Estas asociaciones desplegaron intensa actividad para que se sometieran a votación las resoluciones por las que se pedía la opinión de la Corte y hacer que comparecieran ante ésta los Estados hostiles a las armas nucleares. Además, la Corte y los magistrados recibieron millones de cartas propiciadas por este grupo y en las que se hacía un llamamiento tanto a su conciencia como a la conciencia pública.

Estoy seguro de que la presión ejercida no ha tenido influencia en las deliberaciones de la Corte pero me he preguntado si, en esas condiciones, de todas maneras cabe considerar que las solicitudes de opinión proceden de las organizaciones que las aprobaron o si, aplicando la teoría de la apariencia, la Corte no debería haberlas declarado inadmisibles. Me atrevo de todas maneras a esperar que los gobiernos y las organizaciones intergubernamentales conserven aún una autonomía de decisión suficiente respecto de los poderosos grupos de presión que les acosan, con el apoyo de los medios de comunicación en masa. Constató además que ninguno de los Estados que compareció ante la Corte ha

/...

formulado una excepción de esa índole y, en estas circunstancias, no creo que tenga que hacerlo yo de oficio.

3. En el fondo, comparto la opinión expresada por la Corte en el párrafo 2 B de la parte dispositiva de que no existe en derecho consuetudinario ni en derecho convencional una prohibición general o universal de recurrir a las armas nucleares como tales. En cambio, no veo por qué en el párrafo 2 A la Corte consideró necesario precisar que ni el derecho internacional consuetudinario ni el derecho internacional convencional autorizan concretamente el empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares. Esta constatación en sí no es inexacta pero no reviste interés alguno para la Asamblea General de las Naciones Unidas porque, según la propia opinión de la Corte, "la ilegitimidad del empleo de ciertas armas en sí no se deriva de una ausencia de autorización sino que, por el contrario, está formulada en términos de prohibición" (párr. 52).

4. En cambio, estoy totalmente de acuerdo con el párrafo 2 C de la parte dispositiva, porque es evidente que los Estados únicamente pueden recurrir a las armas nucleares, o a cualquier otra, en las condiciones establecidas por la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, su Artículo 19 relativo al derecho de legítima defensa individual o colectiva. Por lo demás, los Estados están obligados a respetar las normas convencionales que rigen concretamente la utilización de las armas nucleares y que se reseñan en los párrafos 58 y 59 de la opinión.

*

5. La aplicación del derecho consuetudinario humanitario a las armas nucleares planteaba cuestiones mucho más delicadas.

Como señaló la Corte, el derecho consuetudinario relativo a las operaciones militares se encuentra básicamente en el anexo del Cuarto Convenio de La Haya, de 18 de octubre de 1907, relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre. Habida cuenta de la índole y de la antigüedad de esas disposiciones, cabría preguntarse si eran aplicables al empleo de armas nucleares y, especialmente, a la amenaza de su empleo. A este último respecto me parece que caben dudas muy considerables. Sin embargo, ningún Estado poseedor de armas nucleares lo sostuvo en la Corte y la inmensa mayoría, prácticamente la unanimidad, de los demás Estados estaba de acuerdo. La Corte no ha podido hacer otra cosa que tomar nota de ese consenso en el párrafo 22 de su opinión.

La Corte ha resumido estas normas consuetudinarias en el párrafo 78 de la opinión diciendo que los Estados no tienen una opción ilimitada en cuanto a las armas que utilizan; no pueden utilizar armas que no permitan distinguir entre blancos civiles y blancos militares y les está prohibido utilizar armas que puedan causar males innecesarios a los combatientes.

Estoy absolutamente de acuerdo con este análisis, pero me parece que habría sido necesario completarlo con una referencia a las normas relativas a los daños incidentales que un ataque contra objetivos militares legítimos puede causar a la población civil. Estas normas se encuentran en los artículos 23 g), 25 y 27 del anexo del Cuarto Convenio de La Haya y fueron objeto de una nueva redacción en el proyecto de convención sobre la reglamentación de la guerra aérea (1923) y en la resolución aprobada por la Asamblea General de la Sociedad de las Naciones

/...

el 30 de septiembre de 1938. Fueron mencionadas expresamente también por el Tribunal militar estadounidense de Nuremberg en la causa No. 47 y la Asamblea General de las Naciones Unidas las reafirmó en su resolución 2444 (XXXII), de 19 de diciembre de 1968, relativa al respeto de los derechos humanos en los conflictos armados y aprobada por unanimidad, según la cual:

"Está prohibido lanzar ataques contra la población civil como tal; en todo momento ha de distinguirse entre las personas que participan en las hostilidades y los miembros de la población civil, a fin de que se respete a estos últimos lo más posible."

Por último, esas normas se encuentran en el artículo 51 del Protocolo Adicional No. 1 de 1977 de los Convenios de Ginebra, en que se condenan los ataques contra los objetivos militares cuando se ha de prever que causarán incidentalmente daños "excesivos" a la población civil.

Así, pues, el derecho consuetudinario humanitario enuncia una sola prohibición absoluta, la de las armas que no pueden distinguir entre blancos civiles y militares y es evidente que las armas nucleares no están necesariamente comprendidas en esta categoría.

A mayor ahondamiento, este derecho entraña comparaciones. Los daños incidentales causados a la población civil no deben ser excesivos con respecto a "la ventaja militar prevista". Los sufrimientos causados a los combatientes no deben ser "superfluos", o sea, para retomar la expresión empleada por la Corte, "mayores que los inevitables para conseguir objetivos militares legítimos" (párr. 78).

Las armas nucleares no pueden calificarse de ilícitas simplemente por los sufrimientos que pueden causar. Hay que comparar esos sufrimientos con las "ventajas militares previstas" o a los "objetivos militares".

En cuanto a las armas nucleares de destrucción masiva, es evidente que los daños que pueden causar son tales que su utilización podría preverse únicamente en casos extremos.

6. El mismo razonamiento es válido en cuanto al derecho de la neutralidad, pues en numerosas ocasiones se ha sostenido o reconocido que la licitud de los actos realizados por beligerantes en territorio neutral depende de la "necesidad militar", como constató el Magistrado Ago a la vista de la abundante práctica consignada en la adición a su octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados, presentado a la Comisión de Derecho Internacional (párr. 50 y nota 101).

7. A mi juicio, la Corte habría tenido que responder a este respecto precisando que el empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares únicamente es compatible con el derecho aplicable a los conflictos armados en ciertos casos extremos. La Corte prefirió, en el párrafo 2 E de la parte dispositiva, precisar que ese empleo o la amenaza de ese empleo estaban prohibidos en general. Esta fórmula carece de precisión, pero no por ello da a entender que el empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares no estén prohibidos "en todas las circunstancias" por el derecho aplicable a los conflictos armados, tal como la Corte destacó por lo demás en el párrafo 95 de la opinión.

8. La Corte agregó en el párrafo 2 E que:

"Habida cuenta de la situación actual del derecho internacional y de los elementos de hecho de que dispone ... no puede pronunciarse definitivamente sobre si el empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremadas de legítima defensa en que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado".

Tampoco esta fórmula es absolutamente satisfactoria y me parece necesario aclararla un poco.

Ninguno de los Estados que compareció ante la Corte se preguntó cuál era la relación entre el derecho de legítima defensa reconocido en el Artículo 51 de la Carta y los principios y normas de derecho aplicables en los conflictos armados. Todos razonaron como si las normas de los dos tipos fuesen independientes, en otras palabras, como si el ius ad bellum y el ius in bello constituyesen dos entidades independientes la una de la otra. Podría parecer que esa interpretación hubiese tentado incluso a la Corte en algunas partes de su opinión. Ahora bien, cabe preguntarse si efectivamente es así, o si, por el contrario, las normas del ius ad bellum no permiten aclarar las del ius in bello.

El derecho de legítima defensa proclamado por la Carta de las Naciones Unidas está calificado por el derecho natural. El Artículo 51 de la Carta añade que ninguna disposición de ella debe entenderse en perjuicio del derecho natural. *A fortiori*, ocurre lo mismo tanto con el derecho consuetudinario como con el convencional. Es fácil explicar esta solución; en efecto, todo ordenamiento jurídico, cualquier que sea su índole, no puede privar a uno de sus subditos del derecho de defender su propia existencia para salvaguardar sus intereses vitales. El derecho internacional no puede privar a un Estado del derecho a recurrir a las armas nucleares si constituyen el último medio para el cual puede asegurar su supervivencia. En tal hipótesis, ese Estado tendría una especie de "excusa absolutoria" similar a la que existe en todos los sistemas de derecho penal.

La Corte determinó bien este problema al precisar en el párrafo 96 de la opinión que no puede:

"perder de vista el derecho fundamental de todo Estado a su supervivencia y, por lo tanto, su derecho a recurrir a la legítima defensa de conformidad con el Artículo 51 de la Carta en el caso de que su supervivencia se vea amenazada."

Desde este punto de vista, la Corte recordó en el mismo párrafo que "una parte considerable de la comunidad internacional había practicado durante años" la denominada "política de disuasión". Destacó además que los Estados que se adherían a esa doctrina y a esa práctica

"en concierto con otros Estados, se han reservado el derecho a utilizar esas armas en el ejercicio de su derecho de legítima defensa contra una agresión armada que pusiera en peligro sus intereses de seguridad vitales." (párr. 66)

Además, tomó nota de

"las reservas formuladas por algunos Estados que poseen armas nucleares a los compromisos que habían contraído, particularmente con arreglo a los

protocolos de los Tratados de Tlatelolco y Rarotonga y a las declaraciones que formularon en relación con la prórroga del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares de no recurrir a la utilización de esas armas." (párr. 96)

La Corte señaló por último que las reservas formuladas a esos protocolos y las enunciadas en las declaraciones no hablan "suscitado objeción alguna de las partes en los Tratados de Tlatelolco o Rarotonga ni en el Consejo de Seguridad" (párr. 62). Destacó además que el Consejo había tomado nota con satisfacción de las declaraciones formuladas en esos términos (párr. 45).

9. En esas condiciones, a mi juicio la Corte debía haber profundizado en su razonamiento y reconocido expresamente la licitud de la disuasión para la defensa de intereses vitales de los Estados. No lo hizo expresamente y por ello no puedo estar de acuerdo con el párrafo 2 E de la parte dispositiva. Lo hizo sin embargo, tácitamente y por ello puedo adjuntar a la presente opinión una opinión separada y no disidente.

En el párrafo 2 E de la parte dispositiva, la Corte dictaminó que no podían en estas circunstancias extremas pronunciarse definitivamente sobre la licitud o ilicitud respecto de las armas nucleares. En otras palabras, señaló que, en tales circunstancias, el derecho no servía de guía para los Estados. Ahora bien, si el derecho no dice nada a este respecto, los Estados quedan en libertad de actuar como quieran.

10. El derecho internacional se basa en el principio de la soberanía de los Estados y, como consecuencia, dimana del consentimiento de estos. En otras palabras, como también señalara el Tribunal Permanente "el derecho internacional rige las relaciones entre Estados independientes. Por lo tanto, las normas jurídicas que obligan a los Estados dimanar de la voluntad de éstos" (Lotus, fallo No. 9, 1927, C.P.J.I., serie A, No. 10, párr. 18).

La propia Corte tuvo ocasión de enunciar en diversas formas las consecuencias de este principio en el diferendo entre Nicaragua y los Estados Unidos. La Corte recordó que "el principio de la soberanía de los Estados permite que cada uno de ellos decida libremente" en cuanto a la elección "del sistema político, económico, social y cultural y de conducción de las relaciones exteriores" (Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, C.I.J. Recueil, 1986, pág. 108). Sobre todo, indicó que no existen en derecho internacional normas, salvo las que acepte el Estado interesado mediante un tratado o de otra forma, que impongan al Estado soberano la obligación de limitar sus armamentos y este principio es válido para todos los Estados sin distinción" (Ibid, pág. 135).

11. La práctica uniforme de los Estados va en esa dirección en lo que toca al ius in bello. Todos los tratados relativos a ciertos tipos de armas expresan una prohibición. Así ocurre, por ejemplo, en el caso del Tratado para la proscripción de las armas nucleares en América Latina (1967), en el de la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (1975), el de la Convención sobre prohibiciones y restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indeterminados o en el de la Convención sobre la prohibición del desarrollo, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (1993). Igualmente, el proyecto de

convención que figura como anexo de las resoluciones 45/59 y 46/37 de la Asamblea General de las Naciones Unidas tener por objeto, como indica su título, "la prohibición de la utilización de armas nucleares".

Se observará además que el único fallo de un tribunal nacional que se haya pronunciado sobre esta cuestión, que yo sepa, lo ha hecho en el mismo sentido. En efecto, el Tribunal de Distrito de Tokio, en un fallo de fecha 7 de diciembre de 1963, declaró que "es efectivo que el empleo de un arma nuclear es lícito mientras el derecho internacional no lo prohíba" {Japanese Annual of International Law, 1964, No. 8, pág. 235}.

Además, y como ya se ha recordado, la propia Corte ha reconocido en la opinión de autos el carácter consuetudinario de ese principio al precisar que "la ilegitimidad del uso de ciertas armas en sí no se deriva de una ausencia de autorización sino, que, por el contrario, está formulada en términos de prohibición" (párr. 52).

12. En estas circunstancias, del párrafo 2 E de la opinión de la Corte se desprende, tácita pero necesariamente, que los Estados pueden recurrir "a la amenaza del empleo de las armas nucleares en circunstancias extremadas de legítima defensa, en que corriese peligro su propia supervivencia". Ese ha sido siempre el fundamento de la política de disuasión, cuya licitud se ve así reconocida.

13. Naturalmente, las armas nucleares pueden surtir consecuencias catastróficas y por ello se comprende que la Corte haya considerado necesario destacar en el párrafo 99 de su opinión la importancia del artículo VI del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares.

Estoy totalmente de acuerdo con esta mención y espero vivamente que las negociaciones previstas en ese texto, tanto respecto del desarme nuclear como del desarme convencional, se vean coronadas por el éxito. En todo caso, habría preferido que la Corte se limitase a referirse a la cuestión en los considerandos de su opinión. En efecto, temo que la Corte, al aprobar el párrafo 2 F de la parte dispositiva con un texto que trata de resumir las obligaciones de los Estados Partes en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares sin llegar a hacerlo claramente haya fallado ultra petita.

14. Para concluir, querría reafirmar solemnemente que la función del juez no consiste en hacer de legislador. En los dos últimos decenios, la comunidad internacional ha avanzado claramente hacia la prohibición de las armas nucleares. Sin embargo, este proceso no ha terminado y la Corte debe limitarse a constatar el estado de derecho y no puede hacer valer su apreciación por encima de la voluntad de los Estados soberanos. La grandeza del juez consiste en no exceder de su función y ejercerla con toda humildad, cualesquiera que sean los debates internos en los planos religioso, filosófico o moral.

(Firmado) Gilbert GUILLAUME

[Original: francés]

OPINIÓN SEPARADA DEL SR. RANJEVA

He votado a favor de la parte dispositiva en su conjunto y, en particular, el primer apartado del párrafo E, en la medida en que la opinión de autos confirma el principio de la ilicitud del empleo ó de la amenaza del empleo de armas nucleares, por más que, a mi juicio, el segundo apartado del mismo párrafo E plantea problemas de interpretación que pueden redundar en desmedro de la claridad de la norma jurídica.

*

**

En virtud de la presente opinión consultiva, solicitada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, queda afirmada por primera vez en la jurisprudencia internacional la ilicitud del empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares. Si el primer apartado del párrafo E de la segunda parte del texto dispositivo hubiese tenido una redacción diferente, se habrían suscitado dudas acerca del fundamento de este principio del derecho positivo, ya que una comparación superficial entre los párrafos A y B de la parte dispositiva habría podido inducir a error. De haber considerado equivalente las constataciones que se hacen en esos párrafos, habría quedado excluida la respuesta, afirmativa o negativa, a la pregunta formulada en la resolución de la Asamblea. La verdadera respuesta de la Corte se encuentra en el párrafo E, y más exactamente en el apartado primero, mientras que el párrafo 104 de los considerandos, por su parte consigna que los considerandos y la parte dispositiva deben ser interpretados en el sentido de que el párrafo E no puede ser separado de los párrafos A, C, D y F. A mi juicio, el adverbio "generalmente" quiere decir en la mayoría de las hipótesis y de la doctrina. Su función gramatical consiste en determinar claramente la afirmación hecha en el miembro principal. Al emplear un adverbio de afirmación, la opinión descarta cualquier otra interpretación que hubiese dimanado del empleo de un adverbio de duda, como "aparentemente" o "quizás". Por último, el tiempo condicional del verbo "ser" empleado para enunciar la afirmación expresa dos ideas; por una parte, una probabilidad, esto es, un carácter cuya calificación puede afirmarse con mayor facilidad que otro y, por la otra, un supuesto para el futuro cuyo acaecimiento no se desea en modo alguno. Estos considerandos, que tienen como corolario la ilicitud del empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares, no hacen más que, a mi juicio, confirmar el estado del derecho positivo.

La ausencia de una referencia directa y concreta a las armas nucleares no puede hacerse valer para justificar la licitud, aunque sea indirecta, del empleo o la amenaza del empleo de esas armas. El texto del primer apartado del párrafo E de la parte dispositiva excluye cualquier restricción al principio general de la ilicitud. En el supuesto de que se quisiera dar un valor dubitativo al adverbio "generalmente", una conclusión que limitara el alcance de la ilicitud no resistiría un análisis jurídico. Si se toma el adverbio "generalmente" como adverbio de cantidad, el significado natural de la expresión excluye cualquier posibilidad de inferir una idea de licitud, contraria al principio fundamental enunciado. La utilización del adverbio "generalmente" se

/...

explica únicamente en razón de que la Corte está instando indirectamente a los destinatarios de la opinión a que extraigan sus propias consecuencias de los análisis que se hacen en los párrafos 70, 71 y 72 de los considerandos. En otras palabras, hay que consolidar el derecho vigente que ha enunciado la opinión. La falta de xana mención concreta de las armas nucleares suscita consideraciones de índole diplomática, técnica o política, más que jurídica y, para confirmar esta interpretación, parecería también útil analizar en derecho la práctica internacional.

Hay que tener en cuenta tres elementos. En primer lugar, después de 1945 no se han repetido los precedentes de Hiroshima y Nagasaki, por más que se haya cernido sobre la humanidad la sombra de la amenaza nuclear; en cambio los efectos de la energía nuclear en general, y las armas nucleares en particular, son tales que ponen en entredicho los fundamentos mismos del derecho humanitario y de los conflictos armados. En segundo lugar, no se ha formulado declaración favorable alguna a la licitud en principio de las armas nucleares; no parece necesario insistir en que los Estados poseedores de armas nucleares tratan de explicar las razones de su actitud a título de justificación de una excepción a un principio aceptado como principio de derecho, en este caso, la ilicitud del empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares. En tercer lugar, y por último, la actitud constante de la Asamblea General, que ha sido reservada e incluso hostil respecto de las armas nucleares, y el continuo desarrollo de la conciencia sobre la cuestión nuclear han culminado en la elaboración de una estructura jurídica cada vez más estricta para el régimen de esas armas, cuyo control está cada vez menos librado a la facultad discrecional de quienes las poseen hasta llegar a situaciones jurídicas de prohibición.

De esta reseña de los elementos de hecho se desprenden dos observaciones. En primer lugar, el principio de la ilicitud del empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares se ha configurado de manera gradual en el derecho positivo. La reseña exhaustiva de los instrumentos jurídicos y las actas correspondientes indica que el principio que apunta a consagrar la ilicitud de las armas nucleares ha surtido un efecto catalizador. El estudio del derecho positivo no puede limitarse a constatar pura y simplemente el estado contemporáneo del derecho, como destacó el Tribunal Permanente Internacional de Justicia en la causa relativa a los decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos, y la cuestión de la conformidad con el derecho internacional depende de la evolución de las ideas y de las relaciones internacionales. Por razones de pragmatismo jurídico hay que aceptar que la conciencia jurídica de las cuestiones nucleares depende de la evolución de las ideas y del conocimiento, pero en todo caso hay un elemento que subsiste, el desarme nuclear como objetivo final. Cabe observar el mismo efecto catalizador en la evolución del derecho de la Carta de las Naciones Unidas. Los casos del derecho de la descolonización, así como los relativos al párrafo 4 del Artículo 2, indican que inicialmente era una herejía jurídica considerar que los principios correspondientes eran parte del ámbito de los prolegómenos jurídicos; cabe preguntarse si se pueden sostener esas mismas tesis en nuestros días. Cabe también preguntarse si se está desarrollando un orden ecológico y ambiental que se superpondría al orden nuclear y que está en vías de elaboración en el marco del derecho positivo. En cuanto al empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares, no cabe duda alguna sobre su ilicitud. Sin embargo, para algunos Estados la dificultad dimana de la falta de una consolidación convencional de este principio, cuestión planteada por la segunda observación.

j

En segundo lugar, el silencio en cuanto al caso concreto de las armas nucleares en el régimen jurídico de la utilización de las armas ¿excluye la ilicitud según el derecho consuetudinario del empleo o la amenaza del empleo de esas armas? No cabe duda alguna de que, en una cuestión tan importante para la paz y el futuro de la humanidad, la convención sigue siendo el mejor de los métodos para llegar al desarme general, y, en particular, el desarme nuclear. Sin embargo, el consensualismo característico del derecho internacional no podría limitarse a una técnica de ingeniería contractual y a oficializar las normas de derecho internacional mediante el voto de la mayoría. El derecho de las armas nucleares representa una de las ramas del derecho internacional que no se puede enfocar sin un mínimo de exigencias éticas que expresen los valores compartidos por los miembros de la comunidad en su conjunto. La supervivencia de la humanidad y de la civilización es uno de esos valores. No se trata de reemplazar el orden jurídico del derecho positivo por un orden moral en nombre de un orden superior o revelado. Las exigencias morales no son fuentes directas y positivas de normas ni de obligaciones, sino que constituyen un marco en el cual se interpretan y discuten las técnicas y las normas de ingeniería del derecho convencional y del consuetudinario. En las grandes causas de la humanidad, las exigencias del derecho positivo y de la ética son iguales y, en razón de sus efectos destructores, las armas nucleares corresponden a una de esas exigencias. En esas circunstancias, ¿la ilicitud dimana del opinio iuris? Frente a esta pregunta, la Corte ha respondido en términos que algunos considerarían dubitativos en circunstancias en que, a mi juicio, no cabe duda de que la respuesta debía ser afirmativa.

Tradicionalmente, en el ámbito de la investigación del opinio iuris, cuando se trata de examinar las relaciones entre el hecho y el derecho, el primero precede al segundo; la aplicación de la norma jurídica se determina mediante el análisis de los hechos. Ahora bien, hay que preguntarse si puede ocurrir lo mismo en este procedimiento consultivo; en efecto, se ha pedido a la Corte que se remonte a los primeros principios que sirven de base para la norma jurídica (véase la segunda parte *infra*) antes de decir si la interpretación conjunta de las normas aplicables conduce a la licitud o ilicitud del empleo o la amenaza del empleo de las armas nucleares. En otras palabras, la Corte se encuentra frente a una hipótesis en que la norma jurídica parece preceder a los hechos. La Corte adopta, acertadamente, una actitud muy rigurosa y exigente cuando se trata de sancionar la consolidación jurídica de una práctica a título de opinio iuris. Sin embargo, la referencia cada vez más frecuente que hace la Corte a los principios enunciados en la Carta, las resoluciones y documentos de organizaciones internacionales ¿no está indicando una solución de continuidad? El reconocimiento del carácter consuetudinario de los principios enunciados en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta en el asunto relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua constituye, en efecto, una importante ruptura con la práctica anterior. La proclamación reiterada de principios, hasta ese momento considerados de índole únicamente moral pero de importancia tal que el carácter irreversible de su aceptación parece definitivo ¿no es constitutiva de una práctica constante y uniforme? Sobre la base de estas consideraciones concretas se han incorporado al derecho consuetudinario principios tan importantes como la prohibición del genocidio, el derecho a la descolonización, la prohibición del empleo de la fuerza y la teoría de las competencias implícitas. En el asunto que nos ocupa, la convicción afirmada de manera constante y jamás desmentida por los hechos iniciales indica que el

principio de la ilicitud del empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares forma parte del derecho consuetudinario.

*

El apartado segundo del mismo párrafo E puede llevar a preguntarse si la Corte no ha sufrido la tentación de soslayar una respuesta clara a la pregunta fundamental que le hizo la Asamblea General. Una parte importante de los considerandos de la opinión apunta a determinar que el derecho internacional no prohibirla el empleo o la amenaza del empleo de las armas nucleares. Se plantea entonces el problema de saber si, al atender la solicitud de la Asamblea General, la Corte se ha basado en el postulado de que el principio de la licitud y el de la ilicitud merecen el mismo trato. A mi juicio, esta dificultad nos lleva a examinar sucesivamente el objeto fundamental de la pregunta formulada y, luego, el objeto del apartado segundo del párrafo E.

El sentido natural de las palabras empleadas en la resolución de la Asamblea General define el objeto mismo de la pregunta. ¿Autoriza el derecho internacional el empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares en cualquier circunstancia? Al hablar simultáneamente y sobre todo en el mismo plano "de la licitud o la ilicitud", ¿responde fielmente la opinión a la pregunta formulada?

A mi juicio, la estructura de la pregunta entraña un análisis de conjunto del derecho que rige las armas nucleares en el marco de los límites fijados por el objeto de la pregunta.

La estructura de la pregunta de la Asamblea General ha suscitado dificultades para varias delegaciones en razón, por una parte, de su carácter totalmente nuevo y, por la otra, del alcance de la primera parte del texto dispositivo de la opinión.

En primer lugar, el carácter jurídico de la pregunta justifica sobradamente la respuesta positiva que ha dado la Corte a la solicitud de la Asamblea General. Sin embargo, la respuesta de la Corte parecerá enigmática o incluso incoherente si la Corte no da primero su interpretación. Habría que haber desarrollado en la opinión el sentido de la interpretación tácita que se hace del concepto de "pregunta jurídica". En los trabajos preparatorios de la Conferencia de San Francisco no se encuentran mayores antecedentes acerca de los intentos de definir este concepto. Cabe entonces considerar que su sentido correspondería a elementos cercanos a la conciencia o considerar ese silencio como la expresión de la incomodidad del jurista frente al concepto de "cuestión".

El contexto de este procedimiento consultivo es único en la historia de la jurisdicción universal. La solicitud de la Asamblea General está desprovista de vínculo causal con un conflicto internacional o con una diferencia surgida de la interpretación discrepante de una norma escrita y determinada. El cometido de la Corte es complejo en este caso. La conclusión definitiva, o lo que en el teatro se llamaría el desenlace, consiste en pronunciarse sobre la conformidad o falta de conformidad de un acto, una decisión o un hecho con una norma superior;

/...

ahora bien, a esos efectos la Corte debe constatar primero la existencia o inexistencia de disposiciones de carácter general y objetivo (párrafos A y B) y justificar la índole jurídica de los principios determinados y enunciados. En otras palabras, o como diría Levi Strauss, la Asamblea General pide a la Corte que se haga preguntas que otros no se hacen. La dificultad intrínseca de este tipo de pregunta se refiere al ámbito de la respuesta que la Corte quiera dar tanto en los considerandos como en la parte dispositiva (véase el párr. 104). En este caso, como ya se ha mencionado, la Corte ha optado por un tratamiento igualitario de los distintos aspectos del problema de la licitud y la ilicitud, prestando especial atención a la cuestión de la inexistencia de una prohibición.

En la resolución 49/75 no se solicita literalmente una opinión jurídica sobre la ilicitud ni sobre la prohibición del empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares. La Asamblea General invita a la Corte a remontarse a los primeros principios y a las normas más generales que expliquen o contradigan la interpretación según la cual, de no haber normas aceptadas como tales y que prohíban esos actos, la regla sería la facultad discrecional. Evidentemente se han planteado críticas por la estructura de la pregunta. El análisis de los argumentos que se han empleado para sostener que la pregunta está mal formulada se basa en dos razones principales; en primer lugar, el carácter evidente o incluso absurdo de la pregunta porque la respuesta no deja duda alguna: no hay en derecho internacional una norma que autorice el empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares; en segundo lugar, una cuestión de esa índole, que estas críticas parecen considerar válida, podría llevar a conclusiones inadmisibles habida cuenta de que la Corte es un órgano judicial. La Corte, al considerar que procedía por una parte dar curso a la solicitud de la Asamblea General (última parte del texto dispositivo) y, por la otra, no modificar los términos de la pregunta (véase el párr. 20) a pesar de la leve diferencia entre las versiones en francés e inglés del texto, ha rechazado el sofisma del miedo a la innovación. Una pregunta de esa índole no constituye una impugnación ni una solicitud de modificación del derecho positivo; tampoco se pide a la Corte que se aparte de su función judicial porque:

"La Corte, en su calidad de órgano judicial internacional ... ha de constatar el derecho internacional y, en una cuestión relativa al artículo 53 del Estatuto, al igual que en cualquier otra, debe tener en cuenta de oficio todas las normas de derecho internacional que serían aplicables para la solución de la controversia. La Corte, cuya función consiste en determinar y aplicar el derecho en las circunstancias de cada caso, ha de establecer o demostrar las normas jurídicas ... y ello incumbe a su actuación judicial." (C.I.J. Recueil 1974, pág. 9, párr. 17, pág. 181, párr. 18.)

Estas consideraciones permiten comprender mejor el sentido del concepto de cuestión jurídica, así como el método aplicado por la Corte para responder a la pregunta de la Asamblea General. No se trata en efecto de una pregunta dirigida a la Corte y cuya respuesta estaría limitada a una alternativa.

Al referirse de manera exhaustiva a todos los aspectos del problema, la opinión da una vasta dimensión a la cuestión jurídica. Una cuestión representa un tema, una materia respecto de la cual falta certeza en el conocimiento de la norma aplicable. La incertidumbre emana de la abundancia de formulaciones

contradictorias que guardan relación con la cuestión sometida a la Corte. La Corte tiene que darles un orden determinando cuáles están revestidas de normatividad jurídica y explicando en relación con la opinio iuris cuál es la condición normativa de una u otra. Es evidente que la respuesta no puede evitar una formulación de carácter general.

En segundo lugar, la respuesta favorable a la solicitud de la Asamblea General, cuestión a que se refiere la primera parte del texto dispositivo, confirma la interpretación liberal que da la Corte al derecho de acceso al procedimiento consultivo de las organizaciones internacionales autorizadas. El caso de la solicitud de opinión formulada por la Organización Mundial de la Salud será, con toda probabilidad, singular e incluso extraordinario. En sí mismo, el objeto de la resolución 46/40 de la OMS no podía suscitar críticas porque cada organismo es juez de su propia competencia. Sin embargo, cuando la pregunta establece un vínculo de condicionalidad entre la respuesta, a la sazón eventual, de la Corte y el ejercicio de las funciones en el campo de la atención primaria de la salud, el organismo especializado introduce un vínculo de condicionalidad para reemplazar el vínculo causal previsto por la Carta, el Estatuto y los documentos correspondiente de esa misma organización. La posibilidad de separar el objeto de la cuestión de las funciones de la OMS no había permitido a la Corte, en razón de las normas de su propia competencia, ejercer su función consultiva. Esta referencia a la opinión de fecha de hoy no deja de tener interés. Es evidente que la mayoría de los Estados ha querido obtener de la Asamblea General la confirmación de una solicitud de opinión consultiva que adolecía de vicios cuya índole justificaba que la Corte no respondiera. En cuanto a la solicitud de la OMS, la Asamblea General ha reavivado el artículo 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones. Al no poder dictar una decisión conjunta por haber examinado en forma individual cada una de las dos solicitudes, la Corte confirmó la gran extensión del posible ámbito para la petición de opiniones consultivas que reconocía a la Asamblea General. De todas maneras, los límites del acceso al procedimiento consultivo quedan trazados por la índole jurídica del objeto de la pregunta formulada. No queda afectada en cambio la jurisprudencia establecida según la cual la solicitud que apunte a obtener por vía consultiva una modificación del derecho positivo constituye una cuestión política.

Las condiciones en las cuales la Corte ha cumplido su cometido la dejan expuesta a críticas que los profesionales del derecho no dejarán de formular respecto de la opinión en su totalidad y respecto del apartado segundo de la parte dispositiva. La respuesta del órgano judicial se encuentra stricto sensu en el párrafo E, cuyo objeto está constituido por la declaración de conformidad o no conformidad con una norma preestablecida. En torno a esta conclusión judicial giran sin embargo varias afirmaciones cuyo objeto consiste en sacar a colación justificaciones o peticiones de principio que lleven a la conclusión real. Esta estructura circular de la parte dispositiva, sumada al texto del párrafo E, nos hace plantear el problema de la coherencia de la conclusión a que llega la Corte. Es deplorable que la Corte no haya aprovechado las dificultades que entraña la propia cuestión de las armas nucleares para cumplir de manera más clara su función judicial afirmando en forma más inequívoca el principio de la ilicitud mediante la división en dos párrafos distintos de los dos apartados del párrafo E. Una lectura rápida del texto de la opinión en su conjunto (considerandos y parte dispositiva) puede dejar la imagen de una Corte que se convierte en servicio de consulta jurídica. Sin embargo, no se había pedido a

la Corte que procediera a un análisis jurídico cuya utilización quedaría librada a la discreción de unos u otros. El ejercicio de la función consultiva impone a la Corte la obligación de enunciar el derecho que rige la cuestión planteada por el autor de la solicitud; el carácter facultativo que se asigna al alcance normativo de una opinión no tiene como consecuencia la desnaturalización de la función judicial de la Corte. El "dictum" de la Corte constituye la interpretación de la norma jurídica y la transgresión de la parte dispositiva equivale a un incumplimiento de la obligación de respetar el derecho. A diferencia de un procedimiento contencioso, que se refiere a un conflicto relacionado con derechos objetivos, la enunciación del derecho en el procedimiento consultivo puede no limitarse necesariamente a la alternativa autorizado/prohibido; el derecho positivo, por complejo que sea, debe estar enunciado claramente, atributo que no se encuentra en el segundo apartado del párrafo E.

*

El segundo apartado del párrafo E plantea, a mi juicio, dificultades de interpretación en razón del problema de su coherencia intrínseca con las normas mismas que rigen el derecho de los conflictos armados, por más que haya que insistir en su dimensión positiva: el principio por el cual el ejercicio de la legítima defensa está sometido al imperio del derecho.

El apartado E se refiere al derecho de los conflictos armados y el derecho humanitario, segunda disciplina aplicable al empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares (véase el párr. 34). El derecho de los conflictos armados dimana del derecho escrito y el llamado principio "de Martens" cumple una función residual.

De lo que antecede se desprenden dos consecuencias: en primer lugar, este derecho de los conflictos armados no puede interpretarse en el sentido de que tenga lagunas que justifiquen una actitud de reserva o, por lo menos, de duda; en segundo lugar, no se puede disociar el empleo de armas nucleares del derecho de los conflictos armados. Habida cuenta de que ningún Estado ha sostenido el principio de un régimen ajurídico, el empleo de estas armas debe ser conforme, desde el punto de vista del derecho, con las normas que rigen los conflictos de esa índole. En esas circunstancias, y respecto de una cuestión de tanta importancia, no puede caber duda acerca de la vigencia del principio de la ilicitud en el derecho de los conflictos armados.

El párrafo E de la parte dispositiva, al referirse al fondo del derecho de los conflictos armados, introduce en su segundo párrafo una posibilidad de excepción a las normas del derecho de los conflictos armados al mencionar un concepto hasta ese momento desconocido en esa rama del derecho internacional, "circunstancias extremadas de legítima defensa en que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado". Esta afirmación suscita dos críticas: en primer lugar, la Corte mezcla las normas de derecho internacional con las de la Carta de las Naciones Unidas, por una parte, y con el derecho de los conflictos armados y especialmente las normas del derecho humanitario, por la otra; el párrafo E se refiere únicamente al derecho de los conflictos armados y al

/...

derecho a la legítima defensa se encuentra en el párrafo C. En aras del rigor y la claridad y al no haberse incluido un párrafo E bis separado del párrafo E, era preciso asociar el concepto "circunstancias extremadas de legítima defensa" al problema más general de la legítima defensa, a que se refiere el párrafo C. Éste comprende todas las hipótesis relativas al derecho del empleo de la fuerza mediante una remisión a las disposiciones de la Carta (Artículos 2, 4 y 51). A priori, nada obsta a una interpretación en que se dé primacía a las normas de la legítima defensa, incluida la legítima defensa nuclear,; por sobre las normas del derecho humanitario, cuestión que, como consecuencia, ;suscita la segunda crítica. En segundo lugar, la crítica se refiere a la acepción de este concepto de "circunstancias extremadas de legítima defensa en que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado". No cabe duda de que du acepción es la del sentido usual de los términos, pero esta observación no basta a los efectos de la calificación jurídica.

El problema principal que entraña la interpretación del apartado 2 del párrafo E se refiere al verdadero carácter de la excepción "legítima defensa extrema" en la aplicación del derecho humanitario y en el 'de los conflictos armados. Ni en la jurisprudencia de la Corte o cualquier ;otra jurisdicción ni en la doctrina se encuentra precedente alguno que confirmé la existencia de una distinción entre el caso general de aplicación de las norir;as del derecho de los conflictos armados y el caso excepcional en que una de lag partes beligerantes quede exonerada de las obligaciones que entrañan las norma;js de ese derecho.

Si ha de existir una norma de esa índole, únicamente puede ser inferida de la intención de los Estados autores de esos instrumentos y; partes en ellos. Se ha afirmado reiteradamente que en la negociación y la doncertación de las convenciones más importantes que rigen el derecho de los c'onflictos armados se había soslayado deliberadamente el caso de las armas nuclejares. En esas circunstancias, es difícil advertir cómo podrían los plenipotenciarios haber previsto excepciones de esa importancia a los principios q;ue rigen el derecho de los conflictos armados. Esos principios habían de aplicarse en todos los casos de conflicto sin tener particularmente en cuenta la condición de las partes en él, fuesen víctimas o agresores. Si se hubiese previsto autorizar una excepción, los autores de esos instrumentos podrían haberlo mencionado mediante la fijación de límites o excepciones a la aplicación cabal! de esos instrumentos.

La distinción que propone la Corte será de difícil aplicación y, a largo plazo, sólo servirá para hacer aún más complejo un problemk cuya solución en derecho ya es delicada. El Sr. O. Schachter ha preparado una reseña de las hipótesis en las cuales, sin que hubiera agresión, un Estado ha reivindicado el beneficio de la legítima defensa. Se trata de:

"1. El empleo de la fuerza para rescatar rehenes políticos cuando se creyera que corren un peligro inminente de muerte o lesión;

2. El empleo de la fuerza contra funcionarios o instalaciones de un Estado extranjero respecto del cual se creyera que presta apoyo a actos de terrorismo dirigidos contra nacionales del Estado que reivindica el derecho de legítima defensa;

3. El empleo de la fuerza contra tropas, aviones, buques o instalaciones de un Estado con una intención hostil declarada cuando se creyese que amenazan con un ataque inminente;

4. El empleo de la fuerza a título de represalia contra un gobierno o contra fuerzas militares a fin de disuadir de la reiteración de ataques contra el Estado que adopte esa medida;

5. El empleo de la fuerza contra un gobierno que haya proporcionado armamentos o apoyo técnico a insurgentes en un tercer Estado;

6. El empleo de la fuerza contra un gobierno que haya permitido que utilicen su territorio fuerzas militares de un tercer Estado que se considere una amenaza para el Estado que reivindica la legítima defensa;

7. El empleo de la fuerza a título de defensa colectiva (o contraintervención) contra un gobierno impuesto por fuerzas extranjeras y que hace frente a la resistencia militar en gran escala de muchos de los habitantes del país." (O. Schachter, "Self-defense over the rule of law", AJIL, 1989, pág. 271.)

Se plantea la cuestión de saber a qué tipo de hipótesis corresponde el caso de legítima defensa cuando esté en juego la supervivencia misma del Estado y que pueda justificar el recurso al arma suprema y la no aplicación de las normas del derecho humanitario y las que rigen en los conflictos armados. A esta pregunta no cabe más que una respuesta negativa; la obligación que tiene cada una de las partes beligerantes de respetar las normas del derecho humanitario aplicables a los conflictos armados no está limitada para nada en caso de legítima defensa y existe independientemente de la calidad de agresor o de víctima. Tampoco se ha presentado a la Corte prueba alguna de la existencia de un arma nuclear "limpia" y los Estados se limitan a afirmar que existe efectivamente un problema de compatibilidad entre la licitud del empleo de las armas nucleares y la normas del derecho humanitario. Estas críticas, a mi juicio, hacen que la excepción de "legítima defensa extrema" carezca de fundamento lógico y jurídico.

El respeto que me merece la Corte me lleva sin embargo a reconocer que el principal órgano judicial de las Naciones Unidas no ignoraba las críticas y las quejas que evidentemente harían los profesionales de los círculos jurídicos y judiciales. De todas maneras, a mi juicio, la estrecha relación que existe entre todos los elementos de la presente decisión hace necesario interpretar el segundo apartado del párrafo E a la luz del párrafo C de la parte dispositiva. Es preciso entonces constatar que, en última instancia, la Corte afirma que no es posible prever el ejercicio de la legítima defensa fuera del ámbito de la norma jurídica. Los párrafos C y E definen las restricciones jurídicas previas al ejercicio de este derecho en condiciones tales, en relación con los párrafos C, D y E, que la licitud de su aplicación es más que improbable en la práctica. El elemento más importante, en todo caso, se refiere a la ordenación de las garantías jurídicas. El párrafo E deja abierta en estas circunstancias extremas la cuestión de la licitud o la ilicitud y descarta así la posibilidad de establecer bloques predefinidos o prefijados de licitud o ilicitud. Sólo cabe prever una respuesta concreta a la luz de las condiciones fijadas en

los párrafos C y D. Hay que insistir en esta conclusión porque, si la Corte hubiese previsto una sola alternativa, la solución de la licitud indirecta, el apartado segundo dejaría reducido a la nada el objeto del primero. Al mantener dos vertientes se allana el camino para un debate sobre la licitud o ilicitud en relación con el derecho internacional, como ya afirmó el Tribunal de Nuremberg:

"Para que el derecho internacional se haga cumplir alguna vez habrá en última instancia que someter a una investigación o decisión los actos realizados aduciendo legítima defensa para que en realidad hayan sido ofensivos o de agresión." {O. Schachter, *ibíd.*, pág. 262.)

Esta interpretación complicada limita en definitiva el ejercicio unilateral de la legítima defensa. La Corte, al reservar su respuesta definitiva y, por lo tanto, de principio, se deja un ámbito de competencia posible que hasta ese momento era inconcebible en razón del juego del mecanismo combinado de la calificación unilateral y del derecho de veto. En todo caso, la claridad de los términos del dilema no llevó a la Corte hasta el punto de consagrar la primacía de la supervivencia del Estado por sobre la obligación de respetar las normas del derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados.

En conclusión, si los dos apartados del párrafo E hubiesen sido objeto de párrafos separados, habría votado sin duda alguna en favor del primer apartado y me habría abstenido, si las disposiciones del Estatuto y el Reglamento lo permitiesen, respecto del segundo. Como las dos disposiciones estaban juntas, y por razones de conciencia, he votado a favor de la opinión en su conjunto porque la parte esencial del derecho queda a salvo y porque la prohibición de las armas nucleares es de la responsabilidad de todos y cada uno de nosotros; la Corte aportó su modesta contribución en esta materia al interpelar a cada uno de los sujetos y de los agentes de la vida internacional respecto de los fundamentos de derecho. Me resta expresar el deseo de que jamás una jurisdicción tenga que fallar en los términos del apartado segundo del párrafo E.

(Firmado) Raymond RANJEVA

[Original: inglés]

OPINIÓN SEPARADA DEL MAGISTRADO FLEISCHHAUER

He votado a favor de todas las conclusiones de la Corte como se recoge en el párrafo 105 de la opinión consultiva, aunque estas conclusiones no den una respuesta clara y completa a la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General. Por su carácter inacabado e impreciso, las conclusiones de la Corte (y en particular el crítico apartado 2.E) reflejan más bien el terrible dilema que enfrentan las personas y las instituciones que tienen que tratar la cuestión de la legalidad o la ilegalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares en el derecho internacional. El derecho internacional está aún tratando de resolver, sin haber llegado todavía a una solución, la dicotomía existente entre el derecho internacional aplicable en los casos de conflicto armado y, en particular, las normas y principios de derecho humanitario, por una parte, con cuyos principios y normas el uso de las armas nucleares {como dice la Corte en el párrafo 95 de su opinión} no parece conciliable; y, por otra, el derecho inherente a la legítima defensa que todo Estado posee en razón de la igualdad soberana. Este derecho fundamental se vería seriamente restringido si un Estado, víctima de un ataque con armas nucleares, químicas o bacteriológicas o de otro tipo que planteara una amenaza mortal para su supervivencia tuviera totalmente prohibido el uso de armas nucleares como opción legal última para la legítima defensa individual o colectiva.

1. Para explicar mi opinión de forma más detallada, quiero empezar por decir que creo que la Corte tiene razón al argumentar que las normas y principios humanitarios son aplicables a las armas nucleares (párrafo 86), y llegar a la conclusión de que

"La amenaza o el empleo de las armas nucleares debe ser también compatible con los requisitos del derecho internacional aplicables a los conflictos armados, particularmente los principios y normas del derecho internacional humanitario ..." (Apartado 2.D de las Conclusiones)

Esto se debe al carácter intrínsecamente humanitario de esas normas y principios, a pesar que éstos evolucionaron en lo fundamental mucho antes de que se inventaran las armas nucleares. Esta conclusión tampoco se ve alterada por el hecho de que la Conferencia de Ginebra, que se celebraron tras la aparición en el ámbito internacional de las armas nucleares y donde se aprobaron los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados, así como el Protocolo I de 8 de junio de 1977 a estos Convenios, no se refirieran específicamente a las armas nucleares. Lo mismo cabe decir de otros principios del derecho aplicable en caso de conflicto armado, tales como el principio de neutralidad, que asimismo se desarrolló mucho antes de la aparición de las armas nucleares.

2. Las normas y principios de derecho humanitario aplicables en caso de conflicto armado son expresión, como señala la Corte en el párrafo 95, de la imperiosa "consideración de humanidad", que constituye la base del derecho internacional y que se espera que el derecho internacional apoye y defienda. Las normas y principios humanitarios recuerdan a los Estados que sea cual sea el armamento utilizado, pese a la lamentable inevitabilidad de las víctimas civiles en tiempo de guerra, los civiles nunca deben ser objeto de ataque. En cuanto a los combatientes, no deben utilizarse armas que causen un sufrimiento

innecesario. Del mismo modo, el respeto por la neutralidad de los Estados que no participan en un conflicto armado es un elemento clave en las relaciones ordenadas entre Estados. Las armas nucleares constituyen, de diversas formas, la negación de las consideraciones humanitarias que sirven de base al derecho aplicable en caso de conflicto armado, así como del principio de neutralidad. Las armas nucleares no pueden distinguir entre objetivos civiles y militares; causan un sufrimiento incommensurable, la radiación que liberan no puede respetar la integridad territorial de un Estado neutral.

Por tanto, coincido con la conclusión de la Corte que aparece en el primer párrafo del apartado 2.E de las Conclusiones, en el sentido de que:

"la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería generalmente contrario a las normas de derecho internacional aplicable a los conflictos armados, y particularmente a los principios y normas del derecho humanitario."

3. Como la Corte señala acertadamente, la respuesta a la cuestión planteada por la Asamblea General no se basa únicamente en la conclusión de que la amenaza o el empleo de armas nucleares sería contrario a las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados, y particularmente a los principios y normas del derecho humanitario. Al utilizar el término "generalmente" en el primer párrafo del apartado 2.E de las Conclusiones y al añadir el segundo párrafo a ese apartado, la Corte señala calificaciones que se aplican o pueden aplicarse a su conclusión sobre la imposibilidad de conciliar el uso de las armas nucleares y el derecho humanitario. El término "generalmente" limita la conclusión como tal; y de acuerdo con el segundo párrafo:

"habida cuenta de la situación actual del derecho internacional y de los elementos de hecho de que se dispone, la Corte no puede pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremadas de legítima defensa, en la que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado."

Dar por zanjada la cuestión con la simple declaración de que el recurso a las armas nucleares sería contrario al derecho internacional aplicable a los conflictos armados, y en particular a los principios y normas del derecho humanitario, implicaría dar prioridad al derecho aplicable en casos de conflicto armado y en particular al derecho humanitario, sobre el derecho inherente a la legítima defensa individual o colectiva que todo Estado posee en razón de su igualdad soberana y que se reconoce expresamente en el Artículo 51 de la Carta. En efecto, si un Estado es objeto de un ataque abierto por parte de otro Estado que supone una amenaza para la existencia misma del Estado atacado el recurso a la amenaza o al empleo de armas nucleares en legítima defensa individual (si el Estado objeto del ataque es un Estado poseedor de armas nucleares) o colectiva (si el Estado objeto del ataque es un Estado no poseedor de armas nucleares aliado con un Estado poseedor de armas nucleares) podría ser la última y única alternativa posible a la rendición para el Estado objeto del ataque. Esa situación se produciría en particular si el ataque se realiza utilizando armas nucleares, bacteriológicas o químicas. Es cierto que el derecho a la legítima defensa tal y como se recoge en el Artículo 51 de la Carta no especifica las armas (párrafo 39 de las Consideraciones de la opinión). No obstante, la denegación del recurso a la amenaza o al empleo de armas nucleares como opción legítima en cualquier circunstancia supondría una negación de la legítima

defensa en sí misma si dicho recurso fuese el último disponible para que el Estado atacado pudiera ejercer el derecho al que se refiere el Artículo 51 de la Carta.

Una conclusión que entrañara esa negación no habría sido por tanto, en mi opinión, una interpretación correcta del derecho; no existe una norma de derecho internacional según la cual uno de los principios en conflicto debería prevalecer sobre el otro. El hecho de que el Estado atacante actuara en contravención del derecho internacional no alteraría la situación. Ni tampoco el recurso al Consejo de Seguridad, conforme lo dispuesto en el Artículo 51, garantizarla en sí mismo una solución eficaz e inmediata.

4. Es cierto que los condicionantes recogidos en el apartado 2.E de las Conclusiones han sido formulados por la Corte en términos vacilantes, vagos y dubitativos. El primer párrafo del apartado 2.E no explica lo que debe entenderse por generalmente ... contrario a las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados (sin subrayar en el original), y el enunciado del segundo párrafo del apartado 2.E evita pronunciarse cuando dice:

"habida cuenta de la situación actual del derecho internacional y de los elementos de hecho de que se dispone, la Corte no puede pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremadas de legítima defensa en que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado."

La argumentación de la Corte en las consideraciones de su opinión que condicionan la conclusión principal recogida en el apartado 2.E tampoco es muy clara. En cuanto al término "generalmente" que aparece en el primer párrafo del apartado 2.E de las Conclusiones, las explicaciones de la Corte recogidas en el párrafo 95 de su opinión se limitan a manifestar:

"que [la Corte] no cuenta con elementos suficientes que le permitan concluir con certeza que el uso de armas nucleares estaría necesariamente en desacuerdo con los principios y normas del derecho aplicable a los conflictos armados en toda circunstancia."

Las consideraciones que llevan al segundo párrafo del apartado 2.E se recogen en el párrafo 96. Hacen referencia al Artículo 51 de la Carta, aludiendo a la práctica de los Estados conocida como la "política de disuasión" y a las reservas que algunos Estados que poseen armas nucleares han añadido a los compromisos que han asumido, en especial con arreglo a los Protocolos a los Tratados de Tlatelolco y Rarotonga, y también a las declaraciones formuladas por ellos en relación con la prórroga del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares (párr. 59 de la opinión). Los términos vacilantes en los que la Corte ha formulado los condicionantes en el apartado 2.E de las Conclusiones pone de manifiesto, en mi opinión, las dificultades morales y jurídicas que la pregunta formulada por la Asamblea General plantea a la Corte.

5. No obstante, la Corte, al reconocer en las consideraciones de su opinión, así como en el apartado 2.E de las Conclusiones, la posibilidad de condicionantes, hizo posible mi voto a favor de ese punto particularmente importante de las Conclusiones. Sin embargo, la Corte podía (y en mi opinión debería) haber ido más lejos. Mi opinión sobre este punto es la siguiente:

Los principios y normas del derecho humanitario y los demás principios del derecho aplicable a los conflictos armados, tales como el principio de neutralidad, por una parte, y el derecho inherente a la legítima defensa, por otra, que se encuentran debido a la existencia de las armas nucleares en clara oposición, son principios y normas de derecho. Ninguno de ellos está por encima del derecho, todos tienen el mismo rango en derecho y pueden ser modificados por el derecho. Son justiciables. Sin embargo, el derecho internacional no ha desarrollado hasta ahora (ni en el derecho convencional ni en el consuetudinario) una norma sobre la forma de conciliar estos principios ante la existencia de las armas nucleares. Como señalé antes (párr. 3 de esta opinión Separada), no hay ninguna norma que dé prioridad a uno de estos principios y normas sobre los otros. La política internacional no ha desarrollado aún un sistema de seguridad colectiva tan perfecto que pueda hacerse cargo de este dilema de manera rápida y eficaz.

La igualdad de rango de estos principios implica que, en caso de necesidad, hay que encontrar el mínimo común denominador entre los principios y normas en conflicto. Esto supone a su vez que, aunque el recurso a las armas nucleares es difícilmente conciliable con el derecho humanitario aplicable a los conflictos armados, así como con el principio de neutralidad, el recurso a dichas armas puede ser una opción legal justificada en una situación extremada de legítima defensa individual o colectiva en que la amenaza o el empleo de las armas nucleares es el último recurso contra un ataque con armas nucleares químicas o bacteriológicas o de otro tipo que amenacen la existencia misma del Estado objeto del ataque.

Llegamos al mismo resultado si, en ausencia de una norma convencional o consuetudinaria que concilie los principios y normas jurídicos en conflicto, se acepta que la tercera de las categorías judicial que la Corte tiene que aplicar en virtud del Artículo 38 de su Estatuto, es decir los principios generales de derecho reconocidos en todos los sistemas jurídicos, recoge un principio según el cual ningún sistema jurídico tiene derecho a exigir la entrega o el suicidio de uno de sus súbditos. En mi opinión, hay mucho que decir a favor de la aplicabilidad de este principio en todos los sistemas jurídicos modernos, y por tanto también en el derecho internacional.

Cualquiera que sea la línea de razonamiento que se siga, el resultado de que el mínimo común denominador es según yo creo, el factor principal en la solución del conflicto creado por las armas nucleares entre el derecho aplicable a los conflictos armados y el derecho a la legítima defensa, se confirma por el importante papel desempeñado por la política de disuasión durante los años de la guerra fría en la práctica de los Estados poseedores de armas nucleares, así como en la práctica de los Estados no poseedores de armas nucleares, al apoyar o tolerar esa política. Incluso tras el fin de la guerra fría, la política de disuasión no se ha abandonado totalmente, aunque sólo sea para mantener el equilibrio de poderes entre los Estados proveedores de armas nucleares y para disuadir a los Estados no poseedores de armas nucleares de la adquisición y de la amenaza o el empleo de las armas nucleares. Los Estados poseedores de armas nucleares han considerado necesario mantener, tras el fin de la guerra fría, las reservas que habían formulado a los compromisos firmados, en especial a los Tratados de Tlatelolco y Rarotonga (párr. 59 de la opinión) y añadir reservas similares a las declaraciones formuladas por ellos en relación con la prórroga ilimitada del Tratado de no proliferación. Estas reservas son toleradas por las partes no poseedoras de armas nucleares interesadas, así como, en el caso de la

prórroga ilimitada del Tratado de no proliferación, por el Consejo de Seguridad. Por supuesto, como la misma Corte ha dicho (North Sea Continental Shelf. Judgement. I.C.J. Reports 1969, págs. 3 a 44), no todos los actos que realizan habitualmente, ni todas las actitudes que adoptan durante un período prolongado una serie de Estados constituyen prácticas relevantes para la determinación del estado del derecho. En las palabras de la Corte:

"Hay muchos actos internacionales, por ejemplo, en el ámbito del ceremonial y del protocolo, que se realizan casi invariablemente, pero que están motivados únicamente por consideraciones de cortesía, conveniencia o tradición, y no por un sentido de obligación jurídica." {Ibid.)

Pero la práctica consagrada en la política de disuasión se basa específicamente en el derecho a la legítima defensa individual o colectiva y también se basan en ella las reservas a las garantías de seguridad. Los Estados que apoyan o toleran esa política y esas reservas son conscientes de ello. También lo era el Consejo de Seguridad cuando aprobó su resolución 984 (1995). Por tanto, la práctica que encuentra su expresión en la política de disuasión, en las reservas a las garantías de seguridad y en su tolerancia debe ser considerada una práctica estatal en el sentido jurídico.

6. No obstante, para que el recurso a las armas nucleares sea lícito, no sólo debe tratarse de una situación extremada sino que también deberán cumplirse en todos los casos las condiciones de que depende generalmente la legalidad del ejercicio de la legítima defensa. Estas condiciones incluyen, como se señala expresis verbis en la opinión (párr. 41), la proporcionalidad. La necesidad de cumplir el principio de la proporcionalidad no debe excluir a priori el recurso a las armas nucleares; como se señala en la opinión (párr. 42): "El principio de proporcionalidad, pues, tal vez no excluya en sí mismo el uso de armas nucleares en todas las circunstancias". El margen existente para considerar la posibilidad de que la amenaza o el empleo de las armas nucleares en un caso concreto pueda ser lícito es así extremadamente estrecho.

La situación actual del derecho internacional no permite trazar una línea de demarcación más precisa entre la legalidad y la ilegalidad del recurso a las armas nucleares.

7. A largo plazo, la respuesta al conflicto planteado por el surgimiento de las armas nucleares entre los valores más altos y las necesidades más básicas de la comunidad de Estados puede encontrarse únicamente en la reducción y ,el control efectivos de las armas nucleares y en la mejora del sistema de seguridad colectiva. Por esta razón he apoyado el apartado 2.F de las Conclusiones de la opinión, sobre la existencia de una obligación general de los Estados de entablar de buena fe y de concluir negociaciones encaminadas al logro del desarme nuclear completo bajo un estricto y efectivo control internacional (aunque esta declaración vaya, en sentido estricto, más allá de la cuestión planteada a la Corte).

(Firmado) Carl-August FLEISCHHAUER

[Original: inglés]

OPINIÓN DISIDENTE DEL VICEPRESIDENTE SCHWEBEL

Más que ningún otro caso de la historia de la Corte, este proceso presenta una tensión titánica entre la práctica de los Estados y los principios jurídicos. Es, por consiguiente, aún más importante no confundir el derecho internacional que tenemos con el derecho internacional que necesitamos. En general, la opinión de la Corte satisface ese requisito. Estoy esencialmente de acuerdo con gran parte de ella, si bien no del todo, por lo que en la presente opinión expondré mis diferencias. No obstante, como estoy en profundo desacuerdo con el pronunciamiento principal y definitivo de la Corte, lamento verme obligado a disentir.

La esencia del problema es el siguiente. La práctica de los Estados durante 50 años no excluye, y en esa medida corrobora, la legitimidad del empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares en ciertas circunstancias. Al mismo tiempo, los principios del derecho humanitario internacional que preceden en el tiempo a esa práctica gobiernan el uso de todo tipo de armas, entre ellas las armas nucleares, y resulta extraordinariamente difícil reconciliar el uso - o por lo menos, algunos usos - de las armas nucleares con la aplicación de esos principios.

Una manera de superar la antinomia entre la práctica y los principios sería dejar de lado la práctica. Eso es lo que hacen quienes sostienen que el empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares es ilegal en toda circunstancia. Otra manera de hacerlo es dejar de lado los principios y sostener que los principios del derecho humanitario internacional no se aplican a las armas nucleares. Esto es algo que los Estados, inclusive los Estados poseedores de armas nucleares, no han hecho en este proceso y que no debería hacerse. Esos principios - que consisten esencialmente en la proporcionalidad del grado de fuerza aplicado, la discriminación en la aplicación de fuerza, como por ejemplo entre combatientes y civiles, y la evitación de sufrimientos innecesarios a los combatientes - se desarrollaron en la era prenuclear. No se aplican fácilmente al uso de armamentos que tienen las características de las armas nucleares. Al mismo tiempo, es el hecho de que las Potencias nucleares y sus aliados hayan resistido con éxito la aplicación ulterior del desarrollo progresivo del derecho humanitario a las armas nucleares; así lo establecen las actas de las conferencias en que se concertaron los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977. Apesar de ello, la opinión de que las armas inventadas con posterioridad a la elaboración de esos principios fundamentales no están sujetas a ellos invalidaría el derecho humanitario internacional. Tampoco es creíble que al elaborar esos principios la comunidad internacional haya tenido la intención de excluir de su ámbito de aplicación a los armamentos que se inventaran posteriormente. La Cláusula Martens implica lo contrario.

Antes de considerar la medida en que el abismo entre la práctica y los principios se puede salvar - y en que lo salva la opinión de la Corte - cabe formular observaciones sobre su contenido.

Práctica de los Estados

La práctica de los Estados demuestra que éstos han venido fabricando y desplegando armas nucleares desde hace unos 50 años; que el despliegue de tales armas encierra una amenaza de posible empleo; y que la comunidad internacional, mediante tratados y mediante medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, lejos de proscribir el empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares en toda circunstancia, ha reconocido expresa o tácitamente que 'en ciertas circunstancias se pueden emplear armas nucleares o se puede amenazar usarlas.

Las Potencias nucleares no sólo han fabricado, mantenido y desplegado armas nucleares en forma declarada durante decenios, lo que les ha significado grandes esfuerzos y gastos, sino que han sostenido que legalmente tienen derecho a emplear armas nucleares en ciertas circunstancias y a amenazar emplearlas. Han amenazado usarlas por el solo hecho incontestable de poseerlas y desplegarlas con las consecuencias inexorables que ello implica; por su actitud de estar prontos a lanzar armas nucleares los 365 días del año y las 24 horas del día; por el hecho de elaborar planes militares, estratégicos y tácticos, los que a veces revelan públicamente; y, en un número muy escaso de crisis internacionales, por amenazar de hecho el empleo de armas nucleares. La propia doctrina y la práctica de la disuasión encierra la amenaza de un posible uso de armas nucleares.

Esta práctica nuclear no es la práctica de un objeto persistente solitario y de importancia secundaria. Esta no es la práctica de un gobierno paria que clama en el desierto de una opinión internacional por lo demás adversa. Es la práctica de cinco de las principales Potencias del mundo, de los Miembros Permanentes del Consejo de Seguridad, que durante casi 50 años han contado con el considerable apoyo de sus aliados y otros Estados que se escudan bajo su protección nuclear. Es decir, es la práctica de Estados que juntos representan a la mayor parte del poder militar y económico y financiero y tecnológico del mundo y a una gran proporción de su población, y que cuenta con el apoyo de un número elevado e importante de otros Estados. Dicha práctica ha sido reconocida, acogida y en cierta medida aceptada por la comunidad internacional. El grado de aceptación es ambiguo, pero no carente de significado. Es evidente que las estructuras de alianza que se han flindado en el despliegue de armas nucleares aceptan la legalidad de su empleo en ciertas circunstancias. Pero lo que es tal vez menos evidente es el efecto del Tratado sobre la no proliferación y la estructura de seguridades negativas y positivas dadas por las Potencias nucleares y aceptadas por el Consejo de Seguridad para poner en práctica ese Tratado, así como de las reservas formuladas por las Potencias nucleares al adherirse a tratados regionales que gobiernan la posesión, el despliegue y el empleo de armas nucleares.

El Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares

El Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, concluido en 1968 y prorrogado indefinidamente por 175 Estados Partes en 1995, es de importancia capital. Según lo dispuesto en el artículo I, "Cada Estado poseedor de armas nucleares que sea parte en el Tratado se compromete a no traspasar a nadie armas nucleares ... ni el control sobre tales armas" y a no ayudar "a ningún Estado no poseedor de armas nucleares a fabricar o adquirir en forma

alguna armas nucleares . . .". Según lo dispuesto en el artículo II, cada Estado no poseedor de armas nucleares se compromete a no recibir armas nucleares ni a fabricarlas. El artículo III estipula que cada Estado no poseedor de armas nucleares se compromete a aceptar las salvaguardias estipuladas en un acuerdo que ha de negociarse con el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) con miras a impedir que la energía nuclear se desvíe de usos pacíficos hacia armas nucleares. El artículo IV preserva el derecho de todas las Partes a desarrollar usos de la energía nuclear con fines pacíficos, y el artículo V dispone que los beneficios potenciales de toda aplicación pacífica de las explosiones nucleares serán asequibles a los Estados no poseedores de armas nucleares. El artículo VI dice lo siguiente:

"Cada Parte en el Tratado se compromete a celebrar negociaciones de buena fe sobre medidas eficaces relativas a la cesación de la carrera de armamentos nucleares en fecha cercana y al desarme nuclear, y sobre un tratado de desarme general y completo bajo estricto y eficaz control internacional".

El artículo VII dice lo siguiente:

"Ninguna disposición de este Tratado menoscabará el derecho de cualquier grupo de Estados a concertar tratados regionales a fin de asegurar la ausencia total de armas nucleares en sus respectivos territorios".

El artículo VIII es una cláusula de enmienda. El artículo IX dispone que el Tratado estará abierto a la firma de todos los Estados y que, a los efectos del Tratado, "un Estado poseedor de armas nucleares es un Estado que ha fabricado y hecho explotar un arma nuclear u otro dispositivo nuclear explosivo antes del 1º de enero de 1967". El artículo X constituye una cláusula sobre retirada en circunstancias extraordinarias, que contiene además disposiciones sobre cuya base se puede convocar una conferencia de las Partes para prorrogar el Tratado.

De manera que el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares se ocupa de la posesión más bien que del empleo de armas nucleares. Establece una distinción fundamental entre los Estados que poseen armas nucleares y aquellos que no las poseen, y equilibra las responsabilidades entre ellos. Reconoce la posibilidad de que haya armas nucleares en territorios en los cuales no se ha prescrito su ausencia total. Nada de lo dispuesto en el Tratado autoriza ni prohíbe el empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares. Sin embargo, el Tratado reconoce la legitimidad de la posesión de armas nucleares por las cinco Potencias nucleares, por los menos hasta el logro del desarme nuclear. En 1968, al igual que en 1995, esa posesión se caracterizaba notoriamente por la fabricación, el perfeccionamiento, el mantenimiento y el despliegue de muchos miles de armas nucleares. Si las armas nucleares no se sometieran a mantenimiento, podrían ser más bien peligrosas; si no se las desplegara, la utilidad de la posesión resultaría profundamente afectada. Una vez que una Potencia posee, mantiene y despliega armas nucleares y los medios para lanzarlas, se coloca en una posición de disuasión.

En consecuencia, ¿qué sentido tiene dicha práctica de posesión de armas nucleares? Las Potencias nucleares no poseen armas nucleares sin una posible finalidad. Su fabricación y mantenimiento les significa fuertes gastos; las

despliegan en sus vehículos de lanzamiento; y hacen saber que están dispuestos a emplearlas en ciertas circunstancias. Aplican una política de disuasión, de la cual el mundo estaba advertido cuando se concertó el Tratado sobre la no proliferación y de la cual está advertido en la actualidad. La política de disuasión difiere de la de amenaza del empleo de armas nucleares en que es de carácter general. Pero si la amenaza de posible empleo no fuese inherente a la disuasión, la disuasión no lograría disuadir. Si la posesión por parte de las cinco Potencias nucleares es legítima hasta que se logre el desarme nuclear; si la posesión constituye la mayor parte de la disuasión; y si la disuasión constituye la mayor parte de la amenaza, de ello se desprende que la práctica de los Estados - incluida su práctica en materia de tratados - no excluye en absoluto la amenaza del empleo o el empleo de armas nucleares.

En consecuencia, el régimen del Tratado sobre la no proliferación constituye más que aceptación, por parte de los Estados no poseedores de armas nucleares, de la realidad de la posesión de armas nucleares por las cinco Potencias nucleares. Como lo dijo el representante del Reino Unido en las vistas orales, "La estructura entera del Tratado sobre la no proliferación . . . presupone que las Partes no consideraron que el empleo de armas nucleares estuviera proscrito en todas las circunstancias". Por supuesto, la aceptación de la mayoría de los Estados no poseedores de armas nucleares del hecho de la posesión de armas nucleares por parte de las cinco Potencias nucleares - y las ineluctables consecuencias de ese hecho - han estado acompañados de protestas vehementes y de reservas de derechos, como lo demuestran sucesivas resoluciones de la Asamblea General. Sería exagerado decir que en este caso la aceptación da origen a una opinio iuris que establece la legalidad del empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares. Lo que sí hace, según lo descrito en la práctica de los Estados, es frustrar la aparición o la supervivencia de una opinio iuris en contrario. Además, es preciso ponderar algo más que la práctica descrita hasta el momento y las consecuencias del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares.

Garantías de seguridad negativas v positivas aprobadas por el Consejo de Seguridad

En relación con la concertación del Tratado en 1968 y su prórroga indefinida en 1995, tres Potencias nucleares en 1968 y cinco en 1995 dieron garantías de seguridad negativas y positivas a los Estados Partes en el Tratado sobre la no proliferación que no eran poseedores de armas nucleares. En la resolución 984 (1995), copatrocinada por las cinco Potencias nucleares y aprobada por el Consejo de Seguridad el 11 de abril de 1995 por unanimidad,

"El Consejo de Seguridad,

Reconociendo el legítimo interés de los Estados no poseedores de armas nucleares que son Partes en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares en obtener garantías de seguridad,

Teniendo en cuenta el legítimo interés de los Estados no poseedores de armas nucleares en que, conjuntamente con su adhesión al Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, se tomen nuevas medidas adecuadas para salvaguardar su seguridad,

Considerando además que, de acuerdo con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas, cualquier agresión con uso de armas nucleares pondría en peligro la paz y la seguridad internacionales,

1. Toma nota con reconocimiento de las declaraciones hechas por cada uno de los Estados poseedores de armas nucleares ..., en que dan garantías de seguridad contra el uso de armas nucleares a los Estados que no poseen este tipo de armas y que son partes en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares;

2. Reconoce el legítimo deseo de los Estados no poseedores de armas nucleares que son Partes en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares de obtener garantías de que el Consejo de Seguridad, y sobre todo sus Estados miembros permanentes que son poseedores de armas nucleares, actuarían inmediatamente de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas en el caso de que aquellos Estados fueran víctimas de un acto de agresión u objeto de una amenaza de agresión con uso de armas nucleares;

3. Reconoce además que, en caso de agresión con armas nucleares o de amenaza de ese tipo de agresión contra un Estado no poseedor de armas nucleares Parte en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, cualquier Estado puede señalar inmediatamente el asunto a la atención del Consejo de Seguridad de manera que permitir que el Consejo intervenga con urgencia para prestar asistencia, de conformidad con la Carta, al Estado víctima de esa agresión, o amenazado con ella; y reconoce también que los Estados poseedores de armas nucleares miembros permanentes del Consejo de Seguridad señalarán el asunto a la atención del Consejo inmediatamente y procurarán que el Consejo, de conformidad con la Carta, preste la asistencia necesaria al Estado víctima;

7. Acoge con beneplácito el propósito manifestado por ciertos Estados de prestar asistencia inmediata, o de apoyar esa asistencia, de conformidad con la Carta, a cualquier Estado no poseedor de armas nucleares Parte en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares que fuera víctima de un acto de agresión u objeto de una amenaza de agresión con uso de armas nucleares;

9. Reafirma el derecho inmanente, Carta, reconocido en el Artículo 51 de la de legítima defensa, individual o armado colectiva, en caso de ataque Unidas, en contra un Miembro de las Naciones tanto el Consejo de

!...

Seguridad adopta las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales;

...¹¹

Es evidente - especialmente por la inclusión del párrafo 9 en su contexto - que el Consejo de Seguridad, al tomar nota "con reconocimiento", en el párrafo 1, de las garantías de seguridad negativas dadas por las Potencias nucleares, y al acoger con beneplácito, en el párrafo 7, "el propósito manifestado" por las garantías de seguridad positivas dadas por las Potencias nucleares, aceptó la posibilidad del empleo o la amenaza deL empleo de armas nucleares, especialmente para prestar asistencia a un Estado no poseedor de armas nucleares que, a tenor del párrafo 7, "sea víctima de un acto de agresión u objeto de una amenaza de agresión con uso de armas nucleares".

Ello es aún más evidente en vista de los términos de las garantías de seguridad dadas unilateralmente por cuatro de los Estados poseedores de armas nucleares, las que, con excepción de las de China, concuerdan en gran medida entre sí. Contemplan expresamente el uso de armas nucleares en circunstancias determinadas. Implícitamente, no excluyen el uso de armas nucleares contra otra Potencia nuclear (o Estado que no sea Parte en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares), y explícitamente no excluyen su uso contra un Estado Parte no poseedor de armas nucleares que actúe en contravención de las obligaciones contraídas en virtud del Tratado sobre la no proliferación.

Por ejemplo, los Estados Unidos reafirman que no emplearán armas nucleares contra un Estado que no posea tales armas y sea parte en el Tratado sobre la no proliferación

"salvo en el caso de invasión o ataque de cualquier otra índole contra los Estados Unidos ... sus fuerzas armadas, sus aliados o un Estado con el que haya suscrito un acuerdo de seguridad, si la invasión o el ataque son llevados a cabo o apoyados por dicho Estado no poseedor de armas nucleares en asociación o alianza con un Estado que posea tales armas."

La excepción contempla claramente el uso de armas nucleares en las circunstancias excepcionales especificadas. Las garantías de los Estados Unidos agregan que es importante que "las partes en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares cumplan las obligaciones contraídas en virtud de ese instrumento" para poder "recibir los beneficios que se derivan de la adhesión al Tratado". Además, los Estados Unidos "afirman su intención de prestar o apoyar tina asistencia inmediata" a cualquier Estado no poseedor de armas nucleares "que resulte víctima de un acto o amenaza de agresión en que se empleen tales armas". Reafirma el derecho inmanente, reconocido en el Artículo 51 de la Carta, de recurrir a la legítima defensa individual y colectiva "si se produjera un ataque armado, incluido un ataque nuclear, contra cualquier Miembro de las Naciones Unidas ..." Tales afirmaciones - y su aceptación unánime por el Consejo de Seguridad - demuestran que las Potencias nucleares han afirmado la legalidad del uso o la amenaza del uso de armas nucleares en ciertas circunstancias y que el Consejo de Seguridad la ha aceptado.

Otros tratados nucleares

Como se reseña en la opinión de la Corte, varios tratados además del TNP limitan la adquisición, fabricación y posesión de armas nucleares; prohíben su despliegue o empleo en determinadas zonas y reglamentan su ensayo. La negociación y conclusión de tales tratados sólo tiene sentido si se tiene en cuenta el hecho de que la comunidad internacional no ha prohibido en general la posesión, el empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares en todas las circunstancias, ya sea mediante tratado o mediante el derecho consuetudinario internacional. ¿Qué razón hay para concluir esos tratados si su esencia constituye ya derecho internacional, y desde luego, como sostienen algunos, ius cogens?

El hecho de que no existe ningún tratado general que proscriba el empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares en todas las circunstancias es evidente. Sin embargo, se sostiene que la totalidad de esta desigual actividad de concertación de tratados demuestra que hay una incipiente opinio iuris en favor de una prohibición total del empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares; que, aunque las armas nucleares no estaban prohibidas hace decenas de años, sí lo están hoy día, o están a punto de estarlo, en virtud de la acumulación de ese tipo de tratados, así como de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

La vaguedad de ese argumento no es menos evidente. ¿Puede realmente suponerse que, en los últimos meses, las Potencias nucleares se han adherido a un protocolo del Tratado de Rarotonga en el que se establece una zona libre de armas nucleares en el Pacífico Sur porque creen que el empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares ya están prohibidos en todas las circunstancias y todos los sitios, tanto allí como en otra parte? ¿Puede realmente creerse que apenas el 15 de diciembre de 1995, los Estados firmaron en Bangkok un Tratado sobre la zona libre de armas nucleares de Asia sudoriental, y que en abril de 1996 los Estados de África se dieron el considerable trabajo de concertar en El Cairo un Tratado sobre la creación de una zona libre de armas nucleares en África, en la inteligencia de que en virtud de las opinio iuris incipientes, el derecho consuetudinario internacional ya requiere que todas las zonas del mundo estén libres de armas nucleares?

Por el contrario, los diversos tratados relativos a las armas nucleares confirman lo que la práctica anteriormente descrita significa: que el uso o la amenaza del uso de armas nucleares no están - por cierto, no todavía - prohibidos en todas las circunstancias, ya sea en virtud de un tratado o del derecho consuetudinario internacional. Esto se hace más evidente si se tienen en cuenta los términos del Tratado de Tlatelolco para la proscripción de las armas nucleares en América Latina, de 14 de febrero de 1967, y las declaraciones que acompañaron la adhesión de los cinco Estados poseedores de armas nucleares a un Protocolo Adicional del Tratado. Los cinco Estados poseedores de armas nucleares, al firmar su adhesión, se comprometieron a no usar ni amenazar con usar armas nucleares contra las Partes Contratantes en el Tratado. Pero condicionaron ese compromiso a la posibilidad de usar armas nucleares en ciertas circunstancias, como se expone en el párrafo 59 de la opinión de la Corte. Ninguna de las Partes Contratantes en el Tratado de Tlatelolco opusieron objeciones a las declaraciones de los cinco Estados poseedores de armas

nucleares, lo que significa que las Partes Contratantes en el Tratado reconocieron la legalidad del uso de armas nucleares en ciertas circunstancias.

Resoluciones de la Asamblea General

En su opinión, la Corte concluye que la sucesión de resoluciones de la Asamblea General sobre armas nucleares "aún no llegan a establecer la existencia de una opinio iuris sobre la ilegalidad del uso de tales armas". A mi juicio, no lo hacen en absoluto. La resolución 1653 (XVI) de 24 de noviembre de 1961, que tiene importancia fundamental, declara que el uso de armas nucleares constituye "una violación directa de la Carta de las Naciones Unidas" y es contrario a las normas del derecho internacional y a las leyes de la humanidad", y que se considerará que todo Estado que utilice armas nucleares "comete un crimen contra la humanidad y la civilización". En forma un tanto incoherente termina pidiendo que se celebren consultas a fin de conocer el parecer acerca de la posibilidad de convocar una conferencia especial para firmar un convenio sobre la prohibición del uso de las armas nucleares con fines bélicos. La resolución 1653 (XVI) fue aprobada por 55 votos contra 20 y 26 abstenciones. Cuatro de las cinco Potencias nucleares votaron en contra. Las resoluciones posteriores que establecen, como la resolución 36/92 I, que "el uso o la amenaza del uso de armas nucleares ... debe prohibirse .. .", han sido aprobadas por distintas mayorías, contra los deseos de una oposición fuerte, sostenida y cualitativamente importante. Todo aumento de la mayoría con que se han aprobado dichas resoluciones no causa mucha impresión, pues se deriva en cierta medida del aumento del número de Miembros de la Organización. La oposición continuada, puesto que proviene de los Estados que reúnen gran parte del poder militar y económico del mundo y un porcentaje significativo de su población, es más que suficiente para privar de autoridad legal a las resoluciones en cuestión.

La Asamblea General no está facultada para promulgar legislación internacional. Ninguna de las resoluciones de la Asamblea General sobre armas nucleares son declaratorias de derecho internacional vigente. La Asamblea General puede aprobar resoluciones declaratorias de derecho internacional sólo si dichas resoluciones son un reflejo auténtico de lo que es el derecho internacional. Si una resolución aparenta ser declaratoria de derecho internacional, si se aprueba por unanimidad (o prácticamente por unanimidad, tanto cualitativamente como cuantitativamente) o por consenso, y si corresponde a la práctica de los Estados, puede ser declaratoria de derecho internacional. Es evidente que las resoluciones cuyo modelo es la resolución 1653 no cumplen esos criterios. Aunque dan a entender que son declaratorias de derecho internacional (y sin embargo piden que se celebren consultas acerca de la posibilidad de concluir un convenio sobre la prohibición de lo que así se declara), no sólo no reflejan la práctica de los Estados, sino que son contrarias a ésta, como se demostró anteriormente. Cuarenta y seis Estados votaron en contra de la resolución o se abstuvieron de votar, entre ellos, la mayoría de las Potencias nucleares. No convence en absoluto el argumento de que una mayoría de los miembros de la Asamblea General pueden "declarar" derecho internacional en oposición a semejante caudal de prácticas de los Estados y en oposición a tal número de Estados. Dichas resoluciones tampoco son interpretaciones auténticas de los principios o las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas. La Carta no dice una palabra acerca de determinadas armas, ni acerca de las armas nucleares ni acerca del ius in bello. Declarar que el uso de armas nucleares es una violación de la Carta constituye una

interpretación novedosa de ésta, que no se puede tratar como una interpretación auténtica de los principios o las disposiciones de la Carta que den origen a obligaciones que los Estados tengan que cumplir con arreglo al derecho internacional. Por último, la repetición de resoluciones de la Asamblea General de este misrtio tenor, lejos de dar origen, como dice la Corte, a la "opinio iuris incipiente", más bien demuestra lo que el derecho no es. Frente a una oposición constante e importante, la repetición de resoluciones de la Asamblea General es señal de ineffectividad en materia de formación de derecho tal como lo es a los efectos prácticos.

Principios del derecho humanitario internacional

Si bien no es difícil llegar a la conclusión de que los principios del derecho humanitario internacional - sobre todo, la proporcionalidad en la aplicación de fuerza y la discriminación entre objetivos militares y civiles - rigen el uso de las armas nucleares, de ello no se desprende que la aplicación de esos principios al uso o la amenaza del uso de armas nucleares "en cualquier circunstancia" es fácil. Los casos extremos son relativamente claros; los casos más próximos al centro del espectro de posibles usos lo son menos.

En un extremo está el uso de armas nucleares estratégicas en grandes cantidades contra ciudades e industrias del enemigo. Este uso llamado de "contravalor" (en contraste de los usos de "contrafuerza"¹¹ dirigidos únicamente contra las fuerzas y las instalaciones nucleares del enemigo) podría causar un número enorme de muertos y lesionados, que en algunos casos ascenderían a millones; y, además de los inmediatamente afectados por el calor y la detonación de esas armas, un gran número de personas podría resultar afectado por la propagación de la radiación, muchas de ellas con resultados fatales. Los "intercambios" en gran escala de tales armas nucleares podrían destruir no sólo ciudades sino países, y hacer inhabitables continentes enteros y tal vez la Tierra misma, si no de inmediato, entonces a través de los efectos a más largo plazo de la precipitación radiactiva. No es posible aceptar que el uso de armas nucleares en una escala que resultaría o podría resultar en la muerte de muchos millones de personas en medio de un infierno indiscriminado y a causa de la precipitación de largo alcance, producir efectos profundamente perniciosos en el espacio y el tiempo y volver inhabitable gran parte de la Tierra o toda ella, podría ser algo legal.

En el otro extremo está el uso de armas nucleares tácticas contra objetivos militares o navales aislados, situados de tal manera que no daría como resultado grandes cantidades de víctimas civiles. Por ejemplo, el uso de una carga nuclear de profundidad para destruir un submarino nuclear que está a punto de lanzar misiles nucleares o que ha lanzado uno o más de varios de esos misiles nucleares, podría muy bien ser un acto legítimo. Debido a las circunstancias de su uso, la carga nuclear de profundidad no daría origen a víctimas civiles inmediatas. Cumpliría fácilmente los criterios de proporcionalidad; el daño que los misiles del submarino podrían infligir en la población y el territorio del Estado elegido como objetivo sería infinitamente superior al daño provocado por la destrucción del submarino y su tripulación. La destrucción del submarino mediante un arma nuclear produciría radiación en el mar, pero en cantidad muy inferior a la radiación que el lanzamiento de sus misiles produciría en tierra y por sobre ésta. Tampoco hay mucha certeza de que el uso de xana carga de profundidad convencional pudiese cumplir la misión con éxito; la fuerza

muchísimo mayor de un arma nuclear garantizaría la destrucción del submarino, en tanto que una carga de profundidad convencional tal vez no lo haría.

Un caso intermedio sería el uso de armas nucleares para destruir un ejército enemigo situado en un desierto. En ciertas circunstancias, un uso así podría cumplir los requisitos de discriminación y proporcionalidad; en otras no. El argumento de que el uso de armas nucleares es inevitablemente desproporcionado plantea interrogantes perturbadoras, que el Fiscal General británico abordó durante las vistas orales de la Corte en los términos siguientes:

"Si hemos de hablar de simple ¹desproporcionalidad', se plantea la interrogante siguiente: ¿Desproporcionado en relación con qué? La respuesta ha de ser 'con la amenaza planteada para el Estado víctima'. Efe en referencia a esa amenaza que debe medirse la proporcionalidad. En consecuencia, es preciso examinar todas las circunstancias, en particular la magnitud, el tipo y la ubicación de la amenaza. La suposición de que todo uso defensivo de las armas nucleares ha de ser por fuerza desproporcionado, cualquiera que sea la gravedad de la amenaza contra la seguridad y la supervivencia misma del Estado que recurre a ese uso defensivo, es totalmente infundada. Además, sugiere que quienes critican el uso de armas nucleares suponen con toda arrogancia que pueden determinar por anticipado que ninguna amenaza, incluso una amenaza nuclear, química o biológica, justifica jamás el uso de un arma nuclear. No puede ser lógico decir que si un agresor golpea suficientemente fuerte, su víctima pierde el derecho a tomar la única medida que le permite defenderse y rechazar la agresión. Eso no sería imperio de la ley, sino inmunidad del agresor."

Por su parte, en la parte sustantiva de la opinión de la Corte se tratan con cautela los problemas que plantea la aplicación de los principios del derecho humanitario internacional a casos concretos. Se demuestra cierto grado de incertidumbre en un caso en que las tensiones entre la práctica de los Estados y los principios jurídicos no tienen paralelo. En el párrafo 2 E de la parte dispositiva, se concluye que:

"De los requisitos anteriormente mencionados se desprende que el empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares sería en general contrario a las normas del derecho internacional aplicables a los conflictos armados, y especialmente a los principios y normas del derecho humanitario internacional."

Esa conclusión, aunque imprecisa, no deja de ser razonable. El uso de armas nucleares es, por las razones examinadas anteriormente, excepcionalmente difícil de reconciliar con las normas del derecho internacional aplicables a los conflictos armados, especialmente los principios y normas del derecho humanitario internacional. Pero eso no quiere decir en absoluto que el uso de armas nucleares, en todas y cualesquiera circunstancias, entraría necesaria e invariablemente en conflicto con dichas normas del derecho internacional. Por el contrario, como se reconoce en efecto en la parte dispositiva, si bien podrían entrar "generalmente" en conflicto, en determinados casos podría no ser así. Todo depende de los hechos del caso.

Circunstancias extremas de defensa propia y supervivencia del Estado

El recién citado primer párrafo del párrafo 2 E de la opinión está seguido de la conclusión definitiva, fundamental y fuertemente controvertida de la Corte en el caso, aprobada por el estrecho margen del voto decisivo del Presidente:

"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 si el empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares sería legítimo o ilegítimo en una circunstancia extrema de defensa propia, en la que se encontrara en juego la supervivencia misma de un Estado."

Es asombroso que la Corte Internacional de Justicia haya llegado a una conclusión semejante. A pesar del hecho de que su Estatuto "forma parte integrante" de la Carta de las Naciones Unidas, y a pesar de los términos amplios y categóricos en que están redactados el párrafo 4 del artículo 2 y el Artículo 51 de la Carta, la Corte llega a la conclusión, con respecto a la cuestión suprema de nuestra época del empleo o la amenaza del empleo de la fuerza, que carece de opinión. En "una circunstancia extrema de defensa propia, en la que estaría en juego la supervivencia misma de un Estado", la Corte determina que el derecho internacional y, por ende, la Corte, no tienen nada que decir. Después de pasar muchos meses en angustiosa evaluación del derecho, la Corte descubre que no hay tal derecho. Cuando se trata de los intereses supremos del Estado, la Corte descarta los progresos jurídicos logrados en el siglo XX, deja de lado las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas de la cual es "el órgano judicial principal", y proclama, en términos que recuerdan la Realpolitik, su ambivalencia acerca de las disposiciones más importantes del derecho internacional moderno. Si ese iba a ser su punto de vista definitivo, la Corte habría hecho mejor en aprovechar su facultad indudable de abstenerse de emitir una opinión.

Ni la teoría jurídica predominante (formulada de manera extraordinariamente concluyente por la Lauterpacht en The Function of Law in the International Community, 1933) ni el precedente de esta Corte admiten una opinión de non liquet, y todavía menos una opinión - o la incapacidad de emitir una opinión - de carácter tan fundamental. Lauterpacht escribió con mucha pertinencia (y, por lo que se ve, con presciencia) lo siguiente:

"No existe la más mínima relación entre el contenido del derecho de defensa propia y el argumento de que está por encima de la ley y que no es susceptible de evaluación mediante la ley. Tal argumento se contradice a sí mismo, por cuanto aparenta estar basado en un derecho legal, y, al mismo tiempo, se desliga de la reglamentación y la evaluación mediante una ley. Al igual que cualquiera otra controversia referente a cuestiones importantes, así también la cuestión del derecho a recurrir a la guerra en defensa propia es en sí susceptible de decisión judicial ..." (pág. 180.)

En efecto, los redactores del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional elaboraron las disposiciones del artículo 38 de su Estatuto - disposiciones que se mantienen en el artículo 38 del Estatuto de esta Corte - a fin de, según lo declarado por el Presidente del Comité Asesor de Juristas, evitar "especialmente el callejón sin salida del non liquet". Para lograrlo,

aprobaron la propuesta Root-Phillimore de que se facultara a la Corte para aplicar no sólo los convenios internacionales y la costumbre internacional sino "los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas". (Tribunal Permanente de Justicia Internacional, Comité Consultivo de Juristas, Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee. 16 de junio a 24 de julio de 1920, La Haya, 1920, págs. 332 a 344) . Véanse también las páginas 296 ("Se debe establecer una norma para hacer frente a esta eventualidad, a fin de evitar la posibilidad de que la Corte se declare incompetente (non liquet) por falta de normas aplicables¹"); 307 a 320 y 336 (la referencia a los principios generales "fue necesaria para hacer frente a la posibilidad del non licruct").

Además, lejos de justificar el carácter no concluyente de la opinión de la Corte, los acontecimientos contemporáneos demuestran más bien la legalidad del empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares en circunstancias extraordinarias.

Tormenta del Desierto

La amenaza más reciente y eficaz del empleo de armas nucleares tuvo lugar en vísperas de la operación "Tormenta del Desierto". Las circunstancias merecen exponerse, porque .constituyen un ejemplo notable de ion caso en que la amenaza del empleo de armas nucleares percibida no sólo era eminentemente legítima sino además muy conveniente.

El Iraq, condenado por el Consejo de Seguridad por su invasión y anexión de Kuwait y por las graves violaciones concomitantes del derecho humanitario internacional, había demostrado que estaba dispuesto a utilizar armas de destrucción masiva. Recientemente había hecho uso reiterado de grandes cantidades de gas contra las formaciones militares del Irán, con resultados sustanciales y tal vez decisivos. Incluso había utilizado gas contra sus propios ciudadanos kurdos. No existían fundamentos para creer que tendría escrúpulos de orden legal o humanitario que le impedirían emplear armas de destrucción masiva – especialmente armas químicas y tal vez armas bacteriológicas o nucleares – contra las fuerzas de la coalición formadas en su contra. Además, estaba realizando esfuerzos extraordinarios por construir armas nucleares en contravención de las obligaciones contraídas en su calidad de Parte en el Tratado sobre la no proliferación.

El 10 de enero de 1996, el General Norman Schwarzkopf declaró, en el . programa "Frontline" transmitido por la televisión pública nacional de los Estados Unidos, que:

"El caso hipotético que me resultaba una pesadilla era que nuestras fuerzas incursionaran en el Iraq y se encontraran en una situación de tal concentración que se convirtieran en blanco de armas químicas de algún tipo o de algún dispositivo nuclear rudimentario que podrían provocar un número masivo de víctimas.

Eso es exactamente lo que hicieron los iraquíes en la guerra entre el Irán y el Iraq. Dejaban que las masas de atacantes iraníes llegaran hasta su sistema de barreras y cuando había miles de personas apiñadas contra el sistema de barreras, les dejaban caer armas químicas y mataban a miles de

personas." (Frontline, Programa #1408, "La guerra del Golfo", Transcripción de Journal Graphics, Inc., Parte II, pág. 5.)

A fin de exorcizar la pesadilla, los Estados Unidos tomaron las medidas descritas por el entonces Secretario de Estado James A. Baker en los términos siguientes, en los que narra su reunión decisiva celebrada el 9 de enero de 1990 en Ginebra con el entonces Ministro de Relaciones Exteriores del Iraq, Tariq Aziz :

"Señalé, refiriéndome 'al aspecto sombrío de la cuestión' lo que Colin Powell me había pedido concretamente que transmitiera en los términos más claros posibles. 'Si el conflicto entraña el uso por parte de ustedes de armas químicas o biológicas en contra de nuestras fuerzas', advertí 'el pueblo de los Estados Unidos exigirá venganza. Tenemos los medios para exigirla. Con respecto a esta parte de mi presentación, ello no es una amenaza sino una promesa. Si se utiliza ese tipo de arma, nuestro objetivo no será únicamente la liberación de Kuwait, sino la eliminación del régimen iraquí actual, y todo responsable de utilizar tales armas tendría que rendir cuentas de sus actos'.

El Presidente había decidido, en la reunión sostenida en Camp David en diciembre, que la mejor manera de disuadir al Iraq de utilizar armas de destrucción masiva sería amenazarlo con perseguir al propio régimen Ba'ath. Había decidido también que las fuerzas de los Estados Unidos no responderían con armas químicas o nucleares si los iraquíes atacaban con municiones químicas. Evidentemente no había ninguna razón para informar a los iraquíes de esa decisión. Con la esperanza de persuadirlos a reflexionar más seriamente sobre la insensatez de la guerra, deliberadamente dejé la impresión de que el uso de agentes químicos o biológicos por el Iraq podría atraer represalias con armas nucleares tácticas (no sabemos realmente si ésta fue la razón por la que aparentemente no hubo uso confirmado de armas químicas por el Iraq durante la guerra. Mi propia opinión es que la ambigüedad calculada acerca de la forma en que podríamos reaccionar debe ser parte de esa razón.)" (The Politics of Diplomacy - Revolution, War and Peace, 1989-1992 por James A. Baker III, 1995, pág. 359).

En el programa Frontline, el Sr. Baker agrega:

"La carta dirigida a Saddam Hussein por el Presidente, que Tariq Aziz leyó en Ginebra, dejó muy en claro que si el Iraq utilizaba armas de destrucción masiva, armas químicas, contra las fuerzas de los Estados Unidos, el pueblo pediría venganza y que teníamos los medios de lograrla." (Loc. cit., Part I. pág. 13).

El Sr. Aziz aparece en pantalla inmediatamente después diciendo lo siguiente:

"La leí muy cuidadosamente, y cuando hube terminado de leerla, le dije, 'Sr. Secretario, este no es el tipo de correspondencia que deben intercambiar dos Jefes de Estado. Esta es una carta de amenaza y no puedo recibir de usted una carta de amenaza a mi Presidente' y se la devolví." (Ibíd.)

En otro momento del programa, se hicieron las declaraciones siguientes:

"NARRADOR: Los infantes de marina esperaban que se produjera un ataque con armas químicas. Este nunca llegó.

TARIQ AZIZ: No creíamos que fuese prudente usarlas. Eso es todo lo que puedo decir. Que no era - no era prudente usar ese tipo de armas en ese tipo de guerra con - con ese tipo de enemigo." {Loe. cit, part II, pág. 7)

En The Washington Post de 26 de agosto de 1995, un artículo fechado el 25 de agosto procedente de las Naciones Unidas, fue publicado como sigue:

"El Iraq ha entregado a las Naciones Unidas nuevas pruebas de que estaba dispuesto a usar toxinas y bacterias letales contra las fuerzas de los Estados Unidos y de los aliados durante la guerra del Golfo Pérsico de 1991, que liberó a Kuwait de sus ocupantes iraquíes, dijo aquí hoy el Embajador de las Naciones Unidas Rolf Ekeus.

El Sr. Ekeus, principal investigador de las Naciones Unidas, de los programas de armas del Iraq, dijo que las autoridades iraquíes le habían reconocido en Bagdad la semana anterior que en diciembre de 1980 habían cargado tres tipos de agentes biológicos en unas 200 ojivas de misiles y bombas de lanzamiento desde aviones, que luego fueron distribuidas a las bases aéreas y a un sitio de lanzamiento de misiles.

Los iraquíes iniciaron este proyecto el día después de que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas votó en favor de autorizar el uso de ¹ todos los medios necesarios' para liberar a Kuwait, dijo el Sr. Ekeus. Agregó que la acción se podía comparar a jugar 'ruleta rusa' con armas extraordinariamente peligrosas en vísperas de la guerra.

Funcionarios de los Estados Unidos y de las Naciones Unidas dijeron que las armas iraquíes contenían agentes biológicos en cantidad suficiente para haber causado la muerte de cientos de miles de personas y propagado horribles enfermedades en ciudades o bases militares de Israel, Arabia Saudita o cualquier lugar hacia el que el Iraq apuntara los misiles de mediano alcance o lograra hacer pasar un avión cargado de bombas a través de las defensas aéreas del enemigo.

El Sr. Ekeus dijo que las autoridades iraquíes afirmaban que habían decidido no utilizar las armas tras recibir una advertencia decidida pero redactada en términos ambiguos de la Administración Bush el 9 de enero de 1991, de que toda guerra de tipo no tradicional provocaría una respuesta devastadora.

Según lo informado al Sr. Ekeus, las autoridades iraquíes supusieron que ello significaba que Washington respondería con armas nucleares. Los funcionarios de las Naciones Unidas dicen que creen que la declaración del Viceprimer Ministro iraquí Tariq Aziz es la primera relación autorizada del por qué el Iraq no empleó las armas biológicas o químicas que tenía a su disposición.

Las autoridades iraquíes dijeron que los documentos habían sido ocultados por Hussein Kamel Hassan Majeed, director del programa de armas de destrucción masiva del Iraq, quien huyó a Jordania el 7 de agosto y cuya desertión impulsó al Iraq a mandar llamar al Sr. Ekeus para que se enterara de las nuevas revelaciones ...

El Iraq reconoció que había llenado un total de 150 bombas para lanzamiento desde aviones con toxinas del botulismo y con bacterias capaces de causar ántrax, cada una de las cuales se cuenta entre las sustancias más letales que se conocen y que administradas en cantidades extremadamente pequeñas pueden provocar la muerte, dijo el Sr. Ekeus. El Iraq afirmó también que había puesto los dos agentes en 25 ojivas que se montarían en un misil de mediano alcance.

Conforme a lo que el Sr. Aziz dijo al Sr. Ekeus el 4 de agosto, el entonces Secretario de Estado James A. Baker III profirió una grave amenaza de represalias por parte de los Estados Unidos, que motivó al Iraq a retroceder durante una tensa reunión de cuatro horas de duración que se celebró en Ginebra unas cinco semanas antes de que se iniciara la campaña militar Tormenta del Desierto encabezada por los Estados Unidos. El Sr. Baker insinuó que la respuesta de los Estados Unidos haría retroceder varios años al Iraq, pues reduciría a escombros su industria.

Según el Sr. Ekeus, el Sr. Aziz le había dicho que el Iraq 'tradujo' la advertencia en una amenaza de que Washington respondería con armas nucleares. En realidad, el entonces Presidente del Estado Mayor Conjunto, Colin L. Powell, y otros jefes militares de los Estados Unidos, habían decidido muy pronto que no se necesitaban armas nucleares y que no existían tales planes de represalia. (The Washington Post, 26 de agosto de 1995, pág. A.1. Véase también el informe aparecido en The New York Times, de 26 de agosto de 1995, pág. 3. El argumento contrario del Iraq de que 'la autorización para lanzar ojivas con cargas biológicas y químicas se había logrado previamente para el caso de que Bagdad fuera alcanzado por armas nucleares durante la Guerra del Golfo', figura en el octavo informe presentado al Consejo de Seguridad por el Presidente Ejecutivo de la Comisión Especial (Embajador Ekeus), documento S/1995/864 de las Naciones Unidas, de 11 de octubre de 1996, pág. 12. El informe continúa diciendo que: 'esa delegación previa de autoridad no excluye la posibilidad de utilizar de otro modo esa capacidad y, por consiguiente, no es prueba de la intención de utilizarlas exclusivamente en el segundo caso.'" (Ibid.)

Finalmente, existe la respuesta siguiente dada por el Embajador Ekeus a una pregunta formulada durante la prueba testimonial, en el curso de las vistas sobre la proliferación mundial de las armas de destrucción masiva, de 20 de marzo de 1996:

"... He sostenido conversaciones con el Viceprimer Ministro del Iraq, Sr. Tariq Aziz, en las que hizo referencia a su reunión con el Secretario de Estado James Baker en Ginebra, justo antes del estallido de la guerra. El Sr. Tariq Aziz afirma que el Sr. Baker le dijo a ese efecto que, si se utilizaban tales armas [químicas o biológicas] la reacción de los Estados Unidos sería muy severa.

El Sr. Aziz no dio a entender que el Sr. Baker había mencionado el tipo de reacción de que se trataba, pero me dijo que la parte iraquí daba por descontado que significaba quizá el uso de armas nucleares contra Bagdad, o algo así. Y que esa amenaza había sido decisiva para que los iraquíes se abstuvieran de utilizar las armas.

Pero esta es la historia que cuenta el Sr. Aziz. Creo que habría que tener mucho cuidado en creerla. No digo que deba estar equivocado, pero creo que existen razones poderosas para que esto pueda ser la explicación que ofrece del por qué el Iraq perdió la guerra en Kuwait. Esto es lo que cuentan de buen grado los iraquíes a todos aquellos quienes conversan con ellos. Por eso pienso que habría que tener cuidado por lo menos en creer esa historia. Creo que sigue siendo una cuestión discutible." {Testimonio del Embajador Rolf Ekeus ante el Subcomité Permanente de Investigaciones del Comité de Asuntos Gubernamentales del Senado de los Estados Unidos Hearings on the Global Proliferation of Weapons of Mass Destruction, en prensa.}

Por consiguiente, se han registrado pruebas notables que indican que un agresor fue o puede haber sido disuadido de usar armas de destrucción masiva prohibidas contra las fuerzas y los países dispuestos en orden de batalla contra su agresión a pedido de las Naciones Unidas por lo que el agresor consideró una amenaza del empleo de armas nucleares en su contra si empleaba primero armas de destrucción masiva contra las fuerzas de la coalición. ¿Puede sostenerse realmente que la amenaza calculada del Sr. Baker - y aparentemente exitosa - era ilegítima? No hay duda de que los principios de la Carta de las Naciones Unidas se mantuvieron mediante la amenaza, en lugar de transgredirse. La operación "Tormenta del Desierto" y las resoluciones del Consejo de Seguridad que la precedieron y la siguieron tal vez representen el mayor triunfo de los principios sobre seguridad colectiva desde la fundación de la Sociedad de las Naciones. El fracaso de este esfuerzo supremo de las Naciones Unidas para superar un acto de agresión mediante el uso de armas de destrucción masiva contra las fuerzas y los países de la coalición, habría sido catastrófico, no sólo para las fuerzas y la población de los países de la coalición, sino para aquellos principios y para las Naciones Unidas. Pero las Naciones Unidas triunfaron, y a su triunfo puede haber contribuido decisivamente lo que el Iraq consideró una amenaza del empleo de armas nucleares en contra suya. Tampoco es este un caso en que el fin justifica los medios. Mas bien demuestra que, en algunas circunstancias, la amenaza del empleo de armas nucleares - siempre y cuando sigan siendo armas no proscritas por el derecho internacional - puede ser a la vez legítima y racional.

Además, si el Iraq hubiese empleado armas químicas o biológicas - que son armas de destrucción masiva prohibidas - contra las fuerzas de la coalición, ella habría constituido un acto ilícito de derecho internacional que habría dado origen al derecho de represalia bélica. Aún si, arguyendo, también se tratara el empleo de armas nucleares como algo prohibido, su empleo proporcionado a título de represalia bélica con el fin de disuadir del empleo ulterior de armas químicas o biológicas habría sido legítimo. En todo caso, ello sería así si los términos de una prohibición del empleo de armas nucleares no excluyera el empleo como represalia ni obligara a los Estados a no utilizar "jamás bajo ninguna circunstancia" armas nucleares, ya que dichos términos les impedirían el empleo de armas nucleares con arreglo al artículo I de la Convención de 1993 sobre la

prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, si ésta entrase en vigor. En el párrafo 46 de su opinión, la Corte dice que, respecto de la cuestión de las represalias bélicas, "todo" derecho a ese recurso "al igual que la defensa propia, se regiría, entre otras cosas, por el principio de la proporcionalidad". La cita de este último principio entre otros es correcta, pero cualquier duda que la referencia de la Corte pueda plantear acerca de la existencia de un derecho a las represalias bélicas no lo es. Esa duda carecería de fundamento no sólo en el derecho consuetudinario de la guerra y en los manuales militares publicados por los Estados en cumplimiento de éste, que desde hace mucho han afirmado el principio y la práctica de las represalias bélicas, sino en los términos de los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales, que prohíben las represalias, no en forma general sino en casos determinados (contra prisioneros de guerra, los heridos, los civiles, ciertos objetos e instalaciones, etc.). Las nuevas restricciones de largo alcance establecidas en el Protocolo I, que obligan sólo a las Partes en éste, no sólo no prohíben del todo las represalias bélicas; en el momento de su preparación y aprobación quedó entendido que dichas restricciones, así como otras innovaciones del Protocolo I, no se aplicaban a las armas nucleares.

Hay otra conclusión que se desprende de este ejemplo, a saber, que mientras los a veces llamados "Estados al margen de la ley" amenacen al mundo (sean o no partes en el TNP), sería imprudente establecer políticas sobre la base de que el empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares son ilegítimos "en todas circunstancias". En efecto, tal vez no se trate sólo de Estados al margen de la ley, sino de criminales o fanáticos cuyas amenazas o actos de terrorismo posiblemente requieran un disuasivo o una respuesta de carácter nuclear.

Artículo VI del TNP

Finalmente, tengo mis dudas acerca de la última conclusión de la Corte expuesta en el párrafo 2F: "Existe una obligación de realizar de buena fe y concluir negociaciones que culminen en el desarme nuclear en todos sus aspectos bajo un control internacional estricto y eficaz". Si esta obligación incumbe únicamente a "cada una de las Partes en el Tratado", como lo declara el artículo VI del Tratado sobre la no proliferación, entonces se trata de una nueva aseveración anodina de lo obvio, como las que figuran en los párrafos 2A, 2B, 2C y 2D de la parte dispositiva. Si se aplica a los Estados que no son Partes en el TNP, sería una aseveración dudosa. No sería una conclusión que haya sido presentada en parte alguna de este proceso; no habría sido sometida a demostración alguna de autoridad ni a prueba alguna de defensa; tampoco sería una conclusión que pudiera reconciliarse fácilmente con los fundamentos del derecho internacional. En todo caso, como el párrafo 2F no constituye respuesta a la interrogante planteada a la Corte por la Asamblea General, es preciso tratarlo como un dictum.

(Firmado) Stephen M. SCHWEBEL

OPINIÓN DISIDENTE DEL MAGISTRADO ODA

ÍNDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
<u>Parte I.</u> OBSERVACIONES INTRODUCTORIAS - MI OPOSICIÓN A LA DECISIÓN DE LA CORTE DE FORMULAR UNA OPINIÓN EN RESPUESTA A LA SOLICITUD CONTENIDA EN LA RESOLUCIÓN 4 9/75 K DE LA ASAMBLEA GENERAL RESPECTO DE ESTE ASUNTO -	1 - 1 4	102
1. Carácter inadecuado de la pregunta planteada por la Asamblea General en la resolución en tanto solicitud de Opinión consultiva	2 - 5	102
2. La falta de un consenso significativo de los Estados Miembros de las Naciones Unidas respecto de la solicitud redactada sin una expresión ¹ adecuada de razonamiento	6 - 1 4	104
Cuadro I	112
<u>Parte II.</u> UN ASPECTO DEL DESARME NUCLEAR: LOS INFRUCTUOSOS ESFUERZOS HECHOS DURANTE UN LARGO PERÍODO PARA LOGRAR LA CONCERTACIÓN DE UNA CONVENCIÓN "SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL USO O DE LA AMENAZA DEL USO DE LAS ARMAS NUCLEARES EN CUALQUIER CIRCUNSTANCIA" COMO ANTECEDENTE INMEDIATO DE LA SOLICITUD DIRIGIDA A LA CORTE	1 5 - 2 5	113
1. Declaración sobre el no uso o sobre la prohibición de las armas nucleares	1 5 - 1 9	113
Cuadro II		116
2. Las resoluciones aprobadas entre 1982 y 1995 respecto de la Convención sobre la prohibición de la utilización de armas nucleares	2 0 - 2 5	118
Cuadro III		122

ÍNDICE (continuación)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
<u>Parte III.</u> OTRO ASPECTO DEL DESARME NUCLEAR: EL DESARME NUCLEAR EN EL PERÍODO DE LA GUERRA FRÍA Y EL PROGRESO HACIA LA CONCERTACIÓN DEL TRATADO SOBRE LA NO PROLIFERACIÓN	2 6 - 4 2	128
1. La carrera de armamentos nucleares y el control de las armas nucleares en el período de la guerra fría: el surgimiento del Tratado sobre la no proliferación	2 6 - 3 3	128
2. Perpetuación del régimen del Tratado sobre la no proliferación	3 4 - 4 1	133
Cuadro IV		137
3. Significado del régimen del Tratado sobre la no proliferación en el período en que sigue siendo válida la doctrina de la disuasión nuclear ...	42	138
Cuadro V		139
<u>Parte IV.</u> OBSERVACIONES FINALES	4 3 - 5 4	140
1. Nuevo examen de la solicitud de una Opinión consultiva dirigida por la Asamblea General a la Corte 43 - 46.....		140
2. Papel de la función consultiva y la discrecionalidad de la Corte para negarse a dar una Opinión consultiva	4 7 - 5 1	142
3. Conclusiones	5 2 - 5 4	144
<u>Parte V.</u> OBSERVACIONES COMPLEMENTARIAS DE MI POSICIÓN EN LO QUE SE REFIERE AL PÁRRAFO 2 DE LA PARTE DISPOSITIVA DE LA PRESENTE OPINIÓN CONSULTIVA	55	146

I. OBSERVACIONES INTRODUCTORIAS

- MI OPOSICIÓN A LA DECISIÓN DE LA CORTE DE FORMULAR UNA OPINIÓN EN RESPUESTA A LA SOLICITUD CONTENIDA EN LA RESOLUCIÓN 49/75 K DE LA ASAMBLEA GENERAL RESPECTO DE ESTE ASUNTO -

1. En tanto único Magistrado que votó en contra del párrafo 1 de la parte dispositiva de la Opinión de la Corte deseo dejar constancia de mi firme convicción de que la Corte, por razones de propiedad y economía judiciales, debía haber ejercido su facultad discrecional de abstenerse de dar una opinión en respuesta a la solicitud de Opinión consultiva presentada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con arreglo a lo dispuesto en la resolución 49/75 K, de 15 de diciembre de 1994, Lamento tener que decir que las conclusiones de la Corte no me parecen constituir respuesta sustantiva o sustancial a las cuestiones que la Asamblea General desea plantear por medio de su resolución y plantean dudas acerca de la credibilidad de la Corte.

1) Carácter inadecuado de la pregunta planteada por la Asamblea General en la resolución en tanto solicitud de Opinión consultiva

2. (La solicitud de la resolución 49/75 K) La pregunta planteada a la Corte por la Asamblea General en la resolución 49/75 K en el marco del tema del programa "Desarme general y completo" tiene una redacción extraña. Su texto es el siguiente:

"¿Autoriza el derecho internacional en algunas circunstancias la amenaza o el empleo de armas nucleares?"

(El texto francés es el siguiente: "Est-il permis en droit International de recourir á la menace ou á l'emploi d'armes nucléaires en tout e c i r c o n s t a n c e ?")

(El texto inglés es el siguiente: "Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under International law?")

La Opinión de la Corte indica la diferencia entre los textos francés e inglés de la solicitud y declara que "la Corte considera innecesario pronunciarse sobre las posibles divergencias" (Opinión de la Corte, párr. 20}. No obstante, debemos señalar que la resolución que tuvo su origen en el proyecto de resolución A/C.1/49/L.36 (original inglés), preparada y presentada por Indonesia (en nombre de los Estados Miembros de las Naciones Unidas que son miembros del Movimiento de los Países No Alineados), se redactó inicialmente en inglés y que, en la Primera Comisión, en el cuadragésimo noveno período de sesiones (1994), que se ocupó de ese proyecto de resolución, ningún representante dudó del contenido de ese texto original inglés. Además, parecería que los delegados francoparlantes no plantearon duda alguna acerca del texto de la traducción francesa, en cuanto lo señalan las actas taquigráficas. En consecuencia, procederé a hacer mi análisis sobre la base del texto inglés.

3. (La solicitud se presentó a la Corte no tanto con el fin de cerciorarse de su opinión si no para recabar el apoyo respecto de un supuesto axioma -jurídico) Al plantear esta pregunta a la Corte la Asamblea General - o los Estados que tomaron la iniciativa de redactar la solicitud - claramente no esperaron jamás que diera una respuesta afirmativa indicando que: "Si, la amenaza o el empleo de armas nucleares está autorizado en el derecho internacional en cualquier circunstancia [o en toda circunstancia]". Si esto es efectivo, se desprende que, de hecho, la Asamblea General sólo esperaba que la Corte indicara que: "No, la amenaza o el empleo de armas nucleares no está autorizado con arreglo al derecho internacional en ninguna circunstancia". La Asamblea General, al formular la pregunta que hizo, no deseaba sino obtener el apoyo de la Corte a esta conclusión.

Por cuanto en este caso simplemente se pidió a la Corte que diera una opinión en que apoyara lo que, en opinión de la Asamblea General, es un axioma jurídico en el sentido de que "la amenaza o el empleo de armas nucleares no están autorizados por el derecho internacional en ninguna circunstancia", me pregunto si la solicitud corresponde auténticamente a la categoría de solicitud de Opinión consultiva en los términos del párrafo 1 del Artículo 95 de la Carta de las Naciones Unidas. En la historia de la función consultiva de la Corte, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad jamás han pedido a la Corte que apruebe lo que consideran un axioma jurídico correcto o que lo apoye en forma de una solicitud de Opinión consultiva.

La redacción de la pregunta formulada por la Asamblea General parece haber sido sumamente singular. No obstante, la Corte ha reformulado la pregunta de manera que su texto sea, como se indica: "su objetivo real es claro: determinar la legalidad o la ilegalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares" (Opinión de la Corte, párr. 20) (se ha agregado el subrayado) y, además, ha reformulado implícitamente la pregunta de manera que su texto sea: si las armas nucleares no están totalmente prohibidas, ¿en qué circunstancias debe considerarse lícito o permisible la amenaza o el empleo de armas nucleares?

4. (La falta de claridad en cuanto al concepto de una "amenaza" en relación con las armas nucleares) Deseo indicar además que las palabras "la amenaza de armas nucleares" no están claramente definidas en la solicitud y pueden no haber sido comprendidas de manera inequívoca por los Estados Miembros que apoyaron la resolución. En la solicitud parece haberse pasado por alto un punto importante, a saber, una posibilidad de que bien pueda considerarse que las armas nucleares constituyen una "amenaza" simplemente por estar en posesión de un Estado o porque un Estado se encuentra en vías de producirlas, considerando que la oración "amenaza o el empleo de las armas nucleares" (se ha agregado el subrayado) se usó por primera vez en la solicitud en tanto que desde hace largo tiempo se venía usando en las resoluciones de las Naciones Unidas la oración "la utilización o la amenaza de la utilización de las armas nucleares" (se ha agregado el subrayado). En mi opinión es muy posible que en el momento de hacerse la solicitud algunos Estados Miembros de las Naciones Unidas consideraran que la "posesión" o "producción" efectivas de las armas nucleares constituían una "amenaza". Es decir, la solicitud podría haber sido preparada por algunos Estados que eran decididos partidarios del concepto directo de la ilegalidad de las armas nucleares en su conjunto.

5. (Historia política de la solicitud) ¿Qué hizo surgir en realidad esta solicitud ineptamente redactada e inadecuadamente comprendida? Haré un análisis detallado de esta pregunta y deseo destacar un punto, a saber, que, pese a la Opinión de la Corte de que "no entrará a considerar los orígenes o los antecedentes políticos de la solicitud, ni la distribución de los votos con respecto a la resolución aprobada" (Opinión de la Corte, párr. 16) (se ha agregado el subrayado), me parece pertinente y esencial examinar por qué y en qué circunstancias se presentó esta solicitud a la Corte con arreglo a lo dispuesto en la resolución 49/75 K en 1994 y quiénes - en la Organización de las Naciones Unidas o fuera de ella - iniciaron esta solicitud. Por este motivo haré un análisis de la historia de la solicitud y de la forma en que la Asamblea General adoptó algunas decisiones pertinentes.

2) La falta de un consenso significativo de los Estados Miembros de las Naciones Unidas respecto de la solicitud redactada sin una expresión adecuada de razonamiento

6. (Intento preliminar de 1993) Sólo en 1994 planteó la Asamblea General la cuestión del derecho internacional vigente respecto de las armas nucleares en general, pese al hecho de que el descubrimiento, el desarrollo y la posesión de armas nucleares, así como la amenaza de su uso, habían sido objeto de profunda preocupación política para la comunidad internacional durante los últimos 50 años, desde 1945.

Sin embargo, antes de que la Asamblea General aprobara la resolución 49/75 K en su cuadragésimo noveno período de sesiones (1994), se había sugerido la idea de pedir la Opinión de la Corte respecto del derecho internacional vigente relativo a las armas nucleares en el cuadragésimo octavo período de sesiones (1993) en relación con el tema del programa "Desarme general y completo" (tema que data del vigésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General, de 1971), cuando Indonesia presentó en la Primera Comisión el 9 de noviembre de 1993 un proyecto de resolución en nombre del Movimiento de los Países No Alineados: "Solicitud de una Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de recurrir a la amenaza o al uso de las armas nucleares" (A/C.1/48/L.25).

En realidad la OMS ya había pedido una Opinión consultiva de la Corte unos meses antes (WHA 46.60), hecho que se mencionó en el párrafo del preámbulo de ese proyecto de resolución presentado por Indonesia.

El 19 de noviembre de 1993 los patrocinadores de ese proyecto de resolución decidieron no hacer presión para que se tomaran medidas a su respecto pero sin dar explicación alguna respecto de esa decisión. Sin embargo, se presentó nuevamente a la Asamblea General del año siguiente, en su cuadragésimo noveno período de sesiones (1994) un proyecto de resolución cuyo contenido era semejante.

7. (El Movimiento de los Países No Alineados) Era pertinente a ese respecto una de las decisiones adoptadas en la 11ª Conferencia Ministerial del Movimiento de los Países No Alineados, que se reunió en El Cairo en mayo y junio

de 1994. La Conferencia se refirió a muy diversos temas y en su Documento Final se decía lo siguiente sobre el tema "Desarme y seguridad internacional":

"69. Los Ministros decidieron¹ reconsiderar y someter nuevamente a votación la resolución relativa a la solicitud de una Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre la legalidad del empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares durante el cuadragésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General" (A/49/287-S/1994/894) {se ha agregado el subrayado}.

Las circunstancias en que la Conferencia adoptó esa decisión en particular no quedaban en claro en la documentación disponible.

La misma decisión de los países no alineados fue reiterada por la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores y jefes de delegación del Movimiento de los Países No Alineados en el cuadragésimo noveno período de sesiones (1994) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, celebrada en la Sede de las Naciones Unidas el 5 de octubre de 1994 (A/49/532-S/1994/1179, párr. 34).

8. (Organización no gubernamental) Deseo indicar otro factor. La idea en que se basaba la resolución en cuya virtud la Asamblea General (y también la OMS) solicitaban opiniones consultivas había sido propuesta anteriormente por un puñado de organizaciones no gubernamentales que iniciaron una campaña en pro de la prohibición total de las armas nucleares pero que no lograron persuadir a las delegaciones de los Estados en el foro de la Asamblea General, que durante un período superior a diez años no ha hecho sino adoptar reiteradas resoluciones en que se sugiere una convención sobre la prohibición del uso o de la amenaza del uso de las armas nucleares (véanse los párrafos 21 a 24, *infra*). Algunas organizaciones no gubernamentales parecen haber tratado de compensar lo infructuoso de sus esfuerzos procurando conseguir que el principal órgano judicial de las Naciones Unidas determinara la ilegalidad absoluta de las armas nucleares en un intento por persuadir a los Estados Miembros de las Naciones Unidas para que ejercieran presión en favor de la prohibición inmediata y completa en el foro político.

Una declaración formulada por un observador de la Asociación Internacional de Médicos para la Prevención de la Guerra Nuclear en la Asamblea Mundial de la Salud en 1993 parece arrojar luz sobre la base del intento por lograr que la Corte Internacional de Justicia diera una Opinión consultiva sobre el tema en respuesta a una solicitud de la Organización Mundial de la Salud si no de la Asamblea General de las Naciones Unidas. El observador dijo que la OMS recabaría una opinión de la Corte Internacional de Justicia al respecto.

Un observador de la Federación Mundial de Asociaciones de Salud Pública informó a la Asamblea Mundial de la Salud que

"había adoptado por unanimidad una resolución acerca de las armas nucleares y la salud pública en la que, entre otras cosas, se instaba a la Asamblea Mundial de la Salud a que solicitara una Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia acerca de la condición jurídica del uso de las armas nucleares con el fin de eliminar la nube de duda jurídica bajo la

cual las Potencias nucleares mantenían su relación con esas armas, así como para sentar la base jurídica de la creación gradual de un mundo libre de armas nucleares."

Se menciona este asunto en mi Opinión Separada que figura en un apéndice de la Opinión de la Corte en respuesta a la solicitud de la OMS.

Otro documento que reviste interés es un ensayo que figura en un boletín del Gobierno Mundial de Ciudadanos del Mundo, en parte del cual se dice lo siguiente:

"La amenaza que plantean a la existencia de la humanidad las armas nucleares ha estimulado a los seres humanos de todo el mundo a considerar nuevas estrategias para influir en sus gobiernos. Una de esas iniciativas - el movimiento encaminado a 'ilegalizar' las armas nucleares - puede aumentar la participación en nuevas estructuras gubernamentales que se están creando para enfrentar los problemas mundiales. De esta manera el Proyecto de la Corte Mundial está ocupando su lugar en la primera línea del movimiento antinuclear.

Con el fin de formar un frente unido contra el armamento nuclear varias organizaciones no gubernamentales {organizaciones no gubernamentales) ... han elaborado un Proyecto de Corte Mundial. Esas organizaciones no gubernamentales han realizado una efectiva labor de cabildeo ante los miembros 'no alineados' de la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Organización Mundial de la Salud (OMS) a fin de determinar, con arreglo al derecho internacional consuetudinario la ilegalidad de las armas nucleares" (World Citizen News, vol. IX, No. 6, diciembre/enero de 1996) (se ha agregado el subrayado).

Esto da la impresión de que la solicitud de una Opinión consultiva hecha por la Asamblea General en 1994 tuvo su origen en ideas formuladas por algunas organizaciones no gubernamentales.

9. (El proyecto de resolución presentado por Indonesia en el cuadragésimo noveno periodo de sesiones) En el debate general celebrado en la Primera Comisión en el cuadragésimo noveno periodo de sesiones [1994] sobre todos los temas del programa relativos al desarme y la seguridad internacional, celebrado del 17 al 20 de octubre de 1994, los representantes de algunos Estados hicieron referencia de diversas maneras a decisiones anteriores del Movimiento de los Países No Alineados como la mencionada el en párrafo 7 supra.

Si bien Benin se oponía a:

"toda iniciativa que pudiera ser contraproducente y que requiriera una Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre cuestiones esencialmente políticas como la de la legalidad del uso o la amenaza del uso de armas nucleares" (A/C.1/49/PV.3, pág. 24),

/...

los Emiratos Árabes Unidos, Zimbabwe, Namibia, Tanzania y Malasia eran partidarios de una iniciativa de ese tipo (A/C.1/49/PV.5 a 7).

En esa situación Indonesia, en nombre de los miembros del Movimiento de los Países No Alineados, presentó a la Primera Comisión (A/C.1/49/PV.15) el 9 de noviembre de 1994 un proyecto de resolución relativo a una "Petición a la Corte Internacional de Justicia de una Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares" (A/C.1/49/L.36). Ese proyecto de resolución, en el que se proponía que la Asamblea General decidiera,

"de conformidad con el párrafo 1 del Artículo 96 de la Carta, solicitar a la Corte Internacional de Justicia que dé con carácter de urgencia su Opinión consultiva sobre la cuestión siguiente: '¿están permitidos la amenaza o el empleo de armas nucleares en alguna circunstancia con arreglo al derecho internacional?'"

era prácticamente idéntico al texto de 1993 (A/C.1/48/L.25) propuesto por Indonesia (que, sin embargo, no ejerció presión para que se adoptaran medidas en el cuadragésimo octavo período de sesiones, de 1993) (véase el párrafo 6 *supra*), y que fue objeto del debate en la Primera Comisión el 17 y el 18 de noviembre de 1994.

De hecho, el texto de la pregunta dirigida a la Corte, que inicialmente formó parte del proyecto de Indonesia, parece haber sido simplemente copiado, aunque no exactamente en los mismos términos, de las resoluciones de la Asamblea General relativas a una "Convención sobre la prohibición de la utilización de armas nucleares" (que han sido aprobadas en forma rutinaria sin ser sometidas a un debate sustantivo en todos los períodos de sesiones de la Asamblea General desde 1982) con el texto de un proyecto de convención que lo acompañaba que era el siguiente:

"Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen solemnemente a no utilizar o amenazar con utilizar armas nucleares en ninguna circunstancia" (artículo 1) (se ha agregado el subrayado).

(Véanse, por ejemplo, la resolución 48/76 B de la Asamblea General y el cuadro III, 1 a 12).

10. (En favor y en contra del proyecto de Indonesia) Aunque Malasia apoyó el proyecto de resolución declarando que:

"En el clima actual posterior a la guerra fría la opinión jurídica de la Corte Internacional de Justicia podría contribuir significativamente a la realización de un mundo libre de armas nucleares. Ello no puede sustituir a las iniciativas de desarme pero podría proporcionar los parámetros jurídicos y morales en el marco de los cuales esa iniciativa pudiera tener éxito" (A/C.1/49/PV.22, pág. 4) (se ha agregado el subrayado),

el Senegal, Chile y Benin pidieron que se postergara el debate a fin de tener más tiempo para celebrar consultas antes de la votación (*ibíd.*, págs. 4 a 6).

Los Estados Unidos, afirmando que:

"se hace más difícil aún comprender el porqué de un proyecto de resolución que solicita una opinión a la Corte Internacional de Justicia, cuando se están tomando, negociando o contemplando nuevas medidas para limitar y eliminar la armas nucleares",

instó a sus colegas a abstenerse o a votar en contra del proyecto de resolución (ibíd., pág. 7).

Marruecos solicitó que no se adoptara medida alguna respecto del proyecto de resolución por cuanto "el consenso con respecto a este tema en el seno del Movimiento de los Países No Alineados se ha visto gravemente erosionado" (A/C.1/49/PV.24, pág. 6). Alemania, en representación de la Unión Europea, se opuso al proyecto de resolución por cuanto

"[esa resolución] no ayudaría al examen de la cuestión que está realizando la Corte Internacional de Justicia, y podría afectar adversamente la reputación tanto de la Primera Comisión como de la propia Corte. También tendría implicaciones adversas más amplias sobre los objetivos de la no proliferación que todos compartimos"

y lamentó no haber logrado convencer a sus patrocinadores de retirarlo (ibíd., pág. 7). Hungría se hizo eco inmediatamente de la misma posición.

Después de que Indonesia y Colombia expresaron su oposición a la moción presentada por Marruecos de que no se adoptaran medidas respecto de la resolución, se puso en votación esa moción y fue rechazada en votación registrada de 45 votos a favor, 67 en contra y 15 abstenciones (ibíd., págs. 7 y 8) .

Antes de votarse el proyecto de resolución de Indonesia, Rusia opinó que

"la cuestión de la legalidad de la utilización de las armas nucleares es sobre todo un problema político, no jurídico ... Desde que entraron en vigor la Carta de las Naciones Unidas y los Estatutos de la Corte Internacional de Justicia, las doctrinas estatales han considerado a las armas nucleares no tanto como un medio de guerra, sino como disuasorio de la guerra, especialmente de los conflictos mundiales, y por tanto son diferentes de las demás armas ya que tienen una función política en el mundo actual" (ibíd.)

Francia declaró:

"Tratar de utilizar con fines parciales una institución internacional tan respetada como la Corte Internacional de Justicia implica asumir una seria responsabilidad, al desviarla de su misión y atentar contra su credibilidad. En efecto, ¿quién puede creer con seriedad que la cuestión planteada es de naturaleza jurídica? todos sabemos que es exclusivamente política.

¿Es acaso necesario recordar aquí que, por primera vez desde la invención de las armas nucleares, toda la comunidad internacional ha iniciado negociaciones multilaterales sobre un tratado universal y verificable de prohibición completa de los ensayos nucleares y que ya se han registrado importantes progresos en Ginebra?" (ibíd, pág. 9).

El Reino Unido declaró:

"Se corre el riesgo de que se considere [el proyecto de resolución] un intento deliberado de ejercer presión política sobre la Corte para influir en su respuesta ... En segundo lugar, nada puede hacer este proyecto de resolución para promover los diversos esfuerzos diplomáticos positivos que se están realizando en la esfera del desarme nuclear, la limitación de los armamentos y la no proliferación, en especial en cuanto a un Tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares ... En tercer lugar, ' este proyecto de resolución no puede hacer nada para fomentar la paz y la seguridad globales ... En cuarto lugar, este proyecto de resolución, puede servir a los intereses de aquellos que quieren desviar la atención de la acumulación desestabilizadora de armas convencionales y de programas clandestinos encaminados a adquirir armas de destrucción en masa y a desarrollar sus sistemas vectores" (ibíd., págs. 9 y 10).

Alemania (en nombre de la Unión Europea) señaló nuevamente que la Unión Europea y su propio país no podían apoyar el proyecto de resolución (ibíd., pág. 9). Malta expresó su posición y declaró que:

"En el seno del Movimiento de los Países No Alineados, al que pertenecemos, planteamos la cuestión de que se retirara el proyecto de resolución. Lamentablemente, el Movimiento no obró al respecto" (ibíd.).

Los Emiratos Árabes Unidos declararon que no participarían en la votación (ibíd., pág. 10), y Benin expresó una vez más su apoyo a la moción presentada por Marruecos (ibíd.).

Por otra parte, el Irán y México apoyaron el proyecto de resolución (ibíd.).

11. (Aprobación del proyecto de Indonesia) El proyecto de resolución propuesto por Indonesia (en nombre del Movimiento de los Países No Alineados) fue aprobado por la Primera Comisión el 7 de diciembre de 1994 en votación registrada de 77 votos a favor, 33 en contra y 21 abstenciones (ibíd., pág. 14).

Después de la votación el Canadá, que se había abstenido, señaló:

"El Canadá ... está preocupado porque el proceso de pedir una Opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia pueda tener una repercusión negativa sobre algunas de estas negociaciones en curso al distraer la atención de ellas" (ibíd., pág. 15).

Australia, que también se abstuvo en la votación, explicó:

"Nos preocupa que la petición de una Opinión consultiva sobre este tema a la Corte Internacional de Justicia pueda tener un efecto más adverso que positivo sobre los esfuerzos realizados para el progreso del desarme nuclear. En términos generales, nos parece que la cuestión es inapropiada para una sentencia. Evidentemente, va más allá de un campo de investigación jurídica que se pueda definir y entra en las amplias esferas de la doctrina política y de seguridad de los Estados" (ibíd.).

Suecia, que también se había abstenido en la votación, expresó la opinión de que "el empleo de las armas nucleares no se ajusta a las normas del derecho internacional" y deseó que "la Corte aclare cuanto antes la situación jurídica", pero señaló, sin embargo, que su opinión se fundamentaba simplemente en un informe del Parlamento de Suecia (ibíd., pág. 16).

Para seguir con la explicación de los votos, Chile señaló que había votado a favor del proyecto de resolución por cuanto consideraba que debía guiarse por la orientación mayoritaria del Movimiento de los Países No Alineados (A/C.1/49/PV.25, pág. 1) y el Japón explicó su abstención en la votación señalando:

"Dada la situación internacional actual, la prosecución de la cuestión de la legalidad del empleo de las armas nucleares puede resultar sencillamente en un enfrentamiento entre países. Por ello, el Japón considera que resulta más adecuado promover en forma constante medidas de desarme realistas y concretas" (ibíd., pág. 2).

China declaró que no había participado en la votación del proyecto de resolución en la esperanza de que:

"La Asamblea General de las Naciones Unidas, la Comisión de Desarme y la Conferencia de Desarme, que ya han desempeñado un importante papel, continúen promoviendo el desarme nuclear y la prevención de la guerra nuclear" (ibíd., pág. 5).

12. (Mi opinión general acerca de los debates de la Primera Comisión)
Deseo señalar que, pese al apoyo prestado al proyecto de resolución propuesto por Indonesia, ningún representante dio una explicación en apoyo de la resolución en que se explicara por qué la lex lata relativa a la "amenaza o el empleo de las armas nucleares" debía requerir aclaración de la Corte Internacional de Justicia a partir de 1994. Ningún representante usó un argumento positivo en apoyo de la solicitud contenida en la propuesta de Indonesia. Más bien, las intervenciones en la Primera Comisión de algunos de esos representantes parecen en su mayoría no ser sino llamamientos en pro de la eliminación de las armas nucleares.

Además, el fondo de la pregunta o la redacción de esa pregunta que debía hacerse a la Corte, es decir, "¿Autoriza el derecho internacional en algunas circunstancias la amenaza o el empleo de armas nucleares?" recibió escasa

atención de parte de los Estados Miembros en la Asamblea General. Ningún representante planteó en la Primera Comisión la cuestión de lo que constituiría "amenaza" de las armas nucleares, en oposición a la "amenaza de la utilización" (una oración utilizada en muchas resoluciones de las Naciones Unidas) y si la "amenaza" implicaría la "posesión" o la "producción" de armas nucleares, junto con la cuestión de lo que se quería decir con "alguna circunstancia". No obstante, sigue siendo un hecho que el proyecto de resolución de Indonesia fue aprobado por mayoría en la Primera Comisión.

13. (Sesión plenaria) El proyecto de resolución aprobado por la Primera Comisión el 7 de diciembre de 1994 por 77 votos a favor, 33 en contra y 21 abstenciones (como se indicó en el párrafo 11, supra) fue examinado en sesión plenaria el 15 de diciembre de 1994 y fue aprobado en votación registrada de 78 votos a favor, 43 en contra y 38 abstenciones como resolución 49/75 K (cuadro I). Los Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y Rusia figuraron entre los Estados que votaron en contra, en tanto que China no participó en la votación. Salvo Nueva Zelandia y San Marino, no hubo países del grupo de Estados de Europa occidental y otros Estados que votaran en favor de la resolución.

14. (Conclusión) He demostrado de esta manera que la "pregunta", que en sí misma me parece inadecuada como solicitud de Opinión consultiva de la Corte con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 del Artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas (como se explicó en el párrafo 3 supra), se redactó sin ninguna declaración adecuada de razonamiento en apoyo de alguna necesidad real de pedir a la Corte que se pronunciara sobre la "legalidad o ilegalidad" de la "amenaza o el empleo" (si no del "uso o amenaza del uso") de armas nucleares o, en términos más generales, de las armas nucleares mismas. Es efectivo que la solicitud no reflejó un consenso significativo de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, ni siquiera de sus Miembros no alineados.

Cuadro I

[Nota: se subrayan los Estados poseedores de armas nucleares en los términos del Tratado sobre la no proliferación. "R" indica votación registrada]

Votación sobre la resolución de 1994 en la que se solicita
la Opinión consultiva de la Corte

Cuadragésimo noveno período de sesiones (1994)

A/C.1/49/L.36: Patrocinada por: Indonesia (en nombre de los Estados Miembros de las Naciones Unidas que son miembros del Movimiento de los Países No Alineados)

A/RES/49/75 K: Aprobada el 15 de diciembre de 1994 por 78 votos contra 43 y 38 abstenciones (R)

A favor: (78) (no se reproducen los nombres de los Estados)

En contra: (43) Albania, Alemania, Andorra, Argentina, Bélgica, Benin, Bulgaria, Camboya, Comoras, Cote d'Ivoire, Dinamarca, Djibouti, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, ex República Yugoslava de Macedonia, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Gabón, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Israel, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Mauritania, Monaco, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República de Corea, Rumania, Senegal, Tayikistán, Turquía

Abstenciones : (38) Antigua y Barbuda, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahrein, Belarús, Belice, Camerún, Canadá, Croacia, Chile, Dominica, Eritrea, Ghana, Guinea, Irlanda, Jamaica, Japón, Kazakstán, Kirguistán, Liechtenstein, Lituania, Maldivas, Micronesia

Nota: China estuvo ausente de la votación

II. UN ASPECTO DEL DESARME NUCLEAR: LOS INFRUCTUOSOS ESFUERZOS HECHOS DURANTE UN LARGO PERÍODO PARA LOGRAR LA CONCERTACIÓN DE UNA CONVENCIÓN "SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL USO O LA AMENAZA DEL USO DE LAS ARMAS NUCLEARES EN CUALQUIER- CIRCUNSTANCIA" COMO ANTECEDENTE INMEDIATO DE LA SOLICITUD DIRIGIDA A LA CORTE

1) Declaración sobre el no uso o sobre la prohibición de las armas nucleares

15. (Antecedentes inmediatos de la solicitud) Si bien la resolución de la Asamblea General en que se solicita una Opinión consultiva de la Corte fue preparada por Indonesia en nombre del Movimiento de los Países No Alineados en 1994, como se indica en el párrafo 9 supra, cabe señalar las circunstancias siguientes como antecedente inmediato.

La prohibición del uso de las armas nucleares había constituido una profunda aspiración de un grupo de Estados Miembros de las Naciones Unidas y se había presentado a la Asamblea General durante varios decenios. Un examen de la evolución de la idea de esa prohibición en la Asamblea General de las Naciones Unidas puede revelar los antecedentes de la resolución 49/75 K y es sumamente útil al evaluar esa resolución, pese a la opinión de la Corte, parte de la cual ya mencioné en el párrafo 5 supra, en que se dice:

"una vez que la Asamblea mediante la aprobación de una resolución, ha solicitado una Opinión consultiva sobre una cuestión jurídica, la Corte, al determinar si hay razones de fuerza para negarse a dar esa opinión, no entrará a considerar los orígenes a los antecedentes políticos de la solicitud, ni de la distribución de los votos con respecto a la resolución aprobada." (Opinión de la Corte, párr. 16)

16. (La Declaración sobre la prohibición del uso de las armas nucleares y termonucleares de 1961) La Asamblea General, en su decimosexto período de sesiones (1961), al aprobar la resolución 1653 (XVI), titulada "Declaración sobre la prohibición del uso de las armas nucleares y termonucleares", declaró que

"el uso de armas nucleares y termonucleares es ... una violación directa de la Carta de las Naciones Unidas; ... es contrario a las normas del derecho internacional y a las leyes de la humanidad; [y] ... significa una guerra dirigida ... contra la humanidad en general."

y que

"se considerará que todo Estado que utilice armas nucleares y termonucleares viola la Carta de las Naciones Unidas, obra en contra de las leyes de la humanidad y comete un crimen contra la humanidad y la civilización."

Esta resolución tuvo su origen en el proyecto de resolución (A/C.1/L.292) patrocinado por unos 12 Estados y presentado por Etiopía. Tras haber sido sometido a extenso debate, tanto en favor como en contra, en la Primera

Comisión, la sesión plenaria aprobó la parte en que se comprendía la declaración anteriormente mencionada en votación registrada de 56 votos a favor, 19 en contra y 26 abstenciones. La resolución en su conjunto, que incluía la declaración, fue aprobada el 24 de noviembre de 1961 en votación registrada de 55 votos a favor, 20 en contra y 26 abstenciones {cuadro IX, 1}.

No obstante, la resolución no hacía sino pedir al Secretario General de las Naciones Unidas que celebrara consultas con los gobiernos de los Estados Miembros a fin de conocer su parecer acerca de la posibilidad de reunir una conferencia especial para firmar un convenio sobre la prohibición del uso de las armas nucleares.

17. (El primer período extraordinario de sesiones dedicado al desarme) Pasaron casi dos decenios en que no se adoptó ninguna medida práctica para aplicar la resolución de 1961. "Alarmada por la amenaza a la supervivencia misma de la humanidad que plantean la existencia de armas nucleares y la continuación de la guerra de armamentos¹¹, la Asamblea General celebró en mayo y junio de 1978 su primer período extraordinario de sesiones dedicado al desarme, es decir, el décimo período extraordinario de sesiones (Documentos Oficiales de la Asamblea General, décimo período extraordinario de sesiones. Suplemento 4, A/S-10/2) . La Asamblea General aprobó en su primer período extraordinario de sesiones dedicado al desarme un "Documento Final" con una extensión cercana a 130 párrafos, incluido un programa de acción, en que se decía que "debería concertarse una convención que prohibiera el desarrollo, la producción, el almacenamiento y la utilización de armas radiológicas" (ibíd., párr. 76). Entre diversas propuestas formuladas en ese período extraordinario de sesiones se contaba un proyecto de resolución presentado por Etiopía y la India, titulado "No utilización de armas nucleares y prevención de la guerra nuclear", cuyo propósito era que la Asamblea General declarara que:

"a) La utilización de armas nucleares constituirá una violación de la Carta de las Naciones Unidas y un crimen de lesa humanidad;

b) Por consiguiente deberá prohibirse la utilización de armas nucleares, a la espera de que se logre el desarme nuclear." (Ibíd., párr. 125 z); A/S-10/AC.1/L.11) (se ha agregado el subrayado.)

En ese período extraordinario de sesiones no se aprobó este proyecto de resolución ni ningún otro proyecto en particular.

18. (La resolución de 1978 relativa a la "No utilización de armas nucleares y prevención de la guerra nuclear") Desde el vigésimo tercer período de sesiones (1978), es decir, un período ordinario de sesiones, la Asamblea General ha incluido en su programa un tema titulado "Examen de la aplicación de las recomendaciones y decisiones aprobadas por la Asamblea General en su décimo período extraordinario de sesiones" (el tema que ha figurado en todos los períodos de sesiones de la Asamblea General hasta el presente).

Un proyecto de resolución (A/C.1/33/L.2), patrocinado por unos 34 Estados y presentado por la India, titulado "No utilización de armas nucleares y prevención de la guerra nuclear", que era prácticamente idéntico al presentado por Etiopía y la India en el primer período extraordinario de sesiones dedicado al desarme, como se mencionó en el párrafo 17 supra. fue aprobado en sesión plenaria el 14 de diciembre de 1978 en votación registrada de 103 votos a favor, 18 en contra y 18 abstenciones como resolución 33/71 B (cuadro II, 2).

Con arreglo a esa resolución de 1978, que se ceñía al espíritu de la Declaración de 1961, la Asamblea General declaraba que

"La utilización de armas nucleares constituirá una violación de la Carta de las Naciones Unidas y un crimen de lesa humanidad [y] por consiguiente, deberá prohibirse. a la espera de que se logre el desarme nuclear" (se ha agregado el subrayado)

y pedía a todos los Estados que presentaran propuestas relativas a la no utilización de armas nucleares y a la evitación de una guerra nuclear a fin de que en un período de sesiones posterior pudiera examinarse la cuestión de una convención internacional sobre el tema.

Cabe señalar que la idea de la prohibición de la utilización de armas nucleares se presentó en este documento por primera vez como parte de la declaración que figuraría en una resolución de la Asamblea General.

19. (Las resoluciones de 1980 y 1981) En adelante, y en los períodos de sesiones trigésimo quinto (1980) y trigésimo sexto (1981), se presentaron proyectos de resolución idénticos, en los que se incluían declaraciones semejantes a la de la resolución de 1978, preparadas casi por los mismos Estados (entre 20 y 30), presentados por la India y aprobados con una votación semejante, en que los Estados que se oponían eran cada vez los mismos y los que se abstendían eran cada vez los mismos (cuadro II, 3 y 4).

Cabe señalar, sin embargo, que la expresión relativa a la "amenaza de la utilización" de armas nucleares y la idea de que debían prohibirse no sólo "la utilización" sino además en forma paralela la "amenaza de la utilización" de armas nucleares se introdujo por primera vez sólo en 1980. El Estado patrocinante no dio ninguna explicación ni hubo un debate en las sesiones de la Asamblea General acerca de lo que constituiría la "amenaza de la utilización" de armas nucleares o, más en particular, respecto de si la "posesión" o la "producción" de armas nucleares constituiría "una amenaza de utilización".

Cuadro II

[Nota: se subrayan los Estados poseedores de armas nucleares en los términos del Tratado sobre la no proliferación. "R" indica votación registrada]

Votación de las Declaraciones de las Naciones Unidas relacionadas con el uso de las armas nucleares

1. "Declaración sobre la prohibición del uso de las armas nucleares v termonucleares" (1961)

Decimosexto periodo de sesiones (1961)

A/C.1/L.292 y Add.1 a 3: Patrocinado por: (12) Ceilán, Etiopía, Ghana, Guinea Indonesia, Liberia, Libia, Nigeria, Somalia, Sudán, Togo y Túnez

A/RES/1653 (XVI): Aprobada el 24 de noviembre de 1961 por 55 votos contra 20 y 26 abstenciones (R)

A favor: (55) URSS (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

En contra: (20) Australia, Bélgica, Canadá, Costa Rica, China, España, Estados Unidos, Francia, Grecia, Guatemala, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Nicaragua, Nueva Zelandia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Sudáfrica, Turquía

Abstenciones: (26) Argentina, Austria, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Federación de Malaya, Filipinas, Finlandia, Haití, Honduras, Irán, Islandia, Israel, Noruega, Pakistán, Panamá, Paraguay, Perú, Suecia, Tailandia, Uruguay, Venezuela

2. Resolución sobre la "No utilización de armas nucleares v prevención de la cruerra nuclear" (1978)

Trigésimo tercer periodo de sesiones (1978)

A/C.1/33/L.2: Patrocinado por: (34) Argelia, Argentina, Chipre, Etiopía, India, Indonesia, Malasia, Nigeria y Yugoslavia, a los que se agregaron posteriormente Angola, Barbados, Bhután, Bolivia, Burundi, Colombia, Congo, Cuba, Ecuador, Egipto, Guinea, Jordania, Liberia, Madagascar, Malí, Marruecos, Mauricio, Perú, República Árabe Siria, República Unida del Camerún, Rumania, Senegal, Sri Lanka, Uruguay y Zaire

A/RES/33/71 B: Aprobada el 14 de diciembre de 1978 por 103 votos contra 18 y 18 abstenciones

A favor: (103) China (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

En contra: (18) Alemania (República Federal de), Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Turquía

Abstenciones: (18) Austria, Bulgaria, Cuba, Checoslovaquia, El Salvador, España, Finlandia, Gabón, Hungría, Israel, Japón, Mongolia, Nicaragua, Polonia, República Democrática Alemana, RSS de Bielorrusia, RSS de Ucrania, Suecia, URSS

3. Resolución sobre la "No utilización de armas nucleares v prevención de la guerra nuclear" (1980)

Trigésimo quinto periodo de sesiones (1980)

A/C.1/35/L.22 : Patrocinada por: (24) Angola, Argelia, Argentina, Congo, Etiopía, India, Indonesia, Jamaica, Madagascar, Nigeria, Perú, Rumania, Sri Lanka, Uruguay, Yugoslavia y Zaire, a los que se agregaron posteriormente Bhután, Costa Rica, Chipre, Ecuador, Egipto, Malasia, Qatar y Yemen

A/RES/35/152 D: Aprobada el 12 de diciembre de 1984 por 112 votos contra 19 y 14 abstenciones (R)

A favor: (112) China (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

En contra: (19) Alemania (República Federal de), Australia, Bélgica, Dinamarca, Francia, Estados Unidos, Grecia, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Turquía

Abstenciones: (14) Austria, Bulgaria, Canadá, Checoslovaquia, España, Hungría, Malawi, Mongolia, Polonia, República Democrática Alemana, RSS de Bielorrusia, RSS de Ucrania, Suecia, URSS

4. Resolución sobre la "No utilización de armas nucleares v prevención de la guerra nuclear" (1981)

Trigésimo sexto período de sesiones (1981)

A/C.1/35/L.29: Patrocinada por : (30) Argelia, Argentina, Bahamas, Barbados, Bhután, Colombia, Chipre, Ecuador, Egipto, Etiopía, India, Indonesia, Jamaica, Jordania, Madagascar, Malasia, Nigeria, Perú, Rumania, Yemen y Yugoslavia, a los que posteriormente se agregaron Bangladesh, Congo, Ghana, Guinea, Malí, Niger, Qatar, Rwanda y Sri Lanka

A/RES/36/92 I: Aprobada el 9 de diciembre de 1981 por 121 votos contra 19 y 6 abstenciones (R)

A favor: (121) China, URSS (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

En contra: (19) Alemania (República Federal de), Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Turquía

Abstenciones: (6) Austria, Comoras, Finlandia, Grecia, Israel y Suecia

2) Las resoluciones aprobadas entre 1982 y 1995 respecto de la Convención sobre la prohibición de la utilización de armas nucleares

20. ¿El segundo período extraordinario de sesiones dedicado al desarme? La Asamblea General, que no estaba satisfecha con la evolución del desarme hasta ese momento, celebró en junio y julio de 1982 su segundo período de sesiones dedicado al desarme, es decir, el duodécimo período extraordinario de sesiones, y aprobó el informe de su Comisión ad hoc (Documentos Oficiales de la Asamblea General, duodécimo período extraordinario de sesiones. Suplemento No. 6, A/S-12/32) como "Documento de Clausura" de ese período de sesiones, en el que se hacía referencia a un proyecto de resolución propuesto por la India (entre diversos proyectos de resolución presentados en ese período de sesiones). El texto del proyecto de la India era el siguiente:

"La Asamblea General.

Decide aprobar la Convención internacional ... por la que prohíbe la utilización o la amenaza de la utilización de armas nucleares en ninguna circunstancia." (A/S-12/32, párr. 20; A/S-12/AC.1/L.4) (Se ha agregado el subrayado.)

El proyecto de "Convención sobre la prohibición de la utilización de armas nucleares" figuraba en el anexo de ese proyecto de resolución, y su texto era el siguiente:

"Los Estados Partes en la presente Convención,

Convencidos de que cualquier utilización de las armas nucleares constituye una violación de la Carta de las Naciones Unidas y un crimen de lesa humanidad,

Convencidos de que la presente Convención constituiría un avance hacia la completa eliminación de las armas nucleares que llevaría al desarme general y completo bajo un control internacional estricto y eficaz,

Decididos a proseguir las negociaciones para el logro de este objetivo,

Artículo 1. Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen solemnemente a no utilizar o amenazar con utilizar armas nucleares en ninguna circunstancia." (Se ha agregado el subrayado.)

De hecho ese proyecto de resolución con el proyecto de convención del anexo, presentado inicialmente por la India en ese período extraordinario de sesiones dedicado al desarme, fue presentado posteriormente por la India en cada período ordinario de sesiones de la Asamblea General desde 1982 hasta 1995, inclusive, según se explica más adelante.

21. (La resolución de 1982 relativa a la "Convención sobre la prohibición de la utilización de armas nucleares") La Asamblea General incluyó en el programa de su trigésimo séptimo período de sesiones (de 1982), que se reunió pocos meses después del segundo período extraordinario de sesiones dedicado al desarme, es decir, en el otoño de 1982, el tema siguiente: "Examen y aplicación del Documento de Clausura del duodécimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General"¹. Unos 20 Estados patrocinaron un proyecto de resolución (A/C.1/37/L.4), que presentó la India en la Primera Comisión. Ese proyecto de resolución, tras algunas revisiones de menor entidad hechas por los Estados que los patrocinaban, fue aprobado en sesión plenaria el 13 de diciembre de 1982 como resolución 37/100 C, titulada "Convención sobre la prohibición de la utilización de armas nucleares", en votación registrada de 117 votos a favor, 17 en contra y 8 abstenciones (cuadro III.1).

El texto de la resolución era el siguiente:

"La Asamblea General,

Reafirmando la declaración de que el uso de armas nucleares constituiría una violación de la Carta de las Naciones Unidas y un crimen de lesa humanidad ...

1. Pide al Comité de Desarme que, con carácter de prioridad, inicie negociaciones con el objeto de llegar a un acuerdo sobre una convención internacional sobre la prohibición de la utilización o la amenaza de la utilización de armas nucleares en cualquier circunstancia, adoptando como base el texto del proyecto de convención sobre la prohibición de la utilización de armas nucleares, que figura en el anexo ..." (se ha agregado el último subrayado).

El proyecto de convención, que había sido incluido en el proyecto de resolución presentado por la India al segundo período extraordinario de sesiones dedicado al desarme (citado en el párrafo 20 supra), figuraba en el anexo de esa resolución.

La resolución tenía su origen desde luego en el proyecto presentado por la India en el segundo período extraordinario de sesiones dedicado al desarme celebrado ese año, pero, a diferencia de la propuesta inicial de la India, que habría hecho que la Asamblea General misma decidiera aprobar una convención internacional, pedía que se iniciaran negociaciones en el Comité de Desarme, conocido actualmente como Conferencia de Desarme, con sede en Ginebra, con el objeto de llegar a un acuerdo acerca de una convención internacional "sobre la

¹ Se ha mantenido ese tema del programa hasta la actualidad en todos los períodos de sesiones de la Asamblea General, pero agregando el subtema "Convención sobre la prohibición de la utilización de armas nucleares" desde el trigésimo octavo período de sesiones hasta el cuadragésimo segundo, inclusive. A partir del cuadragésimo tercer período de sesiones el subtema se refirió simplemente a la Convención sobre la prohibición de la utilización de armas nucleares sin hacer mención alguna del informe del Comité de Desarme.

prohibición de la utilización o la amenaza de utilización de armas nucleares en cualquier circunstancia".

22. [La oración "la utilización o la amenaza de la utilización de armas nucleares en cualquier circunstancia"! La oración "la utilización o la amenaza de la utilización de armas nucleares en cualquier circunstancia" (se ha agregado el subrayado) se usó por primera vez en una resolución de la Asamblea General en 1982. Pero no se debatió la oración en la Asamblea General. Además, se usó inicialmente la oración en el contexto de una posible prohibición en una futura convención internacional.

Es importante señalar que la redacción de la pregunta en la solicitud presentada a la Corte: "¿Autoriza el derecho internacional en alguna circunstancia la amenaza o el empleo de armas nucleares?" (se ha agregado el subrayado), que parece haber tenido su origen en la oración usada en una resolución de la Asamblea General que databa de hacía 12 años (1982), es de hecho diferente en el sentido de que la pregunta de la solicitud de 1994 destaca la "amenaza" de las armas nucleares y deja abierta la posibilidad de que esta "amenaza" - no la "amenaza de la utilización" - pudiera interpretarse en el sentido de la "posesión" o la "producción" de esas armas. Es incluso más importante señalar que la oración "la amenaza y la utilización" se usó en la resolución de 1982 en un contexto bastante diferente, como expliqué antes, a saber, con respecto a una convención que se concertaría en el futuro.

23. (De 1983 a 1995) En el trigésimo octavo período de sesiones (1983) la Asamblea General, "observando con pesar que, en su período de sesiones de 1983, el Comité de Desarme no pudo comenzar [esas] negociaciones", reiteró su petición a la Conferencia de Desarme² en Ginebra.

"inicie negociaciones encaminadas al logro de un acuerdo sobre una convención internacional en que se prohíba la utilización o la amenaza de la utilización de armas nucleares en cualquier circunstancia, tomando como base el texto del [el proyecto de convención del anexo, que era idéntico al de 1982]."³

En cada período de sesiones de la Asamblea General celebrado desde 1982 hasta 1995 (períodos de sesiones trigésimo séptimo a quincuagésimo), en relación con el mismo tema del programa mencionado en el párrafo 21 *supra*, prácticamente los mismos Estados presentaron proyectos de resolución prácticamente idénticos con el proyecto de convención en el anexo, que no cambió en ese período de 14 años (proyectos de resolución que fueron presentados invariablemente por la India) y esos proyectos de resolución fueron aprobados como resultado prácticamente de la misma votación (cuadro III, 1 a 14). De hecho, en tanto que

² A partir del 7 de febrero de 1984, fecha de inicio de su período anual de sesiones, el Comité de Desarme pasó a denominarse Conferencia de Desarme.

³ La oración "con carácter prioritario" se abandonó a partir del cuadragésimo noveno período de sesiones (1994) y se agregó la palabra "posible" de manera que el texto dijera "como posible base" en el cuadragésimo octavo período de sesiones (1993).

el número de Estados patrocinadores se mantuvo casi constante, el número de Estados que adoptó una posición negativa respecto de la resolución aumentó.

24. (Repetición de resoluciones con el mismo contenido) La petición de la Asamblea General en Nueva York de que la Conferencia de Desarme en Ginebra iniciara negociaciones y la observación con pesar de que la Conferencia no lo hubiera hecho en el año anterior se reiteraron en todos los periodos de sesiones posteriores hasta el quincuagésimo (1995), prácticamente con las mismas palabras⁴. La repetición de las mismas resoluciones durante este período por más de 14 períodos de sesiones parece indicar que la Conferencia de Desarme (anteriormente Comité) nunca pudo o nunca intentó negociar con el objeto de lograr un acuerdo respecto de una convención internacional "sobre la prohibición de la utilización o la amenaza de la utilización de armas nucleares en cualquier circunstancia". En otras palabras, la acumulación de resoluciones no ha producido ningún efecto perceptible.

25. (Motivo de la solicitud de Opinión consultiva) Al parecer la solicitud de Opinión consultiva de 1994, particularmente en vista de la redacción de su texto que se refiere a "la amenaza o el empleo de armas nucleares en algunas circunstancias" (se ha agregado el subrayado), fue impulsado por un grupo de Estados, prácticamente los mismos que, desde 1982, habían patrocinado las resoluciones en que se instaba a la celebración de "una convención internacional en que se prohíba la utilización o la amenaza de la utilización de armas nucleares en cualquier circunstancia" (se ha agregado el subrayado) (resoluciones mencionadas en el cuadro III, 1 a 14), sin un debate significativo acerca de lo que querían decir las expresiones "utilización o amenaza de la utilización" o "en cualquier circunstancia". Considero probable que la "amenaza" de las armas nucleares, en la opinión de algunos de los Estados que patrocinan la resolución, comprendía la "producción" y la "posesión" de armas nucleares.

Ahora bien, la solicitud, al pretender preguntar si "autoriza el derecho internacional en alguna circunstancia la amenaza o el empleo de armas nucleares" (se ha agregado el subrayado) intentaba en realidad obtener el apoyo de la Corte a un supuesto axioma jurídico - la amenaza (que podría implicar la posesión o la producción) o el empleo de armas nucleares no están autorizados en derecho internacional en ninguna circunstancia - con el objeto de romper el estancamiento, con lo cual subsidiariamente se lograría acuerdo respecto de la convención que establecería la ilegalidad de las armas nucleares mismas. Para mí es bastante claro que esta solicitud se preparó y aprobó por motivos en elevado grado políticos que no corresponden al mandato auténticamente jurídico de una institución judicial. Esto, desde luego, no se ajusta al papel que la función consultiva de la Corte tiene que desempeñar esencialmente con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 del Artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas.

⁴ En las resoluciones de los períodos de sesiones cuadragésimo octavo y cuadragésimo noveno la parte del preámbulo, en la forma en que se citó en el texto, se simplificó de manera que su texto fuera "no pudo emprender negociaciones sobre este tema".

Cuadro III

[Nota: Se subrayan los Estados poseedores de armas nucleares en los términos del Tratado sobre la no proliferación. "R" indica votación registrada]

Votación de las resoluciones relacionadas con la "Convención sobre la Prohibición de la Utilización de Armas Nucleares" (1982-1995)

1. Trigésimo séptimo periodo de sesiones (1982)

A/C.1/37/L.4 y Rev.1: Patrocinado por: (20) Argelia, Argentina, Bahamas, Bangladesh, Bhután, Congo, Chipre, Ecuador, Egipto, Etiopía, Ghana, Guyana, Indonesia, Jamaica, Madagascar, Malí, Nigeria, Rumania, Yugoslavia y Zambia

A/RES/37/100 C: Aprobada el 13 de diciembre de 1982 por 117 votos contra 17 y 8 abstenciones (R)

A favor: (117) China, URSS (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

En contra: (17) Alemania (República Federal de), Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Francia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Turquía

Abstenciones: (8) Austria, Finlandia, Grecia, Guatemala, Irlanda, Israel, Japón y Paraguay

2. Trigésimo octavo período de sesiones (1983)

A/C.1/38/L.55: Patrocinado por: (16) Argelia, Argentina, Bahamas, Bangladesh, Bhután, Congo, Ecuador, Egipto, Etiopía, India, Indonesia, Madagascar, Nigeria, Rumania y Yugoslavia, a los que posteriormente se agregó Viet Nam

A/RES/38/73 G: Aprobada el 16 de diciembre de 1983 por 126 votos contra 17 y 6 abstenciones (R)

A favor: (126) China, URSS (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

En contra: (17) Alemania (República Federal de), Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Turquía

Abstenciones: (6) Austria, Filipinas, Grecia, Irlanda, Israel y Japón

3. Trigésimo noveno período de sesiones (1984)

A/C.1/39/L.50: Patrocinado por: (14) Argelia, Argentina, Bahamas, Bangladesh, Bhután, Ecuador, Egipto, Etiopía, India, Indonesia, Madagascar, Rumania, Viet Nam y Yugoslavia

A/RES/39/63 H: Aprobada el 12 de diciembre de 1984 por 128 votos contra 17 y 5 abstenciones (R)

A favor: (128) China, URSS (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

En contra: (17) Alemania (República Federal de), Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Turquía

Abstenciones: (5) Austria, Grecia, Irlanda, Israel y Japón 4. Cuadragésimo período de sesiones (1985)

A/C.1/40/L.26: Patrocinado por: (15) Argelia, Argentina, Bahamas, Bangladesh, Bhután, Ecuador, Egipto, Etiopía, India, Indonesia, Madagascar, Nigeria, Rumania, Viet Nam y Yugoslavia

A/RES/40/151 F: Aprobada el 16 de diciembre de 1985 por 126 votos contra 17 y 6 abstenciones (R)

A favor: (126) China, URSS (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

En contra: (17) Alemania (República Federal de), Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Turquía

Abstenciones: (6) Austria, Granada, Grecia, Irlanda, Israel y Japón

5. Cuadragésimo primer período de sesiones (1986)

A/C.1/41/L.49: Patrocinado por: (13) Argelia, Argentina, Bangladesh, Bhután, Ecuador, Egipto, Etiopía, India, Indonesia, Madagascar, Rumania, Viet Nam y Yugoslavia

A/RES/41/60 F: Aprobada el 3 de diciembre de 1986 por 132 votos contra 17 y 4 abstenciones (R)

A favor: (132) China, URSS (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

En contra: (17) Alemania (República Federal de), Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Turquía

Abstenciones: (4) Grecia, Irlanda, Israel y Japón

6. Cuadragésimo segundo período de sesiones (1987)

A/C.1/42/L.28: Patrocinado por: (13) Argelia, Argentina> Bangladesh, Bhután, Ecuador, Egipto, Etiopía, India, Indonesia, Rumania, Yugoslavia a los que posteriormente se agregaron Madagascar y Viet Nam

A/RES/42/39 C: Aprobada el 30 de noviembre de 1987 por 135 votos contra 17 y 4 abstenciones (R)

A favor: (135) China, URSS (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

En contra: (17) Alemania (República Federal de), Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Turquía

Abstenciones: (4) Grecia, Irlanda, Israel y Japón

7. Cuadragésimo tercer período de sesiones (1988)

A/C.1/43/L.55: Patrocinado por: (14) Argelia, Argentina, Bangladesh, Bhután, Ecuador, Egipto, Etiopía, India, Indonesia, Madagascar, Rumania, Viet Nam y Yugoslavia, a los que posteriormente se agregó Malasia

A/RES/43/76 E: Aprobada el 7 de diciembre de 1988 por 133 votos contra 17 y 4 abstenciones (R)

A favor: (133) China, URSS (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

En contra: (17) Alemania (República Federal de) , Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Noruega, , Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Turquía

Abstenciones: (4) Grecia, Irlanda, Israel y Japón

8. Cuadragésimo cuarto período de sesiones (1989)

A/C.1/44/L.39: Patrocinado por: (12) Argelia, Bangladesh, Bhután, Ecuador, Egipto, India, Indonesia, Malasia, Rumania, Viet Nam, Yugoslavia, a los que posteriormente se agregó Madagascar

A/RES/44/117 C: Aprobada el 15 de diciembre de 1989 por 134 votos contra 17 y 4 abstenciones (R) '

A favor: (134) China, URSS (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

En contra: (17) Alemania (República Federal de), Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Turquía

Abstenciones: (4) Grecia, Irlanda, Israel y Japón

9. Cuadragésimo quinto periodo de sesiones (1990)

A/C.1/45/L.25 : Patrocinado por: (14) Afganistán, Argelia, Argentina, Bangladesh, Bhután, Ecuador, Egipto, Etiopía, India, Indonesia, Madagascar, Malasia, Viet Nam y Yugoslavia

A/RES/45/59 B: Aprobada el 4 de diciembre de 1990 por 125 votos contra 17 y 10 abstenciones (R)

A favor: (125) China, URSS (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

En contra: (17) Alemania, Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Turquía

(10) Bulgaria, Checoslovaquia, Grecia, Hungría, Irlanda, Israel, Japón, Liechtenstein, Polonia y Rumania

Abstenciones :

10. Cuadragésimo sexto periodo de sesiones (1991)

A/C.1/46/L.20: Patrocinado por: (15) Afganistán, Argelia, Bangladesh, Bhután, Ecuador, Egipto, Etiopía, India, Indonesia, Madagascar, Malasia, Viet Nam y Yugoslavia, a los que posteriormente se agregaron Bolivia y la República Democrática Popular Lao

A/RES/46/37 D: Aprobada el 6 de diciembre de 1991 por 122 votos contra 16 y 22 abstenciones (R)

A favor: (122) China, URSS (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

En contra: (16) Alemania, Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos ■ Francia, Italia, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Turquía

Abstenciones : (22) Albania, Argentina, Austria, Bulgaria, Checoslovaquia, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Islas Marshall, Israel, Japón, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Polonia, República de Corea, Rumania, Samoa y Suecia

11. Cuadragésimo séptimo periodo de sesiones (1992)

A/C.1/47/L.33: Patrocinado por: (15) Argelia, Bangladesh, Bolivia, Costa Rica,

/...

A/RES/47/53 C: Aprobada el 9 de diciembre de 1992 por 126 votos contra 21 y 21 abstenciones (R)

- A favor: (126) China, URSS (no se reproducen los nombres de los otros Estados)
- En contra: (21) Alemania, Australia, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Checoslovaquia, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Hungría, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido y Turquía
- Abstenciones : (21) Armenia, Austria, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Grecia, Irlanda, Islas Marshall, Islas Salomón, Israel, Japón, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Malta, República de Corea, República de Moldova, Rumania, Samoa, San Marino y Suecia

12. Cuadragésimo octavo periodo de sesiones (1993)

A/C.1/48/L.13 y Rev.1 y 2: Patrocinado por: (20) Argelia, Bangladesh, Bhután, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Egipto, Etiopía, India, Indonesia, Madagascar, Malasia, México, República Democrática Popular Lao.

- A favor: (120) China (no se reproducen los nombres de los otros Estados)
- En contra: (23) Alemania, Andorra, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Dinamarca, Eslovaquia, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Hungría, Islandia, Italia, Luxemburgo, Mónaco, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido. República Checa y Turquía
- Abstenciones : (24) Albania, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Eslovenia, Estonia, ex República Yugoslava de Macedonia, Federación de Rusia, Georgia, Grecia, Irlanda, Islas Marshall, Israel, Japón, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Malta, Nueva Zelanda, República de Corea, República de Moldova, Rumania y Suecia

13. Cuadragésimo noveno periodo de sesiones (1994)

A/C.1/49/L.31: Patrocinado por: (20) Bangladesh, Bhután, Bolivia, Colombia, Ecuador, Egipto, Etiopía, Honduras, India, Indonesia, Madagascar, Malasia, México, Myanmar, República Democrática Popular Lao, República Popular Democrática de Corea, Sudán y Viet Nam, a los que posteriormente se agregaron Costa Rica y Haití

A/RES/49/76 E: Aprobada el 15 de diciembre de 1994 por 115 votos contra 24 y 31 abstenciones (R)

- A favor : China (115) (no se reproducen los nombres de los otros Estados)
- En contra: (24) Alemania, Andorra, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Eslovaquia, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Luxemburgo, Monaco, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania y Turquía
- Abstenciones : (31) Albania, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Belarús, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, Estonia, ex República Yugoslava de Macedonia, Federación de Rusia, Fiji, Georgia, Irlanda, Islas Marshall, Israel, Japón, Kazakstán, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Malta, Micronesia (Estados Federados de), Nueva Zelandia, República de Corea, República de Moldova, Samoa, Suecia, Tayikistán y Ucrania

14. Quincuagésimo período de sesiones (1995)

A/C.1/50/L.47: Patrocinado por: Bangladesh, Belice, Bhután, Bolivia, Botswana, Brunei Darussalam, Colombia, Ecuador, Egipto, Etiopía, Filipinas, Haití, India,

- A favor: (108) China (no se reproducen los nombres de los otros Estados)
- En contra: (27) Alemania, Andorra, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Dinamarca, Eslovaquia, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Mónaco, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania y Turquía
- Abstenciones : (28) Afganistán, Albania, Antigua y Barbuda, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Bahamas, Barbados, Belarús, Croacia, Eslovenia, Estonia, ex República Yugoslava de Macedonia, Federación de Rusia, Georgia, Guinea Ecuatorial, Irlanda, Israel, Japón, Liechtenstein, Malta, Nueva Zelandia, República de Corea, República de Moldova, Suecia, Ucrania y Uzbekistán
-

III. OTRO ASPECTO DEL DESARME NUCLEAR: EL DESARME
NUCLEAR EN EL PERÍODO DE LA GUERRA FRÍA Y EL
PROGRESO HACIA LA CONCERTACIÓN DEL TRATADO
SOBRE LA NO PROLIFERACIÓN

1) La carrera de armamentos nucleares y el control de las armas nucleares en el periodo de la guerra fría: el surgimiento del Tratado sobre la no proliferación

a) Evolución del desarme nuclear

26. (La carrera armamentista entre los Estados Unidos y la Unión Soviética) Tras el éxito del primer ensayo de armas nucleares de la Unión Soviética en 1949 y el primer ensayo de bombas de hidrógeno de los Estados Unidos en 1952, e incluso con la participación de Francia, el Reino Unido y posteriormente China en el grupo de los Estados que poseían armas nucleares, esas armas siguieron constituyendo una fuente de fricción entre los Estados Unidos y la Unión Soviética en el período de posguerra conocido como la guerra fría. No obstante, en forma paralela a la carrera armamentista entre ellos, los Estados Unidos y la Unión Soviética, que estaban plenamente conscientes de los efectos catastróficos de las armas nucleares una vez que se usaran efectivamente, reconocían que se necesitaban ciertas restricciones.

En su búsqueda de medios para lograr restricciones de la cantidad de armas nucleares estratégicas o incluso la congelación de esas armas, los Estados Unidos y la Unión Soviética hicieron la Declaración conjunta de los principios convenidos para las negociaciones de desarme (documento de las Naciones Unidas A/48/79) en 1961. Se incluía en el plan un proceso gradual de eliminación y suspensión de la producción de armas de destrucción masiva - las armas nucleares - y marcó el inicio de la negociación entre los dos países de las negociaciones sobre la limitación de las armas estratégicas (SALT I) en 1969, que terminó con la concertación del Tratado sobre la limitación de los sistemas de misiles antibalísticos, y fue seguida por SALT II en 1972. El Tratado sobre la Limitación de las Armas Estratégicas Ofensivas (Tratado SALT II) se celebró en 1979 pero jamás ha sido ratificado. Las negociaciones en el marco de las negociaciones sobre reducciones de armas estratégicas (START) comenzaron en 1982.

27. (Comité y posteriormente Conferencia de Desarme (CP) de Ginebra) Con el acuerdo de los Estados Unidos y la Unión Soviética y con el apoyo de las Naciones Unidas en virtud de la resolución 1722 (XVI), relativa a la "Cuestión del desarme" se creó en Ginebra en 1961 el Comité de Desarme de 18 Naciones (CDDN), compuesto por igual número de Estados de cada "bloque" - es decir cinco de cada lado, además de ocho países no alineados adicionales - como foro para el desarme mundial. El CDDN se convirtió en 1969 en la Conferencia del Comité de Desarme (CCD) con la participación de 26 Estados (que aumentaron a 31 en 1975) y, en virtud de la decisión del primer período extraordinario de sesiones dedicado al desarme de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1978 (cuando la conferencia estaba compuesta por 40 Estados, incluidos los cinco Estados poseedores de armas nucleares), cambió su nombre por el de Comité de

Desarme. Desde 1984 ha existido como Conferencia de Desarme (CD), órgano de las negociaciones de desarme.

28. (Tratado de Prohibición Parcial de los Ensayos) En un contexto internacional que incluía la crisis de los misiles cubanos de octubre de 1962 y con el acuerdo de los Estados Unidos y la Unión Soviética, el Tratado por el que se prohíben los ensayos con armas nucleares en la atmósfera, en el espacio ultraterrestre y debajo del agua (Tratado de Prohibición Parcial de los Ensayos) (PTBT), en el que eran partes originalmente los Estados Unidos, la Unión Soviética y el Reino Unido, se firmó en Moscú el 5 de agosto de 1963. Los signatarios se comprometieron:

"a prohibir, a prevenir, y a no llevar a cabo cualquier explosión de ensayo de armas nucleares, o cualquier otra explosión nuclear ... en la atmósfera, más allá de sus límites, incluido el espacio ultraterrestre o debajo del agua, incluidas las aguas territoriales o la alta mar" (art. 1) (Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 480, pág. 467).

Ese tratado había de tener duración ilimitada y se abrió a la firma por todos los Estados. Al 1º de enero de 1995, 99 Estados lo habían ratificado o se habían adherido a él y cinco lo habían firmado solamente. La prohibición completa de todos los ensayos nucleares, incluidos los ensayos subterráneos, no se había logrado al momento de escribirse esta opinión, en tanto que las negociaciones relativas al tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares se hallan actualmente en marcha.

29. (El primer período extraordinario de sesiones de las Naciones Unidas dedicado al desarme de 1978) La Asamblea General de las Naciones Unidas desde el comienzo, y con la estrecha colaboración del CDDN en Ginebra, ha aprobado, en forma paralela a las negociaciones bilaterales entre los Estados Unidos y la Unión Soviética respecto de las armas nucleares, algunas resoluciones relativas a esas armas, una de las cuales fue la resolución 1653 (XVI), de 1961, relativa a la "Declaración sobre la prohibición del uso de armas nucleares y termonucleares", que mencioné en el párrafo 16 supra (véase el cuadro I). Esa resolución de 1961, que encontró fuerte oposición y reservas, ha sido considerada durante mucho tiempo sin embargo como uno de los principales objetivos que debían lograrse en pro del desarme nuclear y ha llevado a la sucesión regular de resoluciones encaminadas a lograr que se concierte la convención sobre la prohibición y utilización de las armas nucleares, la que, sin embargo, aún no ha producido resultado alguno (véanse párrs. 20 a 25 supra).

Considerando las cuestiones del desarme nuclear como un problema de la paz y la seguridad mundiales, se celebró el primer período extraordinario de sesiones dedicado al desarme (décimo período extraordinario de sesiones) de la Asamblea General en mayo y junio de 1978 para sentar las bases de una estrategia internacional de desarme que procuraría el desarme general y completo bajo control internacional efectivo (véase párr. 17 supra).

El Documento Final de ese período extraordinario de sesiones incorporaba diversos principios, incluida la responsabilidad primordial de los Estados poseedores de armas nucleares en cuanto al desarme nuclear, la observancia de un

equilibrio aceptable de responsabilidades y obligaciones recíprocas de los Estados poseedores de armas nucleares y de los que no las poseían, la consideración de propuestas encaminadas a evitar el uso de las armas nucleares y la prevención de las guerras nucleares, y la no proliferación de las armas nucleares.

En un programa de acción que figura en ese Documento Final se indica que el objetivo último debe ser la eliminación completa de las armas nucleares y con tal objeto se estimula, entre otras cosas, cesar los ensayos de armas nucleares de todos los Estados en el marco de un proceso efectivo de desarme nuclear, dar seguridades a los Estados no poseedores de armas nucleares de su intención de abstenerse de todo uso o amenaza de uso de las armas nucleares, y estimular el establecimiento de zonas libres de armas nucleares sobre la base de acuerdos libremente concertados entre los Estados de la región en cuestión.

En respuesta a ese Documento Final del primer período extraordinario de sesiones dedicado al desarme, la Asamblea General, desde su trigésimo tercer período de sesiones, en 1978, ha incluido en su programa de todos los períodos de sesiones hasta la actualidad el "examen de la aplicación de las recomendaciones y decisiones del décimo período extraordinario de sesiones".

30. El segundo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General dedicado al desarme de 1982) Aunque la Asamblea General había observado que la evolución de los acontecimientos desde 1978 no había estado a la altura de las esperanzas generadas por ese período extraordinario de sesiones dedicado al desarme celebró el segundo período extraordinario de sesiones (el duodécimo período extraordinario de sesiones) en 1982 para examinar la aplicación de las recomendaciones y decisiones aprobadas por la Asamblea General en su anterior período de sesiones dedicado al desarme de 1978 (véase párr. 20 supra). El documento de clausura, es decir el informe de la Comisión ad hoc, fue aprobado en ese período extraordinario de sesiones (A/S-12/32).

Desde el trigésimo séptimo período de sesiones (1982), celebrado a fines de ese mismo año, la Asamblea General ha incluido en su programa en todos sus períodos de sesiones hasta la actualidad un tema titulado "Examen y aplicación del documento de clausura del duodécimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General". En relación con ese tema del programa la Asamblea General aprobó en su trigésimo séptimo período de sesiones (1982) diversas resoluciones relativas al desarme nuclear, entre las cuales figuraba una resolución titulada Convención sobre la Prohibición de la Utilización de Armas Nucleares (según se indicó en los párrafos 21 y 22 supra). La Asamblea General repitió una resolución casi idéntica desde 1982, durante un período de 14 períodos de sesiones, hasta 1995 (véase párr. 23 supra). El número de Estados patrocinadores no aumentó, pero la oposición a la resolución creció y las abstenciones de la votación se hicieron más numerosas. De hecho esa resolución no tuvo efecto alguno en ninguna de las ocasiones que se aprobó, de manera que la Asamblea General tuvo que reiterar en todos los períodos de sesiones su pesar de que no se hubieran hecho progresos en el año anterior. Nunca ha habido un debate de fondo, ya sea en las Naciones Unidas, en Nueva York, o en la Conferencia de Desarme, en Ginebra, respecto de la Convención sobre la

prohibición de la utilización o la amenaza de la utilización de armas nucleares en cualquier circunstancia.

b) Separación entre Estados poseedores de armas nucleares v Estados no poseedores de armas nucleares

31. (El Tratado sobre la no proliferación) En la atmósfera de distensión que provocó la concertación en 1963 del Tratado de proscripción total de los ensayos, los Estados Unidos y la Unión Soviética comenzaron a preocuparse de la prevención de la proliferación de armas nucleares a los Estados distintos de los que ya las poseían. Los Estados Unidos y la Unión Soviética presentaron conjuntamente el proyecto de tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares (Tratado sobre la no proliferación) en julio de 1968 en Ginebra, donde habían tenido lugar las negociaciones multilaterales con la participación de los Estados no poseedores de armas nucleares. El Tratado sobre la no proliferación, con el acuerdo de los Estados Unidos, la Unión Soviética y el Reino Unido, fue abierto a todos los Estados para su firma en tres ciudades: Londres, Moscú y Washington (Recueil des Traités. vol. 72 9, pág. 161). Entró en vigor el 5 de marzo de 1970 tras su ratificación por los tres Estados miembros iniciales y el depósito de los instrumentos de ratificación de otros 40 Estados signatarios (China y Francia ratificaron el Tratado sólo en 1992) .

Ese Tratado distingue claramente, por una parte, entre los Estados poseedores de armas nucleares, definidos como los que antes del 1º de enero de 1967 habían manufacturado y hecho explotar un arma nuclear u otro dispositivo nuclear, que se comprometían a no transferir armas nucleares a los Estados no poseedores de armas nucleares y a no ayudar, alentar o inducir a ninguno de esos Estados a fabricar o adquirir de otra manera armas nucleares (artículo I), y, por otra parte, los Estados no poseedores de armas nucleares se comprometían a no recibir de nadie ningún traspaso de armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos, a no fabricarlos ni adquirirlos de otra manera (artículo II). Sin embargo, el Tratado imponía a todos los Estados partes, independientemente de que fueran o no poseedores de armas nucleares, la obligación de celebrar negociaciones de buena fe sobre medidas eficaces relativas a la cesación de la carrera de armamentos y al desarme nuclear (artículo VI). Cabe señalar además que, en el primer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General dedicado al desarme, celebrado en 1978, los cinco Estados poseedores de armas nucleares dieron seguridades a los Estados no poseedores de armas nucleares que eran partes en el Tratado a no usar armas nucleares en contra de ellos.

El equilibrio de poder en lo que se refería a las armas nucleares se mantendría entre los Estados poseedores de armas nucleares y los que no las poseían por medio de ese Tratado aparentemente desigual, que de hecho reflejaba la realidad de las relaciones internacionales en los decenios de 1970 y 1980. Hasta fines de 1979, 111 Estados se habían hecho partes en ese Tratado y a fines de 1989 eran partes 138 Estados. Hasta la fecha el Tratado ha recibido 182 ratificaciones.

Veinticinco años después de la entrada en vigor de ese Tratado, en 1995, se debía convocar a una conferencia para decidir si el Tratado permanecería en vigor indefinidamente o si se prorrogaría por uno o más períodos suplementarios de duración determinada (párrafo 2 del artículo X).

32. (<u>Zona libre de armas nucleares: Tratado de Tlatelolco</u>)	El Tratado sobre
la no proliferación reconoció el derecho de cualquier grupo	de Estados a
concertar tratados regionales a fin de asegurar la ausencia total	de armas
nucleares en sus respectivos territorios (artículo VII).	

El Tratado para la Proscripción de las armas Nucleares en la América Latina (posteriormente se agregaron las palabras "y el Caribe") (el Tratado de Tlatelolco) fue firmado el 14 de febrero de 1967 por 14 Estados latinoamericanos (a los que posteriormente se sumaron otros 7 Estados) y entró en vigor el 22 de abril de 1968 (*Recueil des Traités*, vol. 634, pág. 282). Ese Tratado se elaboró con el objeto de tener carácter permanente y seguir vigente en forma indefinida (artículo 30) y actualmente tiene validez para 30 Estados de la región.

Los cinco Estados poseedores de armas nucleares estarían obligados a dar cumplimiento a ese Tratado con su aceptación del Protocolo Adicional II, en cuya virtud los Estados poseedores de armas nucleares "se comprometen, además, a no emplear armas nucleares y a no amenazar con su empleo contra las Partes Contratantes del Tratado" (artículo 3). La Asamblea General de las Naciones Unidas, en las resoluciones que aprobó en períodos de sesiones sucesivos (resoluciones 2286 (XXII), 2456 (XXIII), etc.) acogió ese Tratado con especial satisfacción e invitó a los cinco Estados poseedores de armas nucleares a ratificar ese Protocolo Adicional, en cuya virtud pasarían a obligarse por el Tratado. De hecho, los cinco Estados poseedores de armas nucleares habían firmado y ratificado sucesivamente el Protocolo Adicional II a fines del decenio de 1970, pero acompañaron sus acciones con declaraciones en cuya virtud les agregaban reservas.

33. (Tratado de Rarotonga) Después del Tratado de Tlatelolco, que abarcaba la región latinoamericana, ocho Estados firmaron el 6 de agosto de 1985, el Tratado sobre la zona desnuclearizada del Pacífico Sur (Tratado de Rarotonga) en el Foro del Pacífico Sur, con la adición posterior de otra firma, a fin de prever el abandono de los instrumentos de explosión nuclear, la prevención de su emplazamiento por Estados poseedores de armas nucleares y la prevención de los ensayos (*Recueil des Traités*. No. 24592, de 2 de enero de 1987) . El Tratado entró en vigor el 11 de diciembre de 1986 y tiene carácter permanente, por lo cual estará en vigor indefinidamente (artículo 13) y es actualmente válido entre los 12 Estados de la región.

El Protocolo 2, que tenía por objeto procurar el acuerdo de los cinco Estados poseedores de armas nucleares para que no utilizaran ni amenazaran con utilizar dispositivo nuclear explosivo alguno en contra de las Partes en el Tratado (artículo 1), había sido firmado y ratificado en 1988 por China y la Unión Soviética, instrumento al que cada uno agregó algunas reservas. La firma del instrumento por los Estados Unidos, Francia y el Reino Unido hubo de esperar hasta marzo de 1996.

2) Perpetuación del régimen del Tratado sobre la no proliferación a) Tratado sobre la no proliferación

34. (Fin de la guerra fría) El colapso de los regímenes de Europa oriental, que se inició con la destrucción del muro de Berlín en noviembre de 1989 y la disolución de la Unión Soviética y que condujo al término de la guerra fría, tuvo efecto muy fuerte sobre la cuestión de las armas nucleares a fines del decenio de 1980 y comienzos del decenio de 1990.

35. (Expectativas del tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares) Desde la concertación del Tratado de prohibición parcial de los ensayos en 1963, la proscripción completa de todos los ensayos nucleares explosivos ha sido la tarea política más importante - en Ginebra en particular - y pasó a ser, al aproximarse 1995, un asunto sumamente esencial para los Estados poseedores de armas nucleares lograr la prórroga indefinida del Tratado sobre la no proliferación, con lo cual se perpetuaría el régimen de ese Tratado. Cuando la Conferencia de Examen del Tratado sobre la no proliferación se interrumpió en 1990 como consecuencia del conflicto relativo al Tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares la atención se concentró en este Tratado. Los Estados poseedores de armas nucleares habían tomado conciencia de que, si lograban la prórroga indefinida del Tratado sobre la no proliferación, tendrían que renunciar a los ensayos proyectados de armas nucleares.

En 1991 se incluyó por primera vez el "Tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares" como tema independiente y consolidado de la Asamblea General y una propuesta patrocinada por 45 Estados fue aprobada el 6 de diciembre de 1991 por 147 votos a favor, 2 en contra y 4 abstenciones, y pasó a ser la resolución 46/29, titulada "Tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares" (cuadro IV, 1). Los Estados Unidos y Francia votaron en contra, y China y el Reino Unido se abstuvieron. Esa resolución requería que todos los Estados hicieran todo lo posible por lograr la suspensión definitiva de todas las explosiones de ensayos nucleares y pedía a la Conferencia de desarme que siguiera adelante con sus negociaciones.

36. (Negociaciones en Ginebra) Las negociaciones verdaderas se iniciaron en Ginebra en 1992 y posteriormente ese año la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 9 de diciembre de 1992 la resolución 47/47, que era prácticamente idéntica a la resolución anterior, por 159 votos a favor, 1 en contra y 4 abstenciones (cuadro IV, 2). Se observó que, aunque los Estados Unidos votaron en contra, Francia, tal vez debido a la modificación de su política nacional, ya no votó en contra sino que se abstuvo. Los Estados Unidos habían cambiado asimismo su política al iniciarse el mandato del Presidente Clinton en enero de 1993, así como atendido el hecho de que pronto llegaría el momento de prorrogar el Tratado sobre la no proliferación. De esta manera, el proyecto de resolución sobre el "Tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares" fue patrocinado en 1993 por 157 Estados, incluidos los Estados Unidos, y aprobado sin votación, como resolución 48/70 (cuadro IV, 3).

De hecho, con las negociaciones relativas al Tratado a la Conferencia de Desarme de Ginebra en 1994 se inició la esperanza auténtica de que pudiera redactarse el tratado. La Asamblea General, en su cuadragésimo noveno período de sesiones, aprobó el 15 de diciembre de 1994, nuevamente sin votación, como resolución 49/70, el proyecto sobre el mismo tema, patrocinado por primera vez por los cinco Estados poseedores de armas nucleares. En esa resolución se instaba a todos los Estados que participaban en la Conferencia de Desarme a que llevaran activamente, como tarea altamente prioritaria, la negociación y concertación de un tratado universal de prohibición completa de los ensayos, que contribuyera al desarme nuclear y a impedir la proliferación de las armas nucleares en todos sus aspectos (cuadro IV, 4).

Se dijo que, a fin de contar con la aplicación efectiva del artículo VI del Tratado sobre la no proliferación, como se señaló en el párrafo 31 *supra*, se esperaba que la Conferencia de Desarme terminara las negociaciones a más tardar en 1996. En 1995 la Asamblea General, en su quincuagésimo período de sesiones, aprobó nuevamente la resolución 50/65, sobre el Tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares, sin votación (cuadro IV, 5) y se espera celebrar en 1996 el Tratado.

b) Prórroga indefinida del Tratado sobre la no proliferación

37. (Convocación de la Conferencia) Pese al hecho de que el Tratado sobre la no proliferación de 1968 ha sido considerado desde luego como desigual, el monopolio de las armas nucleares de parte de un número limitado de Estados y la prevención de la proliferación de las armas nucleares a otros Estados ha sido desde hace tiempo la clave de la doctrina de disuasión nuclear. Con arreglo a ese Tratado se convocaría en 1995 a una Conferencia para decidir si el Tratado permanecería en vigor indefinidamente o si se prorrogaría por uno o más períodos suplementarios de duración determinada (párrafo 2 del artículo X). La Asamblea General, en su cuadragésimo séptimo período de sesiones (1992), aprobó en votación registrada de 168 votos a favor, ninguno en contra y ninguna abstención (la India informó posteriormente a la Asamblea que había tenido el propósito de abstenerse) la resolución 47/52 A, en que tomó nota de la decisión de las partes en el Tratado de formar el Comité Preparatorio de la conferencia encargada de examinar el funcionamiento del Tratado y de decidir si se prorrogaría, la que se reuniría en mayo de 1993, y pidió al Secretario General que prestara la asistencia necesaria. De conformidad con la decisión del Comité Preparatorio la Conferencia se celebró en abril y mayo de 1995 en Nueva York,

38. (Garantías dadas por los Estados poseedores de armas nucleares respecto de la seguridad) Con el fin de perpetuar el régimen del Tratado sobre la no proliferación fue necesario que los Estados poseedores de armas nucleares dieran algunas garantías a los Estados que no las poseían respecto del uso de esas armas. Antes de la Conferencia de abril y mayo de 1995 los cinco Estados poseedores de armas nucleares procedieron, a comienzos de abril de 1995, a formular sus respectivas declaraciones, en que daban garantías de seguridad en cuanto a su propósito de abstenerse de todo uso de las armas nucleares contra los Estados que no poseían armas nucleares y que fueran partes en el Tratado sobre la no proliferación. El Consejo de Seguridad, en su resolución 984 (1995), de 11 de abril de 1995, tomó "nota con reconocimiento de las

declaraciones hechas" por los cinco Estados poseedores de armas nucleares. Las garantías dadas por los Estados poseedores de armas nucleares eran más o menos idénticas, indicando que "[cada Estado] no empleará armas nucleares contra los Estados no poseedores de armas nucleares que sean partes en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares" (S/1995/261, la Federación de Rusia, S/1995/262, el Reino Unido, S/1995/263, los Estados Unidos, S/1995/264, Francia) salvo que China dio la garantía de seguridad de comprometerse "a no ser el primer país en utilizar armas nucleares en ningún momento y bajo ninguna circunstancia" y de comprometerse "a no utilizar ni amenazar con utilizar armas nucleares contra Estados no poseedores de esas armas ni contra zonas libres de armas nucleares en ningún momento ni bajo ninguna circunstancia" (S/1995/265). De hecho, se había dado una garantía de seguridad semejante cinco años antes, en 1990.

39. (La prórroga indefinida del Tratado sobre la no proliferación) Participaron en la Conferencia 175 Estados partes y 10 Estados que no lo eran enviaron observadores. La Conferencia decidió que "el Tratado continuará en vigor indefinidamente" (decisión 3), por cuanto existía una mayoría entre los Estados Partes en el Tratado en favor de su prórroga indefinida, de conformidad con lo previsto en el párrafo 2 del artículo X. Los Estados poseedores de armas nucleares, si bien aspiraban en la medida de lo posible al desarme nuclear y la no utilización de las armas nucleares, no alteraron su posición'. Por otra parte, los Estados no poseedores de armas nucleares, si bien expresaron su reconocimiento de los esfuerzos hechos por los Estados poseedores de armas nucleares para propiciar el desarme nuclear, convinieron en que los Estados poseedores de armas nucleares, dada su condición privilegiada, siguieran siendo los únicos Estados que tuvieran armas nucleares. La Asamblea General tomó nota de esa decisión de la Conferencia en su resolución 50/70 Q, relativa a la "Conferencia de 1995 de las Partes encargada del examen y la prórroga del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares", aprobada el 12 de diciembre de 1995 en votación registrada de 161 votos a favor, ninguno en contra y con la abstención sólo de la India e Israel.

En consecuencia, puede decirse que el régimen del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares ha sido de esta manera firmemente establecido por la comunidad internacional.

40. (Tratados relativos a zonas libres de armas nucleares) Después de los Tratados de Tlatelolco y Rarotonga se han concertado nuevos tratados para ampliar las zonas libres de armas nucleares de conformidad con el artículo VII del Tratado sobre la no proliferación.

En el Asia sudoriental se firmó en Bangkok en diciembre de 1995 un Tratado sobre las regiones libres de armas nucleares con ocasión de la Conferencia de los Jefes de Estado de la Asociación de Naciones del Asia sudoriental por 10 Estados de esa zona, Tratado que debe seguir en vigor indefinidamente. Se abrió el Protocolo a la firma de los cinco Estados poseedores de armas nucleares. Se informó de que China y los Estados Unidos se habían negado a firmar el Protocolo en razón de que el Tratado abarcaba la zona económica exclusiva y la plataforma continental de la región.

En África, donde Sudáfrica renunció a sus armas nucleares, el establecimiento de una zona libre de armas nucleares se hizo realidad, y la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su cuadragésimo noveno período de sesiones (1994), aprobó la resolución 49/138, relativa a la "Creación de una zona libre de armas nucleares en África", en que se pedía al Secretario General que, en consulta con la Organización de la Unidad Africana, adoptara las medidas pertinentes para finalizar la redacción de un Tratado sobre una zona libre de armas nucleares en África. En junio de 1995, después de decidirse la prórroga del Tratado sobre la no proliferación, la Conferencia de Jefes de Estado de la OUA aprobó el Tratado sobre una zona libre de armas nucleares en África (el Tratado de Pelindaba), que fue firmado por 42 Estados africanos el 11 de abril de 1996 en el Cairo. China, los Estados Unidos, Francia y el Reino Unido firmaron al mismo tiempo el protocolo I, en cuya virtud se comprometieron a no utilizar armas nucleares ni amenazar con su uso contra las Partes en el Tratado. El Tratado tiene duración ilimitada y debe seguir en vigor indefinidamente.

41. (Conclusión) De lo anterior se puede concluir que, por una parte, el régimen del Tratado sobre la No Proliferación, que presupone la posesión de armas nucleares por los cinco Estados poseedores de armas nucleares, ha quedado firmemente establecido y que, por otra parte, ellos a su vez dan garantías de seguridad a los Estados no poseedores de armas nucleares mediante ciertas declaraciones que han formulado en el Consejo de Seguridad. Además, esos Estados poseedores de armas nucleares, en la medida en que se adhieren a los Protocolos que figuran en el apéndice de los respectivos tratados de zonas libres de armas nucleares, están obligados a no utilizar armas nucleares contra los Estados partes en los tratados respectivos y a no amenazarlos con su utilización.

No puede pasarse por alto esta realidad. Es sumamente improbable que esos Estados poseedores de armas nucleares utilicen esas armas, incluso entre ellos, pero no puede excluirse totalmente el uso de esas armas nucleares en ciertas circunstancias especiales. Ese es el significado del Tratado sobre la no proliferación. En general se acepta que este régimen del Tratado sobre la no proliferación es un mal necesario en el contexto de la seguridad internacional, en el que la doctrina de la disuasión nuclear sigue siendo significativa y válida.

Cuadro IV

[Nota: Se subrayan los Estados poseedores de armas nucleares en los términos del Tratado sobre la no proliferación. "R" indica votación registrada]

Resoluciones de la Asamblea General sobre el "Tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares"

1. Cuadragésimo sexto periodo de sesiones (1991)

A/C.1/46/L.4: Patrocinado por: (45) URSS (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

A/RES/46/29: Aprobada el 6 de diciembre de 1991 por 147 votos contra 2 y 4 abstenciones (R)

A favor: (147) URSS (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

En contra: (2) Estados Unidos, Francia

Abstenciones: (4) China, Israel, Micronesia (Estados Federados de), Reino Unido

2. Cuadragésimo séptimo período de sesiones (1992)

A/C.1/47/L.37: Patrocinado por: (99) Federación de Rusia (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

A/RES/47/47: Aprobada el 9 de diciembre de 1992 por 159 votos contra 1 y 4 abstenciones (R)

A favor: (159) Federación de Rusia (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

En contra: (1) Estados Unidos

Abstenciones: (4) China, Francia, Israel, Reino Unido

3. Cuadragésimo octavo periodo de sesiones (1993)

A/C.1/48/L.40: Patrocinado por: (159) Estados Unidos, Federación de Rusia (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

A/RES/48/70: Aprobada sin votación el 16 de diciembre de 1993.

4. Cuadragésimo noveno periodo de sesiones (1994)

A/C.1/49/L.22/Rev.1: Patrocinado por: (87) China, Estados Unidos, Federación de Rusia, Francia, Reino Unido (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

A/RES/49/70: Aprobada sin votación el 15 de diciembre de 1994

5. Quincuagésimo periodo de sesiones (1995)

A/C.1/50/L.8/Rev.1: Patrocinado por (91) Estados Unidos, Federación de Rusia, Francia, Reino Unido (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

A/RES/50/65: Aprobada sin votación el 12 de diciembre de 1995

3) Significado del régimen del Tratado sobre la no proliferación en el periodo en que sigue siendo válida la doctrina de la disuasión nuclear

42. (Objetivo último de la eliminación de las armas nucleares) La resolución patrocinada y presentada por el Japón, titulada "Desarme nuclear con miras a la eliminación definitiva de las armas nucleares", fue aprobada el 15 de diciembre de 1994 como resolución 49/75 H por la Asamblea General en su cuadragésimo noveno período de sesiones (1994) en votación registrada de 163 votos a favor, ninguno en contra y 8 abstenciones (cuadro V, 1). En esa resolución la Asamblea General "insta a los Estados que no son partes en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares a que se adhieran a éste a la brevedad posible" y "hace un llamamiento a los Estados poseedores de armas nucleares para que prosigan sus esfuerzos en pro del desarme nuclear con el objetivo último de eliminar las armas nucleares en el marco del desarme general y completo" (se ha agregado subrayado).

"Tras decidirse en mayo de 1995 que se prorrogaría en forma indefinida el Tratado sobre la no proliferación, la Asamblea General aprobó el 12 de diciembre de 1995, en su quincuagésimo período de sesiones, la resolución 50/70 C, en que hacía "un llamamiento a los Estados poseedores de armas nucleares para que desplieguen decididamente esfuerzos sistemáticos y progresivos en pro de la reducción de las armas nucleares en todo el mundo, con el objetivo último de la eliminación de esas armas", y pedía "a todos los Estados que cumplieran cabalmente sus compromisos en materia de desarme y no proliferación de armas de destrucción en masa" (se ha agregado el subrayado) (cuadro V, 2).

Cabe señalar que el mismo día se aprobó otra resolución semejante, titulada "Desarme nuclear", en la que se proponían medidas de desarme nuclear con miras a la eliminación total de las armas nucleares dentro de un plazo determinado, se aprobó el mismo día como resolución 50/70 P, pero encontró fuerte oposición, como se refleja en la votación registrada de 103 votos a favor, 39 en contra y 17 abstenciones (cuadro V, 3) .

Cuadro V

[Nota: Se subrayan los Estados poseedores de armas nucleares en los términos del Tratado sobre la no proliferación. "R" indica votación registrada]

Resoluciones de la Asamblea General sobre el "Desarme nuclear con miras a la eliminación definitiva de las armas nucleares"

1. Cuadragésimo noveno periodo de sesiones (1994)

A/C.1/49/L.33/Rev.1: Patrocinado por: Japón

A/RES/49/75 H: Aprobada el 15 de diciembre de 1994 por 163 votos a favor, ninguno en contra y 8 abstenciones (R)

A favor: (163) China, Federación de Rusia (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

En contra: Ninguno

Abstenciones: (8) Brasil, Cuba, Estados Unidos, Francia, India, Israel, Reino Unido, República Popular Democrática de Corea

2. Quincuagésimo periodo de sesiones (1995)

A/C.1/50/L.17/Rev.2: Patrocinada por: Japón, al que posteriormente se agregaron Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Finlandia, Irlanda, Islandia, Italia, Malta, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Polonia, Suecia y Venezuela

A/RES/50/70 C: Aprobada el 12 de diciembre de 1995 por 154 votos contra ninguno y 10 abstenciones (R)

A favor: (154) Estados Unidos, Federación de Rusia, Francia, Reino Unido (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

En contra: Ninguno

Abstenciones: . (10) Argelia, Brasil, China, Cuba, India, Irán, Israel, Myanmar, Pakistán y República Popular Democrática de Corea

Resolución de la Asamblea General sobre el "Desarme nuclear"

3. Quincuagésimo periodo de sesiones (1995)

A/C.1/50/L.46/Rev.1 : Patrocinado por: Angola, Argelia, Bangladesh, Camboya, Colombia, Cuba, Ecuador, Egipto, Fiji, Filipinas, Ghana, India, Indonesia, Irán (República Islámica del), Iraq, Islas Marshall, Kenya, Malasia, Mauricio,

México, Mongolia, Myanmar, Nigeria, Pakistán, Papua Nueva Guinea, República Unida de Tanzania, República Popular Democrática de Corea, Samoa, Sri Lanka, Sudán, Tailandia, Viet Nam y Zimbabwe A/RES/50/70 P: Aprobada el 12 de diciembre de 1995 por 106 votos contra 39 y 17 abstenciones (R)

A favor: (106) China (no se reproducen los nombres de los otros Estados)

En contra: (39) Albania, Alemania, Andorra, Argentina, Austria, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, ex República Yugoslava de Macedonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Mónaco, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República de Moldova, República Checa, Rumania, Suecia y Turquía

Abstenciones: (17) Antigua y Barbuda, Armenia, Australia, Azerbaiyán, Bahamas, Belarus, Benin, Croacia, Chipre, Federación de Rusia, Georgia, Guinea Ecuatorial, Japón, Kazakstán, Nueva Zelandia, República de Corea y Ucrania

IV. OBSERVACIONES FINALES

1} Nuevo examen de la solicitud de una Opinión consultiva dirigida por la Asamblea General a la Corte

43. (Nuevo examen de la solicitud) He demostrado, en primer lugar, que la solicitud contenida en la resolución 49/75 K de la Asamblea General, cuyo texto es: "¿Autoriza el derecho internacional en alguna circunstancia la amenaza o el empleo de armas nucleares?", es, de hecho, sólo una solicitud dirigida a la Corte para que apoye lo que, en opinión de quienes la redactaron, es un axioma jurídico, que la amenaza o el empleo de armas nucleares no está autorizado por el derecho internacional en ninguna circunstancia, por lo cual no se puede considerar como una solicitud de Opinión consultiva en el auténtico sentido del texto del párrafo 1 del Artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas.

En segundo lugar, sostengo que la solicitud contiene un elemento de incertidumbre en cuanto al significado de la oración "la amenaza o el empleo de armas nucleares" por oposición a "la utilización o la amenaza de utilización de armas nucleares", y no aclara en forma alguna el concepto de "amenaza", lo que hace que se plantee la cuestión de si se debe o no incluir la posesión o la producción de armas nucleares como objeto de la solicitud. En mi opinión había razón suficiente para creer que, dados los antecedentes de la redacción del texto, algunos Estados tenían presente la ilegalidad absoluta de las armas nucleares mismas.

/...

En tercer lugar, como puede verse en los travaux préparatoires de la solicitud, la aprobación de esa resolución distó de constituir un consenso de la Asamblea General (véanse los párrafos 6 a 14 supra).

44. (Detención del movimiento hacia un acuerdo relativo a la convención crue prohíba la utilización de armas nucleares) En la evolución del desarme nuclear en el foro de las Naciones Unidas el movimiento encaminado a la concertación de un tratado con el fin de prohibir totalmente la "utilización o la amenaza de la utilización de armas nucleares" se hallaba detenido por más de 10 años, es decir, desde 1982 hasta 1994. El apoyo a las reiteradas resoluciones sobre el desarme en la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York no aumentó sino que más bien disminuyó (véase el cuadro III supra), y la Conferencia de Desarme de Ginebra no hizo intento alguno por responder favorablemente a esas resoluciones ni inició negociaciones encaminadas a lograr acuerdo respecto de una convención de ese tipo.

Con los antecedentes de esa situación, un grupo de Estados, estimulados por unas pocas organizaciones no gubernamentales, trataron de salir de ese estancamiento obteniendo el apoyo de la Corte a un supuesto axioma jurídico a fin de avanzar hacia una convención contra las armas nucleares en todo el mundo. No tengo duda alguna de que la solicitud se preparó y redactó no con el fin de determinar la situación del derecho internacional vigente sobre el tema sino para tratar de propiciar la eliminación total de las armas nucleares, es decir, con motivos muy políticos. Esa razón, entre otras, explica por qué en 1994 la resolución 49/75 K, aunque se aprobó en la Asamblea General con el apoyo de 78 Estados, encontró 43 objeciones, en tanto que 38 Estados se abstuvieron en la votación.

45. (La realidad del régimen del Tratado sobre la no proliferación) La realidad de la sociedad internacional dista mucho de los deseos expresados por ese grupo de Estados que apoyó la resolución 49/75 K. Durante la guerra fría el monopolio de las armas nucleares por cinco Estados y la prevención de la proliferación más allá de ese círculo limitado se consideraron condiciones esenciales e indispensables para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como lo demostró la concertación del Tratado sobre la no proliferación de 1968., que distinguió claramente entre los cinco Estados poseedores de armas nucleares y los Estados que no las poseían. La doctrina, o estrategia, de la disuasión nuclear, independientemente de cómo se considere y critique desde ángulos diferentes y de diferente manera, constituye la base del régimen del Tratado sobre la no proliferación, que ha sido legitimado por el derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario, en los últimos decenios.

La situación se ha mantenido sin alteraciones hasta la actualidad, incluso en el período posterior a la guerra fría. En 1995 se prorrogó indefinidamente la vigencia del Tratado sobre la no proliferación de 1968. En esa atmósfera internacional, en que el desarme nuclear está incompleto y el desarme general y completo es una quimera, una prohibición total de esas armas tendría que considerarse un rechazo de la fundamentación jurídica del Tratado. Si la prohibición total de las armas nucleares era la fuerza que impulsó la solicitud,

entonces sólo se habría podido formular la pregunta contenida en la resolución 49/75 K en desafío del régimen del Tratado sobre la no proliferación vigente en ese momento.

Hay otro punto que no se puede pasar por alto. Como cuestión de hecho los Estados poseedores de armas nucleares han tendido a comprometerse a no utilizar ni amenazar con utilizar armas nucleares contra los Estados de algunas regiones determinadas amparados por tratados de zonas libres de armas nucleares y esos cinco Estados poseedores de armas nucleares, a comienzos de 1995, dieron garantías de seguridad mediante declaraciones formuladas en el Consejo de Seguridad en que se comprometían a no utilizar ni amenazar con utilizar esas armas contra los Estados que no las poseían. Es decir, si se respetan las obligaciones jurídicas, en la actualidad hay escaso riesgo de que los cinco Estados poseedores declarados de armas nucleares usen armas nucleares. En esas circunstancias en 1994 no había necesidad inminente de plantear la pregunta relativa a la legalidad o ilegalidad de las armas nucleares.

46. (Caricatura del procedimiento consultivo) En la atmósfera en que estaba por legitimarse el régimen del Tratado sobre la no proliferación por un período indefinido, y en un momento en que no había probabilidad alguna del uso de armas nucleares por los cinco Estados poseedores de armas nucleares, el mismo día, el 15 de diciembre de 1994, se pidió a la Asamblea General en la resolución 49/76 E, relativa a la "Convención sobre la prohibición de la utilización de armas nucleares", que solicitara a la Conferencia de Desarme de Ginebra que preparara una convención de ese tipo (sin grandes esperanzas de éxito), y se le pidió además que aprobara otras dos resoluciones en relación con el mismo tema del programa, "Desarme general y completo", una, la resolución 49/75 H, encaminada al objetivo último de eliminar las armas nucleares, y la otra, la resolución 49/75 K, en que se pedía que la Corte apoyara la idea de que las armas nucleares eran ilegales en el derecho internacional contemporáneo. Esto es sumamente contradictorio. No había necesidad ni justificación racional, en las circunstancias existentes en 1994, para que la Asamblea General recabara la Opinión consultiva de la Corte respecto de la legalidad o ilegalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares. En mi opinión, esto no es sino una caricatura del procedimiento consultivo.

2) Papel de la función consultiva y la discrecionalidad de la Corte para negarse a dar una Opinión consultiva

47. (Función de la Opinión consultiva) La Corte Internacional de Justicia tiene competencia no sólo en tanto órgano judicial sino además para dar opiniones consultivas. No obstante, la función consultiva es una función dudosa de un órgano judicial y no la ejerció ningún tribunal internacional hasta la Corte Permanente de Justicia Internacional, que la introdujo por primera vez en medio de la incertidumbre y la controversia. La función consultiva ha sido incorporada al papel de la Corte Internacional de Justicia paralelamente a su función contenciosa, pero sigue siendo considerada una excepción y una función incidental de la Corte. Por este motivo, a diferencia del ejercicio de su jurisdicción contenciosa, la Corte tiene discreción para ejercer su función consultiva, como se indica en el Artículo 65 del Estatuto, según cuyo texto la "Corte podrá emitir opiniones consultivas ..." (se ha agregado el subrayado).

48. (Una negativa a formular una Opinión consultiva en el periodo de la Corte Permanente) La Corte Permanente se negó una vez a adoptar una opinión pero no porque hubiera ejercitado su facultad discrecional al hacerlo. En el periodo de la Corte Permanente la función consultiva desempeñó un papel relativamente importante en la solución de controversias entre Estados (como los asuntos contenciosos), y en asuntos que implicaban una controversia interestatal se requería el consentimiento de los Estados partes en la controversia para que se formulara una Opinión consultiva. El asunto de Carelia oriental en 1923 fue muy importante en ese sentido y fue el único caso en que la Corte Permanente se negó a dar una Opinión consultiva. En ese caso, que estaba relacionado con la interpretación de una declaración relativa a la situación autónoma de Carelia oriental en el Tratado de paz de Dorpat de 1920 entre Finlandia y Rusia, Finlandia apeló en primer lugar al Consejo de la Sociedad de las Naciones para que pidiera a la Corte una Opinión consultiva. Rusia, que no era miembro de la Sociedad de las Naciones, se opuso a esa petición. Además de actuaciones ante la Corte en que Rusia no estuvo representada, la Corte, al negarse a dar una Opinión consultiva, indicó su falta de disposición a llevar adelante el asunto en esas circunstancias e invocó un principio bien establecido de derecho internacional en el sentido de que "ningún Estado, sin su consentimiento, puede ser obligado a presentar sus controversias con otros Estados ya sea a mediación o arbitraje, ni a cualquier otro tipo de arreglo pacífico" (C.P.J.I., serie B, No. 5, pág. 27).

En todos los casos de opiniones consultivas en el periodo de la Corte Permanente que implicaban controversias entre Estados y que siguieron al asunto de Carelia oriental se recabó el consentimiento del Estado interesado por anticipado o había al menos una garantía de que ninguna de las partes en la controversia objetaría el procedimiento. Dadas las circunstancias, el precedente del asunto de Carelia oriental en la forma en que lo resolvió la Corte anterior no es pertinente al asunto actual.

49. (Función consultiva de la Corte Internacional de Justicia) De las 20 opiniones consultivas que la Corte Internacional de Justicia ha dado hasta la fecha, 12 se dieron en respuesta a solicitudes formuladas en virtud de resoluciones de la Asamblea General.

Ha habido siete asuntos, todos en los primeros tiempos de la Corte, en que se ocupó simplemente de la interpretación de la Carta de las Naciones Unidas mismas o de asuntos relativos a las funciones de las Naciones Unidas, a saber, condiciones de admisión de un Estado como miembro de las Naciones Unidas (Artículo 4 de la Carta) (1948) indemnización de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas (1949); competencia de la Asamblea General para admitir a un Estado en las Naciones Unidas (1950); efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas en que se otorgaban indemnizaciones (1954); procedimiento de votación respecto de cuestiones relativas a informes y peticiones sobre el territorio del África sudoccidental (1955); admisibilidad de las audiencias de peticionarios del Comité del África Sudoccidental (1956) y asuntos relativos a ciertos gastos de las Naciones Unidas (1962).

A diferencia de la Corte anterior, que se ocupaba principalmente de controversias entre Estados incluso en el contexto de asuntos consultivos, sólo en pocas ocasiones se ha pedido a la Corte actual que dé una Opinión consultiva respecto de un asunto relacionado con una controversia entre Estados, a saber, en los asuntos relativos a la interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania (1950) y el Sáhara Occidental (1975). En algunas ocasiones la Corte se ha ocupado de controversias entre organizaciones internacionales y Estados, como el asunto del África Sudoccidental (1950) y la aplicabilidad de la obligación de arbitrar con arreglo a la Sección 21 del Acuerdo relativo a la sede de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1947 (1988).

50. (Cuestiones jurídicas de carácter general) De hecho, durante la existencia de la Corte actual sólo ha habido un caso en que se ocupó de una cuestión jurídica de carácter general, el relativo a las reservas formuladas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1951), en que se dudó del significado de las reservas formuladas a una convención multilateral. Sin embargo, en ese caso la solicitud dirigida a la Corte derivó de las circunstancias de necesidad práctica, y se le pidió que se concentrara en la cuestión de si se podía considerar que "el Estado que formulaba la reserva era parte en la Convención (sobre el Genocidio) mientras mantuviera su reserva si la reserva era objetada por uno o más de los Estados partes en la Convención, pero no por otros (I.C.J. Reports 1951, pág. 16) y que diera una opinión sobre el significado de la reserva formulada respecto de una convención multilateral y, muy en particular, respecto de la cuestión concreta de la interpretación y aplicación de la Convención sobre el Genocidio. Este hecho hace que ese caso sea muy diferente del actual en que no hay asuntos de carácter práctico en controversia y no es necesario especificar la licitud o ilicitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares, como expliqué en el párrafo 45 supra.

51. (Negativa a dar una Opinión consultiva) Si se estudia esa práctica puede verse que nunca se ha presentado a la Corte una solicitud de Opinión consultiva respecto de una cuestión jurídica de carácter general si esa cuestión no tiene relación o con una controversia concreta o con un problema concreto a la espera de que se le dé una solución práctica. Es efectivo que la Corte actual, aunque tiene la facultad discrecional de dar una Opinión consultiva o negarse a hacerlo, en el pasado no ha tenido oportunidad de negarse a dar una opinión en respuesta a una solicitud de la Asamblea General. Pero el hecho es que en el pasado la Corte jamás ha recibido solicitud alguna a la que pudiera razonablemente negarse dadas las circunstancias. En ese sentido no es pertinente sostener en el contexto actual que la Corte "es consciente de que no debe, en principio, negarse a emitir una Opinión consultiva", y que no se ha denegado, sobre la base de la facultad discrecional de la Corte, ninguna solicitud de Opinión consultiva en la historia de la actual Corte (Opinión de la Corte, párr. 14).

3) Conclusiones

52. (Propiedad judicial) Dadas las circunstancias y considerando la competencia discrecional de la Corte para negarse a dar una Opinión consultiva, la Corte, en mi opinión, por razones de propiedad judicial, debería haberse

negado a acceder a la solicitud formulada en la resolución 49/75 K. Además, en este caso me parece que las conclusiones elementales o equívocas a que llegó la Corte en la presente opinión no constituyen una respuesta auténtica a la solicitud, y me temo que este resultado insignificante pueda menoscabar la credibilidad de la Corte.

53. (Economía judicial) Además, deseo explicar por qué considero que debía haberse rechazado la solicitud en el presente caso atendidas consideraciones de economía judicial. Hay muchas cuestiones que podrían plantearse en la Corte que requerirían interpretación jurídica o la aplicación del derecho internacional en términos generales en esferas como el derecho del mar, el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario, el derecho ambiental, etc. Si la Corte decidiera dar una opinión - como en el presente caso - respondiendo a una pregunta jurídica de carácter general en cuanto a si una medida determinada se ajustaría o no a la aplicación del derecho de los tratados o del derecho consuetudinario - cuestión planteada en ausencia de una necesidad práctica - esto podría significar en el largo plazo que la Corte debiera conocer algunos casos hipotéticos de carácter general y eventualmente podría poner en peligro su función principal - arreglar controversias internacionales sobre la base del derecho - para pasar a transformarse en un órgano consultivo o incluso legislativo.

Si se abrieran así las compuertas a cualquier cuestión jurídica de carácter general que no requiriera solución inmediata, en circunstancias en que no hubiera ninguna controversia ni necesidad práctica, la Corte podría recibir muchos casos de carácter académico o intelectual con la consecuencia de que se reduciría su capacidad para ejercer su auténtica función de institución judicial. He expresado mi preocupación por el uso indebido del derecho a solicitar una Opinión consultiva en mi opinión separada, que figura en un apéndice de la Opinión de la Corte formulada hoy en respuesta a la solicitud de la Asamblea Mundial de la Salud en términos que deseo repetir:

"Personalmente me temo mucho que si se estimula o invita a que se use en mayor medida la función consultiva de la Corte - como recientemente han propiciado en más de una ocasión algunas autoridades - bien podría conocer más solicitudes de opiniones consultivas que esencialmente podrían ser innecesarias y excesivamente simplistas. Creo decididamente que la Corte Internacional de Justicia debe funcionar en forma primordial como institución judicial a fin de arreglar controversias entre Estados de carácter contencioso y que no se debe esperar ni que sirva de poder legislativo (aunque bien podría lograrse el desarrollo del derecho internacional por conducto de la Corte) o funcionar como un órgano que prestara asesoramiento jurídico (a menos que la Corte dé opiniones acerca de cuestiones jurídicas que surjan dentro del ámbito de las actividades de las organizaciones internacionales autorizadas) en circunstancias en que no hay conflicto o controversia respecto de cuestiones jurídicas entre Estados o entre Estados y organizaciones internacionales."

54. (Mi llamamiento personal) Al concluir esta exposición de mi posición contraria a que la Corte dé una opinión en el presente caso, deseo destacar que me encuentro entre los primeros en esperar que se puedan eliminar totalmente las

/...

armas nucleares del mundo como se propuso en las resoluciones 49/75 H y 50/70 C de la Asamblea General, que la Asamblea General aprobó sin que hubiera una sola objeción. Sin embargo, una decisión respecto de este asunto es una función de negociaciones políticas entre Estados en Ginebra o Nueva York y no es una cuestión que competa a nuestra institución judicial aquí, en La Haya, donde una interpretación del derecho internacional vigente sólo puede darse en respuesta a una necesidad auténtica.

V. OBSERVACIONES COMPLEMENTARIAS DE MI POSICIÓN EN LO QUE SE
REFIERE AL PÁRRAFO 2 DE LA PARTE DISPOSITIVA DE LA PRESENTE
OPINIÓN CONSULTIVA

55. Si bien he adoptado la posición de que la Corte debía haberse negado a dar una Opinión consultiva, procedí sin embargo a votar respecto de todos los apartados de su parte dispositiva en vista de la norma de que ningún magistrado podrá abstenerse de votar respecto de la parte dispositiva de ninguna decisión de la Corte. Lo hice aunque, en mi opinión, las declaraciones enumeradas en el párrafo 2 no podrán interpretarse en el sentido de constituir respuestas a la pregunta planteada en la resolución 49/75 K, en tanto que el apartado F, en particular, se refiere a un asunto que, en mi opinión no debía formularse en la parte dispositiva de la Opinión consultiva por cuanto se limita a reproducir el artículo VI del Tratado sobre la no proliferación. No obstante, voté en favor de todos los apartados A a F - aparte' del apartado E - ya que puedo aceptar las declaraciones hechas en cada uno de ellos. Las ambigüedades del apartado E demuestran mi posición de que habría sido prudente que la Corte se negara desde el comienzo en dar opinión alguna en el presente caso. El hecho de que la Corte sólo pudiera llegar a una conclusión tan equívoca difícilmente sirve para realzar su credibilidad.

(Firmado) Shigeru ODA

[Original: inglés]

OPINIÓN DISIDENTE DEL MAGISTRADO SHAHABUDDEEN

La Carta se firmó el 26 de junio de 1945. Su promesa era un mundo con menos problemas. Pero todavía se podía oír el choque de las armas. Faltaba el surgimiento de un arma nueva. Primero se debía ensayar. La fecha fue el 12 de julio de 1945; el lugar, Alamogordo. Comenzó la cuenta regresiva. Llegó el momento: "la radiación de mil soles". Eso fue lo que pasó por la mente del jefe del equipo científico. También recordó el final del viejo poema: "Me he convertido en la muerte, el destructor de los mundos"¹.

Para lo que vendría después, se trató de una explosión pequeña. Desde entonces se han construido bombas más poderosas. Cuentan con ellas cinco Estados que han declarado ser poseedores de armas nucleares. Existe la posibilidad de que la humanidad sea destruida en una guerra nuclear. Los libros de algunos de los pueblos primitivos nos enseñan que no se permitía el uso de un arma tan poderosa que podría provocar resultados excesivamente destructivos. ¿Que dice al respecto el derecho internacional contemporáneo?

En esencia, esa es la pregunta formulada por la Asamblea General. La pregunta plantea la difícil cuestión de si, en las circunstancias especiales del uso de armas nucleares, es posible conciliar la necesidad imperiosa de un Estado de defenderse con la no menos imperiosa de velar por que, al hacerlo, no se ponga en peligro la supervivencia de la especie humana. Si no es posible lograr una conciliación, ¿quién deberá ceder? ¿Se trata, en consecuencia, de una cuestión de derecho? ¿De ser así, cuál es el camino lógico para hacer una investigación jurídica?

*

Rechazando argumentos preliminares, con carácter prácticamente unánime la Corte decidió aceptar el pedido de la Asamblea General de una Opinión consultiva sobre la cuestión, de si "el derecho internacional autoriza en alguna circunstancia la amenaza o el empleo de armas nucleares". Por una escasa mayoría, procedió luego a responder la pregunta de la Asamblea General tomando la posición de que no puede contestar, el fondo de la pregunta. Me temo que en realidad no se puede ocultar la contradicción entre la promesa y lo cumplido. Con todo respeto, considero que la Corte pudo y debió haber contestado la pregunta de la Asamblea General en un sentido o en otro.

*

Desde el punto de vista de los principios jurídicos básicos pertinentes, la respuesta de la Corte, como tal, figura en la primera parte del apartado E del párrafo 2 de la parte dispositiva de su Opinión consultiva. Con sujeción a la

¹ Peter Michelmores, The Swift Years. The Robert Oppenheimer Story (Nueva York, 1969), pág. 110. Oppenheimer podía leer el poema en el sánscrito original del Bhacravad-Gita.

/...

reserva sobre el uso del término "en general", convengo con la Corte en "que la amenaza o el empleo de armas nucleares sería generalmente contrario a las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados, particularmente los principios y normas del derecho humanitario".

Pero me causa problemas la segunda parte del apartado E del párrafo 2 de la parte dispositiva de la Opinión consultiva de la Corte. Si el uso de armas nucleares es legítimo, la naturaleza del arma, junto con la exigencia de la necesidad y la proporcionalidad que condiciona el ejercicio del derecho inherente a la defensa legítima, sugeriría que ese tipo de armas sólo podría usarse legítimamente "en circunstancias extremadas de legítima defensa, en la que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado"; y considero que, no obstante las variaciones en la redacción y las referencias flexibles a "intereses vitales de seguridad", ese es el tema general implícito en la posición adoptada por los Estados poseedores de armas nucleares. A su vez, esa debe ser la cuestión principal presentada al examen de la Corte. Pero esa es exactamente la cuestión que la Corte dice que no puede decidir, con el resultado de que la Asamblea General no ha recibido una respuesta al fondo de su pregunta.

Lamentablemente no me puedo adherir a las conclusiones de la Corte, tanto más cuanto, si esa conclusión se evalúa en relación con la opinión en el caso Lotus, se podría concluir que la Corte está diciendo que existe la posibilidad de que el uso de armas nucleares fuera lícito en algunas circunstancias y que corresponde a los Estados decidir si esa posibilidad existe en circunstancias particulares, un resultado que me plantea dificultades. En mi respetuosa opinión, "la situación actual del derecho internacional y de los elementos de hecho de que dispone" permiten a la Corte responder en un sentido o en otro.

Como las dos partes del apartado E no se pueden separar a los fines de la votación, lamentablemente me he visto obligado a no prestar mi apoyo a ese apartado. Además, como el punto de desacuerdo afecta al núcleo del caso, he preferido utilizar el estilo de "Opinión disidente", si bien he votado en favor de las cuestiones restantes de la parte dispositiva.

Una segunda opinión a la que no puedo prestar apoyo es el apartado B del párrafo 2 de la parte dispositiva. El carácter específico de la expresión "como tales" me permite reconocer que "en el derecho consuetudinario y en el derecho internacional convencional no existe ninguna prohibición general ni universal de la amenaza o el empleo de armas nucleares como tales". Pero la expresión "como tales"¹¹ no tiene más peso que la sugerencia general de que no existe prohibición absoluta del uso de armas nucleares. La circunstancia de que no existe "ninguna prohibición general ni universal de la amenaza o el empleo de armas nucleares como tales" en el derecho internacional consuetudinario convencional no concluye la cuestión de si la amenaza del uso de esas armas es lícito; hay que consultar principios más generales. Además, por razones que se expresarán más adelante, la prueba de la prohibición no basta para determinar si existe el derecho de realizar un acto con la magnitud de consecuencias mundiales que tendría un uso de ese tipo. Por último, lo manifestado en ese apartado es un paso del razonamiento; en realidad no forma parte de la respuesta de la Corte a la pregunta formulada por la Asamblea General.

Según señalé previamente, he votado en favor de las cuestiones restantes de la parte dispositiva de la Opinión consultiva de la Corte. No obstante es necesario dar una explicación. La práctica de las votaciones de la Corte no permite siempre formular una declaración precisa de la posición del magistrado sobre los elementos de la parte dispositiva que se pueden indicar en su voto; la manera en que el magistrado vota depende de su percepción de la dirección general seguida por un elemento de ese tipo y de que se corra el riesgo de que su posición básica sea mal interpretada. Una declaración, una opinión separada o una Opinión disidente brindan la oportunidad necesaria para explicar problemas subsidiarios. Ello es lo que hago a continuación en relación con las partes de la parte dispositiva por las que he votado a favor.

En lo que respecta al apartado A del párrafo 2 de la parte dispositiva, soy de opinión, en alguna manera implícita en ese apartado, de que, por lo menos en un caso de esta naturaleza, los actos de un Estado son ilícitos a menos que estén autorizados en el derecho internacional; la simple ausencia de prohibición no basta. En el caso de las armas nucleares no existe autorización, ya sea concreta o de otro tipo. No obstante, el apartado A es también un paso del razonamiento; no es en realidad parte de la respuesta de la Corte a la pregunta formulada por la Asamblea General.

En cuanto al apartado C del párrafo 2 de la parte dispositiva, se podría concluir aquí que aunque "la amenaza o el recurso al uso de la fuerza por medio de armas nucleares es cuando contravenga lo dispuesto en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas" podría cumplir algunos o todos los requisitos del Artículo 51 y, en ese caso, sería lícita. Yo habría pensado que algo que es "contrario" a lo primero es ipso facto ilícito y no se puede redimir cumpliendo con cualquiera de los requisitos de lo segundo. En consecuencia, un acto de agresión, que es contrario al párrafo 4 del Artículo 2, está completamente fuera del marco del Artículo 51, aún si se llevara a cabo con rifles anticuados y en estricta conformidad con el derecho humanitario. Además, no se puede comprender cómo la Corte puede permitirse sugerir aquí que existen circunstancias en que la amenaza o el uso de armas nucleares es lícito, habida cuenta de que en el apartado E del párrafo 2 de la parte dispositiva no pudo llegar a una conclusión definitiva sobre la cuestión principal de si la amenaza o el uso de ese tipo de armas es lícito o ilícito en las circunstancias allí mencionadas.

1
i

En lo que respecta al apartado D del párrafo 2 de la parte dispositiva, la declaración de que "la amenaza o el empleo de armas nucleares debe ser también compatible con los requisitos del derecho internacional aplicables a los conflictos armados" sugiere la posibilidad de que existan casos de compatibilidad y, en consecuencia, de legalidad. Como mencioné previamente, es difícil comprender cómo la Corte puede tomar esa posición habida cuenta de su incapacidad para decidir la cuestión verdadera de la legalidad. La expresión "debe" también está fuera de lugar en una determinación de cuál es la verdadera situación jurídica.

En cuanto al apartado F del párrafo 2 de la parte dispositiva, he votado a favor ya que se trata de una proposición general relativa al carácter de las armas nucleares. La cuestión particular relativa a las consecuencias jurídicas

del artículo VI del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares no se plantea a la Corte; no forma parte de la pregunta formulada por la Asamblea General. Bien podría ser el tema de una pregunta separada relativa a ese artículo del Tratado sobre la no proliferación, si la Asamblea General tuviera a bien plantearla.

Además de la parte dispositiva, me plantean ciertas dudas algunos aspectos de los considerandos, pero no creo conveniente señalarlos todos. No obstante, debería mencionar el párrafo 104 de la Opinión consultiva. En la medida en que reproduce la jurisprudencia firme de la Corte, no veo cuál es el motivo de su inclusión. Si va más allá, no estoy de acuerdo. La parte dispositiva de la Opinión consultiva de la Corte tendrá que ser interpretada de conformidad con la jurisprudencia firme sobre el punto.

*

Volviendo al apartado E del párrafo 2 de la parte dispositiva de la Opinión consultiva de la Corte, me propongo mencionar a continuación las razones por las cuales concuerdo con sus conclusiones, en la medida en que concuerdo con ellas, y los motivos de mis desacuerdos, en la medida en que así opino. Su limitado objetivo será demostrar que, contrariamente a la conclusión principal de la Corte, "la situación actual del derecho internacional y de los elementos de hecho de que dispone" eran suficientes para permitir "pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremadas de legítima defensa, en la que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado". Teniendo en cuenta esa finalidad, propongo, después de señalar algunas cuestiones introductorias y diversas en la Parte I, abordar en la Parte II la cuestión de si los Estados tienen derecho a usar armas nucleares teniendo en cuenta los principios generales que determinan cuándo se considera que los Estados tienen una facultad y, en la Parte III, cuál es la situación según el derecho internacional humanitario. En la Parte IV examino si, en caso de haber existido una norma de prohibición al comienzo de la era nuclear, ésta fue modificada o rescindida por la aparición de una norma posterior de derecho internacional consuetudinario. En la Parte V paso a examinar los tratados de desnuclearización y el Tratado sobre la no proliferación. Se llega a una conclusión en la Parte VI.

PARTE I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS Y DIVERSAS 1. La

cuestión principal

El comienzo de la era nuclear marca un hito jurídico en el caso que se examina. Uno de los argumentos es que, en aquel entonces, el uso de las armas nucleares no estaba prohibido en el derecho internacional, pero que más tarde surgió una norma de prohibición y que la necesaria opinio iuris se elaboró bajo la doble influencia de la prohibición general del uso de la fuerza establecida en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta y la apreciación y sensibilidad cada vez mayores respecto de la potencia de las armas nucleares. Habida cuenta de la posición asumida por quienes proponen la legalidad del uso de las armas nucleares ("proponentes de la legalidad") en los cinco decenios pasados, será difícil establecer que más tarde se cristalizó la opinio iuris, si no existía

/...

ninguna con anterioridad. Ese argumento no fue seguido por la mayoría de los proponentes de la ilegalidad del uso de las armas nucleares ("proponentes de la ilegalidad").

La posición generalmente adoptada por los proponentes de la ilegalidad era que al comienzo de la era nuclear existía una norma de prohibición y que los acontecimientos posteriores simplemente son una prueba de la existencia continua de esa norma. Por su parte, los proponentes de la legalidad sostienen que esa norma de prohibición nunca existió y que los acontecimientos posteriores sólo pusieron de manifiesto¹ la continuidad de la inexistencia de una norma de ese tipo y el derecho correspondiente de usar armas nucleares. No se plantea la cuestión de si, suponiendo que al comienzo de la era nuclear existía una norma de prohibición, quizás podría haberse revertido o modificado por la elaboración de una norma posterior en el sentido opuesto²; suponiendo que se hubiera formulado ese argumento, la posición adoptada por los proponentes de la ilegalidad prohibiría la elaboración de la opino iuris necesaria para el surgimiento posterior de una norma permisiva de ese tipo, especialmente si la norma de prohibición previa era de ius cogens. Ese hubiera sido el caso si cualquiera de los propios principios humanitarios en que se fundamentaría la ■ norma de prohibición previa hubiera sido de -jus cogens, posibilidad abierta en el párrafo 83 de la Opinión consultiva de la Corte.

La práctica de los Estados es importante, pero debe ser examinada en el marco de las cuestiones planteadas. En el marco de las cuestiones planteadas en este caso, la práctica de los Estados posterior al comienzo de la era nuclear no tiene la importancia decisiva sugerida por la atención que se le prestó durante las actuaciones: no es necesario examinarla en detalles que vayan más allá de lo que es claramente razonable, a saber, que la oposición demostrada por los proponentes de la legalidad habría impedido la elaboración de una norma de prohibición si no hubiera existido una anteriormente y que la oposición demostrada por los proponentes de la ilegalidad habría impedido la elaboración de una norma de rescisión si hubiera existido previamente una norma de prohibición. En ambos casos se mantendría en vigor la situación jurídica existente al comienzo de la era nuclear. La pregunta es ¿cuál era esa situación jurídica?

En consecuencia, la verdadera cuestión es si al comienzo de la era nuclear existía una norma de derecho internacional que prohibía a los Estados crear efectos de la naturaleza que más tarde se pudieron producir con el uso de armas nucleares. Si entonces no existía una norma de ese tipo, no ha nacido ninguna nueva y tienen éxito los argumentos de los proponentes de la legalidad; si en aquel entonces existía una norma de ese tipo, no se ha rescindido desde entonces, y tienen éxito los argumentos de los proponentes de la ilegalidad.

² En cuanto a la posibilidad de una norma de derecho consuetudinario internacional modificada más tarde por la práctica incongruente de los Estados, véase Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua. Merits. I.C.J. Reports 1986, pág. 109, párr. 207.

2. La Carta presume que la humanidad y la civilización seguirán existiendo

El derecho internacional incluye los principios del derecho de los conflictos armados. Esos principios, que tienen raíces que llegan al pasado de civilizaciones diferentes, se elaboraron con la premisa implícita de que las armas, si bien destructivas, tendrían un efecto limitado tanto en el espacio como en el tiempo. Esa presunción se ha mantenido a través de las edades. Siguieron apareciendo armas nuevas y más poderosas, pero ninguna con capacidad de hacer llegar la guerra a las generaciones futuras o de amenazar la supervivencia de la especie humana. Hasta ahora.

¿Existe un problema jurídico? Estimo que sí; por ese motivo, independientemente de la posición jurídica que se asuma en derecho internacional, si se aniquila a la humanidad en general los Estados desaparecen y, con ellos, los fundamentos en que existen derechos y obligaciones de la comunidad internacional. ¿Cómo se podría abordar el problema?

Los tribunales, tanto internacionales como nacionales, no han tenido que abordar las consecuencias jurídicas de actos que podrían aniquilar a la humanidad. No obstante, en ningún sistema se debería tropezar con dificultades para encontrar una respuesta; ambos sistemas deben examinar los fundamentos jurídicos en que descansan. ¿Qué sugieren esos fundamentos?

En su estudio crítico de la historia, Ibn Khaldún hace referencia a "la explicación de que las leyes tienen su razón de ser en los objetivos que deben cumplir". A continuación, observa que "el jurista menciona que ... la injusticia invita a la destrucción de la civilización, con la consecuencia necesaria de que se destruirá la especie", y que "las leyes se fundamentan en el esfuerzo de mantener la civilización"³. En consecuencia, la preservación de la especie humana y de la civilización constituye el propósito final de un sistema jurídico. En mi opinión, ese propósito también corresponde al derecho internacional según se entiende hoy día.

Esa conclusión no se contradice con la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte, a los que la Corte debe respetar. En el primer párrafo del preámbulo de la Carta se dice que "Los pueblos de las Naciones Unidas" están "resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles ...". No se garantiza un mundo sin conflictos; pero, leído a la luz de esa y de otras expresiones de la Carta, el Artículo 9 del Estatuto demuestra que el propósito de la Corte fue prestar servicios a una sociedad civilizada. Una sociedad civilizada no se destruye a sí misma a sabiendas ni permite ser destruida a sabiendas. Un mundo sin población es un mundo sin Estados. La Carta no estipula que la humanidad seguirá existiendo, pero por lo menos presume que lo hará; y no por ser implícita esa presunción es menos fundamental.

³ Ibn Khaldún, The Muqaddimah, An Introduction to History, traducción al inglés de Franz Rosenthal, editado y resumido por N. J. Dawood (Princeton, 1981), pág. 40).

3. El uso de armas nucleares es inaceptable para la comunidad internacional

Es necesario examinar la naturaleza de las armas nucleares. Parte de los proponentes de la legalidad han dicho que existen armas nucleares "tácticas", "de campo de batalla", "de teatro de operaciones" o "limpias" que no son más destructivas que algunas armas convencionales. Suponiendo que ello sea cierto, *ex hypotesi* el uso de armas nucleares de ese tipo sería tan lícito como el uso de armas convencionales. No obstante, es debatible si el material presentado ante la Corte justificaba esa hipótesis, ya que el argumento de los proponentes de la ilegalidad era que el resultado del uso de cualquier arma nuclear, aun dirigida contra un único submarino nuclear en el mar o contra un objetivo militar aislado en el desierto, es la emisión de radiaciones y la lluvia nuclear y se corre el riesgo de desencadenar una serie de acontecimientos que podrían desembocar en la aniquilación de la especie humana. En el párrafo 11 del preámbulo del Tratado sobre la no proliferación de 1968, que en 1995 se prorrogó indefinidamente, se estipula que los Estados partes deseaban "la liquidación de todas las reservas existentes de tales armas y la eliminación de las armas nucleares y de sus vectores en los arsenales nacionales ...". Cabe presumir que la eliminación allí prevista incluye a todas las "armas nucleares" y, en consecuencia, también las armas nucleares "tácticas", de "campo de batalla", de "teatro de operaciones" o "limpias". Las partes en el Tratado sobre la no proliferación no hicieron distinciones. De conformidad con el material que la Corte tiene ante sí, no puede menos que sentirse insatisfecha de que exista la excepción que se sugiere.

Los hechos básicos subyacentes en las resoluciones de la Asamblea General en lo relativo a la naturaleza de la guerra nuclear, por lo menos la guerra nuclear a plena escala, son difíciles de controvertir. La tecnología ha adelantado desde 1983, pero la oposición asumida aun en aquella etapa fue señalada de la manera siguiente por el Secretario General de las Naciones Unidas, Sr. Javier Pérez de Cuéllar:

"La acumulación actual de armas nucleares en el mundo equivale a 16.000 millones de toneladas de TNT. En contraste con ello, la devastación completa provocada por la segunda guerra mundial se produjo por el gasto de no más de 3 millones de toneladas de municiones. En otras palabras, poseemos una capacidad de destrucción más de 5.000 veces superior a la que causó no hace mucho la muerte de 40 a 50 millones de personas. Bastaría para matar diez veces a todo hombre, mujer y niño."⁴

En consecuencia, las armas nucleares no son solamente otro tipo de armas explosivas que ocupan únicamente una posición más alta en la misma escala: su poder destructivo es potencialmente mayor. Además de la explosión y el calor, los efectos temporales de la radiación son devastadores. No es procedente clasificar a esos efectos como simplemente un subproducto; esos efectos pueden ser tan amplios, si no mayores, que los producidos inmediatamente por la

⁴ Javier Pérez de Cuéllar, discurso pronunciado en la Universidad de Pennsylvania el 23 de marzo de 1983, en Desarme. vol. I, No. 1, pág. 91.

explosión y el calor. Causan enfermedades innombrables, seguidas de una muerte dolorosa; afectan el código genético; dañan a las personas por nacer y pueden hacer que la tierra se vuelva inhabitable. Esos efectos amplios quizás no tengan valor militar para el usuario, pero ello no disminuye su gravedad o el hecho de que resultan del uso de las armas nucleares. Siendo ese el caso, a los fines actuales no corresponde examinar si las lesiones producidas son un subproducto o un efecto secundario de ese uso.

No siempre se trata de un caso en que los efectos se producen inmediatamente, sino que sus consecuencias se manifiestan con posterioridad; la lluvia radiactiva puede tener efectos en la población mucho después de la explosión, causando nuevas heridas con el transcurso del tiempo, causando incluso lesiones a las generaciones futuras. Las armas siguen teniendo efecto años después del golpe inicial, con lo cual se presenta la posibilidad inquietante y única de que una generación haga la guerra a las futuras, con las que sus sucesores bien podrían vivir en paz.

Hasta el momento el primer y único uso militar de las armas nucleares tuvo lugar en Hiroshima el 6 de agosto de 1945 y en Nagasaki el 9 de agosto de 1945. Un mes después, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) examinó las consecuencias del uso de estas armas recientemente inventadas, en una circular enviada a los comités nacionales de la Cruz Roja, de fecha 5 de septiembre de 1945 y firmada por el Sr. Max Huber como Presidente interino, el CICR indicó lo siguiente:

"La guerra total ha hecho nacer nuevas técnicas. En consecuencia, ¿es necesario admitir que el individuo dejará de estar protegido jurídicamente y no se considerará más que un simple elemento de las colectividades en lucha? Ello sería la ruina de los principios en que reposa el derecho internacional, cuyo objetivo es la protección física y espiritual de la persona. Aun en tiempos de guerra, un derecho estrictamente egoísta y utilitario que sólo se inspira en intereses ocasionales no podría nunca ofrecer una seguridad duradera. Si la guerra rehusa al ser humano su valor y su dignidad, irresistiblemente se encaminará a una destrucción sin límites, ya que el espíritu humano, que se apodera de las fuerzas del universo, parece acelerar con sus creaciones esa pasión devastadora."

¿Se deben dejar de lado las normas? ¿O todavía se aplican para proteger a los individuos? Si no lo hacen, el apoderamiento por el hombre de las fuerzas del universo nos lleva irresistiblemente a la guerra y progresivamente en la dirección de la destrucción sin límites, incluso la extinción de la especie humana. A lo largo del tiempo, los Estados poseedores de armas nucleares y la mayor parte de los Estados que no las poseen se adherirían a declaraciones que reconocerían el fondo de ese resultado.

Las preocupaciones planteadas por el CICR no quedaron sin eco. Como han señalado varios Estados, cuatro meses más tarde la Asamblea General aprobó por unanimidad una resolución en que se establecía una comisión encargada de formular "proposiciones específicas ... c) para eliminar, de los armamentos nacionales, las armas atómicas así como todas las demás armas principales capaces de causar destrucción colectiva de importancia" (párrafo 5 de la

resolución 1 (I) de la Asamblea General, de 24 de enero de 1946), Sería un punto de vista muy limitado restringir la importancia de la resolución al simple establecimiento de la Comisión; también son importantes los fundamentos por los que se establece la Comisión.

Siguiendo esos lineamientos, el 20 de septiembre de 1961 los representantes de los Estados Unidos de América y la Unión Soviética, los dos principales Estados poseedores de armas nucleares, firmaron un acuerdo, conocido como los "Acuerdos McCloy-Zorin". En los Acuerdos se recomendaban ocho principios rectores para las negociaciones de desarme. El quinto principio establecía lo siguiente: "La eliminación de todas las reservas de armas nucleares, químicas, bacteriológicas y otras armas de destrucción en masa y la cesación de la producción de esas armas". El 20 de diciembre de 1961 ese Acuerdo fue unánimemente acogido con beneplácito por la Asamblea General, a propuesta conjunta de esos dos Estados (resolución 1722 (XVI) de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1961).

En el primer párrafo del preámbulo del Tratado sobre la no proliferación de 1968 se hace referencia a las "devastaciones que una guerra nuclear infligiría a la humanidad entera . . .". El preámbulo del Tratado sobre la no proliferación (incluso esa declaración), se reafirmaron en el primer párrafo del preámbulo de la decisión No. 2 aprobada en 1995 por la Conferencia de las Partes encargada del examen y la prórroga del Tratado sobre la no proliferación de armas nucleares. La inmensa mayoría de los Estados son partes en esos instrumentos.

El Documento Final aprobado por consenso en 1978 en el décimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General (relativo al desarme) comienza con el texto siguiente: "Alarmada por la amenaza a la supervivencia misma de la humanidad que plantean la existencia de armas nucleares y la continuación de la carrera de armamentos ...". En el párrafo 11 se dice:

"En la hora actual la humanidad se ve confrontada con una amenaza sin precedentes de autodestrucción originada por la acumulación masiva y competitiva de las armas más destructivas que jamás hayan sido creadas. Sólo los arsenales de armas nucleares en existencia bastan con creces para destruir toda forma de vida sobre la tierra ...".

En el párrafo 47 del Documento Final se observa que "las armas nucleares plantean el mayor peligro para la humanidad y la supervivencia de la civilización". Se puede considerar que todas esas palabras, que fueron aprobadas por consenso, fueron pronunciadas por la voz unida de la comunidad internacional.

Algunos importantes acuerdos regionales también son una prueba de la naturaleza de las armas nucleares. Véase el Acuerdo de París, de 23 de octubre de 1954, sobre el ingreso de la República Federal de Alemania a la Organización del Tratado del Atlántico del Norte, en cuyo inciso a) del artículo 1 del anexo II al Protocolo No. III sobre control de armamentos se indica que las armas nucleares son armas de destrucción en masa. En el preámbulo del Tratado de Tlatelolco de 1967, cuyo Protocolo Adicional II fue firmado y ratificado por

los cinco Estados poseedores de armas nucleares, se manifiesta que las partes están persuadidas de que:

"El incalculable poder destructor de las armas nucleares ha hecho imperativo que la proscripción jurídica de la guerra sea estrictamente observada en la práctica, si ha de asegurarse la supervivencia de la civilización y de la propia humanidad.

Las armas nucleares, cuyos terribles efectos alcanzan indistinta e ineludiblemente tanto a las fuerzas militares como a la población civil, constituyen, por la persistencia de la radiactividad que generan, un atentado a la integridad de la especie humana y aun pueden tornar finalmente toda la Tierra inhabitable."

En los dos primeros párrafos del preámbulo del Tratado sobre la Zona Libre de Armas Nucleares del Pacífico Sur (Tratado de Rarotonga), cuyo Protocolo 2 ha sido firmado y ratificado por dos de los cinco Estados poseedores de armas nucleares y ha sido firmado por los tres restantes, también se dijo que las partes estaban:

"Gravemente preocupadas por la continuación de la carrera de armamentos nucleares, que representa un peligro de guerra nuclear de consecuencias devastadoras para todo el mundo;

Convencidas de que todos los países están obligados a hacer todo lo posible por alcanzar el objetivo de eliminar las armas nucleares, el terror que representan para la humanidad y la amenaza que plantean a la vida en la Tierra."

La Corte también ha hecho referencia a los tratados firmados más recientemente sobre zonas libres de armas nucleares en el Asia sudoriental y en África.

Una posición similar en principio a la mencionada precedentemente se adoptó en los acuerdos celebrados entre dos de los Estados poseedores de armas nucleares. En el preámbulo de un acuerdo celebrado en 1971 sobre medidas encaminadas a reducir el riesgo del estallido de una guerra nuclear, los Estados Unidos de América y la Unión Soviética dijeron que estaban "teniendo en cuenta las consecuencias devastadoras que tendría una guerra nuclear para toda la humanidad". El fondo de esa declaración se repitió en acuerdos posteriores celebrados entre esos dos Estados, a saber, el Tratado sobre la limitación de los sistemas de misiles antibalísticos, de 1972, el Acuerdo sobre prevención de la guerra nuclear, de 1973, el Tratado sobre limitación de armas ofensivas, de 1979, y el Tratado sobre la eliminación de los misiles de alcance intermedio y de menor alcance, de 1987.

Algunos Estados sostuvieron que el propósito de poseer armas nucleares es, paradójicamente, garantizar que nunca se utilicen; y las circunstancias han demostrado que durante los últimos 50 años ha sido posible mantener la paz, como ha ocurrido entre los Estados poseedores de armas nucleares, por medio de políticas de disuasión nuclear. Otros Estados han puesto en duda la existencia del vínculo de causalidad sugerido y atribuyen ese resultado a la suerte o la

casualidad, indicando las oportunidades en que casi se llegó a usar esas armas y señalando varias guerras y otras situaciones de conflicto armado que han ocurrido de hecho fuera de los territorios de los Estados poseedores de armas nucleares. No obstante, en la hipótesis de que se pudiera demostrar ese vínculo de causalidad, queda por resolver la cuestión de por qué las políticas de disuasión nuclear han mantenido la paz, como en el caso de los Estados poseedores de armas nucleares. Una respuesta razonable es que cada uno de los Estados poseedores de armas nucleares ha reconocido que afrontaba el riesgo de destrucción nacional. Los antecedentes que la Corte tiene ante sí indican que la destrucción no se detendrá en las fronteras de los Estados en guerra, sino que se puede ampliar hasta la destrucción total de la especie humana.

Otras armas también se incluyen en la categoría de armas de destrucción en masa a que pertenecen las armas nucleares. No obstante, las armas nucleares se pueden distinguir de muchas maneras importantes de todas las demás, incluso de otros integrantes de esa categoría. En las palabras de la Corte:

"Las armas nucleares son dispositivos explosivos cuya energía dimana de las fusión o la fisión del átomo. Por su propia naturaleza, ese proceso, en las armas nucleares según se las conoce hoy, no sólo libera inmensas cantidades de calor y energía sino también de radiación poderosa y prolongada. Según los antecedentes que la Corte tiene ante sí, las primeras dos causas de daño son inmensamente más poderosas que el daño causado por otras armas, mientras que se dice que el fenómeno de la radiación es peculiar de las armas nucleares. Esas características hacen que las armas nucleares sean potencialmente catastróficas. El poder destructivo de las armas nucleares no se puede contener ni en el espacio ni en tiempo. Tienen la posibilidad de destruir toda la civilización y todo el ecosistema del planeta." {Opinión consultiva, párr. 35.)

Y un poco después:

"Es imperativo que la Corte tenga en cuenta las características únicas de las armas nucleares y, en particular, su capacidad destructiva, su capacidad de causar un inmenso daño en la humanidad y su capacidad de causar daños a las generaciones venideras." (Opinión consultiva, párr. 36.)

Aun si es posible que, desde el punto de vista científico, otras armas de destrucción en masa, como las armas biológicas y las químicas, también puedan aniquilar a la humanidad, la cuestión no es sólo simplemente de si un arma puede hacerlo, sino si las pruebas indican que la comunidad internacional considera que pueden hacerlo. En el caso de las otras armas las pruebas no se dirigieron concretamente a ese fin; no obstante, en el caso de las armas nucleares se dirigieron a ese objetivo y la Corte pudo considerar que se hizo con éxito. Se podrían aplicar comentarios similares a otras armas, como los lanzallamas y el napalm que, si bien no pueden aniquilar a la humanidad, sin duda pueden causar un daño alarmante. A diferencia del caso de las armas nucleares, no se presentó a la Corte material que sugiriera que, no obstante lo lamentable que puedan ser los efectos producidos por el uso de esas otras armas, se puede demostrar que la comunidad internacional considera que su uso repugna a su conciencia.

Se puede añadir que, una vez que se demuestre que el uso de un arma podría aniquilar a la humanidad, su repugnancia a la conciencia de la humanidad no disminuye materialmente con la prueba de que no necesariamente tendrá ese resultado en todos los casos; no es razonable esperar que la conciencia de la comunidad internacional espere, extraña e imposiblemente, a ver si el resultado de un uso particular es la destrucción de la especie humana. La consideración fundamental es el riesgo de aniquilación. Ese resultado quizás no se produzca en todos los casos pero es un riesgo que es inherente a todos los casos. Ese riesgo quizá sea mayor en unos casos que en otros, pero está siempre presente en medida suficiente para que el uso de las armas nucleares sea en todos los casos inaceptable para la comunidad internacional. En mi opinión, la respuesta a la cuestión de la repugnancia a la conciencia de la comunidad internacional se aplica en todos los casos.

En suma, la Corte podría concluir, de conformidad con lo determinado en el párrafo 35 de su Opinión consultiva, que la comunidad internacional en conjunto considera que las armas nucleares no son simplemente armas de destrucción en masa, sino que existe un riesgo claro y palpable de que su uso pueda lograr la destrucción de la humanidad, con el resultado de que cualquier uso sería repugnante a la conciencia de la comunidad. Más tarde se examinarán las consecuencias jurídicas que de ello derivan.

4. Neutralidad

Se planteó la cuestión de si los daños causados a un Estado neutral por el uso de armas nucleares en el territorio de un Estado beligerante es una violación de la neutralidad del primero. Acepto la respuesta sugerida en la declaración de Nauru en el caso paralelo planteado por la Organización Mundial de la Salud, según se establece en el párrafo 88 de la Opinión consultiva de la Corte. Varios casos registrados en la doctrina no me persuaden a adoptar una opinión diferente⁵.

El principio, según figura en la Convención No. 5 de La Haya relativa a los derechos civiles de las Potencias y Personas Neutrales en Caso de Guerra Terrestre, de 1907, dice que "El territorio de las Potencias neutrales es inviolable". Se ha interpretado que el principio no garantiza a los Estados neutrales inmunidad absoluta a los efectos de un conflicto armado; se ha dicho que el propósito original era impedir la invasión o el bombardeo militares desde territorio neutral y de otro modo definir los derechos y obligaciones complementarios de los países neutrales y beligerantes.

No obstante, es difícil apreciar cómo se pueden aplicar esas consideraciones para justificar el uso de armas nucleares en los casos en que los efectos de la radiación que emiten se extienden en los habitantes de los Estados neutrales y les causan daño a ellos, a sus descendientes, a sus recursos naturales y posiblemente los ponga en la necesidad de abandonar su territorio de

⁵ Véase por ejemplo, Roberto Ago, Adición al octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados, párrafo 50 del Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1980, vol. II, primera parte, págs. 37 y 38.

origen. La declaración formulada por un habitante de las Islas Marshall dejó poco a la imaginación. Considerados en relación con la catástrofe más dramática producida inmediatamente y el valor militar para el Estado usuario, se puede decir que sus efectos son subproductos del acontecimiento principal; pero, según se argumentó supra, esa clasificación no tiene consecuencias jurídicas. Esos "subproductos" no son consecuencias económicas o sociales remotas. Ya sean efectos directos e indirectos, son el resultado del uso de las armas nucleares, ya que es una característica de esas armas que emitan radiaciones; su efecto destructivo en el enemigo se debe en gran medida a los efectos de la radiación. Esa radiación tiene una gran probabilidad de penetración transfronteriza.

Decir que esos y otros efectos transfronterizos del uso de las armas nucleares no violan la neutralidad de¹terceros Estados, a falta de incursión bélica o bombardeo transfronterizo, es poner una carga muy pesada en la propuesta de que la neutralidad no es una garantía absoluta de inmunidad de los terceros Estados contra todos los efectos posibles de la realización de hostilidades. La Convención (V) de La Haya de 1907 no define la inviolabilidad, ni dice si se viola un territorio de un Estado neutral únicamente mediante una incursión o bombardeo bélicos. No obstante, si se acepta que el objetivo de los autores de esa disposición fue impedir la incursión o el bombardeo militares del territorio neutral, me parece que ese propósito, conexas al estado de la guerra de aquel entonces, no resuelve la cuestión de principio de si "el territorio de las Potencias neutrales" se viola cuando el territorio y sus habitantes sufren un daño físico por los efectos del uso en otra parte de armas nucleares de una manera tal que sea posible que ocurra ese daño. Las causas del daño consecuente y del propio sufrimiento son las mismas que las que ocurren en la zona de batalla.

Se ha dicho, sin duda correctamente, que no se conoce ningún caso en que un Estado beligerante haya sido considerado responsable por los daños secundarios provocados en territorio neutral por actos de guerra legítimos cometidos fuera de ese territorio. No obstante, se puede recordar que la posibilidad de causar daños con la lluvia nuclear no existía anteriormente; debido a las limitaciones tecnológicas, el daño a un territorio neutral, de manera práctica, sólo se podía cometer mediante incursión o bombardeo, en cuyos casos se trataría de actos de guerra cometidos en el propio territorio neutral. En la medida en que una situación del tipo de la del Trail Smelter sería probablemente una consecuencia importante de los actos de guerra, no se ha demostrado a la Corte la ocurrencia de situaciones concretas en el período prenuclear. En consecuencia, si bien quizás no se haya producido ningún caso en que un Estado beligerante haya sido considerado responsable por los daños secundarios a un territorio neutral por actos ilícitos de guerra cometidos fuera de ese territorio, ello sólo sería decisivo en el caso presente si se pudiera demostrar que no existe **responsabilidad** aun cuando los importantes efectos físicos de los actos de guerra realizados en otra parte se extienden a territorio neutral. Ello no se puede demostrar de manera persuasiva; los principios están en su contra. El acto de causar la guerra tendría la consecuencia de violar físicamente el territorio del Estado neutral. El principio establecido en La Haya en 1907 de que el territorio de un Estado neutral es inviolable pierde mucho de su significado si se considera que en un caso así no se ha violado.

5. Represalia bélica

Se planteó la cuestión de que, en la hipótesis de que el uso de las armas nucleares fuera de otro modo ilícito, quizás ese uso podría ser lícito a los fines excepcionales de una represalia bélica (o sea, diferente de la represalia en situaciones que no sean de conflictos armados). No obstante me parece que no es necesario examinar ese aspecto en una opinión dedicada a demostrar que "la situación actual del derecho internacional y de los elementos de hecho de que dispone" no impiden a la Corte pronunciarse "definitivamente sobre si la amenaza o el empleo de armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremadas de legítima defensa, en la que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado". Si el uso de armas nucleares en una represalia bélica fuera lícito, también podrían igualmente ser empleadas por un Estado agresor o por un Estado que actuase en legítima defensa. Siendo ese el caso, la investigación sobre la licitud de ese tipo de armas en una represalia bélica no promovería materialmente el análisis de la cuestión de si quizás sería lícito el uso en legítima defensa, que es la cuestión presentada por la opinión de la Corte.

6. No existe non licruet

Los comentaristas han sugerido que algunas de las decisiones de la Corte podrían interpretarse como que entrañan un non licruet: es posible que se interprete de manera similar la segunda parte del apartado E del párrafo 2 de la parte dispositiva de la Opinión consultiva de la Corte. Si esa es la interpretación correcta, respetuosamente disiento de la posición adoptada por la Corte.

Para atraer en este caso la idea de un non licruet habría que demostrar que existe una laguna en la aplicabilidad de cualesquiera sean los principios correctos que regulan la cuestión relativa a las circunstancias en que se pueda considerar que un Estado tiene o no el derecho a actuar.

Sí, como se ha dicho, el derecho internacional nada tiene que decir sobre la cuestión de la legalidad del uso de las armas nucleares, necesariamente ello significa que el derecho internacional no incluye una norma que prohíba ese tipo de uso. En la autorizada opinión de la decisión en el caso Lotus, a falta de una norma de prohibición de ese tipo, los Estados tienen derecho a usar armas nucleares.

Por otra parte, si la opinión del caso Lotus es incorrecta o inadecuada atendidos los cambios posteriores de la estructura jurídica internacional, los Estados no tienen derecho a usar ese tipo de armas, a menos que el derecho internacional autorice ese tipo de uso. Si el derecho internacional nada tiene que decir sobre el tema del uso de las armas nucleares, ello necesariamente significa que el derecho internacional no incluye una norma que autorice ese uso. A falta de esa autorización, los Estados no tienen derecho a usar armas nucleares.

De ello se desprende, al menos en lo que concierne a este caso, que el principio sobre el que actúa la Corte, sea de prohibición o de autorización, no da lugar a una laguna de derecho y, en consecuencia, no hay espacio que se pueda llenar con la doctrina del non liquet o con argumentos vinculados a ese principio. El hecho de que se trate de un proceso de Opinión consultiva y no de un caso contencioso no crea ninguna diferencia; en ambos casos el derecho aplicable es el mismo.

7. Llamamiento de la Asamblea General a que se celebre una convención

Dejando de lado la cuestión del posible efecto o influencia de creación de legislación de las resoluciones de la Asamblea General, ¿las resoluciones sobre este tema realmente tomaron la posición de que el uso de las armas nucleares era contrario al derecho existente? Argumentando que esa no fue la posición adoptada, algunos Estados señalan que en las resoluciones también se pidió que se celebrara una convención sobre el tema.

No obstante, según se ve en el caso de la Convención sobre el genocidio, la Asamblea General bien pudo considerar que algunas conductas serían crímenes según el derecho existente y, no obstante, pedir que se concertara una convención al respecto. En su resolución 96 (I), de 11 de diciembre de 1946, en que se pidió la preparación de "un proyecto de convenio sobre el crimen de genocidio", se afirmó también que "el genocidio es un crimen del derecho internacional ...". Del mismo modo, en su resolución de 14 de diciembre de 1978, la Asamblea General declaró "que:

- a) La utilización de armas nucleares constituirá una violación de la Carta de las Naciones Unidas y un crimen de lesa humanidad;
- b) Por consiguiente, deberá prohibirse la utilización de armas nucleares, a la espera de que se logre el desarme nuclear."

Con ese fundamento, luego la resolución mencionó los futuros debates acerca de una convención internacional sobre el tema.

Quizás una convención sea útil para centrar la atención de los organismos nacionales en el tema, en particular con respecto a las medidas que quizás éstos deban adoptar; quizás también sea útil para aclarar y determinar los detalles necesarios para aplicar el principio fundamental, generalmente con el fin de establecer un régimen para abordar la ilegalidad en cuestión. Un pedido de convención que prohíba un tipo particular de conducta no necesariamente significa que la conducta ya no estaba prohibida.

Otro argumento es que algunas de las resoluciones posteriores de la Asamblea General adoptaron una redacción más restringida que las primeras (véase el párrafo 71 de la Opinión consultiva). No asigno mucho peso a ello como indicio de xana retirada de la posición tomada previamente en las resoluciones de la Asamblea General en el sentido de que ese uso era contrario al derecho internacional existente. Las resoluciones posteriores partieron de la base de que esa posición ya había sido adoptada de manera suficiente; en consecuencia, simplemente se contentaron con recordar la resolución principal sobre el tema, a

saber, la resolución 1653 (XVI) de 1961. En consecuencia, si bien la redacción empleada en las resoluciones ha variado con el tiempo, cabe observar que en la resolución 47/53 de 9 de diciembre de 1992 la Asamblea General reafirmó "que la utilización de armas nucleares constituiría una violación de la Carta de las Naciones Unidas y un crimen de lesa humanidad, según se declara en sus resoluciones 1653 (XVI) de 24 de noviembre de 1961" y en las demás resoluciones que se citan.

Se puede interpretar razonablemente que las resoluciones de la Asamblea General han tomado la posición de que la amenaza o el uso de las armas nucleares estaba prohibido en el derecho internacional preexistente. La cuestión es si los hechos y el derecho son suficientes para permitir a la Corte decidir si esta posición adoptada por la Asamblea General fue correcta. Mi respuesta figura a continuación.

PARTE II. POSIBILIDAD DE QUE LA CORTE SOSTENGA CON FUNDAMENTO
QUE EL DERECHO DE LOS ESTADOS A UTILIZAR ARMAS
NUCLEARES DEPENDE DE LOS PRINCIPIOS GENERALES QUE
DETERMINAN CUÁNDO HA DE CONSIDERARSE A UN ESTADO
POTENCIA NUCLEAR

La pregunta que dirige la Asamblea General a la Corte, en su condición de Corte Mundial, plantea el siguiente dilema: sostener que los Estados tienen derecho a utilizar armas nucleares equivale a afirmar que tienen derecho a actuar de una manera que podría llevar a la extinción de la civilización, e incluso a la de todas las formas de vida del planeta, tanto la flora como la fauna. Por otro lado, negar la existencia de ese derecho puede contradecir, en apariencia, el principio *Lotus*, según el cual los Estados tienen el derecho soberano de hacer todo cuanto no se prohíba en el derecho internacional y en el que se fundan algunos Estados para afirmar que no hay principio de derecho internacional que prohíba la utilización de ese tipo de armas. El dilema que acaba de exponerse* fue objeto de encendido debate. En mi opinión la Corte puede inclinarse por cuatro soluciones posibles.

*

⁶ Este dilema recuerda a aquel con que se enfrentaron los doctos jurisconsultos de Persia cuando, respondieron a la petición que les hizo el rey Carribises de que dictaminaran si podía casarse con su hermana, prudentemente, "que, si bien no habían hallado ley alguna que permitiera el matrimonio entre hermanos, había, sin lugar a dudas, una ley que permitía al rey de Persia hacer lo que le pluguiera" (véase *Herodotus, The Histories*, traductor Aubrey de Sélincourt (Penguin Books, 1959), pág. 187. Análogamente, en el caso que nos ocupa, una contestación afirmativa a la pregunta de la Asamblea General habría de interpretarse en el sentido de que, si bien la Corte no ha hallado ley alguna que permita a un Estado destruir el planeta, hay, sin lugar a dudas, una ley que le permite hacer lo mismo mediante el ejercicio de su potestad soberana.

La primera solución se inspira en el principio Lotus, en cuya virtud los Estados tienen derecho a hacer todo cuanto no esté prohibido, pero puntualiza que todo acto que pudiera llevar a la extinción de la humanidad entrañaría necesariamente la destrucción de Estados neutrales. Así pues, no puede justificarse un acto de esta índole invocando el principio de legítima defensa. En consecuencia, aun cuando, quod non, dicho acto fuera admisible con arreglo al ius in bello, la Corte podría aducir que no está admitido en el ius ad bellum y que si le prohíbe en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta. La cuestión de la neutralidad se ha tratado en la sección 4 de la parte I supra.

*

La segunda solución se inspira también en el principio Lotus. Sin embargo, puntualiza que, si se admite que la Carta y el Estatuto de la Corte anexo a ella tienen pleno vigor y vinculan a la Corte, no procede interpretar esos instrumentos en el sentido de que los Estados tengan derecho a ejecutar actos que atenten contra el supuesto fundamental de que la civilización y la humanidad deben sobrevivir. La Corte podría argumentar que, por ministerio de la ley, la Carta prohíbe todo acto improcedente de esa índole.

*

La tercera solución se inspira también en el principio Lotus, en cuya virtud los Estados tienen derecho a hacer todo cuanto no se les prohíba en el derecho internacional, pero (según se anunció en la sección 2 de la Parte I supra) puntualiza que, aun en defecto de una prohibición, ese derecho residual no ampara la ejecución de actos que, por su naturaleza esencial, no pueden ser objeto de un derecho, por ejemplo, los actos que podrían destruir la humanidad y la civilización y demoler, así, la base en que se fundan los Estados y, por la misma razón, la base en que se sustentan los derechos y las obligaciones en el seno de la comunidad internacional.

No hay razón convincente para sostener que el tribunal que conoció del asunto Lotus partiera del supuesto de que los Estados tuvieran una soberanía absoluta que los legitimara para ejecutar cualquier acto, por muy abominable o repugnante que fuera para la comunidad internacional, siempre que pudiera probarse que no estaba prohibido en el derecho internacional. La idea de supremacía interna inherente al concepto de soberanía en el derecho interno no es directamente aplicable cuando se traspasa al plano internacional. La coexistencia de diversas soberanías impone límites a la libertad que tienen los Estados de actuar como si los demás no existieran. Esos límites definen un marco estructural objetivo en el que debe insertarse necesariamente la soberanía⁷; tanto la idea del marco como sus límites definitorios están

⁷ A esta idea se refiere la siguiente observación de un tratadista: "Pour certains auteurs l'existence d'un corpus iuris régissant une société décentralisée et horizontale relève du miracle. Je dirais plutôt qu'elle relève de la nécessité. Ce n'est pas en dépit, mais à cause de l'hétérogénéité des Etats dans une société de juxtaposition que le droit international a été créé et

(continúa...)

implícitos en la referencia que se hace en el fallo del asunto Lotus a "la coexistencia de comunidades independientes" (P.C.I.J. Series A. No. 10, pág. 18), idea que se perfecciona posteriormente en la Carta, en la que se subraya de modo particular la necesidad de la cooperación.

Así pues, por muy extensos que sean los derechos inherentes a la soberanía, estos no pueden rebasar el marco en que subsiste la propia soberanía y, en particular, no pueden atentar contra él. El marco no concede a Estado alguno el derecho de emprender un curso de acción que pudiera dismantelar la base de aquél y que acabara con la civilización y aniquilara a la humanidad. No se trata de que se prohíba a los Estados el ejercicio de un derecho que, de no existir la prohibición, ostentarían; por principio, ningún Estado puede tener tal derecho.

Por tanto, en este caso hay que hacerse previamente la siguiente pregunta: aun cuando no haya prohibición de ninguna índole, ¿entraña la soberanía de los Estados alguna prerrogativa que los faculte para emprender un curso de acción que pudiera arrasar en la práctica a todos los Estados, poniendo fin a la civilización y aniquilando a la humanidad? No cabe dar respuesta afirmativa; que la soberanía no ampara tal derecho se desprende de que el Estado ejecutor sería una de las entidades que la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el lenguaje de su época, calificó de "comunidades independientes coexistentes", las cuales, tienen en consecuencia, el deber de respetar la soberanía de los demás Estados. Es difícil que la Corte suscriba el principio de que, en ausencia de prohibición, los Estados tengan el derecho legítimo de actuar de un modo que pueda anular la soberanía de todos los demás Estados.

*

La cuarta solución es la siguiente: si el principio Lotus otorga a los Estados la libertad de ejecutar todo acto que no esté prohibido - interpretación que respaldan firmemente algunos Estados y que otros rechazan con igual firmeza -, entonces, al menos a los efectos de las presentes actuaciones, habría que introducir distinciones en el supuesto en cuestión. Dicho supuesto no comprende acto alguno que pudiera acabar con la civilización y aniquilar a la humanidad. Tampoco excluye la interpretación de que no se tiene derecho a ejecutar actos de esa índole si el derecho internacional no lo autoriza.

Esta cuarta solución requiere un examen más detallado que las anteriores. Habrá que tener en cuenta tres cambios que han afectado a las posibilidades de aplicar el pensamiento jurídico de una época pasada al mundo de hoy.

En primer lugar, de conformidad con las disposiciones del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta, inspiradas, además, en acontecimientos anteriores a su

' (...continuación)

s'est développé. Si le droit international n'existait pas, il faudrait l'inventer". Prosper Weil, Le Droit international en crûte de son identité. Cours général de Droit international public, Recueil des cours, vol. 237 (1992-VI), pág. 36.

/. . .

considerable, lo que constituye un distanciamiento significativo con respecto a la fuerte insistencia en la soberanía individual que caracterizó a la sociedad internacional de la época anterior. Filipinas y Samoa recalcaron este punto.

En segundo lugar, ha habido importantes transformaciones en lo que respecta al carácter de la comunidad internacional y de las relaciones entre los Estados. A medida que ha aumentado el número de Estados, las relaciones internacionales se han estrechado; los miembros de la comunidad mundial se han acercado más unos a otros. En este proceso se ha producido el paso discernible de una sociedad selecta de Estados a una comunidad internacional universal. Esto fue lo que permitió en 1984 a una Sala de la Corte hablar de "la coexistencia y la vital cooperación de los miembros de la comunidad internacional" (Maritime Delimitation of the Gulf of Maine Area, I.C.J. Reports 1984, pág. 299, párr. 111). La doctrina jurídica anterior no ha perdido todo su sentido. Sin embargo, ha quedado suficientemente claro que la pasada insistencia en la soberanía particular de cada Estado, considerado como un hortus conclusus, ha decaído frente a la nueva conciencia de la responsabilidad que tiene en su condición de miembro de un sistema más cohesionado y general, basado en la cooperación y la interdependencia.

La Carta, en parte, consagró esos nuevos cambios y, en parte, también contribuyó a provocarlos. El Magistrado Álvarez ya se había dado cuenta de sus consecuencias y de la dirección hacia la que se encaminaban (Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter), I.C.J. Reports 1947-1948, pág. 68, Opinión separada). Las dudas acerca del llamamiento que hizo dicho magistrado en favor del desarrollo de un nuevo derecho internacional no menoscabaron el hecho de que no estaba sólo en lo que respecta a su postulado esencial. Otros magistrados observaron también que era:

"Un hecho innegable que todas las actividades internacionales de los últimos tiempos han tendido a promover el bienestar común de la sociedad internacional, con la consiguiente limitación de la soberanía particular de los Estados" (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, I.C.J. Reports 1951, pág. 46, Opinión disidente conjunta de los Magistrados Guerrero, McNair, Read y Hsu Mo).

Aunque en otro lugar hubiera criticado "la teoría que reduce los derechos de los Estados a competencias asignadas y repartidas por el derecho internacional"⁸, el Magistrado De Visscher, observó por su parte, que "[l]a Carta ha creado un sistema internacional", y añadió lo siguiente:

"[E]n la interpretación de un gran instrumento constitucional internacional, como es la Carta de las Naciones Unidas, los conceptos particularistas que suelen bastar para interpretar los tratados ordinarios no bastan" (International Status of South West Africa, I.C.J. Reports 1950, pág. 189, Opinión disidente.)

⁸ Charles De Visscher, Theory and Reality in Public International Law, edición revisada, traductor P. E. Corbett (Nueva Jersey, 1968), pág. 104.

Por supuesto, en la Carta no se establece nada parecido a un gobierno mundial; pero si se organizan las relaciones internacionales sobre la base de un "sistema internacional", y un postulado fundamental de ese sistema es el de la supervivencia de la especie humana y de su civilización.

No obstante, en tercer lugar, también ha habido tendencias de dirección opuesta a las anteriores, en el sentido de que ahora, por primera vez, algunos Estados tienen el poder de destruir todo el sistema y, con él, a toda la humanidad.

¿Qué lección se desprende de esos cambios, el tercero de los cuales se opone a los dos precedentes?

Las nociones de soberanía y de independencia que tenía el Tribunal que conoció del asunto Lotus no se habían fraguado en un medio que previera la posibilidad de que un solo Estado poseyera la capacidad de acabar con su propia existencia y con la de todos los demás. La Corte Permanente de Justicia Internacional conoció, en el asunto en cuestión, de un caso de colisión en el mar y de la jurisdicción penal de los Estados al respecto; una cuestión, se concederá, poco trascendental. De haber previsto la posibilidad de que una minoría de Estados beligerantes destruyeran el planeta, es improbable que hubiera mantenido la misma posición que sostuvo sin haberla matizado. Como también la hubiera matizado esta Corte cuando en 1986 afirmó que:

"en derecho internacional no hay normas en virtud de las cuales pueda limitarse el volumen del armamento de un Estado soberano, salvo las normas que admita el Estado interesado, bien sea por tratado o bien por otro medio, y este principio es válido para todos los Estados sin excepción." (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, I.C.J. Reports 1986, pág. 135, párr. 269.)

Esa situación no tenía que ver con el empleo de armas nucleares; la declaración de la Corte se refería al derecho que tenían los Estados de poseer determinado volumen de una clase de armas, cuya legítima utilización no se había puesto en entredicho. Hay que ser muy cauteloso al interpretar el sentido de un pronunciamiento jurisdiccional en un contexto para el cual no estaba previsto. El hecho de que fuera discrepante no mengua el valor de la opinión emitida por el Magistrado Badawi Pasha, en la que éste recordó los problemas que podrían surgir "cuando se saca una norma del marco en que se creó, y se la traslada a un ámbito distinto, al cual no puede adaptarse con la facilidad con que se adapta a su contexto propio" (Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, I.C.J. Reports 1949, pág. 215.)

Merece la pena recordar, asimismo, que, en la Opinión disidente que emitió en el asunto Lotus, el Magistrado Finlay comprendió el peligro que entrañaba plantear un asunto no desde el punto de vista de si hay "una norma que prohíba" someterla a juicio, sino desde el punto de vista de "si los principios del derecho internacional [lo] autorizan" (P.I.C.J. Series A, No. 10, pág. 52). En el período inmediatamente posterior a la promulgación de la Carta el Magistrado Álvarez se opuso explícitamente al principio de que los Estados tuvieran "el derecho ... de hacer todo lo que no se prohíba expresamente en el derecho

internacional". En su opinión, "Este principio, que era correcto antaño, en los días de la soberanía absoluta, ya no lo es en el día de hoy" (Fisheries, I.C.J. Reports 1951. pág. 152., opinión separada).

No creo que pueda mantenerse en la actualidad una oposición tan general, pues me parece que hay un punto particular en el que el asunto Lotus se distingue de los demás. ¿Cuál es ese punto en el que cabe hacer una pequeña distinción? Es el siguiente. Con independencia del modo en que se determinó la cuestión en el asunto Lotus, la determinación del Tribunal se acomodó al marco de una sociedad internacional que constaba de "comunidades independientes y coexistentes", lo que no es el caso por lo que respecta a la cuestión de si existe un derecho a utilizar armas nucleares. Si la Corte defendiera su existencia, defendería un derecho que podría utilizarse para destruir ese marco y que, por tanto, no tendría cabida dentro de él. Por muy amplias que fueran las potestades de los Estados, no hay fundamento alguno para suponer que la Corte Permanente de Justicia Internacional estimara que, en ausencia de prohibición, incluyeran derechos cuyo ejercicio pudiera provocar la extinción de la civilización y el aniquilamiento de la humanidad y, en consecuencia, destruir el marco de la comunidad internacional; el Tribunal no pensaba en derechos de esa índole. En la medida en que un acto pueda tener esas consecuencias apocalípticas, la situación es distinta; esta Corte no tiene reparo en sostener que los Estados carecen del derecho de ejecutar tal acto a no ser que pueda probarse, lo cual es improbable, que el derecho internacional lo autoriza.

El caso es que el estilo {y, en particular, el título) empleado en varios proyectos de convención adjuntos a varias resoluciones de la Asamblea General relativas a las armas nucleares se inspiraba en la terminología de la prohibición. Sin embargo, aun suponiendo que la doctrina correcta sea la de que la utilización de las armas nucleares debe fundamentarse en el derecho internacional, ello no obsta para que los Estados concierten un tratado oficial de prohibición; el hecho de que los proyectos de convenio estuvieran encaminados a lograr la prohibición no invalida la opinión de que hay que fundamentar la autorización.

La terminología de la prohibición se encuentra también en la argumentación del fallo emitido por el Tribunal de Distrito de Tokio en el asunto Shimoda contra el Estado (The Japanese Annual of International Law. vol. 8, 1964, pág. 212, en la pág. 235). No creo que esto se preste a muchas interpretaciones. Habida cuenta de que el Tribunal de Distrito de Tokio estaba convencido de que en el derecho internacional se prohibía el lanzamiento de bombas, no se preguntó si, al no haber prohibición en ese sentido, era necesario fundamentar la autorización; habiendo admitido la Corte la autorizada doctrina de que el derecho era suficiente para defender la ilegitimidad del caso, estimó innecesario, atendiendo al principio de economía jurisdiccional, preguntarse si dicha ilegitimidad podría fundamentarse en otras causas.

¿Puede fundamentarse, en este caso, la autorización requerida? Parece que no. La Corte es producto de la Carta y del Estatuto. Si comprueba, como debe ser, que tanto en la Carta como en el Estatuto se aboga por la preservación de la civilización y de la humanidad, lo lógico es que llegue a la conclusión de que en el derecho internacional no se autoriza a Estado alguno a ejecutar actos

que puedan conducir a la destrucción de la civilización y a la aniquilación de la humanidad.

PARTE XIX. ARGUMENTOS QUE ASISTEN A LA CORTE PARA DEFENDER
QUE EL DERECHO HUMANITARIO PROHÍBE LA UTILIZACIÓN
DE ARMAS NUCLEARES

t

Propongo que pasemos a considerar la cuestión de la legalidad de la utilización de las armas nucleares desde la perspectiva de algunos de los principios fundamentales del derecho humanitario (expresión generalizada actualmente!) que estaban en vigor en los comienzos de la era nuclear. Esos principios están relacionados con el derecho a elegir los medios de guerra, con el principio de los sufrimientos innecesarios y con la cláusula de Martens.

1. Los métodos o medios de guerra

Este principio del derecho internacional consuetudinario se reformula en el párrafo 1 del artículo 35 del Protocolo Adicional I de 1977 de los Convenios de Ginebra de 1949 del modo siguiente: "En todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado". Este principio se ha resentido con la aparición constante de armas dotadas de una potencia destructiva cada vez mayor, y se ha aceptado como algo cada vez más natural que el aumento de la potencia de destrucción lleva consigo una destrucción mayor. Y su valor quedaría aún más menoscabado si, como se ha argumentado en ocasiones, sólo sirviera para dejar abierta la posibilidad de que se prohibiera un arma mediante una ley distinta de aquella en que se consagró dicho principio; pero este argumento no está bien fundado, dado que si lo estuviera, dicho principio no encarnaría una norma de conducta de los Estados y, por tanto, no podría calificarse de principio de derecho internacional. En el párrafo 77 de la Opinión consultiva de la Corte se reconoce que dicho principio forma parte del derecho internacional; por tanto, no carece de validez. Tampoco ha entrado en declive; su pervivencia queda atestiguada por la resolución 2444 (XXIII) de la Asamblea General, aprobada por unanimidad el 19 de diciembre de 1968. En esa resolución, la Asamblea General afirmó:

"la resolución XXVIII de la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Viena en 1965, en la que, entre otras cosas, se establecen los siguientes principios para su observancia por todas las autoridades, tanto gubernamentales como de otro carácter, responsables de las operaciones en los conflictos armados:

- a) Que no es ilimitado el derecho de las partes en un conflicto a adoptar medios para causar daño al enemigo;
- b) Que está prohibido lanzar ataques contra la población civil como tal;
- c) Que en todo momento ha de distinguirse entre las personas que participan en las hostilidades y los miembros de la población civil, a fin de que se respete a estos lo más posible."

/...

Tal como se indica en el inciso a), subsiste el principio que limita el derecho a elegir los medios de hacer la guerra, el cual, a pesar de la impresión que da de estar en desuso, es susceptible de aplicación. ¿De qué modo? El principio puede, interpretarse en el sentido de que con él se pretendía excluir el derecho a elegir algunas armas. No se especificó qué armas, lo cual es comprensible. Sin embargo, si, como parece, el principio puede aplicarse para prohibir la utilización de algunas armas, es difícil imaginarse por qué no debería prohibirse con arreglo a él la utilización de armas nucleares; las dificultades que pudiera haber para aplicar la norma a casos menos claros desaparecen cuando surgen otros casos más evidentes. Pero, por supuesto, la imaginación no basta; hay que ofrecer una argumentación jurídica. ¿Cómo?

Sería útil empezar por señalar que lo que está en cuestión no es la existencia del principio, sino su aplicación en un caso particular. Su aplicación no requiere el respaldo de una opinio iuris que prohíba la utilización del arma de que se trate; de ser así, nos hallaríamos en el insólito caso de un principio que no podría aplicarse sin el aval de una opinio iuris que respaldara cada aplicación.

Sin embargo, ¿cómo puede aplicarse el principio a falta de un criterio de aplicación reconocido? Si el principio puede aplicarse para prohibir la utilización de algunos medios de guerra, ello entraña necesariamente, la existencia de un criterio a partir del cual se determine si ha de prohibirse determinado medio. ¿Cuál puede ser ese criterio? Como parece reconocer la Corte, las consideraciones humanitarias son admisibles por lo que respecta a la interpretación del derecho de los conflictos armados (véanse párrs. 86 y 92 de la Opinión consultiva de la Corte). Ateniéndose a esas consideraciones y adoptando un enfoque basado en el principio de eficacia, es razonable pensar que el criterio requerido por la aplicación del principio en cuestión consiste en examinar si la utilización del arma de que se trate es admisible para la sensibilidad de la comunidad internacional; es difícil imaginarse que pueda haber un derecho a elegir un medio de guerra cuya utilización repugne a la sensibilidad de la comunidad internacional.

Por lo que respecta a algunas armas, tal vez resulte difícil determinar, con pruebas fehacientes, cuál sea la sensibilidad de la comunidad internacional. Sin embargo, la utilización de armas nucleares se sitúa, por decirlo así, en el extremo de toda una gama de posibilidades, en el que se desvanecen las dificultades de esa índole. A diferencia de lo que ocurre en el caso de las armas convencionales, la utilización de armas nucleares puede terminar en la aniquilación de la humanidad y de la civilización. Tal como se ha señalado, si se detonaran al mismo tiempo todos los artefactos explosivos utilizados en todo el mundo desde la invención de la pólvora, la civilización no quedaría destruida, lo que sí podría suceder, en cambio, en caso de que se utilizaran armas nucleares, y no haría falta, ni mucho menos, utilizarlas todas. El principio que limitaba el derecho a elegir los medios de guerra suponía que, con independencia de los medios de guerra legítimamente empleados, seguiría siendo posible hacer una guerra civilizada en el futuro. Así pues, por muy libre que pueda ser un Estado para elegir los medios, esa libertad topa con un factor limitante en los casos en que la utilización de determinado tipo de armas podría acabar destruyendo la civilización.

Cabe añadir que, al juzgar la admisibilidad de determinado medio de guerra, es necesario, en mi opinión, considerar qué efectos puede tener dicho medio en el curso normal de aquélla, aun cuando no los tuviera en todas las circunstancias. La conclusión con respecto a los efectos que pueden tener las armas nucleares en el curso normal de una guerra no es una cuestión de carácter doctrinal, si no una cuestión de hecho. Durante el procedimiento consultivo la Corte puede efectuar las determinaciones de hecho que sean necesarias (Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), X.C.J. Reports 1971, pág. 27). Por las razones ya aducidas, no hay dificultades para llegar a una conclusión en este caso.

Por lo que respecta a la determinación de la sensibilidad de la comunidad internacional, es esencial, por supuesto, que la Corte tenga en cuenta las opiniones de los Estados, siempre que, por las razones aducidas anteriormente, no se caiga en el error de suponer que, en lo que atañe al principio en cuestión, es necesario contar con una opinio iuris que respalde la existencia de una norma expresa que prohíba la utilización de armas nucleares.

Las opiniones de los Estados están a disposición de quien desee comprobarlas. La primera resolución de la Asamblea General, que se aprobó por unanimidad el 24 de enero de 1946, avala la interpretación de que este órgano consideraba que la utilización de armas nucleares era inadmisibles para la comunidad internacional; ya se ha hecho referencia a ella. También cabe citar el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, de 1968, y demás acuerdos conexos, que se estudiarán con más detalle más adelante. La Corte puede interpretar que esos instrumentos equivalen a una declaración formulada tanto por los Estados poseedores de armas nucleares como por los Estados no poseedores de armas de este tipo en el sentido de que la utilización efectiva de armas nucleares sería inadmisibles para la comunidad internacional y que, por esta razón, debería intentarse frenar su proliferación mediante acuerdos en los que todas las partes se comprometieran a colaborar, de buena fe, para conseguir su eliminación definitiva. Si la comunidad internacional encuentra admisible la utilización efectiva de armas nucleares, es difícil que pueda haber una base fiable para concertar un acuerdo que limite el derecho de utilización de algunos Estados, sobre todo si éstos llegaran a ejercer en alguna ocasión ese derecho contra otros Estados que no disfrutaban en forma exclusiva de él.

En la sesión que celebró en Edimburgo de 1969, el año siguiente a la concertación del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, el Instituto de Derecho Internacional tuvo ocasión de señalar que "en el derecho internacional vigente se prohíbe la utilización de todas las armas - se dan por incluidas las armas nucleares- que, por su naturaleza, afecten indiscriminadamente a objetivos militares y no militares, o a las fuerzas armadas y a la población civil". Con independencia de lo que pueda decirse de otras armas, esta opinión, expresada con unanimidad casi total, resulta útil no sólo por su gran valor profesional, sino también por su juicio independiente acerca de la inadmisibilidad de la utilización de las armas nucleares para la comunidad internacional. Ese juicio reflejaba con exactitud la base sobre la que se habían concertado los acuerdos del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares el año anterior.

Hay otras armas que se engloban junto con las nucleares en la categoría de armas de destrucción en masa. Sin embargo, tal como ya se ha dicho, la Corte puede estimar perfectamente que el criterio jurídico aplicable no consiste, de modo exclusivo, en determinar la capacidad de destrucción de un arma, sino si esta capacidad es lo suficientemente grande como para que la comunidad internacional considere inadmisible la utilización de dicha arma. La documentación que obra en poder de la Corte {parte de la cual se examinó en la sección 3 de la parte I supra) le permite llegar a la conclusión de que, en el caso de las armas nucleares, el rechazo de la comunidad internacional es un hecho probado. Así pues, las consecuencias jurídicas en el caso concreto de las armas nucleares no tienen por qué ser las mismas que en el de otras armas de destrucción en masa que aún no se han prohibido mediante tratado.

En el asunto Shimoda contra el Estado se desestimaron las pretensiones del demandante por razones que hoy en día carecen de peso; éste sigue siendo el único caso de decisión judicial, nacional o internacional, en este ámbito. La decisión fue dictada por el Tribunal del Distrito de Tokio el 7 de diciembre de 1963. Aunque, por supuesto, no sea vinculante, está comprendida en las decisiones judiciales a que se refiere el inciso d) del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte; por tanto, merece ser tomada en consideración. Si se dictara una resolución judicial distinta de la que dictó el Tribunal de Distrito de Tokio, habría que explicar en ella las razones por las cuales no se admitió la argumentación de ese tribunal.

Las deliberaciones del Tribunal de Distrito de Tokio se basaron en el supuesto (avalado por una opinión jurídica experta) "de que los medios que causan sufrimiento innecesario en la guerra y los medios inhumanos están prohibidos como medios de infligir daño al enemigo" (The Japanese Annual of International Law, vol. 8, 1964, pág. 240) . Dicho supuesto reflejaba dos argumentos que invocó el Japón en su Nota de protesta de 10 de agosto de 1945, en la que dijo lo siguiente:

"Uno de los principios fundamentales del derecho internacional en tiempo de guerra es el de que los beligerantes no tienen el derecho ilimitado de elegir los medios de infligir daño al enemigo y no deberían utilizar armas, proyectiles u otros materiales que provocaran sufrimiento innecesario; y ello se estipula expresamente en el anexo de la Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y en los artículos 22 y 23 e) de las Reglas de esta convención." (Ibíd., pág. 252).

El artículo 22 de las Reglas versaba sobre el derecho a la utilización de medios para infligir daño al enemigo, mientras que el inciso e) del artículo 23 versaba sobre el principio del sufrimiento innecesario.

En la argumentación del Tribunal de Distrito de Tokio se trataron los dos aspectos de la cuestión que hubo de considerar, de modo conjunto. Admitió que "el derecho internacional relativo a la guerra no se deriva solamente de sentimientos humanos, sino que se fundamenta tanto en la necesidad y la eficacia militares como en los sentimientos humanos, y se crea equilibrando estos dos factores" (ibld., pág. 240). En consecuencia, "por muy inhumanas que sean las

secuelas de un arma, su utilización no está prohibida en el derecho internacional en los casos en que resulte muy efectiva desde el punto de vista militar" (ibíd., pág. 241). No obstante, el Tribunal de Distrito de Tokio estimó que podía "afirmar con seguridad que, además de los venenos, los gases tóxicos y las bacterias, en el derecho internacional se prohíbe la utilización de medios de ataque al enemigo que provoquen los mismos o más daños que aquellos otros" (ibíd.).

El Tribunal de Distrito de Tokio se limitó a dirimir la cuestión de si el uso concreto de armas atómicas en Hiroshima y Nagasaki fue legal, y planteó, sin llegar a ninguna decisión al respecto, "una cuestión importante y muy difícil - a saber -, si la bomba atómica, dada su naturaleza y sus efectos, es un arma que esté autorizada en el derecho internacional bajo la denominación de arma nuclear..." (ibíd. pág. 234). No obstante, está claro que al decidir con respecto a la primera cuestión, relativa a la utilización concreta, el Tribunal pasó naturalmente a considerar la segunda, relativa a la situación jurídica de dichas armas. Así pues, aunque el Tribunal de Distrito de Tokio no emitiera decisión alguna en tal sentido, de su argumentación se desprende que las armas nucleares no son un medio de guerra admisible. Y esta es la argumentación del Tribunal de Distrito de Tokio que interesa a esta Corte.

La documentación que obra en poder de esta Corte es suficiente para permitirle considerar como hecho probado que la utilización efectiva de armas nucleares es inadmisibles para la sensibilidad de la comunidad internacional; sobre la base de este hecho comprobado, estima que tiene competencia jurisdiccional para declarar que esas armas son "medios de guerra" inadmisibles según se definen en el derecho.

2. Sufrimientos innecesarios

Ahora hemos de referirnos a la prohibición del derecho internacional consuetudinario de infligir sufrimientos superfluos e innecesarios. En la reformulación que de él se hace en el párrafo 2 del artículo 35 del Protocolo Adicional I de 1977 de los Convenios de Ginebra de 1949, el principio dice lo siguiente: "Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios". El caso de las armas que, como la bala "dum-dum"⁹, se han diseñado intencionadamente para causar sufrimientos innecesarios no agota la interpretación ni la aplicación de la prohibición. Puede considerarse como un caso particular de la aplicación de una idea subyacente más amplia, la de que el sufrimiento es superfluo o innecesario si sobrepasa materialmente el grado de daño justificado por la ventaja militar que pretende conseguirse. En este sentido, no puede efectuarse una prueba mecánica o absoluta: hay que lograr el equilibrio entre el grado de sufrimiento infligido y la ventaja militar

⁹ "El proyectil conocido por el nombre de 'dum-dum' se creó en la fábrica de armas del mismo nombre, situada en las cercanías de Calcuta". Véase The Proceedings of the Hague Peace Conferences. The Conference of 1899 (Oxford, 1920), pág. 277, cita correspondiente al General Sir John Ardagh.

prevista. Cuanto mayor sea la ventaja militar, mayor será la disposición a tolerar grandes sufrimientos. Y, por supuesto, son los Estados quienes deben establecer el equilibrio. La Corte no puede usurpar su decisión al respecto; pero,, en este caso, tiene el deber de averiguar cuál es su opinión. Al examinar la opinión de los Estados con respecto a dónde debe situarse el equilibrio, la Corte puede dar por sentado que, al establecer ese equilibrio, los propios Estados se dejan guiar por la conciencia pública. La Corte ha sostenido con acierto que "el carácter intrínsecamente humanitario de los principios jurídicos en cuestión ... permea todo el derecho relativo a los conflictos armados y se aplica a las guerras y a las armas de toda índole ..." (Opinión consultiva, párr. 86). Es imposible declarar que esos principios son de carácter humanitario sin tener en cuenta la conciencia pública.

Así pues, la Corte tenía razones para opinar que la conciencia pública podría considerar que ninguna ventaja militar en absoluto justificaría el grado de sufrimiento infligido por determinado tipo de arma. Puede aducirse que el gas tóxico era un medio más efectivo de neutralizar al enemigo en determinadas circunstancias que otros de los utilizados en la primera guerra mundial. Sin embargo, ello no bastó para legitimar su utilización; la prohibición de ésta se fundó en la interpretación, expuesta en el primer preámbulo del Protocolo de Ginebra relativo a la utilización de gases, de 1925, de que "la utilización de gases asfixiantes, tóxicos o de otra índole en la guerra ha sido justamente condenada por la opinión general del mundo civilizado". En efecto, la utilización de un arma que causara la clase de sufrimientos que causaba el gas venenoso repugnaba absolutamente a la conciencia pública y, por tanto, resultaba inadmisibles para los Estados, por muy grande que fuera la ventaja militar que pudiera reportarles. Este argumento no ha dado lugar a un tratado de prohibición general y universal en el caso que nos ocupa; no obstante, resulta útil para determinar si la conciencia pública admitiría los sufrimientos que podrían infligirse mediante la utilización de armas nucleares tanto a combatientes como a civiles, a pueblos alejados del lugar del conflicto y a las generaciones venideras.

Habiendo examinado la documentación que obra en su poder, la Corte concluyó razonablemente que la conciencia pública considera que la utilización de armas nucleares provoca sufrimientos inadmisibles por muy grande que sea la ventaja militar que se derive de ella. Sobre la base de esta conclusión, la Corte, al determinar cuál es, a su vez, la opinión de los Estados sobre la cuestión, puede suponer perfectamente que su opinión no diferirá de la manifestada por la conciencia pública.

El principio de los "sufrimientos innecesarios" se engloba en el marco de los principios destinados a proteger a los combatientes. Basta con que la utilización de armas nucleares viole el principio en relación con los combatientes para declararla ilegal. Sin embargo, cabe la posibilidad de que, interpretado a la luz del desarrollo de la tecnología militar y de los nuevos métodos de hacer la guerra el principio citado se considere actualmente susceptible de proteger también a los civiles.

L

En la época de la bala de expansión, durante la segunda mitad del siglo XIX, en la que hizo su aparición el principio citado, se imaginaba sin más consideraciones que los "sufrimientos innecesarios" se infligirían exclusivamente a los soldados en el campo de batalla; los sufrimientos que pudieran causar las armas utilizadas no repercutirían en los civiles. Sin embargo, el marco de las operaciones militares es diferente en la actualidad: si las armas nucleares pueden causar sufrimientos innecesarios a los soldados, es evidente que también pueden causárselos a los civiles que se encuentren en su radio de acción. En el preámbulo del Tratado de Tlatelolco se declara acertadamente que los "terribles efectos [de las armas nucleares] los sufren, de modo indiscriminado e inexorable, tanto las fuerzas militares como la población civil ■...".

Cabe decir que la sustancia del principio de los sufrimientos innecesarios ampara a los civiles por intermedio de otros principios, como el que prohíbe los ataques indiscriminados, pero que el principio por sí mismo no los ampara. Sin embargo, hay que preguntarse qué clase de posición es la que defiende que un ataque aparentemente indiscriminado contra los civiles se justifica mediante el argumento de los daños colaterales. En el caso de que el principio de los daños colaterales (sin entrar a debatir cuál fuera su verdadero alcance) justificara la agresión contra los civiles, limitar el principio de los sufrimientos innecesarios a los combatientes llevaría a la contradicción de que, con arreglo a ese principio, podría prohibirse esa agresión en cuanto tocara a los combatientes, pero no en cuanto tocara a los civiles, que resultarían igualmente afectados; así pues, un acto que ocasionara daños a los combatientes y a los no combatientes por igual podría ser ilegal con respecto a los primeros pero legal con respecto a los últimos. Si tanto combatientes como no combatientes son víctimas del mismo acto, es difícil justificar por qué éste es ilegal en el primer caso y legal en el segundo.

En el fallo que dictó en el asunto Shimoda el Tribunal de Distrito de Tokio declaró que "no es exagerado decir que los daños ocasionados por las bombas atómicas son más graves que los que causarían el veneno o los gases tóxicos y ... que el lanzamiento de esa cruel bomba es contrario al principio fundamental de las leyes de la guerra de que no deben provocarse sufrimientos innecesarios" (The Japanese Annual of International Law. No. 8. 1964. págs. 241 v 242). Por consiguiente, en esta parte de su argumentación el Tribunal de Distrito de Tokio aplicó el "principio fundamental" del "sufrimiento innecesario", y lo hizo en relación con los daños causados a los civiles. Auxiliado por tres expertos que eran profesores de derecho internacional, así como por todo un equipo de • abogados de ambas partes, en un asunto sumamente controvertido, el Tribunal no pareció tener en cuenta la interpretación de que el principio de los sufrimientos innecesarios se limitaba a los causados a los combatientes. Y, sin embargo, esa interpretación, de haber sido correcta, debería haber sido esencial en un asunto relacionado con los sufrimientos de la población civil.

No obstante, aun cuando el principio de los sufrimientos innecesarios se limite a los combatientes, todavía queda por plantear la cuestión de si en el caso de los combatientes afectados por la utilización de armas nucleares se violaría ese principio. Por las razones que acaban de exponerse, la Corte estima que sí.

3. La cláusula de Martens

Algunos Estados argumentaron que la aplicación de la cláusula de Martens dependía de que lograra probarse la existencia precisa de una norma de derecho internacional consuetudinario que prohibiera la utilización de determinada arma, y que no existía norma alguna en tal sentido en el caso de las armas nucleares. Esta es una interpretación atractiva.

Sin embargo, presenta una dificultad inicial. Tal como se reconoce en los párrafos 78 y 84 de la Opinión consultiva de la Corte, la cláusula de Martens es una norma de derecho internacional consuetudinario, lo que significa que tiene carácter normativo, es decir, que fija una norma de conducta para los Estados. En ese caso, es difícil saber cómo puede fijar una norma de conducta para los Estados si lo único que hace es recordarles otras normas de conducta que preexisten en su totalidad a la cláusula. El argumento en cuestión pretende no tanto determinar el campo de aplicación de una norma reconocida como negar la existencia de toda norma. ¿Puede ser cierto un argumento que lleva a conclusiones tan endeables?

La cláusula de Martens figuraba al final del siguiente pasaje del preámbulo de la Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, firmada en La Haya en 1899:

"Según el criterio de las altas partes contratantes, estas disposiciones, cuya redacción ha sido inspirada por el deseo de disminuir los males de la guerra en cuanto las necesidades militares lo consientan, están destinadas a servir de regla general de conducta a los beligerantes en las relaciones entre sí y con los pueblos.

Ha sido imposible, sin embargo, concertar desde ahora estipulaciones que se extiendan a todas las circunstancias que se presentan en la práctica.

Por otra parte, no podía entrar en las intenciones de las altas partes contratantes que los casos no previstos fueran, a falta de estipulación escrita, dejados a la apreciación arbitraria de los que dirijan los ejércitos.

En espera de que un código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las altas partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y, los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública."

Estas declaraciones refuerzan la impresión de que estaba previsto que la cláusula de Martens cubriera las lagunas que hubiera en el derecho internacional convencional, y que lo hiciera de modo práctico. ¿Cómo?

La cláusula de Martens responde a las características de su período; su interpretación no es fácil. Está clara la distinción que se hace en ella entre usos y derecho¹⁰. Sin embargo, como demuestra la palabra "queda", la cláusula daba a entender que estaban ya en vigor determinados principios de derecho de gentes destinados a proteger en la práctica a "los pueblos y los beligerantes" en caso de que los textos convencionales no los protegieran. Dadas las connotaciones de dicha palabra, no cabe interpretar que la cláusula se refiriera exclusivamente a irnos principios de derecho de gentes que, tal vez, se establecieran en el futuro. La referencia a los principios de derecho de gentes que se hace en las fuentes mencionadas reflejaba el carácter de los principios de derecho de gentes que regían entonces, no era una simple alusión al futuro surgimiento de dichos principios. Cabe añadir que, en su formulación de 1977, la oración en cuestión dice lo siguiente: "derivados de la costumbre establecida, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública". Dado que la "costumbre establecida" bastaría por sí sola para definir una norma de derecho internacional consuetudinario, es poco probable que se pretendiera dar una interpretación acumulativa a la citada oración. Por tanto, "los principios de derecho internacional" (según la nueva formulación) podrían derivarse suficientemente de "los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública"; según se dijo antes, podría considerarse que esos "principios de derecho internacional" engloban los principios del derecho internacional ya derivados "de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública".

En efecto, la cláusula de Martens autorizaba a tratar los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública como principios de derecho internacional, permitiendo que el contenido preciso de la exigencia implicada por esos principios de derecho internacional se determinara atendiendo a la variación de las condiciones, en particular la variación de los medios y métodos de guerra y la de la mentalidad y el grado de tolerancia de la comunidad internacional. Los principios permanecerían constantes, pero su efecto práctico variaría de una época a otra: podrían servir para justificar ion método de guerra en una y para prohibirlo en otra. A este respecto, según el Sr. Sean Me Bride, el Sr. M. Jean Pictet tenía razón al subrayar "que las Declaraciones de las Convenciones de La Haya en virtud de la cláusula de Martens, equivalían a principios de derecho humanitario que rebasaban con mucho la convención escrita; ello les daba, por tanto, una dimensión dinámica que no estaba sujeta a las limitaciones del tiempo"¹¹.

¹⁰ Para un análisis del proceso de maduración por el que los "usos de la guerra" se convierten en el derecho consuetudinario internacional, véase L. Oppenheim, International Law. A Treatise, vol. II, 7ª edición de H. Lauterpacht (Londres, 1952), pág. 226, párr. 67, ypág. 231, párr. 69.

¹¹ Sean Me Bride, "The Legality of Weapons for Societal Destruction", en Christophe Swinarski (editor), Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet (Ginebra, 1984), pág. 402.

Lo anterior no debería extrañarnos. Refiriéndose a la cuestión de las "consideraciones de humanidad" como fuentes del derecho, Sir Gerald Fitzmaurice observó que "aún queda por resolver el problema de las consecuencias de esta opinión, es decir, exactamente en qué circunstancias y en qué medida las consideraciones de humanidad dan lugar por sí mismas a obligaciones de carácter jurídico" (Sir Gerald Fitzmaurice, The Law and Procedure of the International Court of Justice, vol. 1, Cambridge, 1986, pág. 17, nota 4, subrayado original. Y véase, ibíd., pág. 4). Esta reserva no invalida la idea fundamental de que "las consideraciones de humanidad dan lugar por sí mismas a obligaciones de carácter jurídico". La substancia de esta idea parece figurar también en el fallo que dictó en 1948 el Tribunal Militar de los Estados Unidos ubicado en Nuremberg, en relación con el asunto Krupp, en el que afirmó lo siguiente:

"El Preámbulo [de la Convención de La Haya No. IV, de 1907] es mucho más que una mera declaración piadosa. Es una cláusula general que convierte los usos establecidos por las naciones civilizadas, las leyes de humanidad y los dictados de la conciencia pública en el criterio jurídico que habrá de aplicarse en los supuestos en que las disposiciones concretas de la Convención y las Reglas anexas a ella no prevean determinados casos que se den en la guerra o tengan relación con ella." (Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1948, pág. 622.)

Una opinión parecida sobre el carácter de las consideraciones de humanidad figura en el fallo del asunto relativo al Canal de Corfú. En él el Magistrado Álvarez declaró que la "característica de la delincuencia internacional es que constituye un acto contrario a los sentimientos humanos" (I.C.J. Reports 1949, pág. 45, opinión separada); y la propia Corte dijo que "las obligaciones [de Albania] se basa[ba]n, no en la Convención de La Haya No. VIII, de 1907, aplicable en tiempo de guerra, sino en determinados principios generales reconocidos, a saber: las consideraciones elementales de humanidad, que son aún más imperativas en la paz que en la guerra; ..." (I.C.J. Reports 1949, pág. 22). Así pues, las obligaciones de Albania se "basa[ba]n ... en ... consideraciones elementales de humanidad ...", de lo que se desprende necesariamente que esas consideraciones tienen por sí mismas fuerza obligatoria. En 1986 la Corte estimó que "la conducta de los Estados Unidos podía juzgarse con arreglo a los principios generales fundamentales del derecho humanitario", y señaló que determinados preceptos del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 eran "normas que, a juicio de la Corte, encarnaban lo que ésta había llamado, en 1949, consideraciones elementales de humanidad" (Corfú Channel, Merits, I.C.J. Reports 1949, pág. 22, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Merits, I.C.J. Reports 1986, págs. 113 y 114, párr. 218). Abundando en lo anterior, cabe citar la observación que formuló el Tribunal de Naulila en fecha anterior, en el sentido de que el derecho de represalia "est limitéé par les expériences de l'humanité ..." (Reports of International Arbitral Awards, vol. 2, pág. 1026).

No estoy convencido de que la intención de la cláusula de Martens fuera simplemente ofrecer un criterio humanitario que permitiera interpretar una serie de normas heterogéneas de derecho internacional convencional o consuetudinario relativas a la conducta bélica; la cláusula no era necesaria para eso, ya que las consideraciones de humanidad, que informan el derecho humanitario, hubieran

prestado ese servicio a la perfección (véase el párrafo 86 de la Opinión consultiva de la Corte). Resulta también difícil admitir que la cláusula de Martens se limitara simplemente a recordar a los Estados las obligaciones que les incumbían en virtud de unas normas de derecho internacional consuetudinario heterogéneas. No cabe duda de que la intención de la cláusula, en la versión particular en que se reprodujo en los Convenios de Ginebra de 1949, era la de recordar a los Estados Partes que la denuncia de esos tratados humanitarios no los eximiría de cumplir las obligaciones previstas en la cláusula; sin embargo, ésta, en su versión más habitual, no tenía vocación de simple recordatorio¹². La función esencial de la cláusula era la de salvaguardar la existencia de unos principios de derecho internacional que servían para reglamentar indirectamente, pero con efectos prácticos la conducta bélica con arreglo a "los principios de humanidad y ... los dictados de la conciencia pública". En este sentido, "los civiles y los combatientes queda[ría]n bajo la salvaguardia y la autoridad de los principios de derecho internacional derivados ... de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública". La palabra "quedan" sería inaplicable a "los principios de humanidad y ... los dictados de la conciencia pública" si no se interpretara que éstos poseían una fuerza normativa práctica para regular la conducta bélica.

Así pues, la cláusula de Martens poseía una autoridad propia y concluyente que respaldaba el postulado de que había ya principios de derecho internacional vigentes con arreglo a los cuales las consideraciones de humanidad tenían por sí mismas valor jurídico para reglamentar la conducta bélica en los casos en que no pudiera aplicarse norma alguna del derecho convencional. Por consiguiente, era innecesario buscar en otra parte unos principios de derecho internacional independientes; la fuente de esos principios estaba constituida por la propia cláusula.

Es probable que la Conferencia de Paz de La Haya de 1899 interpretara la cuestión de ese modo. Una vez aprobada la famosa declaración del Sr. Martens, el "delegado principal de Bélgica, Sr. Beernaert, que se había opuesto anteriormente a la aprobación de los artículos 9 y 2 (1 y 2 del nuevo proyecto de convención), anunció inmediatamente que votaría en favor de la aprobación de esos por razón de dicha declaración"¹³. El delegado principal de Bélgica, como otros delegados, había sido convencido por la protección que ofrecían las disposiciones particulares del proyecto (véase el asunto Krupp, *supra*. pág. 622). Sin embargo, en último término, consideró que podía votar en favor de los citados artículos. ¿Por qué? No porque las normas independientes vigentes en materia de derecho internacional consuetudinario ofrecieran la

" Para las diferencias entre la versión de 1949 de la cláusula de Martens y su versión clásica, véase Georges Abi-Saab, "The Specificities of Humanitarian Law", en Christophe Swinarski (ed.), Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet (Ginebra, 1984), pág. 275.

¹³ The Proceedings of the Hague Peace Conferences, The Conference of 1899 (Oxford, 1920), págs. 54 y 419.

protección adicional requerida, la cual se ofrecería en todo caso. La razón por la cual votó en favor fue porque, según su opinión, que no suscitó objeciones de otros delegados, la cláusula de Martens tendría la fuerza normativa suficiente para ofrecer la protección adicional requerida reglamentando debidamente el comportamiento bélico.

"Se está autorizado a comprobar la firmeza de un principio analizando las consecuencias que se derivarían de su aplicación" (Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd., I.C.J. Reports 1970, pág. 220, párr. 106, Magistrado Jessup, opinión separada). Por consiguiente, resulta útil considerar las repercusiones que se derivan del postulado de que la cláusula de Martens no es pertinente por sí misma en lo que respecta a la cuestión de la legalidad de la utilización de las armas nucleares. Está claro que la utilización de esas armas podría desembocar, incluso en el caso de los países neutrales, en la destrucción de los seres vivos, en la enfermedad y la migración forzosa de los supervivientes, en perjuicios para las generaciones futuras, como dolencias graves, malformaciones y muerte, y en la posible extinción de toda clase de vida. Si ningún precepto del derecho internacional convencional o consuetudinario prohíbe lo anterior, según los partidarios de la legalidad de la interpretación del asunto Lotus, los Estados tendrían el derecho legítimo de provocar ese cataclismo. Cabe pensar, al menos, que la conciencia pública pensara lo contrario. Sin embargo, los "dictados de la conciencia pública" no podrían plasmarse en una prohibición normativa si no fuera por la cláusula de Martens.

No se trata, a mi juicio, de que la Corte intente transformar la opinión pública en derecho: eso llevaría al "gobierno de los jueces", lo que, como observó acertadamente el Magistrado Gross, "ningún Estado aceptaría con facilidad"¹⁴. El derecho internacional vigente, ya ha establecido en la forma de la cláusula de Martens, la norma jurídica necesaria. La Corte no tiene que averiguar si existe una opinio iuris. Su función es verificar la aplicación de una norma encarnada en un principio vigente determinando qué es lo que los "principios de humanidad y ... los dictados de la conciencia pública" exigen en materia de conducta bélica en una situación dada. En último término, sus conclusiones dependerán de cuáles sean las opiniones de los propios Estados; pero, por lo que respecta a la cláusula de Martens, las opiniones de los Estados serán pertinentes sólo en la medida en que revelen el estado de la conciencia pública, no a los efectos de determinar si existe una opinio iuris con respecto a la legalidad de la utilización de un arma determinada.

¹⁴ The Gulf of Maine, I.C.J. Reports 1984, pág. 385, párr. 41, Opinión disidente. Pero véase también I.C.J. Pleadings, Northern Cameroons, 1963, pág. 352, M. Weil, "... il est parfois bon, pour exorciser les démons, de les appeler par leur nom", es decir, "le spectre du gouvernement des juges".

La labor de determinar los efectos de una norma puede ser difícil, pero no imposible; tampoco es labor de la que pueda inhibirse un tribunal de justicia en caso de que sea necesaria. El derecho ofrece ejemplos frecuentes en los que un tribunal ha de hacer precisamente eso, es decir, aplicar una norma de derecho que encarna un principio que le da su fuerza obligatoria en determinadas circunstancias¹⁵.

Tal vez sea necesario hacer algunas apreciaciones de hecho. Habida cuenta de que es la conciencia pública la que establece dicho principio, los Magistrados pueden tomar nota de diversas cuestiones pertinentes que se planteen en la esfera pública. Ello no obsta para que la Corte no esté vinculada por las normas técnicas que rigen la pertinencia y admisibilidad de las pruebas en los regímenes municipales; emplea un procedimiento flexible. Eso, naturalmente, no significa que deba dispersar su atención; antes bien, debe concentrarla en fuentes que hablen con autoridad. Entre ellas se cuenta la Asamblea General. Ya se ha hecho referencia a su primera resolución, de 24 de enero de 1946. La Corte puede interpretar justamente que esa resolución, aprobada por unanimidad, expresó la conciencia que tenía la comunidad internacional de que la utilización de armas nucleares era inadmisibles. Lo mismo ocurre con el Documento Final aprobado por consenso en 1978, en el décimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, relativo al desarme. Precedieron y siguieron a ese Documento Final varias resoluciones conexas del mismo órgano. En una de ellas, aprobada en 1983, la Asamblea General declaró que "resuelta, incondicional y definitivamente condena la guerra nuclear por ser contraria a la conciencia y a la razón humanas ..." {resolución 38/75 de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1983}. Aunque no por unanimidad, la Asamblea General aprobó esa resolución válidamente, ejerciendo la competencia que le correspondía en la esfera del desarme. Independientemente de cuál sea la posición con respecto al posible valor legitimador de las resoluciones de la Asamblea General o a la influencia de éstas, la Corte no se equivocaría al considerar importante la conclusión de la Asamblea sobre el estado de "la conciencia y la razón humanas" con respecto a la admisibilidad de la utilización de armas nucleares, sobre todo teniendo en cuenta que esa conclusión coincide con la tendencia general del resto de la documentación que obra en poder de la Corte.

La Corte puede acudir a otros medios de prueba para verificar el estado de la conciencia pública sobre la cuestión de la admisibilidad de la utilización de armas nucleares. Puede interpretar el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares en el sentido de que la conciencia pública, manifestada en las posiciones adoptadas por todas las partes en dicho tratado, considera que la utilización de armas nucleares entrañaría graves riesgos y que esos riesgos la harían inadmisibles en cualquier circunstancia. La opinión más razonable, a mi juicio, es la de que la Corte no puede interpretar correctamente el Tratado en el sentido de que todas las partes convinieran en que cinco Estados, y no más,

¹⁵ Véase I.C.J. Pleadings. South West Africa, vol. VIII, pág. 258, argumento del Sr. Gross; Fisheries Jurisdiction. I.C.J. Reports 1974. págs. 56 y 57, nota 1, Opinión separada del Magistrado Dillard; y Julius Stone, Legal System and Lawyers' Reasonings (Stanford, 1964), págs. 59, 68, 263 y 264, 299, 305 y 306, 320 y 346.

podían encargarse efectiva y responsablemente de prevenir esos riesgos. Tampoco puede darse el caso de que la conciencia pública, manifestada en las posiciones adoptadas por las partes en ese Tratado, diga ahora que, una vez lograda su supresión definitiva, no podrán utilizarse armas nucleares, y, al mismo tiempo, que sería admisible utilizarlas hasta que se lograra su supresión definitiva. En un asunto que afecta a la supervivencia de la humanidad, la conciencia pública no puede aplicar, al mismo tiempo, un criterio de admisibilidad en un caso y otro en otro. Ello haría contradictoria su opinión con respecto a la inadmisibilidad fundamental de esas armas como medio de guerra que podría destruir la civilización. No hay base alguna para atribuir esa contradicción a la conciencia pública; no es muy sensato prohibir que se destruya la civilización en el futuro y aceptar, al mismo tiempo, que, de modo impecablemente legítimo, se destruya ahora.

Si lo anterior es cierto, la cláusula de Martens ayuda a responder a la objeción, planteada por los partidarios de la legalidad, de que la pregunta formulada por la Asamblea General obligaría a la Corte a ocuparse de muchos asuntos. La Corte no podría decir de antemano cuál sería el efecto preciso de la utilización de armas nucleares en ningún caso concreto. Los ejemplos de posibles asuntos se refieren a la proporcionalidad, el deber de distinguir entre combatientes y civiles, la intensificación del conflicto, la neutralidad, el genocidio y el medio ambiente. No obstante, la Corte sí puede comprobar, y comprobar de hecho, que la utilización de armas nucleares entraña riesgos reales en todas esas esferas. En ese caso, podrá acudir a la conciencia pública para saber si ésta, en vista de los riesgos, considera admisible en alguna circunstancia la utilización de esas armas y, entonces, comprobará efectivamente que la conciencia pública, en vista de los riesgos, estima que la utilización de esas armas es inadmisibile en toda circunstancia. Así pues, -la conciencia pública, en su función de mediadora,, tiene una libertad de juzgar que no tiene la Corte.

Por último, dependiendo de sus conclusiones con respecto al estado de la conciencia pública, la Corte podrá decidir si la cláusula de Martens ampara la prohibición de la utilización de armas nucleares en cualquier circunstancia. Habida cuenta de la documentación que obra en su poder, la Corte puede sostener perfectamente que la cláusula ampara la imposición de tal prohibición.

PARTE IV. SOBRE SI UNA NORMA PROHIBITIVA PREVIA, DE HABER EXISTIDO,
QUEDÓ MODIFICADA O ANULADA POR LA APARICIÓN DE UNA NORMA
POSTERIOR

1. Situación al iniciarse la era nuclear

Confirmando la declaración de la Corte, en la segunda parte del inciso E del párrafo 2) de la parte dispositiva de su Opinión consultiva en el sentido de que "no puede llegar a una conclusión definitiva" sobre la cuestión de referencia, algunos Estados sostienen que en la pregunta planteada a la Asamblea General se invita a la Corte a especular sobre posibles "hipótesis". Si esto significa que la Corte no puede decidir sobre la base de conjeturas, yo estaría de acuerdo con esta afirmación, pero no estaría dispuesto a ir más lejos y aceptar (si esta era también la intención de la propuesta) que no hay ninguna circunstancia en que la Corte pueda recurrir justificadamente a hipótesis. No creo que sea exacto decir, como se ha dicho a veces, que la interpretación y aplicación de la ley excluyen siempre las hipótesis. Dentro de unos límites razonables, una hipótesis, al igual que en otros ejercicios intelectuales, puede resultar esencial para verificar los límites de una teoría o aclarar el verdadero significado de una norma. Cuando en una célebre declaración se dijo "hypotheses non fingo", únicamente se excluían los postulados que rebasaban los datos reales". Los datos reales pueden en sí mismos sugerir posibilidades que deben ser exploradas para poder sacar las conclusiones correctas de esos datos.

La situación que prevalecía inmediatamente antes de que se iniciase la era nuclear era que, puesto que las armas nucleares no existían, ex hypothesi no había, ni podía haber habido, en el derecho internacional convencional o consuetudinario ninguna norma que prohibiese el empleo de armas nucleares "como tales". Pero no puede afirmarse seriamente que los efectos producidos por el empleo de armas nucleares, cuando se inventaron posteriormente, quedasen fuera del ámbito del derecho que existía con anterioridad sobre los conflictos armados (véanse los párrafos 85 y 86 de la Opinión consultiva y Shimoda, supra, pág. 235 y 236); la "novedad de un arma no implica en sí misma una pretensión legítima para modificar las normas de la guerra existentes" (L. Oppenheim, International Law. A Treatise, vol. II, séptima edición por H. Lauterpacht, pág. 469, párr. 181 a)).

En consecuencia, si inmediatamente antes de iniciarse la era nuclear se hubiese planteado la cuestión de si los efectos del tipo de los que se hubieran producido posteriormente como resultado de la utilización de armas nucleares constituiría una violación del derecho de los conflictos armados, la Corte podría muy bien haber mantenido que la respuesta sería inevitablemente afirmativa. Si los efectos producidos hubiesen estado prohibidos por la ley, la conclusión es que las armas nucleares, cuando hubiesen aparecido posteriormente,

¹⁶ "Todo lo que no se deduce de los fenómenos, debe considerarse hipótesis". Véase Sir Isaac Newton, The Mathematical Principles of Natural Philosophy, libro III, vol. II, traducción de Andrew Motte (Londres, 1968), pág. 392; y Derek Gjertsen, The Newton Handbook (Londres, 1986), pág. 266.

no podrían haberse utilizado sin violar la ley, a menos que esa ley se hubiese la modificado por la evolución ulterior de legislación en sentido opuesto, un aspecto que se examina más adelante.

2. Situación con posterioridad al inicio de la era nuclear

"El mantenimiento obstinado de una costumbre es algo tan turbulento como una innovación", dice Bacon¹⁷. Así pues, en el supuesto de que existiese una norma prohibitiva al comienzo de la era nuclear, habría que considerar todavía si esta norma se había modificado o invertido posteriormente al aparecer una nueva norma en sentido contrario: ¿Acaso el "mantenimiento obstinado" de la prohibición anterior a la utilización de armas nucleares se hubiese considerado algo "turbulento"?

Es necesario tener en cuenta la estructura del debate. Algunos Estados argumentan que no hay, y no ha habido nunca, una norma que prohibiese el empleo de armas nucleares. Para aquilatar la cuestión que esta afirmación plantea, un plinto de referencia útil es el inicio de la era nuclear. Hay que determinar la situación en aquella época por referencia a la legislación entonces vigente. La evolución posterior no forma parte de ningún proceso creativo de una norma sobre esta cuestión con efecto retroactivo. Si la conclusión correcta es que, de acuerdo con la legislación urgente al iniciarse la era nuclear, existía en aquel momento una norma prohibitiva, la evidencia de una práctica ulterior de los Estados no puede servir para contradecir esta conclusión al mostrar que, contrariamente a esta conclusión, no existía entonces ninguna norma prohibitiva. Lo que la práctica ulterior de los Estados si puede hacer es crear una opinio iuris en apoyo de la aparición de una nueva norma que modifique o invierta la norma antigua. Pero no se ha sugerido que, si ya existía una norma prohibitiva al iniciarse la era nuclear, dicha norma hubiese quedado modificada o invertida por la aparición de una norma posterior en sentido contrario. Siendo así, se desprende que, si al iniciarse la era nuclear existía una norma prohibitiva, esta norma continúa en vigor.

Se llega a la misma conclusión aunque se mantenga que cualquier norma prohibitiva anterior había quedado invertida por la aparición de una norma posterior de sentido contrario. La fuerte oposición tradicional entre los Estados que no poseen armas nucleares a la tesis de que existe un derecho legal a utilizar armas nucleares hubiera bastado para impedir la evolución de la opinio iuris necesaria para confirmar la aparición de esta nueva norma, en particular en el caso de que la norma anterior hubiera tenido categoría de ius cogens. Este hubiera sido el caso si los principios humanitarios en que se basaba la norma anterior hubiese tenido esa categoría, una posibilidad que deja abierta el párrafo 83 de la Opinión consultiva.

Una última observación. Se afirmó que los Estados que poseen armas nucleares eran "Estados cuyos intereses están especialmente afectados" en el sentido del principio relativo a la creación de derecho internacional

¹⁷ "Of Innovations", en J. Spedding, R. L. Ellis y D. D. Heath (editores), The Works of Francis Bacon (Londres, 1890), vol. VI, pSrr. 433.

consuetudinario, según dictaminó la Corte en 1969 (casos de la North Sea Continental Shelf, Cases. I. C. J. Reports 1969, pág. 43, párr. 74), y que en realidad, " en el presente caso una práctica que implicase la amenaza o la utilización de armas nucleares sólo podía proceder de Estados a los que se hubiese reconocido la categoría de Estados poseedores de armas nucleares" (C. R. 95/24, p. 3, traducción). El argumento es interesante pero no convincente. Cuando lo que se discute es la legalidad de la utilización de un arma que puede aniquilar a la humanidad, y por lo tanto destruir a todos los Estados, la prueba de qué Estados resultan especialmente afectados se refiere no a quién es el propietario de las armas, sino a las consecuencias de su utilización. Desde este punto de vista, todos los Estados resultan igualmente afectados pues, al igual que la población que habita en ellos, todos tienen el mismo derecho a existir.

Por estas razones, si se admite la existencia previa de una norma prohibitiva, la Corte podría mantener que la posición adoptada por un gran número de Estados que no poseen armas nucleares, si no la mayoría, habría servido para evitar que se formase una opinio juris en apoyo de la creación de una nueva norma que anule la antigua. En consecuencia, la antigua norma prohibitiva habría continuado hasta el momento actual.

PARTE V. LOS TRATADOS DE DESNUCLEARIZACIÓN Y EL TRATADO SOBRE LA NO PROLIFERACIÓN DE LAS ARMAS NUCLEARES (TNP)

Algunos Estados se refieren a los tratados regionales de desnuclearización y al Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares (TNP) y acuerdos correspondientes como práctica de los Estados que demuestra la no existencia de una norma prohibitiva. Según afirman, estos acuerdos sólo pueden explicarse partiendo del supuesto de que los Estados negociadores consideraban como legal la utilización de armas nucleares. Destacan que durante 50 años los Estados poseedores de armas nucleares han venido desplegando estas armas, en una u otra forma, como política de disuasión nuclear; añaden que es bien sabido que varios Estados no poseedores de armas nucleares se han acogido a la protección nuclear de un Estado poseedor de estas armas; que los Estados que no poseen armas nucleares y otros Estados que se acogen a la protección nuclear constituyen un sector sustancial e importante de la comunidad internacional; que ciertos elementos de las garantías de seguridad negativa y positiva que ofrecen los Estados poseedores de armas nucleares implican necesariamente el reconocimiento por los Estados que no las poseen de que las armas nucleares pueden ser empleadas legalmente; que la resolución 984 (1995) del Consejo de Seguridad expresaba la satisfacción del Consejo por las declaraciones en que los Estados poseedores de armas nucleares habían ofrecido estas garantías; y que ningún Estado poseedor de armas nucleares protestó contra estas garantías o contra la satisfacción expresada por el Consejo. ¿Cómo deben evaluarse estos hechos?

La situación al iniciarse la era nuclear era que o bien no existía ninguna norma que prohibiese a los Estados producir efectos del tipo que posteriormente producirían las armas nucleares, o que sí existía una norma prohibitiva de ese tipo. Si no existía esta norma prohibitiva, no es necesario examinar en detalle si la práctica ulterior de los Estados introdujo una norma, pues la posición conocida de los Estados que poseen armas nucleares y de aquellos que no las

poseen, pero que se acogen a la protección nuclear y que representan un sector sustancial e importante de la comunidad internacional, hubiera impedido la formación de la opinio iuris necesaria para crear esta norma: la no existencia de una norma prohibitiva continuaría hasta la fecha, y prevalecería el argumento de los proponentes de la legalidad.

En el caso de la opinión contraria, de que sí existía una norma prohibitiva previa, tampoco es necesario considerar detenidamente la práctica ulterior de los Estados. Como se ha afirmado, si de acuerdo con la legislación vigente al iniciarse la era nuclear, se llega a la conclusión en que en aquel momento existía una norma prohibitiva, esta conclusión en cuanto a la situación legal en aquel momento no puede quedar desvirtuada por los acontecimientos posteriores. Estos acontecimientos posteriores sólo pueden tenerse en cuenta a efectos de determinar si representaban una práctica de los Estados creadora de una nueva norma que modificase o anulase la norma prohibitiva anterior. Pero en tal caso, la posición conocida de la mayoría de los Estados que no poseen armas nucleares, y que representan también un sector sustancial e importante de la comunidad internacional, hubiera impedido la formación de la opinio iuris necesaria para crear una norma que modificase o anulase la anterior: la norma prohibitiva anterior continuaría, por lo tanto, hasta la fecha, y prevalecería el argumento de los proponentes de la ilegalidad.

Cualquiera que sea la opinión mantenida, no es pues necesario considerar la evolución posterior de los acontecimientos detenidamente. Aunque los tratados regionales de desnuclearización y el TNP han sido objeto de un amplio debate, desearía decir algo al respecto. A mi juicio, la Corte puede mantener que estos tratados no demuestran que los proponentes de la ilegalidad aceptasen la legalidad de la utilización de armas nucleares.

**

En primer lugar, me referiré a los tratados regionales de desnuclearización. Por razones de conveniencia, me referiré sólo a uno, a saber el Tratado de Tlatelolco de 1967. En el preámbulo de ese Tratado se afirmaba que "la proliferación de armas nucleares" parecía "inevitable, a menos que los Estados, en el ejercicio de sus derechos soberanos, se impongan restricciones a sí mismos para evitarlo". Puesto que este Tratado se refería tanto a la posesión como a la utilización, tiene cierta fuerza el argumento de, con esta declaración, se reconocía que había un derecho soberano legal a utilizar dichas armas. Sin embargo, no se llega necesariamente a esta conclusión cuando se tiene en cuenta el hecho de que, en el preámbulo, se indicaba también que la utilización de estas armas podía dar lugar a un "ataque contra la integridad de la especie humana y, en último término, podía hacer inhabitable toda la tierra". Una interpretación más exacta es que el Tratado pretendía objetivamente establecer un régimen que garantizase a América Latina como zona exenta de armas nucleares, teniendo en cuenta que estas armas existían de hecho y podían utilizarse efectivamente; el Tratado no se basaba en el supuesto de que existiese un derecho legal a utilizar armas que podían "hacer inhabitable toda la tierra". Las reservas o declaraciones formuladas por los Estados poseedores de armas nucleares al firmar o ratificar el Protocolo II de dicho Tratado partían del supuesto de que existía un derecho de utilización; pero resulta arriesgado concluir que, al guardar silencio, los Estados Partes en el Tratado

/...

aceptaban este supuesto, teniendo en cuenta que, antes y después de concluirse el Tratado, muchos de ellos habían afirmado en la Asamblea General y en otros foros que la utilización de estas armas sería un crimen.

* *

El caso del TNP exige un análisis más amplio; los argumentos fueron más intensos. Algunos Estados, o alguno de ellos, argumentaron que el derecho a utilizar armas nucleares formaba parte del derecho inherente de legítima defensa; que este derecho inherente de legítima defensa era inalienable; que tenía un carácter fundamental y primordial; que era el derecho más fundamental de todos; pero que podría limitarse en virtud de disposiciones expresas de un tratado. De aquí se deducía que algunos Estados podían conservar su derecho a utilizar armas nucleares, en tanto que otros podían convenir en renunciar a este derecho. Este argumento añade que la aceptación de un derecho a poseer estas armas en virtud del TNP implica el reconocimiento de un derecho de utilización.

*

Estos argumentos tienen un gran peso y exigen un examen detenido. Sin embargo, una dificultad estriba en la caracterización del derecho a utilizar armas nucleares como parte del derecho de legítima defensa. Si esta caracterización es correcta, no es fácil comprender por qué razón los proponentes de la ilegalidad, que eran partes en el TNP, habrían renunciado voluntariamente a un elemento importante de su derecho inherente de legítima defensa y aceptasen al mismo tiempo que los Estados poseedores de armas nucleares conservasen plenamente este derecho. El tercer párrafo del preámbulo del TNP mostraba que el Tratado se concertó "de conformidad con las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en que se pedía la conclusión de un acuerdo sobre la prevención de una mayor difusión de las armas nucleares". Entre estas resoluciones figuraría la resolución 2028 (XX) de la Asamblea General, de 19 de noviembre de 1965 cuyo párrafo 2 b) establecía que un tratado sobre la no proliferación "debe establecer un equilibrio aceptable de responsabilidades y obligaciones mutuas para las Potencias nucleares y las no nucleares". Resulta difícil comprender cómo podría reflejarse esta resolución de manera aceptable en un disfrute asimétrico de un derecho tan fundamental como el derecho inherente de legítima defensa.

También resultaría difícil comprender cómo lo que es inalienable para algunos Estados es alienable para otros. Uno de los atributos de la soberanía es que un Estado puede, mediante acuerdo, limitar el ejercicio de su competencia; sin embargo, se plantea la cuestión de hasta qué punto hacerlo sin perder su condición de Estado¹⁶. Puesto que el derecho de legítima defensa es "inherente" a un estado, no es posible concebir que se tenga la consideración de Estado si falta esta característica. Sirva de ilustración la resolución 49/10 de la Asamblea General, de 3 de noviembre de 1994, "reafirmando ... que, en su calidad de estado soberano e independiente, la República de Bosnia y Herzegovina goza de todos los derechos proclamados en la Carta de las Naciones Unidas,

¹⁸ Véase el argumento de M. Yassen en I. C. J. Pleadings, Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between WHO and Egypt, págs. 298 y 299.

incluido el derecho de legítima defensa con arreglo al Artículo 51 de la Carta". Las modalidades del ejercicio del derecho de legítima defensa son una cuestión distinta. Pero por lo que respecta al derecho en sí, si este derecho incluye un derecho a utilizar armas nucleares, éste último constituiría un elemento importante del primero. Tal vez por esta razón en el caso similar planteado por la Organización Mundial de la Salud, se sostenía que "negar a la víctima de la agresión el derecho a utilizar las únicas armas que podrían salvarla constituiría una burla del derecho inmanente de legítima defensa"¹⁹. Este argumento es comprensible, partiendo de la premisa de que el derecho a utilizar armas nucleares forma parte inherente del derecho de legítima defensa. La cuestión que se plantea es la de si la premisa es correcta. Pues si es correcta, por la misma razón resulta difícil comprender cómo los Estados no poseedores de armas nucleares que eran partes en el TNP podrían haber deseado renunciar a un elemento tan esencial de su derecho inmanente de legítima defensa.

Es posible comprender que los Estados no poseedores de armas nucleares aceptasen que, habida cuenta de los peligros que representan las armas nucleares, se comprometiesen a no adquirir estas armas, en el entendimiento de que los Estados poseedores de armas nucleares que ya tienen estas armas tomen medidas para eliminarlas. Resulta menos fácil comprender por qué razón los Estados que no poseen armas nucleares consentirían, en razón de estos peligros, en privarse a sí mismos de la oportunidad de utilizar estas armas en ejercicio de su derecho inherente de legítima defensa, y si aceptarían, sin embargo, que estas armas, pese a presentar los mismos peligros, pudiesen ser utilizadas legalmente por los Estados poseedores de armas nucleares en ejercicio de su propio derecho inmanente de legítima defensa, y que podrían utilizarlas en algunas circunstancias contra Estados no poseedores de armas nucleares. La Corte no puede mantener una interpretación tan desequilibrada del sistema del TNP sin suscribir la controvertida tesis que su verdadera intención no era tanto impedir la difusión de un arma peligrosa como garantizar que el disfrute de su utilización se limitase a una minoría de Estados. La diferencia en la percepción de sus objetivos es decisiva para la exactitud de la interpretación que se dé al Tratado.

Podría surgir otra discrepancia en relación con las armas nucleares entre los Estados que no son partes en el TNP y los Estados no poseedores de armas nucleares que sí son partes en el Tratado. Basándose en el argumento en favor de la legalidad, los primeros tendrían un derecho legal a utilizar armas nucleares en legítima defensa, en tanto que los segundos habrían renunciado al ejercicio de este derecho incluso en relación con los primeros. En efecto, puesto que un Estado no poseedor de armas nucleares que sea parte en el Tratado sobre no proliferación no puede poseer armas nucleares sin violar este Tratado, resultaría que este Estado no puede utilizar o amenazar con utilizar armas nucleares ni siquiera en relación con Estados que no son partes en el Tratado, aunque estos últimos, al no estar obligados por el Tratado, pueden haber seguido desarrollando, adquiriendo y poseyendo estas armas. Como consecuencia, a un

¹⁹ Declaración del Gobierno del Reino Unido en Legality of the Use by State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (Solicitud de Opinión consultiva), párrafo 24.

Estado no poseedor de armas nucleares que sea parte en el Tratado de no proliferación se le impediría, en virtud del Tratado, ejercer plenamente su derecho inmanente de legítima defensa en virtud del Artículo 51 de la Carta, a pesar de que un Estado que no sea parte en el Tratado tendría derecho a autorizar estas armas, en ejercicio de su propio derecho inmanente de legítima defensa en virtud de dicho Artículo.

Estas dificultades parecen indicar que es necesario hacer una distinción entre el derecho inmanente de legítima defensa y los medios para ejercer este derecho. Un Estado que utilice la fuerza en legítima defensa actúa legalmente en virtud del ius ad bellum. Pero tanto si el Estado actúa legalmente como ilegalmente en virtud del ius ad bellum, si efectivamente utiliza la fuerza, debe hacerlo siempre en la forma establecida por el ius in bello. Este ius in bello es el que determina si un medio determinado de hacer la guerra es o no permisible. Así, en los casos en que el empleo de un arma determinada está prohibido por el ius in bello, la denegación del empleo de esta arma no constituye una denegación del derecho de legítima defensa del Estado atacado: simplemente, el derecho inmanente de legítima defensa a que se refiere el Artículo 51 de la Carta no incluye la utilización del arma en cuestión. La respuesta legal al posible dilema del Estado víctima viene dada por el principio enunciado por el Tribunal Militar de los Estados Unidos en Nuremberg, el 19 de febrero de 1948, en el sentido de que "las normas de derecho internacional deben respetarse aunque provoquen la pérdida de una batalla o incluso de la guerra. La conveniencia o la necesidad no pueden justificar su violación ..."²⁰.

Una opinión razonable es que los proponentes de la ilegalidad que eran partes en el TNP no consideraban que estaban renunciando a una parte importante de su derecho inmanente de su legítima defensa, sino que actuaban pensando que el derecho inmanente de legítima defensa de un Estado no incluye el derecho a utilizar armas nucleares. Si hubiesen considerado que el derecho a utilizar armas nucleares era parte integrante de un derecho tan fundamental como el derecho inherente de legítima defensa, resulta difícil comprender por qué razón hubieran aceptado que estas armas sólo pudiesen ser utilizadas por algunos y no por todos. Por otra parte, si actuaron partiendo de la base de que el derecho a utilizar estas armas no formaba parte del derecho inherente de legítima defensa, esta interpretación rige, o en todo caso condiciona y explica las disposiciones del TNP, incluida la ampliación de 1995, las garantías positivas y negativas, y las declaraciones del Consejo de Seguridad formuladas en su resolución 984 (1995). Como señaló el representante de las Islas Salomón, todos estos acuerdos formaban parte de un proceso declarado para eliminar las armas nucleares; no cabe interpretarlos como una aceptación implícita por los Estados no poseedores de armas nucleares de la legalidad de la utilización de estas armas. En respuesta al argumento de que, en virtud del Tratado sobre no proliferación, los "Estados poseedores de armas nucleares disponían de una base legal para

²⁰ El caso List, Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10 (Washington, 1950), vol. XI, pág. 1272; y véase ibid., págs. 1.23S y 1.254. Véase también las observaciones del Tribunal Militar de los Estados Unidos en Nuremberg en el caso Krupp, Annual Digest and Reports on Public International Law Cases. 1948, pág. 628.

mantener sus arsenales nucleares", el representante de Nueva Zelanda explicó, a mi modo de ver con razón, que:

"la razón de ser misma del Tratado .., radica en el reconocimiento de que las armas nucleares son diferentes. Se consideró que, habida cuenta del potencial excepcionalmente destructivo de estas armas, y de la propia naturaleza humana, la única opción que tenía la humanidad era deshacerse de estas armas completamente. La amenaza que estas armas representan pone en peligro la seguridad de toda la comunidad internacional. Asimismo constituyen una amenaza y un reto para el orden jurídico internacional." (CR 95/28, pág. 36)

Habida cuenta de lo que precede, la Corte interpretó el TNP en este sentido. Según se indica en el preámbulo, tanto las Potencias nucleares como las no nucleares reconocieron "las devastaciones que una guerra nuclear infligiría a la humanidad entera ..." Así pues, debía ponerse fin a la difusión de armas nucleares, y los Estados que, según sus propias declaraciones, ya las poseían deberían eliminarlas. Como esto llevaría tiempo, las Potencias nucleares continuarían necesariamente en su posesión hasta que se eliminasen definitivamente.. Esto suponía reconocer una realidad que no podía desaparecer repentinamente y que habría que tolerar durante un período de transición; no suponía el reconocimiento de un derecho a utilizar esas armas. Este reconocimiento hubiera estado en contradicción con la afirmación repetida por muchas Potencias no nucleares, en resoluciones a la Asamblea General y de otra forma, y que se había hecho tanto antes como después de concluirse el Tratado sobre no proliferación, en el sentido de que la utilización de estas armas sería contraria a la Carta, a las normas del derecho internacional y a las leyes de la humanidad, y un crimen contra la humanidad y la civilización.

Queda por considerar si esta conclusión queda desvirtuada por las garantías de seguridad dadas por las Potencias nucleares a las no nucleares. En contraste con las reservas formuladas por cuatro de los cinco Estados poseedores de armas nucleares en sus garantías negativas de un derecho a utilizar las armas nucleares contra los Estados no poseedores de estas armas en ciertas circunstancias, las garantías positivas no incluían el compromiso de utilizar armas nucleares en defensa de un Estado no poseedor de estas armas que fuese atacado con armas nucleares, y en consecuencia no implicaba una reivindicación del derecho a utilizar armas nucleares. Sin embargo, la reivindicación de este derecho está claramente implícita en las garantías negativas, y no es necesario discutirlo. La cuestión que se plantea es la de si la reivindicación de este derecho ha sido aceptada por la comunidad internacional.

Por razones de conveniencia, examinaremos en primer lugar la reacción del Consejo de Seguridad. En el párrafo 1 de su resolución 984 (1995), aprobada por unanimidad, el Consejo o:

"Toma nota con reconocimiento de las declaraciones hechas por cada uno de los Estados poseedores de armas nucleares (S/1995/261, S/1995/262, S/1995/263, S/1995/264, S/1995/265), en que dan garantías de seguridad contra el uso de armas nucleares a los Estados que no poseen este tipo de armas y que son partes en el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares."

Se ha sostenido que el "reconocimiento" con que el Consejo tomó nota de las declaraciones hechas por cada uno de los Estados poseedores de armas nucleares implicaba un reconocimiento por el Consejo de un derecho legal a utilizar armas nucleares, sobre todo habida cuenta de la reafirmación, en el párrafo 9 de la resolución, del derecho inmanente de legítima defensa reconocido en el Artículo 51 de la Carta. Este sólido argumento nos obliga a considerar a qué "reconocimiento" se refería el Consejo.

Considerada en este contexto, y en particular habida cuenta del preámbulo de la resolución, la idea central del párrafo 1 era el hecho objetivo de que en las mencionadas declaraciones se habían dado garantías negativas de seguridad; este párrafo se refería a las declaraciones de los Estados poseedores de armas nucleares como declaraciones "en que se dan garantías de seguridad contra el uso de armas nucleares a los Estados que no poseen este tipo de armas ...". La resolución no se refería a las declaraciones como declaraciones en que los Estados no poseedores de armas nucleares se hubiesen "reservado un derecho a usar armas nucleares contra los Estados no poseedores de estas armas en ciertas circunstancias", como podrían haber hecho si el Consejo hubiese querido indicar que su expresión de reconocimiento tenía este alcance. El Consejo no podía hacer esta afirmación con respecto a los cinco Estados poseedores de armas nucleares, ya que uno de ellos, la China, no había reservado este derecho (véase el inciso c), párr. 59 de la Opinión consultiva de la Corte). Por el contrario, en el párrafo 2 de su declaración, la China decía, "el Gobierno de China se compromete a no utilizar ni a amenazar con utilizar armas nucleares contra Estados no poseedores de esas armas, ni contra zonas libres de armas nucleares en ningún momento y bajo ninguna circunstancia"; esta declaración era lo opuesto de una reserva de este derecho. Cabría sostener que la declaración implicaba, no obstante, la existencia de un derecho a utilizar armas nucleares. Sin embargo, la cuestión estriba en saber cómo debe interpretarse la expresión de "reconocimiento" del Consejo de Seguridad. La Corte no puede razonablemente decir que el "reconocimiento" del Consejo debe interpretarse en el sentido de extenderse a las reservas hechas por cuatro de los cinco Estados poseedores de armas nucleares al derecho a utilizar estas armas contra los Estados que no las poseen, sin afirmar al mismo tiempo que se extendía el compromiso de China, en sentido contrario, de no utilizar armas nucleares contra los Estados no poseedores de esas armas, "en ningún momento y bajo ninguna circunstancia".

Como consecuencia, los proponentes de la ilegalidad, al leer el texto de la resolución, habrían pensado que el "reconocimiento" manifestado por el Consejo de Seguridad se refería a aquellos aspectos de las declaraciones en que cuatro de los cinco Estados poseedores de armas nucleares se reservaban el derecho a utilizar estas armas contra los Estados que no las poseían en ciertas circunstancias, lo que incluía una situación en que no se hubiesen empleado previamente armas nucleares contra los Estados poseedores de estas armas que se hubiesen reservado este derecho y lo ejerciesen. Por su parte, la Corte no podía interpretar el "reconocimiento" expresado por el Consejo de Seguridad en el sentido de confirmar la existencia de este derecho, sin interpretarlo al mismo tiempo en el sentido de afirmar que, a juicio del Consejo de Seguridad, había dos grupos de Estados legalmente diferenciados en el aspecto importante de que un grupo tenía un derecho legal a utilizar armas nucleares contra el otro grupo en ciertas circunstancias, sin que este último grupo tuviera el derecho legal correspondiente a utilizar estas armas contra el primer grupo en ninguna

circunstancia. La Corte tenía que reflexionar antes de atribuir esta intención al Consejo de Seguridad. En determinadas circunstancias, en que era sabido que la existencia del derecho a utilizar armas nucleares era objeto de contestación, el "reconocimiento" expresado por el Consejo de Seguridad en su resolución podía interpretarse razonablemente en el sentido de referirse al hecho de que los Estados poseedores de armas nucleares habían dado "garantías de seguridad contra la utilización de armas nucleares a los Estados no poseedores de estas armas ..." según se indica en la propia resolución, sin que ello implicase el reconocimiento de la existencia de un derecho legal de utilización al eludir indirectamente la cuestión debatida de si existía o no este derecho.

Un argumento de cierta solidez se basa en el hecho de que, en el párrafo 9 de su resolución, el Consejo de Seguridad reafirmaba "el derecho inmanente, reconocido en el Artículo 51 de la Carta, de legítima defensa individual o colectiva en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, en tanto el Consejo de Seguridad adopta las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales". Aunque esta declaración no se refería al derecho a utilizar armas nucleares, el argumento aducido es que, en el contexto en que se formuló, implicaba que, a juicio del Consejo de Seguridad, el derecho inmanente de legítima defensa incluía el derecho a utilizar armas nucleares. Sin embargo, no parece que los Estados no poseedores de armas nucleares que se pronunciaron en el Consejo de Seguridad aceptasen esta conclusión lógica como implícita en el párrafo 9 de la resolución. Lo que Malasia dijo es que "dicho párrafo elude la cuestión relativa a la legalidad del empleo de armas nucleares, porque justifica el empleo o amenaza del empleo de armas nucleares en caso de defensa propia" (S/PV.3514, 11 de abril de 1995 pág. 19). Así pues, por más que se interprete el párrafo 9 en el sentido de justificar la amenaza o uso de armas nucleares en caso de legítima defensa, a juicio de Malasia este párrafo no lo lograba, sino que únicamente eludía la cuestión. Egipto se sumó a Indonesia al decir que hablaba "... en nombre de los Estados no alineados"; la declaración formulada por Indonesia no parece indicar una intención de abandonar la posición conocida de este grupo de Estados con respecto a la cuestión de la legalidad. La India recordó concretamente que "en el cuadragésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General, la comunidad internacional decidió solicitar una Opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia acerca de si la amenaza o el empleo de armas nucleares, en cualquier circunstancia, era permisible conforme al derecho internacional" (ibíd., pág. 6). La India añadió: "Cabe esperar que al ofrecer esta resolución, los Estados poseedores de armas nucleares no estén diciendo a los no miembros en el TNP que ellos, los Estados poseedores de armas nucleares, son libres de utilizar las armas nucleares contra los no miembros, ya que esto tendría consecuencias que son demasiado espantosas para contemplarlas." (Ibíd.) Así pues, aunque se entendiese que el Consejo de Seguridad consideraba legítima la utilización de armas nucleares, el argumento de que los proponentes de la ilegalidad aceptaban la validez de esta interpretación carece de fundamento.

Por otra parte, la cuestión puede examinarse desde el punto de vista más general de la actitud de los proponentes de la ilegalidad en relación con las garantías de seguridad. ¿Acaso esta actitud implica aceptación de la

/...

reivindicación de los Estados que poseen armas nucleares en el sentido de que existe un derecho legal a utilizar las armas nucleares? En particular, ¿queda demostrada esta aceptación por el hecho de que los Estados no poseedores de armas nucleares consideraron necesario obtener estas garantías?

Una interpretación razonable de la situación parece la siguiente. La posesión continua, aunque temporal, de armas nucleares por los Estados que poseen estas armas evidentemente presentaba riesgos para los Estados que no las poseían. Lo sensato hubiera sido obtener garantías contra cualquier amenaza o uso de tales armas. Malasia y Zimbabwe afirmaron, análogamente, que los pactos de no agresión "eran moneda corriente en las relaciones internacionales bastante después de que la ilegalidad de la agresión se hubiese incorporado al derecho consuetudinario" (respuestas conjuntas de Malasia y Zimbabwe a las preguntas hechas por el Vicepresidente Schwebel el 31 de noviembre de 1995, en respuesta a la segunda pregunta). Las realidades hay que tratarlas de manera práctica; pero no todas las disposiciones adoptadas para tratar de estas realidades aceptan su legalidad. Esto es especialmente cierto en las relaciones internacionales. Cuando se tiene también en cuenta la potencia de las armas en cuestión, la Corte podría concluir que no hay ninguna contradicción entre la posición adoptada en la Asamblea General por los Estados que no poseen armas nucleares, en el sentido de que la utilización de las armas nucleares constituye un crimen, y las garantías que aceptaron de los Estados que, no obstante, poseían estas armas en el sentido de que no se utilizarían contra ellos. Conviene recordar la observación del magistrado Alvarez de que "la razón, llevada al extremo, puede conducir al absurdo" (Ancrlo-Iranian Oil Company, I.C.J. Reports 1952, pág. 126, Opinión disidente). La práctica de eludir un problema jurídico para avanzar hacia un objetivo deseable es una práctica familiar en las relaciones internacionales. Mi interpretación de la actitud adoptada por algunos Estados poseedores de armas nucleares es que participaron sobre esta base en ciertas negociaciones en materia de derecho humanitario.

*

También es importante recordar que la simple prueba de actos u omisiones que aparentemente constituyen prácticas de los Estados no elimina la necesidad de interpretar estos actos u omisiones. El hecho de que los Estados puedan considerar que la realidad no les deja más opción que actuar como lo hacen no impide que su conducta se considere parte de la práctica de los Estados, siempre que cuando actúan lo hagan con el convencimiento de que obran por obligación legal. "La necesidad de este convencimiento, es decir la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la idea misma de la opinio iuris sive necessitatis." (Casos de la North Sea Continental Shelf, I.C.J. Reports 1969, pág. 44). Con referencia a las acciones que pueden reflejar una opinio necessitatis iuris. Lauterpacht exceptúa el comportamiento que "no vaya acompañado de esta intención" (Sir Hersch Lauterpacht, The Development of International Law by the International Court (Londres, 1958), pág. 380). Así pues, la intención es decisiva. El saber si esta intención existe, debe determinarse no mediante un análisis microscópico de elementos dispares de una imagen compleja y variable, sino mediante un examen de esta imagen en su conjunto. Cuando se contempla la imagen completa en las circunstancias de este caso, la Corte podría concluir que los hechos aducidos como prueba del

reconocimiento por los proponentes de la ilegalidad de que existe un derecho legal a autorizar las armas nucleares no permiten demostrar la intención de hacer este reconocimiento.

*

Quisiera añadir que no estoy convencido de que la resolución 255 (1968) del Consejo de Seguridad, de 19 de junio de 1968, a la que se hace referencia en los párrafos 59 y 61 de la Opinión consultiva de la Corte, arroje más luz sobre esta cuestión. La cuestión que se plantea sigue siendo la de si la resolución tenía en cuenta el hecho objetivo de que las armas nucleares existían y podían utilizarse efectivamente, o si esta resolución venía a afirmar directa o indirectamente la existencia de un derecho legal de utilización.

* *

En resumen, teniendo plenamente en cuenta todos los argumentos aducidos por los proponentes de la legalidad, la Corte podría llegar a la conclusión de que tales argumentos no bastan para desvirtuar la afirmación continua de los proponentes de la ilegalidad de que la amenaza o uso de las armas nucleares son ilegales. Esto significaría que continuarían las dificultades básicas señaladas anteriormente. Si, tal como yo pienso, la conclusión lógica es que, de acuerdo con la legislación vigente al iniciarse la era nuclear, existía entonces una norma prohibitiva, esa conclusión respecto a la legislación entonces vigente no puede quedar desvirtuada por una práctica contraria ulterior de los Estados. Lo más que esta práctica contraria ulterior de los Estados podría hacer sería generar una nueva norma que anulase o modificase la norma anterior. Pero la posición adoptada por la mayoría de los Estados que no poseen armas nucleares impediría establecer que había surgido una opinio iuris necesaria para afirmar la creación de una nueva norma que tuviese por efecto invertir la antigua, en particular si esta última había tenido categoría de ius cogens. La norma prohibitiva anterior continuaría, por lo tanto, hasta el momento actual.

PARTE VI. CONCLUSIÓN

Mantener que existe un derecho legal a utilizar armas nucleares sería difícilmente compatible con la conclusión de la Corte de que "el poder destructivo de las armas nucleares no puede contenerse en el espacio o en el tiempo. Tienen capacidad para destruir toda la civilización y todo el ecosistema del planeta" (Opinión consultiva, párr. 35). La afirmación de la existencia de un derecho cuyo ejercicio podría producir resultados tan amenazadores se aproximaría mucho a una aplicación literal de la máxima fiat iustitia ruat coelum. La opinión del magistrado Carneiro de que "ningún magistrado puede seguir hoy ciegamente la vieja norma fiat iustitia, pereat mundus" (caso The Miquiers and Ecrehos, I.C.J. Reports 1953, pág. 109, Opinión disidente). En todo caso, parecería curioso que la Corte mundial se considerase obligada por la ley a llegar a la conclusión de que un Estado tiene el derecho legal, aun en limitadas circunstancias, a destruir el planeta. ¿Podría ser que la máxima más atractiva, por su elevada misión, fuese fiat iustitia ne pereat mundus?

El peligro de la mencionada práctica es que podría inducir a la Corte a actuar de legislador. Durante las deliberaciones, se recordó con razón a la Corte que no puede hacer esto. Según las palabras del Tribunal Militar de los Estados Unidos en el caso List, "... no es de nuestra competencia redactar el derecho internacional como nos hubiera gustado; debemos aplicarlo como es" (caso List, supra, pág. 1249). Así pues, como observó el magistrado Lauterpacht, "la renuencia a invadir la esfera de competencia del poder legislativo es una manifestación lógica de cautela judicial". Sin embargo, como el propio magistrado añadió, "si se exagera, esta renuencia puede equivaler a falta de deseo de cumplir una tarea que entra dentro del ámbito de las funciones de la Corte según se definen en su Estatuto" (Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa, I.C.J. Reports 1956, pág. 57, Opinión disidente). Este peligro de legislar surge no sólo cuando un tribunal trata de crear ley cuando no existe una, sino también cuando deja de aplicar la ley que existe; esta omisión podría muy bien considerarse como un acto de legislación judicial dirigido a revocar la ley existente.

El derecho internacional se refiere ciertamente a las relaciones entre Estados soberanos. Sin embargo, como se ha observado, la soberanía no implica que estas relaciones se produzcan entre bolas de billar, que entran en colisión entre sí pero sin cooperar. Hay en marcha un proceso de cohesión. Este proceso no ha avanzado lo suficiente, y posiblemente nunca lo haga, para evocar en toda su fuerza la observación de Cicerón de que "la solidez del Estado depende en gran medida de sus decisiones judiciales"²¹. No obstante, la intención general de la declaración no va totalmente descaminada: la función de la Corte no debe sobreestimarse; pero tampoco debe subestimarse su responsabilidad. Cabe recordar las obligaciones de los abogados internacionales. Como señaló Jenks, "no estamos tratando con la rutina de las verdades confirmadas de la vida cotidiana, sino que con frecuencia tenemos que ocuparnos de importantes cuestiones por resolver de las que depende el futuro del mundo". El caso en litigio constituye la ilustración suprema de esta verdad.

*

Para recordar lo dicho al comienzo de esta Opinión, la gran cuestión por resolver, de la que depende el futuro del mundo, es la de conciliar la necesidad imperativa que tiene 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. Se ha dicho que el derecho humanitario está sujeto a una excepción que permite a un Estado utilizar armas nucleares en legítima defensa cuando está en juego su supervivencia, es decir aunque esta utilización suponga por otra parte una violación del derecho, y ello por la razón de que ningún ordenamiento jurídico obliga a aquéllos que le están sometidos a cometer suicidio. Este es el argumento en que se basa la segunda parte del inciso E del párrafo 2 de la parte dispositiva de la Opinión consultiva de la Corte.

¹¹ Cicero. Selected Works, traducción de Michael Grant (Londres, 1960), pág. 36.

¹² C. W. Jenks, The Common Law of Mankind (Londres, 1958), pág. 416.

La consecuencia implícita de esta parte del fallo de la Corte es que, a juicio de la Corte, es posible que la utilización de armas nucleares sea legítima "en una circunstancia extrema de legítima defensa en que estuviese en juego la supervivencia misma de un Estado" y, por ende, aunque se violase por otra parte el derecho humanitario. Lo que la Corte pretendió con esto dejar como una simple posibilidad, reviste un aspecto más firme a la luz del caso Lotus, según la interpretación general. Al decir que no puede adoptar una decisión definitiva, la Corte está afirmando que no puede decir definitivamente si existe o no una norma prohibitiva. Si la Corte se encuentra en una posición en la que no puede afirmar definitivamente si existe o no una norma prohibitiva, cabría aducir que, sobre esta base, la presunción juega en favor del derecho de los Estados a actuar sin restricción alguna impuesta por dicha norma. En consecuencia, la posición de la Corte sería que los Estados tienen derecho legal a utilizar armas nucleares. Si éste no era el resultado deseado, la Opinión de la Corte no está bien fundamentada.

Así pues, por grande o excesivo que sea el sufrimiento, la presencia de las circunstancias mencionadas podría dar lugar a una excepción a la aplicación del derecho humanitario, como se prevé realmente con las palabras "en general" en la primera parte del mencionado inciso de la Opinión de la Corte. Una ley puede, desde luego, admitir excepciones a su aplicación. Sin embargo, de momento, nada parece indicar que el derecho humanitario haga una excepción para tener en cuenta las circunstancias previstas por la Corte. Me parece que adoptar la posición de que el derecho humanitario puede dejarse a un lado en las circunstancias mencionadas se compaginaría mal con los repetidos argumentos presentados, con razón, por ambas partes en el sentido de que la Corte debe aplicar la ley y no hacer una nueva ley.

Una observación más. Pese a las variaciones en la formulación y en las referencias al concepto de "intereses vitales de seguridad", una "circunstancia extrema de legítima defensa, en la que esté en juego la supervivencia misma de un Estado", según la definición de la Corte, es la principal circunstancia en la que los proponentes de la legalidad afirman el derecho a utilizar armas nucleares. Y esto por la razón de que al asumir que la utilización de armas nucleares es legítima, la naturaleza de las armas, unida a las limitaciones impuestas por los requisitos de necesidad y proporcionalidad que condicionan el ejercicio del derecho de legítima defensa, servirán para limitar su utilización legítima a esa "circunstancia extrema". De aquí se desprende que afirmar que el derecho humanitario no se aplica a la utilización de armas nucleares, en la principal circunstancia en que se reivindica el derecho de utilización, equivale a defender el fondo de la tesis de que el derecho humanitario no se aplica en absoluto a la utilización de armas nucleares. Esta opinión ha sido desechada hace tiempo; como la propia Corte recuerda, ni siquiera los propios Estados poseedores de armas nucleares la defienden. No creo que esta tesis olvidada pueda ser recuperada mediante una excepción sobre la base de la legítima defensa.

•k * *

/...

Y con esto vuelvo al significado real de la pregunta de la Asamblea General. La esencia de esta pregunta es si el ejercicio del derecho de legítima defensa puede llegar hasta el punto de poner en peligro la supervivencia de la humanidad. A esta pregunta la Corte responde 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 uso de armas nucleares sea "legítimo" o "ilegítimo" en una circunstancia extrema de legítima defensa, en que la propia supervivencia de un Estado esté en juego". Este es el argumento material en que descansa esta opinión. En la medida en que esta afirmación parece indicar que hay una deficiencia en la legislación, yo no creo que la haya; en la medida que parece indicar que los hechos no son suficientes para provocar la aplicación de la ley, yo no puedo estar de acuerdo. A mi juicio, había una base de hecho y de derecho suficiente, sobre la que podría haber actuado la Corte para responder a la pregunta de la Asamblea General - en uno u otro sentido. Y por ello, discrepo respetuosamente de la conclusión de la Corte de que no puede dar una respuesta.

(Firmado) Mohamed SHAHABUDDEEN

[Original: inglés]

OPINIÓN DISIDENTE DEL MAGISTRADO WEERAMANTRY

ÍNDICE

Observaciones preliminares sobre la Opinión de la Corte

I. INTRODUCCIÓN

1. Importancia fundamental de la cuestión planteada a la Corte
2. Exposiciones presentadas a la Corte
3. Algunas observaciones preliminares sobre la Carta de las Naciones Unidas
4. El derecho aplicable a las armas nucleares
5. Observaciones introductorias sobre derecho humanitario
6. Relación entre el derecho humanitario y la realidad de la guerra
7. La situación límite creada por las armas nucleares
8. Posesión y empleo
9. Diferentes actitudes de los Estados que apoyan la legalidad
10. La importancia de que se clarifique la ley

II. NATURALEZA Y EFECTOS DE LAS ARMAS NUCLEARES

1. Naturaleza de las armas nucleares
2. Eufemismos que sirven para ocultar la realidad de la guerra nuclear
3. Los efectos de las armas nucleares
 - a) Daños al medio ambiente y al ecosistema
 - b) Daños a las generaciones futuras
 - c) Daños a poblaciones civiles
 - d) El invierno nuclear

/...

- e) Pérdida de vidas
 - f) Efectos médicos de la radiación
 - g) Calor y onda expansiva
 - h) Deformidades congénitas
 - i) Daños transnacionales
 - j) Capacidad para destruir toda civilización
 - k) El impulso electromagnético
 - l) Daños a los reactores nucleares
 - m) Daños a la productividad de alimentos
 - n) Explosiones nucleares múltiples como resultado de una acción de legítima defensa
 - o) "La sombra de la nube de champiñón"
- 4. El carácter único de las armas nucleares
 - 5. Las diferencias en los conocimientos científicos entre la época actual y 1945
 - 6. ¿Acaso Hiroshima y Nagasaki muestran que puede sobrevivirse a una guerra nuclear?
 - 7. Una mirada retrospectiva

III. EL DERECHO HUMANITARIO

- 1. "Consideraciones elementales de humanidad"
- 2. Antecedentes multiculturales de las leyes humanitarias de la guerra
- 3. Panorama del derecho humanitario
- 4. Aceptación por los Estados de la cláusula Martens
- 5. "Las exigencias de la conciencia pública"
- 6. Influencia de la Carta de las Naciones Unidas y los derechos humanos en las consideraciones de humanidad y las exigencias de la conciencia pública

7. El argumento de que los "daños secundarios" no son intencionales
8. Hay ilegalidad independientemente de toda prohibición específica
9. El fallo en el asunto del Lotus
10. Normas específicas del derecho humanitario de la guerra
 - a) La prohibición de causar sufrimientos innecesarios
 - b) El principio de la discriminación
 - c) El respeto a los Estados no beligerantes
 - d) La prohibición del genocidio
 - e) La prohibición de causar daños al medio ambiente
 - f) Las normas de derechos humanos
11. La doctrina legal
12. El Protocolo de Ginebra sobre los gases (1925)
13. El artículo 23 a) del Reglamento de La Haya IV. LEGÍTIMA

DEFENSA

1. Sufrimientos innecesarios
2. Proporcionalidad/error
3. Discriminación
4. Estados no beligerantes
5. Genocidio
6. Daño ambiental
7. Derechos humanos

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES

1. Dos perspectivas filosóficas
2. Los fines de la guerra

- 3. Concepto de "amenaza de la fuerza" en la Carta de las Naciones Unidas
- 4. La igualdad concepto inseparable de las leyes de la guerra
- 5. La contradicción lógica de un doble régimen en las leyes de la guerra
- 6. La adopción de decisiones respecto de las armas nucleares

VI. LA ACTITUD DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL RESPECTO DE LAS ARMAS NUCLEARES

1. El carácter universal del objetivo último de la eliminación total
2. Mayorías abrumadoras en favor de la total eliminación de las armas nucleares
3. La opinión pública mundial
4. Prohibiciones actuales
5. Prohibiciones parciales
6. ¿Cuáles son los Estados más directamente interesados?
7. Los Estados, al participar en tratados regionales, ¿han reconocido la licitud de las armas nucleares?

VII. ALGUNOS CASOS ESPECIALES

1. El Tratado sobre la no proliferación
2. Disuasión
3. Represalias
4. Guerras internas
5. La doctrina de la necesidad
6. Armas nucleares limitadas o tácticas o del campo de batalla

VIII. ALGUNOS ARGUMENTOS CONTRA LA FORMULACIÓN DE UNA OPINIÓN CONSULTIVA

1. La Opinión consultiva carecería de efectos prácticos
2. Las armas nucleares han preservado la paz mundial

IX. CONCLUSIÓN

1. La tarea ante la Corte
2. Las alternativas que se ofrecen a la humanidad

Apéndice. (Demostración del peligro para los Estados neutrales)

Observaciones preliminares sobre la Opinión de la Corte

a) Motivos de la discrepancia

Mi opinión meditada es que el empleo o la amenaza del empleo de las armas nucleares es ilegal en cualquier caso. Viola los principios fundamentales del derecho internacional y supone la negación misma de las preocupaciones humanitarias en las que reposa la estructura del derecho humanitario. Contraviene el derecho convencional, en especial, el Protocolo de Ginebra de 1925 y el inciso a) del artículo 23 del Reglamento de La Haya de 1907. Contradice el principio fundamental de la dignidad y el valor de la persona humana en el cual se funda todo el derecho. Pone en peligro el medio ambiente de' los seres humanos, amenazando a todas las formas de vida del planeta.

Lamento que la Corte no haya considerado simple y categóricamente que el empleo o la amenaza del empleo de estas armas es ilegal en cualesquiera circunstancias sin excepción. La Corte debería haberlo dicho de una manera enérgica y directa que zanjase esta cuestión jurídica para siempre.

Por el contrario, la Corte se ha inclinado por la ilegalidad haciendo algunas declaraciones generales que apuntan decididamente en esa dirección, así como otras declaraciones que son a la vez poco claras y claramente equivocadas.

Me he visto obligado, pues, a titular la presente como Opinión disidente, aunque comparto algunos pasajes de la Opinión de la Corte, en los que sigue siendo posible fundar una conclusión de ilegalidad. Dichos pasajes de la Opinión de la Corte se examinan a continuación. Orientan resueltamente al derecho hacia la prohibición total. En este sentido, la Opinión de la Corte contiene declaraciones positivas de gran valor.

Hay dos de las seis secciones dispositivas de la segunda parte de la Opinión con las cuales estoy en profundo desacuerdo. Creo que esos dos párrafos interpretan el derecho de manera equivocada e incompleta y me he sentido obligado a votar en contra de ellos.

Sin embargo, he votado a favor del párrafo 1 de la parte dispositiva y de cuatro de los seis puntos contenidos en el párrafo 2.

b) Aspectos positivos de la Opinión de la Corte

Esta Opinión es la primera decisión de esta Corte, y en realidad de un tribunal internacional, que establece claramente limitaciones a las armas nucleares en virtud de la Carta de las Naciones Unidas. Es la primera decisión de esta clase que se ocupa expresamente de la contradicción entre las armas nucleares y las leyes que regulan los conflictos armados y el derecho internacional humanitario. Es la primera decisión de esta clase que afirma expresamente que el empleo de las armas nucleares está limitado por diversas obligaciones convencionales.

En la esfera del medio ambiente!, ésta es la primera Opinión en que se incorpora expresamente, en el contexto de las armas nucleares, el principio de la prohibición de utilizar 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, y la prohibición de lanzar ataques contra el medio ambiente natural como represalia {párr. 31).

En la esfera del desarme nuclear, la Opinión recuerda además a todas las naciones la obligación de concluir las negociaciones correspondientes en todos los aspectos y poner fin así a la continuación de esta amenaza para el derecho internacional.

Una vez afirmados los principios anteriores, basta examinar los efectos del empleo de las armas nucleares para concluir que no hay posibilidad alguna de su empleo o amenaza de empleo sin contravenir dichos principios. La Opinión examina con cierto detenimiento las numerosas cualidades específicas del arma nuclear que la sitúan en flagrante contradicción de los principios básicos en que se asientan la Carta de las Naciones Unidas, el derecho internacional y el derecho humanitario internacional. Considerando esa información, puede demostrarse que es imposible que esas armas cumplan con los postulados básicos expuestos por la Corte, lo que lleva a considerarlas ilegales en virtud de la conclusión unánime de la Corte.

Mencionaré concretamente el requisito, contenido en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta, del respeto a los Propósitos de las Naciones Unidas. Dichos Propósitos comprenden el respeto de los derechos humanos y de la dignidad y el valor de la persona humana. Comprenden también el fomento de las relaciones de amistad y buena vecindad entre las naciones (véase el artículo 1 (Propósitos y Principios) juntamente con el preámbulo). Ya se ha establecido judicialmente la conexión entre la legalidad y el respeto de estos principios. Las armas de guerra que pueden matar a un millón o a mil millones de seres humanos (según los cálculos ofrecidos a la Corte) demuestran poca consideración por la dignidad y el valor de la persona humana o por el principio de buena vecindad. Los principios expuestos por la Corte a estas armas.

Aunque no comparto la totalidad de la Opinión de la Corte, hay señales en favor de la ilegalidad que se desprenden necesariamente de las partes unánimes de dicha Opinión. En la parte sustantiva de la presente Opinión figuran más detalles sobre la incompatibilidad absoluta del arma nuclear con los principios expuestos por la Corte.

Puede que en el futuro sea posible una mayor clarificación.

Procedo, a continuación, a hacer algunos comentarios sobre los distintos párrafos de la segunda porción de la parte dispositiva. Comenzaré por los dos apartados con los que estoy en desacuerdo.

c) Comentarios específicos sobre el párrafo final

i) Párrafo 2 B) - (11 votos a 3)

En relación con el inciso B) del párrafo 2, opino que hay limitaciones globales y universales impuestas convencionalmente al empleo de las armas nucleares. Entre ellas se encuentran las contenidas en los tratados relativos al medio ambiente y, en concreto, en el Protocolo de Ginebra y en el inciso a)

/...

del artículo 23 del Reglamento de La Haya. De ellas me ocupo en mi Opinión. No creo que sea correcto decir que no hay prohibiciones convencionales del empleo del arma.

ii) Párrafo 2 E) - (7 votos a 7. Voto decisivo favorable del Presidente)

Estoy fundamentalmente en desacuerdo con las dos oraciones contenidas en este párrafo.

Me opongo firmemente a la utilización de la palabra "generalmente" en la primera oración. Esta palabra es demasiado vaga para figurar en una Opinión consultiva, y no puedo aprobar una proposición que, aun remotamente, deje abierta la posibilidad de que el empleo de las armas nucleares no sea contrario a la ley en cualquier caso. Lamento la utilización de esta palabra en una oración que, por lo demás, interpreta el derecho correctamente. La palabra "generalmente" parece introducir, además, un elemento de contradicción interna en la Opinión de la Corte, pues en los incisos C) y D) del párrafo 2, la Corte concluye que las armas nucleares deben ser compatibles con la Carta de las Naciones Unidas, los principios del derecho internacional y los principios del derecho humanitario, y, si la compatibilidad es imposible, esas armas son ilegales.

La palabra "generally" admite en inglés muchos significados y diversos grados, desde "as a general rule; commonly", a "universally; with respect to all or nearly all"¹. Incluso con este último significado, da un margen de permisión, por estrecho que sea, que no refleja realmente el derecho. El principio jurídico no debe ofrecer resquicio alguno que pueda servir para que un país se constituya en juez único de su propia causa en un asunto tan importante.

El propósito fundamental de la presente Opinión es demostrar que la amenaza o el empleo de las armas nucleares es siempre, y no "generalmente", contrario a las normas del derecho internacional y, en concreto, a las normas y principios del derecho humanitario. El inciso E) del párrafo 2 debería haberse redactado en estos términos y la Opinión no habría necesitado decir más.

En el segundo apartado del inciso E) del párrafo 2 se dice que la situación actual del derecho internacional no permite a la Corte pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza^ el empleo de las armas nucleares es lícito o no en circunstancias extremadas de legítima defensa. Me parece obvio que, una vez que se recurre a las armas nucleares, el derecho aplicable es el de la guerra (*ius in bello*), y que hay muchos principios del derecho de la guerra, referidos¹ en la presente Opinión, que prohíben totalmente el empleo de esas armas. El derecho vigente es lo suficientemente claro en esta materia como para que la Corte se pronunciara y no dejase de lado esta cuestión esencial como si no hubiera principios suficientes en vigor que la resolvieran. Con mayor razón debería haberse eliminado esta incertidumbre si se tienen en cuenta las claras conclusiones de la Corte expuestas anteriormente.

¹ The Shorter Oxford English Dictionary, tercera edición, 1987, vol. I, pág. 840.

iii) Párrafo 2 A) - (Unánime)

Por mi parte, habría incluido esta proposición incuestionable en el preámbulo y no en la parte dispositiva.

iv) Párrafo 2 C) - (Unánime)

Ya se han mencionado los aspectos positivos de este párrafo. En él, la Corte ha confirmado unánimemente las condiciones previas, basadas en la Carta, de la legitimidad de las armas nucleares, que son diametralmente opuestas a los resultados del empleo de dichas armas. Consecuentemente, entiendo que en virtud del inciso C) del párrafo 2 de la parte dispositiva, el empleo de las armas nucleares es ilegal con independencia de las circunstancias en que suceda: en un acto de agresión o de legítima defensa, interna o internacionalmente, o por decisión individual o concertada con otros países. La confirmación unánime de este principio por todos los magistrados de la Corte da un gran impulso al principio de la ilegalidad del empleo de las armas nucleares, que partía de una situación en la que ningún tribunal internacional había examinado con carácter previo la legalidad de las armas nucleares.

Quienes afirmaban que el empleo de las armas nucleares era legal argumentaban con firmeza que un Estado podía hacer todo aquello que no estaba expresamente prohibido. Según este argumento, se decía que el empleo de las armas nucleares era un asunto respecto del cual la libertad del Estado era ilimitada. Considero que las limitaciones expuestas en el inciso C) del párrafo 2 invalidan esta argumentación.

v) Párrafo 2 D) - (Unánime)

Este párrafo, confirmado también unánimemente por la Corte, establece como nueva limitación la del respeto de las normas del derecho internacional aplicables a los conflictos armados y, en especial, las normas del derecho internacional humanitario y las obligaciones convencionales especiales.

Esto incluye una gran diversidad de prohibiciones.

Mostraré en mi Opinión cuáles son estas normas y principios y cómo es imposible cumplirlos, habida cuenta de la naturaleza y los efectos de las armas nucleares.

Si, como puede demostrarse, las armas nucleares son contrarias a estos principios, son también ilegales de conformidad con este párrafo de la Opinión de la Corte.

vi) Párrafo 2 F) - (Unánime)

En rigor, este párrafo sobrepasa el alcance de la cuestión planteada. No obstante, en el contexto general del problema de las armas nucleares, es útil para recordar las obligaciones de los Estados y, por ello, he votado a favor de él.

En la Opinión que sigue, expongo mis puntos de vista sobre la cuestión planteada a la Corte. Puesto que ésta se refiere exclusivamente al empleo y la amenaza del empleo de las armas nucleares, la Opinión no se pronuncia sobre la legalidad de otros aspectos importantes de las armas nucleares, como su posesión, proliferación vertical u horizontal, montaje o ensayo.

Debo añadir que tengo ciertas reservas respecto de algunos razonamientos contenidos en la parte sustantiva de la Opinión de la Corte. Dichas reservas irán apareciendo a lo largo de la presente Opinión. Concretamente, aun coincidiendo con la Corte en el razonamiento por el cual ésta desestima diversas excepciones de inadmisibilidad e incompetencia, quiero hacer constar mi desacuerdo con la declaración contenida en el párrafo 14 de la Opinión, según la cual, la denegación de la Opinión consultiva solicitada por la Organización Mundial de la Salud se sustentaba por la falta de competencia de la Corte en ese caso. Mi desacuerdo con esa declaración constituye el objeto de mi Opinión disidente en ese caso.

Considero que, en lo que respecta a las represalias (párr. 46), la Corte deberla haberse pronunciado afirmativamente sobre la ilegitimidad de las represalias beligerantes. Tampoco coincido con su tratamiento de la cuestión, relativa al genocidio, de la intención dirigida a un grupo como tal, ni con su tratamiento de la disuasión nuclear. Estas cuestiones se examinan en la presente Opinión.

vii) Párrafo 1 - (13 votos a 1)

Debo referirme a otro asunto antes de comenzar la parte sustantiva de la presente Opinión disidente. He votado a favor de la primera conclusión de la Corte, que figura en el punto 1 de la parte dispositiva, y que se deriva de la desestimación de las diversas excepciones de inadmisibilidad e incompetencia formuladas por los Estados que sostenían la legalidad de las armas nucleares. Apoyo resueltamente los puntos de vista expresados por la Corte en sus razonamientos sobre estas cuestiones, pero tengo algunas opiniones sobre dichas excepciones que expuse en mi Opinión disidente referida a la solicitud de la OMS, donde se presentaron excepciones análogas. A la vista de las conclusiones de la Corte, no es necesario reproducir dichos puntos de vista en la presente Opinión. No obstante, lo que dije sobre estas cuestiones en aquella Opinión disidente debe considerarse complementario de la presente Opinión.

* * *

I. INTRODUCCIÓN

1. Importancia fundamental de la cuestión planteada a la Corte

Doy comienzo a la parte sustantiva de la presente Opinión.

Esta causa ha sido objeto, desde su incoación, de un interés mundial sin precedentes en los anales de la Corte. Treinta y cinco Estados han presentado exposiciones escritas a la Corte y otros 24 han presentado exposiciones orales. Numerosas organizaciones, incluidas varias organizaciones no gubernamentales, han enviado también comunicaciones y documentos a la Corte, y ésta ha recibido de varias organizaciones y particulares, de aproximadamente 25 países, casi 2 millones de firmas. Ha habido además otros envíos de firmas tan copiosos que la Corte no ha podido físicamente recibirlos y han tenido que ser depositados en otros lugares. Incluyendo estos últimos, el Archivero de la Corte ha calculado que el número total de firmas supera los 3 millones². El número total de firmas, que no pudieron depositarse todas en la Corte, supera con creces esa cifra. El mayor número de firmas se recibió del Japón, único país que ha sufrido un ataque nuclear³. Aunque estas organizaciones y particulares no han presentado exposiciones formales a la Corte, ponen de manifiesto una corriente de la opinión pública mundial que no deja de tener repercusiones jurídicas, como se señala más adelante en la presente Opinión.

La idea de que las armas nucleares son inherentemente ilegales, y de que la conciencia de esa ilegalidad tiene una gran importancia práctica para lograr un mundo libre de armas nucleares, no es nueva. Ya en 1958 Albert Schweitzer hizo referencia a ella, en una carta dirigida a Pablo Casals, en los términos siguientes:

"el argumento más elemental y obvio: a saber, que el derecho internacional prohíbe las armas de efectos ilimitados, que causan daños ilimitados a personas que se encuentran fuera de la zona de combate. Esto es lo que sucede con las armas atómicas y nucleares ... El argumento de que estas armas son contrarias al derecho internacional conlleva todo aquello que se les pueda reprochar. Tiene la ventaja de ser un argumento jurídico ...

² En un memorándum en respuesta a una pregunta sobre el número de firmas recibidas, el Archivero comentó que: "ser preciso en este punto es como contar las estrellas del cielo".

³ Los patrocinadores de una Declaración de Conciencia Pública del Japón han manifestado, en una comunicación al Secretario, que han depositado en un depósito de La Haya 1.757.757 firmas, que la Corte no tenía espacio para albergar junto con las 1.564.954 firmas ya depositadas en sus locales. Otra fuente, radicada en Europa, ha calculado que las declaraciones que ha recibido en relación con las peticiones actuales a la Corte ascienden a 3.691.899, de las cuales 3.338.408 procedían del Japón.

Ningún gobierno puede negar que estas armas violan el derecho internacional ... y no se puede arrinconar al derecho internacional!"⁴

Aunque la opinión pública general ha manifestado hace mucho tiempo la necesidad de ocuparse de los aspectos jurídicos de la cuestión, ésta no ha sido objeto, hasta ahora, de ninguna declaración judicial autorizada hecha por un tribunal internacional. Los tribunales del Japón la examinaron en el caso de Shimoda⁵, pero, hasta que se solicitaron a esta Corte las dos opiniones consultivas actuales, no ha habido un examen judicial internacional de la cuestión. La responsabilidad de la Corte es, pues, sumamente grave, y sus declaraciones deben tener una importancia extraordinaria.

La cuestión se ha discutido tenazmente ante la Corte desde puntos de vista opuestos. La Corte se ha beneficiado de la participación de varios de los más notables especialistas en derecho internacional. En sus exposiciones presentadas a la Corte, éstos han hecho referencia al carácter histórico de la presente solicitud de la Asamblea General y de la solicitud de la Organización Mundial de la Salud, que se ha examinado junto con la primera. Según una de las exposiciones mencionadas, estas solicitudes:

"marcarán un hito en la historia de la Corte, e incluso en la historia en general. Es probable que sean la cuestión jurídica más importante planteada hasta ahora a la Corte." {Salmón, Islas Salomón, CR 95/32, pág. 38.)

Según otra exposición "no todos los días se tiene la oportunidad de defender la supervivencia de la humanidad en tan augusto foro" (David, Islas Salomón, CR 95/32, pág. 49).

En la presente Opinión consultiva, la Corte se enfrenta a la más grave de las cuestiones, que exige que la Corte indague todas las fuentes disponibles del derecho internacional y llegue, en caso necesario, hasta sus fundamentos últimos. Allí hay filones de fuerza y riqueza incalculables que aguardan ser descubiertos. ¿Contienen estas fuentes principios más fuertes que la propia fuerza, con los cuales controlar el arma de destrucción más fuerte jamás inventada?

Huelga decir que la función de la Corte es señalar el derecho actual y no el derecho previsto para el futuro. ¿Es el empleo o la amenaza del empleo de las armas nucleares ilegal según los principios del derecho vigentes, y no según el deseo de cuáles deberían ser? Al dar la opinión solicitada, la Corte debe señalar cuál es la lex lata, y no la lex ferenda.

Básicamente, la Corte tiene ante sí tres decisiones posibles, en medio del fragor de los argumentos contrapuestos. Si verdaderamente los principios del

⁴ Albert Schweitzer, Letters 1905-1965, H. W. Bäher (editor), J. Neugroschel (traductor), 1992, pág. 280, carta a Pablo Casals de fecha 3 de octubre de 1958; el subrayado no figura en el original.

⁵ Shimoda contra el Estado japonés (1963), Japanese Annual of International Law, págs. 212 a 252.

derecho internacional indican que el empleo de las armas nucleares es legítimo, así lo debe declarar. Las fuerzas antinucleares del mundo tienen una enorme influencia, pero esta circunstancia no debe apartar a la Corte de su deber de declarar legal el empleo de esas armas si así lo exige el derecho. Una segunda decisión posible es señalar que el derecho no ofrece una indicación precisa ni en un sentido ni en otro. De ser así, esta neutralidad debe declararse, y puede así surgir un nuevo estímulo para el desarrollo del derecho. Como tercera posibilidad, si las normas o los principios jurídicos establecen que las armas nucleares es ilegal, así lo declarará la Corte, sin que tampoco lo impidan las inmensas fuerzas que respaldan la legalidad de esas armas. Como dije al empezar, esta última es mi opinión meditada. Las fuerzas contrarias a la opinión de la ilegalidad son verdaderamente colosales. Sin embargo, el encuentro con fuerzas colosales no ha impedido que el derecho avanzara hacia el concepto del imperio de la ley. No ha vacilado en imponer restricciones a la fuerza física cuando los principios jurídicos así lo exigían. Ha sido mediante una resistencia decidida frente a fuerzas que parecían colosales o irresistibles como se ha conquistado el imperio de la ley. Una vez que la Corte establece cuál es el derecho y lo pone en marcha, no puede detenerse a contemplar las inmensas fuerzas mundiales situadas a cada lado del debate.

2. Exposiciones presentadas a la Corte

Además de las exposiciones relativas a la competencia de la Asamblea General para solicitar la presente Opinión, los numerosos Estados que han comparecido ante la Corte o le han presentado opiniones escritas han hecho, desde las dos posiciones enfrentadas, muchas observaciones sobre el derecho sustantivo.

Aunque necesariamente algunas de esas observaciones se repiten, constituyen en su totalidad un volumen ingente de material que escudriña el derecho de la guerra hasta sus fundamentos conceptuales. También se han presentado a la Corte abundantes datos sobre los muchos conceptos por los que las armas nucleares ocupan el primer puesto, incluso entre las armas de destrucción masiva, por su singular capacidad de causar daños a la humanidad y a su medio ambiente durante generaciones.

Por otra parte, quienes se oponen a la ilegalidad aducen que, pese a haber numerosos tratados que se ocupan de las armas nucleares, ninguna cláusula individual de un tratado declara expresamente que las armas nucleares sean ilegales. Afirman que, al contrario, los diversos tratados sobre las armas nucleares que obligan a la comunidad internacional, y concretamente el TNP, establecen tácitamente la legalidad actual de las armas nucleares por lo que se refiere a las Potencias nucleares. Sostienen que el principio de ilegalidad del empleo o la amenaza del empleo de las armas nucleares no forma parte aún del derecho vigente, aunque se ha avanzado considerablemente en esa dirección. Forma parte, en su opinión, de la lex ferenda, y no de la lex lata. Es un principio muy deseable, pero todavía no vigente.

La presente Opinión no puede hacer justicia a todas las exposiciones formales presentadas a la Corte, pero se procurará examinar algunas de las más importantes.

/...

3. Algunas observaciones preliminares sobre la Carta de las Naciones Unidas

La Carta de las Naciones Unidas se firmó sólo unas semanas antes de que el mundo se lanzase a la era atómica. Las naciones firmantes aprobaron este documento en San Francisco el 26 de junio de 1945. La bomba se lanzó sobre Hiroshima el 6 de agosto de 1945. Sólo 40 días mediaron entre dos acontecimientos tan plenos de significado para el futuro de la humanidad. La Carta de las Naciones Unidas trajo un nuevo panorama de esperanza. La bomba trajo un nuevo panorama de destrucción.

Aun acostumbrado a la capacidad destructora de la guerra convencional, el mundo quedó conmocionado y horrorizado por el poder de la bomba nuclear, una bomba pequeña comparada con las actuales. Los horrores de la guerra conocidos por los redactores de la Carta eran sólo los relativamente menores de la segunda guerra mundial experimentados hasta entonces. Sin embargo, estos horrores grabados en la conciencia de la humanidad por el hasta entonces más devastador conflicto de la historia humana, bastaron para galvanizar la actuación de la comunidad mundial, pues, según la Carta de las Naciones Unidas, hablan "infligido a la humanidad sufrimientos indecibles". Al cabo de unas semanas la bomba iba a multiplicar varias veces la capacidad de infligir a la humanidad sufrimientos indecibles. Ese documento, redactado sin saber nada de esta escalada del armamento bélico, ¿tenía algo que decir a propósito de la era nuclear que se avecinaba?

Hay seis conceptos clave en el preámbulo de la Carta que vienen especialmente al caso en la cuestión planteada a la Corte.

Las primeras palabras de la Carta son "Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas", lo cual indica que lo que sigue es la voluntad de los pueblos del mundo. Su voluntad y deseo colectivo es la fuente misma de la Carta de las Naciones Unidas, y no debe permitirse nunca que esta verdad se pierda de vista. En la cuestión planteada a la Corte, los pueblos del mundo tienen un interés esencial, y la opinión pública mundial tiene una influencia importante en el desarrollo de los principios del derecho internacional público. Como se advertirá más adelante en la presente Opinión, el derecho aplicable depende en gran medida de los "principios de humanidad" y "los dictados de la conciencia pública" sobre los medios y métodos de guerra que son permisibles.

Las palabras siguientes de la Carta se refieren a la decisión de esos pueblos de preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra. La única guerra que conocían era la guerra con armas no nucleares. Probablemente, esa decisión habría sido más firme aún si hubieran conocido la capacidad destructora y los efectos intergeneracionales de la guerra nuclear.

La Carta añade inmediatamente a esos dos conceptos clave un tercero: el de la dignidad y el valor de la persona humana. Ésta se reconoce como el valor principal de la sociedad mundial del futuro. Estaba a punto de descubrirse la forma de extinguirla por millones mediante el empleo de una sola arma nuclear.

La cuarta observación de la Carta, que sucede inmediatamente a las otras tres, es la de igualdad de derechos de las naciones grandes y pequeñas. Este es un ideal muy erosionado por el concepto de Potencia nuclear.

La siguiente observación se refiere al respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional (se ha agregado el subrayado). El argumento contra la legalidad de las armas nucleares se encuentra sobre todo no en los tratados, sino en esas "otras fuentes del derecho internacional" (principalmente el derecho humanitario), cuyos principios son reconocidos universalmente.

La sexta observación pertinente contenida en el preámbulo de la Carta es su propósito de promover el progreso social y elevar el nivel de vida "dentro de un concepto más amplio de la libertad. Lejos de avanzar hacia este ideal contenido en la Carta, el arma que se examina tiene capacidad para devolver a la humanidad, si es que sobrevive, a la edad de piedra.

Es como si, con una presciencia notable, los fundadores hubieran destacado los elementos principales en los que se basan el progreso y el bienestar humanos y que podrían ser eliminados por la aparición, en tan sólo seis semanas, de un arma que cambiaría para siempre el aspecto de la guerra y que uno de sus creadores calificaría, según expresión de la antigua sabiduría oriental, como "demoledora de mundos"⁶.

La Corte tiene ante sí la responsabilidad de emitir una opinión sobre la legalidad de estas armas. Las seis observaciones fundamentales que se hacen en el comienzo mismo de la Carta han de tenerse siempre presentes, pues cada una de ellas ofrece directrices de las que no se puede prescindir a la ligera.

4. El derecho aplicable a las armas nucleares

Como advierte Oscar Schachter, el derecho aplicable a las armas nucleares es "mucho, más completo de lo que podría deducirse de las exposiciones de los estrategas nucleares y los expertos en política"⁷, y las normas que lo integran podrían agruparse en las cinco categorías siguientes:

1. El derecho internacional aplicable en general a los conflictos armados: el jus in bello, a veces denominado "derecho humanitario de la guerra".
2. El jus ad bellum: el conjunto de normas que regulan el derecho de los Estados a hacer la guerra. Este derecho está contenido en la Carta de las Naciones Unidas y en las normas consuetudinarias conexas.

⁵ Cita de Robert Oppenheimer del The Bhagavadghita. Véase Peter Goodchild, Robert Oppenheimer: Shatterer of Worlds. 1980.

¹ Actas de la Conferencia Canadiense sobre las Armas Nucleares y el Derecho, publicadas bajo el título de Lawyers and the Nuclear Debate, Maxwell Cohen and Margaret Gouin (editores), 1988, pág. 29.

3. La lex specialis: las obligaciones jurídicas internacionales referidas específicamente a las armas nucleares y de destrucción masiva.
4. El conjunto de las normas del derecho internacional que rigen los derechos y deberes de los Estados en general, y que puede afectar a las normas de actuación en materia de armas nucleares en casos concretos.
5. El derecho interno, de rango constitucional y legal, que pueda aplicarse a las decisiones que sobre armas nucleares adopten las autoridades nacionales.

La Opinión que sigue a continuación se ocupará de estos cinco tipos de normas, pero se centrará especialmente en la primera de las categorías mencionadas.

Este examen mostrará, además, que todas las fuentes del derecho internacional enumeradas en el párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte respaldan la conclusión de que el empleo de las armas nucleares es ilegal en todos los casos.

5. Observaciones introductorias sobre derecho humanitario

En el campo del derecho humanitario es donde pueden encontrarse las normas más específicas y pertinentes en relación con este problema.

El derecho y los usos humanitarios tienen un linaje muy antiguo, pues se remontan a miles de años. Fueron elaborados en muchas civilizaciones como, entre otras, la china, la india, la griega, la romana, la japonesa, la islámica y la europea moderna. A través de las épocas se han ido echando muchas ideas religiosas y filosóficas al molde en el que se ha formado el derecho humanitario moderno. Esas ideas representaban el esfuerzo de la conciencia humana por mitigar en alguna medida las brutalidades y terribles sufrimientos de las guerras. En una notable declaración sobre este tema {la Declaración de San Petersburgo de 1868) se dice que el objeto del derecho humanitario internacional es "conciliar las exigencias de las guerras con las leyes de la humanidad". En épocas recientes, en que las armas modernas han hecho posible que aumenten las matanzas y la devastación, los dictados de la conciencia han llevado a ampliar cada vez más el concepto.

Hoy se dispone de un sólido conjunto de normas consistentes en principios generales lo suficientemente flexibles para dar cabida a los avances sin precedentes en materia de armamentos y lo suficientemente firmes para granjearse el respeto de todos los miembros de la comunidad de naciones. Este conjunto de principios generales viene a añadirse a las más de 600 disposiciones especiales que figuran en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, aparte de muchos otros convenios y convenciones sobre cuestiones especializadas, tales como las armas químicas y bacteriológicas. Así pues, se trata de un importante conjunto de normas por derecho propio y este caso lo pone en cierto modo a prueba.

El derecho humanitario evoluciona constantemente y tiene una vitalidad propia. Según observó el Tribunal de Nuremberg de 1945, que se ocupó de "crímenes contra la humanidad" no definidos y otros crímenes, "[las leyes de la guerra] no son estáticas, sino que se adaptan constantemente a las necesidades de un mundo que cambia"⁸. El derecho humanitario se va desarrollando a medida que aumentan los padecimientos causados por las guerras. En el caso de las armas nucleares, esos padecimientos alcanzan una situación límite, más allá de la cual todo lo demás resulta académico. El derecho humanitario, como disciplina viva, debe ofrecer una respuesta sensible, apropiada y significativa.

Por su propia índole, los problemas del derecho humanitario no son cuestiones abstractas, intelectuales, sobre las que se pueda meditar en una torre de marfil lejos de la triste realidad que constituye su esencia. Al no ser simples ejercicios de lógica o conceptuales, ni la razón ni el intelecto los pueden arrancar de su terrible contexto. Por muy desagradable que pueda resultar observar las atrocidades que rodean a esas cuestiones jurídicas, no se podrá hacer frente a las cuestiones jurídicas si no se ven claramente esas atrocidades.

Las atrocidades suelen quedar ocultas tras un velo de generalidades y lugares comunes, como los de que todas las guerras son brutales o que las armas nucleares son las armas de destrucción en masa más devastadoras que se hayan concebido nunca. Es preciso examinar más a fondo lo que esto significa en toda su cruda realidad. Hay que tener una idea clara y sin tapujos de los verdaderos padecimientos humanos que pueden causar esas¹ armas y de las múltiples amenazas que representan para la condición humana. Sólo entonces podrá el derecho humanitario dar una respuesta apropiada. De hecho, fue haciendo resaltar los horrores del campo de batalla como empezó el derecho humanitario moderno. Por consiguiente, la presente opinión examinará los efectos reales de las armas nucleares hasta el mínimo detalle necesario para incorporar a estas consideraciones los principios correspondientes del derecho humanitario.

6. Relación entre el derecho humanitario y la realidad de la guerra

En el siglo XIX se tenía por lo general un concepto sentimental de la guerra, como empresa gloriosa y, prácticamente, como una extensión natural de la diplomacia. Al ser legitimada por algunos filósofos, respetada por casi todos los estadistas y glorificada por muchos poetas y artistas, sus atrocidades tendían a quedar ocultas tras una pantalla de legitimidad, respetabilidad y honor.

En su Memoria de Solferino, que escribió después de una visita al campo de batalla de Solferino en 1859, Henri Dunant expuso públicamente las atrocidades de la guerra de tal forma que sacó a la civilización contemporánea de su apatía y provocó el desarrollo del derecho humanitario moderno. Esa actitud realista ha de ser avivada constantemente para que el derecho no se aparte demasiado de su verdadero objetivo y de esa forma se vuelva estéril.

⁸ 22 Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, 1948, pág. 464.

El relato histórico de Dunant conmovió la conciencia de su época hasta tal punto que una respuesta legal parecía imperativa. He aquí su descripción de la cruda realidad de la guerra tal como se practicaba en sus tiempos*.

"He aquí una lucha mano a mano en todo su horror y espanto: los austríacos y los aliados pisoteándose los unos a los otros, matándose sobre montones de cadáveres sangrantes, abatiendo a sus enemigos con las culatas de sus rifles, aplastando cráneos, desgarrando vientres con el sable y la bayoneta. Una guerra sin cuartel. Una carnicería total ...

Un poco más adelante, la misma escena, pero aún más atroz al aproximarse un escuadrón de caballería, que pasa galopando y aplasta a los muertos y moribundos bajo las pezuñas de sus caballos. A un pobre hombre le arrancan la mandíbula; a otro le destrozan la cabeza; a un tercero, que podría haberse salvado, le hunden el pecho.

Ya llega la artillería, que sigue a la caballería a galope tendido. Los cañones aplastan a los muertos y heridos, esparcidos por el suelo de cualquier manera. Estallan los sesos bajo las ruedas, brazos y piernas quedan rotos y desgarrados y los cuerpos mutilados hasta quedar irreconocibles: el suelo está literalmente encharcado de sangre y la llanura cubierta de restos humanos."

Su descripción del lugar después de la batalla no es menos poderosa:

"Rompián la calma de la noche los gemidos, los suspiros ahogados de angustia y sufrimiento. Unas voces que desgarraban el alma pedían ayuda una y otra vez. ¿Quién podría describir la angustia de esa noche terrible?

Cuando salió el sol el día 25, permitió ver el espectáculo más horrible que quepa imaginar. El campo de batalla estaba cubierto de cadáveres de hombres y caballos: los cadáveres se extendían por los caminos, las trincheras, los barrancos, los matorrales y los campos; los lugares de acceso a Solferino estaban literalmente cubiertos de muertos."

Esa era la realidad de la guerra, a la cual el derecho humanitario fue la respuesta de la conciencia jurídica de la época. Las armas nucleares han hecho que se multipliquen por miles las atrocidades desde que Dunant escribió sus famosas palabras. Por consiguiente, la conciencia de nuestra época ha respondido en una medida apropiada, como demuestran ampliamente las protestas mundiales, las resoluciones de la Asamblea General y el deseo universal de que se eliminen todas las armas nucleares. Dicha conciencia no se apoltrona en una actitud de distanciamiento erudito para extraer conclusiones de refinados ejercicios de lógica jurídica.

Así como el derecho humanitario moderno surgió del estrecho contacto con la cruda realidad de una guerra en la que intervenían la artillería y la caballería, si se considera la guerra nuclear en su cruda realidad podrá surgir una respuesta jurídica apropiada.

Aunque hemos pasado de las atrocidades de la caballería y la artillería a las atrocidades teóricamente mayores del átomo, actualmente disfrutamos de una

/...

doble ventaja que no existía en la época de Dunant: las reglas establecidas del derecho humanitario y una documentación amplia sobre los padecimientos humanos resultantes. Esta nueva realidad, infinitamente más espantosa que aquella a la que había que hacer frente en la época de Dunant en que las contiendas armadas eran más simples, no puede dejar de afectar a la conciencia jurídica de nuestra época.

A continuación figura una descripción por un testigo ocular del primer uso del arma en la era nuclear, una entre centenares de escenas similares que sin duda ocurrieron simultáneamente, muchas de las cuales han quedado registradas en documentos de la época. Las víctimas no eran combatientes como en Solferino:

"Era un espectáculo horrible. Pasaron ante nuestra casa centenares de heridos que trataban de huir hacia las montañas. Ver a aquellas personas resultaba casi insufrible. Tenían la cara y las manos quemadas e hinchadas y se les habían desprendido del cuerpo largas tiras de piel que colgaban como los trapos de un espantapájaros. Se movían como una fila de hormigas. Estuvieron toda la noche pasando por delante de nuestra casa pero esta mañana ya no pasaba nadie. Los encontré tendidos a ambos lados de la calle, tan juntos que era imposible pasar por allí sin pisarlos.

¡Y no tenían rostro! El fuego les había consumido los ojos, la nariz y la boca y parecía que las orejas se les hubieran derretido. Era difícil saber si estaban tendidos de frente o de espaldas. Un soldado, al que le habían destruido los rasgos de la cara y no le quedaban más que los dientes blancos que se le salían, me pidió agua pero yo no tenía. [Junté las manos y recé por él. Él no dijo nada más.] Aquel ruego de que le diera agua debieron ser sus últimas palabras."⁹

Si multiplicamos esto por mil o incluso por un millón podremos hacernos una idea de sólo uno de los muchos posibles efectos de una guerra nuclear.

Hay abundante documentación en la que se detallan los padecimientos causados por las armas nucleares, desde la carbonización y mutilación inmediatas a lo largo de kilómetros desde el lugar de la explosión hasta los persistentes efectos posteriores: los cánceres y las leucemias que ponen en peligro la salud humana, las mutaciones genéticas que amenazan la integridad humana, la devastación del medio ambiente que pone en peligro el hábitat humano, la interrupción de toda organización, que socava la sociedad humana.

Las experiencias de Hiroshima y Nagasaki fueron dos incidentes aislados ocurridos con tres días de diferencia, que muy poco nos pueden decir de los efectos de las explosiones múltiples que casi inevitablemente se sucederían rápidamente en caso de que hubiera una guerra nuclear hoy día (véase la sección II.6 *infra*). Además, entretanto ha habido 50 años de constantes avances y actualmente hay bombas que tienen 70 veces o incluso 700 veces la fuerza

⁹ Diario de Hiroshima: El diario de un médico -japonés. 6 de agosto a 30 de septiembre de 1945 por Michihiko Hachiya, doctor en medicina, traducido y editado por Warner Wells, doctor en medicina, University of North Carolina Press, 1955, págs. 14 y 15.

explosiva de las bombas de Hiroshima y Nagasaki. Hoy día, la devastación de Hiroshima y Nagasaki podría multiplicarse con sólo una bomba, por no hablar de una sucesión de bombas.

7. La situación límite creada por las armas nucleares

Aparte de los padecimientos humanos, las armas nucleares, como se observó anteriormente, nos llevan a una situación límite. Tienen la capacidad de destruir toda una civilización, todo lo que se ha producido en miles de años de esfuerzos en todas las culturas. Es cierto que "la terrible historia de unos supervivientes enfermos que vuelven a caer en la brutalidad de la edad de piedra no es un tema del que una persona sensible se pueda ocupar de buen grado"¹⁰. Pero es necesario "prever con clarividencia a dónde conduce el camino que actualmente sigue la humanidad" (ibíd.). Puesto que las armas nucleares pueden destruir toda la vida en el planeta, ponen en peligro todo lo que la humanidad siempre ha representado, y hasta la propia humanidad.

Cabe trazar una analogía entre las leyes relativas al medio ambiente y las leyes de la guerra.

En otro tiempo se pensaba que la atmósfera, los mares y la superficie terrestre del planeta eran suficientemente amplios para absorber cualquier grado de contaminación y a pesar de ello rehabilitarse. En consecuencia, las leyes eran muy laxas en lo que respecta a la contaminación. Ahora bien, al haberse comprendido que pronto se iba a llegar a una situación límite más allá de la cual el medio ambiente no podría absorber más contaminación sin peligro de destruirse, los legisladores no tuvieron más remedio que reorientar su postura con respecto al medio ambiente.

Ello no difiere de lo ocurrido con el derecho relativo a la guerra. Hasta el advenimiento de la guerra nuclear se pensaba que, fuera cual fuera la magnitud de una guerra, la humanidad podría sobrevivir y rehacerse. Con las armas nucleares se llegó a una situación límite que creaba la sombría perspectiva de que la humanidad tal vez no sobreviviera a la próxima guerra nuclear o que toda la civilización quedara destruida. Dicha situación límite ha obligado a reorientar los principios del derecho relativo a la guerra para hacer frente a esa nueva realidad.

8. Posesión y empleo

Se han esgrimido muchos argumentos ante la Corte en relación con la posesión de armas nucleares que, puesto que lo que interesa en el caso que nos ocupa es el empleo de dichas armas y no su posesión, no resultan pertinentes.

¹⁰ "The Medical and Ecological Effects of Nuclear War" por Don G. Bates, catedrático de Historia de la Medicina de la Universidad McGill, en (1983) 28 McGill Law Journal, pág. 717.

Por ejemplo, se remitió a la Corte, en apoyo de la posición de que las armas nucleares son una cuestión que atañe a la autoridad soberana de cada Estado, a la siguiente frase que figura en Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua:

"En el derecho internacional no hay normas, aparte de aquellas a las que el Estado en cuestión se someta, mediante tratado o de otra forma, que puedan limitar el nivel de armamentos de un Estado soberano." (Francia, CR 95/23, pág. 79; I.C.J. Reports 1986, pág. 135; se ha agregado el subrayado.)

En esta frase se hace referencia claramente a la posesión y no al empleo.

Se insistió mucho también en que en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares se autorizaban las armas nucleares en lo concerniente a los Estados que ya las poseen. También en este caso, si es cierto que cabría inferir tal autorización, se trataría de la posesión y no del empleo, pues en ninguna disposición de dicho tratado se prevé o se trata la cuestión del empleo o la amenaza del empleo de las armas nucleares. El Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares no se aplica a cuestiones relacionadas con el empleo o la amenaza del empleo de esas armas.

9. Diferentes actitudes de los Estados que apoyan la legalidad

Hay algunas diferencias importantes entre las posiciones adoptadas por los Estados que apoyan la legalidad del empleo de las armas nucleares. De hecho, en relación con algunas cuestiones básicas, hay enfoques divergentes entre los propios Estados que poseen armas nucleares.

Por ejemplo, la posición de Francia es la de que:

"Este criterio de la proporcionalidad no descarta en principio la utilización, ya sea como respuesta o como primer uso, de cualquier arma determinada, incluida un arma nuclear, siempre que tal utilización tenga por objeto oponer resistencia a un ataque y parezca ser el medio más apropiado de hacerlo." (Declaración escrita de Francia, página 15 de la traducción; se ha agregado el subrayado.)

Según esa opinión, los factores mencionados podrían, en un caso determinado, tener más peso incluso que el principio de proporcionalidad. Tal postura indica que el criterio que determina la permisibilidad del arma es que sea el medio más apropiado de oponer resistencia al ataque. La posición de los Estados Unidos es la siguiente:

"Que un ataque con armas nucleares sea desproporcionado o no dependerá enteramente de las circunstancias, incluido el tipo de amenaza del enemigo, la importancia de destruir el objetivo, el carácter, el tamaño y los efectos probables del artefacto y la magnitud del peligro para la población civil." (Declaración escrita de los Estados Unidos, página 23).

Por consiguiente, en la posición de los Estados Unidos se tienen cuidadosamente en cuenta circunstancias tales como el carácter, el tamaño y los efectos del artefacto y la magnitud del peligro para la población civil.

La posición de la Federación de Rusia es la de que la "cláusula Martens" (véase la sección III.4) no funciona en absoluto y hoy día cabe considerar oficialmente que tal cláusula es inaplicable (declaración escrita, página. 13).

Por otra parte, el Reino Unido, si bien acepta la aplicabilidad de la cláusula Martens, sostiene que ésta no determina por sí misma la ilegalidad de las armas nucleares (declaración escrita del Reino Unido, pág. 48, párr. 3.58). El Reino Unido arguye que los términos de la cláusula Martens hacen necesario señalar una norma del derecho consuetudinario en la que se proscriba el empleo de las armas nucleares.

Esas ideas diferentes en cuanto al alcance e incluso en cuanto al fundamento mismo del argumento de la legalidad por parte de las propias Potencias nucleares, exigen un examen cuidadoso en el contexto de la cuestión sometida a la Corte.

10. La importancia de que se clarifique la ley

No se puede insistir lo suficiente en la importancia de que se clarifique la ley en lo que respecta a la legalidad de las armas nucleares.

El 6 de junio de 1899, el Sr. Martens (que presidía la Segunda Subcomisión de la Segunda Comisión de la Conferencia de La Haya), cuyo propio apellido ha dado nombre a la cláusula (a la que se hará referencia bastante amplia en la presente opinión), formuló las siguientes observaciones en respuesta al argumento de era preferible que se mantuviera la vaguedad en las leyes relativas a la guerra:

"¿Pero es realmente justa esa opinión? ¿Favorece esa imprecisión a los más débiles? ¿Se hacen más fuertes los débiles si no se determinan las obligaciones de los fuertes? ¿Se vuelven más débiles los fuertes si se definen específicamente sus derechos y, en consecuencia, se limitan? No lo creo así. Estoy plenamente convencido de que a los débiles les interesa especialmente que esos derechos y obligaciones estén definidos. ...

En dos ocasiones, en 1874 y 1899, dos grandes conferencias internacionales han congregado a los hombres más competentes y eminentes en la materia del mundo civilizado, los cuales no han conseguido determinar las leyes y usos de la guerra. Se han separado dejando que todas estas cuestiones quedaran en la imprecisión más absoluta. ...

Dejar que siguiera reinando la incertidumbre en lo concerniente a esas cuestiones equivaldría a permitir que los intereses de la fuerza triunfaran sobre los de la humanidad . . . "11

Con ese fin de conseguir claridad la Asamblea General ha pedido a la Corte que emita una opinión sobre el empleo de las armas nucleares. Se han opuesto a esa petición las naciones que controlan dichas armas y algunas otras naciones también. Interesa a todas las naciones que sea aclarada esta cuestión que, por una razón u otra, no se ha tratado de una manera específica en los últimos 50 años. Ha seguido sin resolverse mientras pendía sobre el futuro de la humanidad como un gran interrogante que planteaba incluso cuestiones tan profundas como el futuro de la vida humana en el planeta.

La ley debe formularse claramente a la luz de los derechos y obligaciones de los Estados en virtud del nuevo decreto mundial de la Carta de las Naciones Unidas que, por primera vez en la historia de la humanidad, prohibió las guerras por consenso de la comunidad de naciones. Han transcurrido 50 años desde la aparición de ese documento trascendental que, sin embargo, parecía todavía muy remoto cuando Martens pronunció aquellas palabras. Han sido 50 años de inacción en lo que respecta a la clarificación de este problema jurídico, el más importante al que haya hecho frente nunca la comunidad mundial.

II. NATURALEZA Y EFECTOS DE LAS ARMAS NUCLEARES 1. Naturaleza de las armas nucleares

La cuestión que examina la Corte se refiere a la aplicación del derecho humanitario a cuestiones fácticas, no a la construcción del derecho humanitario como una disciplina abstracta.

La Corte está examinando la cuestión de si el empleo de las armas nucleares tiene consecuencias reales de naturaleza tan inhumana que chocan con los principios básicos del derecho humanitario. Tanto en relación con esta Opinión consultiva como en relación con la solicitada por la Organización Mundial de la Salud, se ha presentado a la Corte una enorme cantidad de material fáctico para ayudarle a comprender las muchas formas en que los efectos de las armas nucleares atraen la aplicación de distintos principios del derecho humanitario. Es necesario examinar estos hechos específicos, al menos en esbozo, ya que sirven para ilustrar, más de lo que pueda hacerlo cualquier generalidad, las características únicas del arma nuclear.

Además, el argumento de que el arma nuclear se puede contener de alguna manera hace que sea esencial examinar detalladamente el carácter singular e irreversible de los efectos de las armas nucleares.

¹¹ J. B. Scott, "The Conference of 1899", The Proceedings of the Hague Peace Conferences, 1920, págs. 506 y 507; se ha agregado el subrayado.

2. Eufemismos que sirven para ocultar la realidad de la guerra nuclear

Sería paradójico que el derecho internacional, un sistema cuyo objeto es promover la paz y el orden mundiales, diera cabida a una entidad que puede causar la destrucción total del sistema mundial, de los milenios de civilización que lo han producido y de la propia humanidad. Un factor que sirve para ocultar eficazmente esa contradicción, hasta el grado incluso de mantener a raya al derecho humanitario, es el uso de un lenguaje basado en el eufemismo: el lenguaje deshumanizado de las operaciones militares y el lenguaje cortés de la diplomacia, que ocultan el horror de la guerra nuclear al desviar la atención hacia conceptos intelectuales como la legítima defensa, las represalias y el daño proporcionado, que poca importancia pueden tener en una situación de destrucción total.

Los daños espantosos causados a civiles y neutrales se califican de daños colaterales porque no había intención directa de causarlos y la incineración de ciudades se convierte en "daños termales considerables". Se habla de "nivel aceptable de bajas" aunque haya habido una gran cantidad de muertes. Mantener un equilibrio de terror se califica de "preparación nuclear", la destrucción segura de "disuasión", la devastación total del medio ambiente de "daños ambientales". Con esas expresiones, clínicamente separadas de su contexto humano, se pasa por alto el mundo de padecimientos humanos del que ha surgido el derecho humanitario.

Como se observó al comienzo de esta opinión, el derecho humanitario ha de yuxtaponerse a la cruda realidad de la guerra para que pueda dar una respuesta adecuada. El lenguaje mencionado constituye un obstáculo a ese proceso¹².

Tanto la filosofía antigua como la lingüística moderna han identificado claramente el problema de que queden oscurecidas las grandes cuestiones a causa de un lenguaje que oculta su contenido esencial. Al preguntársele a Confucio cómo pensaba que se podía crear el orden y la moralidad en el Estado, respondió: "Corrigiendo los nombres". Lo que quería decir era que se le diera a cada cosa el nombre que le correspondía¹³.

Asimismo, la semántica moderna ha expuesto la confusión creada por los eufemismos que ocultan el significado verdadero de los conceptos¹⁴. El lenguaje de la guerra nuclear, que abunda en estos eufemismos, tiende a dejar de lado los problemas reales del exterminio de millones, la incineración de las poblaciones de las ciudades, las deformidades genéticas, los cánceres provocados, la destrucción de la cadena alimentaria y la amenaza para la civilización. La

¹² Este aspecto se examina en un volumen de estudios filosóficos contemporáneos del problema de la guerra, *The Critique of War*, Robert Ginsberg (editor), 1969. Véase, en particular, el capítulo 6, "War and the Crisis of Language" por Thomas Merton.

¹³ Citado en Robert S. Hartman, "The Revolution Against War", *ibíd.*, pág. 324.

¹⁴ "Sirven para incorporar estos inventos infernales al sistema del poder político y para ofuscar las mentes de los ciudadanos de la era nuclear." (*Ibíd.*, pág. 325.)

destrucción en masa de vidas humanas se trata con la misma indiferencia que las cuentas de un libro mayor que de alguna manera se puedan compensar. Para que el derecho humanitario pueda cumplir su objetivo con claridad, tendrá que eliminar esos adornos verbales y llamar a las cosas por su verdadero nombre. No ha de permitirse que la contradicción básica entre las armas nucleares y los fundamentos del derecho internacional quede oculta bajo un lenguaje insulso y deshumanizado.

3. Los efectos de las armas nucleares

Con anterioridad a 1945 "el efecto más explosivo de las bombas era producido por artefactos de TNT de unas 20 toneladas"¹⁵. Las armas nucleares que explotaron en Hiroshima y Nagasaki tenían más o menos una fuerza explosiva de 15 y 12 kilotones respectivamente, es decir, 15.000 y 12.000 toneladas de TNT (trinitrotolueno) respectivamente. Muchas de las armas que existen hoy día o se están ensayando representan varios múltiplos de la fuerza explosiva de esas bombas. En los arsenales nucleares del mundo hay bombas de 1 megatón (equivalente a 1 millón de toneladas de TNT) y varios megatones, algunas de más, incluso de 20 megatones (lo que equivale a 20 millones de toneladas de TNT). Una bomba de 1 megatón, que representa la fuerza explosiva de 1 millón de toneladas de TNT, tendría unas 70 veces la fuerza explosiva de las bombas utilizadas contra el Japón y una bomba de 20 megatones mucho más de mil veces esa fuerza explosiva.

Puesto que la mente queda obnubilada con esas cifras abstractas que no puede comprender, se las ha concretizado gráficamente de varias maneras. Una de ellas consiste en imaginar el transporte por ferrocarril de la cantidad de TNT representada por una sola bomba de 1 megatón. Se calcula que haría falta un tren de 200 millas de largo¹⁶. Cuando se va a causar muerte y destrucción a un enemigo en la guerra mediante el uso de una sola bomba de 1 megatón, ayuda a comprender ese fenómeno la imagen de un tren de 200 millas de largo con una carga de TNT que se está conduciendo hacia territorio enemigo para que explote allí. No cabe decir que esto se consideraría legal con arreglo al derecho internacional. Y también da lo mismo que el tren no tenga 200 millas de largo sino 100 millas, 50 millas, 10 millas o una sola milla. Asimismo, tampoco puede importar que el tren tenga 1.000 millas de largo, como ocurriría en el caso de una bomba de 5 megatones, o 4.000 millas de largo, como ocurriría en el caso de una bomba de 20 megatones.

Es tal la potencia del arma acerca de la cual está deliberando la Corte que todos los precedentes históricos resultan insignificantes aun cuando se consideren en forma acumulativa. La fuerza explosiva de un arma de 5 megatones ■ sería mayor que la de todas las bombas utilizadas en la segunda guerra mundial y la de una bomba de 20 megatones "mayor que la de todos los explosivos utilizados en todas las guerras de la historia de la humanidad" (ibíd.).

¹⁵ N. Singh y E. McWhinney, Nuclear Weapons and Contemporary International Law, 1989, pig. 29.

¹⁶ Bates, op. cit. p&g. 719.

Las armas utilizadas en Hiroshima y Nagasaki son armas "pequeñas" en comparación con las armas de que se dispone hoy día y, como se observó anteriormente, una bomba de 1 megatón representaría unas 70 Hiroshimas y una bomba de 15 megatones unas 1.000 Hiroshimas. Y, sin embargo, la magnitud sin precedentes de su potencia destructiva no es más que una de las características que hacen que la bomba sea única. Es única porque no se puede contener ni en el espacio ni en el tiempo. Es única como fuente de peligro para el futuro de la humanidad. Es única como fuente de peligro constante para la salud humana, incluso mucho tiempo después de que se haya utilizado. Transgrede el derecho humanitario por razones que trascienden el hecho de que sea un arma de destrucción en masa¹⁷ y penetran mucho más hondo en la esencia del derecho humanitario.

Las armas atómicas tienen ciertas características especiales que las distingue de las armas convencionales, lo cual fue resumido por la Comisión de Energía Atómica de los Estados Unidos de la manera siguiente:

"Difiere de otras bombas en tres aspectos importantes: en primer lugar la cantidad de energía liberada por una bomba atómica es mil o más veces mayor que la producida por las bombas más potentes de TNT; en segundo lugar, la explosión de la bomba va acompañada de rayos invisibles muy penetrantes y deletéreos, además de calor y luz intensos y, en tercer lugar, las sustancias que permanecen después de la explosión son radiactivas y emiten radiaciones capaces de producir consecuencias nocivas en organismos vivos."¹⁸

El siguiente análisis más detallado se basa en materiales presentados a la Corte cuyo valor no ha sido refutado durante el procedimiento oral, ni siquiera por los Estados que alegan que el empleo de armas nucleares no es ilegal. Dichos materiales constituyen el fundamento fáctico esencial en que se apoyan los argumentos legales, sin el cual éstos corren el peligro de quedar reducidos a un mero debate académico.

a) Daños al medio ambiente y al ecosistema¹⁹

La magnitud de los daños causados al medio ambiente, que ninguna otra arma es capaz de causar, fue resumida en 1987 por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de la manera siguiente:

"Las consecuencias probables de la guerra nuclear hacen que las demás amenazas al medio ambiente pasen a ser insignificantes. Las armas

¹⁷ En el Documento Final del primer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas dedicado al desarme (1978) se calificó por unanimidad a las armas nucleares de armas de destrucción en masa, conclusión que fue aprobada por consenso (CR 95/25, pág. 17).

¹³ Effects of Atomic Weapons, preparado por la Comisión de Energía Atómica de los Estados Unidos en cooperación con el Departamento de Defensa, 1950, citado en Singh y McWhinney, op. cit., pág. 30.

¹⁹ Sobre derecho ambiental, véase la sección XII.10 e) infra.

nucleares representan un paso cualitativamente nuevo en el desarrollo de la guerra. Una bomba termonuclear puede tener un poder de explosión mayor al de todos los explosivos utilizados en las guerras desde que se inventó la pólvora. Además de los efectos destructores de la explosión y del calor, considerablemente aumentados por estas armas, introducen un nuevo agente mortal - la radiación ionizante - que amplía sus efectos letales tanto en el espacio como en el tiempo."²⁰

Las armas nucleares tienen el potencial de destruir todo el ecosistema del planeta. Las que ya se encuentran en los arsenales del mundo tienen el potencial de destruir varias veces la vida en el planeta.

Otra característica del arma nuclear, mencionada en el procedimiento oral, es el daño causado por la radiación ionizante a los bosques coníferos, las cosechas, la cadena alimentaria, el ganado y el ecosistema marino.

b) Daños a las generaciones futuras

Los efectos sobre el ecosistema se extienden en la práctica más allá de los límites de todo el tiempo histórico previsible. La semivida de uno de los subproductos de una explosión nuclear, el plutonio 239, es de más 20.000 años. En un gran intercambio nuclear tendrían que pasar varios de esos períodos de semidesintegración para que la radiactividad residual se volviera mínima. La semivida es "el período en el que la tasa de emisión radiactiva mediante un simple muestreo se reduce a la mitad. Entre los isótopos radiactivos conocidos, las semividas oscilan entre unos 10^7 segundos y 10^{16} años"²¹.

En el siguiente cuadro figuran las semividas de los principales elementos radiactivos resultantes de una prueba nuclear.

Nucleido	Semivida
Cesio 137	3 0,2 años
Estroncio 90	28,6 años
Plutonio 239	24.100 años
Plutonio 240	6.570 años
Plutonio 241	14,4 años
Americio 241	432 años ²²

En teoría, la semivida podría prolongarse durante centenares de miles de años. No resulta aventurado decir que ninguna generación tiene derecho a infligir tales daños, sea cual sea el propósito, a las generaciones posteriores.

²⁰ Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo ("la Comisión Brundtland"), Nuestro futuro común (1987), pág. 295, citado en CR 95/22, pág. 55.

²¹ Encyclopedia Britannica Micropaedia, edición de 1992, vol. 9, pág. 893.

²² Fuente: Radioecology, editor Holm, 1995, World Scientific Publishing Co.

Esta Corte que, como órgano judicial principal de las Naciones Unidas, está facultada para establecer y aplicar el derecho internacional con una autoridad que no posee ningún otro tribunal debe reconocer debidamente en su jurisprudencia los derechos de las generaciones futuras. Si hay algún tribunal que pueda reconocer y proteger sus intereses con arreglo a la ley, es esta Corte.

Cabe señalar en este contexto que los derechos de las generaciones futuras han sobrepasado la fase en que eran simplemente derechos en estado embrionario pugnando por ser reconocidos. Se han incorporado al derecho internacional por medio de tratados importantes, de la opinión de jurisconsultos y de los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

Entre los tratados que cabe mencionar están el Convenio de Londres sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias, de 1979, la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, de 1973, y la Convención para la protección del patrimonio mundial cultural y natural, de 1972. Todos ellos incorporan expresamente el principio de la protección del medio ambiente natural para las generaciones futuras y elevan el concepto a nivel de obligación de los Estados.

La opinión jurídica es ya abundante: ya se han publicado varios tratados importantes sobre el tema y conceptos tales como la equidad intergeneracional y el patrimonio común de la humanidad están ya suficientemente establecidos desde el punto de vista académico²¹. Además, cada vez hay mayor conciencia de la forma en que la gran variedad de sistemas jurídicos tradicionales en todo el mundo protege el medio ambiente para las generaciones futuras. A esto debe añadirse una serie de importantes declaraciones internacionales que comienzan con la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, de 1972.

Dado que hay pruebas científicas incontrovertibles de que el medio ambiente está contaminado en una escala que abarca a centenares de generaciones, esta Corte no sería digna de confianza si no prestara la atención debida a los medios de protección del futuro remoto que ofrece la legislación actual. Los ideales de la Carta de las Naciones Unidas no se limitan al presente, pues entre ellos figuran los de promover el progreso social y elevar el nivel de vida, y fijan su visión, no sólo en el presente sino en "las generaciones venideras". Este factor de menoscabo del medio ambiente durante un lapso de tiempo que parecería infinito sería en sí suficiente para hacer aplicar los principios protectores del derecho internacional que la Corte, como autoridad preeminente facultada para establecerlos, debe ampliar necesariamente.

²³ Para más referencias véase Edith Brown Weiss, In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity, 1989.

c) Daños a poblaciones civiles

No es necesario desarrollar este punto, pues las armas nucleares sobrepasan a todas las demás armas de destrucción masiva en este sentido. Según un conocido estudio sobre el desarrollo del derecho internacional:

"Una característica de las armas de destrucción masiva (atómicas, biológicas y químicas), es que su efecto destructivo no puede limitarse en el tiempo y en el espacio a objetivos militares. Por lo tanto, su utilización supondría la extinción de un número impredecible e indeterminable de civiles. Esto supone también que su empleo sería (incluso en ausencia de disposiciones expresas de tratados) contrario al derecho internacional, pero también es cierto que el problema de las armas de destrucción masiva ha superado el ámbito del derecho humanitario en sentido estricto y se ha convertido en una de las cuestiones fundamentales de la coexistencia pacífica de Estados con diferentes sistemas sociales."²⁴

d) El invierno nuclear

Uno de los posibles efectos secundarios de un conflicto nuclear es el invierno nuclear, causado por la acumulación de cientos de millones de toneladas de hollín en la atmósfera como resultado de los incendios de ciudades, bosques y campos provocados por las armas nucleares. La nube de humo y los escombros de las múltiples explosiones bloquean la luz del sol, causando la pérdida de las cosechas en todo el mundo y hambruna en el mundo. Tras el estudio realizado por Turco, Toon, Ackerman, Pollack y Sagan (conocido como estudio TTAPS, acrónimo formado con los nombres de sus autores) que lleva por título "invierno nuclear: consecuencias mundiales de las explosiones nucleares múltiples"²⁵, se han realizado gran cantidad de estudios científicos pormenorizados sobre el efecto de las nubes de humo y polvo que genera una guerra nuclear. El estudio TTAPS revelaba que las nubes de humo de un hemisferio podían desplazarse al otro en semanas²⁶. El estudio TTAPS y otros ponen de manifiesto que un ligero descenso

²⁴ Géza Herczegh, Development of International Humanitarian Law. 1984, pág. 93.

²⁵ Science, 23 de diciembre de 1983, vol. 222, pág. 1283.

²⁶ El desplazamiento de una nube de partículas de polvo de un hemisferio a otro, con efectos similares a los de un invierno nuclear, no constituye una escena del futuro sin relación con el pasado. En 1815 la erupción del volcán Tambora en Indonesia, inyectó polvo y humo en la atmósfera a tan gran escala que ocasionó pérdida de cosechas y oscuridad en todo el mundo en 1816. La revista Scientific American, en su número de marzo de 1984, en la página 58, reprodujo un poema, "Oscuridad", escrito por Lord Byron, que se creía inspirado en ese año sin verano. En una sesión del Senado de los Estados Unidos sobre los efectos de la guerra nuclear, en diciembre de 1983, el físico ruso Kapitza hizo referencia a este poema hablando de los efectos de la guerra nuclear, y señaló que era bien conocido por los rusos en su texto traducido por el novelista Iván Turgenev. Aquí recogemos algunos extractos, que captan con visión poética la desesperación humana y la desolación ambiental de una escena posnuclear:

(continúa...)

de la temperatura de unos cuantos grados durante la época de la maduración, provocada por el invierno nuclear, puede causar una pérdida generalizada de las cosechas, que afecte incluso a todo un hemisferio. Por lo tanto, las consecuencias son también desastrosas para los países no beligerantes.

"Hay consenso en que los efectos climáticos de un invierno nuclear y la consecuente falta de alimentos, agravada por la destrucción de la infraestructura, podría tener en general sobre la población mundial mayores efectos que los efectos inmediatos de las explosiones nucleares. Hay cada vez más evidencias de que después de una guerra nuclear, el Homo sapiens no tendría un reducto ecológico al que huir. Es evidente que la vida en todo el planeta se vería amenazada.^{1,27}

e) Pérdida de vidas

La OMS calcula que el número de muertos en caso de utilizarse una única bomba, en una guerra limitada y en una guerra mundial oscila entre 1 millón y 1.000 millones, a lo que se añade una cifra similar de heridos en cada caso.

Según el representante del Japón el número de muertos en las dos únicas ocasiones en que se utilizaron armas nucleares en una guerra (Hiroshima y Nagasaki) fue de 140.000 y 74.000 respectivamente, de una población total de 350.000 y 240.000 habitantes, respectivamente. Si estas mismas bombas hubiesen explotado en ciudades con millones de habitantes, como Tokio, Nueva York, París, Londres o Moscú, la pérdida de vidas habría sido incalculablemente mayor.

¹⁸ (. . . continuación)

"No había en el mundo sino temerosa esperanza,
morían en llamas los bosques y hora tras hora los
troncos crujiendo caían su luz extinguida, y todo
era sombra. A ráfagas la luz desesperada iluminaba
lúgubres semblantes de hombres que cubriéndose los
ojos tendidos en el suelo sollozaban; ...

... El mundo estaba vacío,
las tierras que fueran pobladas, potentes
eran masa informe, no había estaciones
ni hierba, ni árboles, ni hombres, ni vida.
Un caos de árida arcilla, una masa muerta.
Océanos, ríos y lagos yacían inmóviles.

En sus abismos silenciosos, y los barcos sin
marineros, pudríanse en el mar ..."

²⁷ Wilfrid Bach, "Climatic Consequences of Nuclear War", en Proceedings of the Sixth World Congress of the International Physicians for the Prevention of Nuclear War (IPPNW), Colonia, 1986, publicado como Maintain Life on Earth. 1987, pág. 154.

/...

Una interesante estadística que el alcalde de Nagasaki presentó a la Corte es que el bombardeo de Dresde que llevaron a cabo 773 aviones británicos, seguido de 650.000 bombas incendiarias arrojadas por 450 aviones estadounidenses causó 135.000 muertes, un resultado similar al de una sola bomba nuclear en Hiroshima, una bomba que hoy nos parecería "pequeña".

f) Efectos médicos de la radiación

Las armas nucleares producen radiación instantánea, a la que se añade la precipitación radiactiva.

"Está demostrado que la radiación nuclear residual es una característica de la fisión o bomba atómica, así como del arma termonuclear conocida como bomba de fusión o bomba de hidrógeno."²⁸

Además de los efectos inmediatos ya mencionados, hay efectos a más largo plazo causados por la radiación ionizante que actúa sobre los seres humanos y sobre el medio ambiente. Esta ionización causa daños en las células, y las alteraciones que se producen pueden destruir las células o reducir su capacidad de funcionamiento²⁹.

La población víctima de un ataque nuclear sufre las consecuencias del calor, la onda expansiva y la radiación y los distintos estudios realizados sobre los efectos de la radiación se complican con las lesiones producidas por la onda expansiva y por el calor. No obstante Chernobyl ha servido de una oportunidad para estudiar aisladamente los efectos de la radiación, puesto que:

"Chernobyl representa la mayor experiencia que ha existido sobre los efectos de la radiación aplicada a todo el cuerpo en sujetos humanos, sin complicaciones producidas por la onda expansiva y por las quemaduras."³⁰

Aparte de los efectos a largo plazo, tales como queloides y cánceres, los efectos a corto plazo incluyen anorexia, diarrea, detención de la producción de nuevas células sanguíneas, hemorragia, daños medulares, daños al sistema nervioso central, convulsiones, daños vasculares y colapso cardiovascular³¹.

Chernobyl, que produjo únicamente daños por la radiación, en un área con una densidad de población relativamente escasa, agotó los recursos médicos de una poderosa nación hizo necesario el envío de personal, material y equipo médico desde fuera de la Unión Soviética (5.000 camiones, 800 autobuses, 240 ambulancias, helicópteros y trenes especiales)³². Sin embargo se calculó

²⁸ Singh & McWhinney, op. cit., pág. 123.

²⁹ Herbert Abrams, "Chernobyl and the Short-Term Medical Effects of Nuclear War". en Proceedings of the IPPNW Congress, op. cit., pág. 122.

³⁰ Ibid., pág. 120.

³¹ Ibid., págs. 122 a 125.

³² Ibid., pág. 121.

que la explosión de Chernobyl equivalía aproximadamente a la de una bomba de medio quilotón (ibíd., pag. 127) (aproximadamente 1/25 en comparación con la "pequeña" bomba de Hiroshima, que era sólo 1/70 del tamaño de una bomba de 1 megatón. Como ya se ha señalado, los arsenales nucleares contienen en la actualidad bombas de multimegatonas.

Los efectos de la radiación no solamente no se extinguen, sino que se prolongan a lo largo de toda la vida. En Hiroshima y Nagasaki ha muerto gente, tras una larga vida de sufrimientos, decenios después del bombardeo con armas nucleares de esas ciudades. El alcalde de Hiroshima ha presentado ante la Corte algunos ejemplos de las prolongadas agonías de los supervivientes (todas ellas ampliamente recogidas en la gran bibliografía que existe sobre el tema). Indonesia hizo referencia a la publicación Violence and Law in the Modern Age (1988), de Antonio Cassese, que resalta el hecho de que "el grado del sufrimiento humano no se desprende únicamente de las cifras y de las estadísticas ... sino del relato de los supervivientes". Son numerosos y bien conocidos los relatos de terribles sufrimientos³³.

Cabe también hacer referencia a los numerosos documentos recibidos en la Secretaría a este respecto, entre los que se incluye material del International Symposium: Fifty Years since the Atomic Bombing of Hiroshima and Nagasaki. En la presente opinión no es posible ni siquiera intentar hacer un brevísimo resumen de los detalles de estos sufrimientos.

Según estadísticas proporcionadas a la Corte por el representante del Japón, el número de muertos por los efectos de la radiación en el tiempo se sigue sumando a las cifras ya existentes. Más de 320.000 personas que sobrevivieron pero se vieron afectadas por la radiación padecen diversos tumores malignos causados por la radiación, entre los que se incluyen la leucemia, el cáncer de tiroides, el cáncer de pecho, el cáncer de pulmón, el cáncer de estómago, las cataratas y otra serie de efectos secundarios añadidos a los que existían transcurridos más de medio siglo. Con las armas nucleares que existen en la actualidad en los arsenales mundiales, cuyo poder multiplica varias veces el de esas explosiones, la escala de daños se multiplica exponencialmente.

Como ha señalado la OMS (CR 95/22, págs. 23 a 24), la exposición excesiva a la radiación elimina el sistema inmunológico del organismo y deja a las víctimas más vulnerables a las infecciones y los cánceres.

Aparte del aumento de los efectos genéticos y de los tumores queloides desfigurantes ya mencionados, las lesiones ocasionadas por la radiación han dado lugar a traumas psicológicos que siguen manifestándose entre los supervivientes de Hiroshima y Nagasaki. Las lesiones por radiación provienen de la exposición

³³ Entre los relatos contemporáneos conocidos se encuentran el del John Hersey, Hiroshima (al que The New Yorker dedicó el número completo del 31 de agosto de 1946, y que después se ha publicado en Penguin Classic, 1946) ; Hiroshima Diary: The Journal of a Japanese Physician August 6 - September 30, 1945, por Michihiko Hachiya, doctor en medicina (University of North Carolina Press, 1955) ; y The Day Man Lost: Hiroshima, 6 August 1945 (Kodansha, 1972). Todos ellos forman parte de una voluminosa documentación.

directa, de la radiación procedente del suelo, de los edificios cargados de radiactividad y de la precipitación radiactiva que vuelve a caer transcurridos varios meses de la acumulación de hollín o de polvo en la estratosfera por la fuerza de la explosión"

Además de estos factores, hay una gran cantidad de datos concretos sobre los efectos médicos de la guerra nuclear. Información más detallada de este material médico aparece en mi Opinión disidente sobre la solicitud de la OMS. Debe también considerarse ese material médico como parte de este informe sobre los efectos específicos de las armas nucleares.

g) Calor v onda expansiva

Las armas nucleares causan daños de tres formas: por el calor, por la onda expansiva y por la radiación. Como señaló un funcionario de la OMS, mientras que los dos primeros se diferencian cuantitativamente de los producidos por la explosión de bombas convencionales, el tercero es específico de las armas nucleares. Además de la radiación instantánea, hay también precipitación radiactiva.

La especificidad de las armas nucleares también puede verse desde el punto de vista de las estadísticas de la magnitud del calor y de la onda expansiva que producen. El representante del Japón presentó cifras según las cuales las ondas expansivas de las bombas de Hiroshima y Nagasaki habían producido temperaturas de varios millones de grados centígrados y presiones de varios cientos de miles de atmósferas. Se dice que en la bola de fuego de una explosión nuclear la temperatura y la presión son las mismas que en el núcleo del sol³⁵. Aproximadamente 30 minutos después de la explosión se produjeron remolinos de viento y tormentas de fuego que destruyeron 70.147 casas en Hiroshima y 18.400 en Nagasaki. La onda expansiva creada por la onda de choque inicial alcanzó una velocidad de casi 1.000 millas por hora, según cifras presentadas a la Corte por el Alcalde de Hiroshima.

La onda expansiva

"convierte a las personas y a los escombros en proyectiles, que chocan entre ellos y contra los objetos inmóviles. Las fracturas múltiples, las heridas punzantes y el aplastamiento de cráneos, miembros y órganos internos hace la lista de posibles lesiones interminable."³⁶

³⁴ Sobre los efectos de la radiación véase, con carácter general, Nuclear Radiation in Warfare. 1981, del Profesor Joseph Rotblat, Premio Nobel.

³³ Bates, op. cit. . pág. 722. Cf. la referencia en The Bhagavadgita, "brighter than a thousand suns" (más brillante que mil soles), frase generalmente utilizada por los científicos nucleares (como Robert Jungk, Brighter than a Thousand Suns: a Personal History of the Atomic Scientist, Penguin, 1982, y la famosa cita de Oppenheimer procedente de la misma fuente.

³⁶ Ibíd. , pág. 723.

h) Deformidades concrénitas

Los efectos intergeneracionales de las armas nucleares las diferencian de otras clases de armas. Como señaló la delegación de las Islas Salomón, los efectos negativos de la bomba son "virtualmente permanentes" (llegando hasta el futuro lejano de la raza humana) si es que lo hubiera, cosa que un conflicto nuclear haría dudoso (CR 95/32, pág. 36) . Aparte de los daños al medio ambiente que generaciones sucesivas heredarían hasta un futuro lejano, la radiación también causa daños genéticos y daría como resultado muchos hijos deformes y con defectos, como se demostró en Hiroshima y Nagasaki (donde los que se encontraban en las proximidades del lugar en el que se produjo la explosión (los hibakusha) se han quejado durante años de la discriminación social existente hacia ellos por esta razón), así como en las Islas Marshall y en el resto del Pacífico. Según el Alcalde de Nagasaki:

"los descendientes de los supervivientes de la bomba atómica tendrán que ser controlados durante varias generaciones para comprobar el impacto genético, lo que supone que sus descendientes se verán obligados a vivir en la ansiedad durante las próximas generaciones." (CR 95/27, pág. 43.)

El Alcalde de Hiroshima dijo a la Corte que los niños "expuestos a la explosión en el vientre de sus madres a menudo nacieron con microcefalia, síndrome que se caracteriza por el retraso mental y el crecimiento incompleto" (ibíd., pág. 29) . Como dijo el Alcalde:

"Para estos niños ya no hay esperanza de volver a ser personas normales. No se puede hacer nada por ellos desde el punto de vista médico. La bomba atómica puso su marca indeleble sobre las vidas de estos niños no nacidos, completamente inocentes." (Ibíd., pág. 30.)

En el Japón el problema social del hibakusha afecta no solamente a personas con horribles crecimientos queloides, sino también a niños con deformaciones y a los que estuvieron expuestos a las explosiones nucleares, de los que se piensa que tienen genes defectuosos que transmiten deformidades a sus hijos. Este es un problema de derechos humanos considerable, surgido mucho después de la bomba, y que afectará a generaciones.

La Sra. Lijon Eknlang, de las Islas Marshall, informó a la Corte de anomalías genéticas que antes nunca se habían visto en la isla hasta que se realizaron las pruebas atmosféricas de las armas nucleares. Hizo ante la Corte una conmovedora descripción de las diversas anomalías ocurridas en los nacimientos de la isla tras la exposición de su población a la radiación. Dijo que las mujeres de las Islas Marshall

"dan a luz no a niños, tal y como nos gusta imaginarlos, sino a cosas que sólo pueden describirse como 'pulpos', 'manzanas', 'tortugas', y algunas otras cosas según hemos experimentado. En el idioma de las Islas Marshall no tenemos palabras para denominar a este tipo de niños, porque nunca habían nacido antes de que llegara la radiación.

Mujeres de Rongelap, Likiep, Ailuk y otros atolones de las Islas Marshall han dado a luz a estos 'niños monstruos' ... Una mujer de Likiep dio a luz a un niño con dos cabezas . . . Hoy día en Ailuk hay una niña sin rodillas, con tres dedos en cada pie y con un solo brazo ...

Los defectos de nacimiento más comunes en Rongelap y en las islas cercanas han sido los bebés 'medusas'. Estos bebés nacen sin huesos y con la piel transparente. Se puede ver su cerebro y su corazón latir. ... Muchas mujeres mueren a causa de embarazos anormales, y las que sobreviven dan a luz algo similar a uvas color púrpura que rápidamente escondemos y enterramos. ...

Mi objetivo al hacer un viaje tan largo para presentarme ante la Corte hoy es pedirles que hagan lo que esté en su mano para que no se permita que el sufrimiento que nosotros, los habitantes de las Islas Marshall hemos experimentado, se repita en otra comunidad del mundo." (CR 95/32, págs. 30-31.)

Otro país en el que se habían producido nacimientos deformes, Vanuatu, presentó un conmovedor informe similar ante la Asamblea Mundial de la Salud, cuando ese organismo estaba debatiendo un informe para ser presentado ante esta Corte sobre las armas nucleares. El delegado de Vanuatu habló del nacimiento, tras nueve meses, de "una sustancia que respira pero carece de cara, piernas y brazos"³⁷.

i) Daños transnacionales

Una vez que se produce una explosión nuclear, es posible que la precipitación radiactiva incluso de una sola detonación, no se limite a las fronteras nacionales³⁸. Según los estudios de la OMS, se extendería a centenares de kilómetros a favor del viento y la exposición a los rayos gamma de la precipitación radiactiva podría llegar al cuerpo humano, incluso más allá de las fronteras nacionales, a través de la radiactividad depositada en tierra, por la inhalación del aire, mediante el consumo de alimentos contaminados o por inhalación de la radiactividad en suspensión. El diagrama que figura como apéndice a esta Opinión, extraído del estudio de la OMS, en el que se comparan las zonas afectadas por las bombas convencionales y las armas nucleares, lo demuestra de manera convincente. Este es el peligro al que estarían expuestas las poblaciones neutrales.

Todas las naciones, incluidas las que realizan pruebas subterráneas, están de acuerdo en que se necesitan medidas de protección sumamente complejas en el caso de las explosiones nucleares subterráneas para impedir la contaminación del medio ambiente. Evidentemente, estas precauciones son totalmente imposibles en el caso del empleo de armas nucleares en caso de guerra, en que necesariamente se explotarán en la atmósfera o en tierra. La explosión de armas nucleares en la atmósfera crea unos efectos tan reconocidamente deletéreos que ya han sido prohibidas por el Tratado de Prohibición Parcial de Pruebas Nucleares, y se han hecho considerables progresos con miras a un tratado de prohibición completa de

³⁷ Actas de la 13ª reunión plenaria de la 46ª Asamblea Mundial de la Salud, 14 de mayo de 1993, doc. A46/VR/13, pág. 11, remitidas a la Corte por la OMS.

³⁸ Véase el diagrama anexo a la publicación Effects of Nuclear War on Health and Health Services, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, segunda edición, 1987, pág. 16.

los ensayos nucleares. Si las potencias nucleares aceptan ahora que las explosiones subterráneas, en las condiciones cuidadosamente controladas de un ensayo, son tan deletéreas para la salud y el medio ambiente que deben prohibirse, difícilmente cabría afirmar que las explosiones en la superficie en condiciones incontroladas son aceptables.

Los efectos transfronterizos de la radiación quedan ilustrados por el accidente nuclear de Chernobyl, que tuvo efectos devastadores en una extensa superficie, ya que no fue posible limitar los efectos secundarios de aquella reacción nuclear. La salud humana, los productos agrícolas y lácteos y la demografía en una extensión de miles de kilómetros cuadrados se vieron afectados como no lo habían sido nunca antes. El 30 de noviembre de 1995, el Secretario General Adjunto de Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas anunció que los cánceres de tiroides, muchos de ellos diagnosticados en niños, eran 285 veces más frecuentes en Belarús que antes del accidente; que en Belarús, en Rusia y en Ucrania seguían desplazadas, y con frecuencia sin hogar unas 375.000 personas, - cifra equivalente a la población desplazada de Rwanda por los combates en aquel país - y que unos nueve millones de personas se han visto afectadas en una u otra forma³⁸. Diez años después de Chernobyl, la tragedia todavía se deja sentir en extensas zonas, no sólo en Rusia sino también en otros países como Suecia. Estos resultados, provocados por un simple accidente más que por un intento deliberado de causar daño con armas nucleares, se produjeron sin las lesiones resultantes del calor o la explosión que acompañan un arma nuclear. Se trataba exclusivamente de los daños producidos por la radiación - es decir sólo uno de los tres aspectos letales de las armas nucleares. Fueron producidos por un acontecimiento de dimensiones mucho menores que las explosiones de Hiroshima y Nagasaki.

j) Capacidad para destruir toda civilización

La guerra nuclear podría destruir toda civilización. Este resultado podría lograrse mediante el empleo de una minúscula fracción de las armas que ya existen en los arsenales de las potencias nucleares.

Como observó un antiguo Secretario de Estado, el Dr. Henry Kissinger, en relación con las garantías estratégicas en Europa:

"Los aliados europeos no deben seguir pidiéndonos que multipliquemos unas garantías estratégicas que no queríamos dar y que, de preverlo, no deseábamos ejecutar, ya que con ello se correría el riesgo de destruir la civilización."^{1,40}

Así también, Robert McNamara, Secretario de Defensa de los Estados Unidos de 1961 a 1968, ha escrito:

³⁹ New York Times Service, en International Herald Tribune, de 30 de noviembre de 1995.

⁴⁰ Henry A. Kissinger, "NATO Defense and the Soviet Threat", Survival, noviembre a diciembre de 1979, pág. 266 (discurso en Bruselas), citado por Robert S. McNamara en "The Military Role of Nuclear Weapons: Perceptions and Misperceptions", (1983-1984) 62 Foreign Affairs, vol. 1, pág. 59.

"¿Acaso es realista esperar que una guerra nuclear pueda limitarse a la detonación de decenas o incluso centenas de armas nucleares, siendo así que cada uno de los bandos tiene decenas de miles a su disposición que puede utilizar? La respuesta evidentemente es que no."⁴¹

Es posible que se estén reduciendo las existencias de armas, pero no es necesario pensar en términos de miles o incluso centenares de armas. Bastan unas decenas para provocar toda la destrucción descrita al comienzo de esta Opinión.

Este es el riesgo que conlleva la utilización de armas nucleares - un riesgo que ninguna nación tiene derecho a asumir, cualquiera sea el peligro en que se encuentre. El derecho de una persona a defender sus propios intereses es un derecho del que goza contra sus oponentes. En el ejercicio de este derecho, no puede considerarse autorizada a destruir el pueblo en que vive.

i) Instituciones sociales

Todas las instituciones de una sociedad ordenada - poder judicial, legislativo, policía, servicios médicos, educación, transportes, comunicaciones, servicios postales y telefónicos, prensa - desaparecerían totalmente como resultado inmediato de un ataque nuclear. Los centros de mando del país y los escalones superiores de los servicios administrativos quedarían paralizados. Habría un "caos social en una escala sin precedentes en la historia humana"⁴³.

ii) Estructuras económicas

En el ámbito económico la sociedad tendría que remontarse incluso más allá de la Edad Media a los niveles del pasado más primitivo del hombre. Uno de los estudios más conocidos en que se examina esta situación la resume en los siguientes términos:

"La tarea ... no consistiría en restaurar la economía anterior, sino en inventar una nueva, a un nivel mucho más primitivo. ... La economía de la Edad Media, por ejemplo, era mucho menos productiva que la nuestra, pero era sumamente compleja, y no estaría al alcance de la población de nuestra época iniciar de repente un sistema económico medieval sobre las ruinas de su economía de siglo XX. ... En medio de las ruinas de la Edad Espacial, encontrarían que los restos de una economía moderna destrozada esparcidos a su alrededor - un automóvil aquí, una máquina de lavar allí - no se adaptarían a sus necesidades elementales. No tendrían que preocuparse por reconstruir una industria automóvil o una industria electrónica: tendrían que preocuparse por encontrar bayas no radiactivas en los bosques o por saber qué árboles tenían cortezas comestibles."^{1,43}

⁴¹ Robert S. McNamara, op. cit., pág. 71.

⁴² Bates, op. cit. ■ pág. 726.

⁴³ Jonathan Schell, The Fate of the Earth, 1982, pág. 69 y 70, citado por Bates, op. cit., pág. 72 7.

iii) Tesoros culturales

Otra víctima que cabe mencionar a este respecto es la destrucción de los tesoros culturales, que representan el progreso de la civilización a través de los tiempos. La importancia de la protección de este aspecto de la civilización fue reconocida por la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, que disponía que los bienes culturales tienen derecho a una protección especial. Los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos no deben ser objeto de actos de hostilidad.

El Protocolo Adicional II dispone que los bienes culturales y los lugares de culto constituyen el patrimonio cultural y espiritual de los pueblos y no deben ser atacados. Estos ataques constituyen violaciones graves del derecho humanitario conforme a las Convenciones y el Protocolo. La protección de la cultura en tiempo de guerra es algo que la comunidad internacional considera tan importante que la UNESCO ha establecido un programa especial para la protección de la cultura en tiempo de guerra. Siempre que se ha destruido un monumento cultural, ha habido un clamor público de protesta y una acusación de que se han violado las leyes de la guerra.

Sin embargo, es evidente que dos bombas nucleares no respetan estos tesoros culturales⁴⁴. Abrasarían y arrasarian cualquier objeto dentro de su radio de destrucción, monumento cultural o cualquier otro.

Pese a los bombardeos de muchas grandes ciudades durante la segunda guerra mundial, muchos de los monumentos culturales de aquellas ciudades sobrevivieron a la guerra.

Para ilustrar la considerable importancia que este aspecto tiene en todos los países, pueden citarse unas estadísticas de uno de ellos. El número de monumentos protegidos sólo en la República Federal de Alemania, en 1986, era aproximadamente 1 millón, de los que tan sólo la ciudad de Colonia contaba de 9.000 edificios protegidos⁴⁵. Un ataque nuclear contra una ciudad como Colonia privaría por lo tanto, a Alemania en particular y a la comunidad internacional en general, de una parte considerable de su patrimonio cultural, pues una sola bomba destruiría fácilmente los 9.000 monumentos sin que quedara uno en pie, un resultado que ningún bombardeo de la segunda guerra mundial podría haber conseguido.

Juntamente con todos los demás edificios, no serían más que una parte del desierto de ruinas radiactivas que quedaría como resultado de una bomba nuclear.

⁴⁴ Con respecto a la responsabilidad de proteger el patrimonio cultural, véase el artículo 5 de la Convención sobre el Patrimonio Mundial, 1972 (Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural).

⁴⁵ Véase Hiltrud Kier, Programa de la UNESCO para la Protección de la Cultura en Tiempo de Guerra", en Documentos del Sexto Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Médicos para la Prevención de la Guerra Nuclear, op. cit., pág. 199.

Si la preservación del patrimonio cultural de la humanidad tiene algún valor para la civilización, es importante advertir que será una víctima inevitable de una guerra nuclear.

k) El impulso electromagnético

Otro rasgo distintivo de las armas nucleares es el impulso electromagnético. La literatura científica indica que este impulso tiene el efecto de desplazar los electrones de las moléculas del aire en las capas superiores de la atmósfera, y que estos electrones a su vez son desplazados por el campo magnético de la Tierra. Al desplazarse en torno a las líneas de fuerza magnética, transmiten una ráfaga repentina e intensa de energía - el impulso electromagnético - que desactiva todos los dispositivos electrónicos. Al quedar descontrolados estos sistemas, todas las líneas de comunicación quedan interrumpidas, así como los servicios sanitarios (entre otros servicios esenciales) y la vida organizada moderna se desploma. Incluso los sistemas de mando y control destinados a responder a los ataques nucleares pueden quedar afectados, creando así un nuevo peligro de liberación involuntaria de armas nucleares.

Un diccionario científico, el Dictionnaire Encyclopédique d'Électronique, describe los efectos del impulso electromagnético en los siguientes términos:

"Impulso electromagnético, impulso nuclear; fuerte impulso de energía electromagnética radiada por una explosión nuclear en la atmósfera; producido por la colisión entre los rayos gamma emitidos durante los primeros nanosegundos de la explosión y los electrones de las moléculas en la atmósfera; el impulso electromagnético producido por una explosión nuclear de una fuerza media a unos 400 kilómetros de altitud puede dejar fuera de servicio instantáneamente la mayor parte de los aparatos electrónicos de semiconductores en un gran país, como los Estados Unidos, así como una gran parte de sus redes de distribución de energía, sin que se sientan otros efectos en tierra, con consecuencias militares fáciles de imaginar." [traducción⁴⁶]

Un aspecto importante del impulso electromagnético es que viaja a velocidades inmensas, por lo que la perturbación de los sistemas de comunicaciones provocadas por la contaminación radiactiva puede extenderse inmediatamente más allá de las fronteras nacionales y afectar las líneas de

⁴⁶ Original francés: "impulsion électromagnétique, impulsion nucléaire (forte impulsion d'énergie électromagnétique rayonnée par une explosion nucléaire dans l'atmosphère) (est due aux collisions entre les rayons gammas émis pendant les premières nanosecondes de l'explosion et les électrons des molécules de l'atmosphère) (l'impulsion électromagnétique produite par une explosion nucléaire de puissance moyenne à environ 400 km d'altitude peut mettre hors service instantanément la majeure partie des appareils électroniques à semi-conducteurs d'un pays grand comme les États-Unis et une grande partie de ses réseaux de distribution d'énergie sans que d'autres effets soient ressentis au sol, avec des conséquences militaires faciles à imaginer)." (Michel Fleutry, Dictionnaire Encyclopédique d'Électronique (inglés-francés), 1995, pág. 250.)

comunicación y servicios esenciales también en países neutrales. Habida cuenta de la importancia de la comunicación electrónica para el funcionamiento de la sociedad moderna a todos los niveles, esto constituiría una injerencia injustificada en estos Estados neutrales.

Otro efecto importante del impulso electromagnético serían los daños a los sistemas de energía eléctrica y de control resultante de las armas nucleares; en efecto, el impulso electromagnético podría provocar accidentalmente la fusión del núcleo atómico en el caso de que se vieran afectadas las instalaciones de energía nuclear en la zona⁴⁷.

1) Daños a los reactores nucleares

La enorme extensión de la devastación y el enorme calor liberado pondrían en peligro todas las centrales nucleares de la zona, liberando niveles peligrosos de radiactividad, a parte de los liberados por la propia bomba. En Europa únicamente, hay más de 200 centrales nucleares esparcidas por el continente, algunas de ellas en las proximidades de centros de población. Además, hay 150 instalaciones para el enriquecimiento de uranio⁴⁸. Un reactor nuclear averiado podría dar lugar a:

"dosis letales de radiación a las personas expuestas en un radio de 150 millas a sotavento, y produciría niveles importantes de contaminación radiactiva del medio ambiente a más de 600 millas de distancia."^{1,49}

Un arma nuclear utilizada contra uno de los países en que esté situado -uno de los 450 reactores nucleares que existen actualmente en el mundo, podría tener como secuelas una serie de Chernobyls.

Los efectos de esta radiación incluirían anorexia, cesación de la producción de nuevas células de la sangre, diarrea, hemorragias, daños a la médula ósea, convulsiones, accidentes vasculares y colapso cardiovascular⁵⁰.

m) Daños a la productividad de alimentos

Contrariamente a otras armas, cuyo impacto directo es el aspecto más devastador del daño que causan, las armas nucleares pueden causar daños mucho mayores por sus efectos retardados que por sus efectos directos. El estudio técnico detallado, Environmental Consequences of Nuclear War, al referirse a la incertidumbre con respecto a los efectos indirectos de la guerra nuclear, declara:

⁴⁷ Gordon Thompson, "Nuclear Power and the Threat of Nuclear War", en Documentos del Sexto Congreso Mundial del IPPNW, op. cit., pág. 240.

⁴⁸ William E. Butler (ed.) Control over Compliance with International Law, 1991, pág. 24.

⁴⁹ Bates, op. cit., pág. 720.

⁵⁰ Véase Herbert Abrams, op. cit... págs. 122 a 125.

"Sin embargo, lo que puede decirse con seguridad es que la población humana de la tierra es mucho más vulnerable a los efectos indirectos de la guerra nuclear, en particular por sus consecuencias sobre la productividad y disponibilidad de alimentos, que a los efectos directos de la propia guerra nuclear."⁵¹

El invierno nuclear, de producirse como resultado de intercambios nucleares múltiples, podría provocar trastornos en todo el suministro mundial de alimentos.

A raíz de los ensayos de los Estados Unidos en el Pacífico en 1954, los peces pescados en diversas zonas del Pacífico, hasta ocho meses después de las explosiones estaban contaminados y eran impropios para el consumo humano, en tanto que las cosechas en diversas partes del Japón se vieron afectadas por la precipitación radiactiva. Estas fueron algunas de las conclusiones de una comisión internacional de especialistas médicos designados por la Asociación Japonesa de Doctores contra la Bomba Atómica y la Bomba de Hidrógeno⁵². Además:

"La utilización de armas nucleares contamina el agua y los alimentos, así como la tierra y las plantas cultivadas en ella. Y esto no sólo en la zona de la reacción nuclear inmediata, sino en una zona imprevisible mucho más extensa afectada por la precipitación radiactiva."⁵³

n) Explosiones nucleares múltiples como resultado de una acción de legítima defensa

Si el arma se utiliza en legítima defensa después de un ataque nuclear inicial, el ecosistema, que habría ya soportado las consecuencias del primer ataque nuclear, tendría que absorber además este efecto del ataque de represalia, que puede no consistir en una o más bombas, pues la nación agredida habrá quedado tan devastada que no podrá evaluar con precisión la fuerza exacta de represión requerida. En tal caso, la tendencia a lanzar una represalia con toda la fuerza disponible debe tenerse en cuenta en cualquier evaluación realista de la situación. En este caso, el ecosistema se vería sometido a la presión de explosiones nucleares múltiples, que no podría absorber sin sufrir daños permanentes irreversibles. Las ciudades importantes, densamente pobladas, serían los objetivos. El tejido de la civilización podría destruirse.

Se ha dicho de los invasores más implacables del pasado, que cuando tenían que enfrentarse con una ciudad rebelde se aseguraban de que quedase arrasada hasta los cimientos, sin que quedase en ella ningún signo de vida, ni el ladrido de un perro ni el maullido de un gato. Si se preguntase a cualquier estudiante de derecho internacional si esta conducta era contraria a las leyes de la guerra, la respuesta sería sin duda "desde luego". A decir verdad, resultaría incluso sorprendente que hubiera necesidad de hacer la pregunta. En la época

⁵¹ Publicación 28 de SCOPE, editada por la Royal Society, Londres, el 6 de enero de 1986, vol. I, pág. 481.

⁵² Cita de Singh y McWhinney, op. cit., pág. 124.

⁵³ Ibid., pág. 122.

actual de desarrollo superior, las armas nucleares van mucho más lejos, ya que no dejan tras de sí sino una devastación total, envuelta en ton silencio fantasmagórico.

o) "La sombra de la nube de champiñón"

Como se señala en la presentación de Australia (CR 95/22, pág. 49), toda la generación de la posguerra vive bajo una nube de temor - a veces descrita como "la sombra de la nube de champiñón", que domina todos los pensamientos acerca del futuro de la humanidad. Este temor, que se cierne como una amenaza fatídica, en la imaginación de los niños en particular, es en sí mismo un mal que perdurará mientras continúen las armas nucleares. La joven generación necesita crecer en un clima de esperanza, no de desesperación ante el temor de que en algún momento futuro su vida pueda desaparecer en un instante o su salud verse destruida, jntinto con todo lo que aman, en una guerra en la que tal vez su país ni siquiera tome parte.

La información presentada muestra que, incluso entre las armas de destrucción en masa, muchas de las cuales ya están prohibidas por el derecho internacional, el arma nuclear es única, sin paralelo por su capacidad de destruir todo lo que la humanidad ha acumulado a través de los siglos y todo lo que le sirve de sustento para seguir existiendo.

Quiero terminar esta sección citando la declaración presentada ante la Corte por el profesor Joseph Rotblat, miembro de un equipo británico en el Proyecto Manhattan, en los Álamos, Relator para la investigación de la OMS en 1983 acerca de los efectos de la guerra nuclear sobre la salud y los servicios de salud, y Premio Nobel. El profesor Rotblat era miembro de una de las delegaciones, pero por motivos de salud no pudo asistir a la Corte.

A continuación figura un extracto de su declaración ante la Corte:

"He leído los argumentos escritos preparados por el Reino Unido y los Estados Unidos. Su opinión sobre la legalidad de la utilización de armas nucleares descansa en tres premisas: a) que no causarán forzosamente sufrimientos innecesarios; b) que no tendrán forzosamente efectos indiscriminados sobre la población civil; c) que no tendrán forzosamente efectos sobre territorios de terceros Estados. Mi opinión profesional - expuesta anteriormente y en los informes mencionados de la OMS - es que, sobre la base de cualquier hipótesis razonable, su argumento resulta insostenible en sus tres premisas." (CR 95/32, anexo, pág. 2)

4. El carácter único de las armas nucleares

Después de este análisis objetivo, los argumentos jurídicos son casi superfluos, pues difícilmente puede afirmarse que ningún ordenamiento jurídico pueda incluir un principio que permita que la sociedad entera a la que sirve quede así diezmada y destruida - juntamente con el entorno natural que la ha

sostenido desde tiempo inmemorial". Los peligros son tan apremiantes que cabe oponer toda una serie de principios jurídicos.

En la fase actual baste con exponer las razones para estimar que las armas nucleares son algo único, incluso entre las armas de destrucción en masa. Las armas nucleares:

1. Causan muerte y destrucción;
2. Provocan cáncer, leucemia, queloides y enfermedades afines;
3. Causan enfermedades gastrointestinales y cardiovasculares y enfermedades afines;
4. Continúan durante decenios después de su utilización, provocando los problemas de salud antes mencionados;
5. Provocan daños en los derechos ambientales de generaciones futuras;
6. Producen deformaciones congénitas, retraso mental y daño genético;
7. Implican la posibilidad de provocar un invierno nuclear;
8. Contaminan y destruyen la cadena alimentaria;
9. Ponen en peligro el ecosistema;
10. Producen niveles letales de calor y onda expansiva;
11. Producen radiación y precipitación radiactivas;
12. Producen un impulso electromagnético destructivo;
13. Producen desintegración social;
14. Ponen en peligro toda la civilización;
15. Amenazan la supervivencia de la humanidad;
16. Provocan devastación cultural;
17. Perduran miles de años;
18. Amenazan toda la vida del planeta;
19. Causan daños irreversibles a las generaciones futuras;
20. Exterminan a las poblaciones civiles;

Véase además, a este respecto la sección V.1 más adelante.

21. Causan daños en los Estados vecinos;
22. Producen tensiones psicológicas y síndromes de temor,
en mayor medida que cualquier otra arma

Cualquiera de estos efectos sería motivo suficiente de preocupación para incluir a estas armas en una categoría propia, sujeta con especial intensidad a la aplicación de los principios de derecho humanitario. En su conjunto, hacen que el argumento en favor de la aplicación de estos principios resulte irrefutable. Esta lista no es en absoluto completa. Sin embargo, para citar las palabras de un estudio reciente:

"Una vez que resulta evidente que está perdida toda esperanza para el hombre del siglo XX si se inicia una guerra nuclear, difícilmente tiene sentido conocer otros efectos adicionales."⁵⁵

Las palabras de la Asamblea General en su "Declaración sobre la prevención de una catástrofe nuclear" (1981), resumen con exactitud todos los hechos mencionados:

"todos los horrores de las guerras pasadas y todas las demás calamidades que se han precipitado sobre los pueblos palidecerían en comparación con lo que entrañaría el uso de armas nucleares capaces de destruir la civilización sobre la tierra."⁵⁴

Con este telón de fondo debe examinarse pues la cuestión legal que se plantea ante la Corte. No tiene sentido examinar la cuestión legal independientemente de esta dura y sórdida realidad. Si se contrapone a estas consecuencias, tan masivamente destructivas de todos los principios de la humanidad y de los principios aceptados del derecho humanitario, el resultado apenas ofrece dudas. Como se verá en el debate siguiente, los principios humanitarios son flagrantemente violados por las consecuencias de las armas nucleares. El debate mostrará asimismo que los efectos de las armas nucleares y los principios humanitarios de las leyes de la guerra son incompatibles.

5. Las diferencias en los conocimientos científicos entre la época actual y 1945

El 17 de julio de 1945, el Secretario de Guerra de los Estados Unidos, Stimson, informó al Primer Ministro Churchill de que se había detonado con éxito la primera bomba nuclear experimental en el desierto de Nuevo México, con el siguiente mensaje críptico: "Los bebés han nacido satisfactoriamente"⁵⁷. Se ha acumulado un gran acervo de conocimientos por lo que respecta a los efectos de

⁵⁵ Bates, op. cit... pág. 721.

⁵⁶ Resolución 36/100, de 9 de diciembre de 1981.

⁵⁷ Winston Churchill, The Second World War, vol. 6 "Triumph and Tragedy", 1953, pág. 63.

la bomba atómica desde aquel día fatídico en que el advenimiento de este arma desconocida pueda describirse así, incluso en términos crípticos.

Es cierto que ya entonces se disponía de muchos conocimientos con respecto a la potencia de la bomba, pero el volumen de conocimientos de que se dispone hoy sobre los efectos de las armas nucleares es exponencialmente mayor. Además de los múltiples estudios militares, se han realizado estudios detallados a cargo de la OMS y otras organizaciones competentes como la Asociación Internacional de Médicos para la Prevención de la Guerra Nuclear (IPPNW)", los estudios de la TTAPS sobre el Invierno Nuclear; los estudios del Comité Científico sobre Problemas del Medio (SCOPE); del Consejo Internacional de Uniones Científicas (ICSU); del Instituto de las Naciones Unidas de Investigaciones sobre el Desarme (UNIDIR); y de otros centenares de estudios, literalmente. Gran parte de esta documentación se ha presentado a la Corte o ha sido depositada en la Biblioteca por la OMS y otros Estados que han comparecido en la Corte en relación con esta cuestión.

Las cuestiones relativas al conocimiento, la moralidad y la legalidad de la utilización de armas nucleares, consideradas en el contexto de 1995, difieren considerablemente de las cuestiones consideradas en el contexto de 1945, y necesitan ser abordadas con un enfoque totalmente nuevo a la luz de esta cantidad inmensa de información. Esta información adicional tiene importantes consecuencias sobre la cuestión de la legalidad que ahora se plantea ante la Corte.

Las acciones realizadas con pleno conocimiento de las consecuencias de la conducta de uno tienen un sentido totalmente distinto ante la ley que las mismas acciones realizadas con desconocimiento de sus consecuencias. Cualquier nación que utilice hoy día el arma nuclear no puede decir que no conoce sus consecuencias. En 1996, la cuestión de la legalidad de la utilización de armas nucleares sólo puede considerarse en el contexto de este conocimiento.

6. ¿Acaso Hiroshima y Nagasaki muestran que puede sobrevivirse a una guerra nuclear?

Al margen de estos aspectos concretos de las normas de derecho humanitario, y en cierto modo fundiendo estos aspectos en una consideración global, se plantea la cuestión de la supervivencia de la población afectada, a decir verdad de la raza humana. La supervivencia es la situación límite de un peligro determinado subyacente en cada principio de derecho humanitario. La situación extrema que se llega si este peligro alcanza sus últimos límites constituye una situación de no supervivencia. A esta situación se llega con la guerra nuclear. Todos estos principios se fundan en el hecho de que la guerra nuclear supondría el fin de la raza humana y de toda civilización.

Un hecho que obscurece la percepción del peligro de que tal vez no pueda sobrevivirse a una guerra nuclear es la experiencia de Hiroshima y Nagasaki. El hecho de que en el Japón se utilizasen armas nucleares, y de que la nación resurgiese de la guerra con nuevos bríos puede inducir en el observador un falso sentimiento de seguridad, en el sentido de que es realmente posible sobrevivir a una guerra nuclear. El propio derecho internacional se ha hecho eco de este

/...

sentimiento, pues parece basarse en cierto modo en el supuesto subliminal de que se ha demostrado de que es posible sobrevivir a la guerra nuclear.

Resulta necesario, por lo tanto, examinar brevemente algunas diferencias claras entre esta situación elemental de un ataque nuclear hace medio siglo y las características probables de una guerra nuclear hoy día.

Cabe señalar las siguientes diferencias:

1. Las bombas utilizadas en Hiroshima y Nagasaki no tenían más que una potencia explosiva de 15 kilotones. Las bombas disponibles para una futura guerra nuclear tendrán una potencia explosiva muchas veces mayor.
2. Hiroshima y Nagasaki pusieron fin a la guerra. No cabe suponer que la próxima guerra nuclear, de producirse, fuese tan limitada pues habría que considerar la posibilidad de intercambios múltiples.
3. El país víctima en el caso de Hiroshima y Nagasaki no era una potencia nuclear. Ni había otras potencias nucleares que pudieran venir en su ayuda. Una futura guerra nuclear, de producirse, tendría lugar en un mundo erizado de armas nucleares, que existen no para exhibirlas sino con otra finalidad. La posibilidad de que llegue a utilizarse siquiera una pequeña fracción de estas armas constituye, por lo tanto, un peligro siempre presente que habrá que tener en cuenta en una futura guerra nuclear.
4. Hiroshima y Nagasaki, aunque eran ciudades importantes, no constituían los centros neurálgicos del gobierno y la administración japonesa. En una guerra nuclear futura, es probable que los objetivos fuesen las principales ciudades y las capitales de los Estados en conflicto.
5. Las graves consecuencias ambientales, tales como el invierno nuclear, que podría producir un intercambio múltiple de armas nucleares no podían producir las "pequeñas" bombas utilizadas en Hiroshima y Nagasaki.

Hiroshima y Nagasaki no demuestran, por lo tanto, que pueda sobrevivirse a una guerra nuclear.

Estos ejemplos constituyen más bien una advertencia, en escala minúscula, de los peligros que cabría esperar de una futura guerra nuclear. Eliminan toda duda que pudiera haber existido si la cuestión de la legalidad de las armas nucleares se hubiese planteado sobre la base de datos científicos únicamente, sin una demostración práctica de su efecto sobre las poblaciones humanas.

Así pues, todos los males que las normas de derecho humanitario están destinadas a prevenir se resumen en las cuestiones de supervivencia que plantea la utilización futura de armas nucleares en la guerra.

7. Una mirada retrospectiva

En esta sección de la Opinión se han examinado, a grandes rasgos, los efectos de la bomba a la luz de los resultados conocidos de su utilización y de

/ . . .

la información científica disponible hoy día. La incompatibilidad de la bomba con las normas de derecho humanitario, y a decir verdad con los principios básicos del derecho internacional parece algo evidente a la vista de estas pruebas, como se examinarán más adelante en esta misma Opinión.

Cabe señalar, a fin de dar un mayor sentido de perspectiva al debate, que incluso antes de que hubiera pruebas de la utilización real de la bomba, e incluso antes de que se dispusiera de la abundante documentación científica de que ahora se dispone, un observador perspicaz pudo ya, cuando la invención de la bomba nuclear pertenecía aún a un futuro lejano, detectar la antítesis entre la bomba nuclear y cualquier forma de orden social - que incluiría por supuesto el derecho internacional. H. G. Wells, en The World Set Free, imaginó la creación de la bomba sobre la base de la información que ya se conocía en 1913 como resultado de los trabajos de Einstein y otros sobre la correlación entre materia y energía. Proyectando su mente hacia el futuro, con notable presciencia, Wells escribió en 1913:

"Las bombas atómicas han empujado la importancia de las cuestiones internacionales hasta hacerlas completamente insignificantes ... especulamos con la posibilidad de detener la utilización de estos terribles explosivos antes de que el mundo quedase destruido totalmente. Nos parecía evidente que estas bombas, y el poder de destrucción aún mayor del que eran precursoras, podrían fácilmente aniquilar toda relación e institución de la humanidad. "⁵⁸

La potencia que podía desencadenar el átomo era ya conocida teóricamente en 1913. Este conocimiento teórico era suficiente, incluso sin confirmación práctica, para prever que la bomba podría aniquilar toda relación e institución humana. El derecho internacional es una de las más delicadas entre estas relaciones e instituciones.

Parece extraordinario que la permisibilidad de este arma en derecho internacional sea todavía objeto de un debate serio, si se considera que la potencia de la bomba quedó demostrada de forma tan terrible 40 años después de que sus consecuencias se hubieran considerado como algo "totalmente evidente", y de que el mundo haya tenido otros 50 años de reflexión tras aquel acontecimiento.

III. EL DERECHO HUMANITARIO

Podría afirmarse, en efecto, que la principal cuestión que se plantea ante la Corte es si el arma nuclear puede conciliarse de alguna manera con los principios básicos del derecho humanitario.

⁵⁸ H. G. Wells, The First Men in the Moon y The World Set Free, Literary Press, Londres, reimpresión sin fecha de 1913 ed., pág. 237. Véase también la referencia a Wells en R. J. Lifton y Richard Falk, Indefensible Weapons, 1982, pág. 59.

En ninguna fase de estas actuaciones se ha puesto en duda que las armas nucleares se rijan por los principios del derecho humanitario, algo que ha confirmado la Corte por una opinión unánime (párr. 2D)). A decir verdad, la mayoría de los Estados que afirman la legalidad de la utilización de las armas nucleares han reconocido que esta utilización está sujeta al derecho humanitario internacional.

Así Rusia ha declarado:

"Naturalmente, todo lo que se ha dicho antes no significa que la utilización de las armas nucleares no esté limitada en absoluto. Incluso si la utilización de armas nucleares puede justificarse en principio - en caso de legítima defensa, individual o colectiva - esta utilización debe tener lugar en el marco de las limitaciones impuestas por el derecho humanitario con respecto a los medios y métodos de llevar a cabo actividades militares. Es importante observar que, con respecto a las armas nucleares, estas limitaciones y límites forman parte del derecho consuetudinario más que de derecho convencional." (Declaración escrita, pág. 18.)

Los Estados Unidos señalan:

"Los Estados Unidos han adoptado desde hace tiempo la posición de que se aplicarían diversos principios del derecho internacional de los conflictos armados en caso de utilización de armas nucleares, así como de otras armas o métodos de guerra. Sin embargo', esto no significa en modo alguno que la ley de la guerra excluya la utilización de armas nucleares. Como se demostrará a continuación, la cuestión de la legalidad depende de las circunstancias precisas que intervengan en cada utilización particular de un arma nuclear." (Declaración escrita, pág. 21)

Igualmente, el Reino Unido declara:

"De lo dicho se desprende que el derecho de los conflictos armados por el que debe juzgarse la legalidad de cualquier utilización de armas nucleares incluye todas las disposiciones del derecho internacional consuetudinario (incluida las disposiciones que se han codificado en el Protocolo Adicional I) y, en su caso, del derecho convencional, pero excluye las disposiciones del Protocolo I que introdujo nuevas normas en la legislación." (Declaración escrita, pág. 46, pág. 3.55)

Así pues, la subordinación de las armas nucleares a las normas del derecho humanitario ha sido universalmente reconocida, y confirmada ahora judicialmente, como un principio incontrovertible del derecho internacional.

Queda pues por comparar los principios rectores del derecho humanitario con los resultados conocidos de las armas nucleares ya descritos. Cuando los principios y los hechos se comparan mutuamente, la total incompatibilidad de los principios con estos hechos conduce inevitablemente a una conclusión única: que las armas nucleares son incompatibles con el derecho humanitario. Puesto que el uso de estas armas se rige incuestionablemente por el derecho humanitario, es incuestionablemente ilegal.

Entre dos prohibiciones del derecho humanitario internacional pertinente a este caso figuran las prohibiciones de las armas que causan daños inútiles, de las armas que no establecen diferencias entre combatientes y personal civil y de las armas que no respetan los derechos de los Estados neutrales.

A continuación se exponen consideraciones más detalladas.

1. "Consideraciones elementales de humanidad"

Esta frase constituye la expresión de un concepto básico del derecho humanitario. ¿Es la conducta de un Estado en una situación determinada contraria a las consideraciones elementales de humanidad? Basta con formular esta frase y verificar seguidamente los resultados conocidos de la bomba, según se han descrito anteriormente. El contraste entre la luz y las tinieblas es tan espectacular que causa cierta sorpresa que no se haya puesto en duda su total incompatibilidad.

Cabe preguntarse si, a la luz del sentido común, puede ponerse en duda que el hecho de exterminar a grandes masas de la población enemiga, envenenar su atmósfera, provocar cáncer, queloides y leucemias, producir defectos congénitos y retraso mental en gran número de nacituros, devastar su territorio y hacer sus suministros de alimentos inservibles para el consumo humano - si es concebible que estos actos sean compatibles con las "consideraciones elementales de humanidad". A menos que se pueda responder en conciencia a estas preguntas de manera afirmativa, se habrá puesto fin a la discusión de si las armas nucleares violan el derecho humanitario y, por lo tanto, de si violan el derecho internacional.

El Presidente Woodrow Wilson, en un discurso pronunciado ante una sesión conjunta del Congreso, el 2 de abril de 1917, expresó este concepto de manera elegante al observar:

"Paso a paso, penosamente, se ha ido creando esta legislación, con resultados bastante pobres, ciertamente, ... pero siempre con una clara idea, al menos, de lo que exigían el corazón y la conciencia de la humanidad." ⁵⁹

Respecto a las armas nucleares, no puede haber dudas de lo que "el corazón y la conciencia de la humanidad" exigen. Como observó otro Presidente americano, el Presidente Reagan, "rezo porque llegue el día en que las armas nucleares ya no existan en ningún lugar de la tierra" ⁶⁰. Este sentimiento, que comparten los ciudadanos de todo el mundo - como se indica en otro lugar de esta

⁵⁹ Discurso del Presidente de los Estados Unidos en una sesión de ambas cámaras del Congreso, 2 de abril de 1917, reimpreso en (1917) 11 American Journal of International Law, Suplemento, pág. 144. El Presidente se refería a los ataques indiscriminados que realizaban los submarinos de Alemania, que calificó de "guerra contra la humanidad".

⁶⁰ Discurso del 16 de junio de 1983 mencionado por Robert S. Magnamara, op. cit., pág. 60.

Opinión - constituye el trasfondo del derecho humanitario moderno, que ha progresado desde la época en que el Presidente Wilson describía sus resultados como "ciertamente pobres".

Las secciones siguientes de esta Opinión se dedican al análisis del estado actual de la evolución de los principios del derecho humanitario.

2. Antecedentes multiculturales de las leyes humanitarias de la guerra

El concepto de las leyes humanitarias de la guerra se fortalece en gran medida cuando se advierte que no es una invención reciente, ni el producto de una cultura en particular. El concepto es de origen antiguo, con un linaje que data por lo menos de tres milenios atrás. Como ya se observó, está profundamente arraigado en numerosas culturas: hindú, budista, china, cristiana, islámica y africana tradicional. Todas esas culturas han dado expresión a una diversidad de limitaciones del grado en que puede utilizarse a cualquier tipo de medio para combatir al enemigo. El problema que se está examinando es un problema universal, y esta Corte es una Corte universal, en cuya composición, con arreglo a su Estatuto, deben reflejarse las principales tradiciones culturales del mundo". Al considerar esta cuestión, la Corte no puede pasar por alto las tradiciones multiculturales que existen en este importante asunto, pues, si lo hiciera, estaría privando a sus conclusiones de la plenitud de la autoridad universal de que dispone para darle una fuerza adicional: la fuerza resultante de la profundidad de las raíces históricas de la tradición y de la amplitud de su alcance geográfico⁶².

Tiene especial importancia en relación con las armas nucleares la antigua tradición del Asia meridional relativa a la prohibición del uso de armas hiperdestructivas. A ella se hace referencia en las dos célebres epopeyas de la India, el Ramavana y el Mahabharatha, que son conocidas y periódicamente vueltas a representar a lo largo y a lo ancho del Asia meridional y sudoriental, como parte de la tradición cultural viva de la región. Las referencias contenidas en esas dos epopeyas tienen toda la concreción que puede pedirse en relación con este principio, y se relacionan con un período histórico de hace aproximadamente tres mil años.

En el Ramavana⁶³ se cuenta la historia épica de una guerra entre Rama, príncipe de Ayodhya en la India, y Ravana, gobernante de Sri Lanka. En el curso

⁶¹ Señalo en este contexto que el lamentado fallecimiento de nuestro muy respetado colega latinoamericano, Magistrado Andrés Aguilar Mawdsley, seis días antes del comienzo de las vistas del caso, redujo a 14 el número de miembros de la Corte y la privó de un componente latinoamericano.

⁶² Como se ha observado en un estudio contemporáneo del desarrollo del derecho internacional humanitario, hay pruebas "de los esfuerzos hechos por todos los pueblos en todas las edades para reducir la devastación de la guerra" (Herczegh, op. cit., pág. 14).

⁶³ The Ramavana, Romesh Chunder Dutt (trad.).

de esta épica lucha, descrita hasta en sus menores detalles en esta obra clásica, el medio hermano de Rama, Lakshmana, obtiene un arma de guerra que podría "destruir a toda la raza del enemigo, incluso a quienes no portan armas".

Rama le dijo a Lakshmana que el arma no podía ser utilizada en la guerra "porque esa destrucción en masa estaba prohibida por las antiguas leyes de la guerra, aun cuando Ravana estaba combatiendo en una guerra injusta con un objetivo inicuo."⁶⁴

Esas leyes de la guerra que Rama acataba eran ya antiguas en su tiempo. Las leyes de Manú prohibían las estratagemas engañosas y toda clase de ataques a adversarios desarmados o a no combatientes, independientemente de si la causa por la que se combatía era una guerra justa o no⁶⁵. El historiador griego Megástenes⁶⁶ hace referencia a la práctica existente en la India según la cual los ejércitos en guerra no molestaban a los agricultores que cultivaban la tierra, aun cuando las hostilidades hicieran furor muy cerca de ellos. Asimismo narra que no se incendiaba la tierra del enemigo, ni se cortaban sus árboles⁶⁷.

En el Mahabharatha se relata la historia de una épica lucha entre los Kauravas y los Pandavas. También se hace referencia al principio de prohibición de las armas hiperdestructivas cuando se narra lo siguiente:

"Arjuna, observando las leyes de la guerra, se abstuvo de utilizar el 'pasupathastra', un arma hiperdestructiva, porque cuando la lucha estaba circunscrita a las armas convencionales comunes, el uso de tipos extraordinarios o no convencionales no era ni siquiera moral, y menos aún conforme a la religión o a las leyes reconocidas de la guerra."⁶⁸

También en las Leyes de Manú se prohibían las armas que causaran un sufrimiento innecesario, como las flechas con punta en forma de gancho que,

⁶⁴ Véase Nagendra Singh, "The Distinguishable Characteristics of the Concept of the Law as it Developed in Ancient India", en Liber Amicorum for the Right Honourable Lord Wilberforce. 1987, pág. 93. El pasaje pertinente del Ramavana es Yuddha Kanda (Sloka). VIII.39.

⁶⁵ Manusmriti. vii, 91, 92.

⁶⁶ C. 3 50a. de J.C. -c. 290 a. de J.C.; antiguo historiador y diplomático griego que fue enviado por Seleuco I como embajador ante Chandragupta Maurya y escribió el relato más completo sobre la India conocido hasta entonces por el mundo griego.

⁶⁷ Megástenes, Fragments, citado en N. Singh, Juristic Concepts of Ancient Indian Polity. 1980, págs. 162 y 163.

⁶⁸ Mahabharatha ■ Udvog Parva. 194.12, citado en Nagendra Singh, "The Distinguishable Characteristics of the Concept of Law as it Developed in Ancient India", op. cit.. pág. 93.

después de penetrar en el cuerpo, eran difíciles de extirpar, o las flechas con puntas calentadas o envenenadas⁶⁹.

La sabiduría ambiental de la antigua tradición judaica se refleja también en el siguiente pasaje del Deuteronomio (20:19);

"Cuando pusieres cerco a alguna ciudad, peleando contra ella muchos días para tomarla, no destruyas su arboleda metiendo en ella hacha, porque de ella comerás: y no la talarás, que no es hombre el árbol del campo para venir contra ti en el cerco." (Se ha agregado el subrayado.)

En estudios recientes sobre las guerras entre los pueblos africanos también se revela la existencia de tradiciones humanitarias durante los conflictos armados, en los que se demostraba moderación y clemencia para con los enemigos⁷⁰. Por ejemplo, en algunos casos de guerras tradicionales africanas, había reglas que prohibían el uso de ciertas armas y en algunas zonas existían sistemas sumamente detallados de etiqueta, convenciones y reglas, tanto antes de que comenzaran las hostilidades como durante el desarrollo de ellas y después de su cese, incluido un sistema de indemnización⁷¹.

En la tradición cristiana, el Segundo Concilio Lateranense, de 1139, ofrece un interesante ejemplo de prohibición de armas que eran demasiado crueles para ser utilizadas en la guerra: la ballesta y la catapulta, que fueron condenadas por ser "mortíferas y abominables para Dios"⁷². Cuando cita esa disposición, Nussbaum observa que "ciertamente parece curiosa en la era de la bomba atómica". En ella había un muy temprano reconocimiento de los peligros que las nuevas técnicas estaban introduciendo en el campo de batalla. Análogamente, en otras esferas del derecho de la guerra hubo intentos de sujetarlo a algún tipo de restricciones, como la proclamación de "treguas de Dios" - días en los que no se permitía luchar - que en algunas jurisdicciones eclesióásticas se fueron ampliando hasta abarcar el período comprendido entre el miércoles a la puesta del sol y el lunes a la salida del sol⁷³.

El Decretum de Graciano, en el siglo XII, fue una de las primeras obras cristianas que trataron de estos principios, y la prohibición impuesta por el Segundo Concilio Lateranense fue una indicación del creciente interés por el tema. Sin embargo, en la filosofía cristiana, en la que algunos de los primeros escritores, como San Agustín, examinaron en gran detalle el concepto de guerra

⁶⁹ Manusmriti, VII.90, citado en N. Singh, India and International Law, 1973, pág. 72.

⁷⁰ Véase Y. Diallo, Traditions africaines et droit humanitaire, Ginebra, 1978, pág. 16; E. Bello, African Customary Humanitarian Law, CICR, Ginebra, 1980, ambos mencionados en Herczegh, op. cit., pág. 14.

⁷¹ Bello, op. cit., págs. 20 y 21.

⁷² Resoluciones del Segundo Concilio Lateranense, Canon XXIX, citado por Nussbaum, A Concise History of the Law of Nations, 1947, pág. 25.

⁷³ Ibid., pág. 26.

justa (jus ad bellum), el jus in bello no fue objeto de estudio detallado durante varios siglos.

Vitoria reunió diversas tradiciones sobre el tema, incluidas las tradiciones de la guerra caballeresca de la edad de la caballería; Santo Tomás de Aquino elaboró una doctrina muy desarrollada sobre la protección de los no combatientes, y otros escritores hicieron aportes a la creciente corriente de pensamiento sobre el tema.

En la tradición islámica, las leyes de la guerra prohibían el uso de flechas envenenadas o la aplicación de veneno a armas tales como las espadas o las lanzas⁷⁴. Estaban expresamente prohibidos los medios innecesariamente crueles de matar y la mutilación. Los no combatientes, las mujeres y los niños, los monjes y los lugares del culto estaban expresamente protegidos. Las cosechas y el ganado no debían ser destruidos⁷⁵ por nadie que ejerciese autoridad sobre el territorio. Los prisioneros debían ser tratados misericordiosamente, de conformidad con ciertos pasajes koránicos como "Alimenta, por el amor de Alá, al indigente, el huérfano y el cautivo"⁷⁶. Tan bien desarrollado estaba el derecho islámico en relación con la conducta durante las hostilidades, que no sólo ordenaba que se tratara bien a los prisioneros, sino que, si éstos otorgaban testamento durante su cautiverio, dicho testamento debía ser transmitido al enemigo por algún conducto apropiado⁷⁷.

La tradición budista iba aún más lejos, pues era totalmente pacifista, y no aprobaba la privación de la vida, la provocación de dolor, la toma de cautivos ni la apropiación de los bienes ó el territorio ajenos en ninguna clase de circunstancias. Como proscribía totalmente la guerra, no podría en circunstancia alguna dar su aprobación a las armas de destrucción, y menos aún a un arma como la bomba nuclear.

"Según el budismo no existe nada que pueda llamarse una 'guerra justa', que no es más que un término falso acuñado y puesto en circulación para justificar y excusar el odio, la crueldad, la violencia y la matanza. ¿Quién decide qué es justo y qué es injusto? El poderoso y el victorioso son 'justos' y el débil y el derrotado son 'injustos'. Nuestra guerra es siempre 'justa' y vuestra guerra es siempre 'injusta'. El budismo no acepta esta posición."⁷⁸

⁷⁴ Véase N. Singh, India and International Law, op. cit., pág. 216.

⁷⁵ Qur' an, 11.205.

⁷⁶ Ibid., LXXVII.8; subrayados agregados.

⁷⁷ S. R. Hassan, The Reconstruction of Legal Thought in Islam, 1974, pág. 177. Véase, en general, Majid Khadduri, War and Peace in the Law of Islam, 1955. Para un breve resumen del derecho islámico en relación con la guerra, véase C. G. Weeramantry, Islamic Jurisprudence: Some International Perspectives. 1988, págs. 134 a 138.

⁷⁸ Walpola Rahula, What the Buddha Taught, 1959, pág. 84.

Al emitir una Opinión consultiva sobre un tema de derecho humanitario relativo a la permisibilidad del uso de la fuerza en un grado capaz de destruir a toda la humanidad, sería realmente una grave omisión no tener en cuenta las perspectivas humanitarias que pueden obtenerse en este importante sector de las tradiciones culturales del mundo⁷⁹.

Los ejemplos de la adopción de principios humanitarios en la historia más reciente son numerosos. Por ejemplo, en la guerra de Crimea, en 1855, se propuso la prohibición del azufre en el sitio de Sebastopol, pero el Gobierno británico no lo permitió, así como en la guerra civil de los Estados Unidos de América se propuso en 1862 que las fuerzas de la Unión utilizaran cloro en las granadas de artillería, pero el Gobierno lo rechazó⁸⁰.

Es a la luz de esos variados antecedentes culturales que deben considerarse estas cuestiones, y no meramente como si fueran un nuevo sentimiento inventado en el siglo XIX, de tan débil arraigo en la tradición universal que fuera posible hacer caso omiso de él con ligereza.

La preocupación de Grocio por las crueldades de la guerra se refleja en su lamento de que:

"una vez que se han tomado las armas, se arroja por la borda toda reverencia por el derecho divino y humano, como si de allí en adelante los hombres estuviesen autorizados a cometer todos los crímenes sin limitación alguna."⁸¹

Los fundamentos establecidos por Grocio tenían amplia base y ponían de relieve la naturaleza vinculante absoluta de las restricciones a la conducción de la guerra. Al establecer esos fundamentos, Grocio se inspiró en la experiencia colectiva de la humanidad en una amplia gama de civilizaciones y culturas.

Desde luego, en su enciclopédico estudio de la literatura, del que extrajo sus principios, Grocio no abarcó la vasta masa de literatura hindú, budista e islámica relacionada con estos asuntos, y no pudo aprovechar esa considerable fuente complementaria, lo que demuestra la universalidad y la suma antigüedad de la rama del derecho que denominamos ius in bello.

⁷⁹ Sobre el budismo y el derecho internacional véase, en general, K. N. Jayetilleke, "The Principles of International Law in Buddhist Doctrine", 120 Recueil des Cours (1967-1), págs. 441 a 567.

⁸⁰ Véase L. S. Wolfe, "Chemical and Biological Warfare: Effects and Consequences", (1983) 28 McGill Law Journal, pág. 735. Véase también, "Chemical Warfare", en Encyclopedia Britannica. 1959, vol. 5, págs. 353 a 358.

⁸¹ Grocio, Prolegomena, párr. 28, traductor Whewell.

3. Panorama del derecho humanitario

Los principios humanitarios han formado parte desde hace mucho tiempo del bagaje básico de conceptos que integran el cuerpo del derecho internacional. El moderno derecho internacional ha recibido el legado más que centenario de una activa preocupación humanitaria por los sufrimientos de la guerra. Esa preocupación ha tenido el objetivo de poner límites a la tendencia, tan a menudo predominante en la guerra, a violar todos los preceptos de la compasión humana. Ha logrado hacerlo en varias esferas específicas, pero a todos esos ejemplos concretos los animan y sustentan principios generales de prevención del sufrimiento humano que van más allá de los propósitos y las necesidades de la guerra.

Corresponde a los Estados Unidos de América el mérito de una de las primeras iniciativas para dar forma escrita al derecho humanitario como orientación de sus ejércitos. Durante la Guerra de Secesión, el Presidente Lincoln encargó al profesor Lieber que preparara instrucciones para el ejército del general Grant - reglamentos a los que el Sr. Martens, delegado del Zar Nicolás II, aludió en la Conferencia de Paz de 1899 diciendo que habían redundado en un gran beneficio, no sólo para las tropas de los Estados Unidos, sino también para los de la Confederación del Sur. Rindiendo homenaje a esa iniciativa, Martens dijo que era un ejemplo, del cual la Conferencia de Bruselas de 1874, convocada por el Emperador Alejandro II, era "la lógica y natural consecuencia". Dicha Conferencia, a su vez, llevó a la Conferencia de Paz de 1899, y en definitiva a los Convenios de La Haya, que tienen tanta importancia para el presente caso⁸².

En la Declaración de San Petersburgo de 1868 se estipuló que "el único objetivo legítimo que los Estados deben tratar de lograr durante la guerra es debilitar las fuerzas militares del enemigo", y muchas declaraciones posteriores han adoptado y reforzado este principio⁸³. En él se expresa una muy antigua regla de la guerra aceptada por numerosas civilizaciones⁸⁴.

La cláusula Martens, que toma su nombre del Sr. Martens, fue insertada, por unanimidad de votos, en el preámbulo del Convenio II de La Haya de 1899 y en el del Convenio IV de 1907, relativos a las leyes y usos de la guerra terrestre. Disponía lo siguiente:

"En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las altas partes contratantes juzgan oportuno hacer

⁸² Para el discurso de Martens, véase The Proceedings of The Hague Peace Conferences, *op. cit.*, págs. 505 y 506.

⁸³ Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907, art. 25; Convenio (IX) de La Haya de 1907, art. 1; resolución de la Asamblea de la Sociedad de las Naciones de 30 de septiembre de 1928; resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2444 (XXIII), de 19 de diciembre de 1968, y 2675 (XXV), de 9 de diciembre de 1970; Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, arts. 48 y 51.

⁸⁴ Véase la sección V.2 sobre "Los objetivos de la guerra".

constar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública." (Se ha agregado el subrayado.)

Si bien la cláusula Martens fue ideada para soslayar los desacuerdos entre los participantes en las Conferencias de La Haya en relación con la condición de los movimientos de resistencia en los territorios ocupados, hoy en día se considera aplicable a todo el derecho humanitario⁸⁵. Aparece en una u otra forma en varios de los principales tratados de derecho humanitario⁸⁶. La cláusula Martens indica claramente que, detrás de las reglas específicas que ya se habían formulado, existía un cuerpo de principios generales suficientes que debían aplicarse a las situaciones que aún no hubiesen sido contempladas en una regla específica⁸⁷.

En conjunción con lo que antecede debe leerse el artículo 22 de los Reglamentos de La Haya de 1907, que estipula que "El derecho de los beligerantes de adoptar medios de causar daño al enemigo no es ilimitado".

Esos eran indicios de que también el derecho internacional, lejos de ser insensible a esas cuestiones de tan vasto alcance relacionadas con el bienestar humano, ha reconocido desde hace mucho tiempo la importancia preeminente de las consideraciones de humanidad al dar forma a sus actitudes y respuestas frente a las situaciones que entrañan su violación, cualquiera sea la forma en que se produzcan. Cabe señalar que esas declaraciones se formularon en tiempos en que el desarrollo de los armamentos modernos se estaba acelerando rápidamente al impulso de la tecnología. Se visualizaba que en las mesas de diseño de los establecimientos militares de todo el mundo había armamentos más perfeccionados y letales, y que seguiría habiéndolos en el futuro previsible. Así pues, esos principios estaban concebidos para aplicarse tanto a las armas entonces existentes, como a las que se crearan en el futuro, a las armas ya conocidas y a armas que aún no se habían visualizado. Eran principios generales concebidos para aplicarse tanto a las armas nuevas como a las viejas.

⁸⁵ Véase D. Fleck (editor), The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts, 1995, pág. 29.

⁸⁶ Convenio I de Ginebra de 1949, art. 63, párr. 4; Convenio II de Ginebra, art. 62, párr. 4; Convenio III de Ginebra, art. 142, párr. 4; Convenio IV de Ginebra, art. 158, párr. 4; Convención sobre las armas inhumanas, 1980, quinto párrafo del preámbulo.

⁸⁷ En la última sesión de la Cuarta Comisión de la Conferencia de Paz, celebrada el 26 de septiembre de 1907, el Sr. Martens resumió sus logros diciendo que, "Si desde los días de la antigüedad hasta nuestro tiempo la gente ha repetido el adagio romano 'Inter arma silent leges', nosotros hemos proclamado en alta voz, 'Inter arma vivant leges'. Este es el mayor triunfo del derecho y la justicia sobre la fuerza bruta y las necesidades de la guerra". (J. B. Scott, "The Conference of 1907", The Proceedings of The Hague Peace Conferences, 1921, vol. III, pág. 914.)

Las Partes en los Convenios de Ginebra de 1949 reconocieron expresamente a la cláusula Martens como parte viviente del derecho internacional, afirmación que ningún jurista internacional podría negar seriamente.

Como han observado McDougal y Feliciano

"Aceptar que es lícito que se aterrorice deliberadamente a la comunidad enemiga infligiendo una destrucción en gran escala es algo muy parecido a volver estériles todas las limitaciones jurídicas al ejercicio de la violencia."⁸⁸

El derecho internacional distingue desde hace mucho tiempo entre las armas convencionales y las que son innecesariamente crueles. También ha demostrado un continuo interés en este problema. Por ejemplo, la Convención de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados dedicó tres protocolos separados a las armas que lesionan mediante fragmentos que no puedan localizarse en el cuerpo humano (Protocolo I); a las minas, armas trampa y otros artefactos (Protocolo II) y a las armas incendiarias (Protocolo III).

Si el derecho internacional contenía en 1899 principios suficientemente fuertes para reconocer que la extraordinaria crueldad de las balas explosivas o "dum dum" las ponía fuera de los objetivos de la guerra⁸⁹, y que también eran extraordinariamente crueles los proyectiles que difundían gases asfixiantes o nocivos⁹⁰, al observador objetivo le causaría cierto asombro enterarse de que en 1996 sus principios son tan débiles que, con más de un siglo de derecho humanitario detrás suyo, todavía es incapaz de formular una respuesta a las crueldades de las armas nucleares declarando que están fuera de los objetivos de la guerra. Como mínimo, parecería sumamente extraño que la expansión dentro del cuerpo de un solo soldado de una sola bala sea una crueldad excesiva que el derecho internacional no ha podido tolerar desde 1899, pero que no lo es la incineración de 100.000 civiles en un segundo. Tal asombro se agravaría teniendo en cuenta que esa arma, usada múltiples veces, tiene la capacidad de poner en peligro a toda la especie humana y a toda la civilización con ella.

Para todas las ramas del conocimiento es beneficioso de tanto en tanto mirarse desde fuera y analizarse objetivamente para descubrir posibles absurdos y anomalías. Si se revela una anomalía o un absurdo flagrante, y no se lo pone en tela de juicio, esa disciplina, está en peligro de quedar atascada en medio de sus propios tecnicismos. Felizmente, el derecho internacional no está en esa situación, pero sin duda lo estaría si no fuera correcta la conclusión de que las armas nucleares son ilegales.

⁸⁸ M. S. McDougal y F. P. Feliciano, Law and Minimum Public World Order: The Legal Regulation of International Coercion, 1961, pág. 657.

⁸⁹ Declaración internacional relativa a las balas explosivas, firmada en La Haya el 29 de julio de 1899.

⁹⁰ Declaración internacional relativa a los gases asfixiantes, firmada en La Haya el 29 de julio de 1899.

Como resulta de la exposición que antecede, el derecho internacional no está tan falto de recursos como para ser incapaz de enfrentar ese desafío sin precedentes. El derecho humanitario no es un monumento a la inutilidad frente al peligro nuclear. Contiene una plétora de principios de amplitud y profundidad suficientes como para resolver este problema.

Desde luego, el derecho humanitario ha sido reconocido por la jurisprudencia de esta Corte (por ejemplo, Estrecho de Corfú, I.C.J. Reports 1949, pág. 22; Acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c. Honduras), I.C.J. Reports 1988, pág. 114), pero hasta la fecha esta Corte no ha tenido ocasión de examinarlo a fondo. El presente caso le brinda la oportunidad por excelencia para hacerlo.

4. Aceptación por los Estados de la cláusula Martens

La cláusula Martens ha obtenido una aceptación internacional general. Ha sido incorporada a una serie de tratados, como se menciona en otra parte de la presente opinión, ha sido aplicada por tribunales judiciales internacionales, ha sido incorporada a manuales militares⁹¹, y ha sido generalmente aceptada en la literatura jurídica internacional que considera que en su breve texto se sintetiza toda la filosofía del derecho de la guerra.

En el proceso Krupp (1948) fue descrita como:

"una cláusula general, que convierte a los usos establecidos entre las naciones civilizadas, las leyes de humanidad y las exigencias de la conciencia pública en el cartabón jurídico que debe aplicarse en caso de que las disposiciones específicas del Convenio y los Reglamentos anexos a él no comprendan algunos casos específicos ocurridos durante la guerra o concomitantes con ella."⁹²

La cláusula ha sido considerada por Lord Wright la piedra angular de los Reglamentos de La Haya, en los que se particularizan numerosos crímenes de guerra,

"dejando al resto bajo el efecto rector de esa cláusula soberana que en pocas palabras expresa en efecto todo el principio animador y motivante del derecho de la guerra, y en realidad de todo el derecho, porque el objeto de todo derecho es asegurar en el máximo grado posible que en las relaciones mutuas de los seres humanos de que se trate imperen el derecho, la justicia y la humanidad."⁹³

⁹¹ Véase infra, secc. 111.10 a).

⁹² Law Reports of Triáis of War Crimináis, vol. 10, pág. 113.

⁹³ Prefacio de Lord Wright al último volumen de los Law Reports of Triáis of War Crimináis, vol. 15, pág. xiii. Véase, además, el examen de la cláusula Martens en Singh y McWhinney, op. cit., págs. 46 y siguientes, donde se hace referencia, entre otras cosas, a los dos pasajes citados supra.

Así pues, la cláusula Martens ha pasado a ser una parte integral establecida del cuerpo del derecho internacional consuetudinario vigente. Hace mucho tiempo que el derecho internacional ha superado la etapa en la que podía discutirse si esos principios se habían cristalizado como derecho internacional consuetudinario. Actualmente ningún Estado repudiaría ninguno de esos principios.

Una prueba generalmente aceptada del reconocimiento de las normas del derecho internacional consuetudinario consiste en que la norma debería ser "tan amplia y generalmente aceptada, que mal podría suponerse que algún Estado civilizado la repudiara"⁹⁴. Si bien actualmente ningún Estado repudiaría ninguno de estos principios, lo que parece controvertirse es la aplicación de dichos principios al caso específico de las armas nucleares, que, por alguna razón que no se expresa, parece estar colocado por encima y por fuera de las normas aplicables a las demás armas. Si el derecho humanitario regula a las armas menores por temer que causen el daño excesivo que esos principios procuran evitar, debe a fortiori regular a las mayores. El intento de colocar a las armas nucleares fuera del alcance de esos principios carece no sólo del apoyo de las consideraciones de humanidad, sino también de las consideraciones de lógica.

Estas consideraciones también son pertinentes para el argumento de que no se puede crear derecho consuetudinario contra las objeciones de los Estados poseedores de armas nucleares (exposición escrita de los Estados Unidos, pág. 9)⁹⁵. Los principios generales de derecho consuetudinario aplicables al caso habían obtenido la aquiescencia de los Estados poseedores de armas nucleares mucho antes de que se inventaran las armas nucleares. La ilegalidad de las armas nucleares se fundamenta en esos principios generales.

Parece claro que, si los principios han sido aceptados y no están controvertidos, no puede razonablemente ponerse en duda la aplicabilidad de esos principios al caso específico de las armas nucleares.

5. "Las exigencias de la conciencia pública"

Esta terminología, que proviene de la cláusula Martens, integra el corazón del derecho humanitario. La cláusula Martens y muchas formulaciones posteriores de los principios humanitarios reconocen la necesidad de reflejar en el derecho los vigorosos sentimientos públicos que se relacionan con la conducta humanitaria.

Desde luego, la expresión es suficientemente general como para que en algunos casos se planteen dificultades para determinar si un sentimiento en particular es experimentado con suficiente generalidad como para quedar comprendido en esa formulación.

Sin embargo, en relación con el uso o la amenaza del uso de armas nucleares no existe tal incertidumbre, porque sobre esta cuestión la conciencia de la

West Rand Central Gold Mining Co., Ltd. v. R. (1905) 2 KB, pág. 407.

Sobre este aspecto, véase además infra. secc. VI.6.

comunidad mundial ha hablado, y lo ha hecho frecuentemente, en los términos más inconfundibles. Las resoluciones de la Asamblea General a lo largo de los años no son la única prueba de esto. Vastos sectores del público en general en prácticamente todos los países, los cuerpos profesionales organizados de carácter multinacional⁹⁶, y numerosos otros grupos en todo el mundo han proclamado una y otra vez su convicción de que la conciencia pública exige que no se utilicen las armas nucleares. A lo largo del mundo, presidentes y primeros ministros, sacerdotes y prelados, trabajadores y estudiantes, y mujeres y niños han seguido expresándose enérgicamente contra la bomba y sus peligros. En realidad, esta convicción subyace a la conducta de toda la comunidad mundial cuando, por ejemplo, en el Tratado de no proliferación, acepta que a la larga será preciso deshacerse de todas las armas nucleares. La reciente Conferencia de 1995 encargada del examen y la reforma del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares volvió a confirmar este objetivo. La labor actualmente en curso para concertar un tratado de prohibición total de los ensayos vuelve a confirmarlo una vez más.

En la sección siguiente (secc. VI.6) se hace referencia a la intensificación de la sensibilidad pública respecto de las cuestiones humanitarias como consecuencia de los pasos gigantescos que ha dado constantemente el derecho de los derechos humanos a partir de la Carta de las Naciones Unidas en 1945.

Las resoluciones de la Asamblea General en la materia son numerosas⁹⁷. Para citar sólo una, en la resolución 1653 (XVI), aprobada en 1961, se declaró lo siguiente:

"El uso de armas nucleares y termonucleares es contrario al espíritu, a la letra y a los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y, por tanto, constituye una violación directa de la misma,"

⁹⁶ Respecto de estas organizaciones, véase infra, secc. VI.3 .

⁹⁷ Resolución 1653 (XVI), de 24 de noviembre de 1961 ("Declaración sobre la prohibición del uso de las armas nucleares y termonucleares"); resolución 2936 (XXVII), de 29 de noviembre de 1972 ("No utilización de la fuerza en las relaciones internacionales y prohibición permanente del uso de las armas nucleares") , - resolución 33/71 B, de 14 de diciembre de 1978 ("No utilización de armas nucleares y prevención de la guerra nuclear"); resolución 34/83 G, de 11 de diciembre de 1979 ("No utilización de las armas nucleares y prevención de la guerra nuclear"); resolución 36/92 I, de 9 de diciembre de 1981 ("No utilización de las armas nucleares y prevención de la guerra nuclear"); resolución 44/117 C, de 15 de diciembre de 1989 ("Convención sobre la Prohibición de la Utilización de Armas Nucleares"); resolución 45/59 B, de 4 de diciembre de 1990 ("Convención sobre la Prohibición de la Utilización de Armas Nucleares"); resolución 46/37 D, de 6 de diciembre de 1991 ("Convención sobre la Prohibición de la Utilización de Armas Nucleares"). Véase asimismo, ' por ejemplo, el párrafo 1 de la resolución 36/100, de 9 de diciembre de 1981 ("Declaración sobre la prevención de una catástrofe nuclear"); "Los Estados y los estadistas que sean los primeros en recurrir al uso de las armas nucleares cometerán el crimen más grave contra la humanidad".

y se afirmó, haciendo referencia más específica al derecho internacional, que dicho uso era "contrario a las normas del derecho internacional y a las leyes de la humanidad". Además, la Asamblea General ha considerado que está prohibida la "amenaza" del uso de armas nucleares, y no sólo su uso efectivo⁹⁸.

Las armas nucleares han sido proscritas por tratados en numerosas regiones del espacio planetario - el lecho del mar, la Antártida, América Latina y el Caribe, el Pacífico y África - por no hablar del espacio ultraterrestre. Esa actividad y ese compromiso universales serían totalmente incongruentes con una aceptación mundial de la compatibilidad de dichas armas con los principios generales de humanidad. Indican, más bien, la toma de conciencia universal de que en ellas hay un elemento que perturba profundamente a la conciencia pública de esta época.

Como se ha observado con mucho acierto a este respecto,

"especialmente en esta era de florecimiento de los derechos humanos, respecto de una cuestión que potencialmente afecta al destino de la propia civilización humana, no sólo es apropiado sino obligatorio que se tengan debidamente en cuenta las expectativas jurídicas de todos los miembros de la sociedad humana, oficiales y no oficiales."⁹⁹

Es más que evidente que sobre ningún principio, por elevado que sea, puede decirse que haya unanimidad de opiniones en toda la comunidad mundial. Sin embargo, sería difícil encontrar una proposición tan amplia y universalmente aceptada como la de que no deberían utilizarse las armas nucleares. Las diversas expresiones de opinión sobre este punto "demuestran un consenso amplísimo de la comunidad en el sentido de que las armas nucleares y la guerra nuclear no están fuera del alcance normativo de las reglas humanitarias relativas a los conflictos armados"¹⁰⁰.

La incompatibilidad entre "las exigencias de la conciencia pública" y el arma surge con evidencia, si se formulan las cuestiones en forma de preguntas que podrían dirigirse a la conciencia pública del mundo, tipificada por el ciudadano medio de cualquier país.

He aquí algunos ejemplos de la amplia lista de preguntas que podrían formularse:

¿Es lícito, para los fines de la guerra, inducir cánceres, tumores queloides o leucemias en grandes cantidades de personas de la población enemiga?

⁹⁸ Resolución 2936 (XXVII), de 29 de noviembre de 1972 ("No utilización de la fuerza en las relaciones internacionales y prohibición permanente del uso de las armas nucleares"), párrafo décimo del preámbulo.

⁹⁹ Burns H. Weston, "Nuclear Weapons and International Law: Prolegomenon to General Illegality" (1982-198?), 4 New York Law School Journal of International and Comparative Law, pág. 252 y autoridades citadas allí.

¹⁰⁰ Ibid., pág. 242.

¿Es lícito, para los fines de la guerra, provocar deformaciones congénitas y retardo mental a los niños aún no nacidos de la población enemiga?

¿Es lícito, para los fines de la guerra, envenenar las existencias de alimentos de la población enemiga?

¿Es lícito, para los fines de la guerra, provocar cualquiera de los tipos de daños mencionados a la población de países que nada tienen que ver con el conflicto que llevó a la guerra nuclear?

Podrían formularse muchas preguntas más de esa índole.

Si es concebible que alguna de esas preguntas pueda ser contestada afirmativamente por la conciencia pública del mundo, tal vez pueda fundamentarse la legalidad de las armas nucleares. En caso contrario, los argumentos en contra de las armas nucleares parecen ilevantables.

6. Influencia de la Carta de las Naciones Unidas y los derechos humanos en las consideraciones de humanidad y las exigencias de la conciencia pública¹⁰¹

Los enormes desarrollos en la esfera de los derechos humanos en los años de posguerra, a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, deben influir necesariamente en las evaluaciones de conceptos tales como "consideraciones de humanidad" y "exigencias de la conciencia pública". Este desarrollo de los conceptos relacionados con los derechos humanos, tanto en su formulación como en su aceptación universal, es más sustancial que los desarrollos ocurridos en esta esfera en los siglos anteriores. La conciencia pública de la comunidad mundial se ha visto así fortalecida y sensibilizada en alto grado respecto de las "consideraciones de humanidad" y las "exigencias de la conciencia pública". Como la vasta estructura de reglas y normas internacionalmente aceptadas en materia de derechos humanos ha pasado a formar parte en la actualidad de la conciencia común mundial de una manera desconocida antes de la segunda guerra mundial, existe una tendencia a invocar inmediata y automáticamente sus principios toda vez que se plantea una cuestión de normas humanitarias.

Este desarrollo progresivo debe moldear las concepciones contemporáneas en materia de humanidad y normas humanitarias, elevando así el nivel de las expectativas básicas muy por encima del que éstas habían alcanzado cuando se formuló la cláusula Martens.

Al evaluar la magnitud de este cambio, es útil recordar que el primer movimiento hacia el moderno derecho humanitario se logró en un siglo (el siglo XIX) a menudo descrito como el "siglo clausewitziano" en razón de que en ese siglo se consideraba generalmente a la guerra como un medio natural para la resolución de las controversias, y como una prolongación natural de la diplomacia. El sentimiento mundial ha avanzado una distancia infinita desde esa postura, pues actualmente la Carta de las Naciones Unidas proscribe todo recurso

a la fuerza por parte de los Estados (párrafo 4 del Artículo 2), salvo en caso de legítima defensa (Art. 51). En la opinión de la Corte se destaca la importancia de esos artículos, con consecuencias de vasto alcance que en la presente opinión se han planteado desde el propio comienzo (véase "Observaciones preliminares"). En el párrafo 3 del Artículo 2 hay un firme compromiso de todos los Miembros de arreglar sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia. Es indudable que este cambio total de la postura respecto de la normalidad y la legitimidad de la guerra ha fortalecido las "exigencias de la conciencia pública" de nuestro tiempo.

Las disposiciones de la Carta relativas a los derechos humanos, como los Artículos 1, 55, 62 y 76, unidas a las de la Declaración Universal de 1948, a los Pactos gemelos de 1966 sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos económicos, sociales y culturales y a las numerosas convenciones específicas en que se formulan normas sobre derechos humanos, como la Convención contra la tortura, todas las cuales forman actualmente parte de la conciencia pública de la comunidad mundial, hacen que la violación de las normas humanitarias sea un concepto mucho más desarrollado y definido que en los días en que surgió la cláusula Martens. En realidad, las reglas y normas sobre derechos humanos están hoy tan bien integradas en la conciencia mundial que impregnan todos los rincones del derecho humanitario.

Ante la Corte se presentaron argumentos análogos a los indicados (por ejemplo, por parte de Australia, CR 95/22, pág. 25), en exposiciones en las que asimismo se señaló a la atención el hecho de que la Asamblea General había destacado la vinculación existente entre los derechos humanos y las armas nucleares cuando condenó la guerra nuclear por "violar el primero de los derechos humanos: el derecho a la vida"¹⁰².

Paralelamente al desarrollo de los derechos humanos, se ha desarrollado otra vasta esfera - la del derecho ambiental - que asimismo ha intensificado la sensibilidad de la conciencia pública respecto de las cuestiones relacionadas con el medio ambiente que afectan a los derechos humanos. Como ha observado la Comisión de Derecho Internacional al considerar la responsabilidad de los Estados, la conducta que ponga gravemente en peligro la protección del medio humano infringe "principios que actualmente están tan profundamente arraigados en la conciencia universal que se han convertido en normas especialmente esenciales del derecho internacional general"¹⁰³.

7. El argumento de que los "daños secundarios" no son intencionales

No es pertinente que tales resultados no sean directamente intencionales, sino "subproductos" o "daños secundarios" causados por las armas nucleares.

¹⁰² Resolución 3 8/75 de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1983 ("Condenación de la guerra nuclear"), párr. 1.

¹⁰³ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 28º período de sesiones, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1976, vol. II, segunda parte, pág. 108, párr. 33.

Es sabido que tales resultados son consecuencias necesarias del uso del arma. El autor del acto que causa tales consecuencias no puede, en ningún sistema jurídico coherente, librarse de responsabilidad jurídica por haberlos causado, así como un hombre que conduce un vehículo automotor disparado a 150 kilómetros por hora en una populosa calle de un mercado no puede librarse de responsabilidad jurídica por las muertes resultantes alegando que no tenía la intención de matar a las personas concretas que fallecieron.

La abundantísima literatura sobre las consecuencias de las armas nucleares forma parte del conocimiento común universal en tan alto grado que no resultaría creíble ninguna expresión de ignorancia a ese respecto.

8. Hay ilegalidad independientemente de toda prohibición específica

Gran parte de la argumentación de los Estados que se oponían a la ilegalidad se fundaba en la proposición de que todo lo que no está expresamente prohibido a los Estados les está permitido. Para verificar esa proposición resultan útiles algunos ejemplos prácticos:

a) Si mañana se inventara un rayo capaz de incinerar a todos los seres vivientes en un radio de 100 millas, ¿es necesario esperar que un tratado internacional lo prohíba específicamente para declarar que ofende a los principios básicos del ius in bello y por lo tanto no puede ser utilizado legítimamente en la guerra? Parecería bastante ridículo tener que esperar a que se reúna una conferencia internacional y se elabore un tratado, con todas las demoras inherentes al proceso de ratificación, antes de que el derecho pueda considerar ilegal a un arma de esa índole.

b) La falacia del argumento de que todo lo que no está expresamente prohibido está permitido se destaca aún más recurriendo a un ejemplo ya utilizado en la presente opinión. El argumento formulado presupondría que, antes de los tratados que proscribieron a las armas bacteriológicas, era legal utilizar ojivas que transportaran los gérmenes más mortíferos de modo de causar epidemias letales en la población enemiga. Esa conclusión carece de toda credibilidad y sólo puede sostenerse si se dejan totalmente de lado los principios preexistentes del derecho humanitario.

El hecho de que en ningún tratado o declaración se condene expresamente al arma como ilegal no contesta el argumento de que la ilegalidad se basa en principios de derecho internacional consuetudinario mucho más profundos que cualquier arma en particular o cualquier declaración en particular. No es necesario que se especifique cada tina de las armas proscritas por el derecho internacional por su crueldad o brutalidad, así como tampoco es necesario especificar cada uno de los implementos de tortura en una prohibición general de la tortura. Lo que es objeto del derecho internacional consuetudinario es el principio. El arma o el implemento en particular sólo adquiere trascendencia como aplicación de principios incontrovertidos, de los que más de una vez se han caracterizado diciendo que son tales que ninguna nación civilizada podría negarlos.

Siempre habrá de ocurrir que, a partir de nuevas aplicaciones de la tecnología, los tecnólogos de armamentos inventen de tanto en tanto armas distintas de todas las que se hayan conocido hasta entonces. No es necesario esperar a que un tratado condene específicamente esas armas para declarar que su uso es contrario a los principios del derecho internacional.

Si, como es incontrovertible, la cláusula Martens representa un principio universalmente aceptado de derecho internacional, significa que más allá del ámbito de las prohibiciones expresas está el ámbito de los principios generales del derecho humanitario. De allí se infiere que "el hecho de que un acto de guerra no esté expresamente prohibido por acuerdos internacionales ni por el derecho consuetudinario no significa necesariamente que esté realmente permitido"¹⁰⁴.

Es de toda evidencia que ningún sistema jurídico puede depender para su funcionamiento o su desarrollo de prohibiciones específicas *ipsisimis verbis*. Todo sistema jurídico desarrollado tiene, además de sus órdenes y prohibiciones específicas, una gama de principios generales que de tanto en tanto se aplican a acontecimientos o actos de conducta específicos que no han sido objeto de una regulación expresa anterior. Entonces se aplica el principio general a la situación específica, y de esa aplicación particular surge una regla dotada de mayor especificidad.

Un sistema jurídico fundado en la teoría de que todo lo que no está expresamente prohibido está permitido sería un sistema realmente primitivo, y los progresos del derecho internacional le han permitido llegar a una etapa mucho más avanzada. Incluso si los sistemas jurídicos internos pudieran, funcionar sobre esa base - cosa que es realmente dudosa - el derecho internacional, nacido de varias generaciones de pensamiento filosófico, no puede hacerlo. La moderna filosofía jurídica de muchas jurisdicciones ha puesto de manifiesto la insostenibilidad de ese punto de vista en relación con los sistemas internos y, *a fortiori*, lo mismo se aplica al derecho internacional. Como se observa en un conocido texto de filosofía del derecho:

"Las reglas de todo ordenamiento jurídico están envueltas en una capa de principios y doctrinas, así como la tierra está rodeada por el aire, y tales principios y doctrinas no sólo influyen en el funcionamiento de las reglas, sino que a veces condicionan su propia existencia."¹⁰⁵

Más pertinente que plantear la cuestión de si algún tratado se refiere a la ilegalidad de las armas nucleares es plantear la de si alguna disposición de algún tratado o declaración habla de la legalidad de las armas nucleares. El hecho es que, si bien hay una profusión de documentos internacionales relativos a numerosos aspectos de las armas nucleares, ninguno de ellos contiene la menor sugerencia de que el uso o la amenaza del uso de las armas nucleares es legal.

¹⁰⁴ D. Fleck, OP. fundando este principio en la cláusula Martens.

¹⁰⁵ Dias, Jurisprudence, 4ª ed., 1976, pág. 287.

Por contraste, la cantidad de declaraciones internacionales que se pronuncian expresamente contra la legalidad o el uso de las armas nucleares forman una legión. A ellas se hace referencia en otra parte de la presente opinión.

Los principios generales sirven a la vez de alimento para el desarrollo del derecho y de anclaje para las costumbres de la comunidad. Si pudieran ser dejados de lado en la forma que se pretende, el derecho internacional quedaría a la deriva, al habersele cortado sus amarras conceptuales. "Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas" siguen siendo derecho, aun cuando las matanzas masivas e indiscriminadas mediante el arma nuclear, los daños irreversibles a las generaciones futuras mediante el arma nuclear, la devastación ambiental mediante el arma nuclear y los daños irreparables a los Estados neutrales mediante el arma nuclear no estén expresamente prohibidos en tratados internacionales. Si se eliminaran de la oración anterior las palabras subrayadas, nadie podría negar que los actos mencionados en ella están prohibidos por el derecho internacional. Sería especioso aducir que el principio de la prohibición resulta anulado por la falta de particularización del arma.

La doctrina de que el soberano es libre de hacer todo lo que la ley no prohíbe expresamente es una doctrina refutada hace mucho tiempo. Ese positivismo extremo en la doctrina jurídica ha llevado a la humanidad a algunos de sus peores excesos. La historia ha demostrado que el poder, ilimitado por principio, lleva al abuso de poder. Las formulaciones en negro sobre blanco tienen su valor, pero en modo alguno puede imaginarse que representan la totalidad del derecho.

Refiriéndose en concreto a las leyes de la guerra, también reduciría a la nada las palabras de la cláusula Martens, que estipula expresamente que, "En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las altas partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas ..." (Se ha agregado el subrayado), se aplicarían los principios humanitarios en ella consignados.

Así pues, por acuerdo expreso, si acaso era realmente necesario, la amplia gama de principios de derecho humanitario contenidos en el derecho internacional consuetudinario sería aplicable para regir esta cuestión, para la cual no se han estipulado aún disposiciones específicas mediante tratados.

9. El fallo en el asunto del Lotus

Gran parte de la argumentación fundada en la falta de ilegalidad específica se apoyó en el fallo en el asunto del Lotus. En ese caso, la Corte Permanente dirigió su indagación a la cuestión siguiente:

"si en el derecho internacional existe o no un principio que hubiera prohibido a Turquía, en las circunstancias del caso planteado ante la Corte, enjuiciar al teniente Demons." (P.C.I.J. Series A, No. 10, pág. 21.)

Se sostuvo que, a falta de un principio de esa índole, o de una regla específica a la que un Estado hubiese prestado su consentimiento expreso, no podría limitarse la autoridad de tal Estado.

En realidad, incluso dentro de los términos del asunto del Lotus, esos principios se vuelven aplicables, porque, en relación con las leyes de la guerra, existe la aceptación expresa por parte de las Potencias nucleares de que deberían aplicarse los principios humanitarios de las leyes de la guerra. Aparte de las Potencias nucleares, algunas otras Potencias que se han opuesto a que esta Corte llegue a una conclusión en el sentido de la ilegalidad (o que no han adoptado una posición clara en relación con la presente solicitud), también eran partes en la Convención de La Haya, por ejemplo, Alemania, los Países Bajos, Italia y el Japón.

El asunto del Lotus fue decidido en el contexto de un abordaje en alta mar, en tiempo de paz, entre el Lotus, que enarbolaba el pabellón francés, un buque de pabellón turco. Fallecieron ocho marineros y pasajeros turcos y se procuró juzgar ante los tribunales turcos por homicidio culposo al oficial francés responsable. Se trataba de una situación sumamente distante de aquéllas a las que deberían aplicarse las leyes humanitarias de la guerra. Ese derecho humanitario ya era un concepto bien afianzado cuando se dictó el fallo en el asunto del Lotus, pero no era pertinente para él. Nada habría estado más alejado del pensamiento de la Corte que decidió ese caso que su dictum, formulado en circunstancias tan enteramente diferentes, sería utilizado para intentar neutralizar todo lo que las leyes humanitarias de la guerra habían ido edificando hasta esa fecha - pues la interpretación que ahora se pretende dar al asunto del Lotus no consiste en otra cosa que sostener que invalida incluso a principios tan firmemente establecidos como la cláusula Martens, que expresamente dispone que sus principios humanitarios se aplicarán "en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas".

Además, en ese entonces el derecho internacional se exponía por lo general en dos categorías separadas - las leyes de la paz y las leyes de la guerra - y esa distinción estaba bien reconocida en la estructura de los textos jurídicos de la época. El principio enunciado por la Corte en el asunto del Lotus estaba enunciando estaba formulado enteramente dentro del contexto de las leyes de la paz.

Está implícito en el fallo en el asunto del Lotus que debe respetarse la soberanía de los demás Estados. Una de las características de las armas nucleares consiste en que violan la soberanía de los demás Estados que no han consentido en modo alguno en la intromisión en sus derechos soberanos fundamentales, que está implícita en el uso del arma nuclear. Sería una interpretación totalmente fuera de contexto del fallo en el asunto del Lotus entender que en dicho fallo se formuló una teoría, igualmente aplicable en la paz y en la guerra, en el sentido de que un Estado podría hacer lo que quisiera mientras no se hubiese obligado a hacer lo contrario. Tal interpretación del fallo en el asunto del Lotus equivaldría a echar un maleficio sobre el desarrollo progresivo del derecho internacional.

Cabe señalar también que apenas cuatro años antes la Corte Permanente, abordando la cuestión de la soberanía estatal, había observado en el asunto de

los Decretos de nacionalidad promulgados en Túnez v Marruecos (Opinión consultiva, P.C.I.J. Series B, No. 4) (1923) que la soberanía de los Estados iría disminuyendo y restringiéndose correlativamente al desarrollo del derecho internacional (págs. 121 a 125, 127, 130). En el medio siglo transcurrido desde el asunto del Lotus, es de toda evidencia que el derecho internacional - y el derecho relativo a la conducta humanitaria en la guerra - se han desarrollado considerablemente, imponiendo nuevas restricciones a la soberanía estatal además de las que existían en la época del asunto del Lotus. La jurisprudencia de esta propia Corte en el asunto del Estrecho de Corfú consideró que el derecho internacional consuetudinario imponía a todos los Estados el deber de conducir sus asuntos de modo tal de no causar daño a los demás, aun cuando no hubiera ninguna prohibición ipsissimis verbis del acto concreto violatorio de los derechos de la nación demandante. Esta Corte no puede interpretar en 1966 el fallo en el asunto del Lotus en forma tan estrecha que haga retroceder al derecho incluso a un momento anterior a la cláusula Martens.

10. Normas específicas del derecho humanitario de la guerra

Hay un conjunto de principios entrelazados que forman la trama del derecho humanitario internacional. El derecho humanitario ofrece no pocas normas que consideradas individualmente y en conjunto prohíben el empleo o la amenaza del empleo de las armas nucleares.

Las normas del derecho humanitario de la guerra han adquirido claramente la categoría de ius cogens, pues son normas fundamentales de carácter humanitario que no pueden dejarse sin efecto sin negar las consideraciones básicas de humanidad a cuya protección están destinadas. En palabras de Roberto Ago, las normas de ius cogens comprenden:

"las normas fundamentales relativas a la salvaguardia de la paz, especialmente las que prohíben el recurso a la fuerza o a la amenaza de la fuerza; las normas fundamentales de carácter humanitario (prohibición del genocidio, la esclavitud y la discriminación racial, y protección de los derechos fundamentales de la persona humana en tiempo de paz y de guerra); las normas que prohíben los atentados a la independencia e igualdad soberana de los Estados; las normas que garantizan a todos los miembros de la comunidad internacional el disfrute de ciertos bienes comunes (el alta mar, el espacio ultraterrestre, etc.)."¹⁰⁵

La cuestión que se examina no es si existe una prohibición expresa de las armas nucleares de carácter imperativo, sino si existen principios básicos de ius cogens cuyo respeto es incompatible con las armas nucleares. Si existen

ios (1971-111) Recueil des Cours, pág. 324, nota 37; se ha agregado el subrayado. Véase también el examen detallado de varias normas imperativas del derecho internacional de los conflictos armados en Lauri Hannikainen, Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law, 1988, págs. 596 a 715, donde el autor concluye que muchos de los principios del derecho humanitario de la guerra son ius cogens.

tales principios de ius cogens, habrá que concluir que el arma nuclear misma está prohibida por el ius cogens.

Como se advirtió al comienzo de la prte III, la mayoría de los Estados que sostienen la legitimidad del empleo de las armas nucleares reconocen que éste debe observar el derecho humanitario internacional y respetar sus principios. De los principios aplicables del derecho internacional cabe destacar, como más importantes, los siguientes:

- a) La prohibición de causar sufrimientos innecesarios;
- b) El principio de proporcionalidad;
- c) El principio de discriminación entre combatientes y no combatientes;
- d) La obligación de respetar la integridad territorial de los Estados no beligerantes;
- e) La prohibición del genocidio y los crímenes contra la humanidad;
- f) La prohibición de causar daños graves y duraderos al medio ambiente;
- g) Las normas relativas a los derechos humanos,

a) La prohibición de causar sufrimientos innecesarios

La cláusula de Martens, a la cual ya se ha hecho referencia, dio la formulación clásica a este principio en el derecho moderno, al prohibir expresamente las armas incompatibles con "los principios humanitarios y los dictados de la conciencia pública".

La prohibición de causar sufrimientos crueles e innecesarios, que forma parte hace mucho tiempo de los principios generales del derecho humanitario, se ha incluido en tantos códigos, declaraciones y tratados que se ha convertido en un sólido cuerpo legal, en el que cada documento aplica los principios generales a una o varias situaciones concretas¹⁰⁷. Estos documentos demuestran la existencia de principios generales que trascienden de los casos concretos examinados.

El principio que prohíbe los sufrimientos innecesarios se ha incorporado además a los manuales militares reglamentarios. Por ejemplo, el Manual of Military Law, publicado por el Ministerio de la Guerra británico en 1916 y utilizado en la primera guerra mundial, dice:

¹⁰⁷ Cabe citar como ejemplos el Código de Lieber de 1863 (aprobado por los Estados Unidos para el gobierno de los ejércitos en campaña); la Declaración de San Petersburgo de 1868; las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907; el Protocolo de 1925 relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos; las Reglas de La Haya de 1923 sobre la guerra aérea; la Carta de Nuremberg de 1945; y los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

"IV. De los medios de hacer la guerra

39. El primer principio de la guerra consiste en debilitar y destruir la capacidad de resistencia del enemigo. Los medios que pueden emplearse para infligirle daño no son, sin embargo, ilimitados [una nota cita la Regla 22 de las de La Haya: 'los beligerantes no tienen un derecho ilimitado a escoger los medios de causar daño al enemigo']. Están claramente limitados en la práctica por convenciones y declaraciones internacionales y por los usos de la guerra. Están, además, los dictados de la moralidad, la civilización y la caballerosidad, que habría que observar.

* * *

42. Se prohíbe expresamente el empleo de armas, proyectiles o material destinado a causar sufrimientos innecesarios [Regla 23 e) de las de La Haya]. En este apartado podrían incluirse armas como las lanzas con púas en la punta, las balas de forma irregular, los proyectiles rellenos de vidrios rotos y otros objetos similares; las balas estriadas, o con la envoltura limada, o las impregnadas de cualquier sustancia que pueda inflamarse o causar daño. La prohibición, sin embargo, no es extensiva al empleo de los explosivos contenidos en minas, torpedos aéreos o granadas de mano." (Págs. 242 y 243)

Ese era el manual de las fuerzas británicas utilizado en la primera guerra mundial, mucho antes de que los principios humanitarios de la guerra estuvieran tan arraigados como ahora¹⁰⁸.

Ya en 1862, Franz Lieber reconoció el principio de que incluso la necesidad militar está sujeta a las leyes y usos de la guerra, y este principio se incorporó a las ordenanzas militares¹⁰⁹. Los manuales de campaña modernos del Departamento de la Guerra de los Estados Unidos se ajustan perfectamente al Reglamento de La Haya y someten expresamente a la necesidad militar a "las normas consuetudinarias y convencionales de la guerra"¹¹⁰.

La información contenida en la Parte II de la Opinión es más que suficiente para demostrar que el arma nuclear causa sufrimientos innecesarios que sobrepasan el propósito de la guerra.

Un argumento que se ha propuesto en relación con el principio que prohíbe los sufrimientos innecesarios es que el artículo 23 e) del Reglamento de La Haya de 1907 prohíbe el empleo de armas, proyectiles o materiales concebidos para causar sufrimientos innecesarios. Las armas nucleares, se dice, no se han

¹⁰⁸ Sobre la fuerza legal de los manuales militares, véase Singh y McWhinney, op. cit., págs. 52 y 53.

¹⁰⁹ Órdenes Generales 100, Instrucciones para el gobierno de los ejércitos de los Estados Unidos en campaña, artículo 14.

¹¹⁰ Singh y McWhinney, op. cit., pág. 59.

concebido para causar sufrimientos, sino que estos son más bien parte de los efectos secundarios accesorios de las explosiones de las armas nucleares. Este argumento choca con el conocido principio jurídico por el que se supone que el autor de un acto pretende causar las consecuencias naturales y previsibles de éste (véase la sección III.7, supra). Es, además, una interpretación literal que no tiene en cuenta el espíritu y la razón fundamental de la norma, por lo que es especialmente inadecuada para interpretar un instrumento humanitario. Puede afirmarse, además, que es cierto que las armas nucleares se despliegan "en parte para utilizar los efectos destructivos de la radiación y la precipitación ácida"¹¹¹.

b) El principio de la discriminación

El principio de la discriminación nació de la preocupación por que las armas de guerra no se emplearan indistintamente contra objetivos militares y civiles. Los no combatientes necesitaban la protección de las leyes de la guerra. Sin embargo, la no discriminación es característica de las armas nucleares. Un arma que puede arrasarse una ciudad y lograr por sí sola la destrucción que causarían millares de bombas no es un arma que discrimine. La radiación que libera en zonas enormes no distingue entre combatientes y no combatientes ni entre Estados beligerantes y neutrales.

El artículo 48 del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 reitera como "norma fundamental" el conocido principio del derecho humanitario según el cual:

"A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares." (Se ha agregado el subrayado.)

El principio de discriminación de la población civil y el personal militar tiene, como algunas otras normas del ius in bello, una larga tradición y lo comparten muchas culturas. Se ha mencionado anteriormente la antigua práctica de la India según la cual los campesinos indios continuaban sus labores en el campo pese a la presencia de los ejércitos invasores, seguros del amparo que les daba la tradición de que la guerra era cosa de los combatientes¹¹². Esta situación, por idílica y ajena a los horrores de la guerra que parezca, sirve para recordar que principios humanitarios fundamentales como el de la discriminación no son normas nuevas hasta ahora desconocidas.

La protección de la población civil en tiempo de conflicto armado es desde hace mucho tiempo un principio consolidado del derecho humanitario internacional. El Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra (1949)

¹¹¹ Ian Brownlie, "Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons", (1965) International and Comparative Law Quarterly, No. 14, pig. 445.

¹¹² Nagendra Singh, nota 67, supra.

señala en el inciso b) del párrafo 5 de su artículo 51 que los "ataques indiscriminados" prohibidos son, entre otros:

"los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista."

Asimismo, el inciso b) del párrafo 2 del artículo 57 prohíbe el ataque cuando:

"es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista."

El alcance de esta norma fue examinado en la resolución del Instituto de Derecho Internacional aprobada en su Conferencia de Edimburgo de 1969^{11J}, que hacía referencia a una serie de actos prohibidos por el derecho vicrente en esos momentos. Los actos calificados de prohibidos por el derecho vigente eran, entre otros:

"Todos los ataques, cualquiera que sea su razón o los medios que se utilicen, destinados a aniquilar a un grupo humano, una región o un centro urbano, sin distinción posible entre fuerzas armadas y población civil o entre objetivos militares y no militares¹¹⁴."

Toda acción destinada a aterrorizar a la población civil (párr. 6).

El empleo de toda arma, por su naturaleza, afecte indistintamente a objetivos militares y no militares, o a fuerzas armadas y poblaciones civiles. Se prohíbe especialmente el empleo de armas cuya eficacia destructiva sea tan grande que no pueda limitarse a objetivos militares determinados o sea incontrolable ... y el empleo de armas 'ciegas'." (Párr. 7)

c) El respeto a los Estados no beligerantes

El daño irreparable a terceros no beligerantes, que es la consecuencia natural y previsible del empleo de las armas nucleares, es algo que necesariamente debe tenerse en cuenta para pronunciarse sobre la admisibilidad de estas armas. No es que puedan causar daños irreparables a un solo Estado beligerante, sino a toda la comunidad internacional. El carácter incontenible de la radiación hace que se extienda mundialmente. La zona afectada por las armas nucleares, enorme si se compara con la de las armas convencionales más potentes, figura en el diagrama obtenido de unos estudios de la OMS y que acompaña a la presente Opinión. Los trabajos de Turco y otros (TTAPS) y otros

^{11J} Sobre el eminente apoyo doctrinal de esta tesis, véase la sección III.11 infra.

¹¹⁴ {1969} 53 Annuaire de l'IDI. vol. II, pág. 377, párr. 8; Irán, CR 95/26, pág. 47, nota 45.

estudios han demostrado que, debido a las corrientes eólicas, los efectos perniciosos de una explosión producida en un hemisferio pueden afectar incluso al otro hemisferio. Ninguna parte del mundo, ningún país, podría librarse de esos efectos.

También se ha utilizado en este contexto el argumento de la falta de intención. Según éste, la acción dirigida a un Estado enemigo no pretende causar daños a terceros, y si este daño efectivamente se produce, no hay culpabilidad. Ya se hizo referencia a este argumento en una sección anterior de la presente Opinión, donde se dijo que era insostenible (véase la sección III.7) . La utilización de un arma nuclear es un acto deliberado. Los daños a terceros neutrales son su consecuencia natural, previsible y, desde luego, inevitable. El derecho internacional no puede admitir un principio de exclusión de responsabilidad tan contrario a los principios fundamentales de la dogmática jurídica universal.

d) La prohibición del genocidio¹¹⁵

Considero insuficiente la atención que la Corte dedica a la conexión entre el genocidio y el arma nuclear (párr. 26 de la Opinión).

Las armas nucleares empleadas en respuesta a un ataque nuclear, sobre todo en el caso de una respuesta nuclear total, pueden provocar un genocidio al desencadenar un intercambio nuclear total, como se explica en la Sección IV (*infra*). Incluso una sola arma nuclear "pequeña", como las utilizadas en el Japón, podría ser instrumento de genocidio si se tiene en cuenta el número de muertes que ha causado este tipo de arma. Si se lanzase contra una ciudad, una sola bomba podría causar más de 1 millón de muertos. Si en las represalias se utilizase mayor número de armas, podrían morir, según cálculos de la OMS sobre los efectos de la guerra nuclear, hasta 1.000 millones de personas, tanto del Estado atacante como de otros. Esto es un claro genocidio y no puede ampararlo el derecho en ningún caso.

Quienes empleen un arma nuclear deben saber que tendrá efectos de tales proporciones como la aniquilación de poblaciones enteras. El genocidio, tal como lo define la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (artículo II), es todo acto perpetrado con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal. Los actos comprendidos en la definición son, entre otros, la matanza de miembros del grupo, la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, y el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.

En los debates sobre el concepto de genocidio en la Convención, se da especial importancia a la expresión "como tal". Se argumenta que debe existir la intención de destruir a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado por su condición de tal, y no de destruir al grupo como acto accesorio respecto de otro acto. Sin embargo, teniendo en cuenta la capacidad

¹¹⁵ Véase también, más adelante, la sección III.10 f) relativa a las normas de derechos humanos.

de las armas nucleares para eliminar a cientos de miles o a millones de personas, es indudable que el arma pretende la destrucción, total o parcial, del grupo nacional del Estado al que se dirige.

En Nuremberg se consideró como crimen de lesa humanidad el exterminio total o parcial de la población civil. Esto es precisamente lo que se consigue con un arma nuclear.

e) La prohibición de causar daños al medio ambiente

El medio ambiente, hábitat común de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, no puede ser dañado por uno o varios miembros en detrimento de todos los demás. Ya se hizo referencia, en el contexto de los dictados de la conciencia pública {sección III.6, supra}, a que los principios de la protección ambiental "están tan profundamente arraigados en la conciencia universal que se han convertido en normas especialmente esenciales del derecho internacional general"¹¹⁶. Así, la Comisión de Derecho Internacional ha tipificado como crimen internacional la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares¹¹⁷. Ya se ha hecho referencia a estas cuestiones anteriormente.

El derecho ambiental contiene diversos principios que son incompatibles con las armas nucleares. Ya se han examinado los principio de equidad entre generaciones y patrimonio común. Otros principios del derecho ambiental, que la presente solicitud permite a la Corte reconocer y aplicar para emitir sus conclusiones, son el principio de precaución, el principio de administración fiduciaria de los recursos de la tierra, el principio de que la carga de la prueba de la seguridad corresponde al autor del acto denunciado, y el principio de que quien contamina paga, que obliga a quien cause daños al medio ambiente a indemnizar adecuadamente a los afectados¹¹⁸. Ha habido recientemente intentos doctrinales de formular lo que se ha calificado de "principios de seguridad ecológica", proceso de creación y codificación del derecho ambiental que ha surgido por la necesidad urgente de proteger a la civilización humana de la amenaza de la autodestrucción.

Al enumerar 11 de estos principios, cierto autor¹¹⁹ incluye entre ellos el de la "prohibición de la agresión ecológica", que se derivaría, entre otros documentos, de la Convención de 1977 sobre la prohibición de utilizar técnicas

¹¹⁶ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 28º período de sesiones, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1976, vol. II, Parte II, pág. 109, párr. 33.

¹¹⁷ Proyecto de artículo 19 3) d) de la Comisión de Derecho Internacional sobre la "Responsabilidad de los Estados", ibíd., pág. 94.

¹¹⁸ Véanse las referencias a estos principios en mi Opinión Discrepante en la Solicitud de examen de la situación de conformidad con el párrafo 63 de la sentencia de la Corte de 20 de diciembre de 1974 de la causa de las Pruebas Nucleares (Nueva Zelanda v. Francia), C.I.J Reports 1995, págs. 339 a 347.

¹¹⁹ A. Timoshenko, "Ecological Security: Global Change Paradigm" (1990) 1 Columbia Journal of International Environmental Law and Policy. pág. 127.

de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, que entró en vigor el 5 de octubre de 1978 (1108 UNTS, pág. 175), y la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas titulada "Responsabilidad histórica de los Estados por la preservación de la naturaleza para las generaciones presentes y futuras" (resolución 35/8 de la Asamblea General, de 30 de octubre de 1980) .

El mismo autor señala que "según la doctrina legal soviética (ahora rusa) la modificación ambiental deliberada y hostil - el ecocidio 7 es ilegal y se considera ion crimen internacional"¹²⁰.

Otro autor, que destaca la necesidad de una respuesta coordinada y colectiva a la crisis ambiental mundial y la dificultad de concebir dicha respuesta, señala:

"Pero las circunstancias obligan precisamente a esa respuesta; si no podemos adoptar la preservación de la Tierra como nuevo principio organizador, la supervivencia misma de nuestra civilización será incierta."¹²¹

Se indica así claramente la fuerza motriz del derecho ambiental actual; el "nuevo principio organizador" de la preservación de la Tierra, sin el cual la civilización entera está en peligro.

Un instrumento actualmente en funcionamiento para lograr esa respuesta colectiva coordinada es el derecho ambiental internacional, y no es extraño que estos principios básicos que garantizan la supervivencia de la civilización, incluso del género humano, sean ya parte integrante de ese derecho.

La misma cuestión se examina desde otra perspectiva en un notable estudio al que ya se hizo referencia:

"La autodestrucción de nuestra especie no es un acto que nadie califique de razonable o sensato; no obstante, es un acto que, sin que lo reconozcamos del todo, planeamos cometer en determinadas circunstancias. Como es imposible que se cometa como acto plenamente intencionado, salvo que su autor haya perdido el juicio, sólo puede ocurrir como una especie de negligencia, como 'efecto secundario' de otro acto plenamente intencionado, como la defensa de nuestro país, la defensa de la libertad, la defensa del socialismo o la defensa de cualquier otra de nuestras creencias. En esa medida, nuestra incapacidad de reconocer la magnitud e importancia del peligro es condición necesaria para cometer el acto. Sólo podemos hacerlo si no sabemos del todo lo que vamos a hacer. Si reconociéramos la dimensión del peligro en toda su extensión y admitiéramos claramente y sin reservas que todo empleo de armas nucleares puede desencadenar un holocausto que amenace la continuidad de la especie humana, el acto de

¹²⁰ Timoshenko, supra.

¹²¹ A. Gore Earth in the Balance: Ecology and the Human Spirit, 1992, pág. 295, obra citada en Guruswamy, Palmer y Weston, International Environmental Law and World Order, 1994, pág. 264.

destrucción sería entonces no sólo 'impensable' sino también imposible de cometer.^{1,122}

La vigencia de estos principios del derecho ambiental no depende, pues, de que se recojan en disposiciones convencionales. Forman parte del derecho consuetudinario internacional. Forman parte de los requisitos imprescindibles para la supervivencia humana.

El reconocimiento práctico de que estos principios forman parte del derecho consuetudinario internacional es fácil de hallar en el ámbito internacional. Por ejemplo, el Consejo de Seguridad se refirió en su resolución 687 de 1991 a la responsabilidad del Iraq "en virtud del derecho internacional ... por ... los daños al medio ambiente" ocasionados por la invasión ilícita de Kuwait. Esta responsabilidad no se derivaba de un tratado, porque el Iraq no era parte en la Convención de 1977 sobre la modificación ambiental (ENMOD), ni en los Protocolos de 1977 ni en ningún otro tratado referido expresamente a la materia. La responsabilidad del Iraq a la que aludía el Consejo de Seguridad en términos tan inequívocos se derivaba claramente del derecho consuetudinario internacional"³.

Tampoco se reservan estos principios exclusivamente para la paz o la guerra, sino que se refieren a ambas situaciones, pues se derivan de obligaciones generales igualmente aplicables en la paz y en la guerra¹²⁴.

El principio fundamental de esta materia se contiene en el artículo 35 3) del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra, que prohíbe:

"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."

El artículo 55 prohíbe:

"emplear métodos de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población."

La cuestión no es si se pretendía o no incluir a las armas nucleares en estas disposiciones. Basta entender que establecen principios incontrovertibles del derecho consuetudinario internacional. Interpretar que estos principios generales no son lo bastante explícitos para comprender a las armas nucleares, o que éstas dejaron de mencionarse intencionadamente y por lo tanto no están

¹²² Johathan Schell, The Fate of the Earth, 1982, pág. 186.

¹²³ Las Islas Salomón presentaron una exposición sobre este punto en la vista celebrada ante la Corte - Sands, CR 95/32, pág. 71.

¹²⁴ Véase, por ejemplo, la redacción del Principio 21 de la Declaración de Estocolmo y el Principio 2 de la Declaración de Río, relativos a las obligaciones de los Estados de evitar los daños al medio ambiente de otros Estados.

comprendidas en esas disposiciones, o incluso que había un claro entendimiento de que esas disposiciones no debían afectar a las armas nucleares, es subrayar la incongruencia de prohibir las armas menores que causan daños al medio ambiente y dejar intacto el instrumento infinitamente superior de causar los mismos daños que el tratado tenía como propósito evitar.

Si hay deberes generales que se derivan del derecho consuetudinario internacional, es obvio que nada importa que los diversos acuerdos ambientales no se refieran expresamente a los daños causados por las armas nucleares. Unos mismos principios son aplicables tanto a los hornos contaminantes, como a los reactores con fugas o a las armas explosivas. La sola circunstancia de que los hornos de carbón o los reactores no se mencionen expresamente en los tratados ambientales no puede llevar a la conclusión de que están excluidos de las normas y principios incontrovertibles y reconocidos contenidos en esos tratados.

Otro argumento en favor de la relación del derecho ambiental con la cuestión planteada a la Corte es el principio de buena vecindad, que se contiene tácita y expresamente en la Carta de las Naciones Unidas. Este principio es uno de los fundamentos del derecho internacional moderno, en sustitución del desaparecido principio según el cual un Estado soberano podía perseguir sus propios intereses en perfecto aislamiento de los demás Estados. Un orden mundial en el que cada Estado soberano depende del mismo medio ambiente mundial origina una interdependencia mutua que sólo puede articularse mediante la cooperación y la buena vecindad.

La Carta de las Naciones Unidas hace referencia al "principio general de la buena vecindad, teniendo debidamente en cuenta los intereses y el bienestar del resto del mundo en cuestiones de carácter social, económico y comercial" (Artículo 74). Una conducta capaz de destruir el medio ambiente mundial afectará no sólo a éste, sino también a los intereses sociales, económicos y comerciales que no pueden existir con independencia de ese medio ambiente. Al reconocer ese deber general de buena vecindad, la Carta lo convierte en una parte fundamental del derecho internacional.

Desde sus primeras decisiones, esta Corte ha respaldado este principio al señalar la obligación de todo Estado de no "permitir a sabiendas que su territorio se utilice para cometer actos contrarios a los derechos de otros Estados" (Canal de Corfú, C.I.J. Reports 1949. pág. 22).

La cuestión de la responsabilidad de los Estados en relación con el medio ambiente se examina con más detalle en mi Opinión disidente relativa a la solicitud de la OMS, y ese examen debe considerarse complementario de las consideraciones sobre el medio ambiente hechas en la presente Opinión. Como allí señalé, los daños al medio ambiente causados por las armas nucleares son un incumplimiento de las obligaciones estatales, lo cual añade otra dimensión a la ilegalidad del empleo o la amenaza del empleo de las armas nucleares.

f) Las normas de derechos humanos¹²⁵

En la Sección III.3 de la presente Opinión se ha hecho referencia a la forma en que el desarrollo de los derechos humanos en la posguerra ha repercutido en "los principios humanitarios y los dictados de la conciencia pública".

Si se centra la atención en los derechos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, cabe señalar el derecho a la dignidad {Preámbulo y Artículo 1), el derecho a la vida y a la seguridad personal (Artículo 3), el derecho a la asistencia médica (Artículo 25 1)), el derecho a casarse y fundar una familia (Artículo 16 1)), la protección de la maternidad y la infancia (Artículo 25 2)) y el derecho a la vida cultural (Artículo 27 1)}, como derechos humanos fundamentales amenazados por las armas nucleares.

Es parte de la doctrina legal reconocida que determinados derechos son irrenunciables en todos los casos. El derecho a la vida es uno de ellos. Es uno de los derechos que constituye el núcleo irreductible de los derechos humanos.

El preámbulo de la Declaración alude al reconocimiento de la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana como base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo. El Artículo 1 añade la afirmación expresa de que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos". El Artículo 6 establece que todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hace más explícito este derecho e impone a los Estados la obligación positiva de protegerlo por la ley. El Artículo 6 i) señala que "el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley". Los Estados parte en el Pacto asumen expresamente la obligación de aplicar las disposiciones contenidas en éste.

La Convención Europea para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (1950, Artículo 2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, Artículo 4), confirman asimismo el derecho a la vida. Es uno de los derechos inderogables que forma parte del núcleo irreductible de los derechos humanos.

Se ha sostenido que el derecho a la vida no es un derecho absoluto y que la supresión de vidas en los conflictos armados es una excepción necesaria a este principio. Sin embargo, cuando un arma tiene capacidad para matar entre 1 millón y 1.000 millones de personas, según la OMS ha informado a la Corte, el valor de la vida humana se reduce hasta un punto absolutamente incompatible con la dignidad humana como se entiende en cualquier cultura. Un acto deliberado de esa clase cometido por un Estado es, en todo caso, incompatible con el reconocimiento por parte de dicho Estado de la dignidad humana esencial de la que depende la paz mundial y cuyo respeto se supone que profesan todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas.

Véase además, la sección III.6 supra.

Esta no es sólo una norma de la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos de derechos humanos, sino que es derecho fundamental de la Carta de las Naciones Unidas, recogido en su preámbulo mismo, pues uno de los propósitos de las Naciones Unidas es "reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana" {se ha agregado el subrayado). Ningún arma de las inventadas en la larga historia de la inhumanidad del hombre para el hombre ha negado hasta tal punto la dignidad y el valor de la persona humana como la bomba nuclear.

Hay que hacer referencia, además, al Comentario General del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas titulado "El derecho a la vida y las armas nucleares"⁶, que respaldó la opinión de la Asamblea General de que el derecho a la vida es especialmente aplicable a la cuestión de las armas nucleares¹²⁷. El Comentario señalaba que las armas nucleares eran una de las mayores amenazas a la vida y al derecho a la vida, y llevaba la tesis del conflicto entre las armas nucleares y el derecho internacional hasta el extremo de proponer que su empleo se declarara crimen de lesa humanidad.

Todos estos derechos humanos se derivan de un derecho fundamental, que René Cassin describe como "el derecho de los seres humanos a existir" (CR 95/32, pág. 64; y véase la nota 20). Este es el fundamento de la compleja estructura de derechos humanos que la comunidad internacional ha construido laboriosamente en la posguerra.

Toda sanción de la legalidad del empleo, en cualesquiera circunstancias, de un arma capaz de extinguir la vida por millones, destrozaría los cimientos en los que descansa esta compleja estructura, que es uno de los principales logros jurídicos del presente siglo. Esta estructura, construida sobre uno de los conceptos más nobles y esenciales del derecho, no puede sostenerse teóricamente si el derecho internacional concede a un Estado el derecho a emplear armas nucleares. Bien podría eliminarse de los libros.

11. La doctrina legal

Sería correcto afirmar que la doctrina legal considera en su mayoría que las armas nucleares son contrarias a los principios vigentes del derecho humanitario. La doctrina legal es una importante fuente del derecho internacional pero excede el ámbito de la presente Opinión citar a todas las autoridades. Bastará, a los efectos presentes, hacer referencia a una resolución ya mencionada anteriormente en este documento: la resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en 1969 en su período de sesiones de Edimburgo, en una época en que la doctrina legal escrita sobre las armas nucleares no había alcanzado la intensidad actual y era, en realidad, bastante escasa.

^{12s} Gen. C 14/23, reproducido en M. Nowak, Pacto de Derechos Civiles y pág. Políticos de las Naciones Unidas, 861.

¹²⁷ A/Res/38/75, "Condenación de la Guerra Nuclear", primer párrafo dispositivo.

La conclusión del Instituto, ya citada (véase la sección III.10 b) , supra), de que el derecho internacional vigente prohíbe, en concreto, el empleo de armas cuya eficacia destructiva "es tan grande que no puede limitarse a objetivos militares concretos o es incontrolable ... , y de armas 'ciegas'"¹²⁸, fue aprobada por 60 votos a favor, uno en contra y dos abstenciones. De la ilustre nómina de los más eminentes internacionalistas de la época cabe destacar a Charles De Visscher, Lord McNair, Roberto Ago, Suzanne Bastid, Erik Castrén, Sir Gerald Fitzmaurice, Wilfred Jenks, Sir Robert Jennings, Charles Rousseau, Grigory Tunkin, Sir Humphrey Waldock, José María Ruda, Oscar Schachter y Kotaro Tanaka.

12. El Protocolo de Ginebra sobre los gases (1925)

Dejando de lado los diversos principios generales que se han hecho valer hasta ahora, existe en el plano internacional un precedente convencional sobre la base del cual se ha aducido que las armas nucleares son lícitas. Por esta razón he votado en contra del párrafo 2 B) de la parte dispositiva, según el cual no existe en el derecho internacional convencional una prohibición general universal del empleo o la amenaza de las armas nucleares como tales. Me estoy refiriendo concretamente al Protocolo para la prohibición de la utilización en la guerra de gases asfixiantes, venenosos o de otra índole y de medios bacteriológicos de guerra, de 17 de junio de 1925. Su prohibición es tan general que, a mi juicio, comprende claramente las armas nucleares y éstas, por lo tanto, han sido objeto de una prohibición convencional. Se encuentra también en la doctrina una considerable corriente de opinión en este sentido¹²⁹. Además, si la radiación es tóxica, queda también comprendida en la prohibición de las armas tóxicas que se encuentran en el artículo 23 a) del Reglamento de La Haya. La norma que se refiere a las armas tóxicas ha sido calificada de "la prohibición concreta que desde hace más tiempo se cumple en cuanto a las armas y los instrumentos bélicos"¹³⁰. Esta norma se reconoce desde los primeros años de la historia y en una amplia diversidad de culturas.

El Protocolo de Ginebra está redactado en términos muy generales. En él se prohíbe la utilización en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o de otra índole y de cualquier líquido, material o dispositivo similar (se ha agregado el subrayado).

¹²⁸ {1969} 53 Anuario del IDI, vol. II, pág. 377, párr. 7.

¹²⁹ Véanse Burns H. Weston, op. cit., pág. 241; E. Castrén, The Present Law of War and Neutrality, 1954, pág. 207; G. Schwarzenberger, The Legality of Nuclear Weapons, 1958, págs. 37 y 38; N. Singh, Nuclear Weapons and International Law, 1959, págs. 162 a 166; Falk, Meyrowitz and Sanderson, "Nuclear Weapons and International Law" (1980) 20 Indian Journal of International Law, pág. 563; Julius Stone, Legal Controls of International Conflict, 1954, pág. 556; Spaight, Air Power and War Rights, tercera edición, 1947, págs. 275 y 276; H. Lauterpacht (editor) en Oppenheim's International Law, vol. 2, séptima edición, 1952, pág. 348.

¹³⁰ Singh & Me Whinney, op. cit., pág. 120.

Para que este Protocolo sea aplicable a las armas nucleares, es preciso demostrar:

- 1) Que la radiación es tóxica
- 2) Que entraña el contacto de materiales con el organismo humano.

De tener ambas preguntas respuesta afirmativa, el daño al organismo humano causado por la radiación queda comprendido en el Protocolo.

i) ¿Es tóxica la radiación?

Generalmente se entiende por sustancia tóxica aquella que, por su propia acción, causa un daño a la salud al entrar en contacto con el organismo o ser absorbida por éste¹³¹. El análisis de los efectos de la radiación que se encuentra en la sección II.3 e) supra no deja duda alguna en cuanto a que los efectos que surte la radiación consisten en destruir la vida o dañar las funciones de los órganos y tejidos.

Schwarzenberger señala que la radiación, de ser introducida en el organismo en dosis relativamente grandes, produce síntomas que no se pueden distinguir de los del envenenamiento¹³².

Una vez demostrado que la radiación radiactiva es tóxica, también queda comprendida en la prohibición de las armas tóxicas que se encuentran en las Reglamentos de La Haya a que se ha hecho referencia. Es tóxica en forma incluso más insidiosa que el gas tóxico, porque sus efectos incluyen la perpetuación de trastornos genéticos generación tras generación.

¹³¹ Según el McGraw-Hill Dictionary of Scientific and Technical Terms, "sustancia tóxica es aquella que, en dosis relativamente pequeñas, destruye la vida o trastorna gravemente las funciones de órganos y tejidos" (segunda edición, 1978, pág. 1237). Según el Oxford English Dictionary, sustancia tóxica es:

[Aquella] "que, al entrar en un organismo vivo o ser absorbida por él destruye la vida o daña la salud por medios mecánicos o por un cambio térmico directo. Se aplica en particular a las sustancias capaces de destruir rápidamente la vida al ser ingeridas en pequeña cantidad.

En todo caso, la acepción científica más usual es la que indica el efecto acumulativo de una droga o un agente nocivo ingerido durante cierto tiempo." (vol. XII, pág. 2, edición de 1989).

¹³² The Legality of Nuclear Weapons. 1958, pág. 35. Schwarzenberger observa que las armas nucleares "causan la muerte con grave deterioro de la salud, en forma, como diría Gentili, más propia de demonios que de seres humanos civilizados". Se trata de una referencia a la observación de Gentili de que, si bien la guerra es un conflicto entre hombres, la utilización de medios tóxicos la convierte en una "lucha entre demonios" (De Jure Belli Libri Tres (1612)), Libro II, Capítulo VI, pág. 161.

Los propios países miembros de la OTAN han aceptado que las armas nucleares son tóxicas y en el anexo II del Protocolo sobre el control de armamentos de los Acuerdos de París de 23 de octubre de 1954, aprobado con ocasión de la adhesión de la República de Alemania al Tratado del Atlántico Norte, se definen las armas nucleares como aquellas

"destinadas a contener o utilizar combustible nuclear o isótopos radiactivos y que, en razón de una explosión u otra transformación nuclear no controlada ... pueden causar destrucción masiva, lesiones masivas, o envenenamiento masivo" (se ha agregado el subrayado).

ii) La radiación ¿entraña el contacto del cuerpo con "materiales"?

Según las definiciones, el veneno es una "sustancia". El Protocolo de Ginebra habla de "materiales" tóxicos. Hay que saber por lo tanto si la radiación es una "sustancia" o un "material" o simplemente un rayo, un haz de luces, por ejemplo, que por el hecho de tocar un objeto no necesariamente pone en contacto con él una sustancia o un material. En el primer caso, se cumplirían los requisitos del Protocolo de Ginebra.

La definición de "radiactivo" en el Shorter Oxford Dictionary es la siguiente: Capaz (como el radio) de emitir espontáneamente rayos consistentes en partículas de material que se desplazan a gran velocidad¹³³.

En el debate científico¹³⁴ se hace una distinción entre el espectro de radiaciones electromagnéticas de masa cero cuando "en teoría" se encuentran inertes, como las ondas de radio, las microondas, los rayos infrarrojos, la luz visible, los rayos ultravioletas, los rayos X y los rayos Gamma, y el tipo de radiación que incluye partículas tales como electrones, protones y neutrones, que tienen masa. Esas formas de partícula, cuando se desplazan a gran velocidad, son consideradas radiación.

La radiación ionizante causada por las armas nucleares es de este tipo. Consiste entre otras cosas en una corriente de partículas¹³⁵ que entran en contacto con el cuerpo humano y causan daño en los tejidos. En otras palabras, se trata de una sustancia material que causa daños al organismo y necesariamente queda comprendida en la prohibición de armas tóxicas que figura en el Protocolo de Ginebra.

Así pues, no parece haber duda en cuanto a que las radiaciones "son un material". Según Schwarzenberger:

¹³³ Tercera edición, 1987, vol. II, pág. 1738.

¹³⁴ Véase "Radiation" en la Encyclopedia Britannica Macropaedia, vol. 26, págs. 471 y siguientes.

¹³⁵ El McGraw-Hill Dictionary of Physics and Mathematics (1978, pág. 800) define la radiación como "una corriente de partículas ... o fotones de alta energía o una combinación de ambos".

"los términos 'cualquier líquido, material o dispositivo similar' son tan generales que comprenden cualquier arma de carácter similar, haya o no sido conocida o utilizada a la época en que se firmó el Protocolo, si los efectos de radiación y precipitación que surten las armas nucleares pueden ser asimilados al veneno, con mayor razón pueden ser asimilados al gas tóxico . . ." ¹³⁶

Se ha discutido en la doctrina la cuestión de si el material debe ser transmitido en estado gaseoso, ya que la norma a que nos referimos habla de materiales "similares" a los gases. Hay que señalar en primer lugar que la propia redacción del artículo deja a los venenos fuera de la categoría de gases porque se refiere también a líquidos, materiales e incluso dispositivos similares. En todo caso, incluso si hablamos de gases, es evidente que la distinción entre sólidos, líquidos y gases nunca se ha aplicado estrictamente en terminología militar a la palabra "gas". Como señalan Singh y McWhinney, en términos estrictamente científicos, el gas de mostaza en realidad es un líquido y el cloro es en realidad un gas y, sin embargo, en la terminología militar ambos son calificados de gases ¹³⁷.

El argumento de que el Protocolo de Ginebra comprende las armas nucleares parece, pues, irrefutable. Además, si la radiación radiactiva es efectivamente tóxica, su prohibición obedecería a una norma universal de derecho consuetudinario que sería aplicable en todo caso, se tratase o no de un Estado parte en el Protocolo de Ginebra de 1925 ¹³⁸.

Otra indicación con arreglo al Protocolo de Ginebra consiste en que la palabra "dispositivo" bien podría comprender las bombas nucleares, dejando ya de lado la cuestión de si la radiación queda comprendida en la descripción de "materiales similares".

Las armas nucleares eran desconocidas cuando se aprobaron los documentos de referencia, por lo cual no podían ser descritas en términos más específicos, pero quedan comprendidas en la letra y el espíritu del Protocolo y del Reglamento de La Haya.

Los Estados Unidos han sostenido que:

"La prohibición no estaba destinada a ser aplicada, ni a las armas que obedecen al propósito de causar la muerte o otros medios, aunque puedan crear incidentalmente productos tóxicos." (Declaración escrita, pág. 25)	se ha aplicado, lesiones por asfixiantes o tóxicos o
---	--

Si la radiación constituye efectivamente una importante consecuencia secundaria de un arma nuclear, como ocurre en realidad, no se advierte según qué principio de la jurisprudencia se puede aducir una excepción a los efectos naturales y

¹³⁶ Op. cit., pág. 38.

¹³⁷ Op. cit., pág. 126.

¹³⁸ Véase en este sentido Schwarzenberger, op. cit., págs. 37 y 38 en relación con las armas químicas y bacteriológicas.

previsibles del empleo del arma. Esas consecuencias secundarias se llaman a veces daños colaterales pero, cualquiera que sea su nombre, se trata de una consecuencia importante y bien conocida de la bomba y, por lo tanto, no pueden considerarse no intencional en derecho.

Un argumento de esa índole significaría además sostener que, si un hecho entraña consecuencias lícitas e ilícitas, las primeras justifican las segundas; ello es inaceptable en derecho.

13. El artículo 23 a) del Reglamento de La Haya

El análisis que antecede demuestra que la radiación es un veneno. Según el mismo razonamiento, hay una clara transgresión del artículo 23 a) del Reglamento de La Haya, que enuncia la prohibición en términos inequívocos¹³⁹. En este contexto no cabe mayor debate y está reconocido que la prohibición categórica que figura en ese Reglamento constituye una de las leyes de la guerra más antiguas y más ampliamente reconocidas. Habida cuenta de que "la práctica universalmente aceptada de las naciones civilizadas considera proscrito el veneno", la prohibición enunciada en el artículo 23 a) se ha calificado de obligatoria incluso para los Estados que no sean partes en ese acuerdo.

"Así, dejando de lado el derecho puramente convencional, el derecho consuetudinario basado en los principios generales de derecho prohibiría también la utilización en la guerra de sustancias tóxicas, ya que no son sólo bárbaras, inhumanas e incivilizadas sino también arteras."¹⁴⁰

IV. , LEGÍTIMA DEFENSA

' La legítima defensa probablemente constituya el problema más grave en este asunto. Según la segunda oración del párrafo 2 E) de la parte dispositiva, habida cuenta de la situación actual del derecho internacional y de los elementos de hecho de que dispone, la Corte no puede pronunciarse definitivamente sobre si el empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremadas de legítima defensa en que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado. He votado en contra de esta cláusula porque creo que el empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares no sería lícito en ninguna circunstancia, ya que vulnera los principios fundamentales del ius in bello. Esta conclusión es clara y se desprende inexorablemente de principios bien establecidos del derecho internacional.

La nación que es objeto de un ataque está claramente facultada con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas a actuar en legítima defensa. Una vez que entra de esta forma en el ámbito del ius in bello, los principios del derecho humanitario son aplicables a la legítima defensa tal como lo son a cualquier otro aspecto de las operaciones militares. Tenemos entonces que examinar qué

Véase Singh y McWhinney, op. cit., págs. 127

y 121. Singh y McWhinney, ibid., pág. 121.

principios del ius in bello son aplicables a la utilización de armas nucleares en legítima defensa.

Lo primero que tenemos que observar es que la utilización de la fuerza en legítima defensa (un derecho indudable) es una cosa y la utilización de armas nucleares en legítima defensa es otra. La autorización de la primera en derecho internacional no comprende a la segunda, que está sujeta también a otros principios rectores.

Los siete principios del derecho humanitario que se examinan en la presente opinión son aplicables al empleo de armas nucleares en legítima defensa, tal como lo son a su empleo en cualquier aspecto de la guerra. Los principios relativos a los sufrimientos innecesarios, la proporcionalidad, la discriminación, los Estados no beligerantes, el genocidio, el daño ecológico y los derechos humanos serían vulnerados tanto en un acto de legítima defensa como en un acto abierto de agresión. El ius in bello comprende todos los usos de la fuerza, cualesquiera que sean sus razones. No puede haber excepción sin que se vulnere la esencia de sus principios.

Cabe suponer que el Estado objeto del primer ataque responda de la misma manera. Tras la devastación causada por un primer ataque, especialmente si es con armas nucleares, existirá la tendencia a responder con las armas nucleares que se tengan.

Robert McNamara, refiriéndose a la respuesta al primer ataque, señala:

"En esas circunstancias, los gobernantes de ambos bandos se verían sometidos a una presión inimaginable para tomarse venganza y defender los intereses atacados. Cada uno podría temer que el contrario lanzase un ataque más fuerte en cualquier momento. Además, las dos partes dispondrían únicamente de información parcial porque el caos en el campo de batalla desbarataría las comunicaciones (para no hablar ya de la posibilidad de ataques contra instalaciones de comunicación). En esas condiciones, es muy probable que cada una de las partes, en lugar de rendirse, lanzara un ataque mayor en la esperanza de que con ello se obligaría al contrario a capitular y cesarían las hostilidades."¹⁴¹

De esa manera, el mundo sería lanzado hacia una catástrofe mundial ya que se estaría invitando a una contrarrespuesta que, en realidad, podría comenzar automáticamente.

Es necesario reiterar aquí que el Estado atacado tiene el derecho inequívoco de utilizar todas las armas de que disponga para rechazar al agresor. Sin embargo, el principio únicamente será válido mientras esas armas no vulneren las leyes fundamentales de la guerra. Con esas limitaciones y a los efectos de rechazar el enemigo, el Estado atacado puede utilizar contra el agresor todo su poderío militar. Esto es incontrovertible, pero jamás se ha sostenido en un foro ni en la doctrina que una nación que se vea atacada, con armas químicas o biológicas, por ejemplo, tenga derecho a utilizar armas químicas o biológicas en

legítima defensa o a aniquilar la población del agresor. Es extraño que alguien pueda pensar que la más devastadora de todas las armas de destrucción masiva constituya una excepción a esta conclusión absolutamente evidente que se desprende de los principios fundamentales del derecho humanitario.

Una vez dicho lo que antecede, pasaremos a hacer una reseña de los diversos principios del derecho humanitario que la legítima defensa puede vulnerar.

1. Sufrimientos innecesarios

Los sufrimientos horrendos que causan las armas nucleares, como se ha señalado ya en la presente opinión, no se limitan a la utilización de esas armas con fines de agresión. Los prolongados sufrimientos que causa la radiación no son menos intensos porque el arma se haya usado en legítima defensa.

2. Proporcionalidad/error

Una respuesta nuclear a un ataque nuclear parecería a primera vista atenerse al principio de la proporcionalidad. Sin embargo, un examen más minucioso indica que este principio es transgredido de muchas maneras. Como observó Francia:

"La evaluación de la necesidad y de la proporcionalidad de la reacción ante un ataque depende de la índole de éste, su alcance, el peligro que entrañe y el grado de ajuste que exista entre las medidas tomadas en respuesta y el objetivo de defensa que se procura" (CR 95/23, págs. 82 y 83) .

Por estas mismas razones parece imposible evaluar con precisión cuándo la reacción de un país atacado con armas nucleares es apropiada y proporcional¹⁴². Al responder con armas nucleares un ataque nuclear, como ya se ha señalado, normalmente se usarán todos los medios de que se disponga, cosa que abre todas las posibilidades de holocausto mundial que tan vividamente se describen en las obras en la materia.

Además, estamos hablando de medición, tanto de la intensidad del ataque como de la proporcionalidad de la respuesta. Ahora bien, sólo se puede medir lo que es medible y, con la guerra nuclear, la calidad de medible se acaba. La devastación total no admite mediciones. Entramos en un terreno en que el principio de la proporcionalidad carece de sentido.

En el contexto de las armas nucleares, tampoco hay que perder de vista la posibilidad de error humano. La respuesta nuclear a un ataque nuclear, no importa cuán cuidadosamente se haya planificado, no puede en la confusión del momento ser tan precisa como para evaluar el poderío de las armas ofensivas y responder con armas de igual poderío. Incluso en un ambiente de paz,

¹⁴² A este respecto, véanse además la sección II.3 n) supra, y la sección VII.6 infra.

comparativamente tranquilo y relajado, el error es posible hasta el punto de iniciar un ataque nuclear no deliberado. Ello ha quedado de manifiesto en estudios sobre la guerra nuclear no intencional¹⁴³. La respuesta, bajo la presión de un ataque nuclear, sería mucho más propensa a un accidente.

Según el Bulletin of Atomic Scientists:

"Las autoridades y los subordinados que les proporcionan información dependen de computadoras y equipo de otra índole cada vez más complejos y, por lo tanto, cada vez más propensos a funcionar mal. El error de un aparato, el error humano o una combinación de los dos, de no haber sido descubiertos en brevísimo plazo, podían haber causado una guerra nuclear no intencional en varios casos."¹⁴⁴

El resultado sería una guerra nuclear sin cuartel.

Estadistas con gran experiencia en cuestiones de política exterior y militar han confirmado la probabilidad de que en ese caso haya una guerra nuclear sin cuartel. Robert MacNamara observa:

"Para mí es inconcebible, al igual que para otros que han estudiado la cuestión, que una guerra nuclear 'limitada' haya de seguir siendo limitada; la decisión de recurrir a las armas nucleares entrañaría una elevada probabilidad de que se produjeran las mismas consecuencias cataclísmicas de una guerra nuclear total."¹⁴⁵

El ex Secretario de Estado Henry Kissinger ha escrito también:

"La guerra limitada no es únicamente una cuestión de doctrinas y fuerzas militares apropiadas. Impone también una pesada carga en cuanto a la disciplina y la sutileza de las autoridades políticas y a la confianza de la sociedad en ellas. Sicológicamente, una guerra limitada es un problema mucho más complicado que una guerra total. Es más que probable que esta última se resuelva con rapidez, si fuere posible de hablar de solución en ese caso, y los sufrimientos que entraña serán tan vastos que no tendrá sentido discutir sobre matices políticos."¹⁴⁶

Y agrega:

"Una guerra nuclear limitada no sólo es imposible según este razonamiento, sino también inconveniente. Por una razón, causaría en las zonas de combate una devastación similar a la de la guerra termonuclear y,

¹⁴³ Véase, por ejemplo, Risks of Unintentional Nuclear War, Instituto de las Naciones Unidas para la Investigación sobre Desarme, 1982.

¹⁴⁴ Junio de 1982, vol. 38, pág. 68.

¹⁴⁵ Op. cit. , pág. 72.

¹⁴⁶ Henry Kissinger, Nuclear Weapons and Foreign Policy, 1957, pág*. 167.

por lo tanto, estaríamos destruyendo la misma población que tratamos de proteger.^{1,147}

Decir entonces que el empleo de armas nucleares en legítima defensa tendría como resultado una guerra nuclear cataclísmica no es una especulación frívola. Es un riesgo totalmente inaceptable para el derecho humanitario, es un riesgo que ningún ordenamiento jurídico puede sancionar.

3. Discriminación

Como ya se ha señalado en la presente opinión, las armas nucleares vulneran el principio de la discriminación entre militares y civiles. Es cierto que lo mismo ocurre con otras armas, pero la intensidad del calor y de la explosión, para no hablar de la radiación, son factores que distinguen las armas nucleares de las demás. Cuando se está hablando de armas que causan cientos de miles, o millones de víctimas, el principio de discriminación deja de tener vigencia jurídica.

4. Estados no beligerantes

Una de las principales objeciones a la utilización de las armas nucleares en legítima defensa se refiere a esta cuestión.

La legítima defensa es una cuestión de la jurisdicción interna exclusivamente si puede tener lugar sin causar un claro perjuicio a los derechos de los Estados no beligerantes. Desde el momento en que una estrategia de legítima defensa entraña un perjuicio para un tercero no beligerante, la cuestión sale de la jurisdicción interna. Puede ocurrir que un acto de legítima defensa cause por error y sin intención daños a un tercer Estado. Ello es comprensible y a veces ocurre, pero estamos refiriéndonos a una situación distinta.

5. Genocidio

Ya se ha hablado del genocidio¹⁴⁸. Como ha quedado demostrado al hablar de la proporcionalidad, la legítima defensa culminará en una guerra nuclear total y las probabilidades de un genocidio son aún mayores que en el caso del ataque inicial. Si la matanza de seres humanos, de 1 a 1.000 millones, no queda comprendida en la definición de genocidio, más vale preguntarse qué es lo que queda comprendido.

Ninguna nación puede sentirse facultada para amenazar con destruir la civilización en su propio beneficio.

¹ Ibid., pág. 175.

⁴ Véase la sección III.10
d) *supra*

6. Daño ambiental

Son aplicables en este caso las mismas consideraciones que en el del genocidio. La contaminación generalizada del medio ambiente puede causar incluso un invierno nuclear y la destrucción del ecosistema. Ello ocurrirá con prescindencia de que las armas nucleares que los causen sean utilizadas como agresión o como legítima defensa.

En mi Opinión disidente respecto de la petición de la Organización Mundial de la Salud me refiero en mayor profundidad al derecho internacional del medio ambiente en su relación con las armas nucleares y debe considerarse que el análisis que hago en esa opinión complementa lo que antecede.

7. Derechos humanos

Todos los peligros para los derechos humanos que se han reseñado anteriormente en la presente opinión ocurrirán por igual con prescindencia de que las armas se utilicen con fines de agresión o de legítima defensa.

* Vr *

Los principios humanitarios que se han examinado pasaron hace mucho tiempo la etapa de las meras aspiraciones filosóficas. Constituyen el derecho vivo y el mayor logro jurídico en la difícil tarea de poner ciertos límites a la brutalidad de una guerra desatada. Constituyen las normas básicas para las actividades militares en nuestros días y han sido enunciados por la comunidad de las naciones bajo el peso de los sufrimientos de millones de seres humanos en dos cataclismos mundiales y muchas guerras menores. Al igual que cualquier otro principio de derecho, rigen a todas las naciones sin distinción, grandes o pequeñas.

Teniendo debidamente en cuenta la coherencia que ha de caracterizar cualquier ordenamiento jurídico para ser verosímil, parece difícil concebir que esos principios no hayan de ser aplicables a las armas nucleares, dejando a este medio de destrucción sin parangón en libertad de causar en enorme escala justamente los males que estaban destinados a prevenir.

* * *

En el contexto de la legítima defensa cabe mencionar brevemente otros tres aspectos de los argumentos presentados a la Corte.

El Reino Unido (Declaración escrita, párr. 3.40) citó al Magistrado Ago que, en su adición al octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados, había señalado que:

"Es muy posible que la acción necesaria para detener y repeler la agresión deba adquirir proporciones que no correspondan a las de la agresión sufrida. Lo que cuenta a este respecto es el resultado que debe

alcanzarse mediante la acción 'defensiva' y no las formas, la sustancia y la intensidad de la acción misma."¹⁴⁹

Ago pone de relieve que la acción defensiva debe guardar relación con su objetivo, el de detener y repeler la agresión. El mismo párrafo agrega:

"La exigencia de la proporcionalidad de la acción ejecutada en legítima defensa ... concierne a la relación entre esa acción y el fin que se propone alcanzar ... detener y repeler la agresión." (Se ha agregado el subrayado.)

Ese propósito es el de detener y repeler la agresión, no el de exterminar al agresor ni el de perpetrar el genocidio de sus habitantes. En el contexto de ese objetivo, la referencia expresa que hace a las formas, la sustancia y la intensidad no puede ser interpretada en el sentido de que deje sin efecto todos los demás requisitos del derecho humanitario, como los relativos a los daños a Estados neutrales, el sufrimiento innecesario o el principio de la discriminación. La declaración de un jurista tan eminente no puede interpretarse en el sentido de descartar los requisitos clásicos del ius in bello los cuales, además, han contado con la aprobación sin reservas del Instituto de Derecho Internacional, que el Magistrado Ago presidió en forma tan distinguida. El Instituto, reunido en Edimburgo en 1969, aprobó por 60 votos contra 1 y 2 abstenciones una resolución¹⁵⁰ por la que se prohibían las armas que tuviesen indiscriminadamente objetivos militares y no militares, las fuerzas armadas y la población civil, y las destinadas a sembrar el terror en la población civil. El propio Ago votó con la mayoría.

También merece atención la sugerencia de que la resolución 984 (1995) del Consejo de Seguridad (Declaración escrita del Reino Unido, párr. 3.42 y anexo D) hace suya de alguna manera la opinión de que no cabe considerar que el empleo de armas nucleares como reacción ante un ataque armado sea necesariamente ilícito.

Una lectura cuidadosa de la resolución indica que apunta a asegurar a los Estados no poseedores de armas nucleares que el Consejo de Seguridad y los Estados poseedores de armas nucleares actuarán de inmediato en caso de que los primeros sean víctimas de una agresión nuclear. No hace mención alguna de las medidas que se han de adoptar para proteger a las víctimas. Si hubiese tenido la intención de hacerlo y si el uso de armas nucleares con ese fin fuese lícito, se trataba de la mejor ocasión posible para que el Consejo de Seguridad lo afirmase.

Para completar el argumento, cabe señalar que, incluso si el Consejo de Seguridad hubiese aprobado expresamente el empleo de esas armas, es esta Corte la autoridad última sobre cuestiones de licitud y esa observación, incluso de haber sido formulada, no obstaría para que la Corte se pronunciase en forma independiente sobre la cuestión.

¹⁴³ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1980, voi. II, parte I, párr. 121.

¹⁵⁰ Ya mencionada en la sección III. 11 supra.

El tercer elemento que hay que mencionar consiste en que gran parte de los argumentos de quienes se oponen a la ilicitud parecen empañar la distinción entre el ius ad bellum y el ius in bello. Cualesquiera que sean los fundamentos para recurrir al uso de la fuerza (ámbito del ius ad bellum), una vez que se emplea la fuerza el derecho que rige es el ius in bello. Las leyes humanitarias de la guerra tienen precedencia y rigen a todos los que participan, agresor y víctima por igual. El argumento se ha desarrollado como si, una vez presentada la excepción de legítima defensa respecto del empleo de la fuerza, el ius in bello dejara de ser aplicable. Este supuesto es erróneo en derecho e inadmisibles en la lógica. Lo que ocurre en realidad, naturalmente, es que el ius ad bellum no hace más que abrir la puerta para el empleo de la fuerza (en legítima defensa por el Consejo de Seguridad) y quien cruce esa puerta debe actuar de conformidad con el ius in bello. La afirmación de que la licitud del empleo de la fuerza justifica vulnerar el derecho humanitario es un non sequitur total y completo.

* * *

Por lo tanto, no cabe hacer excepción a la ilicitud del empleo de armas nucleares por el mero hecho de que éstas se hayan empleado en legítima defensa.

La legítima defensa colectiva, en caso de un ataque contra otro país, plantea las mismas cuestiones a que nos hemos referido.

La legítima defensa, entendida en el sentido de atacar al enemigo antes de que lo haga éste, no puede revestir la forma de un ataque nuclear, pues un primer ataque con armas nucleares queda necesariamente prohibido por los principios básicos a que nos hemos referido. En el contexto de las armas nucleares, cabe suponer que para estos efectos se podría contar con la avanzada tecnología moderna y con los precisos sistemas de armas que se están desarrollando.

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES

1- Dos perspectivas filosóficas

En la presente opinión se han enunciado muchas razones para llegar a la conclusión de que el empleo de armas nucleares, cualquiera que sea el fin, entraña el riesgo de la destrucción de la sociedad humana e incluso de la propia humanidad. Se ha señalado que toda norma que permita ese empleo es incompatible con el propio derecho internacional.

En la presente sección se harán dos consideraciones de índole filosófica, una basada en la racionalidad y la otra en la justicia.

En relación con la primera, los postulados del derecho tienen como supuesto previo el de que contribuyen a la existencia de la comunidad objeto de ese derecho y funcionan partiendo de la base de que esa comunidad seguirá existiendo. Sin el supuesto de esa existencia continua, ninguna norma jurídica y ningún ordenamiento jurídico pueden pretender validez, por atractivo que sea

el razonamiento de derecho en que se base. El estigma de la invalidez afecta no sólo a la norma concreta. El ordenamiento jurídico del que ella forma parte, se desmorona a su vez porque depende de que la sociedad subsista. Los ordenamientos jurídicos, parte de la sociedad, deben desmoronarse con la entidad principal de la que forman parte. Este supuesto, que ocupa el lugar central en el concepto de derecho, suele perderse de vista en el debate nuclear.

Sin querer entrar en modo alguno en una discusión filosófica de la naturaleza del derecho, bastará para los fines que nos interesan referirnos brevemente a dos consideraciones hechas por dos preeminentes teóricos del derecho en la era actual, H. L. A. Hart y John Rawls.

Hart, que propicia la escuela positivista, formuló este principio con precisión en una celebrada exposición del contenido mínimo del derecho natural al decir:

"Los términos del debate presuponen nuestro compromiso; lo que nos interesa son los arreglos de la sociedad para subsistir y no los arreglos para un club suicida." ¹⁵¹

Su razonamiento consiste en que:

"toda organización social debe contener ciertas normas de conducta para ser viable y esas normas constituyen en realidad un elemento común del derecho y la moralidad convencional de todas las sociedades que han avanzado hasta el punto en que cabe distinguirlas como formas distintas de control social." ¹⁵³

Es evidente que el derecho internacional constituye una forma social de control concebida y aceptada por los integrantes de la sociedad internacional, los Estados-nación.

Hart agrega que:

"Los principios universalmente reconocidos de conducta que tienen su base en verdades elementales sobre los seres humanos, su medio natural y sus objetivos, pueden ser considerados el contenido mínimo del derecho natural, a diferencia de las teorías más ambiciosas e impugnables que se han enunciado con ese nombre." ^{1,153}

Se trata de un mínimo reconocido y aceptado por la jurisprudencia positivista que impugna alguna de las hipótesis más literales de otras escuelas. Se trata del denominador común al que deben ajustarse todos los ordenamientos jurídicos.

¹⁵¹ H. L. A. Hart, The Concept of Law. 1961, pág. 188; se ha agregado el subrayado.

¹⁵² Ibíd.

¹⁵³ Ibíd., pág. 189; el subrayado está añadido.

La cuestión se puede enfocar desde otro punto de vista; en los tres últimos siglos los miembros de la comunidad internacional se han empeñado en la tarea de formular un conjunto de normas y principios para que rijan su conducta, las normas y principios que llamamos derecho internacional. Al hacerlo, deben preguntarse si en ese conjunto de normas tiene cabida una con arreglo a la cual fuese lícito, por cualquier razón, eliminar miembros de esa comunidad o, de hecho, la propia comunidad entera. Hay que preguntarse si cabe considerar que la comunidad internacional, que se rige por esa norma, le ha dado su aceptación en el marco del positivismo, del derecho natural u otro, y si la comunidad de las naciones es, recogiendo la expresión empleada por Hart, un "club suicida".

Han destacado también este aspecto juristas de países no poseedores de armas nucleares, que son absolutamente conscientes de las posibilidades a que hacen frente esos países en un conflicto entre otros Estados en el cual, por más que no sean partes, bien pueden ser las víctimas de la consiguiente devastación nuclear. El derecho internacional, que pretende ser un ordenamiento jurídico para toda la comunidad mundial, ¿puede dar cabida a principios que hagan posible la destrucción de sus comunidades?

"Ningún ordenamiento jurídico puede conferir a uno de sus miembros el derecho de aniquilar a la comunidad que le da origen y cuyas actividades apunta a regular. En otras palabras, no puede haber una norma jurídica que permita el empleo o la amenaza de las armas nucleares. Las armas nucleares constituyen una novedad sin precedentes que hace necesario replantearse la forma en que se interpreta el derecho internacional tradicional. Ello dejaría de manifiesto que no se trata de si hay una interpretación de las leyes de la guerra vigentes que prohíba el empleo o la amenaza de las armas nucleares y otra que lo permita. La cuestión no puede legítimamente ser resuelta en derecho porque éste no puede tolerar una interpretación que niegue su esencia misma. El objetivo del derecho es un orden racional de las cosas, con la supervivencia como elemento central, en circunstancias de que las armas nucleares disipan cualquier esperanza de alcanzarlo. En este sentido, las armas nucleares son ilícitas por definición.^{1,134}

Nagendra Singh, ex Presidente de esta Corte, recoge también el elemento en que insistía Hart en el sentido de que la finalidad debida de la actividad humana es la supervivencia al señalar, en su estudio fundamental sobre las armas nucleares, que:

"sería arrogante que una sola nación dijera que para salvar a la humanidad de la esclavitud era necesario destruirla ... Ninguna nación actuando por su cuenta tiene derecho a destruir a las demás, o siquiera a destruir cientos de millas de territorio y sus habitantes en la vana esperanza de que una humanidad lisiada y sufriente (un resultado cierto de la guerra nuclear) constituya un objetivo más encomiable que la pérdida de la

¹⁵⁴ B. S. Chimni, "Nuclear Weapons and International Law": Some Reflections", en International Law in Transition: Essays in Memory of Judge Nagendra Singh, 1992, pag. 142; se ha agregado el subrayado.

dignidad humana, resultado incierto que puede o no ocurrir tras el empleo de armas nucleares.”¹⁵⁵

En la misma obra, Nagendra Singh expresó la opinión de que "el empleo de armas nucleares no sólo es incompatible con las leyes de la guerra sino que es también irreconciliable con el propio derecho internacional" (pág. 17) .

Otro planteamiento filosófico de la cuestión gira en torno al "velo de ignorancia" de que hablaba John Rawls en su conocido estudio de la justicia como equidad"⁶.

Según esta escuela, para configurar un ordenamiento jurídico con sujeción al cual se esté dispuesto a vivir es preciso que sus miembros estén dispuestos a aceptarlo si tienen que decidirlo cubiertos por un velo de ignorancia en cuanto al lugar que corresponderá en el futuro a cada uno dentro de ese ordenamiento jurídico.

Mal cabe esperar que la nación que tenga que decidir si se ha de adherir o no a tal ordenamiento de derecho internacional, sin saber si ha de formar parte o no del grupo de países nucleares, lo acepte si el sistema incluye una norma en virtud de la cual se confiera licitud a la posibilidad de que otros empleen un arma que puede aniquilarla. Lo aceptaría aún menos si le fuere negado incluso el derecho a poseer armas de esa índole y menos aún si pudiere verse aniquilada o destruida en forma irreparable en un conflicto entre otros y en el que no fuera parte.

La nación a la que corriera en suerte formar parte del grupo de poseedores de armas nucleares estaría en condiciones ventajosas, pero, si existiera la posibilidad de quedar en el grupo de los no poseedores de las armas nucleares, ¿aceptaría una nación un ordenamiento jurídico de esa índole cubierta por un velo de ignorancia en cuanto al lugar que le tocaría? ¿Tendría alguna importancia que los miembros del grupo de poseedores de armas nucleares dieran seguridades, que nadie pudiese controlar, de que emplearían el arma únicamente en emergencias extremas? No cabe duda acerca de la respuesta a estas preguntas. Un ordenamiento jurídico de esa índole indudablemente carecería de equidad y de legitimidad.

Estos argumentos filosóficos tienen una importancia central porque deciden la cuestión de si la ilicitud del empleo constituirá un componente mínimo de un sistema de derecho internacional basado en la racionalidad o la justicia. Sobre cualquiera de estas dos bases, ampliamente aceptadas en la jurisprudencia moderna, la norma de derecho internacional aplicable a las armas nucleares consistiría en que su empleo sería inadmisibile.

En el debate sobre la licitud de las armas nucleares tienden a perderse de vista consideraciones fundamentales como las que anteceden. Esas

¹⁵⁵ Nagendra Singh, Nuclear Weapons and International Law?, 1959, pág. 243.

¹⁵⁶

John Rawls, A Theory of Justice, 1972.

consideraciones no pueden desestimarse cuando se trata de cuestiones inherentes a la validez de todo el sistema del derecho internacional.

2. Los fines de la guerra

La guerra nunca es un fin en sí mismo; no es más que un medio para alcanzar un fin y así quedó reconocido en la Declaración de St. Petersburgo de 1968 (a la que ya se ha hecho referencia en la sección III.3, relativa al derecho humanitario), según la cual el único objetivo legítimo de la guerra consistía en debilitar las fuerzas militares del enemigo. En consonancia con este principio, el derecho humanitario enunció la norma, a la que ya se ha hecho referencia, de que "el derecho de los beligerantes a adoptar medios para causar daños al enemigo no es ilimitado" (artículo 22 del Reglamento de La Haya, 1907)

Cualquier estudio de las leyes de la guerra carece de sentido a menos que esté fundado en los fines de la guerra, única manera de tener en cuenta las limitaciones de la guerra en su verdadero contexto. Para ello hay que adentrarse brevemente en la filosofía de los fines de la guerra y la bibliografía sobre esta materia se remonta a más de 2 0 siglos.

En el contexto de las armas hiperdestructivas, ya se ha hecho referencia a la tradición clásica de la India, consignada en las mayores obras épicas de ese país, el Ramayana y el Mahabharatha. La prohibición de esas armas obedecía a que rebasaban los fines de la guerra.

Exactamente lo mismo enseñaba Aristóteles, que, en el Libro VII de su *Política*, escribía "la guerra no debe considerarse más que un medio de alcanzar la paz"¹⁵⁷. Como se recordará, Aristóteles trazó una distinción entre los actos que no eran más que necesarios o útiles y los que eran buenos en sí mismos. La paz era buena en sí misma y la guerra no era más que un medio para alcanzar ese fin. Sin el fin deseado, la paz, la guerra carecería de sentido y de utilidad. Si aplicamos estos principios a la hipótesis nuclear, una guerra que destruya a la otra parte carece por completo de sentido y de utilidad y, por lo tanto, de justificación. Aristóteles veía la guerra como una interrupción temporal de la normalidad que daba origen a un nuevo equilibrio cuando, inevitablemente, llegaba a su fin.

La filosofía del equilibrio de poder que predominaba en la diplomacia europea a partir de la Paz de Utrecht de 1713 partía del supuesto no de la eliminación del adversario sino del logro de un equilibrio práctico de poder en el cual cupiera un lugar al vencido. Incluso la filosofía extrema de que la guerra era una continuación de los procesos de la diplomacia, propiciada por Clausewitz, partía del supuesto previo de que la nación vencida seguiría existiendo como entidad viable.

La propia Carta de las Naciones Unidas parte del principio fundamental de que el empleo de la fuerza está proscrito (con la excepción estrictamente limitada de la legítima defensa) y de que su propósito consiste en liberar a la

humanidad del flagelo de la guerra. El resultado que prevé la Carta es la paz entre las partes y no la devastación total de una de las partes en el conflicto.

Las armas nucleares hacen que estas filosofías no tengan aplicación. Los intercambios nucleares del futuro, de haberlos, tendrán lugar en un mundo en que nadie tiene el monopolio de las armas nucleares. La guerra nuclear no terminará con el empleo de un arma nuclear por una Potencia, como ocurrió en el caso del Japón. Inevitablemente habrá un intercambio, especialmente en un mundo en que está prevista la represalia automática e instantánea con armas nucleares en caso de un ataque nuclear.

En una guerra de esa índole, ninguna nación puede sobrevivir como entidad viable. El espíritu imperante en el desierto nuclear será de absoluta desesperación de los vencedores (de haberlos) y los vencidos por igual. Nos encontramos con una metodología de la guerra que va más allá de los propósitos de ésta.

3. Concepto de "amenaza de la fuerza" en la Carta de las Naciones Unidas

La pregunta formulada por la Asamblea General se refiere al empleo de la fuerza y a la amenaza de la fuerza. En teoría, el empleo de la fuerza, incluso con el arma más sencilla, es ilícito con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas. No tiene sentido, por lo tanto, estudiar si el empleo de la fuerza con un arma nuclear es contrario al derecho internacional. Cuando está proscrito incluso el empleo de una simple escopeta, no tiene mayor sentido preguntarse si está proscrita el arma nuclear.

En cambio hay que prestar atención a la cuestión de la amenaza de la fuerza en el sentido de la Carta. Para determinarla, es preciso examinar el concepto de amenaza de la fuerza en la Carta.

El párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas proscribe la amenaza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado. La Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad (1970) reafirma que:

"Tal amenaza o uso de la fuerza constituye una violación del derecho internacional y de la Carta de las Naciones Unidas y no se empleará nunca como medio para resolver cuestiones internacionales." (Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General)

La Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía (resolución 2131 (XX) de la Asamblea General) y la Declaración de 1987 sobre el mejoramiento del principio de la abstención de la utilización de la fuerza (resolución 42/22 de la Asamblea General, párr. 2) son otros documentos en que se confirma el entendimiento de la comunidad internacional de que la amenaza no tiene cabida en el ámbito del derecho internacional.

Cabe observar que la Carta de las Naciones Unidas no distingue entre el empleo y la amenaza de la fuerza. Ambas están excluidas por igual del ámbito del derecho.

La prohibición incondicional de la amenaza de la fuerza encuentra también confirmación en numerosos documentos internacionales, entre ellos, la Declaración de 1949 sobre las bases esenciales de la paz (resolución 290 (IV) de la Asamblea General); la Declaración de 1970 sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional (resolución 2734 (XXV) de la Asamblea General) y la Declaración de 1988 sobre la prevención y la eliminación de controversias y de situaciones que puedan amenazar la paz y la seguridad internacionales y sobre el papel de las Naciones Unidas en esa esfera (resolución 43/51 de la Asamblea General). Según el Acta Final de Helsinki (1975), los Estados participantes deberán abstenerse de la amenaza o el uso de la fuerza. El Pacto de Bogotá (Tratado americano de soluciones pacíficas) es aún más específico y exige que las partes contratantes se abstengan "de la amenaza, del uso de la fuerza o de cualquier otro medio de coacción para el arreglo de esas controversias".

Así, pues, el principio de no recurrir a la amenaza de la fuerza tiene fundamentos tan sólidos como el de no emplearla y, en sus muchas formulaciones, no ha quedado sujeto a excepción alguna. Por lo tanto, si la disuasión es una forma de amenaza, debe quedar comprendida en la prohibición de recurrir a la amenaza de la fuerza.

En la sección VII.2 se encontrará un análisis más detallado del concepto de disuasión.

4. La igualdad concepto inseparable de las leyes de la guerra

El actual ordenamiento jurídico internacional tiene incorporadas algunas desigualdades estructurales, pero los elementos de fondo del derecho internacional, el corpus de normas y principios, se aplican a todos por igual. La igualdad de todos los que están sometidos a un ordenamiento jurídico es fundamental a los efectos de su integridad y legitimidad y lo mismo ocurre con el conjunto de principios que constituyen el corpus del derecho internacional. No puede haber un derecho para los poderosos y otro para los demás. Ningún ordenamiento interno aceptaría un principio de esa índole y menos puede hacerlo un sistema internacional basado en el concepto de igualdad.

Como dijera el Ministro de Justicia de los Estados Unidos, John Marshall, en 1925, "ningún principio del derecho general está más universalmente reconocido que el de la perfecta igualdad de las naciones. Rusia y Ginebra tienen los mismos derechos"¹⁵⁸. Al igual que con todos los componentes del ordenamiento jurídico internacional, el concepto de igualdad forma parte inseparable de las leyes de la guerra.

¹⁵⁸ The Antelope Case, (1825) 10 Wheaton, pág. 122. Véase "Un enano es tan persona como un gigante; una república pequeña no es menos Estado soberano que el reino más poderoso". (Droit des Gens. en Classics of International Law, S. 18.)

Hay otra anomalía; si con arreglo al derecho internacional consuetudinario el empleo de armas nucleares fuese lícito, ello sería incompatible con el hecho de que se niegue a 180 de los 185 miembros de las Naciones Unidas siquiera el derecho a poseer esas armas. El derecho internacional consuetudinario no puede funcionar en forma tan dispar, especialmente si, como sostienen las Potencias nucleares, el empleo de esas armas es esencial para su legítima defensa. La legítima defensa es uno de los derechos más preciados de los Estados y el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas lo reconoce como derecho inherente de cada uno de los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Es totalmente inaceptable sostener que los distintos miembros de la familia de las Naciones Unidas tengan ese derecho en distinto grado.

Las desigualdades de facto siempre han existido y seguirán existiendo mientras la comunidad mundial esté integrada por Estados soberanos, necesariamente dispares en tamaño, poder, riqueza e influencia. Sin embargo, la conversión de la desigualdad de facto en una desigualdad de jure significa un gran salto conceptual. Es el salto que dan precisamente quienes aducen, por ejemplo, que los Protocolos de los Convenios de Ginebra, al no pronunciarse sobre la prohibición del empleo de armas nucleares, estaban reconociendo tácitamente la legitimidad de su uso por las Potencias nucleares. Ese silencio representaba un acuerdo en el sentido de no hablar de la cuestión y no un consentimiento en cuanto a la licitud del uso. Los "entendimientos" que estipularon los Estados Unidos y el Reino Unido en el sentido de que las normas establecidas o las introducidas por el Protocolo adicional de 1977 a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 no regirían ni prohibirían el empleo de armas nucleares no redundan en desmedro de los principios básicos que precedieron a esos acuerdos oficiales y encontraron egresión en ellos. No tienen un fundamento conceptual ni jurídico que pueda socavar esos principios y es conceptualmente imposible considerar que el silencio de tales disposiciones deja sin efecto esos principios o tiene primacía respecto de ellos.

Caben consideraciones similares respecto del argumento de que los tratados que imponen la prohibición parcial de las armas nucleares deben ser interpretados como una aceptación tácita de su licitud.

Ese argumento no tiene fundamento. Quien hace arreglos prácticos en el contexto de una situación que no está en condiciones de evitar no consiente en ella ni reconoce su licitud. Esa circunstancia no puede servir de reconocimiento de la validez de esa situación. Malasia usó como analogía en este contexto los programas de canje de jeringas para minimizar la propagación de enfermedades entre los drogadictos. Esos programas no se pueden interpretar en el sentido de que el uso indebido de drogas sea lícito (Observaciones escritas, pág. 14). Lo importante es que, entre la multitud de resoluciones y declaraciones que se refieren a las armas nucleares, no existe una que sancione el empleo de esas armas para fin alguno.

Sería inconcebible que hubiese un principio jurídico por el cual algunas naciones tuviesen el derecho de emplear en legítima defensa armas químicas o bacteriológicas y otras no. El principio en juego en la afirmación de algunas naciones de que pueden emplear armas nucleares en legítima defensa no tiene una base jurídica distinta.

Otra característica que hay que tener en cuenta en este contexto se refiere a que, por definición, la comunidad de las naciones es voluntarista. Ninguno de sus elementos impone limitaciones sobre los otros desde arriba. La estructura de esa índole únicamente es posible cuando se da la premisa básica de la igualdad. De lo contrario, "existe el peligro muy real de que el derecho se convierta en poco más que la expresión de la voluntad del más fuerte"¹⁵⁹.

Para que el corpus de derecho internacional conserve la autoridad que necesita para desempeñar sus múltiples funciones en la comunidad internacional, es preciso que en cada uno de sus componentes se cumpla el requisito de igualdad. De hecho, el sistema constitucional internacional ha incorporado algunas desigualdades estructurales, pero se trata de una situación muy diferente a la de introducir desigualdades en el corpus de derecho sustantivo por el cual se rigen todas las naciones por igual.

Huelga mencionar que todo lo que antecede está encuadrado en el contexto de la ilicitud absoluta del empleo de armas nucleares por cualquier potencia y en cualquier circunstancia. Este es el único sentido en el cual el principio de la igualdad, básico en el derecho internacional, puede ser aplicado al importante problema internacional de las armas nucleares.

5. La contradicción lógica de un doble régimen en las leyes de la guerra

Si el derecho humanitario es inaplicable a las armas nucleares, nos encontramos ante la contradicción lógica de que las leyes de la guerra sean aplicables a algunos tipos de armas y no a otros, en circunstancias de que es posible utilizar simultáneamente los dos tipos de armas. Habría un conjunto de principios aplicable a todas las demás armas y otro a las armas nucleares. De emplearse en la misma guerra las dos categorías de armas, las leyes del conflicto armado quedarían sumidas en la confusión y el desorden.

El Japón es una nación contra la cual se han empleado los dos tipos de armas y no cabe sorprenderse de que hayan sido eruditos japoneses quienes prestaran atención en primer lugar a esta cuestión. El profesor Fajita en un artículo al que hemos hecho referencia observó:

"Esta separación de la reglamentación de la guerra convencional y la nuclear arrojará un extraño resultado que no es fácil imaginar, porque en algún momento se emplearán al mismo tiempo y en las mismas circunstancias armas convencionales y armas nucleares en un conflicto armado en el futuro."¹⁶⁰

Este doble régimen es incompatible con todos los principios de derecho y no se han aducido razones de principio para dejar a las armas nucleares exentas del régimen normal de derecho aplicable a todas las demás. Las razones que se han

¹⁵⁹

Weston, op. cit., pág. 254.

¹⁶⁰

pág. 77.

(1982) 3 Kansai University Review of Law and Political Science.

aducido obedecen únicamente a consideraciones políticas o de conveniencia, dicotomía que no puede aceptar un tribunal ni órgano alguno que aplique uniformemente las ciencias jurídicas.

Es interesante observar en este contexto que incluso los países que no niegan que las armas nucleares sean ilícitas per se incluyen en sus manuales para las fuerzas armadas instrucciones en el sentido de que las armas nucleares sean objeto de las mismas normas que se aplican a las demás armas en un conflicto armado¹⁶¹.

6. La adopción de decisiones respecto de las armas nucleares

El proceso de adopción de decisiones respecto del empleo de armas nucleares es un factor que hay que tener en cuenta para determinar la licitud de ese empleo, teniendo en cuenta el enorme peligro de devastación mundial que entraña.

La decisión de emplear armas nucleares, de ser tomada, tendería a serlo en circunstancias que no admitirían una minuciosa evaluación de la licitud. Probablemente habrá de tomarse en un momento muy emocional, con muy poco tiempo y sin tener claros los hechos. No se tratará de una decisión cuidadosamente ponderada y tomada tras una evaluación detallada y objetiva de todas las circunstancias de hecho. Se tomaría en un entorno de inmensa presión y tensión. Habría que determinar en un lapso de minutos cuestiones jurídicas que requerirían una detallada evaluación e incluso tendrían que hacerlo militares en lugar de personas con formación jurídica y, sin embargo, esas cuestiones son tan complejas que la Corte ha tenido que dedicarle su atención durante meses. No es justo que el destino de la humanidad dependa de una decisión tomada en esas circunstancias.

Se han hecho estudios del proceso de adopción de decisiones respecto de las armas nucleares y en ellos se indican cuatro características de una guerra nuclear¹. Esas características son las siguientes:

1. La falta de tiempo para tomar decisiones cruciales. Este constituye el aspecto fundamental de todas las crisis;
2. Todo lo que está en juego y, en particular, la expectativa de un grave perjuicio al interés nacional;
3. El elevado grado de incertidumbre dimanado de la falta de información clara como ¿qué está pasando?, ¿cuáles son las intenciones del enemigo?; y
4. Las consideraciones políticas que suelen limitar a las autoridades al reducir sus opciones.

¹⁶¹ Véase Burns H. Weston, op. cit., pág. 252, nota 105.

¹⁶² Véase Conn Nugent, "How a Nuclear War Might Begin", en Proceedings of the Sixth World Congress of the International Physicians for the Prevention of Nuclear War, op. cit., pág. 117.

Si las autoridades tienen que actuar en ese entorno y deben ponderar sin directriz alguna la difícil cuestión de si el empleo de esas armas es o no lícito, el peligro de ilicitud es enorme.

A mi juicio, las armas nucleares deben ser declaradas ilícitas en todas las circunstancias. De ser lícitas en algunas circunstancias, por improbable que sea, hay que identificarlas (de lo contrario, una situación ya confusa lo será aún más).

VI. LA ACTITUD DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL RESPECTO DE LAS ARMAS NUCLEARES

Dejando de lado la importancia de consideraciones tales como la conciencia de la humanidad y los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, esta sección cobra también pertinencia porque el derecho de las Naciones Unidas dimana de la voluntad de los pueblos que las integran y, desde sus principios, no ha habido un tema que haya atraído en forma tan sostenida y generalizada la atención de la comunidad de sus miembros. El apartheid fue uno de los grandes problemas internacionales en que se centró la atención hasta hace poco tiempo, pero probablemente haya habido una corriente más profunda de preocupación continua por las armas nucleares y todo el mundo comparte la repulsión por sus posibles consecuencias. La desaprobación de las armas nucleares en todo el mundo jamás ha disminuido y no cabe duda de que no lo hará mientras siga habiendo armas de ese tipo en los arsenales del mundo.

1. El carácter universal del objetivo último de la eliminación total

La actitud de la comunidad internacional respecto de las armas nucleares ha sido inequívoca: constituyen un peligro para la civilización y hay que eliminarlas. La necesidad de eliminarlas por completo ha sido objeto de varias resoluciones de la Asamblea General escritas en términos categóricos y a las que se hace referencia en otra parte de la presente Opinión.

La declaración más reciente de la comunidad internacional a este respecto tuvo lugar en la Conferencia de 1995 de las Partes encargada del examen y la prórroga del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, en cuyos "Principios y objetivos para la no proliferación de las armas nucleares y el desarme" se insistió en "los objetivos finales de la total eliminación de las armas nucleares y un tratado sobre el desarme general y completo". Se trataba de un sentimiento expresado unánimemente por la comunidad mundial y de un claro compromiso de todos y cada uno de los Estados en hacer todo lo posible por lograr la total eliminación de esas armas.

El Tratado sobre la no proliferación, lejos de legitimar la posesión de armas nucleares, apuntaba a su liquidación y eliminación. En su preámbulo se insta inequívocamente a que se liquiden todas las reservas existentes y se eliminen las armas nucleares en los arsenales nacionales. La posibilidad de conservar la posesión de esas armas que en él se preveía no era absoluta sino que estaba sujeta a una condición fundamental, la celebración de buena fe de

negociaciones acerca de medidas efectivas relativas a la cesación de la carrera de armamentos nucleares a la brevedad. Esta condición y el Tratado en su totalidad tenían como elemento intrínseco no la aceptación de las armas nucleares sino su condena y repudio. Esa era la situación cuando el Tratado entró en vigor el 5 de marzo de 1970 y esa seguía siendo la situación cuando se celebró en 1995 la Conferencia de las partes encargada del examen y la prórroga del Tratado¹⁶³.

La Conferencia encargada del examen y la prórroga del Tratado sobre la no proliferación no era una novedad desde el punto de vista de su carácter universal ni de la decisión del compromiso expresado, sino que se trataba simplemente de una reiteración de las opiniones expresadas en la primera resolución que aprobaron las Naciones Unidas en 1945. Sería entonces procedente afirmar que, desde el establecimiento de las Naciones Unidas hasta el día de hoy, ha habido un compromiso universal con la eliminación de las armas nucleares, que no era más que la consecuencia natural de la repulsión universal de todas esas armas y sus consecuencias devastadoras.

2. Mayorías abrumadoras en favor de la total eliminación de las armas nucleares

Esta afirmación, expresada con absoluta claridad en numerosas declaraciones de la Asamblea General, sirve de antecedente para el examen del derecho aplicable, al que pasamos a continuación.

Nadie discute que la mayoría abrumadora de los Estados se opone a las armas nucleares y procura su eliminación total.

En la primera resolución de la Asamblea General, aprobada en su decimoséptima sesión plenaria, celebrada el 24 de enero de 1946, se estableció una comisión cuyo mandato consistía, entre otras cosas, en formular propuestas concretas para "eliminar de los armamentos nacionales las armas atómicas, así como todas las armas ... capaces de causar destrucción colectiva de importancia".

En Belgrado, en 1961, los Jefes de Estado de los países no alineados se pronunciaron claramente en cuanto a la necesidad de concertar un acuerdo mundial por el cual se prohibieran todos los ensayos nucleares. El movimiento de los países no alineados, integrado por 113 países de Asia, África, América Latina y

¹⁶³ En el párrafo 4 de la decisión 2, relativa a los principios y objetivos para la no proliferación de las armas nucleares y el desarme, adoptada en esa Conferencia, se estipulaba como obligación de los Estados Partes, inextricablemente vinculada con la prórroga del Tratado con el objetivo siguiente, "... La resuelta realización por los Estados poseedores de armas nucleares de esfuerzos sistemáticos y progresivos para reducir las armas nucleares a nivel mundial, con el objetivo mundial de eliminar esas armas" (párr. 4c)). Asimismo, la Conferencia de Desarme había de terminar en 1996 a más tardar las negociaciones sobre un tratado para la prohibición completa de los ensayos nucleares (párr. 4a)).

Europa, comprende no sólo la gran mayoría de la población mundial sino también la mayor parte de los recursos naturales del planeta y de su diversidad biológica. El movimiento ha propiciado el objetivo de la abolición de las armas nucleares y ha apoyado continuamente una cantidad de resoluciones¹ de la Asamblea General y otros foros internacionales con el mismo objetivo. Las enormes mayorías de Estados que instan a que no se empleen las armas nucleares no pueden dejar mayor duda en cuanto al sentimiento general de la comunidad mundial a este respecto.

Los Estados que han comparecido ante la Corte han indicado una lista de resoluciones y declaraciones de las Naciones Unidas en que queda de manifiesto la actitud de la mayoría abrumadora de los miembros de esa organización respecto de estas armas. Varias de esas resoluciones no se limitan a describir el empleo de armas nucleares como una violación del derecho internacional sino que afirman también que constituye un crimen de lesa humanidad.

Entre estas últimas hay que mencionar las resoluciones relativas al no empleo de las armas nucleares y la prevención de la guerra nuclear aprobadas por la Asamblea General en 1978 y 1979, 1980 y 1981 por, respectivamente, 103, 112, 113 y 121 votos a favor, 18, 16, 19 y 19 votos en contra y 18, 14, 14 y 6 abstenciones. Bien cabe calificar éstas de mayorías abrumadoras (véase el apéndice IV de las observaciones escritas presentadas por Malasia).

Las resoluciones en que se enuncia como objetivo la eliminación de las armas nucleares son innumerables. Un Estado (Malasia) ha enumerado en sus observaciones escritas no menos de 49 resoluciones en ese sentido, varias de las cuales fueron aprobadas por mayorías similares y algunas sin votos en contra y con tres o cuatro abstenciones únicamente. Por ejemplo, la resolución relativa la concertación de arreglos internacionales eficaces para dar seguridades a los Estados no poseedores de armas nucleares respecto del empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares fue aprobada en 1986 y 1987 por, respectivamente, 149 y 151 votos a favor, ninguno en contra y 4 y 3 abstenciones. Esas resoluciones, que propician el objetivo de la eliminación total, manifiestan el sentimiento mundial de que las armas nucleares son contrarias a los intereses generales de la comunidad de las naciones.

Las declaraciones de la Asamblea General, principal órgano representativo de la comunidad mundial, no constituyen derecho por sí mismas, pero, cuando se reiteran en forma continua, con la frecuencia y en los términos resueltos en que se han aprobado, afianzan considerablemente la opinión de que, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, el empleo o la amenaza de las armas nucleares es inadmisibles. En combinación con todas las demás manifestaciones de desaprobación mundial del empleo o la amenaza del empleo de las armas nucleares, la confirmación de esta posición se afianza aún más. La cuestión de que algunas de las resoluciones de la Asamblea General sean o no de lege ferenda merece un

cuidadoso estudio y no falta entre los eruditos apoyo considerable por la afirmativa¹⁶⁵.

Si bien el principal impulso para estas resoluciones procedía del Grupo de Países no Alineados, otros Estados que no pertenecen a él han apoyado también la opinión de ilicitud. Entre los Estados no miembros del Grupo de Países no Alineados que sostuvieron la ilicitud de esas armas ante esta Corte se incluyen Suecia, San Marino, Australia y Nueva Zelanda. Además, la opinión está muy dividida incluso en los países que no sostienen que las armas nucleares sean ilícitas. Por ejemplo, fuimos remitidos a una resolución aprobada el 13 de julio de 1995 por el Senado de Italia en que se recomendaba al Gobierno de ese país que asumiera una posición favorable a un fallo de esta Corte en el cual se condenara el empleo de las armas nucleares.

Hay que recordar también que, de los 185 Estados Miembros de las Naciones Unidas, cinco únicamente tienen armas nucleares y han anunciado una política basada en ellas. Desde el punto de vista de la creación de una costumbre internacional, la práctica y la política de cinco de 185 Estados no parece una base suficiente para hacer valer la creación de una costumbre, cualquiera que sea la influencia que tengan esos cinco Estados en el mundo. Como señaló Malasia:

"Si las leyes de la humanidad y los dictados de la conciencia pública exigen que esas armas sean prohibidas, los cinco Estados poseedores de armas nucleares, por poderosos que sean, no pueden alzarse en su camino." (CR 95/27, pág. 56)

Habida cuenta de la preponderante mayoría de la opinión de los Estados, es difícil afirmar que no haya una opinio juris contra el empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares y, ciertamente, es imposible aducir que hay una en favor de la licitud de su empleo o amenaza.

3. La opinión pública mundial

A todas esas opiniones oficiales hay que sumar la mayor parte de la opinión pública en todo el mundo. Sociedades académicas, grupos profesionales, denominaciones religiosas, organizaciones de mujeres, partidos políticos, federaciones de estudiantes, sindicatos, organizaciones no gubernamentales y prácticamente todos y cada uno de los grupos por conducto de los cuales se expresa la opinión pública han expresado firmes protestas contra las armas nucleares. Existen cientos de esos grupos en todo el mundo. Los nombres que enunciamos a continuación no son más que ejemplos de organizaciones de esa índole: la Asociación Internacional de Médicos para la Prevención de la Guerra Nuclear, Campaña Médica contra las Armas Nucleares, los Científicos contra las Armas Nucleares, el Pueblo en pro del Desarme Nuclear, la Asociación

¹⁶⁵ Por ejemplo, en Brownlie, Principles of Public International Law, cuarta edición, 1990, pág. 14, se califica de resolución de lege ferenda la resolución 1653 {XVI} de 1961, en que se describe el empleo de armas nucleares y termonucleares.

Internacional de Abogados contra las Armas Nucleares, Artistas en pro del Desarme Nuclear Internacional, los científicos sociales contra la guerra nuclear, la Sociedad para un Futuro Libre de Armas Nucleares, la Federación Europea contra las Armas Nucleares, la Fundación para la Paz en la Era Nuclear, la Campaña pro Desarme Nuclear y la Campaña de los Niños en pro del Desarme Nuclear. Proceden de todos los países, comprenden todos los ámbitos de la vida y representan el mundo entero.

Al comienzo de la presente Opinión se ha hecho referencia a los millones de firmas que ha recibido esta Corte.

4. Prohibiciones actuales

El ámbito de la prohibición en derecho de la presencia de armas nucleares incluye ahora un importante espacio en la superficie del planeta y la totalidad del espacio que está por encima de esa superficie y del que está por debajo de la superficie de los océanos. Entre los tratados que surten ese efecto hay que mencionar el Tratado Antártico de 1959, el Tratado de Tlatelolco de 1967 respecto de América Latina y el Caribe, el Tratado de Rarotonga de 1985 respecto del Pacífico Sur y el Tratado de El Cairo respecto de África de 1996. Existen además el Tratado por el que se prohíben los ensayos con armas nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua y el Tratado de 1971 sobre prohibición de emplazar armas nucleares y otras armas de destrucción en masa en los fondos marinos oceánicos y su subsuelo (véase el documento CR 95/22, pág. 50). Así, pues, la mayor parte del espacio total en que hay actividad humana en el planeta ha sido declarada libre de armas nucleares, resultado que no se habría alcanzado si no fuese por el acuerdo universal que existe en cuanto al peligro incontrolable que plantean esas armas y la necesidad de eliminarlas por completo.

5. Prohibiciones parciales

El concepto de prohibiciones parciales y de reducciones de los arsenales de armas nucleares tampoco podría haber arrojado los resultados que se advierten en la actualidad si no fuera por la existencia de un sentimiento común en el mundo. Entre esas medidas revisten importancia el Tratado de prohibición parcial de ensayos (1963) , en el que se prohíben los ensayos con armas nucleares en la atmósfera y el Tratado sobre la no proliferación nuclear, de 1968. En ellos no sólo se prohíben los ensayos con armas nucleares en ciertas circunstancias sino que se incluyen disposiciones contrarias a la proliferación horizontal de las armas nucleares mediante la imposición de ciertas obligaciones jurídicas tanto a los Estados que poseen armas nucleares como a los que no las poseen. El Tratado sobre la prohibición total de los ensayos nucleares, actualmente en el proceso de negociación, apunta a eliminar todos los ensayos. Los acuerdos START (START I y START II) tienen por objeto una reducción considerable, unas 2.000 armas al año, de los arsenales nucleares de los Estados Unidos y de la Federación de Rusia.

6. ¿Cuáles son los Estados más directamente interesados?

Si los Estados poseedores de armas nucleares son los más interesados, su opinión en contrario constituye un importante factor que hay que tener en cuenta, aunque numéricamente constituyan una pequeña proporción (alrededor del 2.7%) de los 185 Estados que componen las Naciones Unidas.

Las Potencias nucleares han insistido en este aspecto de que constituyen los Estados más particularmente interesados.

Sin embargo, no hay por qué precipitarse a suponer que, cuando se trata de armas nucleares, los Estados que las poseen sean necesariamente los más interesados. Los Estados poseedores de armas nucleares poseen esas armas pero no sería realista no tener en cuenta a quienes sufrirían los efectos una vez que se emplearan esas armas. Estos se encontrarían también entre los Estados más interesados, pues sus territorios y su población quedarían expuestos al peligro de los efectos de las armas nucleares en la misma forma que los de las potencias nucleares si alguna vez se emplearan estas armas. Egipto hace esta observación en el documento que presentó (CR 95/23, pág. 40).

Para someter a prueba la validez del postulado de que los Estados poseedores de armas nucleares son los más particularmente afectados, sería útil ver el caso de los ensayos de armas nucleares. Supongamos que una Potencia metropolitana hubiese de realizar un ensayo nuclear en una colonia distante, pero que los controles fueran tan insatisfactorios que hubiese una filtración de material radioactivo. Si los países afectados protestasen sobre la base de la ilicitud de los ensayos, sería curioso que la Potencia metropolitana tratara de aducir que, al ser la poseedora del arma, constituye él Estado más interesado. Evidentemente los más perjudicados son los Estados en los cuales las armas surten sus efectos. La situación prácticamente no cambia en el contexto de una guerra, ya que el Estado que es blanco del arma que explota sobre su territorio no puede contener la radiación que se produce. Sería absolutamente legítimo que los Estados vecinos adujeran que son ellos los más afectados y no el que posee la bomba.

Esta afirmación sería válida incluso con prescindencia de la protestas del Estado en cuyo territorio explotara efectivamente el arma y la pertinencia de esto es evidente si se tiene en cuenta que, de las docenas de guerras que ha habido desde 1945, prácticamente ninguna ha tenido lugar en territorio de una Potencia nuclear. Hay que tener en cuenta esta circunstancia al examinar la cuestión de los Estados más interesados.

Un planteamiento equilibrado de la cuestión consistiría en afirmar que ningún grupo de países (poseedores o no de armas nucleares) puede afirmar que sus intereses son los más particularmente afectados. Las armas nucleares afectan en particular a todos y cada uno de los países del mundo porque, cuando lo que está en juego es la supervivencia, ésta interesa a todos por igual.

7. Los Estados, al participar en tratados regionales, ¿han reconocido la licitud de las armas nucleares?

Los Estados Unidos, el Reino Unido y Francia han adoptado en sus declaraciones escritas la postura de que, al firmar un tratado regional como el Tratado de Tlatelolco que prohíbe el empleo de armas nucleares en América Latina y el Caribe, los signatarios indicaron tácitamente que no existía una prohibición general respecto del empleo de armas nucleares.

Los signatarios de esos tratados tratan de establecer y afianzar un régimen de no proliferación en sus respectivas regiones, no porque no acepten la ilicitud general de las armas nucleares sino porque los Estados partidarios de éstas no lo hacen.

La posición de los Estados de la región queda de manifiesto en la votación de numerosas resoluciones de la Asamblea General; en efecto, varios de ellos, Costa Rica por ejemplo, han votado partiendo de la base de que el empleo de armas nucleares es un crimen de lesa humanidad, una violación de la Carta de las Naciones Unidas o una violación del derecho internacional.

El propio texto del Tratado indica claramente cual es la actitud respecto de las armas nucleares de quienes lo suscribieron, pues las califica de "atentado a la integridad de la especie humana" y señala que "pueden tornar finalmente toda la Tierra inhabitable".

VII. ALGUNOS CASOS ESPECIALES 1. El Tratado sobre la no proliferación

Se ha aducido que el Tratado sobre la no proliferación reconoce tácitamente la licitud de las armas nucleares, porque todos los Estados participantes aceptan sin objeción que las Potencias nucleares sean poseedoras de armas nucleares. Este argumento suscita numerosas cuestiones, entre ellas las siguientes:

- i) Como ya se ha señalado, el Tratado sobre la no proliferación no guarda relación con la cuestión del empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares. En ninguna disposición se faculta a nadie para emplear esas armas ni amenazar con hacerlo.
- ii) El Tratado apuntaba a hacer frente a una situación en que la comunidad mundial se vería ante una realidad innegable; existía un número considerable de armas nucleares y esas armas podían proliferar. El objetivo inmediato de la comunidad mundial consistía en reducir el número de estas armas.

Como insistieron ante la Corte algunos Estados en sus presentaciones, el Tratado fue redactado teniendo como telón de fondo el elemento real de que, con prescindencia de que la comunidad internacional aprobara o no tal situación, había un número reducido de Estados poseedores de armas nucleares y un número enorme de Estados que no las poseían. Lo

concreto era que los Estados nucleares no iban a renunciar a sus armas, que la proliferación constituía un grave peligro y que había que hacer todo lo posible por impedirla, al tiempo de reconocer que el objetivo último y común era la eliminación de esas armas.

- iii) Como ya se ha señalado, la aceptación de una situación inevitable no equivale a consentir en ella; aceptar la existencia de una situación no deseable pero que no se puede impedir es muy distinto de consentir en ella.
- iv) En estas circunstancias, no puede decirse que el derecho de posesión entrañe también el derecho de emplear un arma o amenazar con su empleo. El derecho de posesión, de existir, era temporal y sujeto a restricciones hasta el momento en que se redujera el número de armas nucleares.
- v) En el preámbulo del Tratado se ponía absolutamente de manifiesto que su objetivo consiste en:

"La cesación de la fabricación de armas nucleares, la liquidación de todas las reservas existentes ... y la eliminación de las armas nucleares y sus vectores en los arsenales nacionales ..."¹¹

En el Preámbulo que, hay que señalarlo, representa la opinión unánime de todas las partes, poseedoras o no de armas nucleares, se califica el empleo de armas nucleares en una guerra de "devastación que se infligiría a la humanidad entera".

Hay claros indicios de que el Tratado, lejos de reconocer la legitimidad de las armas nucleares, constituía en realidad un intento concentrado de la comunidad mundial por mantener los arsenales nucleares en el número que ya tenían, con miras a su eliminación total. El reconocimiento unánime de la necesidad de eliminar un arma y la adopción de medidas concertadas para hacerlo es incompatible con la creencia de parte de la comunidad mundial de que sería legítimo que siguiera habiendo armas nucleares en los arsenales de las Potencias que las poseen;

- vi) Incluso si la posesión fuese legitimada por el Tratado, la legitimación no sería más que temporal y no iría más allá de la posesión. El alcance y el texto del Tratado ponen de manifiesto que se trataba de una situación temporal de posesión simpliciter y nada más, a la que los signatarios daban su consentimiento a cambio de la promesa de que las potencias nucleares harían todo lo posible por eliminar armas que todos los signatarios consideraban tan inadmisibles que era preciso eliminarlas. No se trataba de un reconocimiento de un derecho sino sólo de un hecho. No se admitía la legalidad de ese hecho, pues de lo contrario no habría sido necesario exigir un quid pro quo, que las Potencias nucleares procurasen de buena fe hacer todo lo posible por eliminar esas armas cuya inadmisibilidad era la premisa básica en que descansaba todo el Tratado.

2• Disuasión

Ya se ha hecho referencia a la disuasión en esta Opinión en el contexto del Tratado sobre la no proliferación. Sin embargo, hay que referirse a otros aspectos porque la disuasión tiene que ver con la amenaza del empleo, que es una de las cuestiones respecto de las cuales se recaba la opinión de la Corte.

i) El significado de disuasión

Básicamente, la disuasión significa que la parte que recurre a ella hace saber al resto del mundo que se propone emplear su poderío nuclear contra un Estado en caso de ser atacado. Este concepto requiere un poco más de análisis.

ii) Disuasión ¿de qué?

En el contexto de las armas nucleares se habla de disuasión en el sentido de disuadir de un acto de guerra y no de actos a los que uno se opone¹⁶⁶.

Uno de los peligros que entraña la posesión de armas nucleares para fines de disuasión es que se confundan esta distinción y el empleo del poderío que dan las armas nucleares para disuadir a otro Estado de actos no queridos. El argumento es naturalmente aplicable a los armamentos de todo tipo, pero lo es a fortiori a las armas nucleares. Como observa Polanyi, el aspecto más temido de la disuasión consiste en la tentación de llevarlo más allá del objetivo limitado de disuadir de la guerra al de disuadir de un acto no querido (ibíd.).

Se ha sugerido, por ejemplo, que la disuasión podría utilizarse para proteger los "intereses vitales" de un país. ¿Que son intereses vitales y quién los define? ¿Puede tratarse exclusivamente de intereses comerciales? ¿Puede tratarse de intereses comerciales situados en otro país o en otra región del mundo?

Otra expresión empleada en este contexto es la defensa de "intereses estratégicos". En algunas declaraciones se mencionaba la "disuasión subestratégica", consistente en el empleo con fines de advertencia de un arma nuclear de baja potencia cuando se ven amenazados los intereses vitales de una nación (véase, por ejemplo, el razonamiento de Malasia en el documento CR 95/27, pág. 53). En la presente opinión no se hará referencia a esos dos tipos de disuasión sino más bien a ésta en el sentido de legítima defensa contra un acto de guerra.

iii) Los grados de disuasión

La disuasión puede tener diverso grado, que va desde el concepto de disuasión máxima hasta lo que se denomina disuasión mínima o estrategia de disuasión cuasimínima¹⁶⁷. La disuasión nuclear mínima se ha definido como:

¹⁶⁶ John Polanyi, Lawyers and the Nuclear Debate, op cit... pág. 19.

¹⁶⁷ R. C. Karp, editor, Security Without Nuclear Weapons? Different perspectives on Non-Nuclear Security, 1992, pág. 251.

"la estrategia nuclear en que uno o más países mantienen el número mínimo de armas nucleares necesarias para infligir un daño inaceptable a su adversario incluso después de haber sufrido un ataque nuclear."¹⁶⁸

El principio de la disuasión se basa en la amenaza de una represalia masiva y, como señaló el profesor Brownlie:

"Este principio, de ser llevado a la práctica, crearía una desproporción entre la amenaza real y la reacción a ella. Esa reacción desproporcional no constituye legítima defensa con arreglo al Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas."¹⁶⁹

Según el mismo autor, "el objeto primordial de las armas nucleares usadas como disuasión es una represalia despiadada; se trata de instrumentos de terror y no de armas de guerra"¹⁷⁰.

Habida cuenta de que la cuestión planteada es la de si el empleo de armas nucleares es legítimo en algunas circunstancias, hay que hablar de la disuasión mínima.

iv) Disuasión mínima

Uno de los problemas que plantea la disuasión, por mínima que sea, es que los actos que según una de las partes son defensivos bien pueden ser considerados una amenaza por la otra. Esta situación es el típico telón de fondo de la carrera de armas convencionales, cualquiera que sea el tipo de arma de que se trate. En el caso de las armas nucleares, impulsa una carrera de armamentos nucleares y suscita diversos problemas jurídicos. Así, pues, incluso la disuasión mínima lleva a la contradisuasión y a una escalada cada vez mayor de los ensayos con armas nucleares y de la tensión. Por lo tanto, si existen objeciones de derecho a la disuasión, la circunstancia de que sea mínima no hace desaparecer esas objeciones.

t

v) El problema de la verosimilitud

Para que haya disuasión, hay que convencer a otras partes de que se tiene la intención real de utilizar armas nucleares en caso de ataque. Esa intención no se transmite con "faroles" porque es difícil convencer a otro de las intenciones de uno a menos que uno realmente las tenga. Así, la disuasión consiste en la intención real¹⁷¹ de emplear esas armas. Para que la disuasión

¹⁶⁸ Xbid., pág. 250, citando a Hollins, Powers y Sommer, The Conquest of War: Alternative Strategies for Global Security. 1989, págs. 54 y 55.

¹⁶³ "Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons", op. cit. págs. 446 y 447.

¹⁷⁰ Ibid., pág. 445.

¹⁷¹ Para un análisis más a fondo del concepto de intención en este contexto, véase Just War. Nonviolence and Nuclear Deterrence, D. L. Cadv & Wernwe, editores, 1991, págs. 193 a 205.

surta efecto, tiene que salir del ámbito de lo imaginario y entrar en el de una amenaza militar formulada en serio.

Así, pues, la disuasión plantea la cuestión no sólo de si la amenaza del empleo de las armas nucleares es lícita sino también la de si su empleo lo es. La disuasión, al entrañar la destrucción cierta del enemigo, entra en el ámbito de algo que trasciende de los fines de la guerra. Además, en el caso de una respuesta instantánea a un ataque armado, no parece una posibilidad verosímil que se hayan de emplear misiles nucleares estratégicos que sean apropiados ni armas "limpias" que causen un mínimo de daño.

vi) La disuasión v la posesión

El concepto de disuasión va más allá que el de la mera posesión. La disuasión es más que la simple acumulación de armas en un depósito. Significa la posesión de armas listas para utilizarlas efectivamente y, para ello, es preciso que las armas estén listas para ser disparadas de inmediato con un sistema de mando y control listo también para entrar en acción de inmediato. Significa que las armas tienen vectores. Significa que hay personal listo noche y día para ponerlas en funcionamiento de un momento para el otro. Evidentemente hay una enorme diferencia entre las armas almacenadas en un depósito y las que están listas para entrar en acción de inmediato. Así, la posesión y la disuasión son conceptos claramente diferentes.

vii) El problema -jurídico de la intención

Por las razones que se han señalado, la disuasión no consiste en almacenar armas con la intención de suscitar terror sino en acumularlas con la intención de emplearlas. Cuando se tiene la intención de emplearlas surgen todas las consecuencias que, en derecho interno o internacional, se atribuyen a la intención. Se tiene la intención de causar el daño o la devastación consiguiente. Es evidente que la intención de causar un daño o una devastación que culmine en la destrucción total del enemigo o que de hecho pueda hacerlo desaparecer por completo de la faz de la tierra va más allá de los propósitos de la guerra¹⁷². Esa intención sirve de elemento de voluntariedad que se encuentra tácito en el concepto de amenaza.

Sin embargo, la intención oculta y secreta de perpetrar un acto ilícito o criminal no suscita consecuencias jurídicas a menos que se materialice mediante la conducta correspondiente. Por lo tanto, esa intención oculta y secreta tal vez no sea un delito. Sin embargo, si la intención se anuncia, directamente o

172 Para las consecuencias filosóficas de la disuasión, consideradas desde el punto de vista del derecho natural, véase Cady y Werner, op. cit., págs. 207 a 219. Véase también John Finnis, Joseph Boyle y Germain Grisez, "Nuclear Deterrence, Morality and Realism" (1987). Se encuentra básicamente el mismo argumento en Anthony Kenny, The Logic of Deterrence (1985) y The Ivorv Tower (1985); Roger Ruston, Nuclear Deterrence - Right or Wrong? (1981), y "Nuclear Deterrence and the Use of the Just War Doctrine", en Blake y Pole, editores, Objections to Nuclear Defense (1984).

por inferencia, se convierte en el acto delictivo de amenazar con perpetrar el acto ilícito de que se trate.

Por definición, la disuasión es el polo opuesto de la intención oculta y secreta de emplear armas nucleares. La disuasión no es tal si no se hace saber, expresa o tácitamente, la intención seria de emplear las armas nucleares. Por lo tanto, no es nada más ni nada menos que una amenaza de emplearlas. Si un acto es ilícito, la amenaza de cometerlo y, más en particular, la amenaza publicamente anunciada debe también ser ilícita.

viii) La tentación de emplear las armas que se tienen para fines de disuasión

Otro aspecto de la disuasión consiste en la tentación de emplear las armas que se tienen para ese fin. Se ha remitido a la Corte a numerosos casos de posible utilización de armas nucleares, el más conocido de los cuales probablemente sea la crisis de los misiles en Cuba. Un estudio basado en documentos del Pentágono, al cual fuimos remitidos, enumera numerosos ejemplos de esa índole que entrañaban la posibilidad del empleo de armas nucleares entre 1946 y 1980¹⁷³.

ix) La disuasión y la igualdad soberana

Ya se ha hablado de esta cuestión. O todas las naciones tienen el derecho a la legítima defensa con un arma determinada o ninguna puede tenerlo, única forma de reconocer el principio de igualdad en el derecho de legítima defensa. La primera alternativa es evidentemente imposible y, por lo tanto, la segunda es necesariamente la única real.

La comparación que se ha hecho ya con las armas químicas o bacteriológicas resalta esta anomalía, pues las normas del derecho internacional deben aplicarse en forma uniforme en toda la comunidad internacional. No se ha explicado por qué las armas nucleares habrían de ser objeto de un régimen distinto.

x) Conflicto con el principio de San Petersburgo

Como ya se ha observado, según la Declaración de San Petersburgo, a la que siguieron numerosos otros documentos que la hicieron suya (véase la sección IX.3, supra el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo es el único objeto legítimo que deben procurar los Estados durante la guerra (véase a este respecto la sección V.2, supra). La doctrina de la disuasión va mucho más lejos y apunta a la destrucción de grandes zonas urbanas y centros de población e incluso llega hasta la "destrucción recíproca segura". Especialmente durante la guerra fría, y con arreglo a esta doctrina, se mantenían listos misiles que apuntaban contra muchas de las grandes ciudades de las Potencias enemigas. Esta política se aparta mucho de los principios solemnemente aceptados en San Petersburgo y reiteradamente aprobados por la comunidad mundial.

¹⁷³ Michio Kaku y Daniel Axelrod, To Win a Nuclear War. 1987, pág. 5; CR 95/27, pág. 48.

3. Represalias

La Corte no ha expresado en su Opinión un juicio con respecto a la aceptación del principio de las represalias en el cuerpo de derecho internacional moderno. Lamento que la Corte no aprovechara esta oportunidad para confirmar la inadmisibilidad de las represalias conforme al derecho internacional en el momento actual, tanto en tiempo de paz como de guerra.

Deseo indicar claramente que no acepto la legalidad del derecho de represalia como una doctrina reconocida por el derecho internacional contemporáneo.

¿Acaso el concepto de represalias admite una posible excepción a la norma de que cualquier acción en respuesta a un ataque está sometida, al igual que cualquier otra acción militar, a las leyes de la guerra?

La Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (resolución 2S/25 (XXV) de 1970) afirma categóricamente que "los Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza".

El profesor Bowett formula este principio en términos muy enérgicos en el siguiente pasaje:

"Pocos principios de derecho internacional han recibido mayor apoyo que el postulado de que, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, el uso de la fuerza como represalia es ilegal. Aunque en realidad el término "represalia" no está recogido en la Carta, este principio estaba considerado en general por los tratadistas y por el Consejo de Seguridad con la consecuencia lógica y necesaria de la prohibición de la fuerza en el párrafo 4 del Artículo 2; de la obligación de solucionar las controversias pacíficamente conforme al párrafo 3 del Artículo 2; y del hecho de limitar el uso permisible de la fuerza por los Estados a la legítima defensa."¹⁷⁴

Aunque esta opinión no admite excepciones, debe tenerse presente, además, que las armas nucleares presentan problemas especiales, debido a la magnitud de la destrucción que implican necesariamente. En todo caso, una doctrina que surgió para una situación bélica totalmente distinta difícilmente puede aplicarse a las armas nucleares sin ser revisada.

El profesor Brownlie se refiere a este aspecto en los siguientes términos:

"En primer lugar, difícilmente resulta lícito extender una doctrina relacionada con los detalles de un teatro de guerra convencional a un intercambio de fuerzas que, en el caso de la utilización de armas nucleares

¹⁷⁴ D. Bowett, "Reprisals involving Recourse to Armed Force" (1972), 66 American Journal of International Law, pág. 1, citado en Weston, Falk, D'Amato, International Law a.n.c.L Woirlcl. OsrclQpr, 1980, pcLg", 910.

con fines estratégicos y disuasivos, equivale a un esfuerzo total de guerra y es la esencia de los objetivos bélicos."¹⁷³

Estas fuertes objeciones legales a la existencia de un derecho de represalia quedan reforzadas por otros dos factores: el comportamiento de la parte que lleva a cabo las represalias y el comportamiento de la parte objeto de las represalias.

La acción de la parte que lleve a cabo las represalias debe ser moderada, pues su único objeto legítimo es el indicado antes. Cualquier tendencia a desencadenar toda su potencia nuclear, por cólera o venganza, debe ser controlada estrictamente. Conviene señalar a este respecto la observación de Oppenheim quien, después de analizar diversos ejemplos históricos, llega a la conclusión de que:

"Las represalias, en vez de ser un medio legítimo de hacer la guerra pueden convertirse en un instrumento efectivo de violación cínica y en gran escala en aspectos que constituyen la base misma del derecho de la guerra."¹⁷⁵

Los ejemplos históricos mencionados se refieren, en particular, a las tremendas atrocidades que pretendían justificarse con el principio de las represalias en la guerra franco-alemana, en la guerra de los Boer, en la primera guerra mundial y en la segunda guerra mundial¹⁷⁷. Todos estos ejemplos muestran la brutalidad, el cinismo y la falta de moderación en el empleo de la fuerza que las leyes de la guerra pretenden impedir. Cualquier residuo del derecho de represalia que pudiera haber sobrevivido a la evolución de las leyes de la guerra habría desaparecido debido a la naturaleza misma del arma nuclear, según se examina en la presente Opinión.

Si la historia sirve de guía, la parte que lleve a cabo las represalias en la práctica hará uso de este "derecho de represalia" - si realmente existe este derecho - haciendo caso omiso del objetivo y de los límites de las represalias, a saber la finalidad limitada de garantizar el cumplimiento de las leyes de la guerra.

En cuanto a la parte contra la cual se ejerce este derecho, parte que ya ha hecho caso omiso de las leyes de la guerra, el ataque no haría más que incitarla a liberar toda la potencia nuclear a su disposición en respuesta a esa represalia, a menos, desde luego, que haya quedado totalmente destruida.

En tales circunstancias, cualquier invitación a la Corte para que consagre la legitimidad de las represalias nucleares a raíz de un ataque nuclear constituye una invitación a que consagre un principio que abriría la puerta a la arbitrariedad y a la falta de control en la utilización de armas nucleares.

¹⁷⁵ "Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons", op. cit., pág. 445.

¹⁷⁶ Op. cit. . vol. II, pág. 565.

¹⁷⁷ Ibíd., págs. 563 a 565.

La única justificación, de tenerla, de la doctrina de las represalias sería que constituyen un medio de garantizar la legitimidad de la guerra. Puesto que con la utilización de las armas nucleares este objetivo resulta claramente imposible, la única razón para admitir esta supuesta excepción desaparece. Cessante ratiōne lecris. cessat ipsa lex.

4. Guerras internas

La pregunta que se hace a la Corte se refiere a la utilización de armas nucleares en cualquier circunstancia. La Corte ha indicado que no hace ninguna observación sobre este aspecto. A mi juicio, la utilización de estas armas está prohibida en todas las circunstancias.

Las normas de derecho humanitario que prohíben el uso del arma nuclear en las guerras externas no comienzan a surtir efecto únicamente cuando se traspasan las fronteras nacionales. Deben aplicarse también en el plano interno.

El artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra se aplica a todos los conflictos armados de carácter no internacional y que tienen lugar en el ^territorio de una de las Potencias partes en los Convenios. El Protocolo II de 1977 relativo a las guerras internas está redactado en términos similares a la cláusula Martens, y se refiere a "los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública".

Así pues el derecho internacional no establece diferencias en principio entre las poblaciones internas y las poblaciones externas.

Además, si las armas nucleares son utilizadas por un Estado en el interior del país, resulta evidente del anterior análisis que los efectos de la utilización de armas nucleares en el plano interno no pueden limitarse al país. Producirán extensos efectos en el exterior, como lo demostró el caso de Chernobyl.

5. La doctrina de la necesidad

¿Acaso la doctrina de la necesidad implica un principio en virtud del cual pueda permitirse la utilización de armas nucleares como represalia contra un acto ilegítimo de guerra?

El principio de la necesidad goza de cierto apoyo entre los tratadistas más antiguos, en particular los de la escuela alemana¹⁷⁸, quienes formularon esta doctrina en términos del proverbio alemán "Kriegraeson geht vor Kriegsmanier" ("la necesidad en la guerra prevalece sobre la forma de hacer la guerra"). Sin embargo, algunos autores alemanes no compartían esta opinión que, en general, no

¹⁷⁸ Véase la lista de autores alemanes citados por Oppenheim, op. cit. vol. II, pág. 231, párr. 6.

contaba con el apoyo de los publicistas ingleses, franceses, italianos y americanos¹⁷⁹.

Según esta doctrina, las leyes de la guerra pierden su carácter obligatorio cuando no hay ningún otro medio, excluida una violación de las leyes de la guerra, que permita eludir el peligro extremo causado por el acto ilegal original.

Sin embargo, los orígenes de este principio se remontan a la época en que no había leves de la guerra, sino más bien usos de la guerra, que todavía no se habían plasmado en leyes reconocidas como obligatorias por la comunidad internacional.

El avance logrado en el reconocimiento de estos principios como leyes obligatorias desde el Convenio de Ginebra desde 1864 hace insostenible la afirmación de que es posible desconocer estos principios por voluntad de una de las partes y de acuerdo con su criterio unilateral exclusivo. Incluso mucho antes de la primera guerra mundial, tratadistas de prestigio como Westlake negaron enérgicamente esta doctrina¹⁸⁰ y, con los nuevos y extensos medios de destrucción que surgieron con la primera guerra mundial, en particular los submarinos y la aviación, esta doctrina resultó cada vez más peligrosa e inaplicable. Los medios de destrucción en masa disponibles en la segunda guerra mundial confirmaron una vez más la obsolescencia de esta doctrina.

Las decisiones de los tribunales establecidos para juzgar los crímenes de guerra de aquella época atestiguan el fracaso de esta doctrina, si es que realmente tuvo vigencia alguna vez. El caso del Peleus (War Crimes Reports, i) (1946), págs. 1 a 16), relativo a la guerra submarina, decidido por un tribunal militar británico; el caso Milch (War Crimes Trials, 7 (1948), págs. 44 y 65), decidido por el Tribunal Militar de los Estados Unidos en Nuremberg; y el caso Krupp (War Crimes Trials, 10 (1949), pág. 138), en que el Tribunal abordó la cuestión de la necesidad económica grave, constituyen otros tantos ejemplos de rechazo judicial de esta doctrina en términos inequívocos¹⁸¹.

La doctrina de la necesidad abre las puertas a la venganza, a la devastación en masa y, en el contexto de las armas nucleares, incluso al genocidio. En la medida en que pretende anular los principios de la guerra, no tiene cabida en el derecho internacional moderno.

Según los términos de un erudito de los Estados Unidos:

"¿Dónde está la necesidad militar de incinerar a los habitantes de ciudades enteras, de contaminar el territorio de países neutrales, vecinos y

¹⁷⁹ Ibid., pág. 232.

¹⁸⁰ Westlake, International Law, segunda edición, 1910-1913, págs. 126 a 128; The Collected Papers of John Westlake on Public International Law, editor L. Oppenheim, 1914, pág. 243.

¹⁸¹ Véase, con respecto a estos casos, Oppenheim, op. cit., págs. 232 y 233.

>

lejanos, y de devastar el medio ambiente natural de las generaciones venideras . . .? De ser así, estaríamos presenciando la desaparición de Nuremberg, el triunfo de la Kreigraison, el repudio en la práctica de las normas humanitarias de los conflictos armados . . . Desaparecería el significado mismo de 'proporcionalidad' y nos acercaríamos peligrosamente a la condonación de un crimen de genocidio, es decir de una campaña militar dirigida más a exterminar al enemigo que a ganar una batalla o un conflicto."¹⁸²

6. Armas nucleares limitadas o tácticas o del campo de batalla

Se ha mencionado ya el argumento, esgrimido por aquellos que afirman la legalidad de su utilización, de que los peligros inherentes a las armas nucleares pueden reducirse si se emplean armas nucleares "pequeñas" o "limpias" o "de bajo potencia" o "tácticas". Este aspecto es sumamente importante para la cuestión legal que se plantea ante la Corte, por lo que es necesario examinar con cierto detalle la aceptabilidad del argumento de que las armas nucleares limitadas eliminan las objeciones basadas en la naturaleza destructiva de estas armas.

A continuación se indican algunos de los factores que deben tenerse en cuenta al examinar esta cuestión.

- i) No se ha presentado ante la Corte ninguna documentación que demuestre que existe un arma nuclear que no emita radiaciones, que no tenga efectos deletéreos sobre el medio ambiente y que no tenga efectos perjudiciales sobre la salud de la generación presente y de las generaciones futuras. Si existiese realmente un arma que no tuviese ninguno de estos efectos singulares descritos anteriormente en esta Opinión, no se ha explicado por qué razón no bastaría un arma convencional para conseguir el objetivo que se pretende con esta arma nuclear. Sólo podemos considerar las armas nucleares tal como las conocemos.
- ii) La utilidad práctica de las armas nucleares pequeñas ha sido puesta en tela de juicio por altas autoridades militares¹⁸³ y científicas¹⁸⁴.
- iii) Se ha hecho referencia (véase la sección IV supra) en el contexto de la legítima defensa, a las dificultades políticas, señaladas por los

¹⁸² Burns H. Weston, Nuclear Weapons versus International Law: A Contextual Reassessment (1983) 28 McGill Law Journal, pág. 578.

¹⁸³ General Colin Powell, A Soldier's Way, 1995, pág. 324: "Por pequeñas que fuesen estas cargas nucleares, estaríamos superando un umbral. La utilización de armas nucleares en este momento constituiría una de las decisiones militares más significativas desde Hiroshima . . . Comencé a considerar de nuevo la utilidad práctica de estas pequeñas armas nucleares".

¹⁸⁴ Véase Bulletin of Atomic Scientists, mayo de 1985, pág. 35, pág. 37, citado en los Comentarios escritos de Malasia, pág. 20.

anteriores Secretarios de Estado de los Estados Unidos Robert McNamara y Dr. Kissinger, de mantener una respuesta dentro del ámbito de lo que se ha descrito como respuesta limitada o mínima. La premisa de que es posible controlar una escalada parece poco realista en el contexto de un ataque nuclear.

- iv) Con la utilización de armas atómicas, incluso "pequeñas", o "tácticas", o "de campo de batalla" se rebasa el umbral nuclear. El Estado víctima de esta respuesta nuclear no ignoraría que se trataba de una respuesta limitada o táctica, en la que se había empleado un arma pequeña, y no parece lógico pensar que tendrá el suficiente cuidado para responder en la misma forma, es decir con un arma pequeña. Se abriría la puerta y se traspasaría el umbral para lanzar una guerra nuclear total.

La situación que examinamos aquí es la de una respuesta nuclear limitada a un ataque nuclear. Puesto que, según se ha indicado antes:"

- a) La "respuesta controlada" es poco realista; y
b) Una "respuesta controlada" por la Potencia nuclear que realiza el primer ataque a la "respuesta controlada" a su primer ataque es aún menos realista.

La situación que hay que considerar aquí es la de una guerra total, lo que haría ilegítima la utilización del "arma controlada".

La hipótesis de un "control" voluntario por parte de la víctima de un ataque en gran escala con armas nucleares es, como se señaló anteriormente en esta Opinión, totalmente arbitraria y especulativa. Estas especulaciones arbitrarias constituyen una premisa muy poco segura sobre la que basar el futuro de la humanidad.

- v) Como señaló uno de los Estados que compareció ante la Corte:

"sería académico e irreal en cualquier análisis tratar de demostrar que la utilización <jle un arma nuclear en determinadas circunstancias puede ser compatible con los principios de humanitarios. La realidad es que si las armas nucleares se utilizasen alguna vez sería muy probable que desencadenase una guerra nuclear." (Australia, Gareth Evans, CR 95/22, págs. 49 y 50.)

- vi) En el caso de que una Potencia se prepare para atacar con un arma nuclear, cabe argüir que es necesario un ataque preventivo en legítima defensa. Sin embargo, si este ataque preventivo se va a realizar con un arma nuclear "pequeña" que, por definición, no produce mayor onda expansiva, calor o radiación que un arma convencional, se plantearía una vez más la cuestión de por qué utilizar un arma nuclear cuando con un arma convencional se lograría el mismo fin.

- vii) Debe tenerse siempre en cuenta el factor accidente. Las armas nucleares no se han ensayado nunca en el campo de batalla. La posibilidad de limitar los daños no se ha verificado, y las garantías de que es posible limitarlos son todavía teóricas. Habida cuenta de la posibilidad de un error humano en unas operaciones de alta tecnología - incluso de explosión accidental de un cohete espacial con todos los pasajeros a bordo - nunca se puede estar seguro de que, por un error o accidente de construcción, el arma pierda su carácter de "limitado". En realidad, aparte de las sutiles gradaciones de acuerdo con el tamaño del arma que se utilice, el empleo mismo de cualquier arma nuclear en una situación de urgencia, ofrece grandes posibilidades de accidente¹⁸⁵. El estudio del Instituto de las Naciones Unidas de Investigación sobre el Desarme que acaba de mencionarse pone de relieve "los riesgos sumamente elevados de escalada una vez que se inicia el enfrentamiento" (pág. 11).
- viii) Existen algunas dudas en cuanto a la "pequeñez" de las armas nucleares tácticas, y ninguna Potencia nuclear ha presentado ante la Corte detalles concretos a este respecto. Malasia, por otra parte, ha remitido la Corte a una ley de los Estados Unidos que prohíbe "la investigación y desarrollo que puedan dar lugar a la producción ... de armas nucleares de baja potencia" (Comentarios escritos, pág. 20), que se definen como armas con una potencia menor de 5 kilotones (Hiroshima y Nagasaki eran de 15 y 12 kilotones respectivamente¹⁸⁶). A falta de pruebas en contrario, cabe suponer que las armas de esta potencia presentan todos los peligros de las armas nucleares descritos anteriormente en esta Opinión;
- ix) Se ha pretendido que es posible utilizar un arma dirigida con precisión contra un objetivo concreto. Sin embargo, la experiencia reciente en la Guerra del Golfo ha demostrado que incluso las armas más refinadas o "pequeñas", no siempre alcanzan con precisión el objetivo previsto. Si se produjese este error en el caso de las armas nucleares, las consecuencias serían gravísimas;
- x) Habida cuenta de las estimaciones de la OMS en cuanto al número de muertos, que oscilarían entre 1 millón y 1.000 millones en el caso de una guerra nuclear que podría desencadenar la utilización del arma nuclear más pequeña, sólo cabe compartir el sentimiento expresado por Egipto al observar que, habida cuenta de este nivel de víctimas:

"incluso con la máxima miniaturización, estos márgenes especulativos de riesgo son totalmente abominables para los principios generales de derecho humanitario." (CR 95/23, pág. 43)

¹⁸⁵ Véase el estudio del Instituto de las Naciones Unidas de Investigaciones sobre el Desarme, Risks of Unintentional Nuclear War, supra.

¹⁸⁶ National Defense Authorization Act for Fiscal Year (FY) 1944, Public Law, 103 a 160, 30 de noviembre de 1993.

- xi) Si se toma el ejemplo de las armas químicas o bacteriológicas, nadie podría argüir que, puesto que una pequeña cantidad de estas armas causará un daño relativamente pequeño, las armas químicas o bacteriológicas no son ilegales, dado que podrían utilizarse en cantidades controlables. Si, por la misma razón, las armas nucleares son ilegales en general, no cabe admitir excepciones para las "pequeñas armas";

Si las armas nucleares son intrínsecamente ilegales, no es posible legalizarlas por el hecho de utilizarlas en pequeñas cantidades o en versiones más pequeñas. De la misma manera, si un Estado es atacado con armas químicas o bacteriológicas, parece absurdo afirmar que tiene derecho a responder con pequeñas cantidades de estas armas. La razón fundamental de que todas estas armas no sean permisibles, ni siquiera en legítima defensa, por la sencilla razón de que sus efectos rebasan las necesidades de la guerra, es común a todas estas armas;

- xii) Incluso en el caso de que hubiese un arma nuclear que evitase totalmente la difusión de radiaciones y que no fuese un arma de destrucción en masa - cosa que no ha pretendido ninguno de los Estados que han comparecido ante la Corte - a la Corte le sería totalmente imposible definir las armas nucleares que son legales y las que son ilegales, ya que esta definición implicaría unos datos técnicos que rebasan la competencia de la Corte. Así pues, la Corte debe pronunciarse sobre la legalidad en términos generales;

El pronunciamiento de la Corte en el sentido de que todas las armas nucleares no son legales (es decir de que no todas las armas nucleares son ilegales) dejaría una puerta abierta, a los que desean utilizar o amenazan con utilizar armas nucleares, para afirmar que el arma particular que utilizan o tienen intención de utilizar responde a los criterios de justificación de la decisión de la Corte. Nadie podría controlar esta situación. Se abriría la puerta a la utilización de cualquier arma nuclear que un Estado decida utilizar;

No es realista en absoluto suponer, por muy claramente que la Corte exponga sus motivos, que una Potencia que desee utilizar el arma seleccionaría cuidadosamente las armas que respondan al razonamiento de la Corte.

VIII. ALGUNOS ARGUMENTOS CONTRA LA FORMULACIÓN DE UNA OPINIÓN CONSULTIVA

1. La Opinión consultiva carecería de efectos prácticos

Se ha afirmado que, cualquiera que sea la ley, la cuestión de la utilización de armas nucleares es una cuestión política, con consecuencias políticas y con motivaciones políticas.. Tal vez esto sea cierto, pero debe señalarse que, por muy política que sea la cuestión, es siempre útil aclarar la ley. Esta aclaración no es algo inútil, absurdo e intrascendente.

Conviene que la Corte afirme la ley tal como es. Una decisión debidamente fundamentada en la ley será digna de respeto en virtud de su propia autoridad inmanente. Contribuirá a crear un clima de opinión en que la ley será respetada. Promoverá la autoridad de la Corte, en cuanto que se considerará que ésta ha cumplido su deber de aclarar y desarrollar el derecho sin tener en cuenta consideraciones políticas.

La decisión de la Corte con respecto a la ilegalidad del régimen de apartheid tenía escasas posibilidades de ser respetada por el gobierno transgresor, pero contribuyó a crear un clima de opinión que desmanteló la estructura del apartheid. Si la Corte hubiese pensado que su decisión era inútil, es probable que se hubiera demorado largo tiempo el fin del apartheid, de haberse logrado en absoluto. La aclaración de la ley constituye un fin en sí mismo, y no sólo un medio para lograr un fin. Cuando la ley es clara, tiene mayores posibilidades de ser cumplida que cuando se presta a confusión.

A decir verdad, se ha expresado la opinión de que en cuestiones de "alta política", la influencia del derecho internacional es mínima. Sin embargo, como ha observado el profesor Brownlie con referencia a este argumento, sería "preferible mantener una prohibición que puede evitarse en una crisis que prescindir de las normas en absoluto"¹⁸⁷.

Desearía también referirme en este contexto a las agudas observaciones de Albert Schweitzer, citadas al comienzo mismo de esta Opinión, sobre la importancia de una mayor sensibilización del público respecto a la ilegalidad de las armas nucleares.

La Corte tiene que cumplir su función judicial, afirmando y aclarando la ley de acuerdo con sus atribuciones y con su mandato, sin dejarse disuadir por consideraciones que pertenecen al ámbito político, que no son de su incumbencia.

2. Las armas nucleares han preservado la paz mundial

Algunos Estados que sostienen su legalidad, han afirmado que las armas nucleares han desempeñado un papel esencial en apoyo de la seguridad internacional en los últimos 50 años, y que han contribuido a preservar la paz mundial.

Incluso si esta afirmación fuese exacta, tendría escasa influencia sobre las consideraciones legales del caso ante la Corte. La amenaza del uso de un arma que infringe las leyes humanitarias de la guerra no deja de infringir estas leyes por el simple hecho de que el terror irresistible que inspira tenga el efecto psicológico de disuadir a los oponentes. La Corte no puede respaldar un sistema de seguridad basado en el terror. Según los propios términos dramáticos de Winston Churchill, en un discurso pronunciado en la Cámara de los Comunes en 1955, tendríamos en tal caso una situación en que "la seguridad sería el hijo robusto del terror y la supervivencia el hermano gemelo de la aniquilación".

¹⁸⁷ Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons", op. cit. pág. 438, El subrayado es añadido.

Un régimen mundial que convierte la seguridad en el resultado del terror y que puede referirse a la supervivencia y la aniquilación como alternativas gemelas, hace depender la paz y el futuro de la humanidad del terror. Esta no es la base del orden mundial que la Corte puede apoyar. La Corte está obligada a mantener el imperio de la ley, no el imperio de la fuerza o del terror, y los principios humanitarios de las leyes de la guerra son una parte esencial del imperio del derecho internacional que esta Corte está encargada de administrar.

Un orden mundial que dependiese del terror nos retrotraería al estado de la naturaleza descrito por Hobbes en The Leviathan. con los soberanos "en actitud de gladiadores; con las armas y los ojos fijos unos en otros, lo que es una actitud de guerra"¹⁸⁸.

En un momento en que el derecho internacional se encuentra en el umbral de un nuevo siglo, con más de tres siglos de evolución detrás, incluido más de un siglo de desarrollo del derecho humanitario, debe ser capaz de hacer algo más que limitarse a aceptar la dependencia del derecho internacional del terror, retrotrayéndonos con ello al estado de la naturaleza descrito por Hobbes, más que al imperio del derecho internacional propugnado por Grocio. Entre la visión totalmente divergente del mundo de estos dos autores, casi contemporáneos, el derecho internacional tiende a identificarse claramente con la visión de Grocio; y el caso actual ha ofrecido a la Corte lo que los futuros historiadores podrían muy bien calificar como el "momento de Grocio" en la historia del derecho internacional. Lamento que la Corte no haya aprovechado esta oportunidad. Esta incapacidad para observar las contradicciones entre disuasión y derecho internacional puede contribuir también a prolongar la "actitud de guerra" descrita por Hobbes que está implícita en la doctrina de la disuasión.

Sin embargo, por concluyente que sean estas consideraciones, la debilidad del argumento de que la disuasión es útil en cuanto que ha preservado la paz mundial no termina aquí. Lo contradicen los hechos de la historia. Es un hecho documentado de que la posibilidad de utilizar las armas nucleares ha sido considerada más de una vez durante los últimos 50 años. Dos de los ejemplos más conocidos son la crisis de los misiles de Cuba (1962) y la crisis de Berlín (1961). A estos ejemplos podrían añadirse otros muchos de estudios bien documentados sobre la cuestión¹⁸⁹. En estas ocasiones, el mundo se encontró al borde de la catástrofe nuclear y tuvo, por así decirlo, que mantener el aliento. En estos enfrentamientos, que a menudo se reducen a una prueba de nervios entre los que controlan el botón nuclear, podría haber ocurrido cualquier cosa, y la humanidad puede agradecer a su buena fortuna que no se produjera un conflicto nuclear. Además, no es exacto decir que el arma nuclear ha salvado al mundo de las guerras, cuando desde 1945 se han registrado más de 100 guerras con el

i»a Thomas Hobbes, The Leviathan, editor James B. Randall, Washington Square Press, 1970, p&g. 86.

¹⁸⁹ Por ejemplo. The Nuclear Predicament: A Sourcebook. D. U. Gregory (editor), 1982.

resultado de 20 millones de muertos¹⁹⁰. Algunos estudios han mostrado que, desde que terminó la segunda guerra mundial, se han producido conflictos armados en el mundo todos los años, con la posible excepción de 1968¹⁹¹, en tanto que linas estimaciones más detalladas muestran que en las 2.340 semanas transcurridas entre 1945 y 1990, en el mundo sólo hubo realmente tres semanas en total sin guerras¹⁹².

Es cierto que no se ha producido ninguna conflagración mundial, pero el arma nuclear no ha salvado a la humanidad de un mundo destrozado por las guerras, en el que existen multitud de focos capaces de desencadenar la utilización de armas nucleares si el conflicto degenera y se dispone de estas armas. De ocurrir esto, se inflingirían "a la humanidad sufrimientos indecibles", que era el objetivo primordial que debía impedir la Carta de las Naciones Unidas.

IX. CONCLUSIÓN 1. La tarea ante la Corte

Ya se ha hecho referencia (en la sección 6 IV de esta Opinión) a la gran variedad de grupos que se han sumado a la causa antinuclear: ecologistas, grupos profesionales de doctores, abogados, científicos, actores y artistas, parlamentarios, organizaciones femeninas, grupos pacifistas, estudiantes, federaciones. Son demasiado numerosos para enumerarlos. Proceden de todas las regiones y de todos los países.

Hay otros que han mantenido la actitud contraria por diversas razones.

Puesto que, hasta la fecha, no ha habido un pronunciamiento autorizado de la ley sobre esta cuestión, se hace ahora un llamamiento a la Corte para que emita una Opinión. Este llamamiento procede de la organización más representativa del mundo, y se basa en la premisa de que una declaración de la máxima organización judicial constituiría una ayuda a todo el mundo en esta importantísima cuestión.

Por consiguiente, esta solicitud ofrece a la Corte Internacional de Justicia una oportunidad única de hacer una contribución única a esta cuestión única. La Opinión emitida por la Corte ha establecido judicialmente, por vez primera, ciertos principios importantes aplicables a esta cuestión. Sin embargo, a mi juicio, no profundiza en toda la medida que debería haberlo hecho.

¹⁹⁰ Ruth Sivard, en World Military and Social Expenditures. World Priorities (1993, pág. 20), cuenta 149 guerras y 23 millones de muertos durante este período.

¹⁹¹ Véase Charles Allen, The Savage Wars of Peace: Soldiers' Voices 1945-1989, 1989.

¹⁹² Alvin y Heidi Toffler, War and Anti-War: Survival at the Dawn of the 21st Century, 1993, pág. 14.

En esta opinión, he dejado constancia de mis conclusiones en cuanto a las cuestiones de derecho. Aunque consciente de la importancia de estas cuestiones, he centrado la atención en la ley tal como existe: en los numerosos principios elaborados por el derecho internacional consuetudinario, y por el derecho humanitario en particular, aplicable a los diversos casos de daños causados por las armas nucleares. Según indiqué al principio, mi opinión ponderada en esta cuestión es que la utilización o la amenaza del uso de armas nucleares es incompatible con el derecho internacional y con los fundamentos mismos en que se basa el sistema. En esta opinión he tratado de exponer mis razones con cierto detalle, y de indicar por qué la utilización o la amenaza de la utilización de las armas nucleares está absolutamente prohibida por la ley existente; en todas las circunstancias v sin reservas.

Me complace observar que estas conclusiones jurídicas concuerdan también con lo que considero las connotaciones morales de la cuestión y los intereses de la humanidad.

2. Las alternativas que se ofrecen a la humanidad

Para concluir esta Opinión, me referiré brevemente al Manifiesto de Russell-Einstein proclamado el 9 de julio de 1955. Dos de los más brillantes intelectuales del presente siglo, Bertrand Russell y Albert Einstein cada uno de ellos especialmente calificado para hablar con autoridad de la potencia encerrada en el átomo, se sumaron a algunos de los científicos más distinguidos del mundo para hacer un llamamiento vibrante a toda la humanidad en relación con las armas nucleares. Este llamamiento se basaba en consideraciones de racionalidad, de humanidad y de inquietud por el futuro humano. La racionalidad la humanidad y la inquietud por el futuro humano son inherentes a la naturaleza del derecho internacional.

El derecho internacional contiene en sí una sección que se preocupa especialmente de las leyes humanitarias de la guerra. En el contexto de esta sección especial de esta disciplina particular se inscribe el caso que nos ocupa. En esta esfera, resuenan con especial claridad las preocupaciones expresadas en el Manifiesto de Russell-Einstein.

He aquí algunos extractos de este llamamiento:

"Nadie sabe hasta donde podrán propagarse estas partículas radiactivas letales, pero las autoridades más competentes son unánimes en afirmar que una guerra con bombas de hidrógeno podría, tal vez poner fin a la raza humana ...

... Hacemos un llamamiento, como seres humanos a los seres humanos: recordad vuestra humanidad y olvidad el resto. Si podéis hacerlo, quedará abierto el camino hacia un nuevo paraíso. Si no podéis, se abrirá ante vosotros el peligro de una muerte universal."

El derecho internacional, provisto de un conjunto de principios con los que responder, podría contribuir de manera importante a hacer retroceder la sombra de la nube atómica y a anunciar el alba de una era libre de armas nucleares.

Ninguna cuestión podría tener implicaciones más profundas para el futuro de la raza humana, y el pulso del futuro late con fuerza en el cuerpo del derecho internacional. Esta cuestión no se había planteado hasta ahora en el ámbito de los tribunales internacionales. Ahora que se ha hecho por vez primera, debe recibir una respuesta convincente, clara y categórica.

(Firmado) Christopher Gregory WEERAMANTRY

Apéndice

{Demostración del peligro para los Estados neutrales)

COMPARACIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS BOMBAS



- A - Superficie letal de la onda expansiva de las bombas utilizadas en la segunda guerra mundial.
- B - Superficie letal de la onda expansiva de la bomba de Hiroshima.
- C - Superficie letal de la onda expansiva de una bomba de 1 megatón.
- D - Superficie letal como consecuencia de la precipitación radiactiva de una bomba de 1 megatón.

[Original: inglés]

OPINIÓN DISIDENTE DEL MAGISTRADO KOROM/-.

Con profundo pesar me he visto obligado a agregar esta Opinión disidente a la Opinión consultiva de la Corte por cuanto estoy en desacuerdo de manera fundamental con su conclusión - determinada por el voto del Presidente - de que:

"habida cuenta de la situación actual "del derecho internacional y de los elementos de hecho de que dispone, la Corte no puede pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremadas da legítima defensa, en la crue corriera peligro la propia supervivencia de un Estado."

Esta conclusión, en mi ponderada opinión, no sólo es insostenible con arreglo al derecho internacional vigente sino que, como demostraré más adelante, difiere de manera absoluta del peso y la abundancia de los materiales presentados a la Corte. La conclusión es tanto más lamentable atendido el hecho de que la propia Corte había llegado a la conclusión de que:

"la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería generalmente contrario a las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados, particularmente los principios y normas del derecho humanitario."

Conclusión con la que concuerdo, salvo respecto de la palabra "generalmente". Es mi ponderada opinión, basada en el derecho vigente y en las pruebas disponibles, que el uso de armas nucleares en cualquier circunstancia sería ilícito con arreglo al derecho internacional. Ese uso cuando muy menos daría como resultado la violación de los principios y normas del derecho internacional humanitario y, por lo tanto, sería contrario a ese derecho.

Tampoco puedo concordar con diversos aspectos del razonamiento en que se funda la Opinión consultiva. Parte de ellos, en mi opinión, no sólo es insostenible en derecho, sino que incluso puede tener el efecto de desestabilizar el orden jurídico internacional actual.

De acuerdo con los materiales que la Corte tuvo ante sí, se estima que existen actualmente en el mundo 40.000 ojivas nucleares con una capacidad destructiva total casi 1 millón de veces superior a la de la bomba que devastó Hiroshima. Una sola bomba nuclear detonada encima de una gran ciudad sería capaz, se afirma, de matar a más de 1 millón de personas. Si se usan esas armas masivamente se podría provocar la aniquilación de la raza "humana y la extinción de la civilización humana. De esta manera las armas nucleares no son simplemente otro tipo de arma, se consideran el arma absoluta y sus efectos destructivos se difunden en una medida mucho mayor que la de cualquier arma convencional. Una solicitud de una Opinión consultiva en el sentido de determinar la licitud o ilicitud del uso de esas armas es un asunto que, en mi ponderada opinión, esta Corte, como tribunal de derecho y guardián de la legalidad en el sistema de las Naciones Unidas, debe estar, en condiciones de responder. ____ _

Si bien se reconoce que las opiniones de los Estados están divididas respecto de la cuestión de las armas nucleares, así como acerca de sus posibles consecuencias, las opiniones estaban también divididas en cuanto a si debía preguntarse a la Corte que formulara una opinión al respecto. No obstante, la Corte, habiendo decidido que la Asamblea General tenía competencia para hacer la pregunta y a falta de una "razón de fuerza" relacionada con la conveniencia o con cualquier otro asunto que comprometiera su carácter judicial, debía haber ejercido su función judicial con arreglo a lo previsto en el Artículo 38 de su Estatuto y haber determinado la cuestión "conforme al derecho internacional", aplicando simultáneamente las convenciones internacionales, la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho o los principios generales de derecho reconocidos por todos los Estados, las decisiones judiciales de la Corte y las resoluciones de las organizaciones internacionales, como mínimo, como prueba del derecho.

En mi opinión, la prevención de la guerra mediante el uso de armas nucleares es una cuestión que corresponde al ámbito del derecho internacional y, si se pide a la Corte que determine una cuestión de ese tipo, corresponde a su competencia hacerlo. Su decisión puede contribuir a la prevención de la guerra al garantizar el respeto del derecho. La Corte describió su función en el asunto del Canal de Corfú diciendo que consistía en la necesidad de velar por el respeto del derecho internacional, del cual era el órgano (I.C.J. Reports 1949, pág. 35). El difunto Magistrado Nagendra Singh, ex Magistrado y Presidente de esta Corte, comentando esa declaración, observó que la Corte la había hecho sin remitirse a la Carta de las Naciones Unidas ni a su propio Estatuto. Observó que de esta manera la Corte tiene que tener conciencia de ese hecho en tanto algo intrínseco a su existencia en relación al derecho que administra ("The Role and Record of the International Court of Justice", pág. 173). Hoy en día existe en derecho internacional un sistema de prevención de la guerra que comprende la prohibición del uso de la fuerza, las disposiciones de seguridad colectiva de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz internacional, la obligación de recurrir a medios pacíficos para el arreglo de controversias internacionales y las normas relativas a prohibición de armas, limitación de armamentos y desarme. La Opinión consultiva de la Corte en este caso podría haber reforzado ese régimen y servir de escudo de la humanidad.

En mi opinión, es totalmente inconsecuente, atendido el material que la Corte tuvo ante sí, decir que no puede adoptar una decisión definitiva en esta materia habida cuenta de la situación actual del derecho y de los elementos de hecho de que dispone, ya que ni el derecho ni los hechos son tan imprecisos o inadecuados como para impedir que la Corte llegue a una conclusión definitiva al respecto. Por otra parte, podrían entenderse las conclusiones de la Corte en el sentido de que sugieren o., que hay un vacío, una laguna en el derecho existente o que la Corte no puede llegar a una conclusión definitiva al respecto porque el derecho es impreciso o su contenido insuficiente o porque simplemente no existe. No me parece que se necesiten principios nuevos para decidir el asunto. Todo lo que se pedía a la Corte era que aplicara el derecho existente. Una conclusión de non licruet es totalmente infundada en este caso. La Corte siempre ha adoptado la posición de que la carga de determinar el derecho corresponde a la Corte y no a las partes. La Corte ha declarado que "no hay incompatibilidad con su función judicial al pronunciarse sobre los derechos y obligaciones de las partes con arreglo al derecho internacional vigente que claramente tendría

alcance hacia el futuro. La posibilidad de que el derecho cambie está siempre presente: pero eso no puede eximir a la Corte de su obligación de pronunciarse en derecho tal como existe en el momento de adoptar su decisión" (Fisheries Jurisdiction Case. I.C.J. Reports 1974, pág. 20). El corpus iuris al respecto no es sólo considerable, sino que es suficientemente claro y preciso para que la Corte hubiera podido adoptar una conclusión definitiva. Si la Corte hubiera aplicado toda la gama del derecho, incluidas las convenciones internacionales, las normas de derecho consuetudinario, los principios generales de derecho internacional, las decisiones judiciales y las resoluciones de las organizaciones internacionales, no habría habido lugar a pretender una conclusión de non liquet.

Además, todos los Estados - tanto los Estados poseedores de armas nucleares como los que no las poseen - convienen en que las normas de derecho internacional aplicables a los conflictos armados, particularmente las normas del derecho internacional humanitario, son aplicables al uso de las armas nucleares. Ese derecho, que ha sido formulado y codificado para limitar el uso de diversas armas y diversos métodos bélicos, tiene por objeto limitar los efectos terribles de la guerra. Es fundamental el principio de humanidad encaminado por sobre todo a mitigar los efectos de la guerra sobre civiles y combatientes por igual. Es este derecho el que establece además un régimen sobre cuya base han de juzgarse los métodos y los medios de la guerra. En consecuencia, parecería que correspondería y se justificaría juzgar los efectos de un conflicto que implicara las armas nucleares - consideradas como el arma definitiva de destrucción masiva - con arreglo a las normas de un régimen de ese tipo.

Pese a sus conclusiones la propia Corte ha reconocido que el derecho de los conflictos armados, y en particular los principios y normas del derecho humanitario, serían aplicables a un conflicto que implicara el uso de armas nucleares. De ello se desprende que la conclusión de la Corte de que no puede pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremadas de legítima defensa, en la que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado, es una contradicción y puede describirse en el mejor de los casos como la identificación de dos principios, a saber, la obligación de cumplir los principios y normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados y el derecho de un Estado a la legítima defensa, incluido el caso en que considere que corre riesgo su propia supervivencia. Esos principios no son mutuamente excluyentes y se reconocen en derecho internacional. No obstante, se ha sostenido que, cuando la Corte se enfrenta con dos principios o derechos incompatibles, debe asignar jurisprudencialmente prioridad a uno de ellos y hacer que prevalezca. En opinión de Sir Hersch Lauterpacht, aunque el margen de preferencia para asignar prioridad a un principio sobre otro pueda ser pequeño, por tenue que sea ese margen debe ser decisivo. Reconoce que las medidas judiciales de ese tipo pueden en cierto sentido ser indistinguibles de la legislación judicial. No obstante, sostiene, la Corte tal vez tenga que transar, lo que no es una transacción diplomática, sino una legítima transacción judicial, entre principios conflictivos de derecho, y llega a la conclusión de que "no hay una razón ^decisiva para que la Corte evite a toda costa un resultado de ese tipo. Se ajusta a la función auténtica de la Corte que se decida la controversia que se le haya sometido con su propia decisión y no con la

operación contingente de una actitud de acomodo de las partes en el conflicto. Hay un anticlimax embarazoso, que no es jurídicamente impertinente, en una situación en que la Corte, tras prolongadas peticiones por escrito y orales, se ve obligada a dejar el arreglo del asunto efectivo a las partes." (The Development of International Law by the International Court, pág. 146). La sugerencia de que debe dejarse a cada Estado determinar si puede o no ser lícito recurrir a las armas nucleares no sólo es una opción cargada de peligro, tanto para los Estados que puedan estar directamente envueltos en el conflicto como para las naciones que no lo estén, sino que puede sugerir además que una opción de ese tipo no es jurídicamente reprehensible. En consecuencia, la Corte, en lugar de dejar que cada Estado decida si es lícito o ilícito usar armas nucleares en circunstancias extremadas de "supervivencia de un Estado", debería haber decidido si era o no permisible usar armas nucleares incluso en un caso que implicara la supervivencia del Estado. La cuestión planteada a la Corte es si es lícito usar armas nucleares y no se refiere a la supervivencia del Estado, que es en lo que se basó la respuesta de la Corte. Si la Corte hubiera interpretado correctamente la pregunta esto habría tenido no sólo el efecto de declarar el derecho relativo al uso de las armas nucleares sino que bien podría haber disuadido del uso de esas armas. Lamentablemente la Corte se abstuvo no sólo de cumplir su función judicial, sino que, al llegar a una "no conclusión", parece haber debilitado grandemente las actuales restricciones jurídicas del uso de armas nucleares, a la vez que ha puesto en duda el régimen de legítima defensa mediante la creación de una nueva categoría llamada la "supervivencia del Estado", que se considera que constituye una excepción al párrafo 4 del Artículo 2, al Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas y a los principios y normas del derecho humanitario. En efecto, ese tipo de limitación parecería equivalente a la legislación judicial en un momento en que la Corte misma - correctamente en mi opinión - reconoció que "no puede legislar" y que, "en las circunstancias del presente caso, no se le pide que lo haga". Su tarea consiste, más bien, en llevar a cabo su función judicial habitual de reafirmar la existencia o no de principios y normas jurídicas aplicables a la amenaza o el uso de armas nucleares" (Opinión consultiva, párr. 18). No obstante, inmediatamente después de reafirmar esta orden autodenegatoria, la Corte procedió a hacer justamente eso al proclamar que no podía pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería "lícito o ilícito en circunstancias extremadas de legítima defensa, en la que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado", habida cuenta de la situación actual del derecho internacional y de los elementos de hecho de que disponía. ' Afirmo respetuosamente que esa conclusión no sólo es insostenible en derecho sino además jurídicamente superflua. El derecho de legítima defensa es intrínseco a todos los Estados y fundamental para ellos. Existe dentro del derecho y no fuera ni por encima de él. Sugerir que existe fuera o por encima del derecho equivale a hacer probable que un Estado pueda usar la fuerza unilateralmente cuando considere que su supervivencia corre peligro. El derecho de legítima defensa no es una autorización para usar la fuerza; está reglamentado por el derecho y nunca tuvo el propósito de amenazar la seguridad de otros Estados.

De esta manera la decisión de la Corte no sólo parece equivaler a legislación judicial que socava el régimen de no uso de la fuerza consagrado en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta, y el de la legítima defensa incorporado en el Artículo 51, sino que esta doctrina de la supervivencia del Estado

constituye un retroceso al derecho anterior a la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas e incluso es reminiscente de un período muy anterior a ese. Grotius, a fines del siglo XVII, dijo que el derecho de legítima defensa tenía su origen directa y principalmente en el hecho de que la naturaleza encomendaba a cada uno su propia protección {Grotius, De Jure Belli Ac Pacis, libro II, cap. I, parte III, 172, traducción del Carnegie Endowment, 1925, 1646). De esta manera, la decisión de la Corte equivaldría a asignar a cada Estado el derecho exclusivo a decidir por sí mismo el uso de armas nucleares cuando corra peligro su supervivencia tal como la comprende ese Estado, decisión que no está sujeta ni al derecho ni a una decisión por un tercero. Cuando Lauterpacht hubo de considerar una situación semejante tras la concertación del Pacto Briand-Kellog de 1928, en cuya virtud los Estados participantes declaraban que un Estado que invocara el derecho de legítima defensa tenía competencia para decidir por sí mismo si las circunstancias requerían que recurriera a la guerra en legítima defensa, decidió que esa afirmación se contradecía a sí misma en cuanto pretendía basarse en un derecho y al mismo tiempo se disociaba de la reglamentación y evaluación del derecho. Si bien reconocía el derecho de legítima defensa absoluto en el sentido de que ninguna ley podía dejar de considerarlo, Lauterpacht sostuvo sin embargo que el derecho era "relativo" en tanto presumiblemente debía reglamentarse por el derecho. "Se regula en la medida que corresponde a los tribunales determinar si hubo necesidad de recurrir a él, en qué medida y durante cuánto tiempo" {The Function of Law in the International Community, págs. 179 y 180).

Como ya se dijo la actual conclusión de la Corte constituye un reto a algunos de los preceptos fundamentales del derecho internacional vigente, incluidos la proscripción del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y el ejercicio del derecho de legítima defensa. Que la Corte no pueda decidir definitivamente si el uso de armas nucleares sería lícito o ilícito cuando corriera peligro la supervivencia de un Estado es una confirmación de la afirmación de que la supervivencia de ese Estado no sólo no es una cuestión de derecho sino que un Estado, a fin de asegurar su supervivencia, puede aniquilar al resto de la humanidad al recurrir a las armas nucleares. En su apariencia histórica "del derecho fundamental de autopreservación" ese derecho se usó en el pasado como pretexto para la violación de la soberanía de otros Estados. Esos actos se consideran ahora ilícitos con arreglo al derecho internacional contemporáneo. El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg rechazó en 1946 el argumento de que el Estado en cuestión había actuado en legítima defensa y de que todo Estado debía ser juez de sí, en un caso determinado, tenía derecho a decidir si debía ejercer el derecho de legítima defensa. El Tribunal sostuvo que en definitiva determinar si las medidas adoptadas en virtud de la legítima defensa eran de hecho agresivas o defensivas debía determinarse en una investigación o una sentencia si alguna vez había de aplicarse el derecho internacional (fallo del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, 1946, juicio de los principales generales de guerra alemanes ante el Tribunal Militar Internacional, 1947, vol. I, pág. 208).

Asimismo, esta Corte, en el asunto de Nicaragua, rechazó la afirmación de que el derecho de legítima defensa no estaba sujeto al derecho internacional. A la vez que señaló que en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas se reconocía un derecho de legítima defensa "natural" o "intrínseco", declaró que era difícil comprender que tuviera un carácter que no fuera consuetudinario,

/... .

aunque su contenido actual hubiera sido confirmado por la Carta (*I.C.J. Reports*, 1986, pág. 94). Con su conclusión actual la Corte parecería apartarse de su propia jurisprudencia al decir que no puede pronunciarse definitivamente si la amenaza o el empleo de las armas nucleares de parte de un Estado sería lícito o ilícito.

Como sea, no es que la Corte se haya visto obligada a llegar a una conclusión de ese tipo porque el derecho es claro. El uso de la fuerza está prohibido en forma decidida y perentoria en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. El régimen de legítima defensa o la doctrina de "autosupervivencia", como preferiría la Corte, está asimismo reglamentado y sujeto a ese derecho. El derecho de legítima defensa de un Estado está previsto claramente en el Artículo 51 de la Carta, cuyo texto es el siguiente:

"Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales."

De esta manera, el Artículo permite el ejercicio de ese derecho sujeto a las condiciones en él estipuladas. En primer lugar, para ejercer el derecho un Estado tiene que haber sido víctima de un ataque armado y, al ejercerlo, debe atenerse al principio de la proporcionalidad. En segundo lugar, las medidas adoptadas en ejercicio de ese derecho deben ser comunicadas al Consejo de Seguridad y deben interrumpirse tan pronto como el Consejo de Seguridad mismo haya adoptado las medidas necesarias con el fin de mantener la paz internacional. En consecuencia, el Artículo 51 prevé la capacidad de un Estado para defenderse lícitamente de un ataque armado. La Corte lo destacó al señalar que el derecho de legítima defensa establecido en el Artículo 51 está condicionado por la necesidad y la proporcionalidad y que esas condiciones serían aplicables cualquiera fuera el medio de fuerza empleado. Además, la legítima defensa debe reunir además los requisitos del derecho aplicable a los conflictos armados, en particular los principios y normas del derecho internacional humanitario.

Por lo tanto, no se trata de saber si un Estado puede ejercer su derecho de legítima defensa en una circunstancia extrema en que correría riesgo la supervivencia misma de ese Estado, sino más bien si el uso de las armas nucleares sería lícito o ilícito en alguna circunstancia, incluida una circunstancia extrema en que peligrara su propia supervivencia, es decir, si es posible concebir consecuencias del uso de esas armas que no impliquen una violación del derecho internacional aplicable a los conflictos armados, en particular el derecho internacional humanitario. Como se dijo anteriormente, en términos del derecho, el derecho de legítima defensa está limitado al rechazo de un ataque armado y no permite las represalias punitivas. Tampoco constituye una excepción al jus in bello (relativo a las hostilidades). Por cuanto, atendidos

el derecho y los hechos, es inconcebible que el uso de armas nucleares no implique una infracción del derecho aplicable a los conflictos armados, por lo menos, y en particular el derecho humanitario, se desprende de ello que el uso de esas armas sería ilícito. Las armas nucleares no constituyen una excepción al derecho humanitario.

Dadas esas consideraciones es insostenible desde el punto de vista jurídico decidir, como ha hecho la Corte, que, dada la situación actual del derecho, no puede pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremadas de legítima defensa, porque, como se dijo en el caso de Nicaragua: la conducta de los Estados debe ajustarse en general a las normas, y que las instancias de conducta incompatibles con una norma determinada deben tratarse en general como infracciones de esa norma, no como indicaciones del reconocimiento de esa norma (I.C.J. Report 1986, pág. 98).

El Magistrado Mosler, ex miembro de esta Corte, dijo en otro contexto "que el derecho no puede reconocer la validez jurídica de ningún acto, ya sea de uno o de varios miembros que actúen en concierto, si está dirigido contra los fundamentos mismos del derecho" (H. Mosler, *The International Society as a Legal Community* (1980), pág. 18). La decisión de la Corte es además insostenible porque, como ya se mencionó, el corpus juris en que se debía haber basado para llegar a su conclusión existe efectivamente de manera amplia y sustancial. La Corte misma lo había reconocido al observar que las leyes y las costumbres de la guerra aplicables al asunto que tenía ante sí se habían codificado en las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, basadas en la Declaración de St. Petersburgo de 1868, así como en los resultados de la Conferencia de Bruselas de 1874. La Corte reconoció además que el derecho de La Haya y, en particular, el Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, regulan los derechos y obligaciones de los Estados beligerantes en sus hostilidades y limita a la selección de los métodos y los medios de causar bajas al enemigo en tiempo de guerra. Determinó que el "derecho de Ginebra" (las Convenciones de 1864, 1906 y 1929 y los Convenios de 1949), que protegía a las víctimas de la guerra y estaba encaminado a dar salvaguardias respecto de los efectivos de las fuerzas armadas impedidos y las personas que no tomaran parte en las hostilidades, era aplicable igualmente a la cuestión que tenía ante sí. Observó que esos dos sectores del derecho constituían el derecho internacional humanitario, que se codificó en los Protocolos Adicionales de 1977 de los Convenios de Ginebra de 1949.

Observó que, desde comienzos de siglo, algunas armas, como los proyectiles explosivos de menos de 400 gramos, las balas dum dum y los gases asfixiantes, han sido prohibidos expresamente y que las armas químicas y bacteriológicas fueron prohibidas también en el Protocolo de Ginebra de 1925, relativo a la prohibición de los gases. Más recientemente la Corte determinó que el uso de armas que produjeran fragmentos no detectables, de otros tipos de minas, trampas explosivas y otros dispositivos, y de armas incendiarias, se prohibía o limitaba, según el caso, en la Convención de 10 de octubre de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. Esa prohibición, se dijo, se ajustaba a la norma de que el derecho de los beligerantes a adoptar medios para causar bajas al enemigo no es ilimitado, como

se indica en el artículo 22 del Reglamento de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907. La Corte observó además que en la Declaración de St. Petersburgo ya se había condenado el uso de armas que agravaran innecesariamente el sufrimiento de hombres incapacitados o que hicieran inevitable su muerte y que en el Reglamento anteriormente mencionado, anexo a la Convención IV de La Haya de 1907, se prohibía el uso de armas, proyectiles o materiales que tuvieran por objeto provocar sufrimiento innecesario (artículo 23).

La Corte determinó además los principios cardinales que constituían la materia del derecho internacional humanitario, el primero de los cuales estaba encaminado a la protección de la población civil y los objetos civiles y establecía la distinción entre combatientes y no combatientes. Según esos principios los Estados estaban obligados a no hacer a los civiles víctimas de ataques y en consecuencia no debían usar armas que no pudieran distinguir entre objetivos civiles y militares. En segundo lugar, está prohibido provocar sufrimiento innecesario a los combatientes, y, en consecuencia, está prohibido usar armas que les provoquen daño innecesario o que agraven inútilmente su sufrimiento. A ese respecto, la Corte observó que los Estados no tienen libertad de opción ilimitada respecto de las armas que pueden usar.

La Corte consideró también aplicable el asunto de la Cláusula de Martens, enunciada por primera vez en la Convención de La Haya en 1899 respecto de las leyes y costumbres de la guerra terrestre, una versión moderna de la cual se codificó en el párrafo 2 del artículo 1 del Protocolo Adicional de 1977, cuyo texto es el siguiente:

"En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección del imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública."

La Corte observó que los principios incorporados en la Cláusula eran principios y normas del derecho humanitario y que, junto con el principio de neutralidad, eran aplicables a las armas nucleares.

Atendido lo anterior la Corte reconoció que el derecho humanitario prohibía el uso de ciertos tipos de armas, ya fuera por su efecto indiscriminado sobre los combatientes y los civiles o por el daño innecesario y superfluo que provocaban a los combatientes. La Corte sostuvo en consecuencia que los principios y normas del derecho internacional humanitario eran obligatorios para todos los Estados y que constituían además principios inviolables del derecho internacional consuetudinario.

Con respecto a la aplicabilidad del Protocolo Adicional I de 1977 a las armas nucleares, la Corte recordó que, aunque no todos los Estados fueran partes en ese Protocolo, estaban sin embargo obligados por las normas del Protocolo, que, al adoptarse, constituían una expresión del derecho consuetudinario preexistente, en particular, la Cláusula de Martens, consagrada en el artículo 1 del Protocolo.

La Corte observó que el hecho de que ciertos tipos de armas no se mencionaran expresamente en la Convención no permitía extraer conclusiones jurídicas relacionadas con la cuestión sustantiva planteada por el uso de esas armas. Opinó que no podía caber duda de que los principios y normas del derecho humanitario, consagrados en los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977, eran aplicables a las armas nucleares. Incluso cuando se observó que en las Conferencias de 1949 y 1977 no se abordó específicamente la cuestión de las armas nucleares, la Corte señaló que no podía llegarse de ello a la conclusión de que los principios y normas del derecho humanitario aplicables a los conflictos armados no eran aplicables a las armas nucleares, ya que esa conclusión sería incompatible con el carácter intrínsecamente humanitario de los principios jurídicos en cuestión que abarcaban todo el derecho relativo a los conflictos armados y eran aplicables a todas las formas de guerra y a todos los tipos de armas.

La Corte concordó con la observación de que, en general, el derecho internacional humanitario se refería a la amenaza o el uso de armas nucleares, como lo hacía a otras armas. El derecho internacional humanitario ha evolucionado hasta comprender las circunstancias contemporáneas y no está limitado en su aplicación a las armas de épocas anteriores. Los principios fundamentales de ese derecho perduran: mitigar y circunscribir la crueldad de la guerra por razones humanitarias {Nueva Zelanda, Declaración escrita, pág. 15}.

La Corte observó además que ninguno de los Estados que propiciaban la legalidad del uso de las armas nucleares en algunas circunstancias, incluido el uso "limpio" de armas nucleares prácticas de tamaño menor, de bajo rendimiento, había indicado que los principios del derecho humanitario no eran aplicables a las armas nucleares, observando que, por ejemplo, la Federación de Rusia había reconocido que las limitaciones impuestas por las normas aplicables a los conflictos armados respecto de los métodos de la guerra eran claramente aplicables también a las armas nucleares; que los Estados Unidos habían compartido hacía mucho tiempo la opinión de que el derecho de los conflictos armados regía el uso de las armas nucleares, en tanto que el Reino Unido consideraba que, en lo que se refería al derecho consuetudinario de la guerra, siempre había aceptado que el uso de las armas nucleares estaba sujeto a los principios del ius in bello.

Con respecto a los elementos de hecho expuestos en sus conclusiones, la Corte tomó nota de las definiciones de armas nucleares de diversos tratados e instrumentos, incluidos aquellos en cuya virtud las explosiones nucleares eran capaces de provocar destrucción masiva, daño generalizado o envenenamiento masivo (Acuerdo de París de 1954) o el preámbulo del Tratado de Tlatelolco de 1967, en que se decía que las armas nucleares, "cuyos terribles efectos alcanzan indistinta e ineludiblemente tanto a las fuerzas militares como a la población civil, constituyen, por la persistencia de la radiactividad que generan, un atentado a la integridad de la especie humana y aun pueden tornar finalmente toda la Tierra inhabitable". Tomó nota además del hecho de que las armas nucleares liberaban no sólo cantidades inmensas de calor y energía, sino además radiación poderosa y prolongada, que las dos primeras causas de daños son vastamente más poderosas que las causas de daños de otras armas de destrucción en masa, y que el fenómeno de radiación es exclusivo de las armas nucleares.

La Corte llegó a la conclusión de que esas características hacían que las armas nucleares fueran potencialmente catastróficas, que no se podía contener su poder destructivo ni en el espacio ni en el tiempo, y que tenían el potencial de destruir a toda la civilización y el ecosistema de todo el planeta.

Con respecto a los elementos de hecho, la Corte señaló que la radiación liberada por una explosión nuclear afectaría la salud, la agricultura, los recursos naturales y la demografía en una amplia superficie y que esas armas constituirían un grave peligro para las generaciones futuras. Observó además que la radiación ionizante tenía el potencial de dañar el medio ambiente, los alimentos y los ecosistemas marinos en el futuro, y de provocar defectos genéticos y enfermedades a las generaciones futuras.

También a este respecto el Gobierno del Japón dijo a la Corte que las bombas atómicas detonadas en Hiroshima el 6 de agosto de 1945 y en Nagasaki el 9 de agosto de 1945 eran el equivalente de 15 kilotones y 22 kilotones de TNT respectivamente. La detonación provocó una gran bola de fuego seguida de temperaturas sumamente elevadas, de varios millones de grados centígrados, y presiones sumamente elevadas de varios miles de atmósferas. Emitió además gran cantidad de radiación. Según la delegación, la bola de fuego, que duró unos 10 segundos, elevó la temperatura del suelo en el hipocentro a una temperatura entre 3.000°C y 4.000°C y el calor hizo que se incendiaran los edificios de madera en un radio aproximado de 3 kilómetros del hipocentro. El número de habitaciones dañadas por las bombas atómicas fue de 70.147 en Hiroshima y 18.409 en Nagasaki. La gente que estaba a unos 1.000 metros del hipocentro estuvo expuesta a la radiación inicial de más de 3,93 Grays. Se estima que 50% de la gente que estuvo expuesta a más de 3 Grays murió de alteraciones de la médula dentro del plazo de dos meses. El terreno y los edificios cargados de radiactividad emitieron radiación inducida. Además, el polvo y las cenizas contaminadas por radiación inducida se dispersaron en el aire y fueron transportados a la estratosfera por la fuerza de la explosión, lo que provocó precipitación radiactiva que cayó sobre el suelo durante varios meses.

Según la delegación, no se conoce el número exacto de bajas fatales, por cuanto los documentos son escasos. Se estima, sin embargo, que el número de personas que había muerto a fines de 1945 llegaba a unas 140.000 en Hiroshima y 74.000 en Nagasaki. La población de las ciudades en esa época se estimaba en 350.000 en Hiroshima y 240.000 en Nagasaki. El número de personas que murió de radiación térmica inmediatamente después de la explosión nuclear, el mismo día o en unos pocos días, no es claro. Sin embargo, 90% a 100% de las personas que estuvieron expuestas a la radiación térmica sin protección dentro de 1 kilómetro del hipocentro murieron dentro de una semana. La tasa inicial de mortalidad de la gente que vivía entre 1,5 y 2 kilómetros del hipocentro fue de 14% respecto de las personas que tenían protección y 83% respecto de las personas que no la tenían. Además de los daños directos provocados por la explosión, provocaron la muerte varios factores interrelacionados, como ser aplastados o enterrados por edificios, las heridas provocadas por astillas de vidrio, el daño de la radiación y la escasez de alimentos, médicos y medicamentos.

Más de 320.000 personas que sobrevivieron fueron afectadas por radiación y todavía sufren de diversos tumores malignos provocados por la radiación, incluidos leucemia, cáncer de tiroides, cáncer de pecho, cáncer de pulmón,

cáncer gástrico, cataratas y diversos otros efectos secundarios. Más de medio siglo después del desastre se dice que todavía tienen que someterse a examen y tratamiento médicos.

Según el alcalde de Hiroshima, que formuló una declaración ante la Corte, la bomba atómica detonada en Hiroshima tenía un enorme poder destructivo y redujo la población civil inocente a cenizas. Se dijo que las mujeres, los ancianos y los recién nacidos habían sido bañados en radiación mortal. Se dijo a la Corte que la caída de la bomba había desatado una nube con forma de hongo y que la piel humana había sido quemada, en tanto que otras víctimas morían en una agonía desesperante. El alcalde dijo a la Corte que al explotar la bomba saltaron enormes columnas de fuego hacia el cielo y una mayoría de los edificios se derrumbó, provocando gran número de bajas, muchas de ellas fatales.

Más tarde en su declaración describió la característica singular de la bomba atómica, cuya enorme destrucción era instantánea y universal. Resultaron muertos indiscriminadamente ancianos, jóvenes, hombres, mujeres, soldados y civiles. Dijo que toda la ciudad de Hiroshima había sido expuesta a rayos térmicos, ondas de choque y radiación. Se dice que la bomba generó calor que llegó a varios millones de grados centígrados. La bola de fuego tenía un diámetro de unos 280 metros, y se consideró que los rayos térmicos que emanaban de ella carbonizaron instantáneamente a todo ser humano que se hallaba puertas afuera en el hipocentro. El testigo reveló además que, según casos de los que había constancia, la ropa había estallado en llamas hasta una distancia de 2 kilómetros del hipocentro de la bomba; muchos incendios estallaron simultáneamente en toda la ciudad. La ciudad entera fue carbonizada y reducida a cenizas. Otro fenómeno fue una onda de choque que provocó incluso mayor daño cuando rebotaba en el terreno y los edificios. La onda de viento resultante, dijo, levantó a la gente y la transportó por el aire. Todos los edificios de madera dentro de un radio de 2 kilómetros se desplomaron, en tanto que resultaron dañados muchos que se hallaban a bastante mayor distancia.

La explosión y los rayos térmicos se combinaron para reducir a cenizas o destruir aproximadamente 70% de las 76.327 habitaciones que había en Hiroshima en ese momento. El resto resultó parcialmente destruido, bombardeado o dañado. Se dice que toda la ciudad fue devastada instantáneamente al dejarse caer la bomba.

El testigo reveló además que el día que se lanzó la bomba había unas 350.000 personas en Hiroshima, pero posteriormente se estimó que habían muerto unas 140.000 a diciembre de 1945. Se dijo que los hospitales estaban en ruinas, con el personal médico muerto o herido y sin medicamentos ni equipo, y un número increíble de víctimas murió sin haber podido recibir tratamiento suficiente. Los sobrevivientes fueron afectados por fiebres, diarreas, hemorragias y fatiga extrema, y muchos murieron en forma abrupta. Se dice que esa fue la pauta de los síntomas agudos de la enfermedad de la bomba atómica. Otras consecuencias fueron la destrucción generalizada de células, pérdida de tejidos productores de sangre y daño de órganos. Se debilitó el sistema de inmunidad de los sobrevivientes y había síntomas conspicuos, como la pérdida de cabello. Otras experiencias registradas incluyeron el aumento de la leucemia, las cataratas, el cáncer de tiroidea, el cáncer de pecho, el cáncer de pulmón y otros tipos de cáncer. Como resultado del bombardeo, los niños expuestos a la radiación

sufrieron retardo mental y físico. Nada podía hacerse por esos niños desde el punto de vista médico e incluso, dijo el alcalde, habían resultado afectados los niños que no habían nacido. Llegó a la conclusión de que la exposición a altos niveles de radiación se mantenía en Hiroshima hasta la actualidad.

El Alcalde de Nagasaki, en su testimonio, describió efectos que experimentó su ciudad que eran semejantes a los que sufrió Hiroshima como resultado del bombardeo atómico que tuvo lugar durante la guerra. Según el testigo, la explosión de la bomba atómica generó una bomba de fuego, de 200 metros de radio, como si hubiera aparecido un pequeño sol en el cielo. En el instante siguiente una explosión feroz y una onda de calor atacaron el suelo con un enorme rugido. La temperatura de la superficie de la bola de fuego era de unos 7.000°C, y los rayos de calor que llegaron al suelo tenían una temperatura superior a 3.000°C. La explosión mató o hirió instantáneamente a gente dentro de un radio de 2 kilómetros del hipocentro, dejando un número incalculable de cadáveres carbonizados y repartidos por las ruinas cercanas al hipocentro. En algunos casos no se pudieron encontrar ni trazos de los restos de una persona. El vendaval de la explosión, con una velocidad superior a 300 metros por segundo, derribó árboles y demolió la mayor parte de los edificios. Incluso estructuras de concreto de hierro reforzado resultaron tan dañadas que parecían haber sido aplastadas por un martillo gigantesco. El feroz resplandor de calor derretió entretanto los vidrios y dejó objetos de metal contorsionados como hebras de dulce, y los incendios posteriores redujeron las ruinas de la ciudad a cenizas. Nagasaki se convirtió en una ciudad de la muerte en que no se oían ni ruidos de insectos. Después de un tiempo un número incontable de hombres, mujeres y niños se reunió para beber agua en las orillas del río Urakami, su cabello y sus ropas quemados y su piel quemada colgándoles como harapos. Mendigando ayuda, morían uno tras otro en el agua amontonados en la ribera. La radiación comenzó luego a hacer estragos, matando gente como una plaga mortal que se expandía en círculos concéntricos desde el hipocentro. Cuatro meses después del bombardeo atómico 74.000 personas habían muerto y 75.000 habían sufrido lesiones, es decir, dos tercios de la población de la ciudad había sido víctima de esta calamidad que llegó a Nagasaki como una visión anticipada del Apocalipsis (CR 95/27).

El testigo declaró además que incluso las personas que habían tenido suerte para sobrevivir seguían sufriendo hasta hoy los efectos tardíos propios de las armas nucleares. Llegó a la conclusión de que las armas nucleares traían como secuela la devastación indiscriminada de la población civil.

También prestaron testimonio delegaciones de las Islas Marshall, donde se hicieron 67 ensayos nucleares desde el 30 de junio hasta el 18 de agosto de 1958, durante el período en que las Islas del Pacífico eran territorio en fideicomiso de las Naciones Unidas. Se dijo que esas armas habían tenido una producción total equivalente a más de 7.000 bombas del tamaño de la que destruyó Hiroshima. Se dijo que esos ensayos de armas nucleares habían provocado extensa radiación, causando enfermedades, muertes y defectos de nacimiento. Más adelante en ese testimonio se reveló que se había provocado sufrimiento humano y daños al medio ambiente a gran distancia, del lugar de las detonaciones tanto en el tiempo como en la geografía, incluso cuando se había intentado evitar o reducir los daños. La delegación informó a la Corte de que una característica singular de las armas nucleares era que provocaban sufrimiento innecesario e incluían no sólo contaminación radioactiva difundida y extensa con efectos

negativos acumulativos, sino además radiación intensa localmente con graves efectos negativos inmediatos y de largo plazo, estallidos de gran alcance, calor y luz que provocaban lesiones agudas y enfermedades crónicas. Se dijo que eran consecuencias comunes e inevitables del uso de armas nucleares la ceguera permanente, así como temporal, provocada por la luz intensa, y la inmunidad reducida como consecuencia de la exposición a radiación, pero que eran poco comunes o inexistentes en el uso de otros dispositivos destructivos.

La delegación dio a conocer además que defectos de nacimiento y enfermedades extraordinariamente prolongadas y dudosas provocadas por la radiactividad afectaron inevitable y profundamente a la población civil mucho tiempo después de haberse realizado los ensayos con armas nucleares. Esos sufrimientos habían afectado a generaciones nacidas mucho tiempo después de los ensayos de esas armas. Continuaron diciendo que, además de los daños inmediatos en el lugar mismo de la detonación y su cercanía, la zona experimentó la contaminación de animales y plantas y el envenenamiento de los suelos y las aguas. Como consecuencia, algunas de las islas estaban todavía abandonadas y, en las que se habían reasentado recientemente, la presencia de cesio en las plantas como consecuencia de la radiactividad las había hecho incomibles. Se dijo que las mujeres de algunos de los otros atolones a quienes se había asegurado que sus atolones no habían sido afectados por la radiación habían dado nacimiento a "bebés monstruosos". Se dijo que una niña nacida en uno de esos atolones no tenía rodillas, tenía tres dedos en cada pie y le faltaba un brazo; su madre no había nacido aún en 1954, cuando se iniciaron los ensayos, pero había sido criada en un atolón contaminado.

Atendido lo anterior la Corte, a la vez que se informó de las características singulares de las armas nucleares cuando se usaban, llegó a las conclusiones siguientes: que las armas nucleares tenían una capacidad destructiva incomparable a la de las armas convencionales; que una sola arma nuclear tenía capacidad para matar a miles de seres humanos, si no a millones; que esas armas provocaban sufrimiento innecesario y daño superfluo a combatientes y no combatientes por igual, y que no podían distinguir entre civiles y combatientes. Cuando se recurría a esas armas podían provocar daños a las generaciones que aún no habían nacido y provocar efectos difundidos y de largo plazo sobre el medio ambiente, en particular respecto de los recursos necesarios para la supervivencia humana. En este sentido cabe señalar que los efectos radiactivos de esas armas no sólo son semejantes a los efectos producidos por el uso de gases venenosos, que violaría el Protocolo de Ginebra de 1925, sobre el uso de gases, sino que se considera incluso más dañino aún.

Las conclusiones anteriores de la Corte debían haber hecho que inexorablemente llegara a la conclusión de que cualquier uso de las armas nucleares sería ilícito en derecho internacional, en particular el derecho aplicable a los conflictos armados, incluido el derecho humanitario. Sin embargo, a pesar de ello, la Corte llegó a la conclusión de que:

"Habida cuenta de la situación actual del derecho internacional y de los elementos de hecho de que dispone, la Corte no puede pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremadas de legítima defensa, en la que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado."

Esta conclusión, que parecería sugerir que las armas nucleares utilizadas en circunstancias de una amenaza a la "supervivencia del Estado" - concepto inventado por la Corte - constituiría una excepción al corpus de derecho humanitario aplicable a todos los conflictos armados, que no hace una excepción con respecto a las armas nucleares. En mi ponderada opinión la ilicitud del uso de las armas nucleares no depende de las circunstancias en que se hayan usado, sino de las características singulares conocidas de las armas que en toda circunstancia violarían el derecho internacional con su uso. En consecuencia, es sumamente inapropiado que la Corte haya basado su decisión en la cuestión de la supervivencia del Estado en circunstancias que lo que se está debatiendo es la licitud de las armas nucleares. Esa torcida interpretación de la pregunta priva de toda base jurídica a la conclusión de la Corte.

Por otra parte, si la Corte hubiera comprendido correctamente la pregunta y se hubiera propuesto dar una respuesta apropiada, habría hallado que existe una justificación abrumadora sobre la base del derecho y de los hechos que le habría permitido llegar a la conclusión de que el uso de las armas nucleares sería ilícito. El hecho de que la Corte no haya llegado a esta conclusión inevitable me ha obligado a dejar constancia de una disensión enérgica respecto de su principal conclusión.

Me veo asimismo obligado a mencionar diversas otras inquietudes más generales con respecto a la Opinión consultiva en su conjunto. Si bien el propósito de la jurisdicción consultiva de la Corte es dar una opinión jurídica autorizada e ilustrar al órgano solicitante respecto de ciertos aspectos jurídicos de un asunto del que ha de ocuparse en el cumplimiento de sus funciones, se ha usado también el mecanismo para lograr interpretaciones autorizadas de las disposiciones de la Carta o los instrumentos constituyentes de organismos especializados, o para dar orientación a los diversos órganos de las Naciones Unidas acerca de sus funciones. Además, aunque las opiniones consultivas de la Corte no son jurídicamente obligatorias y no imponen obligaciones jurídicas ni al órgano solicitante ni a los Estados, esas opiniones, no obstante, no carecen de efecto por cuanto siguen siendo el derecho "reconocido por las Naciones Unidas" (Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa. X.C.J. Reports 1956. pág. 23, opinión separada del Magistrado Lauterpacht en la página 46). En consecuencia, esta Corte, en diversas ocasiones, ha usado su jurisdicción consultiva como una forma de participación en la labor de las Naciones Unidas, ayudando a la Organización a lograr sus objetivos. Las opiniones consultivas han permitido a la Corte hacer una contribución significativa al desarrollo y la cristalización del derecho. Por ejemplo, en la Opinión consultiva relativa a Namibia la Corte se refirió al desarrollo del derecho internacional con respecto a los territorios no autónomos, tal como se consagraba en la Carta de las Naciones Unidas (X.C.J. Reports 1971, pág. 31), que hizo que el principio de libre determinación fuera aplicable a esos territorios.

En su Opinión consultiva sobre, el Sáhara Occidental la Corte, citando la opinión relativa a Namibia con respecto al principio de la libre determinación, señaló que cuando se hacen preguntas respecto de ese principio la Corte debe tomar en consideración los cambios que han tenido lugar en el medio siglo transcurrido y su interpretación no puede dejar de ser afectada por el desarrollo posterior del derecho por la vía de la Carta de las Naciones Unidas y

del derecho consuetudinario. En esa esfera, como en otras, se ha enriquecido considerablemente el corpus iuris crentium, lo que la Corte, si ha de cumplir fielmente sus funciones, no puede desconocer (I.C.J. Reports 1975, pág. 32) .

La opinión de la Corte en el asunto se refería en consecuencia al Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas y a la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, que, según decía la Corte, confirmaba y destacaba que la aplicación del derecho de libre determinación requería una expresión libre y auténtica de la voluntad de los pueblos (I.C.J. Reports 1975, pág 32). Además, la Corte insistió en que la validez del principio de la libre determinación, definido como la necesidad de tomar en consideración la voluntad de los pueblos libremente expresada, no era afectada por el hecho de que en ciertos casos la Asamblea General había omitido el requisito de consultar a los habitantes de un territorio determinado (*ibíd*, pág. 33). En consecuencia puede observarse que, por medio de sus opiniones consultivas, la Corte ha adoptado decisiones normativas que han permitido a las Naciones Unidas lograr sus objetivos, en algunos casos incluso orientando hacia el arreglo pacífico de controversias, y ha contribuido a la cristalización y el desarrollo del derecho o, con su autorización, ha afirmado el surgimiento al derecho.

En consecuencia, cabe lamentar que en esta ocasión la Corte parecería no sólo haber retrocedido de esa práctica de hacer su contribución al desarrollo del derecho con respecto a un asunto tan fundamental para la Asamblea General y la comunidad internacional en su conjunto sino que, aunque sin proponérselo, puede haber hecho dudar de normas de derecho internacional establecidas o emergentes. De hecho, gran parte del criterio de la Corte respecto de esta opinión es indicativo de esta actitud. Cuando no estaba buscando tratados o normas concretas de derecho consuetudinario que se suponía que regulaban o prohibían el uso de las armas nucleares, la Corte tendió a declarar o que no estaba obligada a llegar a una conclusión al respecto o que no era necesario que adoptara una posición. Por ejemplo, respecto, de si los principios y normas del derecho humanitario son parte del jus coaens como se define en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, la Corte dijo que no era necesario que se pronunciara al respecto aunque hay adhesión casi universal al hecho de-que los Convenios de Ginebra de 1949 son declaratorios del derecho internacional consuetudinario, y hay interés y consenso de la comunidad en la observancia y respeto de sus disposiciones. Un pronunciamiento de la Corte en que se destaquen sus bases humanitarias y el hecho de que están profundamente radicadas en las tradiciones y los valores de los Estados miembros de la comunidad internacional, que merecen respeto y protección universales y que no deben ser derogados por los Estados ayudaría a fortalecer su observancia jurídica, especialmente en una época en que se ha visto tantas veces la violación más grave y flagrante de los principios y normas humanitarios y cuya razón misma de ser es irreconciliable con el uso de las armas nucleares. Esto ha sido parte de la función judicial de la Corte, el establecimiento de normas jurídicas internacionales para la comunidad de los Estados y, en particular, para quienes comparecen ante ella o son partes en su Estatuto. Al establecer esas normas jurídicas la Corte, en el caso de las reservas, se refirió a los principios en que se basaba la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio en tanto principios que eran reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorias para los Estados, incluso sin ninguna obligación

convencional (I.C.J. Reports 1951, pág. 23}. Reconoció además la cooperación que requería la Convención a fin de liberar a la humanidad de plaga tan odiosa (ibíd.}. La Corte¹ observó que se había aprobado la Convención con un propósito exclusivamente humanitario y civilizador, para salvaguardar la existencia misma de ciertos grupos humanos y para confirmar y apoyar los principios más elementales de la humanidad (ibíd.). En el asunto del Canal de Corfú la Corte se refirió a ciertos principios generales y bien reconocidos, a saber, las consideraciones elementales de humanidad, incluso más exigentes en la paz que en la guerra (I.C.J. Reports 1949, pág. 22). Esos pronunciamientos indudablemente habrían ayudado a fomentar un sentido apropiado de circunspección en la comunidad internacional. En el asunto Barcelona Traction, la Corte, al examinar las obligaciones de los Estados respecto a la comunidad internacional, señaló que esas obligaciones eran erga omnes y derivaban, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, así como de los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección de la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los derechos correspondientes de protección han sido incorporados al derecho internacional general (I.C.J. Reports 1970, pág. 32).

En el caso que se examina la Corte parecería haber sido renuente a asumir una posición de principios respecto de una cuestión que implica lo que el difunto Magistrado Nagendra Singh describió como el aspecto más importante del derecho internacional que la humanidad enfrenta en la actualidad (Nagendra Singh, Nuclear Weapons and International Law, pág. 17). En lugar de ello, la Corte resolvió el asunto relativo al carácter de ius cogens de algunos de los principios y normas del derecho humanitario diciendo que la solicitud que se le había hecho llegar no planteaba la cuestión del carácter del derecho humanitario que sería aplicable al uso de las armas nucleares. Respetuosamente afirmo que sí lo hacen. Un pronunciamiento de la Corte acerca del carácter de esas normas, si bien no garantizaría su observancia en todo momento, las validaría en cuanto se relacionen con valores humanos ya protegidos por principios jurídicos positivos que, en su conjunto, revelan ciertos criterios de política pública (véase I. Brownlie, Principles of Public International Law (1990), pág. 29) . H. Lauterpacht ha señalado también que, entre otras razones, muchas de las disposiciones de los Convenios de Ginebra, que se deben a consideraciones poderosas de humanidad, son declaratorias de la costumbre internacional universalmente obligatoria (E. Lauterpacht, International Law. being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht. pág. 115, Lauterpacht editor, 1970) . La Comisión de Derecho Internacional señaló en su comentario relativo al artículo 50 (actualmente artículo 53) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que no era la forma de una norma general de derecho internacional, sino el carácter particular de la materia de la que se ocupa lo que le podía dar carácter de ius cogens. La Comisión había observado ya en 1980 que algunas de las normas del derecho humanitario eran, en opinión de la Comisión, normas que imponía obligaciones de ius cogens.

La Corte adoptó además la política judicial de "no pronunciamiento" respecto de la cuestión de las represalias beligerantes - cuestión sumamente pertinente a la que tenía ante sí - salvo para observar que, si existiera la posibilidad de adoptar ese tipo de represalias, al igual que la defensa se regiría, entre otras cosas, por el principio de la proporcionalidad (párras. 41

y 42). Cabe decir que es por lo menos extraño que la Corte se abstenga de pronunciarse sobre la licitud o ilicitud de las represalias beligerantes, en particular si implicaría el uso de armas nucleares. En el derecho internacional contemporáneo las represalias beligerantes, si se adoptan con armas nucleares, constituirían una violación grave del derecho humanitario en toda circunstancia y del derecho internacional en general. Más concretamente, los Convenios de Ginebra prohíben ese tipo de represalias contra diversas personas y objetos protegidos, según se reafirma en el Protocolo Adicional I de 1977. Según el Protocolo se prohíbe a todas las partes beligerantes tomar represalias beligerantes. Si se usan armas nucleares y, dadas las características de esas armas, su incapacidad para discriminar entre civiles y combatientes y entre objetivos civiles y militares, además de la probabilidad de que se añadieran violaciones de la prohibición de provocar sufrimiento innecesario y heridas superfluas a los beligerantes, estas represalias, como mínimo, serían contrarias al derecho humanitario establecido y, en consecuencia, serían ilícitas. La "circunspección judicial" de la Corte respecto de una cuestión que reviste importancia tan crucial respecto del asunto que tenía ante sí no contribuye ni a aclarar el derecho ni mucho menos a su cumplimiento.

La renuencia de la Corte a adoptar una posición jurídica respecto de algunos de los asuntos importantes pertinentes a la cuestión que tenía ante sí puede discernirse también de lo que cabe describir como "odisea judicial" en busca de una norma concreta convencional o consuetudinario que autorice o prohíba específicamente el uso de armas nucleares, lo que sólo lleva a descubrir que no existía una norma específica de este tipo. De hecho, si existiera esa norma específica, es más que improbable que se hubiera traído la cuestión a la Corte en su forma actual, si se hubiera hecho del todo. Por otra parte, la ausencia de una convención concreta que prohíba el uso de armas nucleares no debía haber sugerido a la Corte que el uso de esas armas podría ser lícito, ya que los Estados en general reconocen que el derecho internacional constitutivo contiene principios aplicables al uso de las armas. Por ese motivo la inútil búsqueda de una prohibición jurídica concreta sólo puede imputarse a una forma extrema de positivismo, que no está relacionada con la jurisprudencia institucional, incluida la de esta Corte. Lo inútil de esa búsqueda fue reconocido por el tribunal arbitral británico-estadounidense de reclamaciones en el asunto Eastern Extension, Australia and China Telegraph Company, en que sostuvo que, aunque no hubiera una norma específica de derecho internacional aplicable a un caso, no podía decirse que no había norma de derecho internacional a la que pudiera recurrirse. Se dijo que el derecho internacional, como el derecho interno, podían no contener, y en general no contenían, normas expresas que decidieran casos determinados; pero la función de la jurisprudencia era resolver el conflicto de derechos e intereses controvertidos mediante la aplicación, a falta de una norma jurídica específica, de los corolarios de los principios generales y de esa manera dar solución al problema, exactamente como en el caso de las ciencias matemáticas. Este era el método de la jurisprudencia; era el método por el cual había evolucionado gradualmente el derecho en todos los países, lo que daba como resultado la definición y el arreglo de las relaciones jurídicas tanto entre los Estados como entre particulares (United Nations Arbitral Reports, vol. VI, pág. 114).

Este ha sido entonces el criterio jurisprudencial respecto de los asuntos que la Corte tenía ante sí. La Corte ha aplicado principios y normas jurídicos

para resolver conflictos de derechos e intereses contrapuestos donde no existe una disposición concreta de derecho, y se ha basado en los corolarios de principios generales a fin de dar una solución al problema. El criterio de la Corte no se ha limitado a la búsqueda de un tratado o una norma de derecho consuetudinario concretos que regulen específicamente un asunto que tiene ante sí o sea aplicable a él, y, a falta de una norma o tratado específico de ese tipo, no ha declarado que no puede en definitiva llegar a una conclusión o a una decisión o determinación respecto de ese asunto. La Corte en el pasado, correctamente en mi opinión, no se ha impuesto esas restricciones al cumplir su función judicial para resolver controversias con arreglo al derecho internacional, sino que se ha remitido a los principios de derecho internacional, a la equidad y a su propia jurisprudencia a fin de definir y solucionar las cuestiones jurídicas que se le sometían.

Por otra parte, la búsqueda de normas específicas hizo que la Corte pasara por alto o no aplicara plenamente los principios de la Carta de las Naciones Unidas al considerar el asunto que tenía ante sí. Uno de esos principios que no parece haber sido ponderado debidamente en la decisión de la Corte es el párrafo 1 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, que dispone que "la Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros". El principio de la igualdad soberana de los Estados tiene aplicación general. Se supone el respeto de la soberanía y la integridad territorial de todos los Estados. El derecho internacional reconoce la soberanía de todo Estado sobre su territorio, así como la integridad física de la población civil. En virtud de ese principio se prohíbe al Estado provocar daños o perjuicios a otro Estado. El principio será violado si se usan armas nucleares en un conflicto determinado en razón de sus características bien conocidas. El uso de esas armas no sólo daría como resultado la violación de la integridad territorial de los Estados no beligerantes por la contaminación radiactiva, si no que implicaría la muerte de miles, sino de millones, de habitantes de territorios que no serían partes en el conflicto. Esto constituiría una violación del principio consagrado en la Carta, un aspecto del asunto que la Corte parece no haber tomado plenamente en cuenta al adoptar su decisión.

Me veo asimismo obligado a expresar mi aprensión respecto de algunas de las otras conclusiones 'de la Opinión consultiva en lo que se refiere al respeto de los derechos humanos y al genocidio, la protección del medio natural y la política de disuasión. En lo que respecta al genocidio se declara que se consideraría que se habría cometido si se recurriera a las armas nucleares con intención de destruir en todo o parte un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. Esto refleja el texto de la Convención sobre el genocidio. No obstante, deben tenerse presentes las características especiales de la Convención, su objeto y su propósito, a los que la propia Corte se refirió en el caso de las reservas por tratarse de contener y castigar un crimen de derecho internacional que implica la denegación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, denegación que golpea la conciencia de la humanidad, que da como resultado mayores pérdidas para la humanidad y que es contraria al derecho moral y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas, a la vez que se indica que los principios en que se basa la Convención son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados, incluso sin ninguna obligación convencional. Se destaca además la cooperación que se requiere para liberar a la humanidad de una plaga tan odiosa y, dado el propósito humanitario

y civilizador de la Convención, se dijo que tenía por objeto salvaguardar la existencia misma de ciertos grupos humanos y confirmar y apoyar los principios más elementales de moralidad. Por lo tanto, la Corte no puede ver con ecuanimidad la matanza de miles, si no de millones de civiles inocentes, que sería inevitable con el uso de las armas nucleares, y llegar a la conclusión de que no se ha cometido por cuanto el Estado que usa tales armas no ha manifestado su intención de matar a tantos miles o millones de personas. En realidad, con arreglo a la Convención queda también comprendida la cantidad de personas a las que se mata. No me parece que la circunspección judicial requiera que la Corte se exprese respecto de las consecuencias alarmantes y aborrecibles de que se elimine a toda una población con el uso de armas nucleares durante un conflicto armado, y el hecho de que esto sea equivalente al genocidio si se pueden haber previsto las consecuencias del acto. Esa expresión de preocupación podría incluso tener un efecto preventivo respecto del uso de esas armas.

En cuanto a si el recurso a las armas nucleares violaría los derechos humanos, en particular el derecho a la vida humana, la Corte decidió que nunca se previó que la licitud o ilicitud de esas armas se rigiera por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Si bien esta es una posición jurídica que se acepta, me parece que se ha considerado el asunto desde un punto de vista demasiado estrecho. Debe recordarse que tanto el derecho relativo a los derechos humanos como el derecho internacional humanitario tienen como razón de ser la protección del individuo así como el valor y la dignidad de la persona humana, tanto en tiempo de paz como en un conflicto armado. Por esa razón estimo que la Carta de las Naciones Unidas, que se aprobó inmediatamente después de terminar la segunda guerra mundial, durante la cual hubo violaciones severas y graves de los derechos humanos, intentó proteger los derechos de los seres humanos en tanto individuos, independientemente de su raza, color o credo, destacando que se debían proteger y respetar esos derechos incluso en un conflicto armado. No debe olvidarse que en la segunda guerra mundial se usó el arma atómica en Hiroshima y Nagasaki, dando por resultado la muerte de miles de seres humanos. Por lo tanto, se consideró que la segunda guerra mundial era un período que epitomizaba las violaciones graves de derechos humanos. La posibilidad de que se violaran los derechos humanos de los ciudadanos, en particular su derecho a la vida, en una conflagración nuclear es un asunto que corresponde al ámbito de la Carta y de otros instrumentos jurídicos internacionales pertinentes. Toda actividad que implique una violación terrible de los principios de la Carta merece considerarse en el contexto tanto de la Carta como de otras normas aplicables. Es evidentemente en ese contexto que el Comité de Derechos Humanos creado en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobó en noviembre de 1984 un "comentario general" sobre el artículo 6 del Pacto (derecho a la vida), según el cual la producción, el ensayo, la posesión, el despliegue y el uso de armas nucleares deberían prohibirse y reconocerse como crímenes de lesa humanidad. Cabe recordar que en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg se definieron los crímenes de lesa humanidad como el homicidio, el exterminio y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante una guerra. Se desprende de ello que los principios de Nuremberg son también pertinentes al asunto que acaba de examinar la Corte.

En lo que respecta a la protección y salvaguardia del medio natural, la Corte llegó a la conclusión de que el derecho internacional vigente no prohibía

el uso de armas nucleares pero que debían tomarse en cuenta importantes factores ambientales en el contexto de la aplicación de los principios y normas del derecho aplicable a los conflictos armados. La Corte decidió además que los tratados pertinentes relativos a la protección del medio natural no podían haber tenido como propósito privar al Estado del ejercicio de su derecho de legítima defensa con arreglo al derecho internacional. En mi opinión no se trata de si puede negarse a un Estado su derecho de legítima defensa con arreglo a los tratados pertinentes que tienen por objeto proteger el medio natural, sino más bien que, dadas las características conocidas de las armas nucleares cuando se hacen explotar, así como sus efectos radiactivos, que no sólo contaminan a seres humanos sino, además, al medio natural, incluidos la agricultura, los alimentos, el agua potable y el ecosistema marino en una zona amplia, de lo cual se desprende que el uso de esas armas no sólo provocaría daños graves y generalizados al medio natural, sino que privarían a los seres humanos de agua potable y de otros recursos necesarios para la supervivencia. En reconocimiento de ello en el Protocolo Adicional 1 de 1977 se prevé la preservación de objetos indispensables para la supervivencia de la población civil, como alimentos, productos agrícolas, instalaciones de agua potable, etc. La Opinión consultiva debió tomar en cuenta la pregunta planteada respecto de la protección del medio ambiente natural desde esta perspectiva en lugar de dar la impresión de que el argumento utilizado consistía en negar a un Estado su derecho de legítima defensa.

La Opinión consultiva consideró que el hecho de que no se habían utilizado las armas nucleares durante 50 años no podía ser considerado una expresión de opinio iuris. No se abundó en la base jurídica de un reconocimiento de ese tipo; más bien tuvo el carácter de una aseveración. No obstante, la Corte no pudo decidir que la convicción de una mayoría abrumadora de Estados de que el hecho de que no se hubieran utilizado las armas nucleares en los últimos 50 años había establecido una opinio iuris en favor de la prohibición de ese uso tenía tal entidad que era pertinente a su opinión. En este sentido la Corte debía haber considerado y ponderado debidamente las declaraciones de la mayoría abrumadora de los Estados junto con las restricciones aprobadas por diversas organizaciones internacionales respecto del uso de las armas nucleares como prueba del surgimiento de una opinio iuris.

En mi opinión fue inapropiado que la Corte apareciera reconociendo jurídicamente la doctrina de la disuasión como un principio de derecho internacional. Si bien es legítimo que se tome nota en forma judicial de esa política, la Corte debía haber comprendido que puede ser declarada ilegal si se pone en práctica, ya que implicaría un conflicto nuclear entre beligerantes con consecuencias catastróficas para la población civil no sólo de las partes beligerantes sino además de los Estados que no eran partes en un conflicto de ese tipo y podría tener como resultado la violación del derecho internacional en general y el derecho humanitario en particular. En consecuencia, habría sido prudente que la Corte se hubiera abstenido de adoptar una posición a ese respecto, que esencialmente no tiene carácter jurídico.

Sea como sea, no puede considerarse que la Opinión consultiva carezca totalmente de mérito o importancia jurídica. Las conclusiones positivas que contiene deben considerarse un paso adelante en el proceso histórico de imponer restricciones jurídicas a los conflictos armados. Algunas de esas restricciones

han encontrado expresión en la opinión de la Corte en cuanto se refieren a las armas nucleares. Por primera vez en su historia, en realidad en la historia de cualquier tribunal de categoría semejante, la Corte ha declarado y confirmado que las armas nucleares están sujetas al derecho internacional, que la amenaza o el empleo de la fuerza por medio de armas nucleares que sea contrario al párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y que no reúna los requisitos del Artículo 51 es ilegítimo. La Corte ha sostenido además que toda amenaza o empleo de armas nucleares que sea incompatible con las exigencias del derecho internacional aplicable a los conflictos armados, en particular los principios del derecho humanitario, así como de obligaciones concretas derivadas de tratados o de otros compromisos, que se refieren expresamente a las armas nucleares, sería ilícito. Se puede inferir de ello que, por cuanto el recurso a las armas nucleares no podría reunir los requisitos mencionados, la Corte ha decidido "que la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería generalmente contrario a las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados, particularmente los principios y normas del derecho humanitario". Esta decisión, aunque condicionada, debe considerarse de importancia normativa cuando se considera conjuntamente con las demás conclusiones a que llegó la Corte. Entre otras cosas, constituye un rechazo del argumento de que, por cuanto el derecho humanitario es anterior a la invención de las armas nucleares, en consecuencia no sería aplicable a esas armas. Por el contrario, la Corte ha decidido que, dado el carácter intrínseco de los principios y normas establecidos del derecho humanitario, es aplicable a ellas.

Es en respuesta a esas conclusiones jurídicas de importancia tanto histórica como normativa que he votado en favor de los apartados A, C, D y F del párrafo 2 de la parte dispositiva, pero no sin reservas con respecto al apartado C del párrafo 2.

Sin embargo, he votado en contra del apartado B, en cuya virtud la Corte decide que en el derecho internacional consuetudinario y en el derecho internacional convencional no existe ninguna prohibición general ni universal de la amenaza o el empleo de las armas nucleares como tales. Esa conclusión, en mi opinión, no se ajusta a derecho. Por lo menos el uso de armas nucleares violaría la prohibición del uso de armas ponzoñosas previsto en el apartado a) del artículo 23 de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, así como del Protocolo de Ginebra sobre los gases de 1925, que prohíbe el uso de gases venenosos y/o de armas bacteriológicas. En razón de su adhesión universal se considera que el Protocolo es obligatorio para la comunidad internacional en su conjunto. Además, la prohibición del uso de gases venenosos se considera ahora parte del derecho internacional consuetudinario obligatorio para todos los Estados, y la decisión de la Corte en el apartado B no puede sostenerse ante los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977. Con respecto a los Convenios, actualmente son obligatorios por lo menos en 186 Estados y se dice que su aceptación universal es incluso mayor que la de la Carta de las Naciones Unidas. En consecuencia, se reconocen ahora esos tratados como parte del derecho internacional consuetudinario obligatorio para todos los Estados. La Corte confirmó en su fallo sobre el asunto de Nicaragua que los Convenios son parte del derecho internacional consuetudinario al señalar que existe una obligación en los términos del artículo 1 de los Convenios de Ginebra de respetar los Convenios e incluso de garantizar su respeto en toda circunstancia, por cuanto una obligación de ese tipo no deriva sólo de los Convenios, sino

además de los principios generales del derecho humanitario a los que los Convenios no hacen sino dar expresión concreta (I.C.J. Reports 1986, pág. 114). Con respecto a los principios humanitarios del derecho internacional, la Corte reconoció que los Convenios mismos reflejan el derecho consuetudinario y, por lo tanto, son universalmente vinculantes. El mismo razonamiento se aplica al Protocolo Adicional I en particular, que constituye una reafirmación de las normas de derecho consuetudinario basadas en las anteriores convenciones de Ginebra y La Haya. Hasta ahora 143 Estados se han hecho parte en el Protocolo, y la fuerza consuetudinaria de las disposiciones del Protocolo no se basan en la situación oficial del Protocolo mismo.

Atendida la conclusión anterior, no puede sostenerse, como lo ha hecho la Corte, que no existe ni en derecho internacional consuetudinario ni en derecho internacional convencional una prohibición amplia -universal de la amenaza o el empleo de las armas nucleares como tal. Esa conclusión no se ajusta a su jurisprudencia tampoco, como se ha indicado anteriormente.

Sin embargo, he votado en favor del apartado F de la parte dispositiva, en que se destaca la obligación de emprender de buena fe y concluir negociaciones encaminadas al desarme nuclear en todos sus aspectos bajo un estricto y eficaz control internacional. Opino que las partes en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares de 1968, conscientes del peligro planteado a todos los Estados por la proliferación de las armas nucleares, contrajeron una obligación de poner fin a la carrera de armamentos nucleares en fecha temprana y de iniciar el desarme nuclear. Los peligros que esas armas planteaban a la humanidad en 1968 siguen vigentes en la actualidad, como resulta claro de la decisión adoptada en 1995 por los Estados Partes en ese Tratado de hacerlo permanente. La obligación de eliminar esas armas sigue siendo vinculante para esos Estados con el fin de eliminar la amenaza que esas armas plantean de violar la Carta o los principios y normas del derecho humanitario. En consecuencia, existe una correlación entre la obligación de desarme nuclear asumida por esos Estados Partes en el Tratado sobre la no proliferación y las obligaciones asumidas por los Estados con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas y en virtud del derecho aplicable a los conflictos armados, en particular el derecho internacional humanitario.

Pese a esta y algunas de las otras conclusiones normativas a que llegó la Corte en su Opinión consultiva, cabe lamentar profundamente que respecto de la pregunta que se le planteó, es decir, si estaba autorizado en derecho internacional el empleo de armas nucleares en alguna circunstancia, la Corte vaciló y no llegó a la única conclusión ineludible, a saber, que en vista de los hechos determinados respecto del uso de esas armas es inconcebible que haya alguna circunstancia en que su uso no viole los principios y normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados y, en particular, los principios y normas del derecho humanitario. Al no responder la pregunta y dejar entregada a los Estados la decisión al respecto, la Corte se negó a asumir el reto de reafirmar la aplicabilidad de las normas de derecho y del derecho humanitario en particular a las armas nucleares y a garantizar la protección de los seres humanos, de las generaciones que aún no han nacido y del medio natural contra el uso de esas armas cuyo poder destructivo, como hemos visto, no puede discriminar entre combatientes y no combatientes, y no puede dejar de afectar a los hospitales o a los campamentos de prisioneros de guerra y puede provocar

sufrimiento desproporcionado a la necesidad militar, dejando que sus víctimas mueran como resultado de quemaduras tras semanas de agonía o ser afectadas por enfermedades dolorosas toda su vida. La solicitud de la Asamblea General consistía en que la Corte, como garante de la legalidad, afirmara que, en razón de esas consecuencias, el empleo de armas nucleares es ilícito en derecho internacional. Es una determinación que esta Corte, en tanto tribunal de derecho, debía haber estado en condiciones de hacer.

A falta de una decisión categórica e ineludible como esa, no me queda otra posibilidad que disentir, con profundo pesar, de la Opinión consultiva.

(Firmado) Abdul G. KOROMA

[Original: inglés]

OPINIÓN DISIDENTE DEL MAGISTRADO HIGGINS

1. , Estoy de acuerdo con todo lo que la Corte ha dicho en cuanto a las razones para emitir esta Opinión, y con gran parte de lo que ha dicho en cuanto al fondo de la cuestión que se le ha sometido. También he votado a favor de los párrafos 2A, 2B, 2C, 2D y 2F de la parte dispositiva. Las cuatro primeras conclusiones son, en cierto sentido, los hilos que conducen al fondo de la cuestión, que es objeto del párrafo 2E. Lamento no haber podido votar a favor de la conclusión de la Corte.

2. En la primera parte de su Opinión, la Corte ha rechazado las sugerencias de que debería de haber hecho uso de su facultad discrecional para negarse a emitir una opinión basándose en que no se trata de una cuestión legal, o en que la cuestión es demasiado vaga, u obligaría a la Corte a formular hipótesis, o a "legislar", pero en el párrafo 96 de su Opinión, y en el párrafo 2E de su parte dispositiva, la Corte declara efectivamente un non licruet sobre la cuestión clave, basándose en la incertidumbre en cuanto a la situación actual de la ley, así como de los hechos. Estimo que este enfoque adolece de falta de coherencia.

3. Estoy de acuerdo con la mayor parte de los argumentos jurídicos en que se basan los párrafos 2A, 2B, 2C y 2D. Aunque el párrafo C está formulado en términos negativos, se desprende claramente del análisis de la Corte que ni las disposiciones de la Carta ni el derecho internacional consuetudinario, ni el derecho de los tratados hacen ilegal per se la amenaza o el empleo de armas nucleares.

4. En su fallo sobre Actividades militares y paramilitares, la Corte confirmó la existencia de una norma de proporcionalidad en el ejercicio de la legítima defensa de conformidad con el derecho internacional consuetudinario. En este fallo, la Corte observó que la Carta "no contiene ninguna norma específica en virtud de la cual la legítima defensa justifique únicamente las medidas que sean proporcionales al ataque armado y necesarias para responder al mismo" (I.C.J. Reports 1986, párr. 176). Lo importante es que, en la presente Opinión, la Corte indica claramente (párrs. 40 y 41) que, no obstante la ausencia de una mención específica de la proporcionalidad en el Artículo 51, este requisito se aplica igualmente al ejercicio de la legítima defensa de conformidad con la Carta.

5. En el caso de las Actividades militares y paramilitares, los términos empleados por la Corte ya indican claramente que el concepto de proporcionalidad en la legítima defensa limita la respuesta a lo que es necesario para responder a un ataque. Esto es compatible con la interpretación del entonces profesor Ago quien, en la Adición a su octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados, indicó claramente que el concepto de proporcionalidad se refería a la proporcionalidad para repeler el ataque, y no implicaba un requisito de simetría entre la forma del ataque inicial y la forma de la respuesta (A/CN.4/318/Add.5 a 7, párr. 121, Anuario de la CDI (1980), vol. II, Primera Parte, pág. 72).

/... .

6. En la primera parte del párrafo 2E se indica que la amenaza o el empleo de armas nucleares sería generalmente contrario a las normas del derecho internacional aplicable en los conflictos armados, particularmente los principios y normas del derecho humanitario; y en la segunda parte se añade que la Corte no puede pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el empleo de armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremadas de legítima defensa, en las que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado.

7. No me ha sido posible votar a favor de estas conclusiones por diversas razones. Un requisito esencial del proceso judicial es que el tribunal indique los pasos que ha seguido para llegar a sus conclusiones. Estimo que la Corte no lo ha hecho por lo que respecta a la primera parte del párrafo 2E. Las conclusiones de la parte dispositiva de un fallo judicial deben ser claras. Considero que no está claro el sentido del párrafo 2E (y podría sospecharse que esta falta de claridad tal vez se considere una virtud). Lamento mucho el non liquet que se ofrece en la segunda frase del párrafo 2E. Considero que en esta segunda frase la Corte se niega a responder a una pregunta que en realidad nunca se le hizo.

8. Después de concluir que la amenaza o el empleo de armas nucleares no está prohibido per se, por referencia a la Carta o al derecho de los tratados, la Corte pasa a examinar si está prohibido per se por referencia al derecho de los conflictos armados (en particular por referencia al derecho humanitario).

9. No basta, para responder a la cuestión que se le ha planteado, que la Corte se limite a enunciar los requisitos del derecho de los conflictos armados (incluido el derecho humanitario) y sacar después, simplemente, la conclusión de que la amenaza y el empleo de armas nucleares sería generalmente ilícito por referencia a estos principios y normas. La Corte se limita a afirmar que los principios y normas del derecho humanitario se aplican a las armas nucleares.

En el párrafo 95 llega a la conclusión, por referencia a las "características únicas de las armas nucleares", de que su empleo es "apenas conciliable" con los requisitos del derecho humanitario y que "sería generalmente contrario" al derecho humanitario (párrafo 2E de la parte dispositiva). En la Opinión de la Corte no se aborda en ningún momento el aspecto que constituye la base de la cuestión: la aplicación sistemática de la legislación pertinente a la utilización o amenaza de armas nucleares. La Corte formula sus conclusiones sin haber procedido a un análisis detallado. Se ha omitido un paso esencial del proceso judicial - el razonamiento legal.

10. Lo que, a mi juicio, debería haber hecho la Corte es explicar, elaborar y aplicar los elementos clave del derecho humanitario a que hace referencia. Estoy de acuerdo con la Corte en que ciertos principios generales, que emanan de los tratados sobre el derecho de los conflictos armados y del derecho humanitario, son obligatorios, bien como obligaciones contractuales continuas o como prescripciones del derecho internacional consuetudinario. Estos principios emanan de diversas fuentes incontrovertidas (con lo que quiero decir que no dependen en forma alguna de las disposiciones del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, ni de las opiniones que se sostengan con respecto a la aplicación de estas disposiciones a las armas

nucleares). Cabe hacer referencia, en particular, a la Declaración de St. Petersburgo de 11 de diciembre de 1868 y a los artículos 22 y 23 e) del Reglamento que figura como anexo a la Convención IV de La Haya de 1907. La Corte recuerda que el Tribunal Militar de Nuremberg sostuvo en 1946 el Reglamento anexo al Convenio IV de La Haya había pasado a formar parte del derecho internacional constitutivo en 1939 (Opinión, párr. 80).

11. El principio jurídico en virtud del cual las partes en un conflicto armado no tienen una elección ilimitada de armas o métodos de guerra no basta en sí mismo para responder a la pregunta planteada ante la Corte. Su finalidad es garantizar que las armas, tanto en el contexto de su utilización como en los métodos de guerra, se ajusten a las demás normas sustantivas.

12. En la elección de las armas no está permitido causar sufrimientos innecesarios a los combatientes enemigos, ni hacer su muerte inevitable, ni agravar su sufrimiento una vez que han quedado incapacitados. Del mismo modo, el Informe de la Comisión Militar Internacional de St. Petersburgo dejó claramente sentado en 1968 que el causar daños al personal civil como medio de lograr la victoria sobre el enemigo no era un derecho lícito de guerra; y que incluso para tratar de incapacitar al personal militar, tampoco eran lícitos todos los medios. En muchas de las declaraciones escritas y verbales hechas ante la Corte se han combinado estos dos elementos. Pero la propia Corte indica claramente en el párrafo 78 de su Opinión que la prohibición de los métodos de guerra que causan sufrimientos innecesarios tiene por objeto el cumplimiento del segundo elemento, de carácter progresivo, a saber, que incluso cuando se trata de incapacitar a las fuerzas militares del enemigo, hay un límite en cuanto a los medios que pueden utilizarse. Estas disposiciones no están destinadas a proteger al personal civil, para lo cual existen otras disposiciones. En todo caso, está absolutamente prohibido atacar al personal civil, ya sea con armas nucleares o con otras armas. La ilicitud de los ataques contra el personal civil no depende de una prohibición de los "daños superfluos", o del hecho de agravar los sufrimientos de las personas ya incapacitadas.

13. Así pues, si la disposición relativa al "sufrimiento innecesario" no opera como una prohibición generalizada, sino que más bien se dirige a proteger a los combatientes, cabe entonces preguntarse si no es cierto que los terribles efectos primarios de un arma nuclear - onda expansiva, incendios, radiación o precipitación radiactiva - no causan extensos sufrimientos innecesarios. A decir verdad, estos efectos causan sufrimientos horribles. Pero esto no significa necesariamente que se trate de "sufrimientos innecesarios", en el sentido en que debe entenderse este término en el contexto de la legislación de 1868 y 1907, cuya finalidad era limitar los medios empleados contra un objetivo legítimo, el personal militar.

14. El antecedente del párrafo a) del artículo 23 del Reglamento de La Haya era la célebre disposición del artículo 22 (que abre un nuevo capítulo en lo referente a los medios de causar daños al enemigo) en el sentido de que los medios de causar daños al enemigo no son ilimitados. En el ejercicio de la legítima defensa se permite necesariamente un cierto nivel de fuerza; el derecho humanitario trata de limitar esta fuerza (así como el empleo ilícito de la fuerza), estableciendo a tal efecto un conjunto "equilibrado" de normas. Así pues, no es lícito causar sufrimientos y devastación en exceso de lo que se

requiere para lograr estos objetivos legítimos. La aplicación de este principio exige un equilibrio entre necesidad y humanidad. Este planteamiento para interpretar debidamente el término "sufrimiento innecesario", ha sido apoyado en particular por los Países Bajos (solicitud de una Opinión consultiva sobre la legalidad de la utilización por un Estado de armas nucleares, declaraciones escritas (artículo 66, párrafo 2 del Estatuto), párr. 27; Reino Unido, *ibíd.*, párr. 36 y declaración oral (CR 95/34); Estados Unidos, *ibíd.*, párr. 25; y Nueva Zelanda, solicitud de Una Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o la utilización de armas nucleares, declaración escrita, párr. 69).

15. La práctica diplomática ulterior confirma esta interpretación del término "sufrimientos innecesarios" conforme a lo dispuesto en el Reglamento de 1907. En la Conferencia de expertos gubernamentales sobre el empleo de ciertas armas convencionales, de 1974, los expertos se mostraron de acuerdo sobre el significado de "sufrimiento" y de "innecesario". A este último aspecto se hacía referencia en los siguientes términos:

"Esto implica una especie de ecuación entre, por una parte, el grado de daño o sufrimiento infligido (el aspecto humanitario) y, por otra parte, el grado de necesidad que exige la elección de un arma determinada (el aspecto militar)." (Informe de la Conferencia, publicado por el CICR, 1975, párr. 23.)

Los expertos estuvieron de acuerdo en que el concepto implicaba un "equilibrio" o "ecuación" más que una prohibición de un grado determinado, o incluso de un grado enorme, de sufrimiento. El desacuerdo se refería más bien a si, en el término de la ecuación relativo a la necesidad militar, lo único que se permitía era dejar al personal enemigo fuera de combate o si también estaba permitido atacar el material, las líneas de comunicación y los recursos del enemigo (*ibíd.*, párr. 25).

16. Esta interpretación del principio es lo que explica por qué los Estados han podido prohibir específicamente las balas dum-dum, en tanto que otras armas que causan sufrimientos mucho mayores nunca han sido objeto de una prohibición concreta, ni, en la práctica general de los Estados, se han considerado como claramente prohibidas por la aplicación del principio de los sufrimientos innecesarios. Así pues, sigue siendo objeto de debate la situación de los proyectiles incendiarios, lanzallamas, napalm, armas de alta velocidad, todos ellos medios especialmente repugnantes de hacer la guerra.

17. La prohibición de los sufrimientos innecesarios y de los daños superfluos es una medida de protección en beneficio del personal militar, que debe evaluarse con referencia a la necesidad de atacar un objetivo militar determinado. Este principio no implica que un objetivo legítimo no deba ser atacado si este ataque provoca grandes sufrimientos.

18. Queda sin contestar la cuestión crucial: ¿qué necesidad militar es tan grande que pueda llegar alguna vez a justificar el sufrimiento que el empleo de armas nucleares infligiría al personal militar? Esta cuestión, a su vez, exige conocer el alcance del sufrimiento de que se está hablando, y las circunstancias que lo ocasionan. Se ha sugerido que el sufrimiento podría ser relativamente limitado en el teatro táctico de la guerra. La Corte considera

/... .

con razón las pruebas aducidas como inciertas. Si el sufrimiento es el que tradicionalmente se asocia con el empleo de armas nucleares - onda expansiva, radiación, choque, así. como el riesgo de escalada y el riesgo de dispersión en el espacio y en el tiempo - en tal caso únicamente las circunstancias más extremas (defensa contra sufrimientos indecibles o contra el aniquilamiento de un Estado o de un pueblo) podrían teóricamente "equilibrar" la ecuación entre necesidad y humanidad.

19. Para mostrar cómo llegó a sus conclusiones en el párrafo 2E de la parte dispositiva, la Corte debería, después de analizar las disposiciones del derecho humanitario relativas a la protección de los combatientes, haber aplicado sistemáticamente las normas y principios humanitarios aplicables a la protección del personal civil. Las principales cuestiones legales en este contexto que cabría haber esperado que la Corte abordase son las siguientes: ¿acaso la disposición que prohíbe atacar objetivos civiles impide atacar un objetivo militar si se considera que este ataque implicará inevitablemente, como efecto indirecto, víctimas civiles? Y, de acuerdo con la respuesta a esta pregunta, ¿cómo se interpreta en tal caso el requisito de que un arma debe poder distinguir entre objetivos civiles y militares? y ¿cómo se aplicará este requisito a las armas nucleares?

20. Algunos Estados que hicieron declaraciones ante la Corte, afirmaron que el gran número de víctimas civiles mostraba en sí mismo que el daño indirecto era excesivo. Pero la ley de los conflictos armados se ha enunciado en términos de una prohibición general - que el personal civil no puede ser objeto de un ataque armado - y la cuestión del número de víctimas o del sufrimiento causado (siempre y cuando se cumpla esta obligación primordial) debe considerarse como un elemento del "equilibrio" o de la "ecuación" entre las necesidades de la guerra y las exigencias humanitarias. Son pertinentes a este respecto los artículos 23 g), 25 y 27 del anexo a la Cuarta Convención de La Haya. El principio de la proporcionalidad, aunque no se menciona específicamente, se refleja en muchas disposiciones del Protocolo Adicional X a los Convenios de Ginebra de 1949. Así, ni siquiera un objetivo legítimo puede ser atacado si las víctimas civiles indirectas fuesen desproporcionadas en comparación con las ventajas militares concretas del ataque. Esto conduce inevitablemente a la pregunta de si, en el caso de que el objetivo sea legítimo y el empleo de armas nucleares sea el único medio de destruir ese objetivo, puede haber alguna necesidad tan grande que permita ocasionar daños indirectos masivos al personal civil.

21. Debe tratarse, por lo tanto, de que, para cumplir el requisito legal de que un objetivo militar no puede ser atacado si las víctimas civiles indirectas fuesen excesivas en comparación con las ventajas militares, estas "ventajas militares" deben referirse en realidad a la supervivencia misma de un Estado, o a la necesidad de evitar daños masivos y graves a su propia población (ya sea con armas nucleares o con otras armas de destrucción en masa); y de que no se disponga de ningún otro medio para eliminar este objetivo militar.

22. Se ha dicho que los daños indirectos al personal civil, aunque sean proporcionales a la importancia del objetivo militar, nunca deben ser intencionales. "La intencionalidad se define en función de lo que se decide

hacer, o de lo que se trata de conseguir mediante lo que uno decide hacer". (Finnis, Boyle y Grisez, Nuclear Deterrence, Morality and Idealism (1987), págs. 92 y 93.) Esta definición se aproxima bastante a la doctrina jurídica de la previsibilidad, en virtud de la cual se supone que las consecuencias previsibles de las propias acciones son intencionales. ¿Se desprende de aquí que el hecho de saber que, en ciertas circunstancias concretas, el empleo de un arma nuclear causará la muerte de civiles equivale a una intención de atacar al personal civil? En derecho, el análisis debe hacerse siempre en su contexto, y la cuestión filosófica que aquí se plantea no es diferente en el caso de las armas nucleares que en el de otras armas. El deber de no atacar al personal ■ civil como tal se aplica también a las armas convencionales. El daño indirecto provocado por estas armas se ha considerado siempre como no "intencional", a condición de que se cumplan los requisitos de proporcionalidad.

23. También es muy importante en este contexto el requisito del derecho humanitario de que no se utilicen armas que sean incapaces de distinguir entre objetivos civiles y militares.

24. El requisito de que el arma sea capaz de distinguir entre objetivos militares y civiles no es un principio general del derecho humanitario especificado en la legislación de 1899, 1907 o 1949, pero se desprende de la norma básica de que el personal civil no debe ser el objetivo de un ataque.

Se ha debatido mucho la cuestión, todavía por resolver, de si este principio se refiere a las armas que, por la forma en que se utilizan normalmente, afectan indiscriminadamente al personal civil y a los combatientes (Weapons that May ' Cause Unnecessary Suffering or have Indiscriminate Effects, informe del Grupo de Expertos publicado por el CICR, 1973) o si se refiere a las armas que "habida cuenta de sus efectos en el tiempo y en el espacio pueden utilizarse con una precisión suficiente o predecible contra el objetivo elegido" (Conferencia de expertos gubernamentales sobre el empleo de ciertas armas convencionales (Lucerna, 1974), informe publicado por el CICR, 1975, págs. 10 y 11, párr. 31; véase también Kalshoven "Arms, Armaments and Interpretation of Law" Recueil des Cours, 1985, II, pág. 236). Para que este concepto tenga una existencia separada, distinta de la del daño indirecto (con el que coincide en cierta medida) y cualquiera que sea la interpretación del término, cabe llegar a la conclusión de que un arma será ilícita per se si no puede ser dirigida contra un objetivo militar exclusivamente, aunque produzca daños indirectos. Pese al carácter único y profundamente destructivo de todas las armas nucleares, este término abarca una diversidad de armas que no son idénticas en sus efectos. En la medida que un arma nuclear concreta sea incapaz de esta distinción, su uso sería ilícito.

25. No creo que tenga sentido, jurídicamente, afirmar que el empleo de armas nucleares es "generalmente contrario a las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados, particularmente los principios y normas del derecho humanitario". ¿Qué sentido tiene la expresión "generalmente"? ¿Se trata de una alusión numérica o de una referencia a diferentes tipos de armas nucleares, o es una indicación de que las normas de derecho humanitario sólo pueden cumplirse excepcionalmente? En tal caso ¿dónde está el análisis de la Corte de estas normas, debidamente entendidas, y de su aplicación a las armas nucleares? ¿Y cuáles son las excepciones que admite la expresión "generalmente"? ¿Debe vincularse a una capacidad excepcional para

/... .

cumplir las normas de derecho humanitario? ¿O acaso la expresión "generalmente", en particular habida cuenta del párrafo 96, sugiere que si la utilización de armas nucleares en circunstancias extremadas de legítima defensa fuese lícita, ese hecho en sí mismo, haría que, excepcionalmente, esa utilización fuese compatible con el derecho humanitario? La fraseología del párrafo 2E de la parte dispositiva plantea todas estas cuestiones y no responde a ninguna.

26. Hay otra razón por la que me ha sido imposible votar a favor del párrafo 2E de la parte dispositiva. Este párrafo enuncia una consecuencia negativa del derecho humanitario y las posibles excepciones (sin especificar). La función del derecho humanitario (en contraste con los tratados que prohíben armas específicas) es establecer normas legales de conducta, más que dar respuestas "generalizadas" acerca de armas concretas. Sin embargo, no excluyo la posibilidad de que esta arma pueda ser ilícita por referencia al derecho humanitario, si su utilización no puede cumplir nunca sus requisitos, independientemente del tipo concreto de esta clase de armas que se utilice y del lugar en que pueda utilizarse. Creemos que, en la fase actual del desarrollo de las armas, son muy escasas las posibilidades de que un Estado pueda cumplir los requisitos del derecho humanitario. Pero esto es algo distinto de concluir que el empleo de armas nucleares es "generalmente ilícito".

27. El significado de la segunda oración del párrafo 2E de la parte dispositiva, y por lo tanto el significado de las dos oraciones del párrafo 2E de la parte dispositiva en su conjunto, es poco claro. La segunda oración no se refiere, al parecer, a la legítima defensa en unas circunstancias excepcionales, implícitas en la expresión "generalmente", que pudieran permitir que la amenaza o el empleo de armas nucleares fuesen compatibles con el derecho humanitario.

Si como la Corte ha indicado en el párrafo 42 (y en el párrafo 2C de la parte dispositiva), las disposiciones de la Carta per se no hacen ilícito el empleo de armas nucleares, y si una utilización concreta se ajustase a las disposiciones del Artículo 51 y; fuese también compatible con el derecho humanitario, la Corte difícilmente puede afirmar como hace en la segunda oración del párrafo 2E, que no sabe si esta utilización sería lícita o ilícita.

28. Así pues, parece que la Corte se refiere a las circunstancias "generales" en un supuesto determinado, a saber que una amenaza o empleo de armas nucleares constituya una violación del derecho humanitario, y a la cuestión de si, en esas circunstancias, la utilización de la fuerza in extremis y de conformidad con el Artículo 51 de la Carta podría, no obstante, considerarse como lícita o no. La Corte responde que no sabe.

29. Lo que la Corte ha hecho es llegar a una conclusión de "incompatibilidad en general" con el derecho humanitario; y a continuación pronuncia en efecto un non licruet sobre la cuestión de si el empleo de armas nucleares en legítima defensa, cuando corre peligro la supervivencia de un Estado, podría seguir siendo lícito, aunque ese empleo concreto fuese contrario al derecho humanitario. Con esta fórmula de no pronunciarse, la Corte deja necesariamente abierta la posibilidad de que una utilización de armas nucleares contraria al derecho humanitario sea, no obstante, lícita. Esta conclusión va más lejos que cualquier afirmación de los Estados poseedores de armas nucleares que comparecieron ante la Corte y que reconocieron plenamente que cualquier

amenaza o utilización lícita de armas nucleares tendría que ajustarse tanto al jus ad bellum como al ius in bello (véase el párrafo 86).

30. No cabe duda de que la fórmula elegida constituye un non licruct, ya que la Corte no se limita a la insuficiencia de los hechos y del argumento en relación con las denominadas "armas limpias" y "precisas". Comparto la opinión de la Corte de que no se ha explicado convincentemente en qué circunstancias podría ser esencial utilizar algunas de estas armas. A decir verdad, tampoco puede suponerse que este tipo de armas (tal vez para ser utilizadas contra submarinos, o en desiertos) representen para un Estado poseedor de armas nucleares todo lo que se necesita para aplicar una política eficaz de disuasión.

31. La fórmula utilizada en la segunda frase del párrafo 2E se refiere a "la situación actual del derecho internacional" como base para el non licruct de la Corte. Resulta difícil comprender esta referencia. El párrafo F de la parte dispositiva y los párrafos finales de la Opinión de la Corte indican que la Corte espera que se llegue a un desarme total negociado y verificado, incluido el desarme nuclear, pero la ausencia de este objetivo no puede significar que el derecho internacional no tenga una respuesta que dar en relación con el empleo de armas nucleares en legítima defensa. El derecho internacional no consiste simplemente en prohibiciones totales. Tampoco puede decirse que no exista un derecho sustantivo de legítima defensa sobre el que la Corte pueda ofrecer asesoramiento; en definitiva se trata de una de las esferas más desarrolladas del derecho internacional.

32. ¿Acaso la referencia a "la situación actual del derecho internacional" puede referirse al derecho humanitario? Este es uno de los muchos aspectos que están poco claros. Al parecer, ya se ha zanjado esta cuestión en la primera parte del párrafo E. En todo caso, también el derecho humanitario está muy desarrollado. El hecho de que sus principios están enunciados en términos generales y de que, a menudo, planteen otras cuestiones que exigen una respuesta, no puede ser motivo para declarar un non licruct. La función judicial consiste precisamente en tomar los principios de aplicación general, interpretar su significado y aplicarlos a situaciones concretas. Esta es precisamente la función de la Corte Internacional, ya sea en juicios contenciosos o en su función consultiva.

33. Quizás la referencia a "la situación actual del derecho internacional" sea una referencia a las tensiones aparentes entre la aceptación general de la posesión de armas nucleares (y cabe suponer, en consecuencia, de la legalidad de su utilización en ciertas circunstancias) según indica la Corte en los párrafos 67 y 96, por una parte, y los requisitos del derecho humanitario, por otra. En tal caso, considero que se trata de una falsa dicotomía. El objetivo de la disuasión, la protección bajo el escudo nuclear, la aceptación tácita de reservas y declaraciones por las Potencias nucleares en los tratados que prohíben el empleo de armas nucleares en ciertas regiones, el hecho de tratar de obtener posibles garantías de seguridad - todo ello apunta a una práctica internacional importante que seguramente es pertinente no sólo para el derecho de legítima defensa sino también para el derecho humanitario. Si un número considerable de Estados de la comunidad internacional consideran que la utilización de armas nucleares podría, in extremis, ser compatible con las obligaciones que les incumben en virtud de la Carta (ya sea en calidad de

Potencias nucleares o como beneficiarios del "escudo nuclear", o de las garantías de seguridad), es de suponer que tampoco considerarían que están violando sus obligaciones en virtud del derecho humanitario.

34. Nada parece indicar en las declaraciones formuladas que los Estados que ofrecen garantías nucleares, o que las reciben, considerasen que estuviesen cometiendo una violación del derecho humanitario, pero que decidiesen, no obstante, actuar haciendo caso omiso de tal violación. En resumen, la importancia que se otorgue a la práctica de los Estados que acaba de mencionarse es importante para comprender las complejas disposiciones del derecho humanitario, así como las disposiciones de la Carta relativas a la legítima defensa.

35. Por todas estas razones, no comprendo por qué la Corte recurre a la respuesta que da en la segunda parte del párrafo 2E de la parte dispositiva.

36. Considero que también es un principio importante y bien establecido que el concepto de non liquet - pues realmente de eso se trata aquí - no forma parte de la jurisprudencia de la Corte.

37. Por supuesto, la Corte ha declinado en varias ocasiones responder a una pregunta, incluso después de haber establecido su jurisdicción. Se han aducido razones de decoro {artículo 65 del Estatuto; y los casos Monetary Gold, y Northern Cameroons), o importantes defectos de procedimiento (el caso Asylum, el caso Hava de la Torre). Pero "en ninguno de estos casos se ha debido el non liquet ... a deficiencias en la ley" (Rosenne, The Law and Practice of the International Court, 2ª edición revisada, pág. 100).

38. Esta fórmula poco afortunada hace caso omiso de 65 años de gloriosa historia judicial, así como de las convicciones de aquellos que nos han precedido. Un antiguo Presidente de la Corte Internacional, el Magistrado Elias, nos recuerda que existen lo que él califica de "dispositivos útiles" para prestar asistencia si se tropieza con dificultades en la aplicación de las fuentes usuales del derecho internacional. A su juicio, estos dispositivos "impiden a la Corte declarar un non liquet en ningún caso concreto" (Elias, The International Court of Justice and Some Contemporary Problems. 1983, pág. 14).

39. Los doctos editores de la 9ª edición del Oppenheim's International Law nos recuerdan que:

"No siempre existe una norma jurídica específica fácilmente aplicable a toda situación internacional, pero siempre es posible determinar cualquier situación internacional como cuestión de derecho." (Jennings and Watts, vol.I, pág. 13)

40. Tampoco cambia la situación la sugerencia que se ha hecho de que el problema no es tanto un caso de "antinomia" o de conflicto entre diversos elementos de la ley cuanto de supuesta "vaguedad" de la ley. Incluso si existiese esta "antinomia" {cosa que dudo, como he indicado antes), la función del juez consiste precisamente en definir, entre dos o más normas en conflicto, cuál es la aplicable en las circunstancias particulares del caso. El cuerpo de

derecho internacional está integrado con frecuencia por normas que, consideradas aisladamente, parecen apuntar en direcciones distintas - por ejemplo, los Estados no pueden utilizar la fuerza/los Estados pueden utilizar la fuerza en legítima defensa; pacta sunt servanda/los Estados pueden terminar o suspender los tratados por motivos específicos. La función del Magistrado consiste en resolver, en el contexto y por los motivos que deben exponerse, por qué debe preferirse en un caso particular la aplicación de una norma a la de otra. Como estas normas indudablemente existen, y las dificultades con que se enfrenta la Corte se refieren a su aplicación, no cabe hablar de legislación judicial.

41. El conocimiento de los sufrimientos insoportables y de la destrucción total que pueden provocar las armas nucleares no puede dejarnos indiferentes. Y podemos muy bien comprender que aquellos que se preocupan por este sufrimiento y esta devastación declaren su causa ilegal. Cabría preguntar a un magistrado si, al proceder al análisis jurídico de conceptos tales como "sufrimientos innecesarios", "daños indirectos" y "derecho de legítima defensa", no se ha perdido de vista la realidad de las circunstancias humanas en juego. El Norte que ha de guiar la Juez, ya se trate de cuestiones difíciles de interpretación del derecho humanitario, o de resolver las pretendidas tensiones entre normas en conflicto, deben ser los valores que el derecho internacional trata de promover y proteger. En el caso actual, lo que debemos tener constantemente presente es la supervivencia física de los pueblos. Vivimos en un orden mundial descentralizado, en el que se sabe que algunos Estados poseen armas nucleares pero han optado por permanecer fuera del sistema de tratados de no proliferación; en tanto que otros Estados no partes han declarado su intención de obtener armas nucleares; y que se cree que hay otros Estados que poseen clandestinamente armas nucleares o que trabajan para poseerlas en breve plazo (alguno de los cuales pueden, en efecto, ser partes en el Tratado de no proliferación). No creo que un pronunciamiento declarando ilegal, en todas las circunstancias, el empleo de armas nucleares, o las respuestas formuladas por la Corte en el párrafo 2E, contribuyan a proteger a la humanidad contra los sufrimientos inimaginables que todos tememos.

(Firmado) Rosalyn HIGGINS